

La jurisprudence communautaire du Conseil constitutionnel (juin 2004-novembre 2004)

X. Magnon et D. Simon

Histoires de Constitutions et de droit communautaire... Le 10 juin 2004¹, quelques jours avant que la conférence intergouvernementale arrête le texte du traité établissant une Constitution pour l'Europe, le Conseil constitutionnel développait une jurisprudence nouvelle, relative aux lois de transposition de directive communautaire, marquant pour la première fois de manière explicite le principe de primauté de la Constitution sur le droit communautaire. L'affirmation n'est pas de pure forme. Des conséquences positives en sont tirées : le droit communautaire dérivé est désormais sous la menace d'un contrôle de constitutionnalité indirect, par l'intermédiaire des lois nationales de transposition, en présence « *d'une disposition expresse contraire de la Constitution* »². Depuis le 10 juin, cette nouvelle jurisprudence aura eu l'occasion d'être appliquée à trois reprises, dans des domaines forts divers. Initiée à propos de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, elle sera réitérée à propos d'une loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, d'une autre relative à la bioéthique, et d'une dernière sur la protection des données personnelles³. Ce qui témoigne, si besoin était, de la forte pénétration du droit communautaire dans le droit interne et des potentialités d'application corrélatives de la jurisprudence sur les directives. Pour autant, cette jurisprudence n'est pas totalement défavorable au droit communautaire. Ce dernier gagne en effet une reconnaissance de sa spécificité, il est dissocié d'un point de vue constitutionnel du droit international classique. Le droit communautaire trouve désormais son fondement constitutionnel dans l'article 88-1 de la Constitution. Ce fondement nouveau permet d'ailleurs de constitutionnaliser un certain nombre d'exigences communautaires. Ainsi, le Conseil constitutionnel considère qu'il résulte des termes de l'article 88-1 de la Constitution que « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle* »⁴.

Plus classique apparaît *a priori* la décision du 19 novembre 2004 sur le *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*⁵, qui intervient moins d'un mois après la signature de ce traité le 29 octobre. Le choc des Constitutions n'aura pas — encore — eu lieu ou, pour le moins, il aura été — pour l'instant — considérablement amorti. Comme cela avait déjà été le cas en 1992 et en

¹ C.C., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, J.O.R.F., 22 juin 2004, p. 11182.

² C.C., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *précitée*, Considérant n° 7.

³ C.C., 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.

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

⁵ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, JORF, 24 novembre 2004, p. 19885.

1997, la ratification d'un traité communautaire exige une révision constitutionnelle. Rien de révolutionnaire sur ce point. La mise en œuvre de la procédure de l'article 54 de la Constitution, le contrôle de constitutionnalité *a priori* d'un engagement international, conduit ainsi à la 18^{ème} loi de révision constitutionnelle du texte de la Constitution du 4 octobre 1958⁶, à la 6^{ème} loi de révision permettant d'adapter le texte constitutionnel à des exigences d'origine internationale ou communautaire⁷. Il résulte de l'économie générale de l'article 54 de la Constitution que la voie de la révision constitutionnelle est un préalable nécessaire à la ratification d'un traité dont les stipulations ont été préalablement déclarées contraires à la Constitution par le juge constitutionnel. Selon la formule du Conseil constitutionnel, lorsque les engagements internationaux qui lui sont déférés « *contiennent une clause contraire à la Constitution, remettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle* »⁸.

Par ailleurs, alors que l'acquis communautaire trouve son fondement constitutionnel dans le titre XV de la Constitution, et plus précisément, nous l'avons vu, dans l'article 88-1 du texte constitutionnel, il y a lieu de préciser que l'appréciation de la constitutionnalité d'un nouveau traité communautaire ne porte que sur ses stipulations nouvelles⁹. Le contrôle de constitutionnalité d'un traité est exclusivement *a priori*. Conformément à l'article 54 de la Constitution notamment, le Conseil constitutionnel refuse de contrôler *a posteriori* un traité déjà en vigueur par le biais du contrôle *a priori* d'un nouveau traité qui le modifie¹⁰. Ce principe est encore rappelé dans la décision du 19 novembre 2004¹¹.

Le contrôle de constitutionnalité d'un traité communautaire s'inscrit encore plus spécifiquement dans le cadre des dispositions constitutionnelles spécifiques consacrées au droit communautaire,

⁶ Loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1er mars 2005 *modifiant le titre XV de la Constitution*, J.O.R.F., n° 51 du 2 mars 2005 p. 3696.

⁷ Trois lois de révision constitutionnelle sont intervenues dans le cadre de la procédure de l'article 54 de la Constitution (Loi constitutionnelle n° 92-554, du 25 juin 1992, *Dispositions permettant de ratifier le Traité de Maastricht*, JORF, 26 juin 1992 ; loi constitutionnelle n° 99-49 du 25 janvier 1999, *Dispositions permettant de ratifier le Traité d'Amsterdam*, JORF, 26 janvier 1999 et loi constitutionnelle n° 99-568 du 8 juillet 1999, *Dispositions permettant de reconnaître la Cour pénale internationale*, JORF, 9 juillet 1999), une dans le cadre de celle de l'article 61 (Loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993, *Droit d'asile*, JORF, 26 novembre 1993) et une suivant une voie originale faisant intervenir le Conseil d'Etat (Loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003, *Mandat d'arrêt européen*, JORF, 26 mars 2003).

Concernant cette dernière procédure, le Conseil d'Etat, saisi par le Premier ministre sur le fondement de l'article L 112-1 du C.J.A., avait jugé que, sur un point particulier, la transposition en droit français de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen était susceptible de se heurter à des obstacles d'ordre constitutionnel.

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

⁸ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérants n° 7.

⁹ Voir cependant pour une approche critique de la position du Conseil constitutionnel sur ce point, dans la mesure où le traité du 29 octobre abroge les traités antérieurs : O. DORD, « Le Conseil constitutionnel face à la « Constitution européenne » : contrôle des apparences ou apparence du contrôle ? », *A.J.D.A.*, 31 janvier 2005, n° 4, pp. 216-217.

¹⁰ Voir en particulier : C.C., n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, *RJC-I*, p. 497, Considérant n° 8.

¹¹ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérants n° 8.

et en particulier, pour les transferts de compétence, dans le cadre de l'article 88-2 qui formalise les habilitations constitutionnelles autorisant la ratification de traités dont certaines des stipulations avait été préalablement déclarées contraires à la Constitution. Le Conseil constitutionnel considère ainsi : « *qu'appellent une révision constitutionnelle les clauses du traité qui transfèrent à l'Union européenne des compétences affectant les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale dans des domaines ou selon des modalités autres que ceux prévus par les traités mentionnés à l'article 88-2* »¹².

Pour ce qui concerne les *transferts de compétence dans des domaines nouveaux*, plusieurs stipulations impliquent une révision de la Constitution : celles relatives au contrôle aux frontières, à la coopération judiciaire en matière civile, à la coopération judiciaire en matière pénale, et à la création d'un Parquet européen. Pour ce qui concerne les *modalités nouvelles d'exercice de compétences déjà transférées*, le juge constitutionnel énonce, pour la première fois de manière explicite, quelles sont précisément les « modalités nouvelles » de transfert qui impliquent une révision de la Constitution. Il s'agit des stipulations qui modifient les règles de décision applicables, dans une « *matière inhérente à l'exercice de la souveraineté nationale* » : « *soit en substituant la règle de la majorité qualifiée à celle de l'unanimité au sein du Conseil, privant ainsi la France de tout pouvoir d'opposition, soit en conférant une fonction décisionnelle au Parlement européen, lequel n'est pas l'émanation de la souveraineté nationale, soit en privant la France de tout pouvoir propre d'initiative* »¹³. Plusieurs stipulations sont « censurées » à ce titre sans que le Conseil constitutionnel n'en dresse une liste exhaustive. On retiendra en particulier les nouvelles modalités de décision concernant la coopération judiciaire en matière pénale ou encore la coopération renforcée¹⁴ et surtout les clauses passerelles. En effet, selon le Conseil constitutionnel, « *appelle une révision de la Constitution toute disposition du traité, dénommée « clause passerelle » par ses négociateurs, qui, dans une matière inhérente à l'exercice de la souveraineté nationale, permet, même en subordonnant un tel changement à une décision unanime du Conseil européen ou du Conseil des ministres, de substituer un mode de décision majoritaire à la règle de l'unanimité au sein du Conseil des ministres* »¹⁵. La perte de la maîtrise par la France de son pouvoir de blocage du processus décisionnel au sein du Conseil, par un passage à la majorité qualifiée, exige une révision de la Constitution, même si cette perte de pouvoir est elle-même subordonnée à un accord ultérieur de la France, par l'exigence d'une décision du Conseil à l'unanimité. Pour les mêmes raisons, les procédures de révision simplifiées des traités se heurtent aux dispositions constitutionnelles¹⁶.

Dernières stipulations qui exigent une intervention du pouvoir de révision constitutionnelle, celles qui reconnaissent de nouvelles prérogatives aux parlements nationaux¹⁷. Le mouvement d'attribution de compétence aux parlements nationaux par l'Union exige, à l'instar des

¹² C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 24.

¹³ *Loc. cit.*, Considérant n° 29.

¹⁴ *Loc. cit.*, Considérants n° 29 et s.

¹⁵ *Loc. cit.*, Considérant n° 33.

¹⁶ *Loc. cit.*, Considérants n° 35 et s.

¹⁷ *Loc. cit.*, Considérant n° 37 et s.

« dépossession » de compétences, une révision du texte constitutionnel. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe perturbe, par les compétences qu'il attribue au Parlement français, la répartition des compétences entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif dans le domaine du pouvoir diplomatique.

Curieusement, à l'exception de ces dernières, ce ne sont pas tant les stipulations « censurées » qui attirent l'attention, mais les développements consacrés par le Conseil constitutionnel aux stipulations qui n'exigent pas de révision constitutionnelle, essentielles tant sur le plan des principes que d'un point de vue substantiel : le principe de primauté du droit communautaire, pour la première fois formalisé dans un traité communautaire, et la charte des droits fondamentaux.

La portée des décisions récentes du Conseil constitutionnel intervenues sur le droit communautaire est double. La lecture qu'il convient d'opérer présente deux perspectives bien distinctes. Une lecture plutôt favorable au droit communautaire retiendra l'ancrage constitutionnel de la spécificité du droit communautaire (§ I). Sous cet angle, la prudence est toutefois de rigueur au regard des incertitudes générées par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. D'autant que cet ancrage constitutionnel, on y verra alors une lecture plus nationale, impose la mise en place de réserves constitutionnelles à la primauté du droit communautaire (§ II).

I – L'ancrage constitutionnel de la spécificité du droit communautaire

Face à une reconnaissance communautaire de la spécificité de son ordre juridique de plus de quarante ans, la reconnaissance de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire par le juge constitutionnel apparaîtra pour le moins comme tardive. Il aura déjà fallu attendre la révision constitutionnelle du 25 juin 1992 pour trouver dans la Constitution un titre spécifique consacré alors aux Communautés et à l'Union européenne ; puis douze ans encore, pour que la spécificité du droit communautaire se concrétise dans la jurisprudence constitutionnelle par un renvoi à ces dispositions constitutionnelles spécifiques. Après tant d'attente, l'article 88-1 de la Constitution apparaît aujourd'hui comme un fondement constitutionnel « convenu » du droit communautaire (A). Fondement ouvert au droit communautaire en général et aux exigences communautaires en particulier, le processus de constitutionnalisation qu'il ouvre n'en est pas moins équivoque (B).

A – L'article 88-1 de la Constitution, fondement constitutionnel « convenu » du droit communautaire

« 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 ». Quoi de plus naturel que de rattacher le droit communautaire à l'article introductif – article 88-1 - du Titre XV de la Constitution, intitulé « Des Communautés européennes et de l'Union européenne » ? Issu de la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, il n'apparaîtra pourtant explicitement comme fondement constitutionnel au droit communautaire dans la jurisprudence constitutionnelle qu'avec la première des décisions sur les directives, la décision du 10 juin 2004, *Loi relative à la confiance dans l'économie numérique*¹⁸.

La recherche de la « volonté » du pouvoir de révision constitutionnelle, si tant est qu'elle soit possible, est en partie malaisée au regard de la diversité des points de vue soutenus comme *a fortiori* des différentes interprétations qui en sont retenues par la doctrine. L'article 88-1 ne résulte pas d'une initiative du gouvernement mais d'un amendement d'un député. La lecture des débats portant sur cet amendement semble indiquer que cette disposition est avant tout dictée par la volonté de définir les rapports entre les Communautés et l'Union européennes et les Etats membres, tout en rappelant les fondements étatiques de la construction européenne¹⁹. L'article 88-1 est un énoncé déclaratif, et donc par définition a-normatif, de la nature inter-étatique de l'Union et des Communautés européennes, qui cristallise l'état du droit sur ce point ; toute évolution de la nature de ces organisations impliquant une modification consécutive du texte constitutionnel. A cet égard, le rapport de J. LARCHE, rendu au nom de la commission des lois constitutionnelles à propos de la révision constitutionnelle, est tout à fait éclairant. Selon ce rapport, l'article 88-1 repose sur trois principes : « l'adhésion en vertu d'un libre choix, l'absence de structure fédérale : l'Europe communautaire demeure une communauté d'Etats, [et] l'exercice en commun de compétences : cet exercice en commun ne saurait s'analyser comme un transfert à l'Europe communautaire de la souveraineté des Etats qui la composent »²⁰. A cette lecture défensive de l'article 88-1, mettant en avant la protection de la souveraineté nationale, a été

¹⁸ C.C., n° 2004-496 DC, *précitée*.

¹⁹ Voir : *J.O.R.F.*, Débats, Assemblée nationale, 3^{ème} séance, 12 mai 1992, p. 1075 et s.

Pour une interprétation en ce sens : C. GREWE, « La révision constitutionnelle en vue de la ratification du traité de Maastricht », *R.F.D.C.*, n° 11, 1992, pp. 431-432 ; F. LUCHAIRE, « L'Union européenne et la Constitution. Deuxième partie : la révision constitutionnelle », *R.D.P.*, 1992, p. 957 ; J. RIDEAU, « La recherche de l'adéquation de la Constitution française aux exigences de l'Union européenne », *R.A.E.*, n° 3, 1992, p. 37.

Depuis la décision du 10 juin 2004, la question s'est une nouvelle fois posée. Ainsi, par exemple, sans aucune ambiguïté, J. ARRIGHI DE CASANOVA a retenu que la « nouvelle interprétation de l'article 88-1 [retenue par le Conseil constitutionnel dans la décision du 10 juin 2004] s'inscrit en rupture avec celle qui a prévalu depuis la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 dont il est issu » (« Le refus du Conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire », *A.J.D.A.*, 26 juillet 2004, p. 1535).

De la même manière, le Doyen Louis FAVOREU a estimé que l'interprétation de l'article 88-1 de la Constitution par le Conseil constitutionnel « n'allait pas de soi », cette disposition ne lui paraissant pas « avoir de conséquences aussi évidentes que celles » que le Conseil constitutionnel en tire (*Le Figaro*, 17 juin 2004).

²⁰ Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle adopté par l'Assemblée nationale ajoutant à la Constitution un titre : « Des Communautés européennes et de l'Union européenne » par J. LARCHE, Sénat, n° 375, seconde session ordinaire de 1991-1992, *J.O.R.F.*, Documents parlementaires, p. 26.

ajoutée, plus récemment, une lecture plus offensive ou, pour le moins, plus positive à l'endroit du droit communautaire. Non seulement l'article 88-1 viserait à marquer le fondement étatique de la construction communautaire mais, surtout, il exprimerait « la reconnaissance par le constituant tant de l'acquis communautaire que la valeur désormais constitutionnelle de la participation de la France à la construction européenne »²¹.

L'ambiguïté, pour toute récente qu'elle soit, de la position du pouvoir de révision constitutionnelle rencontre d'ailleurs des prolongements dans la jurisprudence communautaire du Conseil constitutionnel postérieure à la révision de 1992. Ainsi, dans la décision du 2 septembre 1992, *Maastricht II*²², comme dans celle du 23 septembre 1992, *Maastricht III*²³, aucune référence n'est faite à l'article 88-1 de la Constitution. La prudence du juge constitutionnel est encore significative lors du contrôle de constitutionnalité du Traité d'Amsterdam. Dans l'énoncé des normes de référence applicables, le Conseil constitutionnel se contente d'indiquer les termes de l'article 88-1 de la Constitution²⁴. Cette mention apparaît comme surabondante dans la mesure où cette disposition ne fait que s'ajouter aux autres dispositions constitutionnelles qui autorisaient, selon une formule initiée avec la décision du 9 avril 1992, la France à « conclure, sous réserve de réciprocité, des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décisions par l'effet de transferts de compétence consentis par les Etats membres »²⁵. La référence à l'article 88-1 de la Constitution, dans la décision du Conseil constitutionnel du 3 avril 2003, sur la loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants du Parlement européen, n'est pas plus convaincante quant à la portée de cette disposition²⁶. Une lecture reconstruite *a posteriori* permettra d'y voir l'amorce, la prémonition, d'un ancrage du droit communautaire dans l'article 88-1 de la Constitution.

En tout état de cause, et quelle que soit l'interprétation que l'on retient des choix opérés par le pouvoir de révision constitutionnelle, une donnée reste indiscutable : la relative indétermination des termes de l'article 88-1. Ils sont en effet suffisamment indéterminés non seulement pour établir de manière indiscutable le fondement constitutionnel du droit communautaire, mais

²¹ J.-E. SCHOETTL, « La ratification du « Traité établissant une Constitution pour l'Europe » appelle-t-elle une révision de la Constitution française ? (Cons. const., 19 novembre 2004) », *L.P.A.*, 29 novembre 2004, n° 238, p. (pas loin de la note n° 32).

²² C.C., n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Maastricht II*, *RJC-I*, p. 506.

²³ C.C., n° 92-313 DC, 23 septembre 1992, *Maastricht III*, *RJC-I*, p. 510.

²⁴ C.C., n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam*, *RJC-I*, p. 727, Considérant n° 5.

²⁵ C.C., n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, précitée, Considérant n° 13. Cette capacité de conclure de tels engagements internationaux, même si l'on voit mal comment il aurait pu en être autrement, résultait du Préambule et des articles 3 et 53 de la Constitution du 4 octobre 1958, l'article 3 de la Déclaration de 1789 et des alinéas 14 et 15 du Préambule de 1946 (Considérents n° 9 et s.). Dans la décision du 31 décembre 1997, la référence à l'article 88-1 de la Constitution ne fait que s'ajouter à ces dispositions pour parvenir à conférer la même capacité juridique à la France. Voir : C.C., n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam*, précitée, Considérents n° 1 et s.

²⁶ C.C., n° 2003-468 DC, 3 avril 2003, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants du Parlement européen*, *J.O.R.F.*, p., Considérant n° 36.

également pour tirer toutes les conséquences internes de l'appartenance à l'Union européenne. Ils ouvrent la voie à une constitutionnalisation des exigences communautaires dont les conséquences restent encore à mesurer. A partir de la décision du 10 juin 2004, le Conseil constitutionnel rattache le droit communautaire à l'article 88-1 de la Constitution dans des termes explicites. Le nouveau fondement constitutionnel reconnu au droit communautaire manifeste un véritable changement de l'orientation du juge constitutionnel français dont on retrouve les traces dans la série de décisions portant sur les directives communautaires et dans la décision du 19 novembre 2004 portant sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

Là où, dans la décision sur le traité d'Amsterdam, il se contentait d'énoncer les termes de l'article 88-1, le Conseil y ajoute dans un premier temps, une conséquence positive dans la décision du 10 juin 2004. En effet, il a jugé, en se fondant sur l'article 88-1 de la Constitution, que « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle* »²⁷. Alors que jusqu'à présent, la primauté du droit communautaire était fondée, à l'instar de ce qui se passe pour le droit international classique, sur l'article 55 de la Constitution, elle emprunte désormais un autre fondement plus adapté aux exigences spécifiques au droit communautaire, la transposition des directives par exemple, et qui permet d'intégrer de manière directe le droit communautaire dérivé dans le domaine d'application du principe de primauté²⁸. Pour reprendre une expression chère à la doctrine et à la Cour constitutionnelle italienne, le droit communautaire est désormais sous la « couverture constitutionnelle » de l'article 88-1 de la Constitution²⁹.

Dans un second temps, avec la décision du 19 novembre 2004, le Conseil précise les contours comme la portée de la couverture constitutionnelle offerte au droit communautaire par l'article 88-1 de la Constitution. Il y a lieu sur ce point de mettre en parallèle l'énoncé des normes de référence dans cette décision avec celui déjà mentionné de la décision de 1997 sur le Traité d'Amsterdam. Déjà, avant de rappeler l'énoncé de l'article 88-1, le Conseil considère « *que la République française participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne dans les conditions prévues par le titre XV de la Constitution* »³⁰. Il s'agit d'une couverture conditionnante : la

²⁷ C.C., 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique, précitée*, Considérant n° 7.

Voir également : C.C., n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, précitée*, Considérant n° 18 ; n° 2004-498 DC, 29 juillet 2004, *Loi relative à la Bioéthique, précitée*, Considérant n° 4 ; n° 2004-499 DC, 29 juillet 2004, *Protection des données personnelles, précitée*, Considérant n° 7.

²⁸ Par le biais de l'article 55 de la Constitution, la primauté du droit communautaire était reconnue de manière indirecte par le Conseil constitutionnel par le biais de l'article 249 alinéa 2 du Traité C.E. La primauté des stipulations du traité concernant les effets du droit communautaire dérivé entraînait par voie de conséquence la primauté du droit communautaire lui-même. Voir en particulier : C.C., n° 77-89 et n° 77-90 DC, 30 décembre 1977, *Prélèvements isoglucose, RJC-I*, respectivement p. 54 et s. et p. 55 et s., Cons. n° 6 et Cons. n° 3 et 4 (article 249 alinéa 2 alors article 189 alinéa 2 du Traité C.E.E.).

²⁹ Sur ce point, v. notamment X. MAGNON, « Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire », *Europe*, août-septembre 2004 Etude n° 9, sp. p. 7. Voir également, du même auteur : *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italien*, Thèse Aix Marseille III, 2002, 777 p.

³⁰ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 5 (souligné par nous).

participation n'est pas tant autorisée que conditionnée par la Constitution. C'est donc bien l'interprétation première de l'article 88-1, l'ancrage étatique de la construction communautaire, que l'on retrouve ici. Cette disposition a une portée constitutive et non une portée déclarative. Il ne s'agit pas de reprendre un principe de primauté pré-existant dans une source extérieure mais bien de poser un tel principe, concernant des normes externes, par une norme constitutionnelle interne : « la Constitution française » se situe « au sommet de l'ordre juridique interne »³¹. Le juge constitutionnel ajoute encore que par l'article 88-1 « le constituant a (...) consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international »³². La spécificité constitutionnelle reconnue au droit communautaire répond à la spécificité de ce dernier : l'ordre juridique communautaire est intégré à l'ordre juridique et doit être dissocié de l'ordre juridique international. Il n'est d'ailleurs plus fait référence à une « organisation internationale permanente... »³³ mais à une « organisation européenne permanente... »³⁴. Ce n'est donc plus l'article 55³⁵, ni le principe *pacta sunt servanda*, relayé par l'alinéa 14 du Préambule de 1946³⁶, ni la combinaison des deux³⁷, qui fondent désormais les obligations découlant du droit communautaire, mais le seul article 88-1 de la Constitution. La dissociation du droit communautaire du droit international est consommée dans des termes qui, par certains côtés, révèle quelques ironies de l'histoire.

Pour reprendre une analyse conduite par une partie de la doctrine, la position retenue par la Cour de justice, qui fonde la primauté du droit communautaire sur sa spécificité et non sur le principe « international » de primauté, devrait être recherchée dans des motifs d'opportunité. En alignant la primauté du droit communautaire sur celle du droit international, le premier se serait heurté aux mêmes objections que le second dans les ordres juridiques étatiques d'inspiration dualiste. Eloigner le droit communautaire du droit international était la seule manière d'inviter les Etats à adopter une solution spécifique pour le droit communautaire, plus favorable que celle traditionnellement réservée au droit international traditionnel. B. DE WITTE estime en ce sens que l'arrêt *Costa*³⁸ contiendrait une double logique : « une logique apparente, qui déduit la primauté du droit communautaire de sa nature propre et une logique intérieure, exactement inverse, qui déduit la nature spécifique du droit communautaire de la nécessité de lui assurer la priorité au plan interne »³⁹. P. PESCATORE a en quelque sorte reconnu cette tendance en considérant que « c'est pour contrecarrer [les solutions retenues par le droit national en matière

³¹ *Loc. cit.*, Considérant n° 10.

³² *Loc. cit.*, Considérant n° 11.

³³ C.C., n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, précitée, Considérant n° 13 ; n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam*, précitée, Considérant n° 6.

³⁴ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, précitée, Considérant n° 6.

³⁵ Voir par exemple : C.C., n° 70-39 DC, 19 juin 1970, *Traité des Communautés européennes*, RJC-I, p. 21, Considérant n° 5.

³⁶ Voir par exemple : C.C., n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Maastricht I*, précitée, Considérant n° 7.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, Aff. 6/64, *Rec.*, 1964, p. 1149 et s.

³⁹ Sur l'ensemble de ces développements, voir : B. DE WITTE, « Retour à « Costa ». La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *R.T.D.E.*, 1984, pp. 442-446, spécifiquement p. 445.

de droit international public et privé] que la Cour communautaire n'a pas cessé de placer l'accent sur la spécificité et l'autonomie du droit communautaire »⁴⁰. Dans cette perspective, la tradition moniste, même interniste, dans laquelle s'inscrit l'ordre juridique français n'a pas été un obstacle à la reconnaissance de la primauté et des principales caractéristiques du droit communautaire. L'alignement du droit communautaire sur le droit international satisfaisait les exigences communautaires. A partir de la décision du 10 juin 2004, la spécificité constitutionnelle du droit communautaire, dissocié du droit international classique, marque, paradoxalement, un certain recul du statut du droit communautaire. Cette dissociation s'accompagne en effet du principe d'un contrôle de constitutionnalité indirect, par le biais des normes internes de transposition, du droit communautaire dérivé, ce qui n'est pas le cas pour le droit international classique. Le droit international conventionnel classique en vigueur bénéficie en effet d'une immunité contentieuse et d'une capacité dérogoratoire vis-à-vis des normes constitutionnelles simples⁴¹. On aboutit à un résultat inverse à celui qui était recherché à l'origine par la Cour de Justice, lié au « contexte moniste » de l'ordre juridique français.

La portée du fondement constitutionnel du droit communautaire doit être enfin mesurée au regard de la révision constitutionnelle consécutive à la décision du Conseil constitutionnel du 19 novembre 2004 sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Ainsi, et c'est ce qui apparaît le plus évident, l'article 88-1 n'apparaît pas comme une clause générale d'ouverture au droit communautaire. Cette disposition cristallise l'acquis communautaire, toute nouvelle évolution étant susceptible de donner lieu à l'application de la procédure de l'article 54 de la Constitution et, le cas échéant, à une révision de la Constitution. Cette validation de l'acquis communautaire doit s'entendre cependant sous une réserve : l'existence d'un contrôle indirect *a posteriori* du droit communautaire dérivé dans des cas limités. La remise en cause du droit communautaire en vigueur doit être sur ce point être comprise comme une remise en cause du droit communautaire originaire dans ses stipulations relatives au droit communautaire dérivé.

La loi de révision constitutionnelle du 1^{er} mars 2005⁴² prévoit deux rédactions différentes de l'article 88-1 qui se succéderont dans le temps. Jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, et après l'entrée en vigueur de la révision constitutionnelle, l'article 88-1 de la Constitution dans la rédaction actuelle sera complété par un second alinéa selon lequel : « [la République] peut participer à l'Union européenne dans les conditions prévues par le traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004 ». Après l'entrée

⁴⁰ P. PESCATORE, « L'application du droit communautaire dans les Etats membres », in *Cour de justice des Communautés européennes. Rencontre judiciaire et universitaire 27-28 septembre 1976. Rapports*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 1976, p. VI-12. Voir cependant *contra* : R. KOVAR, « Ordre juridique communautaire. Primauté du droit communautaire », *Editions Techniques - Juris-Classeurs*, 1991, Europe, Fasc. 431, § 5 et 6.

⁴¹ L'expression de norme constitutionnelle simple entend marquer l'existence, au sein de la Constitution du 4 octobre 1958, d'une *différenciation des procédures de formalisation du droit constitutionnel*. Les normes constitutionnelles simples sont alors celles qui peuvent être modifiées par la procédure de l'article 89 de la Constitution, les normes constitutionnelles supérieures, comme celle concernant la forme républicaine du gouvernement, qui ne peuvent pas l'être.

⁴² Loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1^{er} mars 2005 *modifiant le titre XV de la Constitution, précitée*.

en vigueur du traité, l'article 88-1 disposera que : « Dans les conditions fixées par le traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004, la France participe à l'Union européenne, constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences ». Pour ne s'en tenir qu'à la version « définitive » de l'article 88-1 de la Constitution, on retrouve les principes antérieurs : un principe de participation à l'Union européenne, l'ancrage étatique de la construction communautaire et, nouveauté relative, une cristallisation du droit communautaire au traité établissant une Constitution pour l'Europe. Nouveauté relative dans la mesure où la référence à des traités communautaires précis existait déjà dans le titre XV de la Constitution, aux articles 88-2 et 88-3 « Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992 », « Traité instituant la Communauté européenne dans sa rédaction résultant du traité signé le 2 octobre 1997 ». Une telle mention n'était cependant faite que par rapport à certains domaines de compétence transférés pour lesquels une révision constitutionnelle était exigée par une déclaration antérieure de contrariété à la Constitution. La référence au traité ne concernait que les domaines de compétences pour lesquels une autorisation constitutionnelle avait été donnée. Il reste que si les autorisations constitutionnelles ponctuelles, par domaine de compétence, étaient possibles jusqu'au traité établissant une Constitution pour l'Europe, compte tenu des décisions du Conseil constitutionnel, tel n'est plus le cas désormais. Dans la décision du 19 novembre 2004, le juge constitutionnel n'a plus explicitement énoncé toutes les stipulations du traité qui exigeaient une révision de la Constitution. Certaines formules sont à cet égard significatives : « *qu'appellent une révision de la Constitution (...) notamment les articles...* » ; « *qu'il en va de même (...) notamment de l'article...* »⁴³. Le pouvoir de révision est ainsi invité à renoncer aux autorisations ponctuelles, par domaine de compétence, pour poser une habilitation constitutionnelle plus générale. C'est d'ailleurs ce qu'il fait, tout en gardant le principe d'une l'habilitation « dans les conditions » fixées par le traité pour lequel une révision est intervenue. Par rapport à l'utilisation qui en était faite antérieurement dans le titre XV de la Constitution, deux remarques méritent d'être formulées.

Une première remarque concerne l'étendue de l'habilitation au regard des modifications ultérieures de ce traité. La formule « dans les conditions prévues par le traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004 » peut recevoir des interprétations différentes. D'un côté, la référence au traité « signé le 29 octobre 2004 » concernerait non seulement le traité dans la version du 29 octobre 2004 mais également ses modifications ultérieures, étant entendu que le traité du 29 octobre 2004, même modifié, est toujours le traité du 29 octobre 2004. L'habilitation générale même conditionnée au traité emporterait ainsi des effets pour l'avenir. D'un autre côté, l'habilitation peut être interprétée comme ne concernant que le traité du 29 octobre 2004, dans sa version du 29 octobre. Cette seconde interprétation ne saurait pourtant être retenue par les conséquences qu'elle emporterait. Si l'habilitation ne vaut que pour le traité du 29 octobre dans son énoncé du 29 octobre, alors le pouvoir de révision

⁴³ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérants n° 30 et 31 (souligné par nous). Pour une lecture réservée de ces formulations usant (ou abusant ?) de l'adverbe « notamment », voir D. SIMON, « L'examen par le Conseil constitutionnel du traité portant établissement d'une Constitution pour l'Europe : fausses surprises et vraies confirmations », *Europe*, février 2005, Etude n° 2.

constitutionnelle devra intervenir à chaque modification du traité. Peu importe que le Conseil constitutionnel soit ou non saisi d'un traité modifiant le traité du 29 octobre, l'habilitation ne valant que pour celui-ci, toute modification exigera l'intervention du pouvoir de révision. Aussi, la première interprétation paraît-elle plus satisfaisante. L'habilitation constitutionnelle porte sur le traité du 29 octobre ainsi que sur ses modifications ultérieures, à condition toutefois que les modifications du traité n'aient pas été déclarées contraires à la Constitution par le Conseil constitutionnel, saisi sur le fondement de l'article 54 de la Constitution. La portée de l'habilitation concerne donc le traité du 29 octobre ainsi que ses modifications ultérieures sous réserve, pour ces dernières, de la mise en œuvre de la procédure de l'article 54 de la Constitution et des conséquences qui y sont, le cas échéant, attachées.

Une autre remarque sur le conditionnement de l'habilitation sera faite sous la forme d'interrogation. La formule « *dans les conditions fixées* par le traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004... »⁴⁴ renvoie à celle contenue dans l'article 88-3 de la Constitution, et surtout à son interprétation par le juge constitutionnel, qui sera modifiée sur ce point après l'entrée en vigueur du traité établissant une Constitution pour l'Europe selon ce qui a été prévu par la révision du 1^{er} mars 2005 : « *selon les modalités* prévues par le traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France »⁴⁵. Sur le fondement de cette disposition, le Conseil constitutionnel avait jugé que le législateur organique devait respecter les stipulations du traité sur l'Union européenne relatives au droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires, ainsi que les actes de droit communautaire dérivé pris en application de ces stipulations⁴⁶. Si l'on peut s'interroger sur la pérennité de cette jurisprudence après la modification rédactionnelle de l'article 88-3 de la Constitution, ne pourrait-on pas voir dans les termes du nouvel article 88-1 de la Constitution une invitation à la transposition de cette jurisprudence « droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires » à l'ensemble du droit communautaire. D'aucun y verront un ancrage constitutionnel à un abandon, pour ce qui concerne le droit communautaire, de la jurisprudence *I.V.G.* du Conseil constitutionnel⁴⁷, ce qui

⁴⁴ Souligné par nous.

⁴⁵ Souligné par nous. La même expression était d'ailleurs contenue dans les alinéas 1 et 2 de l'article 88-2.

⁴⁶ Selon la formule du Conseil constitutionnel, il « résulte de la volonté même du constituant qu'il revient au Conseil constitutionnel de s'assurer que la loi organique [relative au droit de vote et aux conditions d'éligibilité des ressortissants communautaires aux élections municipales] respecte » le paragraphe 1 de l'article 8 B (aujourd'hui article 19) du Traité C.E. et la directive du Conseil du 19 décembre 1994 qui en détermine les modalités d'application (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).

⁴⁷ Pour une interrogation en ce sens après la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2004 : J.-P. CAMBY, « Le droit communautaire est-il soluble dans la Constitution ? », *R.D.P.*, 2004, p. 883 ; B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé (A propos de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004) », *R.F.D.A.*, juillet-août 2004, p. 660 ; A. LEVADE, « Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé », *R.D.P.*, 2004, pp. 908-909.

Pour une position retenant pour l'avenir un principe de contrôle de constitutionnalité des lois aux directives par le Conseil constitutionnel : J. ROUX, « Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution », *R.D.P.*, 2004, pp. 924-926.

marquerait d'une manière plus dynamique encore la spécificité du droit communautaire nouvellement reconnue. La constitutionnalisation de l'obligation de transposition des directives communautaires plaide également en ce sens.

B – La constitutionnalisation équivoque des exigences communautaires

Le Conseil constitutionnel dans ces décisions ~~précitées [à supprimer/note 48 à ajouter]~~ des 10 juin, 1^{er} juillet, ~~20 juillet [à ajouter]~~ et 29 juillet 2004⁴⁸ fonde bien, ainsi qu'on vient de le constater, son raisonnement sur l'article 88-1 de la constitution. La décision du 19 novembre 2004 vient conforter cette approche, en réitérant, avec une insistance significative, l'idée selon laquelle c'est bien à l'aune de l'article 88-1 qu'il convient désormais d'évaluer la portée de la primauté du droit communautaire telle que consacrée à l'article I-6 du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe.

Ces affirmations ont donné lieu à des interprétations qui peuvent paraître quelque peu euphoriques quant à un ralliement historique de la juridiction constitutionnelle française aux exigences de la primauté du droit communautaire, telles qu'elles ont été exprimées avec une remarquable constance par le juge communautaire depuis l'arrêt *Costa c/ ENEL*. La presse a salué cet événement en estimant que « pour la première fois, le Conseil affirme ainsi la supériorité du droit européen sur la Constitution elle-même »⁴⁹ ; certains éminents constitutionnalistes ont considéré dans des termes analogues que « le juge constitutionnel assure par cette jurisprudence la prévalence du droit communautaire sur le droit national, y compris constitutionnel »⁵⁰, ou encore que « le juge constitutionnel, en particulier, dans la décision du 10 juin 2004, tire les conséquences de la constitutionnalisation de l'Union »⁵¹.

La solution consistant à fonder de l'obligation de transposition en droit interne des directives sur une « exigence constitutionnelle » issue de l'article 88-1⁵² justifie-elle un tel enthousiasme ? S'agit-il d'une véritable révolution culturelle dans la jurisprudence constitutionnelle française ?

Certes, on ne peut manquer d'être frappé par la « constitutionnalisation » de l'obligation de transposition des directives. D'obligation communautaire, fondée sur l'article 249 du traité CE et

⁴⁸ Décisions *précitées*.

⁴⁹ H. GATTEGNO et C. JAKUBYSZYN, Le droit européen prime désormais sur la Constitution française, *le Monde*, 17 juin 2004, p. 8.

⁵⁰ B. MATHIEU, Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne en s'appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales, *Daloz* 2004 n° 25, p. 1739 ; v. également du même auteur, Une décision qui montre clairement que le roi est nu, *Le Monde* 17 juin 2004, p. 8.

⁵¹ F. CHALTIEL, Nouvelles variations sur la constitutionnalisation de l'Europe, à propos de la décision du Conseil constitutionnel sur l'économie numérique, *RMCUE* 2004, p. 450 s., sp. p. 454.

⁵² C.C., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, Considérant n° 7 ; n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, Considérant n° 18 ; n° 2004-498 DC, 29 juillet 2004, Considérant n° 4 ; n° 2004-499 DC, Considérant n° 7.

subsidièrement sur le principe de loyauté communautaire énoncé à l'article 10 CE, la transposition des directives en droit interne devient une exigence constitutionnelle, imposée au législateur et à l'exécutif par la Constitution elle-même. De plus, cette « couverture constitutionnelle », pour reprendre la terminologie utilisée par la Cour constitutionnelle italienne⁵³, s'appuie sur un titre spécifique, à savoir l'article 88-1, inséré comme on le sait lors de la révision constitutionnelle opérée à l'occasion de la ratification du traité de Maastricht. Cette référence consacre, ainsi qu'on l'a relevé, la spécificité de l'ordre juridique communautaire par rapport aux engagements internationaux relevant de l'article 55 de la constitution. S'il pouvait subsister une ambiguïté au lendemain des décisions rendues au cours de l'été 2004, la décision du 19 novembre 2004 relative au traité constitutionnel lève toute incertitude sur ce point : en insérant le Titre XV intitulé « des Communautés européennes et de l'Union européenne, « le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et *distinct de l'ordre international* »⁵⁴. Il s'agit donc bien d'une novation non négligeable⁵⁵ : ce n'est plus l'article 55⁵⁶, ni le principe *pacta sunt servanda*, relayé par l'alinéa 14 du Préambule de 1946⁵⁷, ni la combinaison des deux⁵⁸, qui fondent désormais les obligations découlant du droit communautaire, mais la disposition en vertu de laquelle « la République participe aux Communautés européennes, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences ».

DEJA dit plus, les deux dernières phrases ayant été intégrées dans les développements

??? = discussion sur la portée de 88-1 (travaux préparatoires, valeur descriptive, « annonce de plan »...) + Favoreu Figaro Cela n'allait pas de soi... + Arrighi de Casanova, AJDA 26/07/2004 p. 1535+ Référence à 88-1 dans la déc 2003 468 DC élection des conseillers généraux...

fait plus haut

Question : jp valable seulement pour directives ? Quid règlements ?

selon moi jurisprudence applicable également aux règlements

La portée théorique de cette « dé-banalisation »⁵⁹ explicite du droit communautaire est loin d'être négligeable. D'une part, elle devrait imposer aux juridictions ordinaires de différencier à l'avenir le traitement contentieux des rapports entre le droit communautaire et le droit interne par rapport

⁵³ Sur ce point, v. notamment X. MAGNON, Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire, Europe août-septembre 2004 Etude n° 9, sp. p. 7. Voir également X. Magnon, Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italien, Thèse Aix Marseille III, 2002.

⁵⁴ C.C., n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Considérant n° 11, italiques ajoutées.

⁵⁵ Même si le Conseil constitutionnel avait déjà qualifié antérieurement le système juridique communautaire d'« ordre juridique propre » (C.C., n° 92-308 DC du 9 avril 1992, RJC p. 497, sp. Considérant n° 34

⁵⁶ Comme par exemple dans la décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, RJC p. 21, sp. Considérant n° 5

⁵⁷ Comme par exemple dans la décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, RJC p. 497, sp. Considérant n° 7

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Sur la thèse de la « banalisation » du droit communautaire, voir par ex. D. SIMON, Les fondements de l'autonomie du droit communautaire, *in*, Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles, SFDI, Colloque de Bordeaux, Paris Pedone 2000, p. 207 s., sp. p. 212.

au statut contentieux du droit international conventionnel dans l'ordre national, contrairement aux fondements du raisonnement développé par certaines juridictions internes et notamment le Conseil d'Etat⁶⁰. En tout état de cause, l'obligation constitutionnelle de transposition s'impose à l'évidence aussi bien au législateur qu'à l'exécutif, ce qui implique pour le juge administratif l'obligation de tirer les conséquences de cette jurisprudence constitutionnelle dans l'exercice de son contrôle sur les actes administratifs portant transposition de directives communautaires. C'est nécessairement l'ensemble du droit national d'exécution des directives communautaires, ce droit « national dans sa forme » mais « communautaire dans son fondement et dans sa substance »⁶¹ qui est constitutionnellement asservi à l'obligation constitutionnelle de transposition.

D'autre part, et peut-être surtout, la constitutionnalisation de l'obligation de transposition des directives comporte une série d'implications quant au contrôle qui peut être opéré sur la conformité à la Constitution des lois portant transposition de directives communautaires. A cet égard, **on peut** tenter de rendre compte de la prise de position du Conseil constitutionnel en dressant une sorte de typologie des scénarios susceptibles de se présenter. **On peut** tout d'abord envisager l'hypothèse où le juge constitutionnel est appelé à exercer son contrôle sur la loi de transposition d'une directive sans que le contenu de celle-ci soit affecté. Deux cas de figure peuvent alors se présenter.

D'une part, la loi de transposition peut être contestée pour violation des règles constitutionnelles de procédure : le juge constitutionnel pourra alors la juger inconstitutionnelle, sans que soit mise en question l'immunité constitutionnelle des directives communautaires. Certes, l'interdiction de promulguer la loi de transposition invalidée pourra placer la France en situation de manquement à l'article 249 CE, laquelle pourra être sanctionnée par le juge communautaire sur la base des articles 226 à 228 CE. Mais le risque peut être aisément surmonté par le législateur, qui aura seulement à purger la loi de transposition de son vice formel afin d'assurer le respect de l'obligation constitutionnelle de transposition⁶².

D'autre part, la loi de transposition peut être censurée en tant qu'elle contient des dispositions extérieures à la transposition *stricto sensu* : si une sorte de « cavalier législatif » est inséré à l'occasion du vote d'une loi de transposition, sans que la disposition en cause soit *nécessaire* à la transposition effective et intégrale de la directive, la sanction prononcée par le juge

⁶⁰ Voir notamment CE Ass 3 juillet 1996 Koné, Rec. 255, RFDA 1996, 882, notes L. Favoreu, P. Gaia, H. Labayle, P. Delvolvé ; CE Ass 30 octobre 1998 Sarran, Levacher et autres, RFDA 1999, 57 notes L. Dubouis, B. Mathieu et M. Verpeaux, O. Gohin ; Europe mars 1999 chron 3, obs. D. Simon. Voir également D. Alland, Consécration d'un paradoxe : la primauté du droit interne sur le droit international, RFDA 1998, 1092.

⁶¹ Selon les formules de R. Kovar, Le droit national d'exécution du droit communautaire : essai d'une théorie de l'écran communautaire, in L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à J. Boulouis, Paris Dalloz 1991, p. 342.

⁶² Ce cas de figure peut s'appuyer sur les décisions rendues antérieurement par le Conseil constitutionnel : C.C., n° 30 décembre 1977, 77-89 DC et 77-90 DC, RJC-I, p. 5^e et 55 s., affaire dite des prélèvements isoglucose, à propos de la mise en œuvre de règlements communautaires ; C.C., n° 29 décembre 1978, 78-100 DC, RJC-I, p. 65 à propos de la transposition d'une directive communautaire

constitutionnel ne remet pas non plus en cause ni l'immunité constitutionnelle de la directive, ni l'obligation de transposition, ni plus largement le principe de primauté du droit communautaire⁶³. Mais il se peut en d'autres circonstances que le juge constitutionnel ait à se prononcer sur la constitutionnalité de la loi de transposition précisément au motif que son contenu, imposé par l'obligation de transposer fidèlement la directive, rien que la directive mais toute la directive⁶⁴ serait incompatible avec la constitution. Tout dépend alors, selon les précisions apportées par le Conseil constitutionnel dans ses décisions de l'été 2004⁶⁵, du point de savoir si le législateur « *se borne à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises* » de la directive communautaire.

Si tel est le cas, les griefs d'inconstitutionnalité ne peuvent être « *utilement présentés à son encontre* » ; en d'autres termes, le Conseil constitutionnel s'estime incompétent pour opérer un contrôle de compatibilité avec la Constitution et corrélativement, les dispositions en cause des directives communautaires bénéficient de l'immunité constitutionnelle.

Dans le cas contraire, le Conseil constitutionnel se juge compétent pour procéder à un contrôle de constitutionnalité « normal », qui a d'ailleurs été explicitement effectué à propos de la loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle⁶⁶. Si le Conseil constitutionnel estime inconstitutionnelles les dispositions de la loi de transposition qui ne se bornent pas à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises de la directive, il est évident qu'il fait ainsi obstacle à sa transposition, ou du moins à sa transposition en temps utile, et expose la France à un recours en constatation de manquement, à moins que le législateur ne vide rapidement de son « venin inconstitutionnel » le texte de transposition⁶⁷.

La logique du raisonnement du Conseil constitutionnel reposerait ainsi sur une distinction, parmi les mesures prises en vue d'exécuter un règlement ou de transposer une directive, entre celles qui sont prises *en application* de l'acte communautaire — et bénéficient alors d'une immunité contentieuse — et celles qui sont prises *pour l'application* ou *à l'occasion de l'application* de l'acte

⁶³ Cette hypothèse peut également être illustrée par des prises de position antérieures du Conseil constitutionnel : C.C., n° 80-126 DC, 30 décembre 1980, *Loi de finances pour 1981*, RJC-I, p. 89 ; n° 2000-440 DC, 10 janvier 2001, *JORF*, 16 janvier 2001, *Loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports* ; n° 2000-441 DC, 28 décembre 2001, *Loi de finances rectificative pour 2001, précitée* (loi tirant les conséquences d'une condamnation de la Cour de justice des Communautés européennes et permettant la mise en conformité avec une directive).

⁶⁴ En ce sens et plus largement sur la portée des obligations s'imposant aux autorités nationales au titre de la transposition des directives, v. par ex. D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris PUF 3ème éd. 2001, sp. § 267 ; *La directive européenne*, Paris Dalloz 1997.

⁶⁵ C.C., n° 2004-496 DC, Considérant n° 9 ; n° 2004-497 DC, Considérant n° 19 ; n° 2004-498 DC, Considérant n° 17 ; n° 2004-499 DC, Considérant n° 8.

⁶⁶ C.C., n° 2004-497 DC, Considérant n° 20.

⁶⁷ Il semble en revanche difficile qu'il soit procédé à une révision constitutionnelle (autre solution théoriquement concevable de la contradiction) avant expiration du délai de transposition de la directive.

communautaire — lesquelles peuvent être annulées par le juge administratif sans qu'il ait à se prononcer sur la validité du droit communautaire⁶⁸.

Je ne comprends pas la différence entre les deux termes de l'alternative peut-être faudrait-il expliciter

Il appert par conséquent du raisonnement du Conseil constitutionnel que le critère de la « justiciabilité constitutionnelle » résulte — apparemment au moins — de la combinaison de deux éléments tenant l'un à la directive, l'autre à la loi.

D'une part, l'intensité normative de la directive est prise en compte, dans la mesure où sont visées les dispositions inconditionnelles et précises. On s'abstiendra d'ironiser sur la consécration solennelle de la faculté pour une directive de comporter des dispositions inconditionnelles et précises, ce qui ne laisse de surprendre quand on se souvient de la guerre de tranchées menée aussi bien au Palais Bourbon qu'au Palais Royal en vue de dénier aux directives une telle intensité normative, censée entraîner une confusion inadmissible avec les règlements communautaires en violation de l'article 249 CE et au mépris de l'intention des auteurs des traités. Mais il est vrai que cette solution peut permettre aux institutions communautaires de préférer l'insertion de dispositions inconditionnelles et précises plutôt que de règles générales laissant une marge d'appréciation à l'autorité de transposition, en s'assurant ainsi une application échappant au verrou éventuel du contrôle de constitutionnalité. On peut penser que la référence par le Conseil constitutionnel aux dispositions précises et inconditionnelles des directives peut s'expliquer par le fait qu'une éventuelle censure de telles dispositions aurait pour seul effet d'obliger les juridictions ordinaires à tirer les conséquences contentieuses de l'effet direct des dispositions en cause. Le juge judiciaire ou le juge administratif se serait d'ailleurs trouvé en présence d'une contradiction difficile à résoudre : d'une part, l'article 62 de la Constitution⁶⁹ devrait le conduire, au moins indirectement, à prendre acte de l'inconstitutionnalité de la norme censurée, ce qui rend délicate l'application de ladite norme en tant que disposition directement applicable d'une directive en dépit de l'inconstitutionnalité déclarée de son contenu ; d'autre part, les impératifs communautaires de l'effet direct des dispositions précises et inconditionnelles des directives lui imposent en principe de faire jouer l'invocabilité de substitution, puisque ce n'est pas la directive qui est sanctionnée mais la loi nationale de transposition qui est privée d'effet...⁷⁰

D'autre part, l'appréciation du juge constitutionnel se fonde sur le rapport de stricte conformité ou de simple compatibilité retenu par le législateur. Si la loi se limite à une pure transcription de la directive, elle sera incontestable ; si elle comporte une valeur ajoutée par rapport aux exigences

⁶⁸ En ce sens, J. P. KOVAR, Commentaire des décisions du Conseil constitutionnel du 10 juin et du 1^{er} juillet 2004 : rapport entre le droit communautaire et le droit national, RTDE 2004, 587 s. sp. 590.

⁶⁹ Selon les termes de l'article 62 alinéa 2 : « Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

⁷⁰ Pour un point de vue voisin, A. LEVADE, « Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé », RDP, 2004, p. 889 s., sp. 903

impératives du texte communautaire, elle risque de subir un contrôle normal du Conseil constitutionnel.

On peut s'interroger sur la pertinence de ce double critère. En premier lieu, on peut estimer que le raisonnement du juge constitutionnel repose sur une confusion entre le degré de précision d'un énoncé juridique et son caractère obligatoire. Une disposition relativement indéterminée, laissant une marge d'appréciation à l'autorité habilitée à concrétiser la norme, n'est pas *moins obligatoire* qu'une disposition précise... En second lieu, il semble que la solution suggérée passe à côté du véritable enjeu, qui est celui de la répartition des compétences. En effet, il serait sans doute préférable de distinguer entre les hypothèses où la règle en conflit est hors du champ des compétences communautaires — auquel cas on voit mal ce qui justifierait que le droit français cède devant le droit communautaire ⁷¹ — et les hypothèses où la directive intervient dans un domaine relevant de la compétence communautaire en vertu des traités — auquel cas on voit mal en quoi le degré de précision de la directive et l'usage par le législateur de sa marge d'appréciation détermineraient l'existence ou l'absence d'un contrôle de constitutionnalité.

On peut penser par ailleurs que le Conseil constitutionnel s'est lui-même mis en position délicate, dans la mesure où le caractère inconditionnel et précis des obligations impliquées par la directive constitue par définition un problème d'interprétation de cette dernière. Or comme le reconnaît le Conseil constitutionnel, « *il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité sur l'Union européenne* » ⁷². L'incompétence du Conseil constitutionnel pour se prononcer sur la validité d'un acte communautaire de droit dérivé s'inscrit d'abord comme un impératif tiré du seul droit constitutionnel interne : ne disposant que de compétences d'attribution, le Conseil constitutionnel ne peut connaître sur le fondement de l'article 61 al. 2 que des lois votées par le Parlement ⁷³ et sur le fondement de l'article 54 que des engagements conventionnels ⁷⁴. Elle s'impose également en vertu des exigences inhérentes à l'ordre juridique communautaire telles qu'elles résultent des obligations souscrites par les Etats membres lors de la ratification des traités constitutifs : la primauté du droit communautaire implique, selon la jurisprudence de la Cour de justice, l'interdiction absolue, pour toute juridiction interne, qu'elle statue ou non en dernière instance, de prononcer l'invalidité d'un acte

⁷¹ On retrouverait ainsi la position de la Cour constitutionnelle allemande dans sa décision relative au traité de Maastricht, consacrant une réserve de constitutionnalité en cas de « *creeping legislation* » empiétant subrepticement sur les compétences retenues des Etats.

⁷² C.C., n° 2004-496 DC, Considérant n° 7, formule reprise terme à terme dans les décisions ultérieures précitées.

⁷³ A l'exclusion, comme on le sait, des lois référendaires (C.C., n° 62-20 DC, 6 novembre 1962, RJC-I, p. 11 ; 92-313 DC 23 septembre 1992, *Maastricht III*, RJC-I, p. 510) et des lois constitutionnelles (C.C., n° 2003-469 DC, 26 mars 2003, Rec 293).

⁷⁴ Y compris quand ils prennent la forme d'actes unilatéraux mais sont soumis à un processus de ratification ou d'approbation, comme les décisions du Conseil relatives aux ressources propres (C.C., n° 70-39 DC, 19 juin 1970, RJC-I, 21) ou l'« acte » relatif à l'élection de l'Assemblée au suffrage universel direct (C.C., n° 76-71 DC, 30 septembre 1976, obs. L. FAVOREU et L. PHILIP, RDP 1977, 129 ; R. KOVAR et D. SIMON, *CMLRev* 1977, 525 et *RTDE* 1977, 665).

communautaire avec comme corollaire l'obligation de saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité⁷⁵. La position du Conseil constitutionnel apparaît donc parfaitement orthodoxe. Elle n'en est pas pour autant parfaitement claire quant à sa mise en œuvre. Quelle juridiction est ainsi invitée à procéder à un renvoi préjudiciel en appréciation de validité de la directive ? Peut-on imaginer une saisine par une juridiction ordinaire ? Si la Cour a été saisie par une juridiction ordinaire de la validité de la directive et a constaté l'invalidité de celle-ci antérieurement à l'adoption de la loi de transposition⁷⁶, l'obligation de transposition disparaît ; si la saisine a lieu après promulgation de la loi de transposition le Conseil constitutionnel n'est plus conduit à se prononcer sur la portée de l'obligation constitutionnelle de transposition, même si l'on tient compte de la jurisprudence complexe relative à un possible contrôle de constitutionnalité des lois promulguées. Doit-on envisager alors que le Conseil constitutionnel viserait l'hypothèse où il saisirait lui-même la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel ? Deux obstacles d'inégale importance rendent peu probable cette éventualité inattendue ; d'une part, l'attribution au Conseil constitutionnel français de la qualité de juridiction au sens de l'article 234 CE demeure discutée, même si l'on peut estimer que cet obstacle n'est pas rédhibitoire⁷⁷, d'autre part, le délai d'un mois, voire de huit jours si l'urgence est demandée par le gouvernement, imposé au Conseil constitutionnel par l'article 61 de la constitution, rend pratiquement impossible le sursis à statuer⁷⁸, à moins d'estimer que l'obligation communautaire de l'article 234 CE prime sur la disposition expresse de l'article 61 de la constitution, ce qui n'est évidemment pas à l'ordre du jour à la lecture des décisions commentées⁷⁹. On ne peut donc que rester perplexe devant cette allusion/illusion quant au recours à un éventuel renvoi préjudiciel⁸⁰. La même conclusion s'impose s'il s'agissait d'un renvoi préjudiciel en interprétation aux fins de déterminer quelles sont exactement les dispositions précises et inconditionnelles d'une directive.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel de l'été 2004 suscite également deux autres interrogations majeures. En premier lieu, il semble que le raisonnement développé à propos de l'obligation constitutionnelle de transposition des directives ait une portée beaucoup plus large. Dans sa décision sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe, le juge constitutionnel

⁷⁵ CJCE, 22 octobre 1987, *Foto Frost*, C-314/85, Rec 4225.

⁷⁶ On sait en effet que la Cour de justice a admis la possibilité d'un contrôle incident de la validité des directives avant l'expiration du délai de transposition : CJCE 10 décembre 2002 *British American Tobacco*, C-491/01, Rec I-11453, obs. D. Simon Europe août-sept. 2002 comm 268 et AFDI 2002, sp. 515.

⁷⁷ Pour une présentation synthétique des termes du débat et une conclusion favorable à la qualification juridictionnelle, v. J. P. Kovar, note préc. RTDE 2004, sp. p. 592-593. Sur les critères retenues par le juge communautaire, v. par ex. C. Soulard, Conditions de mise en œuvre du renvoi préjudiciel, Lamy Procédures communautaires, sous la dir. de G. Canivet, L. Idot et D. Simon, 2005, fasc 285.

⁷⁸ Y compris si la Cour utilisait la procédure de l'article 104 bis du règlement de procédure.

⁷⁹ Même si l'« autorité » de ce document nécessiterait à elle seule une étude spécifique, on notera que le commentaire « établi sous la seule responsabilité des services du Conseil constitutionnel » publié sur le site du Conseil affirme sans nuance que « le Conseil ne peut saisir la CJCE à titre préjudiciel en raison du délai dans lequel il est appelé à statuer ». Voir également le « rapport français » in *Droit communautaire et droit constitutionnel*, Cahiers du cons. const. 1997 n° 4, qui concluait de manière plus subtile dans le même sens.

⁸⁰ Le commentaire « officiel » mentionné à la note précédente ne donne d'ailleurs aucun éclairage sur la signification de l'évocation du renvoi préjudiciel.

estime en effet que ces décisions du 10 juin, du 1^{er} juillet et du 29 juillet 2004 — explicitement citées dans les visas — ont défini, au-delà du cas particulier du contrôle des lois de transposition des directives, « la portée du principe de primauté du droit de l'Union ». Faut-il en déduire que la grille de lecture proposée est supposée s'appliquer à toute mesure nationale assurant la mise en œuvre d'une disposition de droit originaire ou dérivé bénéficiant de la primauté sur le droit national ?

Voir s'il faut développer ??? Remise en cause de la Jp 1977 s'agissant des règlements ?

Non a priori

En second lieu, on reste dans l'incertitude sur les conséquences de la constitutionnalisation de l'obligation de transposition des directives. *A priori*, il résulte clairement de la décision du Conseil constitutionnel que la transposition d'une directive en contradiction au moins avec les dispositions précises et inconditionnelles de celle-ci doit être analysée dorénavant comme une violation de l'article 88-1 de la Constitution et comme un comportement inconstitutionnel du Parlement. Peut-on pour autant en déduire que le Conseil se serait implicitement mais nécessairement autorisé à confronter matériellement les termes de la loi de transposition aux termes de la directive et à condamner comme une violation de l'exigence constitutionnelle de participation de la France aux Communautés et à l'Union européennes une transposition non conforme à la directive ? Une telle conclusion à laquelle s'est ralliée, semble-t-il, une partie de la doctrine ⁸¹, impliquerait alors une révolution, au moins partielle, par rapport à la jurisprudence IVG ⁸², dans la mesure où le Conseil serait amené inéluctablement à exercer un contrôle de conventionnalité (en l'occurrence de compatibilité avec la directive) de la loi de transposition. Quelles que soient les critiques que peut susciter le maintien de cette jurisprudence — notamment ne termes de « banalisation » du droit communautaire par rapport à la situation des traités internationaux ordinaires —, quelles que soient les discussions qui portent sur la pérennité de la « doctrine IVG » ⁸³, une remise en cause de cette solution ne peut intervenir subrepticement et nécessiterait une prise de position ferme et motivée plutôt qu'une *fragilisation* progressive ⁸⁴. **On ne peut** que partager à cet égard le point de vue selon lequel « il serait donc très abusif de conclure sur cette seule base à l'amorce d'un abandon de la jurisprudence IVG », mais en considérant, comme ne manque pas de le faire le même observateur attentif de la jurisprudence constitutionnelle, que « toutefois, il n'est pas exclu que l'accoutumance progressive du Conseil à la confrontation entre normes législatives et normes communautaires, finisse par déboucher insensiblement, par un phénomène d'acclimatation, vers un authentique contrôle de conformité

⁸¹ Voir par ex. A. Levade, Les Sages ne disent pas ce qu'on voudrait leur faire dire !, Le Figaro 18 juin 2004 ; Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé, RDP 2004, p. 889 s. sp. ; v. également J.P. Camby, Le droit communautaire est-il soluble dans la Constitution ? RDP 2004, 878 s., sp. 884

⁸² C.C., n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, RJC-I, 30.

⁸³ Voir par ex. D. de Béchillon, De quelques incidences du contrôle de conventionnalité des lois par le juge ordinaire, RFDA 1998, 225 ; G. Carcassonne et B. Genevois, Cah. Cons ; const. 1999, n° 7, p. 93 s.

⁸⁴ Pour M. Gautrier et F. Melleray (Le refus du conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire, AJDA 2004, 1537 s., sp. p. 1539), il est clair que la jurisprudence récente « a fragilisé encore davantage » la jurisprudence IVG.

des premières aux secondes »⁸⁵. Sans préjuger de l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, **on peut** ajouter que la première étape de l'« acclimatation » pourrait consister, dans l'hypothèse où une loi de transposition méconnaîtrait les exigences imposées par les dispositions d'une directive laissant une marge d'appréciation au législateur, non pas à censurer la loi, ce qui reviendrait à un contrôle direct de conventionnalité, mais à émettre une réserve d'interprétation en vue de rétablir la mise en œuvre conforme de la directive⁸⁶.

Une autre interprétation — visant manifestement à écarter par anticipation toute idée d'entrée massive du droit communautaire dans le bloc de constitutionnalité⁸⁷ — a toutefois été avancée, qui recueille apparemment l'approbation des commentateurs « officiels » de la jurisprudence constitutionnelle : « l'obligation de transposition des directives deviendrait alors une nouvelle exigence constitutionnelle dont le non-respect ne serait pas susceptible d'être sanctionné par lui, comme il en existe d'autres »⁸⁸. En d'autres termes, serait ici en cause « une question de compétences juridictionnelle et non de hiérarchie des normes *stricto sensu* »⁸⁹

Faut-il alors en déduire que l'incompétence du juge constitutionnel signifie que seules les juridictions ordinaires demeureront compétentes pour confronter les dispositions législatives nationales avec les obligations énoncées dans les directives, non plus comme auparavant en vue d'assurer l'effet utile de l'article 55, mais en vue de contrôler le respect de l'article 88-1 tel qu'interprété par le juge constitutionnel ? Peut-on alors maintenir la fiction d'un contrôle de conventionnalité distinct du contrôle de constitutionnalité des lois par les juridictions ordinaires, alors qu'à la différence de l'article 55, qui visait les relations « traité/loi », l'article 88-1 impose selon le Conseil constitutionnel un contrôle de la loi de transposition par rapport à une obligation constitutionnelle ? Sans qu'il soit absolument indispensable de se lancer dans la création de néologismes relativement peu euphoniques même s'ils sont expressifs, on est contraint de constater que la question du contrôle de « dérivéité »⁹⁰ est posée. Or il est loin d'apparaître comme une « évidence constitutionnelle » que la prise de position du Conseil constitutionnel vaut « habilitation du juge ordinaire »⁹¹, ni surtout que ce dernier soit prêt à se saisir d'une telle faculté de contrôle.

⁸⁵ J. Roux, Le Conseil constitutionnel, le droit dérivé et la Constitution, RDP 2004, 912 s. sp. 922-923

⁸⁶ A propos des sanctions possibles de l'obligation de transposition, on renverra à l'analyse approfondie de G. Decocq, Droit communautaire et droit constitutionnel, le refus de contrôler la constitutionnalité d'une loi transposant une directive communautaire, Communication, commerce électronique,

⁸⁷ Voir sur cette idée E. Picard, Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen ?, RFDA1993, 47.

⁸⁸ La jurisprudence constitutionnelle française relative au droit communautaire à la veille de l'examen par le Conseil constitutionnel du « traité établissant une Constitution pour l'Europe », Document de travail daté du 8 novembre 2004, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2005505/doc.htm>

⁸⁹ M. Gautier et F. Melleray, art. cit. , AJDA 2004, 1537 s., sp. p. 1538.

⁹⁰ P.Y. Monjal, Le Conseil constitutionnel français et les directives communautaires : l'incompétence du juge suprême comme garantie de l'inopposabilité de la Constitution au droit communautaire ? (Décision du 10 juin 2004 n° 2004-496), RDUE 3/2004 p. 509 s.

⁹¹ Selon le même auteur, p. 519 s.

On pourrait également s'inquiéter du sort des dispositions claires, inconditionnelles et juridiquement complètes des directives qui, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, sont directement invocables devant les juridictions ordinaires, lesquelles ont l'obligation d'en garantir l'application, fût-ce à l'encontre de dispositions législatives contraires ? Si les dispositions législatives en cause n'ont pas été censurées par le Conseil constitutionnel — ce qui est par principe le cas dès lors qu'elles se sont bornées à tirer les conséquences nécessaires de dispositions précises et inconditionnelles des directives — les juridictions ordinaires seraient-elles habilitées à accueillir un grief fondé sur la violation de la Constitution conformément à la logique de la jurisprudence *Sarran* du Conseil d'Etat ⁹² ? Doit-on au contraire estimer que les décisions commentées du Conseil constitutionnel ont sonné le glas des prises de position du Conseil d'Etat quant à la supériorité de la Constitution sur les traités et *a fortiori* le droit dérivé ⁹³, en tout cas lorsqu'il s'agit du droit communautaire, ou au moins sur la compétence du juge ordinaire de remettre en cause l'application du droit communautaire originaire ou dérivé au nom d'une éventuelle incompatibilité avec la Constitution qui n'aurait pas fait l'objet d'une censure du juge constitutionnel à l'occasion de l'examen d'une loi de transposition ou d'application ?

On comprend mieux dans ces conditions que même les dépositaires officiels de la parole constitutionnelle aient cru pouvoir écrire, à propos de la décision du 10 juin 2004, sans faire montre d'une révérence excessive pour la haute juridiction qu'ils servent, que « l'analyse de cette décision n'est pas simple » et que « sa structure, sa présentation, la façon dont elle articule le raisonnement qui la sous-tend ne facilitent pas l'exercice »...⁹⁴. L'ancrage constitutionnel supposé de la primauté du droit communautaire n'est pas dépourvu d'ambiguïtés ; il coexiste de surcroît avec des **limites [réserves]** constitutionnelles imposées au déploiement de la primauté.

II – Les réserves constitutionnelles à la primauté du droit communautaire

Si le Conseil constitutionnel s'était borné à affirmer qu'il ne lui appartenait pas d'examiner les griefs opposés à une loi qui reproduit terme à terme les dispositions d'une directive, on aurait sans doute pu, sous les réserves émises précédemment, juger que ses prises de position récentes s'inscrivaient dans la logique de sa jurisprudence précédente, selon laquelle il n'appartient pas au juge constitutionnel de sanctionner, le cas échéant indirectement à travers l'examen de la constitutionnalité d'une loi de transposition, la compatibilité avec la Constitution d'un acte de

⁹² CE Ass 30 octobre 1998 *Sarran, Levacher et autres*, préc.

⁹³ Notamment de l'arrêt rendu par la Haute Assemblée dans l'affaire *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique* : CE 3 décembre 2001 ; sur cet arrêt, v. A. Rigaux et D. Simon, *Summum jus, summa injuria*, Europe avril 2002 chron. 5 ; obs. F. Chaltiel, RMCUE 2002, 595.

⁹⁴ *Ibid.* p. 51.

droit dérivé conforme à un traité régulièrement intégré à l'ordre juridique français⁹⁵. Une telle analyse rejoint d'ailleurs partagée dans son principe par l'ensemble des juridictions constitutionnelles des Etats membres. Tout au plus certaines d'entre elles ont-elles, exprimé, voire maintenu les réserves liées à la protection des droits fondamentaux constitutionnellement garantis, ou encore écarté la primauté automatique du droit dérivé dans l'hypothèse où l'acte excéderait les compétences attribuées à la Communauté et à l'Union, ce qui semble à la fois logique⁹⁶ et légitime.

Mais à la différence de la plupart de ses homologues, le juge constitutionnel français a introduit plusieurs réserves censées limiter ou au moins encadrer les effets de la primauté du droit communautaire. Cette attitude n'est pas en soi théoriquement indéfendable. A partir du moment où c'est sur les dispositions de la Constitution française, et notamment l'article 88-1, que se fonde l'autorité du droit communautaire dans l'ordre juridique français, il apparaît logiquement possible⁹⁷ que le constituant subordonne l'habilitation constitutionnelle résultant de l'article 88-1 à certaines limites. D'une part, en dépit de la reconnaissance de principe de la primauté du droit communautaire, subsiste une poche de contrôle de constitutionnalité du droit communautaire dérivé (A). D'autre part, l'interprétation neutralisante de l'article I-6 du projet de traité constitutionnel laisse ouvertes plusieurs interrogations sur l'avenir des relations entre droit communautaire et droit constitutionnel français (B).

A – Le contrôle de constitutionnalité discutable du droit communautaire dérivé

Dans ses [les] décisions du 20 juin, 1^{er} juillet et 29 juillet 2004, le Conseil constitutionnel maintient une limite significative à la consécration d'une exigence constitutionnelle de transposition des directives : le principe n'est posé que pour autant que n'existe aucun obstacle « *en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution* ». Cette incise a été abondamment discutée dans les multiples commentaires apportés aux décisions considérées. Elle pose en effet à la fois des problèmes d'interprétation et des questions de principe.

Il est évident tout d'abord que la formulation retenue par le Conseil constitutionnel n'est elle-même guère explicite et a très généralement été jugée peu intelligible⁹⁸. Certes il leur a été

⁹⁵ Conformément à l'analyse classique proposée par exemple par L. Dubouis dans un article largement prémonitoire, Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne, RFDA 1993, 208

⁹⁶ Un tel acte serait en effet illégal en droit communautaire en même temps qu'il entrerait en contradiction avec les constitutions nationales.

⁹⁷ Possible ne voulant pas dire nécessaire : la faculté est sans doute logiquement inhérente au raisonnement, la nécessité ou l'opportunité de poser ces limites est de l'ordre du politique et ne s'impose aucunement en droit.

⁹⁸ Voir par ex. en ce sens M. Verpeaux, Contrôle de la loi transposant une directive communautaire, Dr. adm. Août-sept. 2004 comm 130 ; D. Chamussy, Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire et la sécurité juridique, AJDA 2004, 1937 ; H. Oberdorff, Le Conseil constitutionnel et l'ordre juridique communautaire : coopération et contrôle, RDP 2004, 869 ; M. Gautier et F. Melleray, art. cit. , AJDA 2004, 1537 s. ; B. Genevois, Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé, RFDA 2004, 651.

répondu que « cette critique est en grande partie injuste » et que « même les commentateurs qui avaient correctement (*sic*) interprété la position de principe retenue par le Conseil face aux normes communautaires se sont mépris (*sic*) sur le contenu de ces dispositions expresses en se focalisant sur l'existence ou non d'une hiérarchie des normes au sein du bloc de constitutionnalité, débat qui aurait été relancé par la décision du 10 juin 2004 »⁹⁹.

A la lecture de la décision elle-même, qui seule dispose de l'autorité impliquée par l'article 62 de la constitution, tout au plus pouvait-on penser *a priori* qu'une disposition expresse doit être ...expresse, et ne peut donc renvoyer à une construction jurisprudentielle élaborée par le juge constitutionnel. Les commentaires « officiels » figurant sur le site du Conseil constitutionnel et appelés à être publiés aux Cahiers du Conseil constitutionnel sont particulièrement précieux à cet égard en tant qu'ils viennent éclairer la signification présumée de la notion. Il « faut » savoir en effet qu'une « disposition expresse contraire de la Constitution procède non d'une construction jurisprudentielle, mais d'un énoncé explicite, ancré dans le « bloc de constitutionnalité »¹⁰⁰. Sont cités comme exemple la définition du corps électoral politique donné par l'article 3 de la Constitution de 1958 ou encore la formule figurant à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme concernant les critères d'accès aux emplois publics¹⁰¹, mais il n'est évidemment pas certain que ces illustrations soient exhaustives. **On pourrait** penser à y ajouter par exemple l'indivisibilité de la République, la règle selon laquelle le français est la langue de la République, ou encore les dispositions de la Charte de l'environnement depuis qu'elles ont été intégrées à la Constitution par le vote de la loi constitutionnelle par le Congrès le 28 février 2005¹⁰².

On ne peut que marquer un certain étonnement devant la notion d'« énoncé explicite ». Il ne semble pas en effet qu'il s'agisse d'une redondance par l'utilisation d'un synonyme de la notion de « disposition expresse ». « Explicite » renverrait alors à la clarté et à la précision de la disposition constitutionnelle, ce qui supposerait que l'examen de la constitutionnalité des lois de transposition des directives donne lieu à une évaluation par le juge constitutionnel de la « qualité rédactionnelle des énoncés constitutionnels »¹⁰³. Par ailleurs, on comprend mal pourquoi, en termes de hiérarchie des normes, une inconstitutionnalité au regard d'une disposition explicite serait plus grave qu'une inconstitutionnalité au regard d'une disposition du bloc de constitutionnalité impliquant une opération interprétative de la part du Conseil constitutionnel.

⁹⁹ Observations figurant dans le « document de travail établi sous la seule responsabilité des services du Conseil constitutionnel et disponible sur le site www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2005.505/doc.htm.

¹⁰⁰ On voit mal au passage comment un énoncé constitutionnel ne serait pas « ancré dans le bloc de constitutionnalité »...

¹⁰¹ Telle devrait d'ailleurs être, selon la même source, la signification de l'arrêt Sarran précité du Conseil d'Etat : c'est parce que les dispositions constitutionnelles en cause étaient précises et explicites que les normes conventionnelles ne pouvaient prévaloir.

¹⁰² Ces exemples sont cités par B. Genevois, *Le Conseil constitutionnel et le droit dérivé*, RFDA 2004, p. 651 s., sp. p. 658

¹⁰³ En ce sens, X. Magnon, *Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel...*, art. cit., Europe août-septembre 2004 Etude n° 9, sp. p. 10

L'imprécision d'une disposition ne peut en effet affecter son caractère normatif¹⁰⁴. En outre il paraît difficile de faire produire un effet normatif à un énoncé juridique sans avoir procédé simultanément à son interprétation¹⁰⁵

D'autre part [pas de d'une part], il semble, toujours selon la même source, qu'il « doit s'agir d'une disposition spéciale », c'est-à-dire « nécessairement une disposition spécifique à la France et non un principe fondamental figurant un catalogue commun des droits, libertés et principes que les pays membres de l'Union européenne ont en partage (traditions communes, CEDH, principes généraux du droit communautaire) ». Cette interprétation s'appuie notamment sur la décision 2004-498 DC du 29 juillet 2004 dite décision « bioéthique ». Les auteurs de la saisine avaient alors prétendu que l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, intégré au préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, s'opposaient, au nom du pluralisme valant dans le domaine de la connaissance scientifique, aux conditions de brevetabilité des séquences géniques prévues par la directive communautaire. Le Conseil constitutionnel a estimé que la liberté d'expression et de communication invoquée est également protégée en tant que principe général du droit communautaire sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, et que dans ces conditions, le grief ne pouvait être utilement présenté devant lui. Même si le Conseil est plus discret sur ce point, on peut solliciter la même décision pour établir que le principe de dignité humaine, qui ne fait pas l'objet d'une garantie constitutionnelle explicite et spéciale, n'est pas susceptible de constituer une disposition de nature à faire obstacle à la constitutionnalité de la loi de transposition, dans la mesure où ce principe est garanti dans l'ordre communautaire notamment par la jurisprudence de la Cour de Justice¹⁰⁶.

Il est donc clair que la référence à une « disposition expresse contraire de la Constitution », fût-elle traduite par « disposition explicite et spéciale », est plutôt énigmatique. C'est pourquoi on a pu dire que « la réserve de constitutionnalité opposée par le Conseil constitutionnel au droit communautaire s'apparente à une cotte mal taillée susceptible de couvrir presque tout ou presque rien dans le champ constitutionnel. Cela revient à dire que le Conseil constitutionnel a « gardé la main » sur la définition de la portée de la réserve, qu'il pourra déterminer au [supprimer « déterminer cas par cas »] cas par cas selon sa volonté de contester ou non la constitutionnalité de la loi de transposition et indirectement de la directive.

Dans ces conditions, la réserve posée par le Conseil constitutionnel soulève de graves questions de principe. Il n'est en effet pas interdit d'imaginer — et le Président du Conseil constitutionnel

¹⁰⁴ Voir les formules définitives du Doyen G. Vedel, La place de la déclaration de 1789 dans le « bloc de constitutionnalité », in La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Paris PUF 1989, sp. p. 55.

¹⁰⁵ Voir sur ce point les exemples significatifs mentionnés par J. Roux, Le Conseil constitutionnel, le droit dérivé et la Constitution, art. préc. RDP 2004, 912 s. sp

¹⁰⁶ CJCE 9 octobre 2001 Pays Bas c/ Parlement européen et Conseil, C-377/98, Rec I-7079 ; 14 octobre 2004, Omega, C-36/02.

avait en d'autres temps évoqué cette possibilité — l'insertion délibérée dans une loi constitutionnelle explicite de dispositions directement destinées à faire obstacle à la transposition de directives communautaires. Comme l'a clairement indiqué le Doyen Favoreu, « si le pouvoir constituant s'en mêle, — cela s'est déjà vu — on peut aussi stopper une directive »¹⁰⁷. Plus explicitement encore, le même auteur évoque le cas d'une directive non contraire à la constitution, mais qui ne paraîtrait pas opportune en France, avant de conclure : « dans ce cas il suffirait de réformer la Constitution pour la rendre inapplicable »¹⁰⁸. Si telle devait être l'interprétation que donnerait ultérieurement le Conseil constitutionnel de la position adoptée dans sa jurisprudence de l'été 2004, il s'agit bien d'une mise en cause directe du principe de primauté du droit communautaire.

Ce risque est d'autant plus présent que la décision relative au traité établissant une Constitution pour l'Europe considère que le principe de primauté posé par l'article I-6 du traité constitutionnel est parfaitement compatible avec la Constitution française, mais la portée du principe de primauté « telle qu'elle résulte, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel par ses décisions susvisées, de l'article 88-1 de la constitution »¹⁰⁹. C'est donc bien une primauté « sous réserve » qui est ainsi consacrée, et non la primauté telle qu'elle était conçue antérieurement dans la jurisprudence de la Cour de justice.

B – L'interprétation nationale problématique de la primauté communautaire et de la charte des droits fondamentaux

Dans le cadre de l'article 54 de la Constitution, le contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux est un contrôle intégral. Il porte nécessairement sur l'ensemble des stipulations du traité dans la mesure où, dès qu'une stipulation est reconnue non conforme à la Constitution, une révision constitutionnelle est exigée. Si ce contrôle est intégral, il n'est pas en tout point explicite. Le Conseil constitutionnel n'est tenu d'explicitier son contrôle, de motiver sa décision, que sur les stipulations du traité qui exigeront précisément une révision constitutionnelle. A partir du moment où une stipulation ne soulève aucun problème de constitutionnalité, il n'y a pas de raison que des développements spécifiques soient faits. Aussi, une grande attention doit-elle être de mise alors que le Conseil constitutionnel consacre une argumentation sur des stipulations qui, si elles soulèvent des difficultés d'ordre constitutionnel, n'exigent pas pour autant de révision de la Constitution. Tel est précisément le sort réservé aux stipulations du traité établissant une Constitution pour l'Europe relatives à la primauté du droit communautaire et à la charte des droits fondamentaux. La présence de ces développements consacrés à ces stipulations, au-delà de leur vocation pédagogique, n'est pas neutre, elle concerne des questions d'interprétation des

¹⁰⁷ L. Favoreu, La Constitution prime sur le droit communautaire, L'Humanité 18 juin 2004.

¹⁰⁸ L. Favoreu, Le Figaro, 17 juin 2004.

¹⁰⁹ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 12.

stipulations du traité. Il convient d'en apprécier la teneur avant de revenir sur le principe même de l'interprétation nationale de stipulations internationales conventionnelles par le Conseil constitutionnel, sur les « réserves d'interprétation internationales ».

L'argumentation retenue par le Conseil constitutionnel concernant le principe de primauté et la charte des droits fondamentaux marque la volonté de préserver l'identité nationale.

Le Conseil veille en premier lieu à neutraliser le principe de primauté nouvellement inscrit dans le traité pour maintenir la primauté de la Constitution nationale sur le droit communautaire, telle qu'elle a été posée dans les décisions sur les directives. Dans un tel but, il est nécessaire de lever toute ambiguïté quant à la nature du texte intitulé « traité établissant une Constitution pour l'Europe », même si elle ne faisait en toute hypothèse aucun doute, au-delà de l'oxymore que l'on aurait pu voir dans cette dénomination. Pour le Conseil constitutionnel, au regard notamment des stipulations du traité « relatives à son entrée en vigueur, à sa révision et à la possibilité de le dénoncer », le traité « conserve le caractère d'un traité international souscrit par les Etats signataires du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne »¹¹⁰. La dénomination du traité est d'ailleurs « sans incidence sur l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne »¹¹¹. L'essentiel est dit, on retrouve une solution déjà retenue par les juridictions suprêmes des deux ordres de juridiction, au moins pour le droit international classique¹¹² : la Constitution est la norme suprême dans l'ordre juridique interne. La formule essentielle du traité, qui pose le principe de primauté, contenue dans l'article I-6 et selon laquelle : « La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des Etats membres », n'est pas envisagée de manière isolée¹¹³. Il est fait appel aux autres stipulations du traité permettant de neutraliser cette stipulation : l'article I-1, qui pose les principes à la base de la Constitution européenne, l'établissement de l'Union européenne, l'attribution de compétences par les Etats et la coordination des politiques des Etats par l'Union, et surtout l'article I-5, au terme duquel l'Union respecte l'identité nationale des Etats membres « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ». S'ajoute encore, de façon décisive semble-t-il pour le Conseil constitutionnel, une déclaration annexée au traité, selon laquelle « La Conférence constate que l'article I-6 reflète la jurisprudence existante de la Cour de

¹¹⁰ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 9.

¹¹¹ *Loc. cit.*, Considérant n° 10.

¹¹² Le Conseil d'Etat, tant au regard du droit international classique que pour le droit communautaire, a affirmé la primauté de la Constitution. Voir respectivement : C.E., Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres, A.J.D.A.*, 1998, p. 1039 et s. ; C.E., 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique, R.F.D.A.*, 2002, p. 166 et s.

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

¹¹³ Voir sur les interprétations susceptibles d'être retenue de la primauté du droit communautaire à partir des différentes stipulations du traité établissant une Constitution pour l'Europe : P. CASSIA, « L'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes », *Europe*, Décembre 2004, pp. 6-10.

justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance »¹¹⁴. L'interprétation qui en est retenue est pour le moins surprenante. Pour le Conseil constitutionnel, au regard de cette déclaration, l'article I-6 du traité « *ne confère pas au principe de primauté une portée autre que celle qui était antérieurement la sienne* »¹¹⁵. Rien de choquant *a priori* pour le communautariste, la suite rassurera le constitutionnaliste heurté par une telle profession de foi communautaire.

La portée du principe de primauté à laquelle fait référence le Conseil constitutionnel est une portée nationale, une portée constitutionnelle. En d'autres termes, le traité établissant une Constitution pour l'Europe n'apporte rien, il laisse l'état de droit en l'état, il maintient... une primauté de la Constitution – française - sur le droit communautaire ! Le paradoxe est plutôt savoureux : en formalisant le principe de primauté du droit communautaire, le traité établissant une Constitution pour l'Europe consacre la primauté des constitutions des Etats d'Europe sur le droit communautaire. Le pluriel *des* constitutions nationales s'impose. L'interprétation par le Conseil constitutionnel de l'article I-6 n'est censée, au regard du principe d'application uniforme du droit communautaire¹¹⁶, que révéler l'état du droit communautaire tel qu'il résulte du nouveau traité soumis à son examen. En effet, la conclusion du Conseil constitutionnel est sans ambiguïté, d'une part l'article I-6 « *ne modifie ni la nature de l'Union européenne* » ce qui est certes incontestable, mais d'autre part cette disposition ne modifie pas non plus « *la portée du principe de primauté du droit de l'Union telle qu'elle résulte, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel par ses décisions [sur les directives communautaires], de l'article 88-1 de la Constitution* ». L'inscription de la primauté dans le traité ne fera donc pas obstacle à la mise en œuvre éventuelle du contrôle indirect de constitutionnalité du droit communautaire dérivé par le biais des lois internes de transposition.

En ce qui concerne en second lieu les droits fondamentaux, la décision du Conseil constitutionnel apporte certains enseignements. Le juge constitutionnel relève un certain nombre d'éléments qui font que la charte n'exigera pas de révision de la Constitution. Sur le plan des principes, le juge relève le domaine d'application de la charte : elle ne s'impose aux Etats que lorsqu'ils mettent en œuvre le droit communautaire ; elle est sans incidence sur les compétences de l'Union ; alors qu'elle distingue les « droits », directement invocables par les justiciables, des « principes » qui ne sont que « des objectifs ne pouvant être invoqués qu'à l'encontre des actes de portée générale relatifs à leur mise en œuvre », elle consacre en tant que « principes », « le « droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux », le « droit de travailler », le « droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle », le « principe du développement durable » et le « niveau élevé de protection des

¹¹⁴ Déclarations relatives à des dispositions de la Constitution, Déclaration *ad* article I-6, JOUE, 16 décembre 2004, C 310/420.

¹¹⁵ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 12.

¹¹⁶ Le principe d'uniformité de l'application du droit communautaire est en effet parfois invoqué à l'appui de l'impossibilité dans laquelle se trouve le Conseil constitutionnel de procéder à une interprétation nationale d'un traité communautaire. Selon cette logique, l'interprétation que le Conseil constitutionnel retient en l'espèce du traité ne peut alors avoir qu'une portée communautaire et pas nationale. Voir *infra*.

consommateurs »¹¹⁷. La seule précision discutable au regard du contenu des stipulations du traité correspondantes concerne les conséquences attachées à la qualification de « principe ». Si pour le Conseil constitutionnel, ils ne sont que « *des objectifs ne pouvant être invoqués qu'à l'encontre des actes de portée générale relatifs à leur mise en œuvre* »¹¹⁸, selon les termes du paragraphe 5 de l'article II-112 du traité : « Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives ». Le Conseil choisit une interprétation distributive des termes « actes législatifs et exécutifs », des actes de portée générale, aux « actes des États membres », alors que ces termes ne semblaient se rattacher qu'aux « institutions organes et organisme de l'Union ». Les actes individuels seront à l'abri de toute invocation de droits et libertés qualifiés de principes par la charte.

Après les principes généraux concernant plus ou moins largement le domaine d'application de la charte, le Conseil constitutionnel procède à une neutralisation de certaines stipulations du traité potentiellement conflictuelles avec la Constitution. Il a d'abord recours au paragraphe 4 de l'article II-112 du traité qui pose le principe selon lequel « dans la mesure où la Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, « *ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions* »¹¹⁹. Le juge en retient la préservation d'une tradition constitutionnelle française qui « *qui s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance* »¹²⁰. Le principe d'interprétation conforme aux traditions constitutionnelles communes, si les droits en question résultent de telles traditions, garantit le respect par la charte

¹¹⁷ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 15.

¹¹⁸ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 15. Référence à Braibant sur la distinction droits/principes ?

je ne sais pas dans la mesure où sur cette question, dans le commentaire à la RFDC, j'ai fait la note suivante sur la distinction règle/principe :

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

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

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

Pour une critique de cette distinction telle qu'elle est envisagée par cet auteur : O. PFERSMANN, in *Droit des libertés fondamentales*, L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI, J. TREMEAU, Dalloz, 2005, 3^{ème} édition, § 96.

¹¹⁹ *Loc. cit.*, Considérant n° 16.

¹²⁰ *Loc. cit.*, Considérant n° 16.

du principe constitutionnel de rejet de la reconnaissance de minorités sur le territoire nationale auxquelles serait reconnus des droits particuliers. Pour le Conseil constitutionnel, de même que le traité établissant une Constitution pour l'Europe pose le principe de primauté de la Constitution française sur le droit communautaire, les traditions constitutionnelles communes aux Etats garantissent la tradition française concernant la non reconnaissance de minorités sur le territoire national ; les autres Etats, comme les institutions communautaires, sont avertis.

Un autre principe d'interprétation posé par la charte est encore utilisé afin de neutraliser certains conflits : les explications données par le præsidium de la Convention qui a élaboré la Charte qui, selon le paragraphe 7 de l'article II-112 du traité, « sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des Etats membres ». De son côté, le paragraphe 3 de l'article II-112 qui dispose que : « Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention » n'est pas utilisé d'une manière générale comme guide d'interprétation par le Conseil constitutionnel. Alors que l'interprétation de la charte réalisée par le præsidium est figée dans le temps, l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme est toujours susceptible d'évoluer et ne constitue pas un point d'ancrage fixe pour l'interprétation de la charte dans le cadre du contrôle exclusivement *a priori* du traité.

La première neutralisation, grâce aux explications du præsidium, concerne l'article II-70 du traité. Cette stipulation reconnaît le droit à chacun, individuellement ou collectivement, de manifester, par ses pratiques, sa conviction religieuse en public. Les explications du præsidium sur cet article renvoient au sens et à la portée du droit tel qu'il est garanti par l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ainsi, le droit reconnu par le traité est soumis aux mêmes restrictions que celles prévues par l'article 9 de la Convention. Surtout, la Cour européenne des droits de l'homme a constamment, et en dernier lieu dans l'arrêt n° 4774/98 du 29 juin 2004, *Leyla Sabın c. Turquie*, mentionné dans les visas de la décision du Conseil constitutionnel, retenu une interprétation de cet article en harmonie avec les traditions constitutionnelles des Etats membres en leur laissant une large marge d'appréciation sur ce point. Le Conseil constitutionnel en conclut que « *dans ces conditions, sont respectées les dispositions de l'article 1^{er} de la Constitution aux termes desquelles « la France est une République laïque », qui interdisent à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers* »¹²¹. La même démarche est utilisée avec l'article II-107 du traité relatif au droit au recours effectif et à un tribunal impartial. Si son domaine d'application est plus large que celui de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, il est soumis, selon les explications du præsidium, aux mêmes restrictions que celle de l'article 6, ce qui évite que la stipulation du traité n'impose une révision de la Constitution. Les explications du præsidium écartent encore une telle exigence au regard de l'article II-110 selon

¹²¹ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, Considérant n° 18.

lequel : « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif ». Cette stipulation ne concerne en effet que les procédures pénales et disciplinaires. De plus, selon le Conseil constitutionnel, « la référence à la notion d'identité d'infractions, et non à celle d'identité de faits, préserve la possibilité pour les juridictions françaises, dans le respect du principe de proportionnalité des peines, de réprimer les crimes et délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation prévus au titre premier du livre IV du code pénal, compte tenu des éléments constitutifs propres à ces infractions et des intérêts spécifiques en cause »¹²². Enfin, les explications du *præsidium* sont utilisées pour établir la signification des « intérêts généraux reconnus par l'Union » susceptibles d'être invoqués pour mettre en œuvre la clause générale de limitation énoncée au premier paragraphe de l'article II-112. Elle doit être interprétée comme englobant certains des intérêts protégés par le premier paragraphe de l'article I-5 c'est-à-dire « les fonctions essentielles de l'Etat, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale ».

Que ce soit au regard du principe de primauté ou de la charte des droits fondamentaux, le Conseil constitutionnel établit la signification de stipulations du traité, face à plusieurs significations possibles, afin de montrer qu'une révision de la Constitution n'est pas exigée. La discussion doctrinale sur ce point, si « discussion » il y a¹²³, porte sur la question de la possibilité pour le Conseil constitutionnel d'émettre des réserves d'interprétation lorsque qu'il contrôle des normes d'origine internationale ou communautaire. La position qui sera soutenue consiste à constater, qu'en pratique, le Conseil constitutionnel utilise dans la décision du 19 novembre 2004 la technique des réserves d'interprétation pour des normes internationales ou communautaires, même si, en droit, cette utilisation est problématique au regard des exigences internationales et communautaires. Il ne s'agit pas, face à ces obstacles juridiques, de dénier cette compétence au Conseil constitutionnel, ce qui cache la portée du contrôle exercé par le juge constitutionnel, mais de constater, en pratique, son utilisation.

Dans le contentieux de constitutionnalité des lois, par la technique des réserves d'interprétation, le juge constitutionnel « agit directement sur le contenu ou le substrat normatif des lois de manière à le mettre en conformité avec la Constitution »¹²⁴. Face à plusieurs significations de la disposition objet du contrôle, le juge retient celle qui permet d'éviter la censure, en subordonnant la constitutionnalité de celle-ci au respect de l'interprétation qui est donnée. Cette interprétation

¹²² *Loc. cit.*, Considérant n° 20.

¹²³ Voir pour des positions récentes opposées : déniaient la possibilité pour le Conseil constitutionnel d'émettre des réserves d'interprétation, J.-E. SCHOETTL, « La ratification du « Traité établissant une Constitution pour l'Europe » appelle-t-elle une révision de la Constitution française ? (Cons. const., 19 novembre 2004) », *précité*, p. ??? ; reconnaissant une telle possibilité, X. MAGNON, « Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire », *précité*, p. 10.

Voir également, faisant référence à la formulation par le Conseil constitutionnel de « plusieurs interprétations neutralisantes » dans la décision du 19 novembre 2004 : D. CHAMUSSY, « Le Conseil constitutionnel face à la primauté du droit communautaire », *A.J.D.A.*, 31 janvier 2005, p. 220.

¹²⁴ DI MANNO (T.), *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, P.U.A.M.-Economica, Collection Droit public positif, 1994, p. 19.

est principalement destinée aux organes d'application qui devront utiliser la disposition selon la signification qui en aura été retenue par le juge constitutionnel. Aussi, la logique même de cette technique présuppose-t-elle le caractère juridiquement obligatoire de la décision du juge constitutionnel pour les organes d'application. La disposition n'est pas censurée car les organes destinataires de l'interprétation seront tenus de l'appliquer conformément à la signification donnée par le juge constitutionnel.

Des deux arguments retenus à l'appui de la non utilisation – théorique – de cette technique, le premier, tiré de l'absence d'autorité de telles réserves vis-à-vis des autres Etats et des institutions européennes, n'est pas contestable, mais il peut être contourné. La technique des réserves d'interprétation ne se comprend que vis-à-vis des autorités internes d'application du texte qui fait l'objet du contrôle. Le juge constitutionnel inscrit son interprétation dans cette perspective, à propos de l'article II-110 du traité, notamment lorsqu'il juge que la référence, par cette stipulation, « à la notion d'identité d'infractions, et non à celle d'identité de faits, préserve la possibilité pour les juridictions françaises, dans le respect du principe de proportionnalité des peines, de réprimer les crimes et délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation prévus au titre premier du livre IV du code pénal, compte tenu des éléments constitutifs propres à ces infractions et des intérêts spécifiques en cause »¹²⁵. Par ailleurs, lorsque le Conseil constitutionnel livre son interprétation du principe de laïcité, pour neutraliser la portée de l'article II-70 de la Charte au regard de ce principe, elle est destinée aux organes internes d'application, ou du moins s'imposera-t-elle à ces organes lorsqu'ils auront à appliquer la charte des droits fondamentaux. Du côté des autres Etats et surtout du côté des institutions communautaires de telles interprétations n'ont aucune portée juridique, on pourra cependant y voir un avertissement politique, dans la lignée, par exemple, de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande « *solange* »¹²⁶. Sur la question de la laïcité, comment nier l'évidence ? Le fait pour le Conseil constitutionnel de reconnaître la compatibilité de l'article II-70 à la Constitution, dans les termes, et donc selon l'interprétation qu'il retient, sera susceptible de se heurter à une interprétation ultérieure contraire de la Cour de justice des Communautés européennes. La référence à l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme et aux traditions constitutionnelles n'y change rien.

Ce qui conduit au second argument qui s'oppose aux réserves d'interprétation « internationales » : le principe d'application uniforme. Cet obstacle est décisif, retenir une interprétation nationale de stipulations internationales met en cause l'application uniforme du droit communautaire, principe dont on connaît l'importance dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Difficile pourtant de nier que le Conseil constitutionnel procède bien dans sa décision du 19 novembre 2004 à une interprétation de stipulations du traité qui se heurte au principe d'application uniforme. Faut-il reprendre toutes les interprétations nationales de

¹²⁵ C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, précitée, Considérant n° 20.

¹²⁶ Voir en ce sens : O. DORD, « Le Conseil constitutionnel face à la « Constitution européenne » : contrôle des apparences ou apparence de contrôle ? », précité, p. 219.

stipulations du traité auxquelles le Conseil constitutionnel procède et qui ont déjà été exposée ? Prenons l'exemple de l'interprétation de l'article I-6 du traité. La primauté constitutionnelle du droit communautaire, et le contrôle de constitutionnalité du droit communautaire dérivé au regard du droit constitutionnel « spécifique et exprès », ne mettent-ils pas en cause l'application uniforme du droit communautaire ? Il semblerait que la Cour de justice des Communautés européennes ait établi une jurisprudence éprouvée sur cette question. Qu'en sera-t-il encore de l'opposition de la Constitution « à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance » face une interprétation contraire de la Cour de justice des Communautés européennes ? Le Conseil constitutionnel s'appuie sur le respect des traditions constitutionnelles communes, au risque d'oublier que l'expression est au pluriel et non au singulier.

Il est vrai qu'à propos des droits fondamentaux, le Conseil constitutionnel se permet de telles interprétations au regard des critères d'interprétation donnée par le traité lui-même qui renvoie, notamment, aux explications du *præsidium*. Aussi, le juge constitutionnel paraît-il s'autoriser une interprétation précisément parce qu'il s'agit d'une interprétation juridiquement admise par le traité, d'une interprétation valable. En d'autres termes, l'interprétation par le Conseil constitutionnel des stipulations de la charte ne soulèverait pas de difficulté car il s'agit d'une interprétation autorisée par le traité. Pourtant, le fait que l'interprétation soit admissible du point de vue communautaire ne garantit pas le fait qu'il s'agira effectivement de l'interprétation qui sera retenue. L'interprétation du Conseil constitutionnel n'est à cet égard non conflictuelle vis-à-vis du droit communautaire que pour autant qu'une autre interprétation ne sera pas retenue ultérieurement ; d'autant plus que les explications du *præsidium* ne constituent pas le seul guide d'interprétation de la charte. La décision du Conseil qui s'inscrit dans le domaine des interprétations possibles n'est pas pour autant à l'abri d'une autre interprétation retenue soit par un autre Etat, soit par une institution communautaire, soit encore par la Cour européenne des droits de l'homme, sous réserve que son interprétation ait été neutralisée par le renvoi aux explications du *præsidium*. Les commentaires aux Cahiers du Conseil constitutionnel ne concèdent-ils pas qu'il « est (...) clair que toute interprétation jurisprudentielle future des Cours de Luxembourg ou de Strasbourg allant au-delà des dispositions de la Charte (...) conduirait à altérer les données au vu desquelles s'est prononcé le Conseil constitutionnel pour arriver à la conclusion que la deuxième partie du traité n'appelait pas de révision. »¹²⁷. Comment enfin ne pas relever avec A. LEVADE et O. DORD le paradoxe de la démarche poursuivie par le Conseil constitutionnel : la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme sont érigées en « garant ultime de la conformité du traité à la Constitution de la République ! »¹²⁸.

¹²⁷ www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc18/jurisp505.htm.

¹²⁸ O. DORD, « Le Conseil constitutionnel face à la « Constitution européenne » : contrôle des apparences ou apparence de contrôle ? », *présenté*, p. 217 ; A. LEVADE, « Le cadre constitutionnel du débat de révision de la Constitution. Commentaire de la décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 « Traité établissant une Constitution pour l'Europe » », www.robert-schuman.org/supplement/sup191.htm.

Il reste que la difficulté décisive à l'utilisation de la technique des réserves d'interprétation pour les engagements internationaux est peut-être à rechercher dans un troisième argument, d'origine interne celui-là : le mécanisme de l'article 54 de la Constitution. Dès lors qu'une réserve est émise, la conformité à la Constitution de la disposition objet du contrôle est préservée par le biais de l'interprétation, étant entendu qu'une telle interprétation conforme suppose, de manière corrélatrice, l'existence d'une interprétation au moins potentiellement contraire à la Constitution. Il n'y a de réserve d'interprétation que si la disposition contrôlée est susceptible de recevoir une interprétation contraire à la Constitution. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, cette démarche se rapporte à la présomption de constitutionnalité reconnue aux lois. Plutôt que de censurer la loi parce qu'elle peut être interprétée comme étant contraire à la Constitution, il convient de la préserver dès lors qu'il est possible d'en retenir une interprétation conforme. La perspective est différente avec les engagements internationaux. L'article 54 de la Constitution oblige à une intervention du pouvoir de révision constitutionnelle pour pouvoir ratifier un engagement international dès lors qu'il y a contrariété à la Constitution constatée par le Conseil constitutionnel. Lorsque le juge est en présence d'une interprétation potentiellement contraire avec la Constitution, et même s'il existe une interprétation permettant d'éviter une telle contrariété, il appartient au juge constitutionnel de la mettre en évidence et de renvoyer au pouvoir de révision le soin de résoudre cette difficulté. Or, en retenant une interprétation conforme à la Constitution d'une stipulation d'un traité, alors même qu'il existe une ou plusieurs interprétations contraires, le juge constitutionnel résout lui-même un conflit potentiel qu'il appartiendrait en réalité au pouvoir de révision constitutionnelle de résoudre au regard de l'article 54 de la Constitution. La technique des réserves d'interprétation utilisée pour des engagements internationaux constitue dans ces termes un détournement de procédure de la part du juge constitutionnel.

La démarche du Conseil constitutionnel, ou peut-être plus justement la perception que l'on en retient par les commentaires officiels ou éclairés, qui ne sont que des interprétations de la démarche du juge et pas le juge lui-même, repose sur une confusion à ne pas reconnaître « ce qui est », l'utilisation de cette technique, au regard de ce qui « doit être », la non utilisation de cette technique. Le Conseil constitutionnel avance masqué et, pour le commentateur, l'affirmation de « ce qui doit être » suffit à nier « ce qui est ». La conscience de « ce qui est » permettrait néanmoins sans doute de respecter ce qui « doit être ». Quelles que soient les positions doctrinales sur le principe ou l'existence de réserves d'interprétations internationales, l'interprétation nationale opérée par le Conseil constitutionnel tant du principe de primauté que de certaines stipulations de la charte des droits fondamentaux emporte des conséquences juridiques importantes, parfois problématiques, du côté du juge ordinaire. Pour ce qui concerne la primauté, la jurisprudence du Conseil d'Etat affirmant la primauté de la Constitution sur le droit communautaire reçoit l'onction constitutionnelle, elle pourra ainsi se maintenir après l'entrée en vigueur du traité établissant une Constitution pour l'Europe. Pour les droits fondamentaux, le juge ordinaire pourra toujours se prévaloir de l'interprétation retenue par le Conseil

constitutionnel de certaines stipulations de la charte pour s'opposer à une interprétation contraire tant de la Cour de justice des Communautés européennes que, par ricochet, de la Cour européenne des droits de l'homme. L'interprétation de certaines stipulations de la Charte par le Conseil constitutionnel par l'intermédiaire de la Convention européenne des droits de l'homme aboutit à ce que cette dernière soit indirectement concernée par l'interprétation du Conseil constitutionnel. Loin de neutraliser toute possibilité de conflit ultérieur, conformément à l'objectif poursuivi par l'article 54 de la Constitution, la décision du Conseil constitutionnel en ouvre de nouveaux en particulier devant le juge de droit commun. Peu importe d'ailleurs que ces conflits restent simplement potentiels ou qu'ils ne concernent que des hypothèses limitées, ils existent. Peut-être finalement convient-il de retenir une lecture « communautariste » de la décision du Conseil constitutionnel : la balle est aujourd'hui dans le camp des institutions européennes, il leur appartient d'interpréter le traité conformément à la décision du Conseil constitutionnel afin de se préserver de tout conflit avec l'ordre juridique français.

Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel s'est inscrit en 2004 dans une perspective potentiellement conflictuelle avec le droit communautaire. Une présentation sous ce seul angle aurait le mérite de satisfaire la doctrine interniste, l'orthodoxie constitutionnelle est préservée, sa suprématie est affirmée, la difficulté est renvoyée au niveau communautaire. Difficile cependant de ne pas revenir sur le caractère conflictuel *du seul point de vue interne* de la démarche retenue par le Conseil constitutionnel tant dans les décisions sur les directives que sur celle sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Une telle démarche est problématique vis-à-vis du pouvoir de révision constitutionnelle et même du pouvoir constituant. Déjà, le principe même d'un contrôle de constitutionnalité du droit communautaire dérivé se heurte à la fois au principe du contrôle exclusivement *a priori* des engagements internationaux et à la reconnaissance constitutionnelle inconditionnelle – sur ce point - de la participation de la France à l'Union européenne. Certes, la position du Conseil constitutionnel établie dans les décisions sur les directives aurait pu être contournée par le pouvoir de révision constitutionnelle. Ce dernier aurait ainsi pu explicitement interdire l'exercice d'un tel contrôle ; son silence vaudrait alors acceptation¹²⁹. Son silence est autrement plus éloquent alors qu'aucune des propositions de loi de révision constitutionnelle, visant à instituer un contrôle de constitutionnalité du droit communautaire dérivé, n'a jamais abouti¹³⁰. Avec l'institution d'un contrôle de constitutionnalité

¹²⁹ Une recherche sur *legifrance* par mots-clés, à partir des termes « Conseil constitutionnel », dans l'ensemble des débats à l'Assemblée nationale, au Sénat et au Congrès, ne nous a permis de ne trouver qu'une seule référence à la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2004. Voir devant l'Assemblée nationale la troisième séance du mardi 25 janvier, l'intervention de Christian PHILIP (www.assemblee-nationale.fr/12/cr/2004-2005/20050124.asp#P74_5433). Cette référence à la décision du Conseil constitutionnel est faite en l'espèce pour rassurer ceux qui voyaient dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe une soumission inconditionnée de la Constitution au droit communautaire. La jurisprudence du 10 juin est présentée, paradoxalement, à l'appui du traité parce qu'elle en atténue la portée.

¹³⁰ Voir en particulier : Proposition de loi constitutionnelle tendant à compléter le titre XIV de la Constitution afin d'instituer un contrôle de constitutionnalité des actes communautaires, présentée par P. MAZEAUD et R. PANDRAUD, *J.O.R.F.*, Documents parlementaires, Assemblée nationale, n° 194, X^{ème} législature, déposée le 18 mai 1993 ; Proposition de loi constitutionnelle tendant à compléter l'article 88-4 de la Constitution afin de permettre le contrôle de constitutionnalité des propositions d'actes communautaires, présentée par J. OUDIN, *J.O.R.F.*, Documents parlementaires, Sénat, n° 328, session ordinaire 1992-1993, déposée le 2 juin 1993 ; Proposition de loi constitutionnelle tendant à compléter le titre XV de la Constitution afin d'instituer un contrôle de constitutionnalité des projets d'actes

du droit communautaire dérivé, le détournement de procédure n'en est pas moins flagrant ; que la responsabilité en incombe au Conseil constitutionnel ou au pouvoir de révision constitutionnelle qui valide implicitement sa position. De plus, le Conseil constitutionnel a-t-il véritablement exercé la mission qui lui est confiée par l'article 54 de la Constitution en déclarant conformes à la Constitution des stipulations qui pourront faire l'objet d'une interprétation ultérieure différente de la part des institutions communautaires. Le pouvoir de révision constitutionnelle était-il sur ce point suffisamment informé de la portée de la décision du Conseil constitutionnel pour pouvoir correctement autoriser la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe ? A l'appui d'une telle analyse, on reconnaîtra que la loi de révision du 28 février ne peut-être lue qu'au regard de la décision du Conseil constitutionnel du 19 novembre 2004¹³¹. Le pouvoir de révision constitutionnelle avait-il véritablement conscience de l'étendue de l'habilitation générale qu'il a conférée au traité établissant une Constitution pour l'Europe ? La jurisprudence communautaire rendue en 2004 par le juge constitutionnel n'est donc pas seulement problématique dans son volet externe, vis-à-vis du droit communautaire et du respect d'engagements valablement souscrits par la France¹³², mais également du seul point de vue interne. Le Conseil constitutionnel n'a pas joué son rôle d'« aiguilleur », et si, en toute hypothèse, il « n'a pas le dernier mot »¹³³, encore faut-il que le pouvoir de révision constitutionnelle en ait perçu la mesure.

des Communautés et de l'Union européenne, présentée par P. MAZEAUD et R. PANDRAUD, *J.O.R.F.*, Documents parlementaires, Assemblée nationale, n° 2641, déposée le 13 mars 1996.

Voir également : Amendement n° 25 proposé par plusieurs sénateurs lors de la discussion de loi de révision constitutionnelle concernant le traité de Maastricht, *J.O.R.F.*, Débats, Sénat, séance du 10 juin 1992, p. 1543.

¹³¹ P. CASSIA et E. SAULNIER considèrent en ce sens que « la révision constitutionnelle n'a d'effet que par rapport à la décision du Conseil constitutionnel du 19 novembre 2004 » (« Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe et la Constitution française. A propos de la décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 du Conseil constitutionnel et du projet de loi constitutionnelle », *La semaine juridique*, JCP, édition générale, n° 5, 2 février 2005, I-108, § 28, p. 202).

¹³² On se souviendra qu'une formule de cet ordre était utilisée pour écarter tout contrôle d'une loi tirant les conséquences d'une exigence communautaire, voir en particulier : C.C., n° 77-90 DC, 30 décembre 1977, *RJC-I*, p. 55, Considérant n° 4.

¹³³ Les deux expressions sont du Doyen Louis FAVOREU.