

Contrôle de constitutionnalité, État de droit et démocratie.

Monique Chemillier - Gendreau

Derrière l'assemblage des trois notions qui figurent dans l'intitulé de cette conférence, je voudrais tout en les analysant dans leur rapport l'une à l'autre, m'aventurer ici dans l'analyse critique de ces institutions qu'elles se révèlent dans le droit positif, de manière à ouvrir la voie à d'autres possibilités, éventuellement à un monde meilleur. Et comme je travaille surtout sur le droit et les relations internationales, je donnerai une large place à la dimension internationale des questions que je vais traiter.

Ces précisions générales étant apportées, je vais donc analyser trois données : le contrôle de constitutionnalité, l'État de droit et la démocratie. La première de ces données est la raison d'être de tout Conseil Constitutionnel. La seconde, l'État de droit est une notion sujette à bien des interprétations. On ne peut l'employer sans chercher à en préciser le sens. Il faut aussi évaluer sa portée en termes de progrès d'une société. C'est alors qu'intervient la troisième notion, celle de démocratie, cette caractéristique d'une société politique dont tout le monde croit savoir ce qu'elle est. Et pourtant c'est une notion qui échappe lorsqu'on veut l'approcher et qu'il est très difficile de bien cerner. Je vais essayer de pointer les relations entre ces notions. Nous allons alors constater quels sont les liens entre elles, mais aussi comment elles peuvent parfois s'opposer.

Je vais dans un premier temps, partir du contrôle de constitutionnalité, comme un exemple des mécanismes qui peuvent contribuer à l'État de droit. Je ne ferai pas de comparatisme universel faute de connaissance suffisante des systèmes constitutionnels du monde entier. Mais, me penchant sur les

exemples de la France et de l'Algérie, je vais analyser les limites éventuelles du contrôle de constitutionnalité tel qu'il existe, pour montrer comment l'État de droit résulte d'un ensemble de mécanismes juridiques toujours perfectible. Nos deux sociétés, la société algérienne, mais aussi la société française qui a pourtant commencé plus tôt à mettre en place ce contrôle, peuvent encore l'améliorer. Mais il faut prendre en compte aussi le fait qu'au XXI^e siècle, nous sommes confrontés à la mondialisation. Dès lors, l'État de droit doit aussi intégrer le droit international. Dans un second développement, je mettrai en relation l'État de droit et la démocratie pour souligner comment le premier peut être un élément favorisant la seconde, mais seulement si certaines conditions se trouvent remplies. Car si la démocratie est véritablement ce qu'elle doit être, c'est-à-dire l'horizon de la justice et de la liberté pour tous dans la prise en compte de la multitude des humains qui forment une société, elle déborde nécessairement au-delà des instruments techniques. Elle échoue à se réaliser dans la conception étroitement jacobine de l'ordre juridique. Celui-ci ignore l'aspiration au pluralisme juridique dans une société hétérogène. Et la démocratie ne peut être figée dans des règles. Elle doit permettre toutes les innovations politiques et juridiques nécessaires en raison de l'évolution des sociétés. Il ne s'agit pas seulement de l'évolution endogène, mais aussi de celle qui provient du fait que chaque société est à la fois une société particulière et une partie de la société mondiale. Ainsi, il n'est plus possible de se contenter d'une pensée étroitement nationale de la démocratie. L'organisation de la société mondiale à travers ses institutions est fort loin de répondre elle-même aux exigences de l'état de droit, car aucune des exigences de celui-ci n'y est satisfaite, ce qui amène à douter du caractère démocratique de la société mondiale.

I - Le contrôle de constitutionnalité et les progrès de l'État de droit.

Dans les sociétés où a lieu l'instauration de ce contrôle, il y a à n'en pas douter un progrès en soi vers l'État de droit. Mais on ne peut éviter de préciser ce que recouvre cette expression. Par ailleurs, dans les pays qui l'adoptent, ce progrès doit être relativisé en fonction des modalités de la saisine qu'il faut donc examiner. Il faut aussi se poser la question du champ matériel du contrôle. Toutes les lois sont-elles contrôlées ? Le sont-elles par rapport à la seule constitution ou aussi par rapport aux normes internationales lorsque la Constitution dit qu'elles sont supérieures à la loi ? C'est la délicate question du contrôle de conventionnalité qui doit impérativement venir compléter le contrôle de constitutionnalité.

a) Arrêtons-nous un moment à ce que recouvre l'État de droit.

Lorsqu'au XIX^e siècle, le constitutionnalisme a connu un essor dans les pays d'Europe et sur tout le continent américain, il s'est développé alors avec la prétention de réaliser d'exigence démocratique sans qu'il soit question de contrôler la constitutionnalité des lois. En effet, ce contrôle aurait heurté de plein fouet l'idéologie de la sacralisation de la loi et de l'idée du législateur souverain. Si la théorie de la séparation des pouvoirs chère à Montesquieu a été prise en considération dans les doctrines constitutionnalistes, c'était pour mieux sanctuariser le pouvoir de dire la loi. Les pouvoirs concernés étaient le législatif, l'exécutif et le judiciaire mais le pouvoir constituant était laissé de côté.

On comprend pourquoi si l'on rappelle que c'est dans la question du pouvoir constituant que siège l'énigme de la souveraineté. La souveraineté est une question énigmatique car son analyse laisse bien des interrogations sans réponse. Cet attribut que l'on nomme souveraineté, ce pouvoir au-

dessus duquel il n'y a rien, n'appartient-il au peuple que lorsque celui-ci entre en action ? Est-il transmis aux mains des constituants lorsque le peuple se dote d'une assemblée constituante ? Et le peuple est-il dépossédé une fois le texte fondamental adopté ? Et s'il veut en changer ne peut-il plus utiliser que les modalités de la révision constitutionnelle telle qu'elle est prévue ? Peut-il refaire irruption et reprendre son pouvoir originaire par des mouvements révolutionnaires qui entraîneront à terme un changement constitutionnel ? C'est la question du droit à l'insurrection. Peu de constitutions se sont hasardées à l'inscrire parmi les droits fondamentaux. En France, seule la Constitution du 24 juin 1793 l'a fait par l'article 35 de la Déclaration des droits alors proclamée : « *Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs* ».

Restons pour l'instant sur la question de la loi. La souveraineté pour être légitime doit demeurer dans les mains du peuple. Mais s'agit-il du peuple tel qu'il est (et non tel qu'on le représente), le peuple dans sa multitude, dans son hétérogénéité irréductible ? Nous savons bien que la représentation trahit toujours la multiplicité des composantes du peuple. Dire que le législateur est souverain, c'est admettre que le peuple a transféré la souveraineté qu'il détient originairement à ses représentants. Sacraliser la loi, c'est admettre que le peuple ait fait abandon de son pouvoir, qu'il se soit effacé derrière ses représentants, qu'il ait en quelque sorte disparu. C'est ce que l'on a longtemps admis dans la doctrine française profondément étatiste. Et soumettre la loi à un contrôle, celui de sa conformité à la norme fondamentale constitutionnelle, ce n'est pas suffisant pour réintroduire le peuple dans les mécanismes, mais cela permet au moins de rappeler au législateur qu'il ne peut pas trahir la norme de base d'où son pouvoir est

issu. C'est brider le pouvoir des représentants. C'est bien ce qu'a voulu le Général de Gaulle lorsqu'il a introduit ce contrôle dans la Constitution de 1958.

Aussi peut-on affirmer que le contrôle de constitutionnalité, dans tous les pays où il a été introduit, a été un élément clé pour asseoir l'État de droit. Encore faut-il bien préciser quelles sont les exigences que l'on met sous cette expression. Car il y a différentes versions de la théorie de l'État de droit. Jacques Chevallier en a fait une analyse très claire dans son ouvrage réédité plusieurs fois sur la question¹.

Pour m'en tenir à la conception française qui a influencé bon nombre de pays d'Afrique, je dirais seulement que l'État de droit résulte de la réalisation d'au moins deux conditions : d'une part, la construction d'un ordre juridique hiérarchisé dans lequel il ne risque pas d'y avoir de contradictions entre deux normes sans qu'un principe les départage ; d'autre part, la possibilité pour toute personne physique ou morale de disposer d'un recours sur toute question relative à l'application du droit. Il s'agit en somme d'imposer à la puissance publique, à travers tous ceux qui en détiennent une parcelle, de respecter les règles dont elle s'est elle-même dotée.

De cette conception de l'État de droit il découle tout naturellement que le contrôle de constitutionnalité comme principe est indispensable, mais aussi qu'il doit être réalisé à certaines conditions. Si toutes les normes doivent se trouver dans un ordre hiérarchique, la Constitution doit se trouver au sommet. Mais c'est seulement au terme d'une longue évolution que les

¹ . Jacques Chevallier, « *L'État de droit* », Montchrestien, Paris, 2010.

conséquences ont été tirées de cette position éminente de la Constitution. Pendant des décennies, la sacralisation de la loi a fait du législateur le véritable souverain au pouvoir discrétionnaire. L'État de droit se réduisait alors au principe de la soumission de l'administration à la loi. Dans cette conception restreinte, l'appareil administratif de l'État doit respecter le principe de légalité. Et les citoyens doivent disposer de recours contre l'administration.

Mais la loi elle-même restait alors l'expression de la toute puissance de l'État. Et les exemples ne manquent pas de loi injuste ou scélérate. Ainsi la tradition jacobine française (transmise par héritage à bien des pays du Maghreb ou de l'Afrique sub-saharienne) a prévalu et elle a ramené l'État de droit à une exclusivité de la souveraineté parlementaire. Elle ne s'est ouverte que très tardivement à la protection et aux intérêts des citoyens. Les publicistes français depuis Carré de Malberg ont dénoncé cette conception contestant que la loi fut hors contrôle et demandant une garantie constitutionnelle des droits contre le pouvoir législatif considéré comme dangereux.

La Constitution étant le texte fondateur des valeurs d'une société, c'est tout naturellement le respect obligé de ce texte qui peut servir de rempart. La loi et les modalités de son adoption ne sont pas en soi des garanties suffisantes contre les abus éventuels du pouvoir souverain. Il faut que le législateur lui-même soit soumis au droit. D'où ce progrès pour l'État de droit que représente le contrôle de constitutionnalité de la loi. Toutefois les conditions dans lesquelles celui-ci est exercé peuvent être plus ou moins satisfaisantes. Et il y en a deux que nous allons examiner de plus près.

b) La première condition à examiner concerne les modalités de sa saisine.

Il va de soi qu'une saisine aux conditions trop étroites va entraîner peu de décisions et que les valeurs constitutionnelles pourront rester méconnues par des lois qui passeront facilement à travers les mailles d'un contrôle organisé dans ces conditions. L'expérience française est éloquent. Ahmed Mahiou en a fait la démonstration devant vous lors d'une journée d'études dont les communications ont été publiées. En France, lorsque la saisine était réservée aux quatre autorités prévues à l'origine : le Président de la République, les Présidents des chambres et le Premier ministre, l'activité du Conseil était d'environ 1,5 décision par an.

La réforme de 1974 va permettre aux parlementaires des deux chambres, à condition qu'ils soient au minimum soixante, de déclencher la procédure de contrôle de la loi. Depuis, le chiffre des saisines a été multiplié par dix. De surcroît, la réforme redonne vie au débat politique en permettant à l'opposition de donner de la voie autrement que par les médias et par un rôle constructif sur le plan de la défense des valeurs de base du système politique.

Restait à franchir un pas de plus, celui de la possibilité d'une saisine par les citoyens eux-mêmes. C'est l'un des buts affichés par la réforme française de 2014 avec l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, la fameuse QPC. Le nouveau système n'est pas sans défaut. Mais je ne vais pas entrer dans son analyse. Ce qui m'importe ici c'est le fait qu'il y ait extension du contrôle. Cela tient à l'ouverture des personnes en capacité de saisir le Conseil lorsqu'elles suspectent une loi de contenir des dispositions contraires à la Constitution. Ainsi, la saisine n'est plus entre les mains des seules autorités politiques qui la détenaient jusque

là. On sait que par ce biais, désormais n'importe quel justiciable a la possibilité de soulever devant les juges administratifs ou judiciaires une exception d'inconstitutionnalité d'une loi déjà en vigueur. Toute personne, ce qui veut dire par exemple, les détenus se trouvant en prison, comme le montre une QPC actuellement examinée. La Cour de cassation et le Conseil d'État ont la tâche de filtrer ces recours. C'est une nécessité sinon la justice serait débordée et juger deviendrait matériellement impossible. En dépit de ce filtrage, le nombre de Questions prioritaires de constitutionnalité est impressionnant. Il s'agit de plusieurs centaines de recours par an. C'est la preuve d'un intérêt renouvelé des citoyens et des groupements pour la défense des droits et libertés reconnus par la Constitution. On en déduira sans peine qu'il y a là un véritable progrès de l'État de droit.

De ce point de vue le Conseil constitutionnel algérien, plus jeune que son grand frère français, ne bénéficie pas d'une saisine très large, puisque seules trois personnalités politiques : le Président de la République, le Président de l'Assemblée populaire nationale et le Président du Conseil de la Nation peuvent soulever la question de l'inconstitutionnalité éventuelle d'une disposition. Il est vrai que la maturité n'a pas joué de la même manière dans les deux pays, certaines années ayant été gelées en Algérie du point de vue de l'État de droit et je dirai même de la vie politique par des événements qui ont considérablement éprouvé la société algérienne. ON peut espérer que la saisine du Conseil soit élargie pour un meilleur contrôle de la loi.

c) Une autre condition est relative au champ matériel du contrôle.

Pour que le contrôle de constitutionnalité réponde du mieux possible aux exigences de l'État de droit, il faut encore que le champ matériel du contrôle soit le plus vaste possible. De ce point de vue, l'on conçoit que l'extension

de la saisine ait pour conséquence celle du champ matériel. Plus il y a de personnes habilitées à soumettre des lois au contrôle du Conseil, plus il y aura de chances que bon nombre de lois soient vérifiées du point de vue de leur conformité au texte constitutionnel. La réforme française récente a eu pour résultat une extension mécanique du champ du contrôle de constitutionnalité. Cela d'autant plus qu'il s'agit d'un contrôle a posteriori. Jusqu'ici par ses modalités, le contrôle en France ne portait que sur des lois non encore entrées en vigueur.

Avec le système de la QPC, quelle que soit l'ancienneté d'une loi, celle-ci peut à tout moment faire l'objet d'un contrôle et éventuellement être annulée. C'est un pouvoir démocratique important qui est donné ainsi aux citoyens. Plusieurs pays s'étaient d'ailleurs déjà engagés dans cette voie. Il reste évidemment une part d'aléas dans ce système. Il dépend de l'initiative des personnes habilitées à intervenir qu'une loi soit contrôlée ou ne le soit pas, même si elle contient des dispositions contraires au texte constitutionnel. Il restera donc toujours des lois non transmises dont la non conformité éventuelle à la Constitution ne sera pas vérifiée. Cela est inévitable.

En Algérie, la saisine reste étroite, je l'ai dit et l'initiative du contrôle n'est pas ouverte aux citoyens. Mais, le contrôle ne se limite pas aux textes non encore promulgués. Des textes en vigueur peuvent être déférés au Conseil et en vertu de l'article 165 de la Constitution, ce Conseil rend des avis s'il est amené à contrôler une loi ou un règlement non encore exécutoire et une décision s'il est amené à se prononcer sur une loi ou un règlement devenus exécutoires.

Reste une très vaste question qui n'est pas réglée de la même manière dans nos deux pays. Elle touche elle aussi au problème de l'extension matérielle du contrôle. C'est celle du contrôle de conventionnalité.

Commençons par le cas de l'Algérie qui est plus simple, même si la solution me semble discutable : les traités sont mis par l'article 165 de la Constitution sur le même plan que les lois et règlements du point de vue du contrôle de constitutionnalité. C'est dire que les traités sont donc inférieurs à la Constitution. Je reprendrai cette question plus loin sous l'angle des difficultés qu'elle soulève par rapport à la validité des engagements de l'État. Notons ici qu'il n'y a donc pas de contrôle de conventionnalité (ce qui désigne la vérification d'une loi par rapport à sa conformité avec un traité). Il y a un contrôle de constitutionnalité élargi aux traités.

La situation est différente dans le système français. Le Conseil Constitutionnel s'est refusé à exercer un contrôle de la conformité des lois aux traités internationaux. Cela résulte expressément de la décision rendue en 1975 (n° 75-54 du 15 janvier 1975) à propos de l'interruption volontaire de grossesse. De ce fait, ce sont les juridictions administratives et judiciaires qui ont développé cette compétence. Le Conseil constitutionnel leur a ouvert la voie. Il a souligné que la supériorité des traités par rapport à la loi n'impliquait pas qu'un contrôle doive être exercé dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. Il a ajouté un argument discutable pour refuser son contrôle : une loi, a-t-il dit, contraire à un traité ne le serait pas pour autant à la Constitution. Pourtant si une loi est contraire à un traité, elle est bien, de ce fait contraire à la Constitution puisque c'est celle-ci qui affirme que le traité est supérieur à la loi..... Mais en se refusant à tout contrôle de conventionnalité, le Conseil a explicitement ouvert par une autre décision de

1986 (n° 86-216 du 3 septembre 1986) la voie à la sanction des lois concernées par les tribunaux de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif. C'est, a-t-il dit, aux divers organes de l'État à veiller à l'application de ces conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives.

On sait que les juridictions judiciaires se sont immédiatement engouffrées dans cette voie (arrêt des cafés Jacques Vabre, C. Cass. 24 mai 1975). Le Conseil d'État dont la révérence à la loi est bien connue a mis quatorze ans à s'engager dans la même direction (arrêt Nicolò, 20 octobre 1989). Il l'a fait à contre coeur mais il y allait de sa position dans le système juridictionnel français. Cela a entraîné un essor considérable du contrôle de conventionnalité. Ce sont désormais des centaines d'affaires qui portent sur la conformité des lois françaises aux traités, notamment aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. Devant le Conseil d'État, ce sont environ 20% des affaires qui portent sur la conformité d'une loi avec la Convention européenne. Toutefois, on mesure bien par cette différence de traitement entre les deux contrôles, un relatif échec à l'État de droit avec la preuve de la place minorée du droit international dans l'ensemble du système juridique français. En effet, après un contrôle de conventionnalité par le juge judiciaire ou administratif, une loi peut être écartée comme contraire à un traité, mais elle ne l'est que pour le litige concerné et elle reste en vigueur.

Notons aussi que les deux hautes juridictions françaises, administrative et judiciaire ont refusé de considérer que les traités puissent être supérieurs à la Constitution alors même qu'ils sont supérieurs à la loi. Ils ont donc une valeur infra-constitutionnelle selon le Conseil d'État (Assemblée 30 octobre 1998, Sarran et Levacher et autres recueil p. 369) comme la Cour de

Cassation (Assemblée plénière 2 juin 2000, Mlle Fraisse n° 99-60). Il en résulte que la suprématie conférée par l'article 55 de la Constitution aux engagements internationaux sur la loi ne s'applique pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle.

On notera aussi dans les carences qui persistent, celles qui résultent des possibilités de contradictions non résolues entre les décisions des différentes juridictions. Après que le Conseil constitutionnel ait validé une loi, celle-ci peut cependant faire l'objet d'un contrôle de conventionnalité devant la juridiction judiciaire ou administrative. Si elle est écartée pour contrariété avec un traité, il apparaît qu'il y aura eu deux sources de légalité différente de la loi. Cela est évidemment dommageable par rapport à la clarté et à la logique que l'on attend de l'État de droit. Enfin, autre entorse à celui-ci, il est possible qu'une loi soit validée par le Conseil constitutionnel, qu'elle soit donc appliquée ensuite par le juge ordinaire mais qu'elle se trouve postérieurement dénoncée par les juridictions européennes, que ce soit la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg ou la Cour de Justice de l'Union de Luxembourg. Ces juridictions ont en effet le pouvoir de condamner la France à la suite d'un recours en manquement ou par un arrêt préjudiciel.

Comme on le voit, bien que le contrôle de constitutionnalité contribue à la cohérence du droit, il reste encore de larges marges de perfectionnement possibles. Nous allons maintenant pousser un peu l'analyse en mettant en jeu une autre notion, celle de démocratie.

II – Les rapports entre l’État de droit et la démocratie dans les sociétés nationales comme dans la société mondiale.

La démocratie, je l’ai dit en introduction ne saurait se réduire à une définition institutionnelle. C’est pourtant à quoi on la ramène généralement. On parle même de « grandes démocraties » pour désigner des régimes politiques comme celui de la France, des Etats-Unis ou d’Israël. Mais tout est relatif et dans ces pays, si une partie de la population a des positions relativement bien protégées, on constate que les afro-américains aux Etats-Unis, les étrangers, mais aussi les enfants naturalisés de la deuxième génération en France, les Israéliens arabes en Israël souffrent de graves discriminations. Aussi je considère qu’il faut évaluer la démocratie, non pas à l’aune de quelques indices techniques comme la séparation des pouvoirs, le multipartisme ou le suffrage universel, mais sur d’autres critères et qu’elle relève moins de la lettre des textes que de leur esprit. Une démocratie doit être une société libre, mais libre pour tous, dans laquelle cette hétérogénéité du peuple sur laquelle j’ai insisté au début de cet exposé soit prise en compte, dans laquelle soit accepté ce que Machiavel nommait en parlant de la société de Florence au XVI^e siècle, le « tumulte ». Il n’est pas équivalent au désordre, encore moins au chaos. Il signifie que la parole, le débat politique, le dissensus peuvent s’exprimer.

Ceci ne doit pas être pris en compte uniquement dans les cadres nationaux des sociétés telles qu’elles se présentent actuellement. Dans certains cas, ces cadres nationaux correspondent à un vouloir vivre ensemble authentique. Mais dans bien des cas, l’unité nationale est une chimère. Sur les continents qui ont été longuement soumis à la colonisation, ou ailleurs par l’effet des guerres, cette unité a été forcée par les tracés

arbitraires des frontières et les populations concernées ne s'y retrouvent pas. Toute la question des minorités nationales est alors en jeu. La structuration de la société mondiale ne permet pas de parer à ces difficultés. Elle est elle-même organisée selon des principes bien peu démocratiques. C'est autour de ces points que va tourner cette partie de mon exposé.

Je voudrais montrer d'abord à partir de l'exemple français comment les conditions de réalisation de l'État de droit peuvent sembler réunies sans que pour autant la démocratie n'y trouve son compte. J'ai dit précédemment comment l'ouverture des modalités de la saisine du Conseil constitutionnel était un progrès. Mais les juges disposent toujours d'une marge d'interprétation aussi bien des situations concrètes qui leur sont soumises que des textes qu'ils doivent appliquer à ces situations.

Dans un cas récent, le Conseil Constitutionnel français a manqué de son point de vue une occasion exceptionnelle de faire avancer la démocratie. Il s'agit de la décision (n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015) par laquelle il a eu à censurer ou valider la loi sur le renseignement que le gouvernement avait fait voter par le Parlement après les attentats de janvier dernier. Cette loi a été une loi de circonstance, à l'instar du Patriot Act pris aux Etats-Unis après le 11 septembre 2001. En apparence juridiquement fondée, la décision du Conseil valide un ensemble de mesures extrêmement dommageables pour la démocratie. Le Conseil sauve les apparences en invalidant l'urgence opérationnelle. Mais il laisse possible l'urgence absolue, procédure qui permet de se passer de l'avis de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement. Il conteste d'ailleurs le budget de cette Commission. Il écarte aussi l'article sur la surveillance internationale dont il reconnaît qu'il correspondait à des règles totalement dérogatoires. Mais l'invalidation ne va pas plus loin.

Elle est peu de choses au regard de toutes les mesures qui se trouvent validées par le Conseil. Sont en effet considérées comme conformes à la Constitution des mesures comme la surveillance de masse, l'espionnage de l'entourage d'un suspect avec l'imprécision que recouvre cette notion. Sont approuvées aussi les durées de conservation des données, la possibilité de s'emparer des disques durs ou des algorithmes sur les réseaux. On peut aussi regretter que le Conseil ait une discutable appréciation du respect de la vie privée. Il distingue les correspondances et les données techniques considérant que le recueil des secondes est moins intrusif. La Cour de justice de l'Union Européenne avait été plus rigoureuse estimant dans un arrêt de 2014 que les données de connexion sont susceptibles de livrer des éléments très précis sur le vie des personnes. Le droit à un recours juridictionnel effectif est apprécié de manière très laxiste par le Conseil. Enfin, dans une autre décision prise sur une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil a développé une conception de la liberté de communication bien restrictive puisqu'il considère qu'elle n'englobe ni un droit au secret des échanges, ni un droit au secret des sources des journalistes.

Dans ces occasions, le Conseil s'est éloigné d'une conception forte de la démocratie, car il s'est éloigné des citoyens. Ses décisions sont tellement obscures qu'il est obligé de publier des commentaires explicatifs. À quoi lui sert de prôner (comme le fait avec force son actuel Président) l'intelligibilité de la loi si ses propres décisions sont inintelligibles aux citoyens ? Le Conseil se limite à un juridisme pointilleux et s'étant refusé au contrôle de conventionnalité comme nous l'avons vu plus haut, il est doublé actuellement par la jurisprudence des juridictions internationales,

notamment européennes beaucoup plus soucieuses de la garantie des droits et par la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État qui ont accepté de mettre en oeuvre le principe de supériorité des traités par rapport à la loi. En réalité, les membres du Conseil, la plupart ayant eu des responsabilités politiques, ont davantage le souci de l'autorité de l'État que celui des libertés fondamentales. Pour ne prendre que l'actuel Président, Jean-Louis Debré ou Lionel Jospin, on comprend pourquoi ils sont surtout soucieux des prérogatives de l'État. C'est qu'ils l'ont incarné par leur fonction.

La lutte pour l'application rigoureuse du droit international dans les sociétés nationales, avec les acquis que cela suppose en matière de droits et libertés est donc devant nous. Il est actuellement bien peu de cas, pour ne pas dire aucun, de pays dont les juridictions et les autorités administratives ont scrupule à appliquer ou faire appliquer les dispositions du droit international dans toute leur ampleur. Pour prendre l'exemple de la France que je connais le mieux, le droit international a très peu pénétré la jurisprudence des tribunaux. Si le droit européen commence à être pris en considération, c'est parce qu'il y a des mécanismes de sanction au niveau de l'Europe. Les cours européenne des droits de l'homme ou de justice de l'Union ont l'une et l'autre le pouvoir de condamner les États. Mais en droit international général, la situation est différente. La souveraineté des États est un rempart efficace à l'introduction du droit international dans la pratique et la culture juridique nationale. Les juridictions internationales ne sont compétentes que pour les différends entre États et de surcroît, cette compétence est réduite par le fait que l'État défendeur doit accepter la procédure pour que celle-ci ait lieu. Cette situation d'impunité chronique par

rapport au droit international conduit à sa méconnaissance ou pire au mépris que certaines autorités nationales ont pour lui. Car le contrôle de conventionnalité dont nous avons parlé s'exerce si un plaignant peut exiger la cohérence de la loi française avec le droit international. Mais si l'administration française ou des particuliers violent des dispositions de ce droit, on ne peut invoquer la cohérence du droit et les tribunaux renâclent à juger des comportements en relation avec la norme internationale.

Les tribunaux français en ont donné un exemple frappant récemment à propos d'une affaire emblématique. Une association française de défense des droits des Palestiniens avait introduit un recours devant un Tribunal de grande instance contre deux grosses entreprises françaises pour faire cesser leur participation à la construction et au fonctionnement du tramway de Jérusalem. En effet Alstom et Veolia s'étaient vu confier par contrat la responsabilité de ce tramway qui traverse la Cisjordanie et dessert les colonies de peuplement situées autour du grand Jérusalem. Ce moyen de transport étant destiné principalement à la desserte des colonies, il était, aux yeux des requérants illégal comme contraire à la 4^e convention de Genève qui interdit la colonisation d'un territoire occupé. Mais les requérants ont été éboutés en première instance et en appel, sur le motif que les Conventions de Genève n'était pas d'effet direct en droit français. L'affaire a été portée devant la Cour de Cassation avec l'espoir que à ce niveau une telle erreur de droit ne serait pas possible. Mais la Cour de Cassation a trouvé la parade pour ne pas avoir à se prononcer. Le pourvoi a été considéré comme non sérieux et a donc été déclaré non recevable sans motivation.

C'est ainsi que bien des États (car il y a des situations bien plus extrêmes de non application du droit international que celle de la France) peuvent se

permettre d'adhérer à toutes sortes d'instruments internationaux porteurs d'obligations à leur charge dans la plus grande insouciance. Faute de mécanismes de garantie et de sanctions, ces traités resteront l'objet de cours détaillés dans les Universités mais ne franchiront jamais le seuil des prétoires pour y être rendus exigibles. Il faudrait à tout le moins que tous les États ayant souscrit aux grandes conventions internationales, assurent un contrôle de conventionnalité rigoureux afin qu'aucune de leurs lois ne soient contraires à ces conventions et allant plus loin que leurs tribunaux intègrent l'ordre juridique international à leurs références de jugement. Et s'il y a une contradiction entre les dispositions d'un engagement international et celles de la Constitution, il est clair qu'il faut ou modifier la Constitution, ou se retirer de l'engagement international.

Mais la situation générale n'est pas celle-là. Cette carence a conduit à une idée qui est née en Tunisie, a été développée sous l'autorité de notre collègue Ben Achour et s'est étendue depuis. C'est l'idée de doter le système international d'une nouvelle structure, celle d'une Cour Constitutionnelle internationale. Elle serait chargée de vérifier que les constitutions, mais aussi les pratiques notamment électorales des États soient en accord avec leurs engagements internationaux. Un pays peut-il par exemple s'être engagé par un traité international à respecter la liberté de conscience et de religion et considérer tous ses nationaux comme relevant d'une seule religion ? s'être engagé à respecter l'égalité entre les sexes et admettre de fortes discriminations dans les lois ou les pratiques ? s'être engagé à ce que toute personne puisse se présenter aux fonctions publiques de son pays et mettre des obstacles administratifs ou réglementaires à l'accès de certaines catégories de personnes ?

J'ai eu l'occasion de travailler sur ce projet et je le crois très positif. Il se situe dans la logique de la bonne foi qui est la condition de l'exécution des traités selon l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Ainsi un État rompt-il avec la bonne foi si après s'être engagé par un traité sur un certain principe, il ne le respecte pas par sa constitution ou sa pratique. Toutefois, il n'a été possible de proposer la création de cet organe de contrôle qu'en restant dans la logique qui prédomine dans le droit international, celle de la souveraineté des États, principe qui entraîne les immunités juridictionnelles. Un État souverain ne peut être traduit devant une juridiction qu'avec son accord. Dans le projet de Cour constitutionnelle internationale, il faut donc que les États acceptent par traité entre eux la création de ce mécanisme. On conçoit que la voie sera longue. Et les États réticents resteront en dehors du système. Comme pour la Cour pénale internationale, on aura manqué l'universalité des principes au sein de la communauté internationale. Aussi cette communauté avance-t-elle de plus en plus vers son unité à travers les échanges commerciaux, les réseaux sociaux et financiers et échoue-t-elle à se doter de valeurs communes.

J'en viens ainsi au dernier point que je veux mettre en lumière devant vous. Il est relatif au paradoxe profond de la société internationale et de son organisation. Les Nations Unies affirment dans leurs principes fondamentaux être basée sur la démocratie et les droits de l'homme et elles prétendent promouvoir la démocratie dans les pays membres, alors que la démocratie est notoirement absente de l'organisation même des Nations Unies. On peut dire que la société internationale ne fonctionne même pas sur les principes minimum de l'État de droit. Je ne peux traiter ici cette question en détails. Quelques exemples suffiront à illustrer les carences que

je veux souligner, en insistant sur le fait que les sociétés internes et la société internationale sont liées et que la démocratie ne saurait s'accomplir dans un seul espace.

Les institutions financières internationales conditionnent les prêts qu'elles octroient à certains pays aux progrès de ceux-ci sur la voie de la démocratie, c'est-à-dire essentiellement au multipartisme et à la transparence électorale. Mais dans le même temps, les mêmes institutions exigent de ces pays des réformes drastiques qui mettent à bas les systèmes éducatifs, de santé de transports, d'accès à l'eau, etc. La gratuité est réduite, les prix augmentent et les injustices se creusent. Ainsi ceux-là même qui exigent la démocratie, imposent des mesures qui détruisent les bases de la démocratie. Étrange paradoxe... L'ordre libéral a besoin de la couverture de l'État de droit. Mais il s'agit alors de la version la plus formelle. Elle peut coexister avec la montée des inégalités et le développement de la corruption. Les difficultés de la coopération judiciaire internationale, la place de l'argent dans les campagnes électorales rendent dérisoires les quelques garanties de l'État de droit dans les sociétés internes. Les juridictions nationales n'ont pas de pouvoir sur les relations transnationales qui prennent une place accrue dans tous les pays. Il y a alors des zones de non-droit, ce qui est par essence contradictoire avec les exigences de l'État de droit.

Cette extension des relations transnationales devrait s'accompagner d'un renforcement du droit international et de son applicabilité soit par les juridictions nationales, soit par une justice internationale auquel aucun sujet ne pourrait se soustraire, ce qui n'est pas le cas. Nous avons donc là un premier point qui met en échec les avancées de la démocratie à travers celles de l'État de droit, à savoir la possibilité que tout différend trouve un juge.

Mais il y a plus grave. C'est qu'en droit international la source principale des normes est dans les traités qui sont des accords entre États. Ils sont donc de nature contractuelle. Le contrat étant d'effet relatif, ne vaut que pour ceux qui y ont adhéré. Nous n'avons donc pas de normes à portée universelle. Il y a le droit de la mer tel qu'il s'applique aux États signataires de la Convention des Nations unies de 1982 et le droit de la mer, très différent, qui s'applique à ceux qui ne sont pas signataires. Et si un même État conclut deux traités avec les mêmes partenaires ou avec des partenaires différents, comportant des dispositions contradictoires, aucun mécanisme ne permet de dire si l'une des dispositions prévaut sur l'autre. Ainsi il n'y a pas de mécanismes satisfaisant pour régler les situations de conflits de normes.

Mais surtout la société internationale n'est pas organisée de manière à assurer l'égalité entre les sujets de droit qui la composent et la protection juridique de tous. La catégorie formellement admise est celle de l'État, mais l'accès au statut d'État pour un groupe humain se fait sur des bases très aléatoires et à partir de relations de pouvoir. C'est comme cela que les Palestiniens, les Kurdes, les Sahraouis, ne bénéficient toujours pas de la qualité d'État. Et ils n'ont pas de recours pour y parvenir. Les reconnaissances bilatérales n'y suffisent pas. On le voit bien pour la Palestine. Il y faut encore l'entrée aux Nations Unies et alors les 5 membres permanents disposent d'un pouvoir prééminent. C'est d'ailleurs cette inégalité fondamentale qui marque le droit international et qui en fait un droit bien peu démocratique. La Charte des Nations unies proclame le principe d'égalité entre les États et quelques articles plus loin, elle donne aux cinq membres permanents du Conseil de sécurité un rôle décisif et cela

de manière définitive. En effet, aucune réforme de la Charte n'est possible sans l'accord de ces cinq membres.

De ce fait, les Nations Unies sont une organisation à caractère non démocratique que l'on peut même qualifier avec exactitude d'aristocratique. Car c'est bien la nature de l'aristocratie que de disposer d'un pouvoir qui se perpétue dans le temps et dont ceux qui le détiennent ne le voient jamais remis en cause. Le Conseil de sécurité ainsi assuré de son pouvoir, en a souvent usé de manière très arbitraire et très dommageable. J'en citerai pour exemple l'embargo imposé à l'Irak en 1990 à l'occasion de la première guerre du Golfe et alors qu'il avait été mis fin à l'invasion du Koweït. Bien que cette cause donnée comme justifiant l'embargo ait disparu dès le printemps 1991, le Conseil de sécurité a maintenu cet étai sur la population irakienne pendant 12 ans sans avoir à se justifier ou plutôt en prenant prétexte d'un élément qui s'est avéré faux, celui de la détention par le régime irakien d'armes de destruction massives.

Au moins aussi grave a été le fait que le Conseil ait pu décider en 1992 par la résolution 748 du 31 mars que le gouvernement libyen devait extraditer deux de ses nationaux suspectés d'avoir commis l'attentat dit du Lockerbie. Pourtant la Convention de Montréal prévoit que dans ce cas, l'État concerné a le choix entre juger lui-même les suspects ou les extraditer. Et la Libye afin de s'assurer que son droit de choisir entre les deux alternatives soit sauvegardé avait saisi la Cour internationale de justice en demande de mesures conservatoires et celle-ci avait terminé ses audiences et entamé son délibéré. Mais devant la décision prise par le Conseil de sécurité, la Cour n'a pas voulu aller à l'affrontement avec l'organe principal des Nations Unies et elle a conclu que les circonstances ne lui permettaient pas de

prononcer des mesures conservatoires. Il y a eu des opinions dissidentes pour s'insurger contre cette décision et l'un des juges (celui de l'Algérie) a publié ensuite un ouvrage posant la question du contrôle de la légalité des décisions du Conseil de sécurité. La question a été soulevée mais pas résolue car il n'y a pas de contrôle de ces décisions et ainsi la société internationale ne connaît-elle pas l'État de droit et elle peut être considérée à juste titre comme bien peu démocratique.

Je ne voudrais pourtant pas terminer sur une note trop négative. Il y a des paradoxes intéressants dans le fonctionnement des sociétés. Cette société internationale elle-même organisée de manière bien peu démocratique et dans laquelle l'État de droit est défaillant, est pourtant capable de secréter des avancées en matière de droits et libertés qui influencent les sociétés nationales. C'est, il est vrai, beaucoup moins l'effet de l'action des États, que celle de cette juridiction, la seule à caractère obligatoire, qu'est la Cour Européenne des droits de l'homme et aussi du travail des organisations non gouvernementales, de ce que l'on nomme aujourd'hui la société civile. Celle-ci est très vigilante sur tout ce qui peut se faire au Conseil des droits de l'homme ou dans les Comités qui sont chargés du suivi des Pactes des Nations Unies. Sans doute n'y a-t-il pas là de mécanisme obligatoire mais on voit bien que lorsqu'un État subit une condamnation, il y a un effet politique certain. On peut dire ainsi que le piège a fonctionné. Les États ont signé les grands textes sur les droits de l'homme en étant persuadés qu'il s'agissait de chiffons de papier. Mais des citoyens tenaces parviennent peu à peu à leur donner vie.

Les progrès dans l'organisation politique des sociétés sont en cours, celui-ci n'est pas linéaire, mais le mouvement est amorcé et nous pouvons

espérer qu'il ne s'arrêtera pas. Je vous remercie d'avoir accepté de réfléchir avec moi sur ces questions difficiles et j'attends avec beaucoup d'intérêt vos réactions et vos questions.

Alger, 16 septembre 2015
Monique Chemillier - Gendreau