

Le traité établissant une Constitution pour l'Europe devant le Conseil constitutionnel.

(A propos de la décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004).

Résumé : La ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe exigera, à l'instar des traités de Maastricht et d'Amsterdam, une révision constitutionnelle. D'un côté, le juge constitutionnel confère un brevet de conformité à la Constitution aux stipulations du traité formalisant la primauté du droit communautaire et posant une charte de droits fondamentaux. De l'autre, il met en évidence les conflits avec la Constitution d'un certain nombre de stipulations du traité, qui soit concernent des domaines de compétences nouvellement transférés, soit instituent des modalités nouvelles d'exercice de compétences déjà transférées. En outre, les nouvelles prérogatives accordées par le traité au Parlement français imposeront également une modification du texte constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel était prêt. Il n'aura fallu que vingt et un jours pour qu'il se prononce sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe, qui comprend 448 articles, ainsi que ses protocoles et annexes. La célérité remarquable du juge constitutionnel répond à celle du Président de la République¹ qui l'avait saisi le jour même de la signature du traité, le 29 octobre 2004. A titre de comparaison, la décision sur le traité de Maastricht avait été rendue en vingt-neuf jours, celle sur le traité d'Amsterdam en vingt-sept. Quant au résultat, à l'instar de ce qui s'est produit pour ces deux traités communautaires, la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe exigera une modification de la Constitution du 4 octobre 1958. Quelques chiffres encore, aujourd'hui, sur les dix-sept lois de révision constitutionnelle intervenues sous la V^{ème} République, cinq ont eu pour objectif d'adapter le texte constitutionnel aux exigences internationales ou communautaires : trois dans le cadre de la procédure de l'article 54 de la Constitution², une dans le cadre de celle de l'article 61³ et une suivant une voie originale faisant intervenir le Conseil d'Etat⁴ ; une seule de ces cinq révisions ne concernant pas, plus ou moins

¹ Remarquons que sur les neuf décisions intervenues sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, à l'exception d'une saisine du seul Premier ministre (C.C., n° 70-39 DC, 19 juin 1970, *Traités des Communautés européennes*, RJC-I, p. 21) et d'une saisine parlementaire portant sur un traité ayant déjà été contrôlé antérieurement (C.C., n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Maastricht II*, RJC-I, p. 506), le Président de la République a toujours été à l'origine de la saisine du Conseil constitutionnel (C.C., n° 76-71 DC, 30 décembre 1976, *Assemblée européenne*, RJC-I, p. 41 ; n° 85-188 DC, 22 mai 1985, *Protocole n° 6*, RJC-I, p. 224 ; n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, RJC-I, p. 497 ; n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam*, RJC-I, p. 727 ; n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, *Cour pénale internationale*, RJC-I, p. 803 ; n° 99-412 DC, 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, RJC-I, p. 824 ; n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, JORF, 24 novembre 2004, p. 19885).

Toutefois, deux décisions se singularisent par une saisine conjointe du Président de la République et du Premier ministre (C.C., n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam*, précitée ; n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, *Cour pénale internationale*, précitée).

² Loi constitutionnelle n° 92-554, du 25 juin 1992, *Dispositions permettant de ratifier le Traité de Maastricht*, JORF, 26 juin 1992 ; loi constitutionnelle n° 99-49 du 25 janvier 1999, *Dispositions permettant de ratifier le Traité d'Amsterdam*, JORF, 26 janvier 1999 et loi constitutionnelle n° 99-568 du 8 juillet 1999, *Dispositions permettant de reconnaître la Cour pénale internationale*, JORF, 9 juillet 1999.

³ Loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993, *Droit d'asile*, JORF, 26 novembre 1993.

⁴ Loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003, *Mandat d'arrêt européen*, JORF, 26 mars 2003.

directement, l'Europe communautaire. Dernier chiffre, la mise en œuvre de la procédure de l'article 54 n'aura à ce jour conduit qu'une seule fois à paralyser le processus de ratification d'un engagement international, la charte européenne des langues régionales et minoritaires en l'occurrence, aucune révision constitutionnelle n'ayant été envisagée⁵.

Sur la forme, la décision du 19 novembre 2004 ne surprend pas. Un coup d'œil rapide de la décision pourrait même générer une certaine surprise tant la décision, concernant pourtant un tournant majeur de l'Europe communautaire, s'inscrit dans la droite ligne des décisions précédentes. Depuis la décision du 9 avril 1992, une certaine unité dans la présentation formelle est maintenue. Face à des saisines présidentielles non argumentées, on retrouve, plus ou moins explicitement, le même découpage : les normes de références, le contenu de l'engagement international et les stipulations soulevant des problèmes de constitutionnalité. Seuls les visas de la décision du 19 novembre 2004 apparaissent avec une singularité manifeste. Ils sont déjà beaucoup plus ramassés que les visas des décisions portant sur les traités de Maastricht et d'Amsterdam. La formule « vu les autres engagements souscrits par la France et relatifs aux Communautés européennes et à l'Union européenne » évite ainsi une énumération fastidieuse. Surtout, les visas contiennent des éléments plutôt originaux : la Convention européenne des droits de l'homme⁶, quatre décisions du Conseil constitutionnel, les décisions sur les directives communautaires⁷, et un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme⁸.

Concernant les normes de référence, sous réserve de quelques adaptations, on retrouve les éléments contenus dans la décision *Maastricht I* et, surtout, ceux contenus dans la décision *Traité d'Amsterdam*, l'article 88-1 de la Constitution ayant été entre temps adopté. La ratification du traité exigera une révision constitutionnelle dans trois hypothèses : contrariété à la Constitution, remise en cause des droits et libertés constitutionnellement garantis ou atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale⁹. Malgré sa maladresse, les deux derniers éléments étant contenus dans le premier, la formule demeure dans ce triptyque depuis la décision

Par un avis rendu le 26 septembre 2002, le Conseil d'Etat, saisi par le Premier ministre sur le fondement de l'article L 112-1 du CJA, avait jugé que, sur un point particulier, la transposition en droit français de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen était susceptible de se heurter à des obstacles d'ordre constitutionnel.

Voir sur cet avis : H. LABAYLE, « Le contrôle de la constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne. L'entraide judiciaire européenne au Palais Royal », *RFDA*, 2003, pp. 442-469 ; A. ONDUA, « L'ordre constitutionnel français à l'épreuve de la décision-cadre du 13 juin 2002 sur le mandat d'arrêt européen », *AJDA*, 2003, pp. 1368-1374.

⁵ C.C., n° 99-412 DC, 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales et minoritaires*, précitée.

⁶ La Convention européenne des droits de l'homme avait déjà été mentionnée antérieurement dans les visas d'une décision alors que la loi déférée ne mettait pas en œuvre un engagement international et que la norme contrôlée n'était pas un engagement international. Voir : C.C., n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, JORF, 19 mars 2003, p. 4789.

⁷ C.C., 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, JORF, 22 juin 2004, p. 11182 ; n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, JORF, 10 juillet 2004, p. 12506 ; n° 2004-498 DC, 29 juillet 2004, *Loi relative à la Bioéthique*, JORF, 7 août 2004, p. 14077 ; n° 2004-499 DC, 29 juillet 2004, *Protection des données personnelles*, JORF, 7 août 2004, p. 14087.

⁸ C.E.D.H., n° 4774/98, 29 juin 2004, *Leyla Sabın c. Turquie*.

⁹ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, précitée, Considérants n° 7.

du 22 janvier 1999, *Cour pénale internationale*¹⁰, les droits et libertés n'apparaissant pas dans les décisions du 9 avril 1992, *Maastricht I*¹¹, et du 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam*¹². Autre élément notable dans la décision du 19 novembre 2004, la formule de l'« atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », en dehors de l'annonce dans les normes de référence, n'apparaît plus de manière aussi significative que dans les décisions antérieures¹³. Elle semble se concrétiser désormais par le biais de la référence nouvelle aux « compétences » ou « matières » « inhérentes à l'exercice de la souveraineté nationale »¹⁴.

Quant au contenu de l'engagement contrôlé par le Conseil, il s'agit du traité « établissant une Constitution pour l'Europe », ses protocoles et annexes, étant entendu que sont « soustraites au contrôle de conformité à la Constitution celles des stipulations du traité qui reprennent les engagements antérieurement souscrits par la France ». Ce dernier élément permet d'explicitier, même si cela était acquis depuis la décision *Maastricht I*, que le contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux est exclusivement *a priori* dans le cadre de l'article 54 de la Constitution.

Sur le fond, la décision du 19 novembre 2004 marque une évolution douce mais significative du contrôle de constitutionnalité des traités communautaires. Les décisions déjà citées sur les directives communautaires, mentionnées dans les visas, ont tout d'abord constitué un tournant dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel dont on retrouve inévitablement les traces dans la décision commentée. En soutenant pour la première fois de manière explicite la primauté de la Constitution nationale sur le droit communautaire, à l'instar de ce qui s'était produit devant le Conseil d'Etat et non d'ailleurs devant la Cour de cassation¹⁵, ces décisions ont exigé un certain nombre d'adaptations de formules auparavant utilisées à l'occasion du contrôle de constitutionnalité des traités communautaires. Elles ont ensuite imposé que soient consacrés des développements particuliers sur le principe de primauté du droit communautaire qui, seule nouveauté sur ce point, est aujourd'hui expressément formalisé dans le traité du 29 octobre 2004. Autre point examiné par le Conseil constitutionnel : la charte des droits fondamentaux du traité.

¹⁰ C.C., n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, *Cour pénale internationale*, précitée, Considérant n°13.

¹¹ C.C., n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, précitée, Considérant n° 14.

¹² C.C., n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam*, précitée, Considérant n° 7.

¹³ Voir cependant : C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, précitée, Considérants n° 24 et 25.

¹⁴ *Loc. cit.*, Considérants n° 27, 29, 33.

¹⁵ C.E., 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, R.F.D.A., 2002, p. 166 et s.

C. cass., Ass. plén., 2 juin 2000, *Pauline Fraïsse*, L.P.A., 9 octobre 2000, n° 201, p. 8 et s. En effet, la formule selon laquelle « la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'appliquant pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle » n'a été employée que pour rejeter le moyen tiré de la violation d'engagements internationaux classiques. En ce qui concerne la violation de normes communautaires, la Cour de cassation a retenu que la contestation n'entraîne pas « dans le champ d'application du droit communautaire ».

Voir pour une interprétation favorable au droit communautaire de la solution de la Cour de cassation : A. RIGAUX, D. SIMON, « Droit communautaire et Constitution française : une avancée significative de la Cour de cassation », *Europe*, août-septembre 2000, p. 3.

Pas plus que pour le principe de primauté, le Conseil ne censure les stipulations du traité relatives aux droits fondamentaux. La démarche du juge est sur ce point didactique. Il tend à écarter par une argumentation particulièrement développée l'essentiel des motifs d'inconstitutionnalité qui auraient pu être soulevés par ces stipulations. Sous ces deux angles, la primauté du droit communautaire et la charte des droits fondamentaux, la décision du 19 novembre marque un attachement du Conseil constitutionnel à *préserver l'identité nationale* face à la construction communautaire (§ I).

Si l'examen de la primauté du droit communautaire et des droits fondamentaux n'impliquera pas de révision de la Constitution, tel n'est pas le cas des *transferts de compétences* qui font l'objet d'une *censure* (§ II). Dans la décision du 19 novembre 2004, ces « transferts » présentent deux aspects bien différents : un volet classique, inscrit dans une jurisprudence constante, portant sur les transferts de compétences de l'Etat vers l'Union européenne qui soulèvent des conflits avec les dispositions constitutionnelles ; un volet original, concernant les « transferts » de compétences non plus dans un sens vertical ascendant, mais dans un sens vertical descendant, de l'Union européenne vers les Etats, qui sont également susceptibles de se heurter à la Constitution. Des transferts de compétences prévus par le traité au profit du Parlement national ou, plus justement, l'attribution nouvelle de compétences à ce dernier, peuvent impliquer une révision de la Constitution nationale.

I – L'identité nationale préservée

La tendance à la préservation de l'identité nationale se perçoit d'abord dans le fait qu'il s'agit pour le Conseil constitutionnel de se prononcer sur la conformité à la Constitution de stipulations majeures du traité sans que cela n'aboutisse à une censure. Le juge constitutionnel désamorce des conflits susceptibles de se poser. La démarche doit être louée dans la mesure où elle répond à un souci pédagogique. Il s'agit en définitive de montrer pourquoi sur deux points importants, la primauté du droit communautaire et la charte des droits fondamentaux, le traité ne soulève pas de problème de conformité à la Constitution. Afin de préserver l'identité nationale, le Conseil procède à une neutralisation des stipulations du traité qui conduit à *réaffirmer la primauté de la Constitution nationale sur le droit communautaire* (A) et à *marquer la spécificité de certains droits fondamentaux* (B).

A – La réaffirmation de la primauté de la Constitution nationale sur le droit communautaire

La démarche retenue par le Conseil constitutionnel peut-être synthétisée autour de trois propositions successives : (re)poser le principe de primauté de la Constitution sur le droit communautaire ; neutraliser l'affirmation de la primauté du droit communautaire contenue dans

le traité et inscrire ces orientations dans la lignée de la jurisprudence relative aux directives communautaires. Ces propositions, combinées entre elles, visent à asseoir la primauté de la Constitution. Cette primauté est ainsi renforcée par la neutralisation de la primauté communautaire nouvellement formalisée et emporte des conséquences positives par le contrôle indirect éventuel du droit communautaire dérivé.

En premier lieu, l'affirmation de la subordination du droit communautaire à la Constitution nationale apparaît dès l'énoncé des normes de référence : « la République française participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne *dans les conditions prévues par le titre XV de la Constitution* »¹⁶. La participation se révèle conditionnée par le titre spécifique de la Constitution consacré au droit communautaire. Une telle affirmation est nouvelle. Dans la décision *Traité d'Amsterdam*, le Conseil se contentait de citer le contenu de l'article 88-1 sans qu'aucune signification particulière ne lui soit donnée¹⁷. Cette primauté de la Constitution nationale se retrouve encore dans d'autres formules. Il est ainsi fait référence à la place de la Constitution – nationale – « au sommet de l'ordre juridique interne »¹⁸, au fait qu'avec l'article 88-1 « le constituant a consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire »¹⁹ et que « la portée du principe de primauté du droit de l'Union (...) résulte (...) de l'article 88-1 de la Constitution »²⁰.

En deuxième lieu, la primauté constitutionnelle ne saurait revêtir de portée véritable sans une neutralisation de la primauté communautaire. Cette neutralisation passe d'abord par une précision sur la nature du texte examiné par le Conseil constitutionnel. Si son intitulé comprend le terme « Constitution », le traité n'est qu'un engagement international. Le Conseil relève plusieurs indices à l'appui de cette constatation et notamment « son entrée en vigueur, (...) sa révision et (...) la possibilité de le dénoncer »²¹. Il y a lieu d'insister sur ce dernier point dans la mesure où il s'agit d'une nouveauté significative dans un traité communautaire. L'article I-60 du traité prévoit en effet « le retrait volontaire de l'Union » d'un Etat membre. Cette première inscription explicite dans un traité communautaire d'une possibilité de retrait apparaît, peut-être, comme une conséquence de l'élargissement de l'Union européenne et, sans doute, comme une contre-partie au franchissement d'un nouveau pallier dans la construction communautaire avec le traité établissant une Constitution.

Il reste que tous les éléments énumérés par le Conseil constitutionnel, entrée en vigueur, révision et dénonciation du traité, se rattachent à la question de la « compétence de la compétence » et

¹⁶ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 5, (souligné par nous).

¹⁷ C.C., n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam, précitée*, Considérant n° 5.

¹⁸ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 10.

¹⁹ *Loc. cit.*, Considérant n° 11.

²⁰ *Loc. cit.*, Considérant n° 13.

²¹ *Loc. cit.*, Considérant n° 9. Voir respectivement sur chacun de ces points les articles IV-447, IV-443 et I-60 du traité établissant une Constitution pour l'Europe.

donc, indirectement, à la nature de l'Union européenne. En d'autres termes, il n'est question de Constitution qu'en présence d'un Etat ; de traité international qu'en présence d'une organisation internationale. On voit d'ailleurs mal comment le Conseil constitutionnel, sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, comme sur le fondement de n'importe quelle autre disposition constitutionnelle, aurait pu être saisi d'un acte constituant européen proprement révolutionnaire, d'un point de vue juridique, vis-à-vis de la Constitution du 4 octobre 1958. Le Conseil constitutionnel l'a rappelé au moment de l'exposé des normes de référence du contrôle, les dispositions constitutionnelles « permettent à la France de participer à la création et au développement d'une organisation européenne permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les Etats membres »²². Il le confirme encore à l'issue de ses développements sur le principe de primauté, le traité « ne modifie [pas] la nature de l'Union européenne »²³. Ces précisions sur la nature de l'Union n'en empêche pas moins le Conseil constitutionnel de reconnaître la spécificité de cette organisation : elle n'est plus « une organisation internationale permanente »²⁴, mais « une organisation européenne permanente »²⁵. L'ordre juridique communautaire est « intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international »²⁶. La spécificité est ainsi pleinement affirmée vis-à-vis du droit international, le droit communautaire est dissocié du droit international ; l'adhésion à un courant moniste à primauté du droit interne est claire avec le couple intégration à l'ordre juridique interne/primauté de la Constitution. Le couple intégration/séparation utilisée à propos du droit communautaire apparaît plus convaincant lorsqu'il s'applique ici de manière différenciée, respectivement vis-à-vis du droit interne et du droit international, que lorsqu'il n'était utilisé que par rapport au droit interne, comme dans la décision du 9 avril 1992, *Maastricht I*. Dans cette dernière décision, le Conseil constitutionnel considère en particulier que « le Parlement européen appartient à un ordre juridique propre qui, bien que se trouvant *intégré* au système juridique propre des différents Etats membres des Communautés, *n'appartient pas à l'ordre institutionnel de la République française* »²⁷. L'utilisation du couple intégration/séparation dans une logique exclusivement interne implique une lecture de

²² C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 6.

²³ *Loc. cit.*, Considérant n° 13.

²⁴ C.C., n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I, précitée*, Considérant n° ; C.C., n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam, précitée*, Considérant n° 6.

²⁵ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 6 (souligné par nous).

²⁶ *Loc. cit.*, Considérant n° 11.

²⁷ C.C., n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I, précitée*, Considérant n° 34 (souligné par nous).

Dans la décision du 30 décembre 1976, *Assemblée européenne*, le Conseil constitutionnel considère déjà que le Parlement européen « n'appartient pas à l'ordre institutionnel de la République française et (...) ne participe pas à l'exercice de la souveraineté nationale » (C.C., n° 76-71 DC, 30 décembre 1976, *Assemblée européenne, RJC-I*, p. 41 et s., Considérant n° 7).

l'intégration comme une intégration *normative* et de la séparation comme une séparation *institutionnelle*.

La neutralisation du principe de primauté communautaire passe ensuite par la mise en avant des stipulations du traité tendant à préserver l'identité des Etats membres. Les articles I-1 et I-5 du traité sont décisifs²⁸. Du premier, l'origine étatique des transferts de compétences, et donc la nature inter-étatique de l'organisation, sont identifiables : « la présente Constitution établit l'Union européenne, à laquelle les Etats membres attribuent des compétences pour atteindre leurs objectifs communs ». Le Conseil place surtout le second au cœur de son argumentation. Le respect par l'Union européenne de l'identité nationale des Etats membres « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles » se révèle être déterminant.

La neutralisation proprement dite consiste enfin à montrer que la formalisation du principe de primauté dans le traité ne change rien du point de vue du droit interne. De manière plutôt surprenante, l'explicitation textuelle d'un principe antérieurement jurisprudentiel ne change rien à l'état du droit positif. Il aura certes fallu attendre quarante ans pour voir le principe de primauté passer du statut de principe non écrit à un principe formalisé dans un traité communautaire sans que ce passage n'emporte aucune conséquence. Selon le Conseil constitutionnel, il résulte ainsi « d'une déclaration annexée au traité » que l'article I-6 du traité « ne confère pas au principe de primauté une portée autre que celle qui était antérieurement la sienne »²⁹. Au regard de cette déclaration, selon laquelle « La Conférence constate que l'article I-6 reflète la jurisprudence existante de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance »³⁰, la question du maintien de la portée antérieure du principe de primauté laisse perplexe. De quelle portée antérieure s'agit-il ? De la portée du principe tel qu'il résulte de la jurisprudence *Costa c. ENEL* ? Tel semble devoir être la signification de la déclaration citée. D'autant que, d'une manière plus générale, l'article IV-438 § 4 du traité pose le principe de continuité de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance pour l'interprétation des dispositions du traité établissant une Constitution comparables aux stipulations des traités antérieurs. Pourtant, ce n'est assurément pas la portée du principe de primauté reconnue par le juge constitutionnel. Ou s'agit-il de la portée du principe tel qu'il se révèle dans la plupart des différents Etats membres, à savoir une primauté communautaire tirant son autorité de chacune des constitutions nationales ? Nul doute que c'est bien en ce sens que le Conseil constitutionnel entend comprendre le principe de primauté communautaire, une « primauté communautaire constitutionnelle ». En définitive, c'est cette déclaration annexée au traité, dans une interprétation nationale pour le moins surprenante, qui

²⁸ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 12.

²⁹ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 12.

³⁰ Déclarations relatives à des dispositions de la Constitution, Déclaration ad article I-6, *JOUE*, 16 décembre 2004, C 310/420.

annihile toute portée à l'affirmation de la primauté du droit communautaire sur le droit des Etats membres.

En troisième et dernier lieu, la primauté de la Constitution rencontre une conséquence positive dans la jurisprudence constitutionnelle récente relative aux directives communautaires. Dans la décision commentée, l'inscription du raisonnement du Conseil dans la continuité de cette jurisprudence mérite que l'on revienne sur cette dernière. Les commentaires doctrinaux ont été faits avant que les quatre décisions ne soient intervenues et, en toute hypothèse, avant qu'une lecture constructive nous ait été donnée par les commentaires des *Cahiers du Conseil constitutionnel* sous l'une des dernières décisions, qui s'inscrivent dans le droit fil d'un commentaire particulièrement éclairé sous la première³¹. Pour résumer la jurisprudence sur les directives communautaires, il est possible de la formuler selon deux perspectives différentes. Pour les tenants du verre à moitié plein, les défenseurs de la primauté constitutionnelle, le Conseil constitutionnel aurait fait usage d'un *self restraint* dans l'exercice du contrôle de loi mettant en œuvre des directives communautaires dans la mesure où il n'exercerait pas, en principe, de contrôle sur les dispositions de loi qui se bornent « à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive communautaire »³². Pour les tenants du verre à moitié vide, les défenseurs de la primauté du droit communautaire, le Conseil constitutionnel admet pour la première fois qu'il peut être fait obstacle à la transposition d'une directive dans l'ordre interne « en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution »³³ et donc qu'un contrôle du droit communautaire dérivé puisse être exercé indirectement, dans cette hypothèse, par le biais d'une mesure interne d'exécution tirant « les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises » de cet acte de droit communautaire dérivé. Que l'on croit au ciel ou que l'on n'y croit pas, il reste que si nous pouvions légitimement penser que disposition « expresse » signifiait disposition « expresse », nous savons rétroactivement depuis les commentaires aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* sous la décision du 6 août 2004, que « expresse » veut dire « expresse et propre »³⁴. Le commentaire aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* sous la décision commentée le confirme magistralement : la disposition doit être « spéciale » comme le « juge implicitement mais nécessairement la décision « bioéthique » »³⁵. Une disposition constitutionnelle « spéciale » ou « propre » désigne une disposition qui n'aurait aucun équivalent au niveau communautaire, qui serait spécifique à la

³¹ J.-E. SCHOETTL, « Le nouveau régime juridique de la communication en ligne devant le Conseil constitutionnel », *L.P.A.*, 18 juin 2004, n° 122, spécialement pp. 17-19.

³² C.C., 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique, précitée*, Considérant n° 9 ; n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, précitée*, Considérants n° 19 et 20 ; n° 2004-498 DC, 29 juillet 2004, *Loi relative à la Bioéthique, précitée*, Considérant n° 7 ; n° 2004-499 DC, 29 juillet 2004, *Protection des données personnelles, précitée*, Considérant n° 8.

³³ Respectivement pour chacune des décisions citées : n° 2004-496 DC, Considérant n° 7 ; n° 2004-497 DC, Considérants n° 18 ; n° 2004-498 DC, Considérant n° 4 ; n° 2004-499 DC, Considérant n° 7.

³⁴ www.conseil-constitutionnel.fr/cahier/ccc17/jurisp498.htm.

³⁵ www.conseil-constitutionnel.fr/cahier/ccc18/jurisp505.htm.

Constitution française³⁶. Dont acte, pour peu que l'on occulte la question de l'autorité de chose commentée des commentaires aux *Cabiers du Conseil constitutionnel*. On s'étonnera de la nécessité d'avoir recours à ces commentaires pour connaître les conditions d'application d'une jurisprudence nouvelle, posée par le Conseil constitutionnel, alors qu'il suffisait à ce dernier de se référer « explicitement » à une disposition constitutionnelle « expresse et spéciale ».

Dans la décision du 19 novembre 2004, le juge constitutionnel insère son raisonnement dans la perspective de cette jurisprudence relative aux directives précisément parce qu'elle constitue la première affirmation explicite en faveur de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire. Aussi, le juge constitutionnel prend-il soin de préciser que la formalisation du principe de primauté du droit communautaire dans le traité ne modifie pas « la portée du principe de primauté du droit de l'Union telle qu'elle résulte, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel par ses décisions susvisées, de l'article 88-1 de la Constitution »³⁷. Est ainsi réservé l'exercice d'un contrôle indirect d'un acte de droit communautaire dérivé, dans les conditions déjà décrites, en cas de contrariété avec une disposition constitutionnelle expresse – et propre ou spéciale –.

Dernière remarque, sur le principe de primauté « communautaire » tel qu'il a été formulé dans le traité, il convient de relever qu'il n'est affirmé que « dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à » l'Union européenne. Point de nouveauté sur le fond, mais une formulation plus restrictive que celle de la Cour de justice. La formule rappelle celle du Conseil d'Etat lorsqu'il s'agit de neutraliser un moyen tiré de la violation du droit communautaire dans un domaine qui ne relève pas de la compétence communautaire. On pensera en particulier à la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant les principes généraux du droit communautaire qui ne peuvent être invoqués à l'encontre de lois qui n'intervenaient pas « pour la mise en oeuvre du droit communautaire »³⁸.

B – La marque de la spécificité de certains droits fondamentaux

Avant d'envisager l'argumentation proprement dite du Conseil constitutionnel sur la charte des droits fondamentaux, plusieurs remarques d'ordre général doivent être faites. A ce titre, il y a lieu de relever que la prise en compte sous l'angle des droits fondamentaux de traités communautaires dans le cadre de la procédure de l'article 54 de la Constitution dépend en définitive du contenu du

³⁶ Voir en ce sens : J.-E. SCHOETTL, « Le nouveau régime juridique de la communication en ligne devant le Conseil constitutionnel », *précitée*, p. 18.

³⁷ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 13.

³⁸ Voir en particulier : C.E., Ass., 5 mars 1999, *Rouquette et autres, Rec.*, p. 37. On relèvera encore la formule, déjà évoquée, de la Cour de cassation dans l'arrêt *Fraïsse*, selon laquelle la contestation n'entraîne pas « dans le champ d'application du droit communautaire ».

traité. Si la référence aux droits fondamentaux était limitée auparavant³⁹, il ne fallait pas y voir une quelconque orientation du Conseil qui aurait été centrée autour des différentes composantes de la souveraineté, mais simplement un reflet de la carence des textes communautaires sur ce point. L'existence d'une charte de droits fondamentaux d'origine communautaire fournit l'occasion au Conseil constitutionnel, par les développements qu'il consacre, d'établir la marque de la spécificité française en matière de droits fondamentaux qui dépasse le seul droit communautaire. A cet égard, les développements consacrés à la charte montrent l'adhésion de la France aux valeurs des droits fondamentaux telles qu'elles sont explicitées dans la charte, tout en réservant sur un certain nombre de points la spécificité des valeurs françaises. Sans doute pourra-on y voir l'identification des dispositions constitutionnelles « propres ou spécifiques » qui commandent la mise en œuvre d'un contrôle de constitutionnalité du droit communautaire dérivé.

L'ensemble des développements consacrés à la charte ont une portée d'autant plus importante qu'à l'issue de ceux-ci le Conseil considère que la Charte n'exige pas de révision constitutionnelle « ni par le contenu de ses articles, ni par ses effets sur les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »⁴⁰. Ce n'est que dans les termes énoncés par le Conseil constitutionnel que la charte n'exige pas de révision de la Constitution. Le juge attire l'attention sur les éléments décisifs qui assurent la conformité à la Constitution de la charte. La portée de ces développements est double. Du côté communautaire, les éléments dégagés par le Conseil constitutionnel constituent des informations à l'attention des organes communautaires, on pensera en particulier à la Cour de justice mais aussi aux représentants étatiques au sein des institutions communautaires, sur l'interprétation française de la charte conforme à la Constitution. Informations qui peuvent même être considérées comme de véritables avertissements dans la mesure où le non respect par les organes communautaires de l'interprétation de certains droits fondamentaux, telle qu'elle est établie par le Conseil constitutionnel, sera susceptible d'autoriser un contrôle de constitutionnalité du droit communautaire dérivé. Du côté des organes internes, l'interprétation retenue par le Conseil constitutionnel aura une portée décisive au moment de l'application des stipulations de la charte. Il appartiendra en particulier aux juridictions internes d'interpréter les éléments de la charte conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, l'autorité de la chose jugée de l'article 62 alinéa 2 jouant pleinement lorsque le juge de droit commun applique le texte sur lequel le juge constitutionnel s'est prononcé. Une telle démarche peut toutefois générer *a posteriori* des conflits, si la Cour de justice des Communautés européennes retient une interprétation de la Charte différente de celle retenue par le Conseil constitutionnel.

Avec une telle démarche, le spectre des réserves d'interprétation n'est pas loin. On y verra des « réserves politiques », sans portée juridique dans leur volet communautaire ; de véritables

³⁹ Ainsi, dans la décision *Maastricht I*, le Conseil constitutionnel fait référence à la garantie des droits et libertés au niveau communautaire par la mention du paragraphe 2 de l'article 6 [alors article F] du Traité sur l'Union européenne et du respect assuré par la Cour de justice (C.C., n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, précitée, Considérant n° 17).

⁴⁰ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, précitée, Considérant n° 22.

réserve d'interprétation dans leur volet interne selon des modalités qu'il s'agira d'expliciter. Le contrôle de constitutionnalité *a priori* exercé par le Conseil constitutionnel sur les traités tend ainsi à façonner et à expliciter les contours de l'habilitation constitutionnelle, en s'étendant le cas échéant sur les modalités d'application des traités par les organes d'application communautaires ou internes.

Si l'on se tourne du côté de l'argumentation conduite par le Conseil constitutionnel, dans un premier temps, il y a lieu de relever qu'il débute son examen par une détermination du domaine d'application de la charte telle qu'elle s'imposera à la France. Les articles II-101 à II-104 de la charte sont ainsi exclus car ils ne consacrent que des droits concernant les seuls organes communautaires : droit à une bonne administration, droit d'accès aux documents, médiateur européen et droit de pétition. Trois points sont ensuite successivement abordés qui vont contribuer, selon la logique dans laquelle s'inscrit le raisonnement du juge, à garantir la conformité à la Constitution de la Charte.

La référence à l'inscription du caractère obligatoire de la charte pour les Etats « uniquement »⁴¹ dans la mise en œuvre du droit de l'Union est significative. L'artifice politique des secteurs de compétence, également utilisé pour la primauté, ménage la sensibilité identitaire des Etats membres. Certes, les Etats perdent un pouvoir de libre détermination au profit d'une « organisation européenne », mais exclusivement dans les domaines de compétence qui lui sont transférées ; or, ces domaines de compétences sont *transférés*, l'essentiel étant préservé, par la volonté libre et souveraine des Etats. Une analyse en termes de secteurs de compétence n'est toutefois efficiente que pour autant qu'il existe une répartition des compétences claire. Et encore. Si tant est que cela soit techniquement possible et ne relève pas de l'utopie juridique, même en cas de répartition claire des compétences, il existe toujours des possibilités d'attribution de compétence par ricochet. L'exercice d'une compétence dans un domaine explicitement conféré à l'Union est toujours susceptible d'emporter des conséquences sur d'autres domaines non explicitement visés, sans même invoquer la question des compétences implicites.

Toujours sous l'angle des compétences, le Conseil relève ensuite que la charte est « sans incidence sur les compétences de l'Union ». L'intégration d'une charte des droits fondamentaux dans le traité n'a pas pour objet d'étendre les compétences de l'Union dans le domaine des droits fondamentaux. Cette position marque une certaine spécificité en inscrivant l'approche des droits fondamentaux dans une perspective de compétences. Le traité est en tout état de cause clair sur ce point, selon le paragraphe 2 de l'article II-111 : « La présente Charte n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les autres parties de la Constitution ».

⁴¹ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 15. Le Conseil constitutionnel reprend sur ce point le terme utilisé par l'article II-111 du traité.

Le Conseil reprend enfin la distinction, établie par le paragraphe 5 de l'article II-112 du traité, entre les « droits » et les « principes », qui s'inscrit dans la distinction entre « règles » et « principes » ou encore entre « normes prescriptives » et « normes programmatiques »⁴². Selon la distinction implicitement établie par le traité, seuls les « droits » sont directement invocables par les particuliers, alors que les « principes » ne sont invocables que pour l'interprétation et l'appréciation de la légalité des actes les mettant en œuvre. Cette distinction semble devoir recouvrir, et ainsi formaliser dans le traité, celle entre le droit communautaire doté d'un effet direct et celui qui en est dépourvu et surtout les conséquences contentieuses qui y sont attachées en termes d'invocabilité. Selon une présentation « communautariste » aujourd'hui classique, mais qui ne résulte pas d'une jurisprudence explicite de la Cour de justice des Communautés européennes, le droit communautaire dépourvu d'effet direct n'impliquerait qu'une invocabilité d'exclusion et une invocabilité d'interprétation conforme, l'invocabilité de substitution et celle de réparation étant réservées au droit communautaire d'effet direct⁴³. Face à cette distinction, le Conseil constitutionnel opère une interprétation discutable des stipulations du traité. Alors que ce dernier se réfère notamment, à propos des dispositions de la charte contenant des principes, aux « actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union »⁴⁴, le juge constitutionnel mentionne « les actes de portée générale relatifs à leur mise en œuvre »⁴⁵. Il opère ainsi une interprétation restrictive en réduisant le contenu de la norme aux seuls actes de portée générale ce qui exclut en conséquence les actes individuels. Une telle interprétation du texte du traité ne semble pourtant devoir concerner que les actes des organes communautaires et non les actes des

⁴² C'est à partir de la formulation linguistique des normes que la distinction règle/principe est généralement reconnue : « les règles désigneraient alors les normes à contenu précis, tandis que les principes seraient constitués par des normes à contenu général » ; « le principe donne une « direction », qui trace une ligne de conduite, et non un ordre, qui commande un comportement déterminé » (T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, P.U.A.M.-Economica, Collection Droit public positif, 1994, respectivement p. 277 et p. 278). De la même manière, pourraient être distinguées les normes prescriptives, contenant des règles, de celles programmatiques, qui poseraient simplement des principes.

Sur les « normes programmatiques » et les « principes », voir : J.-J. PARDINI, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, P.U.A.M.-Economica, 2001, p. 198 et s.

La distinction entre règle et principe occupe une place prépondérante dans les travaux de R. DWORKIN, voir : *Prendre les droits au sérieux*, Traduit de l'anglais par Marie-Jeanne ROSSIGNOL et F. LIMARE, Traduction révisée et présentée par Françoise MICHAUT, P.U.F., 1995, p. 79 et s.

Pour une critique de cette distinction telle qu'elle est envisagée par cet auteur : O. PFERSMANN, in *Droit des libertés fondamentales*, L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI, J. TREMEAU, Dalloz, 1^{ère} édition, § 96.

⁴³ Sur les différents types d'invocabilité : Y. GALMOT et J.-C. BONICHOT, « La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national », *R.F.D.A.*, 1988, p. 2 et p. 10 ; O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2001, pp. 123-237 ; D. SIMON, *La directive européenne*, Dalloz, Connaissance du droit, Droit public, 1997, p. 86 et s.

Pour un état récent de la question sur l'effet direct et les différents types d'invocabilité : O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2001, pp. 123-237 ; P. LEGER, Conclusions sur C.J.C.E., 19 septembre 2000, *Etat du grand-duché de Luxembourg c. Berthe Linster*, Aff. C-287/98, *Rec.*, I-2000, p. 6917 et s., § 24 et s. des conclusions ; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, P.U.F., Droit international, 3^{ème} édition, 2001, § 342 et s.

⁴⁴ Paragraphe 5 de l'article II-112 du traité (souligné par nous).

⁴⁵ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 15 (souligné par nous).

Etats. Selon les termes du paragraphe 5 de l'article II-112 du traité : « Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives ». Le Conseil retient une interprétation distributive des « actes législatifs et exécutifs » aux États membres, alors que le texte distingue les « actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union » et les « actes des États membres ». La position du Conseil constitutionnel est à rapprocher de celle du Conseil d'Etat à propos des directives qui, parce qu'il s'agit d'actes non dotés d'effet direct en principe, ne peuvent être invoquées directement à l'encontre d'actes individuels.

Dans le prolongement de la distinction entre « droits » et « principes », le Conseil relève un certain nombre de droits devant être considérés comme des principes : le « droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux », le « droit de travailler », le « droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle », le « principe du développement durable » et le « niveau élevé de protection des consommateurs ». Alors que la question de l'absence de volet social dans le traité occupe le débat politique, le Conseil verrouille l'invocabilité de certains droits sociaux aux seuls actes de portée générale.

La question de l'invocabilité des droits contenus dans la charte n'est abordée que du côté des droits et point du côté des organes devant lesquels les droits seront invoqués. En d'autres termes, et pour aller plus loin dans le raisonnement, le traité autorise-t-il une extension de l'invocabilité des droits fondamentaux communautaires devant le juge constitutionnel à l'encontre des lois nationales⁴⁶ ? La question mérite d'être (re)posée. Les décisions du Conseil constitutionnel sur les directives communautaires ont d'ailleurs conduit certains commentateurs à identifier des éléments favorables à une remise en cause de la jurisprudence *I.V.G.* pour le droit communautaire, désormais dissocié du droit international. En particulier, l'exigence constitutionnelle d'assurer la transposition des directives pourrait servir de fondement à l'exercice d'un contrôle de la transposition correcte par la loi d'une directive⁴⁷. En toute hypothèse, la modification du fondement constitutionnel à la primauté du droit communautaire, de l'article 55 à l'article 88-1 de la Constitution, autrement dit la dissociation du droit communautaire du droit international, ouvre un nouveau champ des possibles pour le Conseil constitutionnel à l'endroit du droit communautaire.

⁴⁶ Voir pour une interrogation en ce sens : F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel devant la Constitution pour l'Europe », *R.F.D.C.*, n° 59, 2004, pp. 469-470.

⁴⁷ Voir en particulier : A. LEVADE, « Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé », *R.D.P.*, 2004, pp. 908-909 ; J. ROUX, « Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution », *R.D.P.*, 2004, p. 925-926 ; B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé. A propos de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 », *R.F.D.A.*, 2004, p. 659 et s.

Dans un deuxième temps, la préservation générale de l'identité française en matière de droits fondamentaux passe par une règle d'interprétation fondamentale inscrite dans le traité. Pour le Conseil constitutionnel, « dans la mesure où la Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, « ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions » » selon le paragraphe 4 de l'article II-112 du traité. Cette obligation d'interprétation conforme aux traditions constitutionnelles communes des droits de la charte représente aux yeux du Conseil constitutionnel une garantie de préservation de la spécificité constitutionnelle de certains droits fondamentaux. Il en déduit en particulier que « sont dès lors respectés les articles 1^{er} à 3 de la Constitution qui s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance »⁴⁸. Autrement dit l'interprétation de la charte conforme aux traditions constitutionnelles permet d'éviter que la France ne soit tenue de reconnaître l'existence de minorités sur son territoire auxquelles seraient attribués des droits collectifs. S'il s'agit bien d'une exigence de droit constitutionnel positif en France, il n'est pas certain qu'il en soit de même dans les autres Etats membres de l'Union. L'interprétation conforme concerne les traditions constitutionnelles communes, et non une seule d'entre elles. Il ne s'agit pas d'une réserve générale tirée de la spécificité d'un seul Etat membre mais de plusieurs des Etats membres. Sur ce point, le brevet de conformité attribué à la charte est discutable.

Dans un troisième temps, le Conseil relève encore un élément concernant l'interprétation de la charte : la prise en compte des explications établies sous l'autorité du *praesidium* de la Convention. Parce qu'elles servent de guide d'interprétation des stipulations de la charte, le Conseil constitutionnel se réfère à ces explications afin de neutraliser des conflits susceptibles de surgir entre la charte et la Constitution sur plusieurs points : le principe de laïcité, le droit au recours effectif et à un tribunal impartial et l'interdiction des doubles poursuites et des doubles peines.

Le principe de laïcité se heurte à l'article II-70 de la Charte qui prévoit que « la liberté de pensée, de conscience et de religion (...) implique la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites ». Pour ne s'en tenir qu'à la question du port de signes religieux à l'école, la stipulation de la charte semblait particulièrement problématique. Les explications du *praesidium* sont utilisées afin de neutraliser la portée de la stipulation au regard de la conception française particulière qui résulte d'une lecture de la liberté de religion par le prisme de la laïcité. Selon ces explications, le sens et la portée du droit garanti sont les mêmes que celui garanti par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. On pourra s'étonner sur ce point que le Conseil soit passé par les explications du *praesidium* pour parvenir à ce résultat alors même que le paragraphe 3 de l'article II-112 dispose que : « Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention

⁴⁸ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 16.

européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention». Peut-être que l'interprétation du *præsidium* est, contrairement à celle de la Cour européenne des droits de l'homme, figée, et offre une plus grande sécurité qu'une interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme par le juge européen susceptible de fluctuations.

Ce renvoi à la Convention européenne des droits de l'homme, par l'entremise des explications du *præsidium*, est techniquement intéressant et produit des conséquences originales : le Conseil constitutionnel utilise explicitement la Convention et l'interprétation qui en est faite par la Cour européenne des droits de l'homme afin d'établir la signification d'un droit reconnu par le traité établissant une Constitution pour l'Europe. La Convention apparaît comme un critère d'interprétation des dispositions de la charte sur les droits fondamentaux. Sans doute la Convention avait même pu être, implicitement, un guide dans l'interprétation de la Constitution. Dans la décision du 13 mars 2003, *Loi sur la sécurité intérieure*⁴⁹, par exemple, la Convention européenne des droits de l'homme apparaît dans les visas, alors que les « *exigences du procès équitable* » ont été pour la première fois formellement dissociées des « *droits de la défense* ».

Sur cette question, il y a lieu de mentionner la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne, d'autant plus remarquable que, selon l'orientation dualiste de l'ordre juridique italien, les normes d'origine internationale non communautaires n'ont que la valeur des normes internes de réception, c'est-à-dire, le plus souvent en pratique, de lois ordinaires. Ainsi, si dans cette perspective dualiste, les normes internationales conventionnelles sont exclues des normes de référence du jugement de constitutionnalité, ce principe est atténué car de telles normes peuvent servir de *critères d'interprétation* à la Cour constitutionnelle⁵⁰. Pour ne prendre qu'un exemple significatif, la Cour a ainsi soutenu que le fait que le Pacte des Nations-Unies ait été introduit dans l'ordre italien par une loi ordinaire « - s'il n'interdit pas d'attribuer à ces normes une grande importance dans l'interprétation même des normes correspondantes, mais non toujours coïncidentes, contenues dans la Constitution – il interdit cependant qu'elles soient prises en tant que telles comme paramètre dans le jugement de constitutionnalité des lois »⁵¹. La norme

⁴⁹ C.C., n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, *Loi sur la sécurité intérieure, précitée*, Considérant n° 49. Dans les décisions antérieures, les exigences du procès équitable étaient C.C., n° 97-389 DC, 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives aux immigrés* ; C.C., n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale* ; n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, Considérant n° 23.

⁵⁰ Pour une analyse approfondie des traités internationaux sous cet angle : S. AMADEO, *I trattati internazionali dinanzi alla Corte costituzionale, I trattati internazionali dinanzi alla Corte costituzionale*, Giuffrè editore, 1999, pp. 8-36 (II. *Il rilievo assunto dai trattati internazionali sotto il profilo interpretativo*). D'une manière générale, la question de l'utilisation des traités internationaux par la voie interprétative a pris un relief particulier devant la Cour constitutionnelle au cours des années 90. Cette utilisation, d'abord simplement déduite par la doctrine à partir d'arrêts de la Cour, s'est avérée au cours de cette période de plus en plus explicite.

⁵¹ C.C.I., n° 15, 29 janvier 1996, *Giur. cost.*, n° 1, 1996, p. 140 et s., *in diritto* § 2. Voir, dans le même sens, de manière explicite : C.C.I., n° 62, 24 février 1992, *Giur. cost.*, 1992, n° 2, p. 326 et s., *in diritto* § 6 (norme internationale à laquelle il est reconnu « la valeur de critère d'interprétation (...) des normes de droit interne ») ; n° 168, 28 avril 1994, *Giur. cost.*, 1994, n° 2, p. 1254 et s., *in diritto* § 3 (tout en rejetant le principe d'une utilisation de normes conventionnelles en tant que paramètres dans le jugement de constitutionnalité, la Cour estime qu'il est opportun « afin de clarifier la signification des autres paramètres constitutionnels, d'analyser et vérifier la conformité de [la] législation [italienne] aux obligations consenties sur le plan international »).

internationale est simplement utilisée afin d'interpréter la norme constitutionnelle qui demeure la seule norme de référence. Cette utilisation indirecte laisse donc intacte la liberté d'appréciation de la Cour constitutionnelle quant à la portée de la norme internationale⁵². Cette dernière peut être utilisée, d'une part, afin de *confirmer l'interprétation d'une norme constitutionnelle*, cette référence renforçant l'option interprétative retenue par la Cour constitutionnelle⁵³. Elle peut avoir, d'autre part, une *fonction intégrative*, parce que la portée d'une disposition constitutionnelle interne sera complétée par la norme internationale, cette dernière concrétisant, explicitant et finalement réalisant la première. La signification de la stipulation conventionnelle est intégrée à la norme constitutionnelle⁵⁴.

Le recours à la Convention et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est autrement plus spécifique, voire anecdotique, pour le Conseil constitutionnel dans la mesure où il résulte d'un renvoi explicite du texte objet du contrôle dont il s'agit d'établir la signification. Il ne s'agit pas, comme la Cour constitutionnelle italienne, d'une utilisation prétorienne de la Convention pour établir ou conforter la signification du texte de référence du contrôle, à savoir la Constitution⁵⁵. C'est dans cette perspective spécifique à la décision du Conseil constitutionnel que

⁵² Le fondement constitutionnel sur lequel la Cour constitutionnelle utilise les normes conventionnelles internationales touchant les droits de l'homme dans une fonction intégrative réside dans l'article 2 de la Constitution selon lequel « la République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme ». Cette hypothèse, doctrinale à l'origine (voir par exemple : E. CANNIZZARO, « *Gerarchia e competenza nei rapporti fra trattati e leggi interne* », *Rivista di diritto internazionale*, n° 2, 1993, p. 367 et s.), semble avoir été explicitement reconnue par la Cour constitutionnelle (n° 388, 22 octobre 1999, *Giur. cost.*, 1999, n° 5, p. 2991 et s., *in diritto* § 2.1). Dans ce dernier arrêt, la référence à l'intégration réciproque des normes internationales et constitutionnelles s'accompagne en effet d'une référence à l'article 2 de la Constitution.

⁵³ Voir par exemple : C.C.I., n° 235, 3 mai 1993, *R.U.*, Vol. CVII, p. 659 et s., *in diritto* § 2 ; n° 324, 24 juillet 1998, *Giur. cost.*, 1998, p. 2355 et s., *in diritto* § 4 (après avoir dégagé des articles 2, 3, 27 et 31 de la Constitution un principe constitutionnel relatif au traitement pénal des mineurs, la Cour a ajouté que « les mêmes exigences sont exprimées par les normes internationales relatives à la protection des mineurs ») ; n° 198, 16 juin 2000, *Giur. cost.*, 2000, n° 3, p. 1666 et s., *in diritto* § 2 (la Cour affirme que la garantie des droits de la défense accordée aux étrangers est sanctionnée par l'article 24 de la Constitution mais également par le Pacte international sur les droits civils et politiques du 19 décembre 1966 et par le Protocole n° 7 à la C.E.D.H. du 22 novembre 1984) ; n° 376, 27 juillet 2000, *Giur. cost.*, 2000, n° 4, p. 2675 et s., *in diritto* § 6.

⁵⁴ Pour une distinction doctrinale entre la fonction intégrative et la fonction simplement interprétative des normes internationales conventionnelles : D. ALBERGHINI, « *A proposito di convenzioni internazionali e parametri di costituzionalità* », *Giur. cost.*, 1999, n° 1, p. 339 ; L. MONTANARI, « *Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo : ma forse con un'inedita apertura* », *Giur. cost.*, 1999, n° 5, p. 3009 et s. Pour une analyse doctrinale et un exemple jurisprudentiel (interprété en ce sens) de la fonction intégrative : A. AMADEO, *I trattati internazionali dinanzi alla Corte costituzionale*, *op. cit.*, p. 18 et s.

Pour une consécration explicite par la Cour constitutionnelle : n° 388, 22 octobre 1999, *Giur. cost.*, 1999, n° 5, p. 2991 et s., *in diritto* § 2.1. Mettant en parallèle les protections internationale et constitutionnelle des droits de l'homme, la Cour relève « qu'au-delà de la coïncidence dans les catalogues de tels droits, les diverses formules qui les expriment s'intègrent, en se complétant réciproquement dans l'interprétation » (souligné par nous), pour constater que c'est précisément le cas à propos du droit d'agir en justice pour protéger ses propres droits et intérêts, garanti par l'article 24 de la Constitution, qui implique une durée raisonnable du procès (consacrée par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme). A la suite de cet arrêt, C. PINELLI a parlé de « l'hétérointégration des contenus normatifs » par la voie juridictionnelle (« *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo* », *Giur. cost.*, 1999, n° 5, p. 2999).

⁵⁵ Remarquons toutefois que dans le contexte de l'application de la jurisprudence sur les directives, le Conseil constitutionnel a affirmé que la liberté de communication, consacrée par l'article 11 de la Déclaration de 1789, était « également protégée en tant que principe général du droit communautaire sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (C.C., n° 2004-498 DC, 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique, précitée*, Considérant n° 6). Si la référence aux principes généraux du droit communautaire vient à l'appui d'une référence constitutionnelle c'est simplement pour écarter une condition d'application de la jurisprudence sur le contrôle de constitutionnalité des directives : la caractéristique propre ou spéciale de la disposition constitutionnelle invoquée.

s'intègre la mention dans les visas de la décision de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 29 juin 2004 *Leyla Sabih c. Turquie*. Le Conseil relève le dernier état de la jurisprudence la Cour européenne qui interprète l'article 9 de la Convention « en harmonie avec la tradition constitutionnelle de chaque Etat membre ». Il note « que la Cour a ainsi pris acte de la valeur du principe de laïcité reconnu par plusieurs traditions constitutionnelles nationales et qu'elle laisse aux Etats une large marge d'appréciation pour définir les mesures les plus appropriées, compte tenu de leurs traditions nationales, afin de concilier la liberté de culte avec le principe de laïcité »⁵⁶. C'est ce qui lui permet de constater que, dans ces conditions, l'article 1^{er} de la Constitution est respecté. Le juge constitutionnel donne à cette occasion, le rendez-vous avait été manqué avec la loi sur le port de signes religieux à l'école, la signification du principe de laïcité : il interdit « à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers »⁵⁷. Le principe de laïcité apparaît ici comme un principe prohibitif, d'exclusion de certains comportements. Une telle signification négative s'explique par le contexte dans lequel elle s'insère, le principe de laïcité ne permet pas, comme le prévoit l'article II-70 du traité, « la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites ».

Le droit au recours effectif et à un tribunal impartial, consacré par l'article II-107 du traité, est ensuite également interprété à la lumière des explications du *præsidium* et donc, par voie de conséquence, de l'article 6 de la Convention européenne. Le Conseil constitutionnel relève d'emblée que le droit de l'article II-107 est plus étendu que celui de l'article 6. Il a une portée générale, il ne concerne pas seulement les « droits et obligations de caractère civil ou le bien-fondé d'une accusation en matière pénale ». Le juge constitutionnel relève surtout que le principe de publicité des audiences, récemment constitutionnalisé en matière pénale⁵⁸ et qui a donné lieu à des difficultés en France devant les juridictions ordinales statuant en matière disciplinaire, reste soumis aux mêmes restrictions que celles prévues à l'article 6. L'existence de ces restrictions suffit pour écarter le risque de contrariété à la Constitution du principe de publicité des audiences tel qu'il est consacré par le traité.

En tout état de cause, le renvoi à la Convention européenne des droits de l'homme par la charte des droits fondamentaux donne l'occasion au Conseil constitutionnel de donner sa position sur les stipulations de ce texte. L'interprétation conforme à la Constitution de la première, la charte des droits fondamentaux, rejaillit sur la seconde, la Convention européenne des droits de l'homme. Soutenir que la charte est conforme à la Constitution parce qu'elle peut être interprétée

⁵⁶ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 18.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Selon le Conseil constitutionnel, il « résulte des articles 6, 8, 9 et 16 de la Déclaration de 1789 que le jugement d'une affaire pénale pouvant conduire à une privation de liberté doit sauf circonstances particulières nécessitant le huis clos, faire l'objet d'une audience publique » (C.C., n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, JORF, 10 mars 2004, p. 4637, Considérant n° 117).

de telle manière revient en dernière analyse à ce que la Convention européenne des droits de l'homme, qui peut être interprétée en ce sens, est conforme à la Constitution... si et seulement si elle est interprétée en ce sens. Ainsi, dans l'établissement de la signification de certaines stipulations de la charte des droits fondamentaux, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a alors une triple portée : non seulement interne et communautaire mais également européenne.

L'article II-110 du traité, selon lequel « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi », se voit également interprété à la lumière, et conformément, aux explications du *præsidium*. La stipulation ne concerne que le droit pénal et non les procédures administratives ou disciplinaires. Le Conseil ajoute encore, cette interprétation n'étant pas attribuée au *præsidium*, que la notion d'identité d'infractions ne doit pas être entendue comme intégrant une identité de faits. Une telle interprétation permet de s'assurer de l'absence de conflit avec le livre IV du Code pénal concernant la répression des crimes et délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation.

Enfin, la signification de la clause générale de limitation contenue dans l'article II-112 du traité est établie à travers les explications du *præsidium*. Les « intérêts généraux reconnus par l'Union » justifiant les limitations aux droits doivent être entendus comme intégrant « les fonctions essentielles de l'Etat, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale » selon les termes de l'article I-5.

La préservation de l'identité nationale par l'affirmation de la primauté de la Constitution nationale et de la spécificité de certains droits fondamentaux aboutit non sans un certain paradoxe à conférer un brevet de conformité à la Constitution à la formalisation du principe de primauté communautaire et à la charte des droits fondamentaux. Les conséquences des interprétations retenues par le Conseil constitutionnel, bien que moins visibles, n'en seront pas moins considérables tant au niveau national que communautaire, voire européen. Pour ce qui concerne l'examen des transferts de compétence, on retombe sur un terrain plus familier : ces transferts exigeront une révision de la Constitution.

II – Les transferts de compétences « censurés »

Sur cette question, la jurisprudence constitutionnelle est, d'un côté, des plus classiques en ce qui concerne *les transferts de compétences non couverts par l'habilitation constitutionnelle* (A), on retrouve en particulier les éléments dégagés dans la décision sur le traité d'Amsterdam ; de l'autre, plus originale, alors que des *compétences nouvelles* sont *accordées au Parlement français* (B).

A – Les transferts de compétences non couverts par l'habilitation constitutionnelle

Une rédaction relativement nouvelle des « considérant » marque une singularité relative de la décision. Désormais, la motivation débute par la formule suivante, et en réalité par la conclusion de l'examen de la conformité à la Constitution du traité : « considérant qu'appellent une révision de la Constitution... ». Pour le reste, la décision s'inscrit dans la logique entamée par le pouvoir de révision constitutionnelle avec la révision du 25 juin 1992 : point d'ouverture générale au droit communautaire mais des habilitations constitutionnelles ponctuelles, en fonction des problèmes de constitutionnalité mis en évidence par le Conseil constitutionnel. Perspective d'autant plus manifeste que les deux traités pour lesquels une révision constitutionnelle est intervenue sont mentionnés dans la Constitution, les traités de Maastricht et d'Amsterdam. Le pouvoir de révision constitutionnelle est ainsi invité à intervenir pour accompagner chacune des évolutions de la construction communautaire dont les conséquences constitutionnelles néfastes auront été juridiquement formulées par le juge constitutionnel. En conséquence, toute évolution du processus communautaire s'apprécie d'un point de vue constitutionnel au regard de l'article 88-2 dont la rédaction a évolué afin de permettre, à trois reprises, l'adaptation de la Constitution au droit communautaire. L'économie générale de l'article 54 de la Constitution mérite à cet égard d'être rappelée : il existe une obligation juridique de procéder à une révision constitutionnelle si le Président de la République souhaite ratifier un engagement international dont certaines de ses stipulations auraient été préalablement déclarées contraires à la Constitution par le Conseil constitutionnel. Certes, il y a *faculté* pour le pouvoir politique de ratifier ou de ne pas ratifier mais, à partir du moment où le choix s'arrête sur la ratification, il existe une *obligation juridique* de passer par une loi de révision constitutionnelle pour pouvoir procéder valablement à l'insertion du traité en question dans l'ordre juridique interne.

Inscrit dans le cadre de l'article 88-2, le contrôle de constitutionnalité des traités communautaires implique : « qu'appellent une révision constitutionnelle les clauses du traité qui transfèrent à l'Union européenne des compétences affectant les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale *dans des domaines* ou *selon des modalités autres* que ceux prévus par les traités mentionnés » à cet article⁵⁹. On retrouve, dans une formule plus ramassée, les principes du contrôle déjà établis dans la décision sur le traité d'Amsterdam⁶⁰. Avant de poursuivre son examen selon les deux axes annoncés, nouveaux transferts ou transferts selon des modalités nouvelles, le Conseil constitutionnel apporte deux précisions préalables. D'une part, il rappelle que le principe de subsidiarité, applicable dans les domaines ne relevant pas de la compétence exclusive de l'Union, n'est pas une garantie permettant *a priori* et d'une manière générale de

⁵⁹ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 24 (souligné par nous).

⁶⁰ C.C., n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam, précitée*, Considérant n° 9.

préservent les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale⁶¹. D'autre part, il précise la « procédure législative ordinaire » des actes communautaires telle qu'elle est prévue par le traité qui implique un vote à la majorité qualifiée de la part du Conseil des ministres. Ces modalités représentent la « procédure législative » de principe puisque, comme le relève le Conseil, « sauf exception, relèveront désormais de cette procédure toutes les matières de la compétence de l'Union, notamment celles qui intéressent l'« espace de liberté, de sécurité et de justice » faisant l'objet du chapitre IV du titre III de la troisième partie du traité »⁶².

Concernant les *transferts dans des domaines nouveaux*, plusieurs domaines sont visés : le contrôle aux frontières, la coopération judiciaire en matière civile et en matière pénale et la création d'un parquet européen. L'examen de ces domaines, qui exigeront une révision de la Constitution, ne fait pas l'objet de développements importants ce qui contraste avec ceux relatifs à la primauté et aux droits fondamentaux, domaines qui n'exigent pas de révision de la Constitution. En matière de coopération judiciaire dans un sens large, le Conseil constitutionnel s'était déjà prononcé à plusieurs reprises. Dans la décision du 17 juillet 1980, *Convention d'entraide judiciaire*, il dégage « la règle qui découle du principe de la souveraineté nationale, selon laquelle les autorités judiciaires françaises (...) sont seules compétentes pour accomplir en France (...) les actes qui peuvent être demandés par une autorité étrangère au titre de l'entraide judiciaire en matière pénale »⁶³. Même si ce principe n'est pas explicitement repris par la suite, on en retrouve les traces dans d'autres décisions. Dans la décision du 25 juillet 1991, *Accord de Schengen*, le Conseil constitutionnel a semble-t-il utilisé ce principe à l'occasion de l'examen des stipulations de la Convention d'application de l'accord de Schengen relatives à l'observation transfrontalière et à la procédure de poursuite transfrontalière⁶⁴. Sur le premier point, le juge relève que « le droit d'observation transfrontalière [accordé par la Convention aux agents des Etats signataires] est subordonné à l'acceptation d'une demande préalable d'entraide judiciaire » et, qu'en cas d'utilisation justifiée par l'urgence, l'observation peut prendre fin sur demande de l'Etat, pour juger qu'il n'est pas dans ces conditions porté atteinte aux « conditions essentielles... »⁶⁵. C'est également après s'être assuré de l'existence de garanties que le Conseil constitutionnel reconnaîtra conformes à la Constitution les stipulations de la Convention relatives à la procédure d'observation transfrontalière⁶⁶. Il peut être porté atteinte au principe constitutionnel conférant une réserve de compétence aux autorités

⁶¹ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 25. Pour la première formulation : C.C., n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam, précitée*, Considérant n° 22.

⁶² C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 26.

⁶³ C.C., n° 80-116 DC, 17 juillet 1980, *Convention franco-allemande d'entraide judiciaire*, RJC-I, p. 80, Considérant n° 4.

⁶⁴ Voir en ce sens : B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international. A propos de la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999 », *R.F.D.A.*, 1999, p. 301.

La lettre de saisine du Conseil constitutionnel du 28 juin 1981 invoquait d'ailleurs explicitement la décision du 17 juillet 1980.

⁶⁵ C.C., n° 91-294 DC, 25 juillet 1991, *Accord de Schengen*, RJC-I, p. 455, Considérant n° 35.

⁶⁶ *Loc. cit.*, Considérant n° 36.

judiciaires françaises, même si le principe n'est pas explicitement mentionné, à condition toutefois de ne pas atteindre son noyau essentiel, formalisé à travers la notion de « conditions essentielles... ». Dans la décision du 22 janvier 1999, *Cour pénale internationale*⁶⁷, le Conseil constitutionnel a jugé que le pouvoir du procureur près la Cour pénale internationale « de réaliser [des actes d'enquête en dehors des cas où l'appareil judiciaire national est indisponible] hors la présence des autorités judiciaires françaises compétentes est de nature à porter atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »⁶⁸. Cette formule ne peut être comprise que si l'on indique au préalable que le Conseil constitutionnel a admis la conformité à la Constitution des mêmes pouvoirs du procureur en l'absence d'accord national « dans les cas où aucune autorité ou composante de l'appareil judiciaire national n'est disponible pour donner suite à une demande de coopération »⁶⁹. Il est ainsi possible de porter atteinte au principe de la compétence exclusive des autorités judiciaires, sauf à méconnaître les « conditions essentielles... ». La formule de l'atteinte aux « conditions essentielles... » tend à marquer la frontière du noyau essentiel d'un principe constitutionnel auquel il ne saurait être porté atteinte.

Avec la décision du 19 novembre 2004, à propos du domaine de la coopération judiciaire en matière civile et en matière pénale, le Conseil se borne à constater l'exigence d'une révision constitutionnelle. Par ailleurs, la portée de la création du Parquet européen est appréciée au regard des compétences qui lui sont dévolues, sans que des références aux « conditions essentielles... » ne soient faites. Le parquet est ainsi « habilité à poursuivre les auteurs d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union et à exercer devant les juridictions françaises l'action publique relative à ces infractions »⁷⁰. Le Conseil impose la mise en œuvre d'une révision constitutionnelle au regard de la portée de cette stipulation « pour l'exercice de la souveraineté nationale »⁷¹.

Concernant les *modalités nouvelles d'exercice de compétences déjà transférées*, le Conseil constitutionnel distingue deux hypothèses : les modalités nouvelles établies dès l'entrée en vigueur du traité et celles qui sont subordonnées à l'adoption d'une décision ultérieure du Conseil européen ou du Conseil des ministres à l'unanimité.

Sur le premier point, *les modalités nouvelles établies dès l'entrée en vigueur du traité*, le juge constitutionnel identifie avec précision les modalités nouvelles susceptibles d'appeler une révision de la Constitution : la substitution de la règle de la majorité qualifiée à celle de l'unanimité, l'attribution

⁶⁷ Voir en ce sens : J. CLERCKX, B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international. A propos de la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999 », *précité*, p. 301.

⁶⁸ C.C., n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, *Cour pénale internationale, précité*, Considérant n° 38.

⁶⁹ *Loc. cit.*, Considérant n° 37.

⁷⁰ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précité*, Considérant n° 28.

⁷¹ *Ibid.*

d'une fonction décisionnelle au Parlement européen et la privation de tout pouvoir propre d'initiative de la France⁷².

La question de la substitution de la règle de la majorité qualifiée à celle de l'unanimité peut poser d'autant plus de difficultés qu'elle apparaît avec le traité comme la règle de principe dans la procédure d'adoption des actes communautaires. Aussi, tous les domaines de compétence qui seront soumis de manière nouvelle à la majorité qualifiée exigeront-ils une révision constitutionnelle. Le Conseil ne procède cependant pas à une énumération exhaustive de ces différents domaines. Il considère en effet « qu'appellent une révision de la Constitution, dès lors qu'ils font désormais dépendre les mesures en cause d'une décision du Conseil statuant à la majorité qualifiée, *notamment...* ». De toute évidence, l'utilisation de l'adverbe « notamment » laisse supposer qu'il existe d'autres stipulations concernées. Si l'on suit une telle interprétation, il sera difficile pour le pouvoir de révision constitutionnelle de suivre la voie empruntée pour les révisions constitutionnelles « communautaires » précédentes. On voit mal en effet une formalisation dans la Constitution de tous les domaines de compétence qui, de manière nouvelle, tombent sous le coup de la majorité qualifiée. Le projet de loi de révision constitutionnelle marque d'ailleurs un renoncement à une habilitation fractionnée par domaines de compétence. Selon l'article 88-1 nouveau de la Constitution, tel qu'il apparaîtra au moment de l'entrée en vigueur du traité établissant une Constitution pour l'Europe : « Dans les conditions fixées par le traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004, la France participe à l'Union européenne, constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences ». L'habilitation est générale tout en étant liée aux conditions fixées par le traité établissant une Constitution pour l'Europe, c'est-à-dire qu'elle ne comporte aucune habilitation constitutionnelle pour l'avenir de la construction communautaire.

Les mêmes difficultés apparaissent avec la fonction décisionnelle du Parlement européen. Désormais, comme le Conseil constitutionnel l'a relevé plus avant dans la décision commentée, la procédure législative ordinaire implique un pouvoir décisionnel du Parlement européen. Plutôt que d'énumérer tous les domaines nouvellement concernés, le Conseil constitutionnel considère que sont « notamment »⁷³ concernés certains domaines qu'il énonce. Au pouvoir de révision, une fois encore, de faire le tri. Sous un autre angle, la référence à la fonction décisionnelle du Parlement européen, « lequel n'est pas l'émanation de la souveraineté nationale », pourrait laisser pour le moins perplexe. En quoi l'attribution de plus de pouvoir au Parlement européen marque-t-il une atteinte à la Constitution nationale ? La Constitution nationale n'admettrait-elle comme modalité d'exercice de compétences transférées que celles qui font intervenir un organe communautaire intergouvernemental, en ce qu'il est issu des exécutifs nationaux ? En d'autres termes, une certaine démocratisation du processus de décision communautaire serait contraire à la Constitution française. La seule explication qui permet d'éviter de retenir une telle

⁷² *Loc. cit.*, Considérant n° 29.

⁷³ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 31.

interprétation peut être recherchée dans la « dénationalisation », et donc la communautarisation, du Parlement européen ce qui n'est pas le cas du conseil. Le Conseil constitutionnel n'avait-il pas reconnu dans la décision du 3 avril 2003, portant notamment sur l'élection des représentants du Parlement européen « que les membres du Parlement européen élus en France le sont en tant que *représentants des citoyens de l'Union européenne* résidant en France »⁷⁴, en allant au-delà de l'expression contenue dans le traité sur la Communauté européenne. Selon cette logique, le pouvoir décisionnel reconnu au Parlement est une modalité d'exercice de compétences communautaires contraire à la Constitution car elle marque une perte de maîtrise de la France dans le processus décisionnel. Ce n'est pas tant le fait que le pouvoir décisionnel soit reconnu au Parlement européen, mais qu'il le soit à un organe non composé de représentants français mais de représentants des « citoyens de l'Union européenne ».

La question de la perte de tout pouvoir propre d'initiative de la France suit un autre schéma que celui décrit précédemment. L'adverbe « notamment » disparaît ce qui laisse à penser que seul l'élément mentionné dans la décision exigera une révision de la Constitution à savoir l'article III-264 du traité. Cet article substitue au pouvoir d'initiative propre, qui appartenait à chaque Etat, une initiative conjointe d'un quart des Etats membres pour présenter un projet d'acte européen dans les domaines relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Le pouvoir d'initiative étatique, au regard de celle nouvelle stipulation communautaire, marque une nouvelle expression de la souveraineté nationale⁷⁵. La souveraineté implique une maîtrise large du processus décisionnel de l'adoption d'un acte communautaire à l'initiative d'un projet d'acte communautaire.

Sur le second point, les modalités nouvelles d'exercice de compétences communautaires subordonnées à l'intervention d'une décision européenne ultérieure, le Conseil reprend un raisonnement qu'il avait initié dans la décision portant sur le traité d'Amsterdam⁷⁶. En effet, il considère « qu'appelle une révision de la Constitution toute disposition du traité (...) qui, dans une matière inhérente à l'exercice de la souveraineté nationale, permet, même en subordonnant un tel changement à une décision unanime du Conseil européen ou du Conseil des ministres, de

⁷⁴ C.C., n° 2003-468 DC, 3 avril 2003, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants du Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*, JORF, 2 mai 2003, p. 7641, Considérant n° 37 (souligné par nous).

Contrairement à sa jurisprudence antérieure, le Conseil admet que le Parlement européen n'est pas composé « des peuples des Etats réunis dans la Communauté », comme l'énonce l'article 189 du Traité C.E. depuis le traité de Maastricht, mais des représentants des citoyens européens. Dans la décision du 30 décembre 1976, *Assemblée européenne*, le Conseil, ajoutant déjà à la lettre du traité (en 1976, les « représentants des peuples des Etats réunis dans la Communauté »), avait jugé que le Parlement européen était composée « des représentants de chacun des peuples » des Etats membres (Considérant n° 3). Cette mention n'apparaît logiquement plus avec la première décision sur le traité de Maastricht alors même qu'il est fait référence au Parlement européen. En deçà du traité en 1976, neutre en 1992, en 2003 le Conseil est au-delà du traité C.E. Il anticipait sur la formule qui sera retenue dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe : « Le Parlement européen est composé de représentants des citoyens de l'Union » (article I-20 § 2).

⁷⁵ La perte du pouvoir d'initiative étatique avait toutefois pu être mentionnée à l'appui de la déclaration d'inconstitutionnalité, même si elle était combinée avec un autre élément, concernant certaines stipulations du traité d'Amsterdam : C.C., n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam, précitée*, Considérant n° 24.

⁷⁶ C.C., n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam, précitée*, Considérant n° 24.

substituer un mode de décision majoritaire à la règle de l'unanimité au sein du Conseil des ministres ». Il y a lieu de mettre en parallèle deux logiques qui peinent, semble-t-il, à s'inscrire dans la cohérence. D'un côté, la règle de l'unanimité garantit la conformité à la Constitution de l'exercice de compétences transférées. Comme le Conseil constitutionnel l'a jugé dans les développements antérieurs, le principe même de la substitution de la majorité qualifiée à l'unanimité implique en effet une révision de la Constitution. De l'autre, le passage de l'unanimité à la majorité qualifiée, résultant non plus du traité objet du contrôle mais d'une décision ultérieure elle-même prise à l'unanimité, ne garantit pas la conformité à la Constitution. Alors que d'un côté le vote à l'unanimité des décisions adoptées dans un domaine de compétence transféré à l'Union européenne garantit le respect de la Constitution, de l'autre, cette même modalité de vote portant sur la décision établissant le choix du passage à un vote à la majorité qualifiée ne le permet pas⁷⁷. La possibilité dont dispose la France de bloquer le passage à un vote à la majorité qualifiée, en raison de l'adoption nécessaire d'une décision en ce sens à l'unanimité, ne suffit pas pour garantir la conformité à la Constitution. En définitive, le Conseil constitutionnel attache plus d'importance au résultat, même simplement éventuel, le passage à la majorité qualifiée, qu'aux modalités utilisées pour y parvenir, une décision adoptée à l'unanimité⁷⁸. Il marque irrémédiablement sa méfiance à l'égard des actes communautaires « allogènes »⁷⁹ pour l'adoption desquels la volonté de la France n'est pas nécessaire. Le Conseil constitutionnel inscrit la portée de son contrôle au moment où il statue dans la mesure où ce contrôle est exclusif de toute autre intervention ultérieure. Il précise en effet qu'il ne pourra pas procéder à un contrôle de constitutionnalité de la décision, adoptée à l'unanimité, marquant le passage au vote à la majorité qualifiée⁸⁰. La simple probabilité de passage à une décision à la majorité qualifiée est censurée au même titre que la certitude du passage à un vote à la majorité qualifiée. Le résultat même éventuel est privilégié quelle que soit par ailleurs la maîtrise de l'Etat sur ce même résultat.

Un tel raisonnement implique une révision constitutionnelle pour « toute » stipulation du traité, « dénommée « clause passerelle » par ses négociateurs »⁸¹, qui s'inscrirait dans une telle logique et « en particulier »⁸² pour des domaines très différents : des mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière aux décisions relatives à la politique étrangère et de sécurité commune. Une nouvelle fois, l'exhaustivité dans l'énumération des stipulations exigeant une révision de la Constitution n'est plus de mise, ce qui semble, une nouvelle fois, écarter la voie, du côté du pouvoir de révision constitutionnelle, d'une révision par domaine de compétences

⁷⁷ Pour une critique sur ce point, à propos de la décision sur le traité d'Amsterdam : P. GAÏA, « Chronique constitutionnelle », *R.F.D.C.*, n° 33, 1998, p. 152.

⁷⁸ En ce sens : P. GAÏA, « Chronique constitutionnelle », *R.F.D.C.*, n° 33, 1998, p. 150.

⁷⁹ Selon la distinction proposée par C. AUTEXIER, les actes communautaires sont soit *poligènes*, lorsque la volonté des Etats apparaît dans leur adoption, soit *allogènes*, lorsque la volonté des Etats n'existe pas (« L'hétérogénéité du droit communautaire dérivé », *R.I.D.C.*, n° 2, 1982, p. 344).

⁸⁰ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 33 ; C.C., n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam, précitée*, Considérant n° 24.

⁸¹ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 33.

⁸² *Loc. cit.*, Considérant n° 34.

transféré. Sur ce point, le projet de révision constitutionnelle marque le choix d'une ouverture générale au droit communautaire dans les conditions fixées par le traité du 29 octobre 2004.

Remarquons encore que la création d'un Parquet européen, censurée en tant que nouveau domaine de compétence transféré, renvoie indirectement à une situation subordonnée à une décision unanime du conseil. En effet, selon l'article III-274 du Traité : « Pour combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, une loi européenne du Conseil peut instituer un Parquet européen à partir d'Eurojust. Le Conseil statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen ». Pour le Conseil constitutionnel, la révision de la Constitution est nécessaire pour permettre la ratification du traité sur ce point alors même que la création du Parquet n'est pas certaine. Ce raisonnement ne s'inscrit certes pas dans le cadre de *nouvelles modalités de transfert de compétence* mais dans celui de *nouveaux domaines de compétences transférés*. La simple éventualité, la potentialité d'un nouveau transfert de compétence par la voie d'une décision unanime est censurée de la même manière que le passage de l'unanimité à la majorité qualifiée lorsqu'il est subordonné à une décision unanime.

Les procédures de révision simplifiée sont inscrites dans cette même perspective même si elles ont une portée qu'il y a lieu de rapprocher de la question de la « compétence de la compétence » de l'ensemble des Etats membres concernant l'évolution des traités communautaires. Cette question est d'une portée essentielle. D'une manière générale, dès lors qu'est instituée une procédure de révision du texte institutif n'exigeant pas l'accord unanime des Etats selon leurs procédures internes de ratification et, *a fortiori* si elle peut être utilisée pour un nombre important de stipulations du traité, un mouvement de fédéralisation se dessine. Une telle « fédéralisation » n'est pas prévue dans le traité, il est simplement possible de constater une diversification de ses procédures de révision. Les articles IV-444 et IV-445 du traité sont concernés. La première de ces stipulations concerne les « révisions simplifiées » portant sur les modalités de vote. Une décision du Conseil permet de modifier les modalités de vote telles qu'elles sont prévues par le traité, sans que cette décision n'exige de procédure interne de ratification. Le développement de l'intégration, soit par le passage d'une décision à l'unanimité à une décision à la majorité qualifiée (§ 1 de l'article IV-444), soit par le passage de la procédure législative spéciale à la procédure législative ordinaire (§ 2 de l'article IV-444), peut désormais se faire sans révision « classique » du traité, par une décision unanime des Etats membres au sein du Conseil. Le traité institue ainsi une différenciation formelle du droit communautaire originaire par le dédoublement des procédures de formalisation du droit communautaire originaire : une procédure simplifiée, une décision à l'unanimité du Conseil, et une procédure complexe, la ratification par l'ensemble des Etats membres selon leurs procédures nationales. Une autre procédure de révision simplifiée est également retenue par l'article IV-445. Selon cette stipulation, le Conseil peut, par une décision adoptée à l'unanimité, modifier les dispositions de la partie III, titre III du traité relatives aux politiques et actions internes de l'Union. Elle s'éloigne de la précédente parce qu'elle exige une procédure interne de ratification de la part de l'ensemble des Etats membres. Sur cette question, le Conseil constitutionnel précise que la référence par le traité aux « règles constitutionnelles

respectives » renvoie « à l'autorisation législative prévue par l'article 53 de la Constitution »⁸³. La troisième modalité de révision du traité prévue par l'article IV-445 n'est pas originale quant à la technique, on se souviendra en particulier du principe de l'élection du Parlement européen au suffrage universel. Elle l'est plus quant à l'étendue du domaine concerné. La même remarque vaut d'ailleurs pour la décision à l'unanimité sans exigence de procédures internes de ratification, la technique n'est pas non plus nouvelle, mais de techniques ponctuelles réservée à des domaines limités et spécifiques elles acquièrent le statut de techniques générales de révision concernant des domaines plus larges et plus généraux bien qu'explicitement circonscrits.

B – L'attribution de compétences nouvelles au Parlement français

La logique de transfert de compétence mérité d'être explicitée dans l'acceptation retenue ici. Le traité établissant une Constitution ne transfère pas une compétence qui aurait appartenu auparavant à une institution communautaire, une compétence préexistante, mais, alors que de nouvelles procédures sont instituées, il confère aux parlements nationaux de nouvelles compétences. Face aux transferts de compétences tels qu'ils apparaissent de manière classique dans l'évolution de la construction communautaire, ceux qui sont envisagés par le Conseil constitutionnel attribuent de « nouvelles prérogatives » aux Parlements nationaux. On assiste, dans une certaine mesure à une inversion du sens du mouvement qui ne va plus des Etats vers l'Union mais de l'Union vers les Etats par l'entremise des Parlements nationaux. Une telle dynamique semble *a priori* plutôt favorable aux intérêts étatiques dans la mesure où un organe national est inséré dans une procédure communautaire. Pourtant, le Conseil constitutionnel censure les stipulations du traité attribuant certaines compétences au Parlement français.

Le Conseil constitutionnel pose une formule générale qui tend à signifier qu'il y a lieu d'apprécier, en toute hypothèse, si l'accroissement de la participation des parlements nationaux aux activités de l'Union « peut être exercé dans le cadre des dispositions actuelles de la Constitution ». L'attribution de compétences par l'Union aux Etats, comme les transferts de compétences de l'Etat vers l'Union, implique l'exercice au fond d'un contrôle de constitutionnalité minutieux. L'attribution de telles prérogatives peut en effet emporter des conséquences sur l'équilibre des pouvoirs tel qu'il résulte de la Constitution nationale. Les stipulations du traité censurées par le Conseil constitutionnel, attribuant des compétences au Parlement, marquent précisément une redistribution des rôles entre l'exécutif et le législatif dans l'exercice du pouvoir diplomatique.

A ce titre, l'article IV-444 du traité, déjà mentionné, confère à chaque parlement national un droit de veto concernant l'utilisation de la procédure de révision simplifiée. Toute initiative de révision simplifiée est transmise aux parlements nationaux, chacun d'entre eux pouvant empêcher que la décision européenne soit adoptée par une notification en ce sens dans un délai de six mois après

⁸³ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 36.

transmission de l'initiative. Cette stipulation n'est pas envisagée au regard du pouvoir qui permet au parlement national de bloquer la procédure de révision. Sous cet angle en effet, la préservation du pouvoir national est totale. Le Conseil envisage en réalité le mécanisme du traité en ce qu'il confère au parlement une compétence dont il ne disposait pas directement sur le plan interne. Les seuls pouvoirs dont dispose le parlement pour alourdir ou paralyser un processus interne de ratification sont prévus par la Constitution : la saisine du Conseil constitutionnel, le refus d'autoriser une ratification alors qu'elle est exigée par la Constitution, le désaccord sur le contenu du projet ou de la proposition de loi constitutionnelle ou le refus d'adopter le projet de loi constitutionnelle exigés pour permettre la ratification d'un engagement international qui aurait été préalablement déclaré contraire à la Constitution. Les armes du Parlement sont des armes en forme de réplique par rapport aux initiatives de l'exécutif. Avec le droit d'opposition reconnu par le traité au parlement, il s'agit également d'une arme de réplique mais face à une initiative du conseil sans que l'exécutif national n'intervienne directement. L'exécutif national est court-circuité de la procédure ce qui exige une révision constitutionnelle sur ce point.

Les stipulations du traité concernant le pouvoir conféré au Parlement pour le respect du principe de subsidiarité, paragraphe 3 de l'article I-11 du traité complété par le protocole n° 2, exigent également une révision de la Constitution. Le mécanisme est complexe mais il permet aux parlements nationaux ou, le cas échéant, à chacune de leur chambre de veiller au respect par les projets d'actes législatifs européens du principe de subsidiarité. Dans le délai de six semaines à compter de la transmission aux parlements nationaux, ces derniers, ou leur chambre, peuvent adresser aux présidents du Parlement européen, du Conseil ou de la Commission un avis motivé exposant les motifs pour lesquels le projet méconnaît le principe de subsidiarité. Le réexamen du projet ne s'impose toutefois que sous des conditions strictes : réunion d'un tiers des voix des parlements nationaux, chaque Parlement disposant de deux voix qu'il soit ou qu'il ne soit pas bicaméral, ou un quart de ces voix dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale ou dans celui de la coopération policière. Il ne s'agit que d'un droit au réexamen, l'organe concerné étant libre après réexamen quant à l'avenir du projet.

Enfin, toujours dans le domaine du respect du principe de subsidiarité, le droit de saisine de la Cour de justice des Communautés européennes attribué aux parlements nationaux impliquant une transmission des Etats membres conformément à son ordre juridique impose une révision de la Constitution.

Pour chacune de ces trois compétences, la Constitution doit autoriser le parlement national à exercer de telles prérogatives.

Au regard de l'ampleur de la révision constitutionnelle telle qu'elle paraît s'imposer de la décision du Conseil constitutionnel, difficile de ne pas s'interroger à nouveau sur la pertinence des révisions ponctuelles au risque de se tourner vers l'impertinence de la clause générale de compétences. L'intervention ponctuelle du pouvoir de révision constitutionnelle garantit

indubitablement le débat démocratique et la participation, directe ou indirecte, du peuple dans le processus d'insertion des traités communautaires dans l'ordre juridique français. La question de l'inscription d'une clause générale de compétence au profit de l'Union européenne, autorisant pour l'avenir les développements communautaires doit pourtant être posée. Au regard du seuil d'intégration aujourd'hui formalisé dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe sera-t-il nécessaire lors de la prochaine évolution, s'il s'agit d'une évolution de fond, d'envisager une révision de la Constitution ? Autrement dit, alors que la tendance dans l'évolution du processus communautaire vise à terme, pour peu il est vrai que l'on croit au ciel, à passer d'un traité établissant une Constitution pour l'Europe à l'élaboration d'une Constitution pour l'Europe, est-il nécessaire d'exiger encore pour des éventuelles évolutions transitoires entre ces deux étapes des révisions constitutionnelles ponctuelles ? Le référendum prévu par le Président de la République serait ainsi l'occasion pour le peuple d'accepter une clause générale d'ouverture à l'Europe, l'étape ultime, le passage éventuel à un Etat européen, devant faire appel à un processus constituant européen. Le choix n'est pas juridique, chacune des solutions, ouverture générale ou autorisation ponctuelle, pouvant être défendue. Il est politique. Telle n'est certes pas l'orientation suivie dans le projet de loi de révision constitutionnelle, aux parlementaires à présent d'en convenir.

Xavier MAGNON

Professeur à l'Université de Perpignan