

L'Union européenne vue du droit constitutionnel national. Principe et conséquences d'une lecture nationale par les cours constitutionnelles allemande, espagnole, française et italienne.

Le droit constitutionnel national apporte-t-il une contribution à la définition de l'Union européenne ? Si l'on se tourne d'abord du côté de la doctrine constitutionnelle, de la théorie générale de l'Etat, le droit constitutionnel définit par la négative l'Union européenne¹. Quel que soit le degré d'intégration impliqué par l'appartenance à cette organisation internationale, elle demeure une organisation internationale et non un Etat. Lui font défaut deux attributs classiques et essentiels de l'Etat : la compétence de la compétence, c'est-à-dire la maîtrise de ses textes institutifs, et la compétence internationale exclusive.

Ensuite, du côté du pouvoir constituant ou du pouvoir de révision constitutionnelle, au silence du premier répond la concision du second. Pour ne prendre que des Etats qui ont déjà fait l'objet de nos travaux (France, Italie) et d'autres dont l'abondante littérature en langue française a contribué à en permettre une connaissance suffisamment large (Allemagne, Espagne), la référence par les constituants à la construction européenne n'est en aucun cas explicite. Ce sont au mieux les organisations internationales dans leur ensemble qui sont visées (article 11 de la Constitution italienne, article 24 de la loi fondamentale allemande et article 93 de la Constitution espagnole), même si l'on peut supposer que les constituants, lorsqu'ils étaient matériellement placés dans la situation de le faire, aient eu quelques pensées pour la construction européenne. Au pire, ce sera grâce à l'incorporation en 1971² d'un texte constitutionnel antérieur, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, que le corpus constitutionnel français de la V^{ème} République intégrera une disposition, dont la rédaction est d'ailleurs proche de celle de l'article 11 de la Constitution italienne, sur la participation de la France aux organisations internationales (alinéa 15 du Préambule).

Le pouvoir de révision constitutionnelle, dans les Etats envisagés, a suivi quatre tendances différentes, dont deux seulement nous intéressent. La première a consisté en un silence total. Tel est le cas de l'Italie. Aucune révision constitutionnelle n'est en effet intervenue directement³ afin d'adapter le texte de la Constitution aux exigences de la construction communautaire. La

¹ Le terme d'Union européenne sera utilisé ici par commodité. Il n'en reste pas moins, qu'en l'absence d'entrée en vigueur du traité établissant une Constitution pour l'Europe, et alors qu'une telle perspective n'est pas possible en l'état, demeure la coexistence de l'Union européenne et des Communautés européennes.

² C.C., n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, RJC-I, p. 24.

³ La révision constitutionnelle du 18 octobre 2001 concernant les régions intègre toutefois dans l'article 117 alinéa 1 de la Constitution une référence au droit communautaire : « Le pouvoir législatif est exercé par l'Etat et par les Régions dans le respect de la Constitution, ainsi que des engagements découlant de l'ordre communautaire et des obligations internationales » (traduction par nos soins, à l'instar de toutes les traductions italiennes). Cette disposition n'est utilisée par la Cour constitutionnelle italienne que dans le cadre de la répartition des compétences entre l'Etat et les régions. Contrairement à ce qu'avait pu suggérer une partie de la doctrine italienne, la Cour n'a pas, à ce jour, interprété cette disposition comme un « article 55 » italien, posant la primauté du droit communautaire sur les lois nationales.

deuxième tendance se rencontre avec l'Espagne qui a procédé ponctuellement à une modification de son texte constitutionnel afin de permettre la ratification d'un traité communautaire⁴. La troisième tendance a vu l'inclusion dans le texte constitutionnel d'une clause d'ouverture générale et spécifique à l'Europe communautaire⁵. Doit être rangé dans cette tendance, l'article 23 de la Loi fondamentale allemande, issu de la révision constitutionnelle du 21 décembre 1992. La dernière tendance emprunte aux deux précédentes dans la mesure où la révision constitutionnelle comporte à la fois une clause d'ouverture spécifique à l'Europe et des révisions plus ponctuelles et contingentes. L'existence de ces dernières témoigne du fait que la clause d'ouverture n'est pas générale, elle n'emporte aucun effet sur les traités communautaires à venir, toujours susceptibles d'exiger de nouvelles révisions constitutionnelles. La clause a donc une portée limitée même si elle est spécifique à l'Europe communautaire. Des deux constitutions qui posent des clauses d'ouverture, que doit-on retenir en vue d'une éventuelle contribution à la définition de l'Union européenne ? L'article 88-1, et quelles qu'aient pu en être les reconstructions ultérieures, se contente de poser le principe de la participation de la France à l'Union et aux Communautés européennes en inscrivant le processus d'intégration sous l'angle étatique : « La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences »⁶. L'origine étatique de l'Union et des Communautés européennes et l'adhésion libre des Etats sont mises en avant dans un énoncé anormatif, puisqu'il est simplement déclaratif⁷. Le pouvoir de révision constitutionnelle français n'apporte rien d'original quant à la définition de l'Union. L'article 23 de la Loi fondamentale ne nous renseigne pas plus sur une définition nationale éventuelle de l'Union européenne : « Pour l'édification d'une Europe unie, la République fédérale d'Allemagne concourt au développement de l'Union européenne (...) ».

Enfin, l'absence de contribution du pouvoir de révision constitutionnelle à la définition de l'Union renvoie aux juges constitutionnels. En effet, les différentes tendances du pouvoir de révision constitutionnelle évoquées (abstention, intervention ponctuelle, clause générale et spécifique d'ouverture et clause spécifique d'ouverture combinée à des interventions ponctuelles) ne sauraient totalement se comprendre sans envisager le juge constitutionnel. Si le pouvoir de révision constitutionnelle est intervenu en Espagne et en France, c'est précisément parce qu'il y

⁴ Révision constitutionnelle du 27 août 1992, modifiant l'article 13 de la Constitution et autorisant les citoyens européens à participer de manière active et passive aux élections municipales en Espagne.

⁵ Au regard de la qualification de clause d'ouverture « générale », il y a lieu d'indiquer que ce type de clause ne peut exclure totalement le cas d'une nouvelle révision constitutionnelle imposée par un développement de la construction européenne.

⁶ L'article 88-1 « fantôme », c'est-à-dire tel qu'il aurait pu être en cas d'entrée en vigueur du traité établissant une Constitution pour l'Europe, ne change rien sur ce point : « Dans les conditions fixées par le traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004, la République française participe à l'Union européenne, constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences ».

⁷ Cette affirmation rencontre un écho particulier dans la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel. Dans la décision du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école* (n° 2005-512 DC, *JORF*, 24 avril 2005, p. 7173), le Conseil constitutionnel a jugé que « la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative ». Il sanctionne, le cas échéant, les dispositions législatives sans portée normative et donc, par définition, les dispositions de loi purement déclaratives.

était invité, conformément aux mécanismes constitutionnels existants, par le juge constitutionnel ; s'il ne s'est jamais prononcé en Italie, c'est sans doute, aussi, parce que le juge constitutionnel le lui a permis. En Allemagne, le pouvoir de révision constitutionnelle a formalisé dans la Loi fondamentale certains éléments tirés de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale⁸. A l'origine des révisions constitutionnelles initiées dans les deux premiers Etats (Espagne, France) se trouve l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* exercé par le juge constitutionnel sur un traité communautaire⁹. Le mécanisme est en substance le même. Si un traité communautaire a été déclaré contraire à la Constitution, l'autorisation de le ratifier ne peut intervenir qu'après une révision de la Constitution. La situation de l'Allemagne est plus complexe. S'il existe bien un contrôle *a priori* des lois d'approbation ou de ratification d'un traité¹⁰, susceptible de soulever la question de l'exigence préalable d'une révision de la Constitution avant la ratification du traité, ce n'est cependant pas par cette voie que la Cour constitutionnelle fédérale a été saisie, par exemple, de la conformité à la Constitution du traité de Maastricht du 7 février 1992¹¹. En tout état de cause, pour la ratification de ce traité, des révisions constitutionnelles ont été nécessaires en Allemagne, en Espagne, suite à la déclaration du 1^{er} juillet 1992 du Tribunal constitutionnel espagnol¹² et en France après la décision du Conseil constitutionnel du 9 avril 1992¹³. Après le traité de Maastricht, les traités communautaires ultérieurs n'ont exigé de révision de la Constitution qu'en France en 1999 et 2005¹⁴. En Italie, en l'absence de toute intervention en ce sens du pouvoir de révision constitutionnelle, c'est la Cour constitutionnelle qui a procédé aux ajustements de l'ordre constitutionnel d'inspiration dualiste, particulièrement résistant, afin de l'adapter aux contraintes de la construction communautaire. L'exemple le plus connu du chemin communautaire de la Cour est l'affaire « *Simmenthal* », célèbre par l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes¹⁵, qui aura donné lieu à près de vingt ans de jurisprudence constitutionnelle¹⁶. La construction à laquelle a procédé la Cour s'est

⁸ Voir *infra*.

⁹ Article 54 de la Constitution française et article 95 de la Constitution espagnole.

Traduction française de la Loi fondamentale allemande : www.leforum.de/artman/publish/cat_index_17.shtml, Traduction de l'Office de presse et d'information du gouvernement fédéral.

¹⁰ La Cour constitutionnelle allemande s'est reconnue compétente pour contrôler la constitutionnalité d'un traité par l'intermédiaire de la loi de ratification ou d'application (C.C.F. 30 juillet 1952). Elle admet la recevabilité du recours, contrairement à ce qui est exigé pour les autres lois, avant la publication de la loi de ratification ou d'approbation et même avant la signature par le Président fédéral.

¹¹ Dans l'arrêt du 13 octobre 1993 relatif à la constitutionnalité du traité de Maastricht (pour une traduction française, *R.U.D.H.*, 1993, p. 286), la Cour constitutionnelle fédérale était saisie d'un recours individuel direct de la constitutionnalité de la loi du 28 décembre 1992 relative au traité de Maastricht et de la loi de révision constitutionnelle du 21 décembre 1992.

¹² T.C., n° 1/1992, 1^{er} juillet 1992, www.tribunalconstitucional.es/.

¹³ C.C., n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, *RJC-I*, p. 497.

¹⁴ Respectivement, 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° 2005-204 du 1^{er} mars 2005 *modifiant le titre XV de la Constitution*, *J.O.R.F.*, 2 mars 2005, p. 3696, concernant le traité établissant une Constitution pour l'Europe.

¹⁵ C.J.C.E., 9 mars 1978, *Simmenthal*, *Aff. 106/77*, *Rec.*, 1978, p. 629 et s.

¹⁶ Voir en particulier, pour chaque étape dans l'évolution de la jurisprudence de la Cour : C.C.I., n° 14, 24 février 1964, in *Giurisprudenza delle Corti costituzionale italiana, (1956-1984)*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1985, p. 156 et s. ; n° 98, 27 décembre 1965, *R.D.I.*, 1966, n° 1, p. 53 et s. ; n° 183, 27 décembre 1973, *R.U.*, Vol. XXXIX, p. 503 et s. ; n° 232, 22

fondée, de manière pragmatique, sur l'article 11 de la Constitution, en tant que clause d'ouverture générale aux organisations internationales. En Italie, comme en Allemagne d'ailleurs, aucune disposition constitutionnelle ne prévoit explicitement de contrôle de constitutionnalité des traités internationaux. En dehors du contentieux de constitutionnalité des traités, les cours constitutionnelles ont également à connaître du droit communautaire dans le cadre commun du contrôle de constitutionnalité des lois. La médiation des normes nationales dans l'application du droit communautaire a introduit un volet communautaire inévitable dans le contentieux de constitutionnalité des lois. Les normes communautaires sont encore apparues dans le contrôle de constitutionnalité des lois invoquées comme normes de référence de ce contrôle. Sous ces trois angles, les juridictions constitutionnelles ont été conduites à construire une « doctrine » explicative des rapports entre les ordres juridiques qui se présente comme une lecture nationale de l'Union européenne.

Le terme de « doctrine » mérite quelques brèves précisions. Selon une analyse normativiste, il n'est de norme jurisprudentielle que la norme individuelle et concrète posée dans le dispositif d'un jugement. La seule norme posée par un arrêt ou une décision du juge constitutionnel, dans le cadre du contentieux de constitutionnalité des lois, est contenue dans l'énoncé qui, de manière simplifiée, déclare la loi contraire ou conforme à la Constitution. Dans l'arrêt ou la décision, les motifs ne sont que motivation et, en dernier lieu, doctrine. Une doctrine particulière toutefois. Il s'agit d'une doctrine élaborée par un organe authentique, c'est-à-dire un organe habilité à appliquer du droit, contrairement par exemple à la doctrine des professeurs de droit. Si elle n'est pas norme juridique, elle contribue cependant à poser une norme contenue dans le dispositif. Elle produit des conséquences juridiques qui lui confèrent une place particulière. Selon une perspective de concrétisation de l'ordre juridique, la « doctrine authentique » est concrétisation organique, la doctrine des professeurs de droit, concrétisation doctrinale¹⁷. A l'endroit du droit communautaire, cette caractéristique doit être, plus que dans d'autres domaines peut-être, soulignée. La construction des rapports entre les ordres juridiques communautaire et internes élaborée par les cours constitutionnelles n'a été réalisée que pour résoudre des litiges « communautaires » qui lui étaient soumis. Toute doctrine développée par le juge constitutionnel est finalisée, elle est justification, motivation de la solution retenue. En témoignent, de toute évidence, les évolutions jurisprudentielles de la Cour constitutionnelle italienne ou du Conseil constitutionnel au regard du droit communautaire. En tant que doctrine, elle est porteuse de choix effectués par le juge constitutionnel, d'une politique jurisprudentielle fruit des interprétations qui ont été retenues.

octobre 1975, R.D.I., 1975, n° 4, p. 766 et s. ; n° 170, 5 juin 1984, *Giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. Decisioni e orientamenti fondamentali*, op. cit., p. 884 et s. Ce n'est que dans ce dernier arrêt que la Cour, tirant les conséquences de l'arrêt *Simmenthal*, admet le principe d'un contrôle diffus de la conformité des lois au droit communautaire d'effet direct.

¹⁷ Voir sur ce point, O. PFERSMANN, in *Droit constitutionnel*, L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX et G. SCOFFONI, Dalloz, 7^{ème} édition, 2004, § 123.

Ainsi entendue, il convient encore d'indiquer le sens général de la contribution doctrinale des cours constitutionnelles à la définition de l'Union. Ces dernières s'inscrivent ou, pour le moins, se sont inscrites un jour, dans une perspective de résistance au processus d'intégration européenne. Selon l'angle retenu, les éventuelles résistances ponctuelles substantielles concernant tel ou tel domaine du droit, telles ou telles autres divergences jurisprudentielles entre la Cour de justice des Communautés européennes et les cours constitutionnelles ne sont pas pertinentes. Elles sont certes plus quotidiennes et plus visibles, mais elles ne contribuent en rien à la définition de l'Union. La résistance qui nous intéresse se cristallise en substance autour de la question de la compétence de la compétence. Face à des revendications opposées de suprématie, du côté des Etats et du côté de l'Union, qui détient le dernier mot ? Cette question ne produit pas de jurisprudence abondante, mais elle est au cœur de l'articulation des systèmes. Dans un contexte de production scientifique particulièrement abondante sur le sujet, la présente contribution retient les seules cours constitutionnelles selon une perspective de politique jurisprudentielle¹⁸. Pour ces juridictions, la lecture de l'Union vise à en fixer les bornes, les limites au-delà desquelles la construction communautaire et, plus largement, la production normative communautaire ne doit plus aller. Dans leur doctrine, la souveraineté étatique dans son sens premier, de compétence de la compétence, se décline en un principe et une conséquence : *l'appropriation constitutionnelle de la primauté communautaire* (I) et *la maîtrise contentieuse* de ses conséquences (II).

I – L'appropriation constitutionnelle de la primauté communautaire

Chacune des cours constitutionnelles envisagées parvient au même résultat lorsqu'il s'agit d'appréhender les rapports entre les ordres juridiques communautaire et nationaux : le fondement du premier doit toujours être recherché dans les seconds. Pour parvenir à ce résultat les chemins empruntés par les cours constitutionnelles sont différents (A), aucun pourtant n'est convaincant d'un point de vue juridique (B).

A – LA DIVERSITE DES CHEMINS MENANT A LA PRIMAUTE CONSTITUTIONNELLE

L'acuité de la question de l'analyse des rapports entre les ordres juridiques communautaire et nationaux ne se pose pas avec la même force dans des ordres juridiques d'inspiration moniste (France, Espagne) et des ordres juridiques d'inspiration dualiste (Allemagne, Italie). Les premiers ont une vocation « naturelle » à accueillir en leur sein des normes d'origine internationale, qui gardent cette nature une fois insérées dans l'ordre juridique. Les seconds en revanche exigent une réception de ces normes, ce qui implique une transformation de la nature et de la valeur de ces normes en des normes internes. Là où en France et en Espagne, le principe de primauté des traités sur les lois était inscrit dans le texte constitutionnel (respectivement articles 55 et 96-1),

¹⁸ Aussi nous abstenons-nous de reprendre certains détails dans le contenu et l'évolution de la jurisprudence des cours constitutionnelles, déjà abondamment traités par une doctrine en langue française, pour nous concentrer sur leurs résultats en termes de politique jurisprudentielle.

une telle primauté, selon la technique dualiste, ne pouvait résulter que d'une réception du droit communautaire par une norme constitutionnelle, ce qui n'avait pas été le cas à l'origine. La valeur formelle du droit communautaire a donc dû être récupérée par la consécration d'une couverture constitutionnelle, afin d'assurer la primauté sur les lois. En présence du droit communautaire qui présente la double qualité, originale par rapport au droit international classique, d'une primauté et d'un effet direct¹⁹, les ordres juridiques dualistes se retrouvent particulièrement inadaptés pour garantir et même simplement admettre de telles qualités aux normes d'origine extérieure. Là où, de fait, le respect du droit international peut attendre, la dynamique et le développement de l'intégration européenne ont obligé les ordres juridiques dualistes à fortement s'adapter aux contraintes communautaires. Dans un tel contexte, il s'est agi pour les cours constitutionnelles allemande et italienne d'établir une jurisprudence de « réception » du droit communautaire qui a impliqué une analyse des rapports entre les ordres juridiques communautaire et nationaux. Dans un contexte autrement plus favorable, les ordres juridiques d'inspiration moniste, les juges constitutionnels français et espagnol ont pu faire l'économie d'une telle analyse. Il est toutefois nécessaire pour ces derniers de distinguer avant et après le traité établissant une Constitution pour l'Europe du 29 octobre 2004. L'inscription explicite du principe de primauté du droit communautaire dans ce traité, alors que les juges constitutionnels français et espagnol ont été saisis *a priori* de la conformité à la Constitution de celui-ci, a quelque peu modifié le schéma originel. Les limites d'une lecture favorable « moniste » sont apparues de manière plus explicite, inscrivant la logique des rapports entre les ordres juridiques, à l'instar de l'inspiration dualiste, sous un angle national premier. Il n'est de monisme véritable qu'au niveau communautaire, le monisme au niveau des Etats demeure un monisme interne. Les analyses conduites par les juges constitutionnels s'articulent autour de deux perspectives contradictoires qu'il leur appartient de concilier : la séparation et l'intégration des ordres juridiques dans des termes qu'il conviendra de préciser.

Les cours constitutionnelles allemande et italienne, parfois par des évolutions voire des révolutions jurisprudentielles, ont été contraintes de développer une explication des rapports entre les ordres juridiques communautaire et nationaux afin d'assurer en substance la réception du premier par les seconds. La cour constitutionnelle italienne est passée par plusieurs étapes avant de stabiliser sa jurisprudence. Pour résumer, la Cour a reconnu, dans un premier temps, une portée procédurale à l'article 11 de la Constitution²⁰, le législateur ordinaire pouvant ratifier un traité communautaire alors qu'en principe une loi constitutionnelle aurait été nécessaire, puis une portée substantielle, le droit communautaire dérivé bénéficiant d'une applicabilité directe en Italie²¹ et prévalant sur les lois internes contraires²², pour dégager enfin une obligation

¹⁹ Voir sur ce point O. PFERSMANN, « La primauté : double partiellement directe, organiquement déterminée, provisoirement fermée », C.C.C., n° 18, 2005, pp. 138-140, spéc. pp. 139-140.

²⁰ C.C.I., n° 14, 24 février 1964, *précité*, in *diritto* § 6.

²¹ C.C.I., n° 183, 18 décembre 1973, *précité*, in *diritto* § 5.

²² C.C.I., n° 170, 5 juin 1984, *précité*.

constitutionnelle positive d'assurer la conformité de l'ordre interne à l'ordre communautaire²³. Ces éléments qui permettent de mesurer les résultats et l'efficacité de la « réception » jurisprudentielle des contraintes communautaires s'appuie sur une analyse des rapports entre les deux ordres juridiques. Selon une formule, initiée avec l'arrêt n° 183 de 1973, le droit communautaire et le droit interne « peuvent se représenter comme des systèmes juridiques *autonomes et distincts*, bien que *coordonnés* selon la répartition des compétences établie et garantie par le Traité »²⁴, étant entendu que cette coordination repose, en dernier lieu, sur l'article 11 de la Constitution²⁵. L'opposition séparation/intégration est conciliée selon le principe d'autonomie et de séparation des ordres juridiques et une coordination de ceux-ci.

La construction allemande s'inscrit dans une plus grande continuité dans la mesure où l'intégration européenne n'a pas soulevé les mêmes difficultés et, surtout, les mêmes conflits avec la Cour de justice des Communautés européennes. L'essentiel est fixé dans l'arrêt du 29 mai 1974. Les deux ordres juridiques sont « fondamentalement indépendants et distincts l'un de l'autre »²⁶. L'article 24 de la Constitution, s'il « n'autorise pas le transfert de pouvoirs souverains (...), ouvre l'ordre juridique national de telle sorte (...) que les pouvoirs souverains exclusifs de la République fédérale d'Allemagne, dans le champ d'application de la Loi fondamentale, se trouvent restreints et que la validité et l'application directes sur le territoire souverain de l'Etat, d'un droit issu d'une autre source sont rendus possibles »²⁷. Dans l'arrêt du 22 octobre 1986, la Cour est plus explicite encore : « L'article 24, paragraphe 1, de la Loi fondamentale permet (...), par la volonté des auteurs de la Constitution, d'attribuer au traité transférant des droits souverains à des institutions interétatiques ainsi qu'au droit émanant de semblables institutions une primauté de validité et d'application sur le droit interne de la République fédérale d'Allemagne par une décision interne en ce sens »²⁸. Le raisonnement suivi par la Cour constitutionnelle fédérale repose sur le principe, dualiste, de séparation et d'indépendance entre les ordres juridiques. La réception de l'ordre juridique communautaire est autorisée par la Constitution et se concrétise par l'adoption d'une loi de ratification. Dans l'arrêt du 12 octobre 1993, la nature de la construction communautaire est à plusieurs reprises évoquée : il s'agit d'une « association d'Etats »²⁹. La compétence de la

²³ C.C.I., n° 384, 10 novembre 1994, R.U., Vol. CXIII, p. 99 et s., *in diritto* § 2.

Cette obligation pour la première fois formulée de manière explicite en 1994 peut être également déduite d'arrêts antérieurs, et notamment de l'affirmation de « l'exigence que les Etats membres apportent les nécessaires modifications ou abrogations de leur propre droit interne afin de l'épurer des éventuelles incompatibilités ou dissonances avec les normes communautaires qui prévalent » (n° 389, 11 juillet 1989, R.U., Vol. XCII, p. 423 et s., *in diritto* § 4).

²⁴ C.C.I., n° 183, 18 décembre 1973, *précité*, *in diritto* § 7 (souligné par nous). Formule reprise ultérieurement : C.C.I., n° 232, 22 octobre 1975, R.D.I., 1975, n° 4, p. 766 et s., *in diritto* § 4 ; n° 170, 5 juin 1984, *Giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. Decisioni e orientamenti fondamentali*, *op. cit.*, p. 884 et s., *in diritto* § 4 ; n° 113, 19 avril 1985, R.U., Vol. LXVIII, p. 775 et s., *in diritto* § 3.1 (« les deux systèmes sont réciproquement autonomes et, en même temps, coordonnés selon les prévisions du Traité de Rome ») ; n° 168, 8 avril 1991, R.U., Vol. XCIX, p. 327 et s., *in diritto* § 4.

²⁵ Pour une affirmation particulièrement explicite : C.C.I., n° 41, 7 février 2000, G.C., 2000, n° 1, p. 324 et s., *in diritto* § 5.

²⁶ C.C.F., 29 mai 1974, R.T.D.E., 1974, p. 316, en droit, § 2.

²⁷ *Loc. cit.*, § 3.

²⁸ C.C.F., 22 octobre 1986, R.T.D.E., 1987, p. 537, en droit, § 1, a).

²⁹ C.C.F., 12 octobre 1993, R.U.D.H., 1993, p. 286, C I 2 b 2).

compétence appartient aux Etats, l'Allemagne étant à ce titre « l'un des « maîtres des traités » » communautaires³⁰.

Avant le traité établissant une Constitution pour l'Europe, du côté des juridictions constitutionnelles française et espagnole, les analyses en terme de rapport entre les ordres juridiques sont limitées. En France, c'est par rapport au Parlement européen que certains éléments ont pu être développés. Dans la décision du 30 décembre 1976, *Assemblée européenne*³¹, le Conseil constitutionnel affirme, et l'on ne s'en étonnera pas, que cette assemblée « n'appartient pas à l'ordre institutionnel de la République française et (...) ne participe pas à l'exercice de la souveraineté nationale »³². Il exclut également qu'une telle assemblée soit titulaire d'une quelconque souveraineté³³. Les Communautés européennes ne sont qu'une organisation internationale et non un Etat, elles ne sont pas dotées d'une souveraineté, et leurs institutions sont extérieures à celles de la République. Dans la décision du 9 avril 1992, *Maastricht I*, relative à la conformité à la Constitution de ce Traité³⁴, cette analyse a été poursuivie et affinée d'une manière générale d'abord et à propos de la reconnaissance du droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires au Parlement européen ensuite. D'une manière générale, le Conseil constitutionnel reconnaît que la Constitution permet à la France de conclure « 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 nature d'organisation internationale est énoncée, le consentement des Etats membres est mis en avant³⁶. Cette nature « internationale » est encore prégnante dans les développements consacrés au Parlement européen. Le Conseil constitutionnel indique tout d'abord que le Parlement européen « ne constitue pas une assemblée souveraine dotée d'une compétence générale et qui aurait vocation à concourir à l'exercice de la souveraineté nationale »³⁷. Il poursuit en jugeant 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* »³⁸. L'articulation du couple intégration/séparation peut

³⁰ *Loc. cit.*, C II 1 a.

³¹ C.C., n° 76-71 DC, 30 décembre 1976, *Assemblée européenne*, RJC-I, p. 41 et s.

³² *Loc. cit.*, Considérant n° 7.

³³ *Loc. cit.*, Considérant n° 4. Il considère en effet que « l'élection au suffrage universel direct des représentants des peuples des Etats membres à l'assemblée des communautés européennes n'a pas pour effet de créer (...) une souveraineté ».

³⁴ C.C., n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, précitée.

³⁵ *Loc. cit.*, Considérant n° 13. Pour une affirmation identique du Conseil constitutionnel à l'occasion de l'examen de la conformité à la Constitution du Traité d'Amsterdam : C.C., n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam*, RJC-I, p. 727 et s., Considérant n° 6.

³⁶ L'Union européenne, « organisation internationale permanente » en 1992 et 1997, deviendra avec la décision du 19 novembre 2004 « une organisation européenne permanente » (C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, JORF, 24 novembre 2004, p. 19885, Considérant n° 6).

³⁷ C.C., n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, précitée, Considérant n° 34.

³⁸ *Ibid.* (souligné par nous).

surprendre. L'intégration doit être lue comme une intégration *normative*, alors que la séparation est *institutionnelle*.

Pour le Tribunal constitutionnel, aucune question concernant les rapports entre les ordres juridiques n'a été évoquée de manière approfondie. La précision essentielle, non contenue d'ailleurs dans la Déclaration n°1/1992 sur le traité de Maastricht, concerne les conséquences de l'adhésion de l'Espagne aux Communautés européennes. Dans un arrêt du 14 février 1991, le Tribunal considère, en reprenant les termes de la Cour de justice des Communautés européennes, que l'ordre juridique communautaire constitue « un ordre juridique propre, intégré dans le système juridique propre des Etats membres et qui s'impose à leurs organes juridictionnels »³⁹. Cette allégeance à la conception communautaire trouve cependant une limite. Le juge constitutionnel ajoute en effet que, pour autant, « l'article 93 de la Constitution n'a pas conféré aux normes de droit communautaire européen un rang et une force constitutionnelles »⁴⁰. La prise de position est plutôt sibylline quant au volet intégration, les termes de la Cour de justice sont repris, le volet séparation se concrétise par un refus de reconnaître un rang et une force constitutionnelles au droit communautaire.

A partir de ces différents apports jurisprudentiels, quatre schémas sont identifiables au regard de l'appréhension du couple séparation/intégration des ordres juridiques, selon des axes qui ne se rejoignent pas forcément : séparation/coordination (Italie), séparation/réception (Allemagne), séparation institutionnelle/intégration normative (France) et intégration sans valeur constitutionnelle (Espagne).

Le relatif silence et la neutralité des juges constitutionnels français et espagnol ont fait place à une réaction abrupte au moment de l'examen de la constitutionnalité du traité établissant une Constitution pour l'Europe⁴¹. A l'origine de cette réaction se trouve l'inscription explicite dans le traité du principe de primauté du droit communautaire sur le droit des Etats membres. De manière plutôt surprenante, juridiquement au moins, l'inscription d'un tel principe dans le traité n'a pas impliqué de révision constitutionnelle pour pouvoir ratifier le traité. En d'autres termes, l'affirmation de la primauté du droit communautaire sur le droit des Etats membres, y compris sur le droit constitutionnel, ne s'oppose pas au fondement constitutionnel de la participation de l'Etat à l'Union et aux Communautés et, surtout, à son corollaire inévitable la primauté de la Constitution sur le droit communautaire. La primauté communautaire ne se heurte pas à la primauté constitutionnelle ! Pour parvenir à ce résultat, les stratégies retenues par les juges constitutionnels français et espagnol ont consisté en substance à nier la primauté communautaire explicitement inscrite dans le traité selon des cheminements différents. A cet égard, s'il existe

³⁹ T.C., n° 28/1991, 14 février 1991, fundamentos, II 4 (traduction par nos soins). Voir : www.tribunalconstitucional.es/

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précit.*, Considérant n° 12 ; T.C., n° 1/2004, 13 décembre 2004, R.F.D.A., 2005, p. 47.

dans les deux décisions une mise en perspective de l'article I-6 (principe de primauté) et de l'article I-5 (affirmation du respect par l'Union de l'identité nationale des Etats membres « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ») du traité⁴², ce n'est pas pour soutenir un raisonnement comparable.

Du côté du Conseil constitutionnel, la décision du 19 novembre 2004 ne peut être abordée sans que soit rappelée au préalable la portée des décisions antérieures sur les directives communautaires et en premier lieu la décision du 10 juin 2004, *Confiance dans l'économie numérique*⁴³. Dans ces décisions, le Conseil constitutionnel rattache pour la première fois de manière si explicite le droit communautaire à l'article 88-1 de la Constitution, marquant ainsi sa spécificité constitutionnelle. Il établit également les principes d'un contrôle indirect du droit communautaire dérivé par le biais des lois internes de transposition. Les conséquences du nouveau fondement constitutionnel sont radicales. Elles autorisent le Conseil constitutionnel à exercer un contrôle de constitutionnalité indirect du droit communautaire. Le fondement constitutionnel du droit communautaire glisse explicitement vers une primauté de la Constitution sur le droit communautaire, qui est sanctionnée par le juge constitutionnel. Dans la décision du 19 novembre 2004, la subordination du droit communautaire à la Constitution est manifeste dès l'énoncé des normes de référence. Le principe de la participation de la République française à l'Union et aux Communautés européennes s'inscrit « dans les conditions prévues par le titre XV de la Constitution »⁴⁴ et, en particulier, par l'article 88-1 de la Constitution. La participation est conditionnée par la Constitution. La nature du texte contrôlé, un traité international, conduit le Conseil constitutionnel à juger que la dénomination de Constitution « est sans incidence sur l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne »⁴⁵. L'intégration de l'ordre juridique communautaire à l'ordre juridique interne, comme l'indique le juge constitutionnel, est une intégration consacrée par « le constituant »⁴⁶, une intégration commandée par le texte constitutionnel. La neutralisation du principe de primauté communautaire passe ensuite par sa négation. A partir de l'article I-1 du traité, qui mentionne l'attribution de compétences à l'Union par les Etats membres, de l'article I-5 (respect de l'identité nationale des Etats membres), de l'article I-6 (primauté du droit communautaire) et d'une déclaration annexée, qui indique que la primauté s'entend au regard de la jurisprudence communautaire existante, le Conseil constitutionnel conclut, *a priori* sans surprise, que l'article I-6 « ne confère pas au principe de primauté une portée autre que celle qui était antérieurement la

⁴² C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 12 ; T.C., n° 1/2004, 13 décembre 2004, *précit.*, fondements juridiques, I 3.

⁴³ 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.

⁴⁴ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Considérant n° 5.

⁴⁵ *Loc. cit.*, Considérant n° 11.

⁴⁶ *Ibid.*

sienne »⁴⁷. Le considérant suivant éclaire le *statu quo* apparent. Le traité ne modifie pas « la portée du principe de primauté du droit de l'Union telle qu'elle résulte (...) de l'article 88-1 de la Constitution »⁴⁸. L'inscription du principe de primauté dans un traité, qui est susceptible, une fois ratifié, d'engager la France, ne remet pas en cause la primauté constitutionnelle. Tout procède de la Constitution, l'affirmation contraire dans le traité est annihilée dans sa signification et sa portée.

Le raisonnement du Tribunal constitutionnel pour parvenir au même résultat est moins lapidaire et s'appuie sur une argumentation juridique développée. Rappelant des développements issus de la jurisprudence antérieure, le Tribunal indique que l'article 93 est le « fondement ultime » de la participation de l'Espagne au processus d'intégration européenne et de sa soumission au droit communautaire⁴⁹. L'ouverture interne ainsi posée est complétée par des développements sur l'articulation entre les ordres juridiques. Ils sont appelés « à coexister (...) en tant qu'ordres autonomes quant à leur origine »⁵⁰. Si, une fois l'intégration réalisée, « la Constitution n'est plus le cadre de validité des normes communautaires », la conclusion du traité demeure « l'instrument d'une opération souveraine de cession de l'exercice de compétences découlant de la Constitution »⁵¹. On appréciera par cette formule la distinction entre la liberté de l'Etat quant à la conclusion du traité et ses obligations une fois celui-ci entré en vigueur. Ce cadre général s'accompagne de développements propres à neutraliser l'inscription dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe du principe de primauté. La primauté communautaire est d'abord qualifiée. Elle n'est pas une « supériorité hiérarchique mais (...) une « exigence existentielle » de ce droit, afin d'obtenir en pratique son effet direct et son application uniforme dans tous les Etats ». Ensuite, l'utilisation par le Tribunal de l'article I-5 du traité est habile. Le respect de l'identité nationale par l'Union européenne est interprété de manière constructive : il marque le fait que la construction communautaire repose sur « les valeurs communes des Etats faisant partie intégrante de l'Union, et de leurs traditions constitutionnelles communes »⁵². L'Union devient porteuse des valeurs nationales. La neutralisation proprement dite du principe de primauté passe par une première précision concernant son domaine d'application. Il ne concerne que les compétences propres de l'Union, délimitées en fonction du principe d'attribution. Le Tribunal note encore que le traité prévoit avec une plus grande précision « le champ de compétence propre de l'Union ». Pour les compétences non exclusives, le Tribunal souligne que les principes de proportionnalité et de subsidiarité limitent et rationalisent le phénomène de l'expansion des compétences.

⁴⁷ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Considérant n° 12.

⁴⁸ *Loc. cit.*, Considérant n° 13.

⁴⁹ T.C., n° 1/2004, 13 décembre 2004, *précit.*, fondements juridiques, I 2.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Loc. cit.*, fondements juridiques, I 3.

Ces précisions relatives aux compétences préparent en quelque sorte les développements ultérieurs relatifs à la distinction, établie par le juge constitutionnel entre la « primauté » et la « suprématie ». La qualité de « suprématie » est reconnue à la Constitution, elle est une qualité qui lui est consubstantielle : « la Constitution est suprême ou occupe un rang supérieur par rapport à toute autre norme et concrètement par rapport aux traités internationaux »⁵³. La « suprématie » opère dans l'ordre des procédures normatives. Elle s'appuie sur le caractère hiérarchique d'une norme, elle est source de validité avec une conséquence d'invalidation des normes contraires. Pour le Tribunal constitutionnel, la « primauté » opère dans l'ordre d'application de normes valides et ne s'appuie pas nécessairement sur la hiérarchie mais sur la distinction entre les champs d'application des différentes normes, en principes valides, mais dont certaines ont la capacité d'écarter les autres en vertu de leur application préférentielle ou « prévalente ». La suprématie implique la primauté à moins qu'un ordre suprême renonce à la primauté au profit de normes d'un ordre juridique différent dans un domaine particulier. Tel est le cas de l'ordre juridique espagnol qui, par l'article 93 de la Constitution, a – librement – renoncé à la primauté des normes internes au profit des normes du droit communautaire dans leur domaine de compétence⁵⁴. La distinction suprématie/primauté, assez obscure parfois, semble devoir, pour plus de clarté, se rattacher à des critères de résolution des conflits entre les normes. La suprématie serait alors rattachable à un critère hiérarchique de résolution des conflits, la primauté au critère de compétence⁵⁵. Le principe de primauté entendu de la sorte est neutralisé, politiquement surtout. Le droit communautaire ne s'impose au droit national que dans son domaine de compétence, il n'y a pas de hiérarchie mais simple répartition de compétence entre les deux ordres juridiques. L'application préférentielle éventuelle de la norme communautaire à la place de la norme interne est « dédramatisée », elle ne résulte pas d'une hiérarchie mais d'une répartition des compétences librement consentie par la Constitution.

B – DES CHEMINS NON CONVAINCANTS D'UN POINT DE VUE JURIDIQUE

Dans la présentation qui vient d'être faite, le principe même de la participation des Etats au droit communautaire repose sur une disposition constitutionnelle et c'est encore sur la Constitution que s'appuie plus ou moins explicitement la primauté du droit communautaire. Sous cet angle, deux tendances existent. Pour certaines juridictions constitutionnelles, la primauté constitutionnelle est d'évidence et n'exige aucune justification particulière - *primauté naturelle* - ; d'autres considèrent que cette même primauté doit être justifiée par une construction des

⁵³ T.C., n° 1/2004, 13 décembre 2004, *précit.*, fondements juridiques, I 4.

⁵⁴ Ont été retranscrits en substance les éléments contenus dans la déclaration.

⁵⁵ Sur cette question, le critère de résolution d'un conflit normatif n'est que la traduction d'un rapport préexistant entre les normes. En ce sens, le critère de hiérarchie est la traduction d'un rapport hiérarchique entre les normes ; celui de compétence d'un rapport établi sur le fondement d'une répartition des compétences. Aussi, le fait d'envisager la hiérarchie comme un « simple critère de résolution des conflits » et non comme traduisant un rapport de hiérarchie entre les normes n'a-t-il pas de sens. Le premier n'est que la conséquence du second.

rapports entre les ordres juridiques - *primauté construite* -. On retrouve là l'Allemagne et la France⁵⁶, ici, l'Italie et l'Espagne. Alors que les juges constitutionnels allemand et français se contentent, sans plus d'argumentation, de reconnaître la primauté constitutionnelle, les juges espagnol et italien sont autrement plus prolixes. Pourtant, et sans aucune ironie, on relèvera que l'affirmation péremptoire de la primauté constitutionnelle semble plus efficace que les justifications « théoriques » avancées pour l'appuyer. L'affirmation du seul fondement constitutionnel du droit communautaire s'apparente à un choix de politique jurisprudentielle, un choix de maintenir l'ordre constitutionnel au premier plan, qui en tant que tel n'appelle pas plus de justification que sa propre affirmation. Une telle position est de toute évidence discutable d'un point de vue juridique selon une orientation normativiste moniste « internationale », mais elle est politiquement commode pour les juges constitutionnels.

Une question délicate et cruciale ne doit pas pour autant être occultée : peut-on envisager qu'il en soit autrement ? Est-il possible d'imaginer que les juges constitutionnels nationaux, se plaçant au-dessus du texte qui les a institués, reconnaissent la primauté de normes internationales ou communautaires sur celles de la Constitution ? Politiquement, il est difficile de l'envisager, juridiquement rien ne l'empêche. Souvenons-nous d'ailleurs qu'il existe un précédent célèbre⁵⁷. La discussion porte, en dernier lieu, sur le caractère déclaratif ou prescriptif des énoncés constitutionnels relatifs à la primauté du droit international ou communautaire sur les lois. Où se situe la source de la primauté ? Est-elle extérieure à l'Etat, la Constitution ne faisant que reconnaître un principe préalablement existant ? Est-elle, à l'opposé, intérieure à l'Etat ? C'est alors bien la Constitution qui pose le principe de primauté, c'est d'elle seule que dépend la valeur dans l'ordre interne du droit international ou communautaire.

Se profile également dans la discussion la part d'obligation du point de vue international ou communautaire et la part d'autonomie, juridiquement reconnue du point de vue du droit international ou communautaire, des Etats. L'obligation au niveau international peut-être schématisée comme étant une obligation de résultat, les Etats disposant de la liberté pour y parvenir. La sanction est primitive et repose sur un mécanisme de responsabilité. Pour revenir à la question de la primauté, on peut affirmer, au regard de l'autonomie constitutionnelle, que l'Etat est libre d'utiliser les moyens pour aboutir à ce résultat y compris en se fondant sur la Constitution, et non sur le droit international. La contrariété avec l'obligation de résultat, appelant

⁵⁶ Dans la décision du Conseil constitutionnel précitée sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe, l'affirmation selon laquelle la primauté communautaire ne signifie pas une primauté communautaire mais une primauté constitutionnelle ne saurait être considérée comme argumentée par une analyse des rapports de système.

⁵⁷ La Cour de cassation belge, dans son arrêt *Le Ski*, en l'absence de disposition constitutionnelle pertinente sur cette question, a jugé qu'en cas de conflit entre une norme nationale et une norme de droit international « la prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international conventionnel » et « qu'il en est *a fortiori* ainsi » en présence de normes communautaires (C. cass. Belge, 27 mai 1971, *Etat belge c. Fromagerie franco-suisse Le Ski*, R.T.D.E., 1971, p. 494 et s.). De la même manière, le procureur général TOUFFAIT, dans ses conclusions sur le célèbre arrêt de la Cour de cassation française du 24 mai 1975, avait proposé à la Cour de ne pas fonder sa solution sur l'article 55 de la Constitution mais « sur la nature même de l'ordre juridique institué par le traité de Rome » (Conclusions de M. le Procureur général TOUFFAIT sur C. cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des douanes c. Société « Cafés Jacques Vabre »*, *Dalloz*, Jurisprudence, 1975, p. 497 et s., spécifiquement p. 504).

le cas échéant la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat, ne se matérialisera qu'en cas de conflit entre la Constitution et l'obligation internationale. Dans une telle situation, l'application préférentielle de la Constitution, fondement de la primauté du droit international, ne permettra pas d'assurer le respect de l'obligation internationale. Ce n'est que dans cette dernière hypothèse que l'autonomie constitutionnelle entre en contrariété avec l'obligation internationale.

Qu'en est-il avec le droit communautaire ? Le même équilibre existe entre obligation communautaire et autonomie institutionnelle mais dans des proportions différentes. L'autonomie constitutionnelle est encadrée et la sanction de la méconnaissance du droit communautaire plus élaborée. L'autonomie constitutionnelle est plus restreinte car à la primauté du droit communautaire s'ajoute un effet direct à certaines de ses normes, de sorte qu'elles bénéficient d'une invocabilité directe par les particuliers devant les juridictions nationales. Dans le prolongement, la tendance de la Cour de justice des Communautés européennes a consisté à encadrer l'autonomie constitutionnelle des Etats en vue d'assurer l'efficacité maximale du droit communautaire. L'orientation générale consiste à affirmer, pour le droit communautaire doté d'un effet direct, que la procédure destinée à en garantir le respect ne devra pas être moins favorable que celle « concernant des recours similaires de nature interne », *principe d'équivalence*, ni rendre « en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire », *principe d'effectivité*⁵⁸. Une telle logique a conduit la Cour de justice des Communautés européennes, avec le célèbre arrêt *Simmethal*⁵⁹, à désigner les juges nationaux comme les protecteurs premiers du respect du droit communautaire, en les habilitant à écarter toute norme nationale contraire au droit communautaire. Du côté de la sanction, si le principe demeure celui de la responsabilité des Etats, une procédure spécifique, avec juridiction obligatoire, le recours en manquement, peut conduire à des sanctions pécuniaires pour l'Etat. La pratique institutionnelle de la Cour de justice des Communautés européennes montre que le renvoi préjudiciel en interprétation est parfois utilisé comme un instrument d'appréciation et de sanction indirecte des conduites des Etats dans l'application du droit communautaire⁶⁰. Dans un tel contexte, l'affirmation de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire peut en lui-même constituer, sur le principe, un manquement aux obligations communautaires qui ne se matérialisera en tout état de cause que dans ses conséquences, par hypothèse limitées : devant le

⁵⁸ Sur cette présentation, principe d'équivalence/principe d'effectivité voir par exemple : C.J.C.E., 15 septembre 1998, *SPAC*, Aff. C-260/96, *Rec.*, I-1998, p. 4997 et s., § 18 ; 17 novembre 1998, *Aprile Srl*, Aff. C-228/96, *Rec.*, I-1998, p. 7141 et s., § 18 ; 21 janvier 1999, *Upjohn*, Aff. C-120/97, *Rec.*, I-1999, p. 223 et s., § 32 ; 8 mars 2001, *Metallgesellschaft Ltd*, Aff. C-397/98 et C-410/98, *Rec.*, I-2001, p. 1727 et s., § 85. L. DUBOUIS considère en ce sens que l'autonomie institutionnelle est limitée par le « principe de l'égalité de traitement entre droit conféré par la règle communautaire et droit conféré par la règle nationale » et celui de l'effectivité « selon lequel le droit national doit assurer la réalisation effective et la protection de tout droit conféré par le droit communautaire » (« La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire (décision de la Cour de justice des Communautés européennes 19 novembre 1991 *Francoovich et Bonifaci*, Aff. jointes C-6/90 et C-9/90) », *R.F.D.A.*, 1992, pp. 5-6).

⁵⁹ C.J.C.E., 9 mars 1978, *Simmethal*, Aff. 106/77, *précit.*

⁶⁰ L'arrêt *Simmethal* par exemple, *last but not least*, rendu par la voie préjudicielle, sanctionne la pratique de la Cour constitutionnelle, déjà évoquée, du contrôle de « constitutionnalité » concentré du respect par le législateur du droit communautaire.

juge constitutionnel, un contrôle de constitutionnalité, direct ou indirect, du droit communautaire en vigueur débouchant sur une contrariété à la Constitution et, devant le juge de droit commun, le cas de l'écran constitutionnel entre une loi et un acte communautaire excluant le contrôle de conventionnalité.

Sur cette question, l'affirmation par les juges constitutionnels de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire n'est pas tant, en dernière analyse, une négation du droit communautaire, qu'une conduite contraire à ses prescriptions. Une telle attitude n'est pas *permise* par le droit communautaire - *domaine du droit* -, elle appelle, le cas échéant, la mise en œuvre d'une sanction. Elle est toutefois parfaitement *possible* - *domaine du fait* -. L'affirmation de la primauté constitutionnelle sur le droit communautaire n'est qu'une illustration d'une contradiction *possible* à l'instar de ce qui se produit au cours de n'importe quel processus de concrétisation d'un ordre juridique. D'un point de vue de politique jurisprudentielle, elle apparaît comme une contradiction *nécessaire* pour les cours constitutionnelles.

Au vu de ces éléments, qu'en est-il des cours constitutionnelles qui ont développé une argumentation relative aux rapports entre les ordres juridiques ? Pour l'essentiel, les cours constitutionnelles italienne et espagnole envisagent les rapports entre les ordres juridiques communautaire et nationaux sous l'angle d'une répartition des compétences. Pour la Cour constitutionnelle italienne, les ordres juridiques sont « *coordonnés* selon la répartition des compétences établie et garantie par le Traité »⁶¹. Pour le Tribunal constitutionnel espagnol, la primauté du droit communautaire se conçoit dans le domaine de compétence de celui-ci. Pourtant, l'appréhension du rapport entre les ordres juridiques en termes de compétences n'écarte en rien la question de la hiérarchie entre ces ordres, elle ne fait que la déplacer. En effet, selon une perspective unitaire des ordres juridiques, l'existence d'une répartition des compétences entre deux ordres juridiques présuppose l'existence d'un troisième ordre juridique, un ordre répartiteur. Cet ordre établit la répartition des compétences entre les deux autres et leur est donc supérieur. Aussi, affirmer l'existence d'une répartition des compétences entre le droit communautaire et les droits nationaux suppose-t-il un autre ordre juridique, un ordre juridique répartiteur. L'existence de ce troisième ordre réintroduit une relation hiérarchique. Ramené au droit communautaire, on constatera, d'un point de vue statique⁶², que les traités communautaires établissent une *répartition de compétences normatives* entre deux types d'ordres juridiques dotés chacun d'un *domaine de validité territorial* différent. D'un côté, un ordre juridique dont les normes sont valides sur l'ensemble des territoires des Etats membres, le *droit communautaire*, et de l'autre, plusieurs ordres juridiques, les *ordres juridiques étatiques*, dont les normes ne sont valides que sur chaque territoire étatique donné. Ce schéma implique trois éléments : un *ordre répartiteur*, un *ordre*

⁶¹ C.C.I., n° 183, 18 décembre 1973, *précité*, in *diritto* § 7 (souligné par nous).

⁶² D'un point de vue statique, la centralisation ou la décentralisation d'un ordre juridique s'apprécie « sous l'angle du *domaine de validité territorial* des normes constitutives » de cet ordre (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Traduction française de la deuxième édition par C. EISENMANN, 1962, Bruylant-L.G.D.J., La pensée juridique, 1999, p. 305, souligné par nous).

partiel valide sur l'ensemble des territoires des Etats membres et un ensemble d'*ordres partiels* seulement valides au sein de chaque Etat membre⁶³. L'*ordre répartiteur* contient non seulement des normes sur la *répartition des compétences* entre les deux autres ordres, mais également des normes sur la *production des normes* de chacun de ces ordres. Il règle la création et délimite la sphère de validité respective des deux ordres juridiques coordonnés. Son existence est souvent occultée de l'analyse parce que l'acte juridique dans lequel il est formalisé prévoit à la fois des normes sur la répartition des compétences entre l'ordre partiel et les ordres partiels, des normes réglant la production des normes dans ces ordres et des normes constituant l'ordre partiel lui-même. Cette difficulté se rencontre avec les traités communautaires qui contiennent trois grandes catégories de normes : des normes établissant la *répartition des compétences* entre le droit communautaire et les droits étatiques, des normes qui établissent les *règles sur la production d'autres normes*, le droit communautaire dérivé⁶⁴, et des normes qui obligent les *Etats* à agir d'une certaine manière ou qui confèrent des droits ou obligations aux *individus*. Les deux premières catégories de normes établissent l'*ordre de répartition*, la troisième est relative à l'*ordre partiel*. Ainsi, cette dernière catégorie contient des normes directement valides sur les territoires des Etats membres. De manière formelle, les traités communautaires instituent non seulement un ordre répartiteur mais également un ordre partiel. En toute hypothèse, les principes qui gouvernent la répartition des compétences entre l'ordre partiel et l'ensemble des ordres partiels, ainsi que ceux qui président à la création des normes de ces deux ordres, sont à rechercher au sein de l'*ordre répartiteur*. C'est en effet grâce à ce dernier que l'on pourra déterminer qu'il appartient à tel ordre plutôt qu'à tel autre d'intervenir dans un domaine particulier. En tant qu'ordre répartiteur, il s'impose à la fois à l'ordre partiel et à l'ensemble des ordres partiels. La Cour constitutionnelle italienne ne dit pas autre chose lorsqu'elle se réfère au traité qui établit la répartition des compétences. Elle ajoute cependant un troisième niveau, le niveau constitutionnel selon le schéma suivant : l'article 11 de la Constitution, ordre répartiteur premier, autorise et garantit la répartition des compétences prévue par les traités communautaires, ordre répartiteur second, entre le droit communautaire, ordre juridique partiel, et les droits nationaux, ordres juridiques partiels. Avec le doublement des ordres

⁶³ Voir sur cette présentation : H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} édition, *op. cit.*, p. 306 ; O. PFERSMANN, « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la décentralisation : le cas de la supraconstitutionnalité », *Revue d'Allemagne et des Pays de langue allemande*, n° 2, 1996, pp. 171-185, spécialement p. 178 et s.

Voir également sur la logique coordination/subordination entre les ordres juridiques selon une perspective unitaire : H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, 1945, traduit par B. LAROCHE et V. FAURE, Bruyant, L.G.D.J., 1997, p. 418 et s. et *Théorie pure du droit*, 2^{ème} édition, *op. cit.*, p. 318 et s. ; « Théorie du droit international public », *précité*, pp. 186-187 ; « Les rapports de systèmes entre le droit interne et le droit international public », *R.C.A.D.I.*, Tome IV, 1926, pp. 231-326, § 27.

Pour une présentation différente du rapport de coordination des ordres juridiques entendu comme « la règle de coexistence des ordres autonomes » : R. MONACO, « Les principes régissant la structure et le fonctionnement des organisations internationales », *R.C.A.D.I.*, 1977, Tome III, pp. 159-160.

⁶⁴ Implicitement, les traités communautaires laissent les Etats libres du processus de création des normes qui seront valides sur leurs territoires respectifs. Aussi, le mode de création des normes de l'ordre communautaire partiel est-il réglé directement par les traités, alors que celui des normes des ordres juridiques nationaux partiels est délégué par les traités à ces derniers.

répartiteurs, la construction devient artificielle et perd de sa cohérence⁶⁵. Elle n'est justifiée que par la volonté de préserver la primauté de l'ordre constitutionnel.

Qu'elle soit ou qu'elle ne soit pas masquée par une argumentation développée, l'affirmation de la primauté du droit constitutionnel sur le droit communautaire par les juges constitutionnels s'inscrit dans une logique politique de préservation de la souveraineté étatique. D'un point de vue juridique, la cohérence de la construction s'en fait ressentir. Ce défaut de cohérence trouve ses manifestations les plus importantes avec les conséquences contentieuses retenues par les cours constitutionnelles du principe de primauté communautaire « constitutionnalisé ».

II – La maîtrise contentieuse de la primauté du droit communautaire

La primauté « constitutionnalisée » du droit communautaire est susceptible d'emporter des conséquences contentieuses sous deux angles. La constitutionnalisation, sans préjuger par ce terme de la valeur du droit communautaire, peut perturber l'exercice du contrôle de constitutionnalité selon que le droit communautaire se retrouve, de manière plus ou moins directe, objet ou norme de référence de ce contrôle. En pratique, le fondement constitutionnel du droit communautaire limite, d'un côté, l'étendue du contrôle de constitutionnalité des lois de transposition du droit communautaire, et donc son contrôle indirect, et tend à exclure, d'un autre côté, le contrôle direct du droit communautaire entré en vigueur. Afin de contrebalancer ce mouvement, les cours constitutionnelles acceptent néanmoins dans une certaine mesure de procéder à un contrôle de constitutionnalité du droit communautaire en vigueur (A). Si l'on envisage le droit communautaire en tant que paramètre de référence du contrôle de constitutionnalité, le phénomène de constitutionnalisation trouve ses limites. Les cours constitutionnelles refusent de sanctionner une violation indirecte de la Constitution matérialisée par la violation du droit communautaire par la loi (B).

A – L'ACCEPTATION DU CONTROLE DU DROIT COMMUNAUTAIRE EN VIGUEUR PAR RAPPORT A LA CONSTITUTION

Devant le juge constitutionnel, la confrontation des normes communautaires avec les normes constitutionnelles peut se produire de deux manières. *De manière directe*, le juge peut être saisi de la conformité à la Constitution soit d'un traité communautaire, soit d'un acte de droit communautaire dérivé. D'un point de vue procédural, le contrôle direct d'un traité

⁶⁵ Voir notamment pour des critiques de la doctrine italienne du recours au critère de compétence qui suppose une appréciation unitaire des ordres juridiques : A. CERRI, « *L'integrazione europea nella giurisprudenza delle corti* », in *Sovranità rappresentanza democrazia. Rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Atti del Convegno svoltosi nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II e nell'Istituto Universitario « Suor Orsola Benincasa », Napoli, 25-26 giugno 1999, Jovene Editore, 2000, p. 3 ; G. DE FINA, « *Ordinamento comunitario e ordinamento interno* », *Giustizia civile*, 1978, III, p. 154 ; G. DEMURO, « *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di applicazione dei regolamenti comunitari* », *G.C.*, II, 1987, p. 2382 ; P. F. LOTTITO, « *La Corte costituzionale tra ammissibilità del referendum ed efficacia delle norme comunitarie. Commento alla sent. 64/90* », *R.I.D.P.C.*, 1991, p. 461.

communautaire n'est prévu qu'en France et en Espagne. Selon un mécanisme qui s'inscrit au cours de la procédure de ratification d'un traité, le juge constitutionnel peut être saisi de la conformité à la Constitution d'un traité signé, mais par définition non entré en vigueur pour l'Etat concerné⁶⁶. Le contrôle est bien direct et le juge constitutionnel est saisi *a priori* du traité, avant sa ratification. L'éventuelle contrariété constatée impose, si le pouvoir politique souhaite ratifier le traité, de réviser préalablement la Constitution. Ce mécanisme est parfaitement neutre du point de vue communautaire et vise même à en renforcer l'autorité d'un point de vue interne auprès des autorités nationales. Tout traité qui aura imposé pour sa ratification une révision constitutionnelle préalable bénéficiera de la sorte d'une onction constitutionnelle, d'une habilitation constitutionnelle expresse et explicite. Pour le droit communautaire dérivé, la situation est plus complexe. La Cour constitutionnelle italienne, maintenant sur ce point une perspective dualiste, refuse tout contrôle direct d'un acte de droit communautaire dérivé. Le Conseil constitutionnel, en l'absence de disposition constitutionnelle expresse en ce sens, s'inscrit dans la même perspective. Les cas allemand et espagnol sont en pratique plus difficiles à appréhender au regard des conditions posées à l'acceptation de la participation de l'Etat à l'Union et aux Communautés européennes ou à l'exercice du contrôle. Pour la Cour constitutionnelle fédérale, le contrôle de constitutionnalité du droit communautaire originaire ou dérivé est subordonné soit à la méconnaissance par l'Union ou les Communautés des principes intangibles de l'ordre constitutionnel allemand⁶⁷, la participation de l'Allemagne au processus communautaire est conditionnée par le respect de ces principes, indisponibles d'ailleurs aux lois de révision constitutionnelle, soit à *l'ultra-vires* d'un organe communautaire⁶⁸, l'excès de pouvoir communautaire, soit à l'insuffisante protection communautaire des droits fondamentaux, le fameux « *Solange* »⁶⁹. Dans chacune de ces situations, l'acte de droit communautaire dérivé semble pouvoir être attaqué directement selon différents modes de saisine de la Cour constitutionnelle : recours individuel direct et renvoi préjudiciel. L'un des éléments qui appelle le contrôle de la Cour constitutionnelle fédérale apparaît de manière plus ou moins explicite dans la déclaration du Tribunal constitutionnel espagnol. La participation de l'Espagne est subordonnée par le Tribunal à la compatibilité du droit communautaire aux « principes fondamentaux de l'Etat démocratique

⁶⁶ Article 54 de la Constitution française, article 93 de la Constitution espagnole.

⁶⁷ Limite constamment réaffirmée dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale (C.C.F., 29 mai 1974, *précit.*, en droit, § I - 3 ; 22 octobre 1986, *précit.*, II - 1. b)) et constitutionnalisée, avec la révision constitutionnelle du 21 décembre 1992, dans l'article 23 de la loi fondamentale selon lequel : « Pour l'édification d'une Europe unie, la République fédérale d'Allemagne concourt au développement de l'Union européenne qui est attachée aux principes fédératifs, sociaux, d'Etat de droit et de démocratie ainsi qu'au principe de subsidiarité et qui garantit une protection des droits fondamentaux substantiellement comparable à celle de la présente Loi fondamentale ». Après la révision, voir C.C.F., 12 octobre 1993, *précit.*, B - 3 a).

⁶⁸ C.C.F., 12 octobre 1993, *précit.*, C I 3.

⁶⁹ C.C.F., 29 mai 1974, *Solange I*, *précit.* ; 22 octobre 1986, *Solange II*, *précit.* ; 12 octobre 1993, *Maastricht*, *précit.* ; 7 juin 2000, *R.T.D.E.*, 2001, p. 156. La perspective du niveau de protection communautaire des droits fondamentaux « substantiellement comparable » à celle de la Loi fondamentale a également été constitutionnalisée en 1992 dans l'article 23.

Pour un dernier état de la question : C. GREWE, « Le « traité de paix » avec la Cour de Luxembourg : l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 7 juin 2000 relatif au règlement du marché de la banane », *R.T.D.E.*, 2001, pp. 1-17.

et social de droit institué par la Constitution nationale »⁷⁰. Le Tribunal envisage de manière explicite sa compétence pour connaître de la question d'une éventuelle incompatibilité du droit communautaire à ces principes. Une telle intervention, dans une situation jugée par le Tribunal lui-même comme « inexistante » en l'état actuel, se justifierait en cas d'échec de résolution du conflit à la fois au niveau communautaire et au niveau du pouvoir de révision constitutionnelle national. La mise en œuvre effective du contrôle en est d'autant plus improbable. Le Tribunal conclut en indiquant que ce contrôle serait exercé « selon les procédures constitutionnelles pertinentes ». Or, en dehors de toute compétence expresse sur ce point, toutes les procédures de saisine, pertinentes en pratique, semblent pouvoir être utilisées pour saisir le Tribunal.

De manière indirecte, la perspective change. Le contrôle indirect des traités communautaires existe en Allemagne, France et Italie. En France, l'exercice d'un contrôle indirect d'un traité, par le biais de la loi de ratification, est marginal, il s'expliquait pour des raisons d'opportunité entre 1974 et 1992, période pendant laquelle la saisine du Conseil constitutionnel n'avait été ouverte à soixante députés ou soixante sénateurs que dans le cadre du contentieux de constitutionnalité des lois. Le contrôle reste *a priori* tant au regard de la loi que du traité. La neutralité est ainsi préservée. Dans des ordres juridiques d'inspiration dualiste, le contrôle indirect apparaît comme la seule voie de contrôle. En Italie, il n'est possible de contester la constitutionnalité d'un traité qu'en contestant la loi interne de ratification ou d'adaptation⁷¹. D'un point de vue procédural, le contrôle du traité est indirect puisque c'est la loi interne qui est attaquée. Cette dernière n'assure cependant qu'un rôle instrumental puisque c'est le traité qui fait l'objet d'un examen au fond. Le contrôle est *a posteriori* par rapport à la loi comme par rapport au traité⁷². La Cour constitutionnelle italienne se reconnaît également compétente pour exercer, selon le même schéma, un contrôle indirect du droit communautaire dérivé⁷³. En Allemagne, compte tenu de ce qui a déjà été dit, la situation est complexe. S'ajoute au contrôle direct, portant sur le droit communautaire dérivé, un contrôle indirect du droit communautaire originaire par le biais de la loi de ratification ou d'approbation. Pour les traités, d'un point de vue procédural, la situation est la même qu'en Italie, le contrôle est exercé par l'intermédiaire de la loi de ratification ou d'approbation. Il peut être cependant soit *a priori* par rapport à la loi, la Cour admettant une saisine avant publication⁷⁴, et par rapport au traité communautaire, non entré en vigueur par définition⁷⁵, soit, en théorie au moins, *a posteriori* comme en Italie.

⁷⁰ T.C., n° 1/2004, 13 décembre 2004, *précit.*, 2.

⁷¹ Arrêt de principe: C.C.I., n° 98, 27 décembre 1965, *R.D.I.*, n° 1, 1966, p. 53.

⁷² La recevabilité de la question préjudicielle portant sur la constitutionnalité de la loi de ratification ou d'approbation d'un traité est en effet subordonnée à l'entrée en vigueur de ce traité. Voir en ce sens: C.C.I., ordonnance, n° 282, 29 septembre 1983, *R.D.I.*, 1984, n° 1, p. 147.

⁷³ La contestation d'un acte de droit communautaire dérivé exige que soit dénoncée la constitutionnalité de la loi de ratification ou d'approbation du traité et la disposition précise du traité sur le fondement de laquelle l'acte contesté est intervenu. Voir en ce sens: C.C.I., n° 232, 21 avril 1989, *R.U.*, Vol. XCI, p. 369.

⁷⁴ Voir *supra*, note n° 10.

⁷⁵ La Cour constitutionnelle fédérale a été saisie, après son adoption de la loi de ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe. La demande est actuellement toujours en instance. Le président fédéral s'est engagé à ne pas promulguer la loi de ratification avant que la Cour constitutionnelle ne se soit prononcée. Voir sur ce point:

En dehors des lois de ratification ou d'approbation, qui par leur spécificité ne font pas partie du contentieux « quotidien » des cours constitutionnelles, de nombreuses autres lois, les lois internes tirant les conséquences du droit communautaire, peuvent donner lieu à un contrôle indirect de celui-ci. L'autorité du droit communautaire en vigueur, par hypothèse, tend ici à restreindre l'exercice du contrôle. Le droit communautaire influe ainsi, en le limitant, sur l'exercice quotidien du contrôle de constitutionnalité de lois. En effet, à moins de remettre en cause systématiquement le droit communautaire, l'exercice du contrôle des lois tirant les conséquences du droit communautaire doit respecter un certain nombre d'exigences. Certes, le contrôle est toujours indirect, c'est bien la loi interne qui est contrôlée, mais au-delà du texte de la loi, c'est le texte du droit communautaire qui peut être remis en question. A vouloir respecter les exigences du droit communautaire, le contrôle des dispositions de la loi n'est possible que s'il ne remet pas en cause d'un point de vue substantiel les dispositions du droit communautaire. En effet, si un conflit purement interne de la loi avec la Constitution (violation des règles de procédure ou remise en cause de dispositions sans lien avec le contenu du droit communautaire), n'exigera pour assurer le respect du droit communautaire que l'adoption d'une nouvelle loi ; un conflit communautaire, la loi s'intercalant entre la Constitution et l'acte communautaire étant transparente, imposera une révision de la Constitution.

Pourtant quotidienne, la question du contrôle indirect du droit communautaire par le biais des lois internes n'a eu de relief décisif qu'en France. Ce n'est d'ailleurs que par ce biais, contrairement à l'Allemagne, l'Espagne et l'Italie, que le juge constitutionnel français a posé les principes d'un contrôle indirect du droit communautaire dérivé. Dans la décision du 10 juin 2004, le Conseil constitutionnel a admis qu'un contrôle pouvait être exercé sur les dispositions de loi qui sont la conséquence nécessaire de dispositions communautaires inconditionnelles au regard de dispositions constitutionnelles expresses et spécifiques⁷⁶. Tel en est le côté négatif vis-à-vis du droit communautaire. D'un point de vue plus positif, une telle jurisprudence signifie que le juge constitutionnel renonce à l'exercice de son contrôle face à des dispositions de loi qui tirent les conséquences nécessaires de dispositions communautaires qui se heurteraient aux autres dispositions constitutionnelles (que celles expresses et spécifiques). L'équilibre s'établit ainsi : la renonciation de principe à l'exercice du contrôle est contrebalancée par un contrôle exceptionnel.

Si l'on s'intéresse ensuite au fond du contrôle, plusieurs éléments entrent en ligne de compte. En premier lieu, sans doute, le fait que contrôle s'inscrive dans une perspective conflictuelle vis-à-vis du droit communautaire. Dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité *a priori*, en l'absence de conflit normatif, les traités communautaires sont contrôlés au regard de l'ensemble des normes constitutionnelles en France comme en Espagne. On s'étonnera cependant que le contrôle du

D. H. SCHEUING, Rapport allemand, Documents provisoires, in *Constitution européenne et constitutions nationales*, XXI^{ème} Table ronde internationale, 9-10 septembre 2005.

⁷⁶ Voir notamment : C.C., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique, précit.*, Considérants n° 7 et 9, pour la référence à une disposition « spécifique » voir les commentaires aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*.

Conseil constitutionnel soit intégral alors que celui du Tribunal constitutionnel ne l'est pas. Les conséquences du contrôle de constitutionnalité étant les mêmes, la contrariété d'une stipulation du traité appelant en cas de ratification une révision constitutionnelle préalable, l'étendue du contrôle devrait être la même. Là où le Conseil constitutionnel fait prévaloir la compatibilité « absolue » de l'ordre juridique interne avec le traité communautaire contrôlé, le Tribunal s'en tient à la saisine qui lui a été adressée.

Dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*, plusieurs éléments contribuent à limiter l'exercice du contrôle. Le respect du droit communautaire, tout d'abord, exclut tout contrôle *a posteriori* non seulement du droit communautaire originaire, mais également du droit communautaire dérivé. Dans le même sens, la présence au sein du texte constitutionnel d'une disposition d'ouverture à l'Europe invite à limiter l'exercice du contrôle ou, au moins, à ne pas l'envisager indépendamment de la portée de cette couverture constitutionnelle. Une cohérence doit être maintenue au sein du traité constitutionnel entre la clause constitutionnelle d'ouverture et les normes de référence du contrôle du droit communautaire. L'existence d'un contrôle *a priori* des traités exclut encore, en principe, un contrôle *a posteriori*. Un traité entré en vigueur dans l'ordre interne jouit d'une présomption de constitutionnalité dont on trouve la source à la fois dans la norme constitutionnelle d'ouverture à l'Europe et dans le principe d'un contrôle exclusivement *a priori*. Une réserve doit être posée pour l'Espagne en cas de violation par le traité des principes fondamentaux de la démocratie espagnole. Pour l'Allemagne, la situation est complexe avec l'existence parallèle d'un contrôle *a posteriori* direct du droit communautaire dérivé et indirect *a priori* et *a posteriori* du droit communautaire originaire.

Face à ces contraintes, plusieurs voies ont été explorées afin de justifier l'exercice du contrôle. Ces justifications sont autant plus nécessaires qu'un contrôle de constitutionnalité du droit communautaire en vigueur n'est pas inscrit dans la Constitution et traduit une construction jurisprudentielle prétorienne de la Cour constitutionnelle. Tel est le cas en particulier, dans les hypothèses déjà mentionnées, de l'Espagne, la France et l'Italie. La situation allemande est en partie différente car la construction prétorienne de la Cour constitutionnelle fédérale a été formalisée dans la Constitution avec la révision de 1993. Il reste que le caractère prétorien est contrebalancé en pratique par les restrictions posées à l'exercice du contrôle que ce soit du côté de la recevabilité de la requête⁷⁷ ou des conditions de mise en œuvre⁷⁸.

⁷⁷ Avec l'arrêt du 7 juin 2000 (*précité*), la Cour constitutionnelle allemande a considérablement renforcé les conditions de recevabilité d'un renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité de règlements communautaires. Pour la Cour, la motivation doit exposer « dans le détail que le développement actuel du droit relatif à la protection des droits fondamentaux dans le droit communautaire, qui comprend notamment la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, ne garantit pas de façon générale le niveau de protection des droits fondamentaux considérés comme impératifs » (B – I). Pour la Cour constitutionnelle italienne, la recevabilité d'un recours incident contre un acte de droit communautaire dérivé est subordonnée au fait qu'il ne soit pas contesté directement mais l'intermédiaire de loi interne d'adaptation ou de ratification du traité sur le fondement duquel il est intervenu et que soit indiqué dans la requête le ou les principes suprêmes ou droit inviolables prétendument violés (C.C.I., n° 509, 18 décembre 1995, G.C., n° 6, 1995, p. 4306).

⁷⁸ En France, la restriction concerne les normes de référence, il doit s'agir de dispositions expresses et spécifiques. En Italie, ainsi que dans une certaine mesure en Allemagne, l'élévation du niveau des normes de référence a le même effet. Seules les normes à constitutionnalité renforcée, c'est-à-dire des normes opposables aux lois de révision

Par rapport aux justifications avancées, la Cour constitutionnelle italienne apparaît plutôt isolée face aux autres cours. Elle suit une logique essentiellement formelle. Le droit communautaire bénéficie d'une couverture constitutionnelle dans l'article 11 de la Constitution. Devant la juridiction constitutionnelle, ne lui sont opposables que les principes suprêmes de l'ordre juridique et les droits inaliénables de la personne humaine. Ces derniers éléments sont également les normes qui sont opposables aux lois de révision constitutionnelle. L'idée peut être résumée de la manière suivante : les normes communautaires ont une valeur quasi-constitutionnelle, aussi ne peut-on leur opposer que des normes qui s'imposent aux lois de révision constitutionnelle. La justification semble difficilement contournable, même du point de vue communautaire. On ne saurait permettre au droit communautaire ce que l'on ne permet pas au pouvoir de révision constitutionnelle. Cette construction présente toutefois un inconvénient pratique. En cas de conflit entre le droit communautaire et un principe suprême ou un droit inviolable, la seule manière de sortir du conflit consiste non pas à adopter une loi de révision, qui ne peut pas plus que le droit communautaire méconnaître ces principes et droits, mais une nouvelle Constitution.

Les cours constitutionnelles allemande et espagnole partagent une perspective de préservation des valeurs nationales essentielles. Ces dernières constituent le socle des ordres juridiques et ne doivent pas être méconnues par l'ordre juridique communautaire. Toute méconnaissance de ces principes, pour improbable qu'elle soit, entraînerait l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité. Cette appréciation en terme de valeur n'est pas totalement absente de la construction de la Cour constitutionnelle italienne. Les principes suprêmes et droits inaliénables représentent la Constitution matérielle qui, selon la doctrine italienne, se rattache au « caractère non modifiable d'un ensemble de valeurs essentielles pour l'ordre juridique »⁷⁹. La perspective formelle est complétée par une perspective substantielle. A l'inverse, la conception en terme de valeur, retenue par la Cour constitutionnelle fédérale allemande, renvoie également à une conception formelle. En effet, les valeurs opposables au droit communautaire en vertu de l'article 23 de la Loi fondamentale sont celles-là même qui le sont au pouvoir de révision constitutionnelle en vertu de l'article 79-3. En France, la préservation des valeurs internes n'est apparue que de manière masquée à l'occasion du contrôle du traité établissant une Constitution pour l'Europe lors de l'examen de la charte. Le Conseil constitutionnel a en effet interprété certaines stipulations de la charte conformément à la Constitution française afin de faire prévaloir une interprétation nationale⁸⁰.

constitutionnelle, sont opposables au droit communautaire. En Espagne, on a vu que l'intervention du Tribunal était subordonnée au double échec de la résolution du conflit par la voie communautaire et par la voie de la révision constitutionnelle.

⁷⁹ M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, A.G., Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 1995, p.158.

⁸⁰ Tel est le cas, notamment, du droit, reconnu par l'article II-70 du traité établissant une Constitution pour l'Europe, de manifester individuellement ou collectivement par ses pratiques sa conviction religieuse en public. Ce droit a été interprété conformément au principe de laïcité dans sa signification française. C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *précit.*, Considérant n° 18.

L'exigence de « congruence » a été développée à l'origine par la Cour constitutionnelle allemande. Elle impose que le principe et le niveau de protection des droits fondamentaux du citoyen au sein de l'ordre juridique communautaire soient substantiellement les mêmes qu'au niveau national. A défaut, la Cour constitutionnelle s'autorisera à contrôler le droit communautaire afin de préserver le respect des droits fondamentaux. Le maintien du principe et d'un niveau de protection des droits fondamentaux justifie l'intrusion de la Cour constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel a cherché à s'inscrire dans ce mouvement sans être totalement convaincant. Il subordonne l'exercice de son contrôle indirect sur un acte de droit communautaire dérivé à l'absence de possibilité d'intervention de la Cour de justice des Communautés européennes. Le Conseil constitutionnel n'exercera son contrôle que si la Cour de justice n'est pas en mesure de le faire. D'où la référence, non dans la décision mais dans la doctrine du Conseil constitutionnel⁸¹, aux dispositions constitutionnelles « spécifiques » à la France. Le contrôle n'est justifié que si la norme constitutionnelle est propre à la France et ne se retrouve pas au niveau communautaire. En définitive, l'intervention du Conseil constitutionnel ne s'impose que s'il n'est pas possible de parvenir au même résultat au niveau communautaire. Par rapport à la cour constitutionnelle fédérale, l'analyse change. Il ne s'agit pas seulement, pour le Conseil constitutionnel, de protéger les droits fondamentaux, valeur absolue et partagée au niveau communautaire, mais également de dispositions constitutionnelles autres.

Reste une dernière justification au contrôle, qui tend à inscrire la production normative secondaire des institutions communautaires dans les limites strictes du traité et, par conséquent, de l'habilitation constitutionnelle : l'excès de pouvoir communautaire. L'habilitation constitutionnelle à la participation ne vaut que dans les termes établis dans le traité, tout dépassement des compétences au-delà des termes du traité implique l'exercice d'un contrôle par la Cour constitutionnelle.

L'exercice de ce contrôle ponctuel qui tend à marquer les limites contentieuses de la primauté communautaire ne doit pas pour autant faire oublier que le principe de l'application du droit communautaire au sein de l'ordre interne aboutit à introduire des dérogations aux normes constitutionnelles. L'application des traités communautaires appelle des dérogations à l'application normale des dispositions constitutionnelles. La métaphore du Doyen FAVOREU de la Constitution « duale » est tout à fait éclairante. Il existe ainsi des domaines purement internes, dans lesquels les dispositions constitutionnelles ont vocation à s'appliquer de manière totale, et d'autres domaines, de compétence communautaire, c'est-à-dire entrant dans le champ d'application du droit communautaire, dans lesquels certaines dispositions constitutionnelles ne s'appliqueront plus. Pour les juges constitutionnels, la justification ultime de cette sédition se trouve dans la Constitution.

⁸¹ Notamment dans les *Cabiers du Conseil constitutionnel*.

B – LE REFUS DU CONTROLE DES LOIS NATIONALES PAR RAPPORT AU DROIT COMMUNAUTAIRE

La dimension politique des choix opérés par les cours constitutionnelles trouve son expression la plus aboutie du côté de la prise en compte du droit communautaire en tant que paramètre du contrôle de constitutionnalité des lois. Si toutes les cours constitutionnelles appuient la primauté du droit communautaire sur la Constitution, aucune n'en tire pleinement les conséquences, à savoir sa compétence pour apprécier la « constitutionnalité » de la loi méconnaissant le droit communautaire. La violation du droit communautaire emporte en effet la violation consécutive et indirecte de la Constitution qui en garantit la primauté. Pour autant, les cours ne sont compétentes que pour sanctionner des inconstitutionnalités directes et non des inconstitutionnalités indirectes. Ce raisonnement est résumé dans la formule du Conseil constitutionnel selon laquelle « une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution »⁸². Que l'on soit ou que l'on ne soit pas convaincu par la distinction entre la violation « directe » et « indirecte », il est difficile de ne pas reconnaître que le contentieux touchant à la sanction du respect par les lois du droit communautaire introduit une dérogation importante dans le schéma interne du contrôle des lois. Le malaise qui en résulte a été souvent dénoncé⁸³. Coexistent un contentieux de constitutionnalité direct concentré - *contrôle de constitutionnalité* - et un contentieux de constitutionnalité indirect diffus - *contrôle de conventionnalité* -. La cohérence des constructions jurisprudentielles souffre ici de la manière la plus visible qui soit à ne s'inscrire que sous le seul angle national. La source de cette anomalie ne peut être recherchée qu'en dehors de la Constitution, dans les exigences du droit communautaire. D'un point de vue contentieux, ce n'est plus la Constitution qui conditionne le droit communautaire mais bien l'inverse. C'est bien le droit communautaire qui appelle un contrôle diffus de son respect, alors que la primauté constitutionnalisée du droit communautaire devrait, au contraire, conduire à un contrôle réservé au juge constitutionnel.

Le refus du juge constitutionnel doit être replacé dans le cadre de l'arrêt *Simmenthal* dont il convient d'exposer la portée quant au rôle du juge constitutionnel dans la sanction des violations nationales du droit communautaire. Le juge constitutionnel est tenu, à l'instar de tous les autres juges, d'écarter une loi contraire au droit communautaire, à condition que son intervention ne soit pas exclusive de celle des juges de droit commun. Sa compétence est d'autant plus justifiée, au regard de l'efficacité du droit communautaire, qu'elle produit des effets absolus du côté de la loi, contrairement à ce qui se passe devant le juge de droit commun. La règle générale pourrait alors être la suivante : *la compétence du juge constitutionnel pour sanctionner la violation du droit communautaire par une norme interne s'impose à chaque fois qu'elle permet une plus grande efficacité du droit communautaire que*

⁸² C.C., n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *précitée*, Considérant n° 5.

⁸³ Voir en particulier : 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.

celle qui résulterait de l'utilisation d'autres voies procédurales et, en particulier, de la compétence du juge ordinaire.

La réponse unanime des cours constitutionnelles est sans ambiguïté : elles ne sont pas des juges communautaires de droit commun. Aucune d'entre elles n'intègre de manière directe et explicite le droit communautaire dans les normes internes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois. Ce principe, en présence d'un mouvement d'intégration normative toujours plus fort, souffre néanmoins de certaines atténuations. La Constitution peut, et la logique constitutionnelle constitutive est préservée, en disposer autrement. L'article 88-3 de la Constitution française a été interprété par le Conseil constitutionnel comme imposant que la loi organique relative au droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires aux élections municipales respecte les prescriptions contenues dans une des stipulations du traité de l'Union et dans les mesures de droit dérivé prises pour son application⁸⁴. Une interprétation en ce sens peut être également conduite, sans que la question ne soit posée en pratique, pour l'article 88-2 de la Constitution⁸⁵. Dans son article 10 alinéa 2, la Constitution espagnole impose de manière souple comme critère d'interprétation des droits fondamentaux la prise en compte des engagements internationaux.

En Italie, le chemin communautaire de la Cour constitutionnelle a été particulièrement sinueux et témoigne des difficultés à assurer la cohérence de l'ensemble de la construction séparation/coordination des ordres juridiques à partir de la seule Constitution. Dans un premier temps la Cour a reconnu sa compétence exclusive pour sanctionner la violation du droit communautaire par les lois, sanction de l'inconstitutionnalité indirecte, avant de la rejeter afin de permettre, conformément à la jurisprudence *Simmenthal*, à l'ensemble des juges de droit commun de procéder à cette sanction. Elle s'est cependant réservée une compétence exceptionnelle pour sanctionner la violation par la loi des principes essentiels du droit communautaire et le respect du droit communautaire dépourvu d'effet direct, sans qu'une jurisprudence ultérieure ne confirme de manière certaine et convaincante l'existence de telles compétences. L'incompétence de principe du juge constitutionnel italien vaut encore aujourd'hui pour les recours par la voie incidente. Cependant, depuis deux arrêts de 1994 et 1995, la Cour constitutionnelle se reconnaît compétence, dans le cadre du contentieux par la voie principale, pour écarter une loi nationale ou une loi d'une région qui ne respecterait pas une norme communautaire. Elle justifie la différence de sa position par rapport contentieux incident notamment par le fait que, dans le contentieux par la voie principale, elle est saisie directement, sans l'intervention d'un juge de droit commun. Elle est alors seule à pouvoir intervenir efficacement pour écarter la loi nationale ou la loi régionale contraire au droit communautaire. Si, dans le cadre du contentieux par la voie incidente, le juge de droit commun peut lui-même écarter la loi contraire au droit communautaire, dans le cadre du contentieux par la voie principale, seul le juge constitutionnel est en mesure de le faire.

⁸⁴ C.C., n° 98-400 DC, 20 mai 1998, *Droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires aux élections municipales*, RJC-I, p. 749, Considérant n° 4.

⁸⁵ L'analyse conduite concerne les articles 88-2 et 88-3 dans leur rédaction actuelle et non dans leur version après l'entrée en vigueur du traité établissant une Constitution pour l'Europe.

L'intervention de la Cour constitutionnelle dans cette hypothèse fait écho aux exigences communautaires. Il reste qu'en fonction de la voie contentieuse empruntée, la contrariété à la Constitution est sanctionnée soit par le juge de droit commun, soit par la Cour constitutionnelle. Au risque d'ajouter encore à la complexité de l'ensemble, le juge constitutionnel italien a également retenu le droit communautaire comme paramètre du contrôle dans deux contentieux spécifiques : celui des lois de délégations et le contentieux par la voie incidente des lois régionales⁸⁶.

En France, comme en Italie, le droit communautaire a également fait intrusion dans le contentieux relatif au principe d'égalité. Les juges constitutionnels ont ainsi admis la conformité à la Constitution de différenciations établies par la loi qui avaient pour origine le droit communautaire. Ce dernier justifie ainsi un principe de différenciation qui, en dehors de celui-ci, ne l'aurait pas été⁸⁷.

Les juges constitutionnels sont enfin susceptibles de prendre en compte de manière totalement implicite le droit communautaire. Une telle situation, difficilement identifiable en pratique, ne saurait être envisagée ici car elle se révèle accidentelle ou, en tous cas, elle ne traduit en rien une orientation particulière des juges constitutionnels sur la prise en compte du droit communautaire dans le contentieux de constitutionnalité des lois.

Alors que la réaction des juges constitutionnels à l'intégration européenne s'était de manière traditionnelle concentrée en Allemagne et en Italie, le traité établissant une Constitution pour l'Europe a contribué malencontreusement à étendre ce mouvement à l'Espagne et à la France. La revendication « constitutionnelle » du traité a réveillé l'instinct national de préservation du Conseil constitutionnel français et du Tribunal constitutionnel espagnol. Le besoin pour les cours constitutionnelles d'inscrire le processus d'intégration dans une perspective nationale est d'autant plus fort que ce processus tend à la dépasser. Dans ce contexte, sans doute trouvera-t-on dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe les limites du développement de l'intégration européenne « à organisation internationale constante ». Comment admettre plus d'Europe, dans un processus d'intégration qui dépasse parfois les contraintes fédérales, sans passer par l'Etat fédéral ? La neutralisation par les cours constitutionnelles de l'inscription explicite de la primauté communautaire dans un traité conforte l'idée selon laquelle leur choix de politique jurisprudentielle en faveur de la primauté constitutionnelle ne saurait être renversé que par la création d'un tel Etat. Entre le caractère aléatoire de toute prévision sur cette question et la

⁸⁶ Qu'il nous soit permis, pour plus de précisions, de renvoyer sur ces développements à notre thèse : X. MAGNON, *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italien*, Thèse, Aix-en-Provence, 30 novembre 2002, p. 201 et s. et p. 245 et s.

⁸⁷ Voir à titre d'exemple pour la Cour constitutionnelle italienne : C.C.I., n° 409, 16 décembre 1998, G.C., n° 6, p. 3543, ordonnance, n° 341, 24 juillet 2000, G.C., 2000, n° 4, p. 2499 ; pour le Conseil constitutionnel : C.C., n° 2005-511 DC, 29 décembre 2004, *Loi de finances pour 2005*, JORF, 31 décembre 2004, p. 22571, Considérants n° 14, 15 et 21, n° 2005-516 DC, 7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, JORF, 14 juillet 2005, p. 11589, Considérant n° 24.

modestie à laquelle ont invité les référendums nationaux français et hollandais portant sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe, peut-être vaut-il mieux s'abstenir de toute prophétie.

Xavier MAGNON

Professeur à l'Université de Perpignan