

Le juge constitutionnel et le droit européen

Le contentieux constitutionnel européen se divise en deux branches aux destins clairement distincts : un contentieux communautaire sur-visible et un contentieux « Convention européenne des droits de l'homme » souterrain. Le droit communautaire a depuis 1992 acquis devant le juge constitutionnel français une place considérable. Tous les traités communautaires importants depuis le traité de Maastricht ont fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité sur le fondement de l'article 54 de la Constitution¹. Chacun d'entre eux a nécessité une révision constitutionnelle pour en autoriser la ratification suite à la déclaration d'inconstitutionnalité² prononcée par le Conseil constitutionnel³. L'introduction dans l'ordre juridique interne du droit communautaire originaire aura ainsi imposé quatre modifications de la norme suprême⁴, dont une, voire deux, s'avèreront inutiles⁵. Face à la prégnance contentieuse du droit communautaire, le droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme fait dans une certaine mesure figure d'arlésienne. Deux protocoles à la Convention ont certes fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, sans toutefois impliquer de révision constitutionnelle⁶, mais c'est surtout en tant que norme de référence du contrôle et/ou de source d'inspiration substantielle du juge constitutionnel que son statut demeure singulier.

Comme le droit communautaire⁷, et à l'instar du droit international conventionnel dans son ensemble, la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas une source formelle en tant que paramètre du contrôle de constitutionnalité des lois depuis la célèbre décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975, *I.V.G.*⁸ Pourtant, malgré cette position

¹ Tel est le cas du Traité de Maastricht du 7 février 1992, du Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1999, du Traité de Rome, établissant une Constitution pour l'Europe, du 29 octobre 2004 et du Traité de Lisbonne du 19 octobre 2007. Cependant, le Traité de Nice du 26 février 2001 n'a pas été déféré au Conseil constitutionnel.

² Nous utiliserons ce raccourci par facilité de langage. En effet, sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, le Conseil constitutionnel, depuis 1992, n'emploie plus dans le dispositif de la décision la formule selon laquelle le traité « comporte » ou « ne comporte pas de clause contraire à la Constitution » (voir par exemple : C.C., n° 85-188 DC, 22 mai 1985, *Protocole n° 6, Rec.*, p. 15) mais l'expression suivante « l'autorisation de ratifier en vertu d'une loi le traité... ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution » (voir par exemple : C.C., n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I, Rec.*, p. 55). Le juge constitutionnel ne met donc pas l'accent sur la contrariété à la Constitution, mais sur la nécessité de réviser la Constitution pour pouvoir ratifier le traité.

³ C.C., n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I, précité* ; n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam, Rec.*, p. 344 ; n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Rec.*, p. 173 ; n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité modifiant le traité de l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, JORF*, 29 décembre 2007, p. 21813.

⁴ Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, *ajoutant à la Constitution un titre : « Des Communautés européennes et de l'Union européenne »*, *JORF*, 26 juin 1992 ; loi constitutionnelle n° 99-49 du 25 janvier 1999 *modifiant les articles 88-2 et 88-4 de la Constitution*, *JORF*, 26 janvier 1999 ; loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1^{er} mars 2005 *modifiant le titre XV de la Constitution*, *JORF*, 2 mars 2005 ; loi constitutionnelle n° 2008-104 du 4 février 2008 *modifiant le titre XV de la Constitution*, *JORF*, 5 février 2008.

⁵ Le Traité de Rome de 2004 a été abandonné suite aux refus de la France et des Pays-Bas de le ratifier. En ce qui concerne celui de Lisbonne, l'Irlande a refusé par référendum sa ratification. Selon toute vraisemblance, si le Traité de Lisbonne est présenté de nouveau au peuple ou au Parlement irlandais, il s'agira d'un traité amendé.

⁶ C.C., n° 85-188 DC, 22 mai 1985, *Protocole n° 6, précitée* ; n° 2005-524/525 DC, 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort, Rec.*, p. 142. Dans cette dernière décision étaient contrôlés le protocole n° 13 à la Convention européenne des droits de l'homme et le deuxième protocole facultatif au Pacte relatif aux droits civils et politiques. Seule la ratification de ce dernier imposait une révision constitutionnelle.

⁷ Sous quelques réserves récentes, voir *infra*.

⁸ C.C., n° 75-54 DC, 15 janvier 1975, *I.V.G., Rec.*, p. 19.

constamment réaffirmée depuis lors⁹, la question de l'abandon de cette jurisprudence n'a cessé d'agiter la doctrine. La majorité de celle-ci plaide en faveur de sa remise en cause, qu'elle concerne l'ensemble des engagements internationaux, seulement ceux relatifs aux droits de l'homme ou encore exclusivement la Convention européenne des droits de l'homme. Cette tendance s'est encore accentuée lors des auditions intervenues devant le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République, notamment par la voix du Président du Conseil constitutionnel¹⁰, et suite à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 instituant une question préjudicielle de constitutionnalité¹¹. Dans ce dernier contexte, la concurrence problématique entre un contrôle de conventionnalité diffus, aux mains de l'ensemble des juges de droit commun, et un contrôle de constitutionnalité concentré devant le Conseil constitutionnel plaide en faveur d'une remise en cause de la jurisprudence *I.V.G.* Depuis 1975, le débat ne s'est donc pas épuisé¹².

Il reste que si la Convention n'est pas formellement une norme de référence du contrôle, elle est de manière indiscutable une source d'inspiration matérielle du juge constitutionnel. Une décision, à l'instar de ce qui s'était produit avec la décision du 19 juin 1970 mentionnant dans les visas le Préambule de la Constitution de 1958¹³, pouvait être à l'origine d'une intégration de la Convention européenne des droits de l'homme dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité¹⁴. Elle ne sera finalement annonciatrice d'aucun revirement jurisprudentiel. Les traces de la prise en compte de la Convention européenne des droits de l'homme n'en sont pas moins visibles dans un nombre étendu de domaines. Citons quelques exemples connus et assumés d'inspiration¹⁵ : l'affirmation d'un droit à un recours

⁹ Voir en dernier lieu pour une réaffirmation de la jurisprudence *I.V.G.* en dehors du droit communautaire : C.C., n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *C.P.E., Rec.*, p. 50, cons. 27.

Voir pour un refus d'exercer un contrôle de conventionnalité face à un moyen tiré de la violation de la Convention européenne des droits de l'homme : C.C., n° 96-375 du 9 avril 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, Rec.*, p. 60, cons. 9.

¹⁰ Audition du Président du Conseil constitutionnel J.-L. DEBRE par le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République, 19 septembre 2007, voir : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan/annexes/2007/20070919Debre.pdf>.

¹¹ Article 61-1 de la Constitution, issu de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

¹² Voir en particulier, parmi les nombreux commentaires, mettant en lumière les éléments du débat : D. de BECHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution) », *R.F.D.A.*, 1998, pp. 225-242 ; O. CAYLA, « Lire l'article 55 : comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *C.C.C.*, n° 7, 1999, pp. 77-86 ; B. GENEVOIS, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *C.C.C.*, n° 7, 1999, pp. 101-108 ; J. RIDEAU, « Le Conseil constitutionnel et l'autorité supérieure des traités en droit français », *C.D.E.*, 1975, pp. 608-630.

¹³ C.C., n° 70-39 DC, 19 juin 1970, *Traités des Communautés européennes, Rec.*, p. 15.

¹⁴ C.C., n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure, Rec.*, p. 211. La mention de la Convention européenne des droits de l'homme dans les visas était d'autant plus significative qu'elle n'avait pas directement lieu d'être. En effet, dans cette décision, le Conseil constitutionnel ne contrôlait pas un protocole à la Convention sur le fondement de l'article 54 de la Constitution et il n'examinait pas non plus une loi qui tirait les conséquences d'une stipulation de la Convention telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans ces deux situations, la référence à la Convention aurait été « naturelle ». Dans la décision du 13 mars 2003, la loi contrôlée était sans rapport direct avec ce texte. Aussi cette décision témoigne-t-elle d'une prise en compte visible de la Convention par le Conseil constitutionnel dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois.

¹⁵ Voir pour une énumération des domaines concernés : O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Rapport français », in *Cours constitutionnelles et intégration européenne*, Kosice, 20 et 21 octobre 2002, p. 17 et s., www.conseil-constitutionnel.fr/divers/kosice2002.pdf

juridictionnel¹⁶ ; la consécration du droit à une vie familiale normale et du droit au respect de la vie familiale et privée des étrangers¹⁷ ; l'emploi de la formule selon laquelle « le pluralisme est une des conditions de la démocratie »¹⁸ ; la reconnaissance de la nécessité d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties¹⁹. Une influence directe de la Convention, et plus précisément de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, sur la jurisprudence constitutionnelle doit être mise à part. L'« adaptation » de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au contrôle des lois de validation est une conséquence directe des exigences dégagées par la Cour de Strasbourg²⁰. Plus récemment, la jurisprudence de la Cour est explicitement mentionnée dans les visas et le dispositif²¹, non sans une certaine maladresse²², à l'appui d'un raisonnement visant à garantir une interprétation de la Charte des droits fondamentaux incluse dans le Traité établissant une Constitution pour l'Europe conforme à la Constitution²³. De l'inspiration à l'intégration, la question demeure encore ouverte.

Le droit communautaire, quant à lui, a fait connaître au contentieux constitutionnel international deux tournants importants, deux dates charnières : 1992, avec la décision du 23 avril sur le *Traité de Maastricht*, et 2004, avec la décision du 10 juin sur la *Loi sur la confiance dans l'économie numérique*²⁴. A partir de 1992, le Conseil constitutionnel standardise les éléments de son contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux

¹⁶ C.C., n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec., p. 43, cons. 83 (influence de l'article 13 de la Convention, principe constitutionnel rattaché à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789).

¹⁷ Respectivement : C.C., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Rec., p. 224, cons. 3 ; n° 97-389 DC, 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, Rec., p. 45, cons. 44 (influence de l'article 8 de la Convention dont l'application a été reconnue au profit des étrangers par la Cour européenne des droits de l'homme, voir C.E.D.H., 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, Req. n° 9214/80, 9473/81, 9474/81, A 94).

¹⁸ C.C., n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, Rec., p. 141, cons. 11 (écho à une formule utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture constituent les trois attributs de la société démocratique voir, C.E.D.H., 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, Req. n° 5493/72, A 24, § 49 ; voir également, 8 juillet 1986, *Lingens c. Autriche*, Req. n° 9815/82, A 103, § 41, formule selon laquelle « la liberté d'expression, consacrée par le paragraphe 1 de l'article 10 (art. 10-1), constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique »).

¹⁹ C.C., n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, Rec., p. 71, cons. 44 (influence de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme).

²⁰ C.C., n° 99-422 DC, 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, Rec., p. 143, cons. 64. La France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de l'article 6 § 1 de la Convention à propos d'une loi de validation qui avait été pourtant déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel (C.E.D.H., 28 octobre 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzales et autres c. France*, Req. jointes n° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, Rec., 1999-VII).

Voir en particulier : B. MATHIEU, « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle », *R.F.D.A.*, 2000, p. 289 et s.

Voir également : X. PRETOT, « Les validations législatives. De la Constitution à la Convention européenne des droits de l'homme », *R.D.P.*, 1998, p. 11 et s.

²¹ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, cons. 18.

²² Voir : F. SUDRE, « Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel « sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union ». Réflexions critiques », *R.F.D.A.*, 2005, n° 1, pp. 34-39.

²³ Voir en particulier sur la prise en compte de la Convention dans cette décision : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La prise en compte de la Convention européenne des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel, continuité ou évolution ? », *C.C.C.*, n° 18, 2005.

²⁴ C.C., 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec., p. 101.

en général et de ceux qui portent création d'organisation internationale en particulier. Le cadre global à partir duquel la conformité à la Constitution de tels engagements internationaux est appréciée ne sera plus démenti après. Il marque une rupture avec l'exercice du contrôle antérieur en formalisant et en synthétisant de manière explicite le seuil d'inconstitutionnalité des traités communautaires et plus largement des traités relatifs aux organisations internationales. En 2004, le Conseil constitutionnel reconnaît de manière explicite la spécificité constitutionnelle du droit communautaire par rapport au droit international classique. Le fondement constitutionnel du droit communautaire réside désormais dans l'article 88-1 de la Constitution, et non plus dans l'article 55. Cette spécificité ouvre la voie à une possible prise en compte contentieuse différenciée du droit communautaire par rapport au droit international classique. Elle ne touchera, de manière explicite, que le contentieux de constitutionnalité des lois de transposition des directives communautaires et empruntera deux voies différentes : le contrôle de constitutionnalité des directives communautaires et le contrôle de conformité des lois aux directives qu'elles transposent.

L'impact important du droit européen dans le contentieux constitutionnel et plus largement sur l'ensemble du droit français n'est cependant pas totalement assumé dans son originalité par le juge constitutionnel. Le droit européen est en effet nationalisé par le juge. La Constitution demeure le point de référence ultime. Si le droit européen l'emporte sur le droit national ce n'est que parce la Constitution le prévoit. Cette dernière demeure la pierre angulaire de l'ordre juridique interne²⁵. Tout ce qu'impose le droit européen n'a d'effet que parce que la Constitution le prescrit. En deux mots : tout dans la Constitution, rien sans la Constitution. En opportunité, peu importe la question de savoir pourquoi, en définitive, la Constitution s'adapte aux exigences européennes plutôt que d'y résister. L'affirmation de la primauté de la Constitution ou du droit européen n'est pas qu'une question juridique. Elle a une portée politique. Devant le juge, elle est une question de politique jurisprudentielle à forte connotation stratégique. Il est important pour chaque « cour suprême », Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice des Communautés européennes d'un côté et Conseil d'Etat, Cour de cassation et Conseil constitutionnel de l'autre de défendre la primauté de son ordre juridique face à celui qui entre en concurrence. Le débat est parfois relativisé par la doctrine en fonction du point de vue retenu, ce qui permet d'écarter le conflit, chaque ordre juridique étant supérieur à l'autre *de son point de vue*. Il est d'autres fois nié au nom du dépassement nécessaire de la hiérarchie des normes. Souvent, dans la réflexion, la confusion entre l'irrégularité (des positions des juridictions nationales) et le droit (c'est-à-dire ce qui est imposé par le droit communautaire) domine. Or, ce n'est pas parce que les juges internes ne respectent par le droit communautaire que ce non respect constitue le droit. Les positions nationales des juges internes constituent toujours une irrégularité pour le droit communautaire.

L'ampleur des évolutions du contentieux constitutionnel européen mérite d'être appréciée à partir de l'état du contentieux constitutionnel européen avant 2004 et surtout avant 1992. La mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité par la voie de l'article 54 de la Constitution était exceptionnelle et jamais elle n'avait conduit à une déclaration d'inconstitutionnalité et *a fortiori* à une révision de la Constitution. Dans le cadre de l'article 61 alinéa 2, contrôle de constitutionnalité des lois, la situation était simple. Conformément à la jurisprudence *I.V.G.*, le droit international conventionnel n'était, en principe²⁶, pas une norme de référence du

²⁵ Voir en particulier : C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, cons. 5, 10 et 13.

²⁶ Sauf si la Constitution en dispose de manière ponctuelle autrement, voir *infra*.

contrôle de constitutionnalité. En outre, il n'était pas possible, en principe toujours²⁷, par l'intermédiaire du contrôle d'une loi d'application d'un engagement international de remettre en cause celui-ci. En d'autres termes, il n'existait pas de contrôle *a posteriori* indirect des engagements internationaux sur le fondement de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution. Face à cet état du droit jurisprudentiel, deux mouvements se sont initiés qui peuvent être présentés selon une logique dialectique. Depuis 1992, on a assisté à une *banalisation de l'office du juge dans le cadre de l'article 54 de la Constitution* (§ I). A partir de 2004, une réaction du Conseil constitutionnel a vu le jour dans le sens d'une *réappropriation du contrôle de constitutionnalité dans le cadre de l'article 61 alinéa 2* (§ II).

I - La banalisation de l'office du juge constitutionnel dans le cadre de l'article 54 de la Constitution

Sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, le contrôle de constitutionnalité est un contrôle exercé *a priori*, après la signature par la France du traité et avant le dépôt du projet ou de la proposition de loi de ratification. Seules des autorités politiques, les mêmes que celles qui sont mentionnées dans l'article 61 alinéa 2 pour le contrôle de constitutionnalité des lois, sont susceptibles de saisir le Conseil constitutionnel. En pratique, on note une dominance nette des saisines de l'exécutif et en son sein du Chef de l'Etat²⁸. Le mécanisme établi par

²⁷ Trois décisions méritent toutefois d'être citées dans le sens d'un contrôle d'un engagement international ou d'un acte de droit communautaire dérivé par l'intermédiaire d'une loi d'application, sans que la portée de ces décisions ne soit certaine en faveur d'un contrôle *a posteriori* conscient, de portée générale et/ou explicite. Dans la décision du 23 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions relatives à la fonction publique*, le Conseil constitutionnel procède au contrôle au fond d'une loi nationale tirant les conséquences du droit communautaire tel qu'interprété par la Cour de justice des Communautés européennes concernant l'accès des ressortissants communautaires à la fonction publique (n° 91-293 DC, *Rec.*, p. 77). Il s'agit d'un contrôle *a posteriori* indiscutable. L'origine communautaire de la loi est cependant totalement occultée par le juge. Dans la décision du 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, le Conseil constitutionnel contrôle une loi d'applications de l'« accord de Schengen » (plus exactement la Convention d'application du 19 juin 1990 de l'accord de Schengen du 14 juin 1985) et censure l'un de ses dispositions qui avait précisément pour objet d'en tirer les conséquences dans l'ordre interne (n° 93-325 DC, *Rec.*, p. 224, cons. 88). Le principe d'un contrôle *a posteriori* est discutable, l'accord en question n'étant pas entré en vigueur. De plus, ce n'est pas tant l'accord en lui-même qui est censuré au fond, mais sa mise en œuvre par la loi, celle-ci n'ayant pas respecté les précisions énoncées par le Conseil constitutionnel dans une décision antérieure sur ce même accord (C.C., n° 91-294 DC, 25 juillet 1991, *Accord de Schengen*, *Rec.*, p. 91, cons. 31). Enfin, dans la décision du 5 mai 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, le Conseil constitutionnel a posé dans une formule générale, sans qu'elle ne soit jamais reprise dans la jurisprudence ultérieure, les principes généraux du contrôle *a posteriori* d'une loi d'application tirant les conséquences nécessaires d'un traité, et donc d'un contrôle *a posteriori* des stipulations d'un traité, en jugeant qu'il peut « être dérogé à [un] principe [constitutionnel] dans la mesure nécessaire à la mise en œuvre d'un engagement international de la France (...) sous réserve qu'il ne soit pas porté atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » (n° 98-399 DC, *Rec.*, p. 245, cons. 15). En d'autres termes, le contrôle *a posteriori* est exclu, un engagement international en vigueur pouvant déroger à la Constitution, sauf si un tel engagement porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Les principes posés dans cette décision n'ont jamais été repris dans des décisions ultérieures.

Rappelons également qu'il existe un contrôle de constitutionnalité indirect des engagements internationaux sur le fondement de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution, à partir du contrôle d'une loi de ratification. Il s'agit d'un contrôle *a priori*, avant l'entrée en vigueur de la loi de ratification. Il est donc neutre du point de vue international. Un tel contrôle a été admis par le Conseil constitutionnel (C.C., n° 76-71 DC, 30 décembre 1976, *Assemblées européennes*, *Rec.*, p. 15, cons. 4, admission de principe ; n° 78-93 DC, 29 avril 1978, *Fonds monétaire international*, *Rec.*, p. 23, mise en œuvre), pour pallier l'oubli de la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974. Il a perdu une partie de son intérêt depuis la révision constitutionnelle du 25 juin 1992 ouvrant à soixante députés ou soixante sénateurs l'office du juge constitutionnel au titre de l'article 54 de la Constitution.

²⁸ Sur les douze 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, précit.*) et de deux saisines parlementaires (C.C., n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Maastricht II*, *Rec.*, p. 76 ; n° 2006-541 DC, 28 septembre 2006, *Accord sur l'application de l'article 65 de la convention sur la délivrance de brevets européens*, *Rec.*, p. 102), 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*, *Rec.*, p. 15 ; n° 85-188 DC, 22 mai 1985, *Protocole n° 6*, *précit.* ; n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, *précit.* ; n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam*,

l'article 54 de la Constitution est connu : pour pouvoir ratifier un engagement international dont les stipulations ont été déclarées contraires à la Constitution par le Conseil constitutionnel, on *doit* au préalable réviser la Constitution. S'il existe une volonté politique de ratifier un tel engagement international, il existe bien une obligation constitutionnelle de réviser la Constitution. Le Conseil constitutionnel assure un rôle d'aiguilleur, selon la formule consacrée, en indiquant la voie normative valable pour introduire les traités internationaux dans l'ordre interne. Après avoir été longtemps anecdotique, la voie de l'article 54 de la Constitution a connu une nouvelle ampleur avec les traités communautaires à partir de celui de Maastricht en 1992²⁹. Le droit issu de la Convention a été et demeure, en partie sans doute pour des raisons d'opportunité politique, toujours un objet périphérique du contrôle de constitutionnalité sur le fondement de l'article 54 de la Constitution. Seuls deux protocoles à la Convention ont été déférés au Conseil constitutionnel portant d'ailleurs tous deux sur le même sujet, l'abolition de la peine de mort. Depuis 1992, le développement du contrôle de constitutionnalité par le biais de l'article 54 de la Constitution a permis au Conseil constitutionnel de rationaliser l'exercice de son contrôle par *la formalisation du seuil d'inconstitutionnalité* des engagements internationaux (A). Les révisions constitutionnelles systématiques consécutives à chacune des décisions du Conseil constitutionnel sur les traités communautaires ont conduit dans le même temps à rendre *la censure constitutionnelle purement formelle* (B).

A – La formalisation du seuil d'inconstitutionnalité

Initiée dans la décision du 9 avril 1992, *Maastricht I*, la volonté de rationaliser l'exercice du contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux relatifs à des organisations internationales faisant l'objet de transfert de compétences ne sera plus démentie par la suite. La structure des décisions est globalement similaire. Le juge débute la décision par la précision et la présentation des différentes stipulations qui font l'objet du contrôle. Il mentionne ensuite les normes de référence du contrôle. Le reste de la décision correspond au contrôle au fond.

La présentation des stipulations contrôlées par le juge constitutionnel lui permet de fixer l'étendue de son contrôle. Pour les traités communautaires contrôlés, qui sont tous des traités modificatifs ou substitutifs de traités antérieurs, la question est d'autant plus pertinente que les nouveaux traités contiennent des stipulations qui reprennent des stipulations antérieures. Le contrôle des stipulations nouvelles peut en conséquence dériver vers un contrôle des anciennes stipulations en vigueur. Le contrôle *a priori*, inoffensif, devient alors un contrôle *a posteriori*, problématique. Cette question s'est posée de manière implicite dans la décision du 9 avril 1992 et a été résolue, selon les éclairages du secrétaire général du Conseil constitutionnel³⁰, par la négative : le Conseil constitutionnel ne contrôle pas par la voie de l'exception, à l'occasion de l'examen d'un nouveau traité, des stipulations d'un autre traité en

précit. ; n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, *Cour pénale internationale, Rec.*, p. 29 ; n° 99-412 DC, 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, Rec.*, p. 71 ; n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précit.* ; n° 2005-524/525 DC, 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort, précit.* ; n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité modifiant le traité de l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, précit.*).

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, précit.* ; n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, *Cour pénale internationale, précit.*).

²⁹ Sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, trois décisions ont été rendues avant 1992, neuf depuis.

³⁰ B. GENEVOIS, « Le traité sur l'Union européenne et la Constitution », *R.F.D.A.*, 1992, pp. 379-381.

vigueur (ratifié par la France)³¹. Cette position a été précisée par la suite de manière explicite. Depuis la décision du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, après avoir exposé l'étendue de son contrôle sur le texte qui lui était déféré, le Conseil constitutionnel précise que « sont toutefois soustraites au contrôle de conformité à la Constitution celles des stipulations du traité qui reprennent des engagements antérieurement souscrits par la France »³². Le contrôle *a priori* n'autorise aucune remise en cause d'engagements internationaux en vigueur souscrits par la France.

L'exposé des normes de référence du contrôle regroupe des catégories de normes diverses même si elles ont un objet identique. Un énoncé « déclaratif »³³ et symbolique chapote l'énoncé des normes de référence : le préambule de la Constitution de 1958 par lequel le peuple français proclame solennellement « son attachement aux droits de l'homme... ». Face à des textes potentiellement limitatifs de la souveraineté de l'Etat, dans le sens premier du terme tel qu'il a été mis en lumière par CARRE DE MALBERG, de « caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante »³⁴, les énoncés constitutionnels sur la souveraineté sont cités : l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'article 3 alinéa premier de la Constitution. Ce sont ensuite les normes d'habilitation, des normes d'ouverture au droit international public, qui viennent dans une certaine mesure, compenser ou, sans doute plus justement, expliciter la souveraineté de l'Etat : l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946, sur le respect par la République française des règles du droit public international, et l'alinéa 15 autorisant « les limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ». Une mention de l'article 53 de la Constitution est également présente dans l'énoncé des normes de référence, même si elle ne sert pas directement à résoudre la question de constitutionnalité soulevée. Le Conseil constitutionnel précise ainsi que les traités communautaires, parce qu'il s'agit de traités « relatifs à l'organisation internationale », imposent que leur ratification soit précédée d'une loi d'autorisation de ratification. Il explicite et verrouille la procédure de ratification des traités communautaires. A ces textes, sera ajouté, à partir de 1997, l'article 88-1 de la Constitution, dont l'énoncé est lui aussi déclaratif.

³¹ C.C., n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, précité, cons. 8.

La jurisprudence *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie* ne s'applique donc pas aux engagements internationaux (C.C., n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, Rec., p. 43, cons. n° 3).

Le contrôle sur le fondement de l'article 54 de la Constitution peut cependant être exercé à deux reprises, certains ont pu parler de contrôle à « double détente », sur le même traité à condition toutefois que le premier contrôle ait abouti à une « censure » et que le pouvoir de révision constitutionnelle soit intervenu pour permettre de lever cet obstacle. Le second contrôle, après révision de la Constitution, ne peut toutefois être exercé, compte tenu du respect de l'autorité de chose jugée, que dans des conditions strictes : si la révision constitutionnelle a introduit des dispositions nouvelles créant une nouvelle contrariété du traité avec la Constitution ou si la révision constitutionnelle n'a pas permis de lever l'obstacle constitutionnel précédemment identifié par le juge constitutionnel (C.C., n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Maastricht II*, précit., cons. 5).

³² C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, précit., cons. 8 ; n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité modifiant le traité de l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, précit., cons. 10.

³³ D'un point de vue théorique, un énoncé déclaratif ne peut être à l'origine d'une norme puisqu'il n'implique aucun comportement particulier. Il n'en reste pas moins que le Conseil constitutionnel a donné une portée normative forte au préambule de la Constitution de 1958 en l'interprétant comme incluant dans la catégorie normative « Constitution de la V^{ème} République » : le Préambule de la Constitution de 1946 et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, plus tard, et selon un chemin ayant conduit à une validation certaine de cette interprétation par le pouvoir de révision constitutionnelle, la Charte de l'environnement de 2004.

³⁴ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, Tome premier*, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1920, réimpression aux Editions du CNRS., 1962, p. 79.

De cet ensemble normatif, le Conseil constitutionnel dégage deux conséquences essentielles, un principe et une limite. D'une part, et dans un premier temps, « le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que, sur le fondement des dispositions précitées du préambule de la Constitution de 1946, la France puisse conclure, sous réserve de réciprocité, des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les Etats membres »³⁵. La référence aux « transferts de compétences » met fin à une distinction antérieure ambiguë et discutable entre les limitations de souveraineté, autorisées par la Constitution, et les transferts de souveraineté, interdits³⁶. La formule de 1992 a dans un second temps évolué marquant une approche légèrement différente. A partir de la décision du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, même si la logique d'une habilitation constitutionnelle à souscrire des engagements internationaux concernant un type particulier d'organisation internationale est maintenue, la référence au respect de la souveraineté nationale disparaît. Surtout, la portée du titre XV de la Constitution est explicitée : « la République française participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne *dans les conditions* prévues par le titre XV de la Constitution »³⁷, le constituant ayant consacré « l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international »³⁸, ce qui implique que la Constitution demeure au « sommet de l'ordre juridique interne »³⁹.

D'autre part, le principe de participation à des organisations internationales du type de l'Union et des Communautés européennes est cependant limité. En effet, selon une formulation intégrant à partir de 2004 les droits et libertés⁴⁰, « toutefois, (...) lorsque des engagements souscrits à cette fin contiennent une clause contraire à la Constitution, remettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle »⁴¹. La portée de l'habilitation constitutionnelle permettant de participer à l'Union et aux Communautés européennes est limitée puisqu'elle ne couvre aucune atteinte à la Constitution des nouveaux traités communautaires. Chaque contrariété à la Constitution constatée par le Conseil constitutionnel implique une révision constitutionnelle pour en autoriser la ratification. L'habilitation constitutionnelle n'a d'autre portée que de permettre à la France de signer de tels traités (mais quel Etat souverain se verrait amputer

³⁵ C.C., n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, précité, cons. 13 ; n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam*, précité, cons. 6.

³⁶ C.C., n° 76-71, 30 décembre 1976, *Assemblées européennes*, Rec., p. 15, cons. 2.

³⁷ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, précité, cons. 5 (souligné par nous).

³⁸ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, précité, cons. 11 ; n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité modifiant le traité de l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, précité, cons. 7 (avec cette décision cette formule est intégrée dans les développements relatifs aux normes de référence, alors que dans la décision précédente on la retrouvait dans les considérants relatifs à la primauté du droit communautaire).

³⁹ C.C., n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité modifiant le traité de l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, précité, cons. 8. Voir également pour une approche identique en substance : C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, précité, cons. 9 et s.

⁴⁰ Pour les formulations antérieures : C.C., n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, précité, cons. 14 ; n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam*, précité, cons. 7.

⁴¹ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, précité, cons. 7 ; n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité modifiant le traité de l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, précité, cons. 9.

d'une telle capacité ?) et, selon une interprétation large, de couvrir les traités communautaires en vigueur en les faisant échapper à toute remise en cause constitutionnelle *a posteriori*. Sur le fondement de la norme constitutionnelle d'habilitation, les traités en vigueur jouissent ainsi d'une force dérogatoire par rapport aux normes constitutionnelles.

L'éventuelle contrariété à la Constitution est constituée par trois situations différentes : méconnaissance des droits fondamentaux, atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale et autres atteintes à la Constitution. La formule des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale apparaît comme un standard permettant de regrouper toutes les atteintes à la souveraineté qui ne seraient pas explicitement visées par des dispositions constitutionnelles particulières. Il s'agit en particulier d'éviter que l'Etat, sans révision constitutionnelle préalable, ne transfère des compétences d'une particulière importance à une organisation internationale ou encore qu'il transfère des compétences selon des modalités problématiques. Le Conseil constitutionnel a veillé à expliciter et préciser l'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale autour des transferts de compétence consentis à l'Union et aux Communautés européennes. Avec la décision sur le Traité d'Amsterdam, une première tentative de synthèse est entreprise. D'une manière large, les transferts de compétences qui revêtent « une ampleur et interviennent selon des modalités telles que puissent être affectées les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »⁴² sont problématiques d'un point de vue constitutionnel. A cet égard, pour le juge, le principe communautaire de subsidiarité, applicable en dehors des compétences exclusives de l'Union et des Communautés, ne préserve pas à lui seul les « conditions essentielles... ». L'ampleur et les modalités du transfert apparaissent comme les deux éléments déterminants de l'atteinte aux « conditions essentielles... ». A partir de la décision du 19 novembre 2004, s'adaptant aux évolutions de la construction communautaire telles qu'elles résultent des traités modificatifs contrôlés, le Conseil constitutionnel distingue deux situations : le transfert de *nouvelles compétences* ou l'exercice selon des *modalités nouvelles* de compétences déjà transférées.

Dans le premier cas, plusieurs situations imposent une révision constitutionnelle en concrétisant une atteinte aux « conditions essentielles... » selon l'ampleur et/ou les modalités du transfert. Tel est le cas lorsque le transfert de compétences porte sur des « compétences inhérentes à la souveraineté nationale »⁴³. L'ampleur du transfert est significative au regard de l'importance que revêt la compétence transférée. Pose également problème une stipulation opérant un transfert de compétences « eu égard à la portée que revêt une telle disposition pour l'exercice de la souveraineté nationale »⁴⁴. Ce sont alors les conséquences du transfert pour l'exercice des compétences nationales qui sont problématiques.

Dans le second cas, en cas de modalités nouvelles d'exercice de compétences déjà transférées, la formalisation du seuil d'inconstitutionnalité est claire. Pour toute compétence déjà transférée relevant d'une « matière inhérente à l'exercice de la souveraineté nationale » (on

⁴² C.C., n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam, précité*, cons. 22 ; n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précité*, cons. 25 ; n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité modifiant le traité de l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, précité*, cons. 16 (nous soulignons).

⁴³ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précité*, cons. 27 ; n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité modifiant le traité de l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, précité*, cons. 18.

⁴⁴ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précité*, cons. 28 ; n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité modifiant le traité de l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, précité*, cons. 19.

retrouve l'*ampleur* du transfert, pour laquelle les règles de décision sont modifiées), trois situations soulèvent des difficultés d'ordre constitutionnel : la substitution de la règle de la majorité qualifiée à celle de l'unanimité au sein du Conseil, la France perdant tout pouvoir d'opposition, l'attribution d'une fonction décisionnelle au Parlement européen, lequel n'est pas l'émanation de la souveraineté nationale et la privation de tout pouvoir propre d'initiative de la France⁴⁵.

Le respect des droits fondamentaux, qui n'apparaît de manière explicite et générique dans les normes opposables aux traités qu'à partir de 2004, ne se révèle pas être une exigence générale imposée au droit communautaire. On est loin de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans laquelle le respect par le droit communautaire des droits fondamentaux est au cœur de la confrontation des ordres juridiques allemand et communautaire⁴⁶. Devant le Conseil constitutionnel, le respect des droits fondamentaux n'est apprécié que pour autant qu'il est visé par le traité communautaire contrôlé. Ainsi, à propos du Traité de Maastricht, intégrant le principe du respect des droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire, le Conseil constitutionnel ne fait que prendre acte d'un tel principe en précisant qu'il permettra, conjugué avec l'intervention des juridictions nationales, de garantir les droits et libertés des citoyens⁴⁷. Avec le Traité d'Amsterdam, aucune référence aux droits fondamentaux n'est faite en l'absence d'avancée déterminante du traité sur cette question. Un examen attentif des droits fondamentaux n'interviendra qu'avec le Traité de Rome établissant une Constitution pour l'Europe car il contient une Charte des droits fondamentaux. L'examen du Conseil constitutionnel sera minutieux sur certains points particuliers, des interprétations conciliatrices seront avancées, avec toutes les difficultés que de telles interprétations soulèvent dans la mesure où elles ne sont le fait que du Conseil constitutionnel français, mais aucune « censure » ne sera prononcée.

L'atteinte à d'autres dispositions constitutionnelles demeure accessoire par rapport aux autres situations. A cet égard, même lorsque ce sont d'autres dispositions constitutionnelles qui sont visées, pensons aux articles 24 et 72 de la Constitution confrontés aux stipulations du Traité de Maastricht conférant le droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires aux élections municipales, il est question de souveraineté. Cette dernière est dans ce cas entendue dans le troisième sens identifié par CARRE DE MALBERG, du titulaire du pouvoir dans l'Etat⁴⁸.

Cette formalisation des limites constitutionnelles à la construction communautaire contribue à une amélioration qualitative de la jurisprudence constitutionnelle communautaire qui offre en particulier une plus grande lisibilité du seuil d'inconstitutionnalité. Initiée à propos du droit communautaire, elle a bénéficié au contentieux constitutionnel international dans son ensemble⁴⁹.

La jurisprudence portant sur la Convention européenne des droits de l'homme est plus limitée. Seuls les protocoles n° 6 et n° 13 à la Convention européenne des droits de l'homme, portant

⁴⁵ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, précité, cons. 29 ; n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité modifiant le traité de l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, précité, cons. 20.

⁴⁶ Voir *infra*.

⁴⁷ C.C., n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, précité, cons. 18.

⁴⁸ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome premier, *op. cit.*, p. 79.

⁴⁹ Voir : C.C., n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, *Cour pénale internationale*, précit. (structure de la décision et normes de référence communes) ; n° 99-412 DC, 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, précit. (structure de la décision identique).

tous deux sur l'interdiction de la peine de mort, ont été déférés au Conseil constitutionnel. Sur la forme, la décision du 13 octobre 2005 reprend l'explicitation du seuil d'inconstitutionnalité des engagements internationaux à travers le triptyque : droits fondamentaux, conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale et autres dispositions constitutionnelles. Déjà sans doute la décision du 22 mai 1985 distinguait l'atteinte aux « conditions essentielles... » et la contrariété à la Constitution⁵⁰. En comparaison avec la jurisprudence constitutionnelle communautaire, aucune disposition constitutionnelle particulière d'ouverture au droit international n'est mentionnée, pas plus que l'exigence d'une autorisation parlementaire de ratification. Cette marginalisation constitutionnelle relative des droits fondamentaux d'origine internationale, constatée à propos du droit communautaire et qui résulte en partie de l'absence de disposition constitutionnelle spécifique les concernant, se confirme avec le droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme. Aussi bien en 1985 qu'en 2005, ce n'est pas la substance même des protocoles, à savoir l'interdiction plus ou moins étendue de la peine de mort, qui soulève des difficultés d'ordre constitutionnel, mais la souveraineté de l'Etat. Dans la décision du 22 mai 1985, le Conseil constitutionnel relève, il est vrai, que le protocole n° 6 réserve l'application de la peine de mort pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre. Pourtant, le fait que le protocole peut être dénoncé apparaît déterminant⁵¹. La décision du 13 octobre 2005 s'inscrit de manière plus significative encore dans cette perspective. Le Conseil constitutionnel, et on ne peut pas y voir un certain écho au droit communautaire, affirme « que porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale l'adhésion irrévocable à un engagement international touchant à un domaine inhérent à celle-ci »⁵². Un engagement international portant sur un droit substantiel, le droit à la vie en l'occurrence, passant par le prisme du contrôle de constitutionnalité, pose des difficultés sous l'angle de la souveraineté de l'Etat. Peu importe le fond, tant que l'Etat est en mesure de dénoncer un traité. Il suffit pour le Conseil constitutionnel de relever que le protocole n° 13 peut être dénoncé dans les conditions prévues par l'article 58 de la Convention pour conclure à l'absence d'atteinte aux « conditions essentielles... ». Le respect de la souveraineté supplante le « fond ».

B – La censure purement formelle des traités communautaires

La procédure de l'article 54 de la Constitution vise à régler *a priori* tout conflit éventuel entre la Constitution et un engagement international, en obligeant le pouvoir politique à réviser la norme suprême s'il souhaite ratifier un engagement international dont certaines des stipulations ont été déclarées contraires à la Constitution par le Conseil constitutionnel. La résolution des conflits se fait avant la ratification. Il ne saurait ensuite y avoir de véritable conflit entre la Constitution et le traité une fois celui-ci en vigueur. L'article 54 conduit à alourdir la procédure de ratification d'un traité en exigeant la solennité de la révision constitutionnelle pour la ratification d'un traité soulevant des difficultés d'ordre constitutionnel. Pour ne s'en tenir qu'aux traités internationaux impliquant la ratification par le Chef de l'Etat, l'article 54 de la Constitution, la V^{ème} République impose la révision constitutionnelle avant la ratification d'un traité ayant des incidences constitutionnelles ; l'article 53 alinéa 1, la voie de l'autorisation législative de ratification si le traité modifie « des

⁵⁰ C.C., n° 85-188 DC, 22 mai 1985, *Protocole n° 6, précit.*, cons. 3.

⁵¹ C.C., n° 85-188 DC, 22 mai 1985, *Protocole n° 6, précit.*, cons. 1. Cette décision explicite l'atteinte aux « conditions essentielles... » comme recouvrant le « devoir de l'Etat d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et libertés des citoyens » (cons. 2). Cette formule ne sera pas reprise dans la jurisprudence ultérieure.

⁵² C.C., n° 2005-524/525 DC, 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort, précit.*, cons. 5.

dispositions de nature législative » ; la ratification par le seul Chef de l'Etat dans les autres cas. Ces exigences procédurales s'inscrivent par ailleurs dans l'ouverture générale de la République française à l'ordre juridique international, consacrée par les alinéas 14 et 15 du Préambule de la Constitution de 1946, et dans celle particulière à l'Union et Communautés européennes, formalisée dans l'article 88-1 de la Constitution, depuis la révision constitutionnelle du 25 juin 1992.

Pour le droit communautaire précisément, les quatre dernières décisions portant sur des traités communautaires modificatifs ou substitutifs ont conduit à des décisions du Conseil constitutionnel constatant une contrariété à la Constitution. Elles ont été suivies ensuite par des révisions constitutionnelles, dont l'une au moins, mais selon toute vraisemblance deux, n'auront servi à rien, les traités pour lesquelles elles sont intervenues ayant fait l'objet d'un refus de ratification par l'un des Etats membres. Sur le fond, les difficultés d'ordre constitutionnel identifiées par le Conseil constitutionnel n'ont porté, plus ou moins directement, que sur des questions de souveraineté et, en leur sein, que sur des questions de transfert de compétences dans des domaines particuliers. Une telle analyse est confirmée par la rédaction des dispositions constitutionnelles intervenues pour autoriser la ratification des différents traités communautaires concernés.

L'architecture générale du titre XV de la Constitution, *Des Communautés européennes et de l'Union européenne*, résulte de la révision constitutionnelle du 25 juin 1992⁵³. Pour ce qui concerne les dispositions spécialement adoptées pour autoriser la ratification du traité de Maastricht, et en dehors de l'article 88-1 affirmant la participation de la France à l'Union et aux Communautés européenne, deux d'entre elles nous intéressent, l'article 88-2 et l'article 88-3 de la Constitution. Le premier de ces articles permet à la France d'intégrer l'Union économique et monétaire et autorise les transferts de compétences pour les règles relatives au franchissement des frontières extérieures des Etats membres de la Communauté européenne ; le second reconnaît aux ressortissants communautaires le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales. Le pouvoir de révision constitutionnelle a ainsi créé, pour chaque domaine soulevant aux yeux du Conseil constitutionnel des difficultés d'ordre constitutionnel, une disposition spéciale. La même logique a été poursuivie avec la révision du 25 janvier 1999. Il s'agissait de compléter la liste de l'article 88-2 de la Constitution afin de lever l'obstacle constitutionnel identifié par le Conseil constitutionnel dans la décision du 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam*. La révision constitutionnelle du 25 mars 2003, consécutive non pas à une décision du Conseil constitutionnel mais à un avis du Conseil d'Etat du 26 septembre 2002 sur la compatibilité de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen avec la Constitution⁵⁴, ajoute également une ligne à l'article 88-2 de la Constitution pour permettre de lever l'obstacle constitutionnel mis en lumière par le Conseil d'Etat.

La révision constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, nécessaire à la ratification du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, s'inscrit dans une orientation nouvelle tout en préservant en partie la structure antérieure. Deux rédactions du titre XV de la Constitution sont prévues, une avant l'entrée en vigueur du traité, l'autre après. La première reprend le titre tel qu'il existait

⁵³ L'actuel titre XV était alors, en 1992, le titre XIV de la Constitution

⁵⁴ Avis du Conseil d'Etat rendu le 26 septembre 2002, sur saisine du Premier ministre sur le fondement de l'article L 112-1 du CJA.

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 », *R.F.D.A.*, 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 », *A.J.D.A.*, 2003, pp. 1368-1374.

auparavant et autorise la France à ratifier le traité en question par une mention expresse en ce sens dans l'article 88-1 de la Constitution. La seconde n'abandonne pas totalement la liste spéciale des domaines dans lesquels une révision constitutionnelle a été nécessaire puisque sont maintenues les références au mandat d'arrêt européen et au droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires aux élections européennes. Cette dualité est reprise sous la même forme avec la révision constitutionnelle du 4 février 2008 nécessaire à la ratification du Traité de Lisbonne. Cette nouvelle manière de procéder conduit à introduire des rédactions de la Constitution « notes de bas de page » dont l'entrée en vigueur ne dépend pas, du moins pas seulement, de l'attitude de la France, puisque cette rédaction dépend de l'entrée en vigueur d'un traité et donc de la ratification de celui-ci par l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne.

De manière synthétique, le contrôle des traités communautaires modificatifs et substitutifs est quasi-automatique, seul le traité de Nice a échappé à un contrôle. Il a conduit, à chaque fois, à une révision de la Constitution, pour autoriser, domaine transféré par domaine transféré, leur ratification. On assiste à une banalisation des révisions constitutionnelles avec de simples ajouts ponctuels, de nouvelles dérogations spéciales reconnues au profit du droit communautaire. Ne peut-on pas faire l'économie des interventions du Conseil constitutionnel et du pouvoir de révision constitutionnelle ? Le caractère répétitif de l'intervention du Conseil constitutionnel est tel qu'il a pu freiner l'engouement doctrinal né avec la décision sur le *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*. Le succès considérable des commentaires doctrinaux constaté avec la décision de 2004 a été considérablement démenti avec la décision de 2007⁵⁵. Le même constat de répétition peut être fait pour le pouvoir de révision constitutionnelle. L'alourdissement de la procédure de ratification ne paraît plus aujourd'hui justifié. Cette procédure n'a d'ailleurs pas de fonction de légitimation du processus communautaire puisque si référendum il y a eu, il concernait en pratique non pas la loi de révision constitutionnelle mais la loi d'autorisation de ratification⁵⁶. La difficulté repose désormais sur la volonté politique de la France et des autres Etats membres de l'Union européenne de développer la construction communautaire. Une fois celle-ci acquise le fait de passer par la voie législative ou constitutionnelle ne change rien. D'autant qu'il est possible d'interpréter l'article 88-1 de la Constitution à l'énoncé déclaratif⁵⁷, comme une clause d'ouverture générale au droit communautaire, à l'instar de l'article 23 de la Loi fondamentale allemande ou de l'article 11 de la Constitution italienne tel qu'interprété par la *Corte costituzionale*. En tant que tel, l'article 88-1 autoriserait la ratification de tous les traités communautaires modificatifs quelle que soit leur compatibilité supposée ou réelle avec la Constitution.

Cette solution, tout en simplifiant et en rationalisant l'insertion dans l'ordre interne du droit communautaire, emporte deux difficultés. L'absence d'intervention du Conseil constitutionnel pour réguler l'évolution de la construction communautaire tend à rendre cette dernière invisible et indolore. Si les difficultés d'ordre constitutionnel générées par la ratification d'un traité communautaire ne sont plus soulevées, il sera difficile de mesurer l'ampleur des évolutions impliquées par le droit communautaire. N'existerait-il pas, malgré la norme d'habilitation, un seuil au-delà duquel une nouvelle intervention du pouvoir de révision

⁵⁵ Alors que la décision de 2004 a « généré » plus de quarante-quatre commentaires ; celle de 2007 n'a été commentée qu'à six reprises. Voir le site du Conseil constitutionnel.

⁵⁶ Référendums concernant les lois de ratification des traités de Maastricht et de Lisbonne.

⁵⁷ Selon lequel : « La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences ».

constitutionnelle serait nécessaire ? Le passage à un Etat européen de type fédéral l'impliquerait à l'évidence mais qu'en est-il d'autres évolutions significatives ?

Autre difficulté, à qui appartient-il d'interpréter l'article 88-1 de la Constitution comme posant une clause générale d'ouverture au droit communautaire ? Pas au Conseil constitutionnel. Il serait pour le moins inopportun pour lui, saisi de la conformité à la Constitution d'un traité sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, d'indiquer qu'il n'y a pas de contrariété à la Constitution car le traité est couvert par l'habilitation générale de l'article 88-1. Le pouvoir de révision constitutionnelle serait le mieux placé pour conférer à l'article 88-1 une telle portée. Il suffirait en particulier que, dans le titre XV de la Constitution, cette disposition soit la seule disposition d'ouverture et que soient supprimés les articles 88-2 et 88-3 de la Constitution, du moins pour ce dernier, dans son volet reconnaissance du droit de vote et d'éligibilité aux ressortissants communautaires pour les élections municipales⁵⁸. Afin d'éviter la difficulté précédente, le pouvoir de révision pourrait expliciter un nouveau seuil au-delà duquel son intervention est nécessaire, en s'inspirant, par exemple, de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le seuil de l'identité constitutionnelle de la France semble opportun. Le principe de l'habilitation générale pourrait être complété par la mention d'une limite tirée du respect de l'*identité constitutionnelle de la France*. Seule une atteinte à celle-ci par un traité communautaire imposerait une révision constitutionnelle. Cette référence à l'identité constitutionnelle aurait pour avantage de formaliser dans la Constitution cette limite au respect du droit communautaire qui ne résulte aujourd'hui *que* de la jurisprudence constitutionnelle⁵⁹. Suivant un tel chemin, le pouvoir de révision constitutionnelle allemand a ainsi en 1992 intégré dans l'article 23 de la Loi fondamentale allemande les réserves de constitutionnalité formulées antérieurement par la Cour constitutionnelle fédérale, en mentionnant en particulier la garantie au niveau communautaire d'« une protection des droits fondamentaux substantiellement comparable à celle de la (...) Loi fondamentale »⁶⁰.

II – La réappropriation du contrôle de constitutionnalité dans le cadre de l'article 61 alinéa 2

Le droit européen conduit à une limitation de l'office du juge dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois issu de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution. D'un côté, depuis la décision du 15 janvier 1975, *I.V.G.*, le contrôle de conventionnalité des lois échappe au juge constitutionnel. La contestation des lois ne se fait plus seulement devant lui du fait du caractère diffus du contrôle de conventionnalité. De l'autre, la multiplication des lois tirant les conséquences dans l'ordre interne du droit communautaire tend à limiter le contrôle de constitutionnalité de la loi lorsque le contrôle de la loi dérive vers un contrôle du droit communautaire lui-même. Le respect de la Constitution conduit à contrôler la loi, mais le respect du droit communautaire l'interdit. Le Conseil constitutionnel est ainsi dépossédé de sa

⁵⁸ Pour maintenir la référence à la loi organique, il suffirait d'une rédaction de l'article 88-3, devenant article 88-2 de la Constitution, suivante : « Une loi organique précise les conditions dans lesquelles le droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaire aux élections municipales est exercé conformément aux exigences communautaires ».

⁵⁹ Sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à l'identité constitutionnelle, voir *infra*.

L'attachement au principe de la séparation des pouvoirs tel qu'il est affirmé par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, comme l'article 5 du Code civil en tant que norme sur la production de normes, conduisent à préférer que, dans le domaine de la législation constitutionnelle, ce soit le pouvoir de révision constitutionnelle et non le juge qui pose des normes générales et abstraites.

⁶⁰ La révision constitutionnelle du 21 décembre 1992 intègre ainsi dans la Loi fondamentale la portée de la jurisprudence *Solange*.

compétence s'il ne veut pas entrer à conflit avec le droit communautaire. Un certain nombre de dispositions constitutionnelles, utilisées en ce sens par le Conseil constitutionnel, s'opposent d'ailleurs à tout contrôle *a posteriori* du droit international conventionnel en vigueur : l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946 et la règle *pacta sunt servanda*, l'article 54 de la Constitution, qui n'institue qu'un contrôle *a priori* des engagements internationaux, et l'article 55 qui pose le principe de primauté des engagements internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés et publiés sur les lois. En ce sens, le Conseil constitutionnel avait même explicitement admis, malgré les réserves que cette décision a pu à juste titre susciter, qu'une loi tirant les conséquences nécessaires d'un engagement international en vigueur pouvait déroger à la Constitution⁶¹.

Ces situations ont changé pour le droit communautaire, ou tout au moins pour une partie de celui-ci, laissant entrouverte la question de l'extension de la nouvelle situation au-delà et en particulier au droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme. Le mouvement de pénétration du droit communautaire dans le droit interne a en effet suscité de la part du juge constitutionnel une réaction. En 2004, le Conseil constitutionnel a explicité les principes qui président au contrôle de constitutionnalité des lois de transposition des directives communautaires. Il exerce désormais un contrôle effectif de celles-ci (A). L'année suivante, il accepte de contrôler la conformité de ces lois aux directives qu'elles ont pour objet de transposer ouvrant ainsi la voie à intégration générale du droit européen dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois (B).

A – Le contrôle effectif des lois de transposition du droit communautaire

Si le Conseil constitutionnel avait déjà été saisi de la conformité à la Constitution de lois de transposition de directives communautaires ou, plus largement, de lois tirant les conséquences dans l'ordre interne du droit communautaire, jamais avant 2004 il n'avait explicité les principes qui présidaient à son exercice⁶². Le contrôle des lois de transposition des directives communautaires soulève une difficulté lorsque les dispositions de loi contestées reprennent purement et simplement les dispositions d'une directive ou lorsqu'ils tirent les conséquences nécessaires de celles-ci dans l'ordre interne. Dans une telle situation, le contrôle de la loi aboutit en réalité à contrôler la directive communautaire. Or, un tel contrôle est proscrit par le droit communautaire, du moins s'il aboutit à invalider une directive⁶³. La sanction de l'irrégularité du droit communautaire dérivé est concentrée au profit de la Cour de justice des Communautés européennes. D'un point de vue interne, aucune disposition constitutionnelle ne prévoit directement le contrôle du droit communautaire dérivé. De plus, la remise en cause du droit communautaire dérivé tend indirectement à une remise en cause du droit communautaire originaire notamment dans les stipulations des traités originaires qui établissent les effets et l'applicabilité directe des directives. Sous cet angle, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs toujours précisé, y compris après la jurisprudence *Confiance dans l'économiste numérique*, qu'en l'absence de procédure de ratification prévue pour un acte

⁶¹ C.C., n° 98-399 DC, 5 mai 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, précit., cons. 15, voir *supra*.

⁶² Voir par exemple : C.C., n° 2000-440 DC, 10 janvier 2001, *Loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports*, *Rec.*, p. 39.

⁶³ En effet, selon la jurisprudence *Foto-Frost* de la Cour de justice des Communautés européennes, si les juridictions nationales peuvent constater la compatibilité du droit communautaire dérivé avec le droit communautaire originaire, elles sont incompétentes pour en prononcer l'irrégularité (C.J.C.E., 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, Aff. 314/85, *Rec.*, p. 4199, § 14). Dans cette dernière situation, elles doivent renvoyer la question à la Cour de Luxembourg sur le fondement de l'article 234 du Traité C.E.

communautaire, il n'était pas en mesure d'exercer de contrôle sur cet acte⁶⁴. La remise en cause du droit communautaire dérivé se heurte donc indirectement à la règle *pacta sunt servanda* qui est une règle du « droit public international » à laquelle se conforme la République, selon les termes de l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946.

Dans la décision du 10 juin 2004, *Confiance dans l'économie numérique*, le Conseil constitutionnel opère un tournant significatif dans sa jurisprudence qui s'appuie sur une reconnaissance de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire. Le fondement du droit communautaire n'est plus l'article 55 de la Constitution, avec le caractère relativement inapproprié de celui-ci pour le droit communautaire dérivé, mais l'article 88-1 de la Constitution. Ce fondement nouveau permet une différenciation des solutions jurisprudentielles retenues par le juge constitutionnel pour le droit communautaire par rapport à celles qui le sont pour le droit international général. La spécificité contentieuse du droit communautaire est marquée par l'existence d'une compétence du Conseil constitutionnel pour exercer un contrôle de constitutionnalité indirect des directives communautaires, par l'intermédiaire des dispositions de loi qui en assurent la transposition. L'exercice de ce contrôle est toutefois strictement encadré.

L'élément dominant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel repose sur le lien existant entre la disposition de loi contrôlée et la directive transposée. Si la disposition de loi tire « les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises »⁶⁵ de la directive, et donc que le contrôle de la loi dérive en réalité vers un contrôle de la directive, les modalités du contrôle sont strictes. Plus précisément, le Conseil constitutionnel, parce qu'« il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne »⁶⁶, limite les potentialités d'exercice effectif de son contrôle en réduisant les normes de référence opposables. Ce ne sont pas toutes les normes constitutionnelles, mais seulement certaines d'entre elles qui seront opposées à une directive communautaire. Selon la formule originelle du Conseil constitutionnel, issue de la décision du 10 juin 2004, seule une « disposition expresse contraire de la Constitution » pouvait faire obstacle au droit communautaire. Il fallait d'ailleurs, selon les commentaires ultérieurs aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, entendre une disposition contraire « expresse et propre », c'est-à-dire, malgré l'ambiguïté des termes, une disposition constitutionnelle écrite et non un principe jurisprudentiel dégagé par le juge qui n'avait pas d'équivalent au niveau communautaire. La jurisprudence a toutefois évolué dans la mesure où il convient de déduire de la décision du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, que seul est désormais opposable à une directive « une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »⁶⁷, ce qui recouvre certes, et *a priori*, une disposition « propre » mais pas forcément « expresse » au sens dans lequel le terme était utilisé. Il reste que le Conseil constitutionnel a explicité les moyens de résoudre un conflit entre le droit communautaire et l'identité constitutionnelle de la France. Le pouvoir de révision constitutionnelle pourra en

⁶⁴ C.C., n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam, précit.*, cons. 24 ; n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précit.*, cons. 33.

⁶⁵ C.C., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique, précit.*, cons. 9 (souligné par nous).

⁶⁶ C.C., 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique, précit.*, cons. 7.

⁶⁷ C.C., n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, Rec.*, p. 88, cons. 28.

effet intervenir pour lever l'obstacle constitutionnel à l'application du droit communautaire⁶⁸. Le juge français évite ainsi la difficulté pratique à laquelle est confrontée la Cour constitutionnelle italienne dans son contrôle *a posteriori* du droit communautaire. En Italie en effet, les normes opposables au droit communautaire, les principes suprêmes de l'ordre juridique et les droits inaliénables de la personne humaine⁶⁹, sont celles-là même qui s'imposent au pouvoir de révision constitutionnelle sous le contrôle de la *Corte*⁷⁰. En cas de contrariété constatée entre le droit communautaire et ces principes, le pouvoir de révision ne peut donc pas intervenir pour résoudre le conflit sous peine de les méconnaître à son tour. L'éventuelle censure du droit communautaire par la Cour constitutionnelle impose en conséquence, non pas une révision constitutionnelle, mais l'adoption d'une nouvelle Constitution⁷¹.

Tels sont les principes du contrôle conflictuel, du point de vue communautaire, des lois de transposition des directives communautaires. Il n'en reste pas moins qu'au-delà de la situation exceptionnelle du contrôle indirect de la directive par le biais de la loi de transposition, le contrôle du Conseil constitutionnel peut être un contrôle normal, c'est-à-dire au regard de l'ensemble des normes constitutionnelles. Tel est le cas lorsque les dispositions de loi ne tirent pas les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de directives communautaires ou, même si on peine à trouver la logique de cette situation, si la loi tire les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et non précises ou précises et conditionnelles d'une directive. En substance, même si la formulation du Conseil constitutionnel ne recouvre pas totalement cette situation, le contrôle de la loi de transposition est entier si les dispositions examinées relèvent de la marge d'appréciation du législateur national.

Avec la jurisprudence *Confiance dans l'économie numérique*, le Conseil constitutionnel tire des conséquences positives du fondement constitutionnel sur lequel repose le droit communautaire dans l'ordre interne. Si ce fondement constitutionnel constitutif, et non déclaratif, du droit communautaire était acquis depuis la jurisprudence *I.V.G.*, jamais les conséquences d'un tel fondement n'avait été jusqu'alors explicitées : ni en termes de primauté de la Constitution sur le droit communautaire, ni en termes de compétence du Conseil constitutionnel pour contrôler la constitutionnalité du droit communautaire, originaire ou dérivé, en vigueur. Cette seconde conséquence est issue de la jurisprudence *Confiance dans l'économie numérique*, mais ne concerne que les directives communautaires. On peut penser qu'elle concerne l'ensemble du droit communautaire dérivé, même si elle ne saurait englober le droit communautaire originaire. Il est également possible de s'interroger sur la transposition de cette jurisprudence aux lois tirant les conséquences dans l'ordre interne d'exigences tirées du droit de la Convention européenne des droits de l'homme. La première conséquence du fondement constitutionnel du droit communautaire, c'est-à-dire la primauté de la Constitution sur le droit communautaire, sera énoncée de manière explicite dans la décision du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, face à un traité qui, pour la première fois en droit communautaire, formalisait le principe de sa primauté sur le droit interne. La solution retenue par le Conseil constitutionnel aboutit en substance à constater que

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Arrêt de principe : C.C.I., n° 98, 27 décembre 1965, *in diritto* § 2.

⁷⁰ Arrêt de principe : C.C.I., n° 1146, 29 décembre 1988.

⁷¹ Sur cette question et plus largement pour un éclairage de droit comparé voir : « L'Union européenne vue du droit constitutionnel national. Principe et conséquences d'une lecture nationale par les cours constitutionnelles allemande, espagnole, française et italienne », *Annuaire de droit européen*, 2004, Vol. II, pp. 119-147, spécialement p. 137 et s.

l'affirmation de la primauté du droit communautaire... ne remet pas en cause la primauté de la Constitution et qu'il n'y a donc pas de nécessité de réviser la Constitution pour ratifier le traité au regard de la stipulation en cause.

B – Vers l'intégration du droit européen dans les normes de référence du contrôle !

Rares sont sans doute les solutions jurisprudentielles qui font avec une telle constance et depuis leur origine la quasi unanimité doctrinale à leur encontre, la jurisprudence *I.V.G.* est certainement la plus célèbre d'entre elles. Inutile ici de revenir sur les fondements discutables de cette jurisprudence⁷². Le Conseil constitutionnel ne les a d'ailleurs jamais rappelés dans sa jurisprudence ultérieure, quand il ne les remettait pas lui-même en cause⁷³. Par ailleurs, alors que le fondement de la primauté du droit international conventionnel et, jusqu'en 2004, du droit communautaire repose sur l'article 55 de la Constitution, toute méconnaissance d'un traité est une méconnaissance indirecte de la Constitution. Il résulte en conséquence de la jurisprudence *I.V.G.* qu'il existe une compétence exclusive du Conseil constitutionnel pour sanctionner la violation directe de la Constitution, y compris d'ailleurs la violation directe de l'article 55 de la Constitution⁷⁴, et une compétence de l'ensemble des juridictions de droit commun pour sanctionner la violation indirecte de l'article 55 de la Constitution, c'est-à-dire pour exercer un contrôle de conventionnalité.

Il n'existe qu'une seule exception générique à cette solution : à chaque fois que la Constitution en dispose autrement, c'est-à-dire lorsque celle-ci prévoit que la loi ou une certaine loi devra respecter de manière spéciale les stipulations issues de tel ou tel engagement international. Un seul exemple certain d'application concerne l'article 88-3 de la Constitution. Cette disposition, telle qu'interprétée par le juge constitutionnel, implique que la loi organique sur le droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires aux élections municipales soit contrôlée par le Conseil constitutionnel au regard de l'article 19 du Traité C.E. et de la directive du Conseil du 19 décembre 1994 qui en détermine les modalités d'application. La formule de l'article 88-3 de la Constitution, « selon les réserves prévues par le Traité sur l'Union européenne », a été interprétée comme subordonnant la constitutionnalité de la loi organique d'application au respect des prescriptions communautaires sur la question⁷⁵. Aussi, un même raisonnement semble-t-il pouvoir être étendu à l'article 88-2 de la Constitution qui contient une formule similaire. Le Conseil constitutionnel avait été en mesure de le faire en ce qui concerne la loi française sur la Banque de France au regard des

⁷² Le caractère « à la fois relatif et contingent » du contrôle de conventionnalité résulte du fait qu'il est limité au « champ d'application du traité » et subordonné « à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des Etats signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition » (C.C., n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *précit.*, cons. 4).

⁷³ S'agissant de l'exigence de réciprocité, le Conseil constitutionnel a jugé, à propos « des engagements internationaux [conclus] en vue de favoriser la paix et la sécurité du monde et d'assurer le respect des principes généraux du droit public international », que « les obligations nées de tels engagements s'imposent à chacun des Etats parties indépendamment des conditions de leur exécution par les autres Etats parties » et, en conséquence, que « la réserve de réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution n'a pas lieu de s'appliquer » (C.C., n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale, précit.*, cons. n° 12).

⁷⁴ C.C., n° 86-216 DC, 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, Rec.*, p. 135, cons. 5.

Selon une formule synthétique ultérieure : « s'il revient au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution de s'assurer que la loi respecte le champ d'application de l'article 55, il ne lui appartient pas en revanche d'examiner la conformité de celle-ci aux stipulations d'un traité ou d'un accord international » (C.C., n° 89-268 DC, 29 décembre 1989, *Loi de finances pour 1990, Rec.*, p. 110, cons. 79).

⁷⁵ Voir : C.C., n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Maastricht II, précit.*, cons. 28 ; n° 98-400 DC, 20 mai 1998, *Droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires aux élections municipales, Rec.*, p. 251, cons. 4.

stipulations communautaires relatives à l'Union économique et monétaire, mais celles-ci n'étaient pas encore en vigueur⁷⁶. En dehors de cette exception ponctuelle, ajoutée au contrôle du respect de la violation directe de l'article 55 de la Constitution, la solution de la jurisprudence *I.V.G.* a été constamment réaffirmée.

Cependant, plus récemment, deux éléments ont conduit une nouvelle fois à se réinterroger sur cette jurisprudence. D'abord parce que le Conseil constitutionnel a ouvert une brèche importante à la solution de 1975 au profit des directives communautaires. Ensuite, car l'institution d'une question préjudicielle de constitutionnalité conduit à une situation concurrentielle entre d'une part un contrôle de constitutionnalité concentré, la question préjudicielle ne changeant rien sur ce point, aux mains du Conseil constitutionnel et un contrôle de conventionnalité diffus. Cette situation rend pour le moins opportune un revirement jurisprudentiel.

La décision *C.P.E.*⁷⁷ a reconnu le principe d'un contrôle de conformité des lois de transpositions des directives au regard des dispositions qu'elles ont pour objet de transposer⁷⁸. Les modalités d'exercice ont été fixées par une décision ultérieure, la décision *Droits d'auteur*⁷⁹. Ces conditions sont particulièrement restrictives et témoignent de la profonde réticence du Conseil constitutionnel à procéder à un contrôle de conventionnalité. Le fondement de ce revirement s'appuie sur l'article 88-1 de la Constitution et sur l'obligation constitutionnelle de transposition des directives qui en découle, dégagée par le Conseil constitutionnel dans la décision du 10 juin 2004. A cet égard, le contrôle de conformité au droit communautaire ne concerne d'ailleurs que les directives et les lois de transposition de ces directives. Une directive ne servira de norme de référence que vis-à-vis de la loi qui la transpose et seule une loi de transposition pourra se voir opposer des dispositions d'une directive. Ainsi précisée, la mise en œuvre de cette jurisprudence est soumise au respect de trois conditions. La première condition est lourde de sens. Elle apparaît comme la contrepartie de l'admission exceptionnelle d'un contrôle de conventionnalité : les dispositions de la directive utilisées comme norme de référence doivent être compatibles avec les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. Le contrôle de conformité à la directive implique que celle-ci soit elle-même compatible avec l'identité constitutionnelle de la France. Une deuxième condition est relative au seuil de la censure de la loi : seule une incompatibilité manifeste, ce qui laisse une large liberté d'appréciation au Conseil constitutionnel, autorisera une censure de la loi. Enfin, ce ne sont pas toutes les dispositions de la directive qui sont opposables à la loi, mais seulement les objectifs qu'elle impose aux Etat et celles de ses dispositions qui sont suffisamment précises et inconditionnelles. L'encadrement de l'exercice du contrôle est sévère. Le juge constitutionnel se considère comme un juge communautaire d'exception. L'étendue du domaine d'application de la jurisprudence *Droits d'auteur* soulève des interrogations dans le prolongement de celles déjà formulées pour la jurisprudence *Confiance dans l'économie numérique*. Rien ne permet de justifier qu'elle ne soit applicable qu'aux directives. L'ensemble du droit communautaire dérivé semble être concerné, et même le droit communautaire originaire.

⁷⁶ C.C., n° 93-324 DC, 3 août 1993, *Indépendance de la Banque de France, Rec.*, p. 208, cons. 4.

⁷⁷ C.C., n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *C.P.E., précit.*, cons. 28.

⁷⁸ Les termes de « compatibilité » ou de « conformité » seront utilisés comme synonymes.

⁷⁹ C.C., n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, précit.*, cons. 16 et s.

L'opportunité de revenir sur la jurisprudence *I.V.G.* présente une acuité plus importante encore aujourd'hui avec l'institution d'une question préjudicielle de constitutionnalité. Le revirement peut apparaître impératif afin de préserver quelques chances de succès à la question préjudicielle de constitutionnalité menacée par l'existence d'un contrôle de conventionnalité diffus. Le Président du Conseil constitutionnel, Jean-Louis DEBRE, a d'ailleurs plaidé en ce sens devant le Comité BALLADUR en préconisant la mise en place d'un contrôle de conventionnalité par le Conseil constitutionnel, limité aux engagements internationaux relatifs aux droits fondamentaux, tels que la Convention européenne des droits de l'homme. Un contrôle de conventionnalité *a priori* tend en effet à limiter l'intérêt d'un même contrôle *a posteriori*⁸⁰. Surtout, les effets du contrôle de conventionnalité devant le juge constitutionnel seront absolus, la loi ne serait pas promulguée, alors que devant le juge de droit commun la loi est simplement écartée du litige dans lequel elle doit s'appliquer.

Sous l'angle strictement contentieux, la portée du droit européen s'apprécie essentiellement d'un point de vue qualitatif et non quantitatif. Peu de décisions sont finalement concernées par le droit européen, même si l'on peut cependant constater une augmentation du contentieux des lois de transposition des directives. Ce sont les principes du contrôle de constitutionnalité qui ont été touchés par le droit européen. Sous cet angle, ce dernier a conduit le juge constitutionnel à expliciter les canons qui président à l'exercice du contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux, à se prononcer sur le rapport hiérarchique entre la Constitution et le droit communautaire et à tirer les conséquences de la spécificité du contentieux des lois de transpositions des directives. Une étape essentielle demeure, afin que le droit européen pénètre de manière quantitativement significative dans le contentieux constitutionnel : l'intégration générale du droit européen dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois. La *Corte costituzionale* a récemment franchi le pas pour le droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme⁸¹, alors pourtant que l'inspiration dualiste italienne semble peu favorable à une telle solution. La logique moniste interniste française aurait-elle vocation à être longtemps encore plus restrictive que l'orientation dualiste ?

Xavier MAGNON
Professeur à l'Université de PERPIGNAN

⁸⁰ Précisons ici qu'un contrôle de conventionnalité exercé par le Conseil constitutionnel par la voie de la question préjudicielle n'est pas possible selon les termes de la Constitution. L'article 61-1 de la Constitution réserve la voie préjudicielle aux cas d'« atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ».

⁸¹ C.C.I., n° 348, 3 juillet 2007, *in diritto* § 5 en particulier. Deux conditions ont toutefois été posées par la Cour dans l'exercice de ce contrôle. La *Corte* doit tout d'abord apprécier si le conflit entre la loi et les stipulations de la Convention telles qu'interprétées par la Cour européenne des droits de l'homme ne peut pas être résolu par une interprétation conciliatrice. Ensuite, elle vérifie que ces stipulations sont conformes à la Constitution.