

OBSERVATIONS prononcées à la suite de la communication de Bernard Stirn
(séance du lundi 21 mars 2016)

Pierre Delvolvé : Je ferai quelques observations dirigées, non contre votre exposé, mais contre les relations actuelles du droit français, des juridictions françaises avec le droit international. Nous sommes en pleine schizophrénie.

Je laisserai de côté les questions se rapportant par exemple à la coutume internationale qui est rangée au niveau de la loi, alors que tous les rapports internationaux ont été régis, bien avant les traités, par la coutume internationale : ainsi pour le statut des traités internationaux avant la Convention de Vienne, pour le statut de la mer avant la Convention de Montego Bay. Ces conventions n'ont fait qu'entériner la coutume. Comment la coutume n'aurait-elle pas la même valeur que les conventions ?

Je laisserai également de côté la jurisprudence relative au contrôle de la condition de réciprocité, qui me paraît particulièrement inadmissible, car comment un juge peut-il s'immiscer dans l'appréciation de rapports qui sont de nature politique, d'État à État ?

La schizophrénie se manifeste à deux niveaux, d'une part s'agissant du contrôle de la constitutionnalité des traités par le juge administratif, d'autre part du contrôle de la conventionalité des lois par le juge constitutionnel.

Le Conseil d'État refuse le contrôle de la constitutionnalité des traités par le juge administratif. Il le dit. Et pourtant il le fait. D'où sans doute votre gêne lorsque vous avez parlé de l'arrêt Koné, le Conseil d'État appréciant, non pas la constitutionnalité du traité, mais l'application de la convention sur l'extradition au regard d'un principe dont vous avez dit qu'il était de valeur constitutionnelle. Vous vous en tirez habilement, mais comment pouvez-vous affirmer qu'il n'y a pas de contrôle de constitutionnalité par le juge administratif ?

En ce qui concerne le contrôle de la conventionalité des lois par le Conseil constitutionnel, vous avez rappelé la jurisprudence du 15 juillet 1975, toujours en vigueur. Mais là encore, il y a schizophrénie. On n'applique pas l'article 55, mais on applique l'article 88-1. Je sais bien que ce dernier s'applique à un ordre juridique particulier. Vous avez clairement exposé la manière dont l'article 88-1 est rédigé et dont le Conseil constitutionnel a développé sa jurisprudence sur le contrôle de la transposition par le législateur des directives européennes. Fort bien. Mais n'y a-t-il pas un double jugement ? Dans un cas, on ne contrôle pas et, dans l'autre, on contrôle. Et quand on ne contrôle pas, on renvoie tout au juge, juge administratif ou juge judiciaire. Il y a là quelque chose de paradoxal car dans bien des cas – et l'on peut penser à la Convention européenne – il y a une rencontre entre le contenu du droit de Convention européenne et le contenu des droits et libertés à valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel rattrape, par le contrôle de la constitutionnalité, ce qu'il ne peut pas faire par le contrôle de la conventionalité. Mais cela aboutit au même résultat. Le Conseil constitutionnel se trouve doublé soit par les juridictions ordinaires, administratives ou judiciaires, soit par la Cour européenne qui va de temps en temps dire le contraire de ce qu'il a dit. Comment pensez-vous qu'il soit possible de remédier à pareille schizophrénie ?

Réponses : Vous avez soulevé la question de la réciprocité. Il ne faut toutefois pas en surestimer l'importance. Elle n'est en effet que très rarement invoquée devant le juge. Je comprends l'étonnement que l'on peut avoir à l'idée que le juge administratif se prononce sur cette question, mais il convient simplement de se rappeler que le juge a devant lui des parties, très souvent des États, et que c'est le débat contradictoire qui lui permet de se faire une idée précise de la réalité des choses.

En ce qui concerne le comportement schizophrénique que vous dénoncez, je soulignerai le besoin d'articulation face à une complexité réelle et le fait que la jurisprudence s'est construite de manière ordonnée pour répondre à cette complexité susceptible de donner lieu à des affrontements, affrontements entre la constitution et les traités, entre les lois nationales et les traités, entre les cours nationales et les cours européennes. Le danger était celui d'un chaos juridique. Il a donc fallu articuler les ordres juridiques, européen, international et national, ainsi que les différentes cours. J'observe que les réponses données par la France sont identiques à celles qui ont été données par toutes les cours suprêmes et constitutionnelles des pays européens, à savoir supériorité des traités sur les lois et suprématie de la constitution dans l'ordre juridique interne.

Sur le contrôle de conformité des traités à la constitution, la constitution donne bien mission au Conseil constitutionnel d'assurer cette tâche. Les autres juridictions n'ont pas à le faire. L'arrêt Koné n'est en fait que la variante internationale de l'arrêt Dame Lamotte de 1950 où le Conseil d'État interprète une loi avec beaucoup d'audace au regard des principes généraux du droit.

Quant au contrôle de conventionalité des lois, non par le Conseil constitutionnel, mais par le juge ordinaire, l'histoire aurait peut-être pu s'écrire différemment. Cependant, elle a trouvé sa logique : les juges judiciaires, puis administratifs se sont pleinement inscrits dans cette logique de contrôle de conformité des lois aux traités internationaux et le Conseil constitutionnel continue à l'exclure de son office. À mes yeux, c'est une manière de valoriser la constitution. Le Conseil constitutionnel applique la norme suprême, la constitution et uniquement la constitution.

C'est précisément pour éviter la schizophrénie que les juges ont dû recourir à la jurisprudence extrêmement subtile que nous venons d'évoquer. Le président de la Cour fédérale allemande, Andreas Voßkuhle, dans son discours de rentrée devant la Cour européenne des droits de l'homme, a utilisé une image particulièrement éclairante. Il a expliqué que dans notre univers juridique européen, on ne peut plus parler de pyramide – en référence à la pyramide de Kelsen – mais que l'on devait comparer le droit à un mobile de Calder dont les différents éléments trouvent un équilibre presque miraculeux dans un mouvement incessant qui les fait s'appuyer les uns sur les autres.

*

* *

Jean-David Levitte : Vous nous avez montré que deux principes étaient communs aux vingt-huit pays de l'Union européenne : la pleine supériorité des traités sur la loi et la suprématie de la constitution dans l'ordre juridique interne. Mais qu'en est-il au-delà de l'Union européenne ? Qu'en est-il dans les rapports qu'entretient l'Union européenne avec de grands pays, tels les États-Unis, la Chine, la Russie ou l'Inde ? Y a-t-il là aussi une sorte de mobile de Calder qui s'esquisse ?

Réponses : Autant en Europe il y a un phénomène de concordance et de cohérence, dû notamment à l'application des deux ensembles communs que sont le droit de l'Union et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, autant à l'échelle mondiale il est beaucoup plus difficile d'arriver à un tel équilibre. Le droit américain, par exemple, est très ouvert au droit international, néanmoins la Cour suprême fait primer non seulement la constitution américaine, mais aussi la loi américaine.

*
* *

Mireille Delmas-Marty : Le mobile de Calder est une belle image de l'extrême complexité que vous avez décrite et qui tient au fait que le principe de hiérarchie n'est pas parfaitement respecté, mais que l'on a plutôt affaire à des interactions. À côté de la verticalité, il y a aussi de l'horizontalité comme lorsque la Cour suprême des États-Unis fait référence à la Cour européenne des droits de l'homme. On n'est là plus du tout dans un rapport hiérarchique, mais en présence d'un dialogue des juges.

Vous nous avez montré cette complexité à travers la diversité du droit international et à travers celle des degrés d'intégration : le droit de l'Union européenne est très intégré, celui de la Convention européenne l'est un peu moins, et le reste l'est moins encore. Vous avez parlé de droit dur, mais aussi de textes déclaratifs, donc de droit mou ; de textes imprécis, donc de droit flou. Vous auriez pu aussi parler du droit doux quand il n'est pas sanctionné.

Tout cela m'amène à vous demander si l'on peut encore penser en termes « monisme et dualisme ». Ne faut-il pas introduire un pluralisme qui serait ou non ordonné ?

Réponses : La meilleure réponse à cette question, c'est vous-même qui l'avez donnée il y a quelques années en introduisant la notion très éclairante de « pluralisme ordonné ».

Dans le droit positif continue d'exister une véritable différence entre des pays comme la France, pour qui le droit international, dès lors qu'un traité est ratifié et publié, produit des effets dans l'ordre juridique interne, et les pays pour qui ce n'est pas le cas. On le voit par exemple au Royaume-Uni où il a fallu attendre que le gouvernement de Tony Blair adopte une loi faisant entrer la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit britannique pour que la Convention, pourtant ratifiée dès les premiers jours par les Britanniques, produise vraiment des effets dans le droit britannique. Il me semble qu'au moins de ce point de vue-là, la distinction « monisme/dualisme » persiste, même si elle ne touche plus à l'essentiel. L'essentiel, ce sont aujourd'hui les écoutes réciproques et les échanges entre les univers juridiques.

*
* *

Bruno Cotte : Deux observations seulement :

La première, qui ne présente aucun caractère schizophrénique, pour féliciter et remercier Bernard Stirn.

On aurait en effet pu concevoir que, comme il y a quelques mois avec Alain Duhamel et François d'Orcival, cette communication soit faite en duo par un juge administratif et un juge judiciaire

Mais en réalité, ce n'était pas nécessaire car les propos tenus par Bernard Stirn, juge administratif par excellence, auraient pu être tenus par un juge judiciaire. Et je pense que, dans la période un peu agitée que nous vivons depuis quelques semaines (on a tendance à opposer les deux ordres de juridictions), il y a là un bel exemple de l'unité de la démarche judiciaire, sur les questions essentielles, que cette démarche soit effectuée par le juge judiciaire ou qu'elle le soit par le juge administratif.

La seconde observation : sur le plan de la sociologie judiciaire.

Je souhaite appeler votre attention sur le bouleversement qu'a représenté pour le corps judiciaire, au cours de ces quarante dernières années, cette nouvelle forme de contrôle. Démarche nouvelle pour ma génération et qui a rencontré de la part de certains juges de fortes réticences jusqu'à il y a peu.

Démarche évidente pour les promotions de magistrats des 25 ou trente dernières années.

Aujourd'hui, rares sont les pourvois qui ne contiennent pas au moins un moyen de cassation articulant une violation d'une disposition de la convention européenne des droits de l'homme. Cette nouvelle forme de contrôle est devenue quotidienne.

Réponses : Sur les deux points que vous soulevez, je ne peux que m'associer à vos observations. Il y a sur ces sujets une très grande concordance entre juge judiciaire et juge administratif. Les réticences que vous relevez pour admettre la supériorité des traités sur les lois ont bien sûr existé au Conseil d'État comme à la Cour de cassation, mais aujourd'hui chacun se rend compte que nous sommes dans un univers profondément différent, même si, en 1989, l'arrêt Nicolo paraissait déjà presque s'imposer, compte tenu de l'évolution des dix années précédentes.

*

* *

Gabriel de Broglie : Ma question porte sur l'ordre juridique intégré de l'Union européenne et, plus précisément, sur la hiérarchie parallèle des normes au niveau réglementaire entre le droit interne et le droit communautaire.

En droit interne, il y a la Constitution avec l'article 34 qui délimite le domaine de la loi. Il y a aussi toutes les normes réglementaires inférieures, mais qui sont parfaitement classifiées : les décrets de l'article 37 ne sont pas de simples décrets en Conseil d'État. Le décret en Conseil d'État est supérieur aux autres décrets.

Qu'en est-il dans l'ordre européen ? On peut penser que tous les règlements d'application directe arrêtés par le Conseil des ministres – en faisant aujourd'hui intervenir le Parlement – se situent au niveau des lois. Mais, ce faisant, l'organe d'exécution, la Commission européenne, a aussi un pouvoir réglementaire. Or, pendant longtemps, ce pouvoir réglementaire a fait question, sans doute à une époque où la procédure n'était pas encore au point, mais surtout à une époque où les experts des différents pays considéraient qu'ils avaient chacun la vérité dans des

domaines techniques précis et qu'il n'appartenait donc pas à la Commission d'intervenir dans ces domaines sans apporter toutes les garanties de procédure.

Depuis le Traité de Lisbonne et aussi en raison de l'évolution de la Commission elle-même, qui a cessé de vouloir édicter un système réglementaire tout à fait autonome, la question ne se présente peut-être plus de façon permanente, mais je pense qu'elle doit parfois se présenter, notamment parce que l'Union européenne s'est aussi dotée d'un système des articles 34 et 37 de la Constitution par les articles 290 et 291 du TFUE. Des règlements de la Commission peuvent en effet modifier des règlements du Conseil. Dès lors, des règlements de la Commission, quelle que soit leur place dans la hiérarchie des normes européennes ont une valeur supérieure aux normes règlementaires de droit interne même les plus élevées, sans autre garantie de procédure.

Considérez-vous le système actuel comme satisfaisant ? Estimez-vous qu'il y a un équilibre des hiérarchies parallèles au niveau des pouvoirs réglementaires des Etats et de la Commission ? Le mobile de Calder n'aurait-il pas besoin d'un mobile supplémentaire qui lui assurerait un équilibre plus satisfaisant ?

Réponses : Le traité constitutionnel avait tenté une clarification en lançant l'idée de lois européennes. Mais comme il n'est pas entré en vigueur, on en est resté au Traité de Lisbonne dans la terminologie classique, uniquement les règlements et les directives, et dans le petit flou qui peut exister entre l'intervention des uns ou des autres.

Mais aujourd'hui, directives et règlements sont adoptés conjointement par le Conseil et le Parlement, ce qui constitue une évolution importante. Il y a donc une double clef pour l'adoption des règlements et des directives. Le pouvoir de la Commission peut être prévu par les règlements pour prendre des mesures d'exécution d'application des règlements. Mais il s'agit d'un pouvoir dérivé et assez second. Dans l'ordre juridique interne, nous sommes peu confrontés aux mesures que la Commission prend au titre de son pouvoir d'exécution. Mais quand la Commission exerce son pouvoir d'exécution, on a alors affaire à des actes qui ont l'autorité de règlements et qui s'imposent donc pleinement dans l'ordre juridique interne.

*

* *

Bertrand Collomb : On sait que certaines décisions de la Cour européenne des droits de l'homme ont suscité des réactions hostiles, notamment au Royaume Uni. Ces décisions tirent de principes assez généraux de la Déclaration des droits de l'homme des conséquences opérationnelles qui influent en profondeur sur le fonctionnement des sociétés européennes. Elles relèvent d'un traité déjà ancien que l'opinion publique connaît mal. De plus, elles semblent être à sens unique, sans le moindre retour en arrière, quelles que soient les circonstances, au nom d'une organisation, le Conseil de l'Europe, que beaucoup pourraient considérer comme obsolète et qui n'a aucune légitimité démocratique.

Le juge national est bien entendu obligé de se plier à cette jurisprudence. Mais il peut avoir une opinion sur l'adéquation de cette jurisprudence avec l'évolution des sociétés auxquelles elle s'applique. C'est cette opinion, la vôtre, que j'aimerais connaître.

Réponses : C'est un fait que la Cour européenne des droits de l'homme a une jurisprudence dynamique et volontariste dans l'application de la Convention. Elle-même a déclaré que la Convention était du droit vivant qu'il importe d'interpréter non seulement au regard de son texte, mais aussi en tenant compte des modes de vie dans les pays du Conseil de l'Europe.

Lorsque la France, tardivement, en 1974, a ratifié la Convention et reconnu en 1980 le droit de recours individuel, on n'imaginait pas les conséquences sur le droit national que la Convention interprétée et appliquée par la Cour allait avoir dans les différents pays.

L'inquiétude qui perce dans votre question n'a, à mon sens, pas lieu d'être et ce, pour deux raisons.

La première est qu'aujourd'hui, plus que par le passé, la Cour de Strasbourg est attentive aux marges d'appréciation des États et au souci d'éviter les conflits avec les cours suprêmes nationales. Par exemple, il aurait pu y avoir un conflit violent à propos de la présence de crucifix dans les écoles publiques italiennes. Le Conseil d'État italien, le *Consiglio di Stato*, estime toujours applicable une loi qui autorise la présence de crucifix dans les écoles de la République. L'affaire a été portée devant la Cour de Strasbourg. Dans un premier temps, une chambre a estimé que cette loi était contraire aux principes de la Convention. L'Italie a alors obtenu le renvoi devant la Grande chambre, laquelle a jugé que compte tenu de la situation particulière de l'Italie, il était possible d'appliquer la loi italienne pourvu qu'elle ne conduise pas à un embrigadement des enfants.

La seconde raison est que le dialogue des juges fonctionne bien. Dans la juridiction administrative, nous avons pu le constater au cours des années récentes. Nous avons pu avoir des inquiétudes sur la double fonction juridictionnelle et consultative du Conseil d'État, sur le rôle devant la juridiction administrative du commissaire du gouvernement devenu rapporteur public. Finalement, des évolutions de nos propres règlements et des arrêts successifs de la Cour de Strasbourg ont permis d'arriver à des équilibres satisfaisants.

*
* *

Yves Gaudemet : J'aimerais m'interroger avec vous sur l'une de vos affirmations, parfaitement conforme au droit positif, mais qui appelle peut-être une nuance : l'absence de contrôle de conventionalité des lois par le Conseil constitutionnel, c'est vrai. Le Conseil l'a répété depuis la question préalable de constitutionnalité. Mais est-ce que la QPC n'a pas finalement été le véhicule qui a ramené devant le Conseil constitutionnel un contrôle qui, matériellement, est un contrôle par référence à la jurisprudence notamment de la Cour de Strasbourg ? J'en voudrais pour argument complémentaire le fait que l'on a jugé nécessaire de lui donner un caractère prioritaire, ce qui n'était pas dans la révision de 2008, mais dans la Loi organique, caractère prioritaire par rapport à un contrôle hypothétique de conventionalité. Est-ce que le Conseil constitutionnel, par ce biais, ne fait pas un contrôle de conventionalité des lois, notamment dans le cadre de la QPC ?

Réponses : Il est certain que sur le plan des normes de référence, on a une grande identité. Les droits et libertés que la constitution garantit, qui sont l'objet même des questions de constitutionnalité, sont les droits et libertés que le droit de l'Union et le droit de la Convention garantissent.

Je trouve assez rassurant dans l'évolution que ce mécanisme prioritaire de constitutionnalité, qui a commencé à poindre dans les années 1990, a fini par s'imposer comme presque naturel. Dans un premier temps, avec les premières propositions du doyen Vedel, la réaction était de dire : dès lors qu'il y a un contrôle de conventionalité, ce n'est pas la peine de créer un deuxième contrôle, car les droits fondamentaux sont assurés. Le temps passant, est apparu le paradoxe qu'il y avait à ce que les lois nationales puissent être sans cesse confrontées devant tous les juges à tous les traités internationaux et qu'un contrôle soit ainsi régulièrement exercé, mais que l'on ne puisse plus, une fois la loi publiée au Journal Officiel, discuter de sa conformité à la constitution. Ce paradoxe juridique se doublait en outre d'un paradoxe politique. Dès lors que la constitution est la norme suprême, est-il satisfaisant que cette suprématie ne puisse pas s'exercer véritablement ? C'est ce qui a conduit à la révision de 2008, très largement acceptée et même revendiquée par le parlement.

En fin de compte, il s'est agi de remettre de la cohérence juridique. La suprématie de la constitution doit déboucher sur un contrôle et c'est l'objet des questions prioritaires de constitutionnalité. En outre, il convient que la valeur de la constitution soit pleinement reconnue. Ainsi comprise, la mission du Conseil constitutionnel a vraiment tout son sens et ne me paraît pas être en conflit avec le contrôle de conventionalité.

*
* *

Haim Korsia : J'ai le sentiment que l'opposition de deux vérités a toujours été le mode de construction du droit. Mon droit contre le vôtre. On a, depuis des temps immémoriaux, opposé la loi des hommes à la loi de Dieu, la loi des hommes à la loi naturelle. Lorsque le Talmud dit que Hillel et Shamaï n'ont jamais les mêmes opinions, une voix retentit dans le ciel qui affirme que la parole de l'un et la parole de l'autre sont celle du Dieu vivant. De même, lorsque les Evangiles disent que le shabbat est fait pour les hommes et non pas les hommes pour le shabbat, on se trouve dans une situation d'opposition. On est en permanence dans un dialogue des lois pour déterminer laquelle primera sur l'autre.

Aujourd'hui, c'est le juge français contre, ou plutôt en dialogue avec le droit international. J'aime l'image du mobile de Calder qui illustre bien la recherche par le droit d'un équilibre dans le mouvement. La tension qui existe entre le droit français et le droit international n'est-elle pas finalement une grande chance ? En effet, soit le droit n'est contesté par personne et il est immuable et indiscutable, soit on le contredit et l'on parvient à trouver dans la rencontre de vérités différentes une ligne de crête qui permet aux hommes de vivre ensemble.

Réponses : Je vous rejoins sans hésitation sur l'optimisme. Le mouvement et les évolutions que nous constatons aujourd'hui dans notre système juridique sont considérables et ouvrent des perspectives sans doute moins larges que celles que vous évoquez, mais qui vont néanmoins dans la même direction. Les phénomènes d'articulation que nous rencontrons pourraient bien être, comme vous le suggérez, des échos de problématiques permanentes et fondamentales. Du reste, notre droit a toujours reconnu des vérités permanentes qui vont bien au-delà du droit écrit. Les principes généraux du droit administratif en témoignent.

En ce qui concerne le droit national et le droit international, je n'irai pas jusqu'à dire que l'un l'emporte sur l'autre. Le droit national continue, sur beaucoup de sujets, à jouer un rôle très important, mais il est vrai qu'il ignore de moins en moins la dimension internationale.

*
* *

Jean Baechler : L'image merveilleuse du mobile de Calder autorise deux interprétations très différentes.

Première interprétation : le mobile est ainsi construit que les éléments mouvants qui le constituent résultent en équilibre changeant de l'ensemble.

Deuxième interprétation : l'équilibre n'est possible que s'il y a des forces extérieures au système qui s'exercent, par exemple la gravité.

Si l'on applique ces interprétations au droit, cela donne, pour la première, une pluralité ordonnée qui, spontanément, produit de l'ordre. Dans le cas de la seconde interprétation, on introduit des forces extérieures, ce que les physiciens appellent un attracteur, qui permettent à l'ordre de se faire jour à travers le chaos éventuel de la pluralité. Deux attracteurs m'apparaissent possibles : le droit naturel ou bien – et ce n'est pas contradictoire – un certain type de régime politique que l'on appelle couramment l'Etat de droit et qui force le système du droit à se laisser conduire vers l'ordre à travers la pluralité.

Réponses : Assurément, ce ne sont pas le Traité de Lisbonne et la Convention européenne des droits de l'homme qui se combinent tout seuls. Pour que le système tienne, il faut bien sûr faire appel à des leviers extérieurs. Le système juridique peut difficilement tenir sans ces soubassements que constituent le droit naturel et les principes essentiels d'une société démocratique.

*
* *