

CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE ET CONTROLE DE CONVENTIONNALITE

Réflexions autour de l'article 88-1 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

Eva BRUCE

Docteur en droit, membre du GERJC – Centre Louis Favoreu (CNRS UMR 6201)

Atelier n° 5

I – L'ARTICLE 88-1 DE LA CONSTITUTION, PRESCRIPTION HIERARCHIQUE ?

A - Aucun contrôle de conventionnalité ne se déduit de l' « exigence constitutionnelle » résultant de l'article 88-1

- 1. Le contrôle de l'immunité communautaire de la loi n'est pas un contrôle de conventionnalité*
- 2. Le contrôle de l'immunité communautaire de la loi est-il un contrôle de constitutionnalité ?*

B - L' « exigence constitutionnelle » résultant de l'article 88-1 n'induit aucun nouveau principe constitutionnel de primauté du droit communautaire

- 1. L'absence de consécration d'un nouveau principe constitutionnel de primauté du droit communautaire*
- 2. La reconnaissance constitutionnelle de la primauté du droit communautaire sur des bases nouvelles*

II – L'ARTICLE 88-1 DE LA CONSTITUTION, PRESCRIPTION « INTEGRATIVE » ?

A - Normes constitutionnelles et normes communautaires : des normes formellement différentiables

- 1. La nature du contrôle de la constitutionnalité des lois*
- 2. La nature de la mission du juge constitutionnel*

B - Droits fondamentaux constitutionnels et droits fondamentaux communautaires : des normes matériellement indifférenciées

- 1. La faisabilité tenant à l'articulation de la compétence du juge constitutionnel avec celle des juridictions ordinaires*
- 2. Les limites de la faisabilité tenant à l'articulation de la compétence du juge constitutionnel avec celle du juge communautaire*

INTRODUCTION

En droit constitutionnel français, le thème portant sur l'articulation entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité est une question devenue classique, dont les arcanes sont écrites dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Rendue le 15 janvier 1975, la décision *Interruption volontaire de grossesse*, dite *I.V.G.*¹, constitue la pierre angulaire d'un ensemble jurisprudentiel qui marque le point de départ de ce qui sera appelé le « contrôle de conventionnalité des lois ». Dans cette décision, maintes fois confirmée par la suite², le Conseil constitutionnel règle le problème de sa compétence en matière d'application des normes internationales en déclarant qu'il ne lui « appartient pas (...), lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international »³. Cette solution a pour effet d'ouvrir une vaste carrière à l'exercice du contrôle de conventionnalité des lois : grâce à l'interprétation du Conseil, le juge judiciaire⁴, puis le juge administratif⁵, accèdent à la pleine compétence de juges d'application de l'article 55⁶ de la Constitution. Au travers du contrôle de conventionnalité, le principe de supériorité des traités peut alors librement déployer ses effets dans l'ordre juridique interne.

La déclaration d'incompétence du Conseil constitutionnel formulée en 1975 est limpide : le juge constitutionnel est chargé de veiller au respect du « bloc de constitutionnalité »⁷, mais nullement à celui du « bloc de conventionnalité »⁸ que représente l'ensemble des « traités ou accords » de l'article 55. Ainsi, à la lumière de la jurisprudence constitutionnelle, *contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité ont des juges clairement différenciés*. Mais l'affirmation de cette bipartition des compétences juridictionnelles serait incomplète si on ne rappelait pas ce qui en constitue le fondement : dans l'esprit du juge constitutionnel, elle repose pleinement sur la différence de nature des deux contrôles, résultant elle-même d'un irréductible constat : *les normes constitutionnelles sont différentes et différenciables des normes internationales*.

Dès le départ, la jurisprudence *I.V.G.* a connu les flèches de l'opposition doctrinale. « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? »⁹ La question reste aujourd'hui largement ouverte sur un débat qui n'est pas nouveau : pour ou contre la jurisprudence

¹ Déc. 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Rec.* 19 ; *R.J.C.* I-30 ; *G.D.*, n° 23.

² Parmi les décisions les plus récentes : Déc. 98-405 DC du 29 décembre 1998, *Loi de finances pour 1999*, *Rec.* 326 ; *R.J.C.* I-783 ; Déc. 99-416 DC du 13 juillet 1999, *Couverture maladie universelle*, *Rec.* 100 ; *R.J.C.* I-831 ; Déc. 2001-457 DC du 27 décembre 2001, *Loi de finances rectificative pour 2001*, *Rec.* 192.

³ cons. 7.

⁴ Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des douanes c/ Société des Cafés Jacques Vabre*, *J.C.P.*, 1975, II, 18180 bis, concl. A. TOUFFAIT.

⁵ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Leb.* 190 ; *G.A.J.A.*, n° 98 ; *J.C.P.*, 1989, II, 21371, concl. P. FRYDMAN.

⁶ Dont on rappelle les termes bien connus : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque accord ou traité de son application par l'autre partie ».

⁷ L'expression a été proposée pour la première fois en 1970 par C. EMERI, « Chronique constitutionnelle et parlementaire française, vie et droit parlementaire », *R.D.P.*, 1970, p. 678. Mais il est admis que la paternité « adoptive » en revient au Doyen FAVOREU, qui a largement développé la notion de « bloc de constitutionnalité » dès 1975, au travers de plusieurs de ses contributions, telles que, par exemple, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges Ch. Eisenmann*, Cujas, 1975, pp. 34-41 ; ou « Les normes de référence », in *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Economica, 1988, p. 69 ; ou encore « Bloc de constitutionnalité », in *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, pp. 87 et s. Sur l'origine de la notion de « bloc de constitutionnalité », la paternité « initiale » et la paternité « adoptive » de cette notion, voir C. DENIZEAU, *Existe-t-il un bloc de constitutionnalité ?*, coll. Droit, LGDJ, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1997, pp. 7-28.

⁸ Nous nous permettons ici de reprendre et d'adapter l'expression susmentionnée du Doyen FAVOREU.

⁹ Tel est le titre de deux articles de G. CARCASSONNE et de B. GENEVOIS, parus dans les *C.C.C.*, 1999, n° 7, respectivement pp. 93-100 et 101-108.

I.V.G., tout, ou presque, a été dit à ce sujet, et ce, par les juristes les plus éminents. Notre propos ne consistera pas à revenir sur ce débat mais l'on se propose de revisiter le thème relatif au contrôle de constitutionnalité et au contrôle de conventionnalité devant le Conseil constitutionnel au vu d'un contexte jurisprudentiel qui, lui, est novateur. En effet, l'année 2004 a projeté l'article 88-1 de la Constitution¹⁰ sur le devant de la scène constitutionnelle jurisprudentielle. Au travers de deux importantes décisions du Conseil constitutionnel (décisions *Economie numérique* du 10 juin 2004¹¹ et *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* du 19 novembre 2004¹²), cette disposition constitutionnelle, de façon inattendue, s'est vu conférer une portée inédite permettant au juge constitutionnel de tirer pleinement les conséquences de la révision constitutionnelle du 25 juin 1992¹³ en vertu de laquelle le constituant français consacre la participation de la France à la construction de l'Europe : non seulement l'article 88-1 fonde l'« exigence constitutionnelle »¹⁴ de laquelle sera tirée l'obligation de transposition des directives et, subséquemment, le refus de principe du juge constitutionnel de contrôler la constitutionnalité des lois de transposition, mais il autorise également ce dernier à reconnaître que « le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international ».¹⁵

Au regard des apports des décisions susmentionnées, nul doute que l'article 88-1 est devenu le dispositif central régissant désormais les rapports entre le droit interne et le droit communautaire. Mais il faut encore cerner les implications exactes de l'article 88-1, notamment en termes de contrôle juridictionnel : à la lumière de cette disposition, telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel, le contrôle de constitutionnalité est-il appelé à devenir un lieu d'application juridictionnelle des normes communautaires ? Si le contrôle de constitutionnalité devenait, s'agissant du droit communautaire, la terre d'accueil du contrôle de conventionnalité, il en résulterait un élargissement de la compétence juridictionnelle du juge constitutionnel, doublée d'un élargissement des normes de référence du contrôle de constitutionnalité. L'affirmation selon laquelle le juge de la constitutionnalité et le juge de la conventionnalité sont des juges différenciés, et les normes de constitutionnalité et de conventionnalité, des normes différenciables, serait sérieusement remise en cause. Sur le fondement de l'article 88-1, il pourrait en être ainsi de deux façons : il faudrait, soit considérer que cette disposition constitutionnelle contient des prescriptions ayant pour objet direct de poser une règle de hiérarchie en faveur du droit communautaire, prescriptions qui auraient pour *conséquence indirecte* de faire des normes communautaires des normes de référence du contrôle de constitutionnalité, soit admettre qu'elle contient des prescriptions ayant pour *objet direct* d'intégrer les normes communautaires dans le bloc de constitutionnalité. Dans le premier cas, l'article 88-1 serait la seconde prescription hiérarchique de la Constitution (**I**), et dans le second, la première prescription « intégrative » de la Constitution (**II**).

¹⁰ Dans sa rédaction issue de la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, cet article dispose : « La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences ».

¹¹ Déc. 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Economie numérique*, *J.O.*, 22 juin 2004, p. 11182.

¹² Déc. 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *J.O.*, 24 novembre 2004, p. 19885.

¹³ Cette révision (loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, art. 5), qui a permis d'insérer dans la Constitution quatre nouveaux articles (88-1, 88-2, 88-3 et 88-4) sous le titre « Des communautés européennes et de l'Union européenne », avait été rendue nécessaire par la déclaration d'inconstitutionnalité rendue par le Conseil constitutionnel dans la décision 92-308 DC du 9 avril 1992, *Maastricht I* (*Rec.* 55 ; *R.J.C.* I-497 ; *G.D.*, n° 45) à l'issue du contrôle de la conformité à la Constitution du Traité sur l'Union européenne.

¹⁴ Déc. 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Economie numérique*, préc., cons. 7.

¹⁵ Déc. 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, préc., cons. 11.

I – L’ARTICLE 88-1 DE LA CONSTITUTION, PRESCRIPTION HIERARCHIQUE ?

La notion d’ « exigence constitutionnelle » dégagée par le Conseil constitutionnel dans la décision *Economie numérique* et, en particulier, l’inauguration par ce dernier du contrôle de la loi de transposition au regard des dispositions de la directive communautaire transposée, ont largement contribué à nourrir une analyse de la portée de l’article 88-1 en termes de primauté ou de suprématie du droit communautaire. Cependant, une bonne compréhension de la jurisprudence constitutionnelle doit conduire à constater *qu’aucun contrôle de conventionnalité ne se déduit de l’ « exigence constitutionnelle » résultant de l’article 88-1 (A)*. En sens inverse, il faut également écarter l’idée selon laquelle l’article 88-1 aurait consacré un nouveau principe constitutionnel de hiérarchie en faveur du droit communautaire, principe qui aurait alors été susceptible de constituer le fondement théorique d’un non moins nouveau contrôle de conventionnalité confié au Conseil constitutionnel : *l’ « exigence constitutionnelle » résultant de l’article 88-1 n’induit aucun nouveau principe constitutionnel de primauté du droit communautaire (B)*.

A - Aucun contrôle de conventionnalité ne se déduit de l’ « exigence constitutionnelle » résultant de l’article 88-1

Par la décision *Economie numérique*, le Conseil constitutionnel explicite pour la première fois son refus de contrôler la constitutionnalité du droit communautaire dérivé, posant ainsi une restriction non négligeable à l’étendue de son contrôle de constitutionnalité. Dans un considérant de principe, après une solennelle citation des termes de l’article 88-1, il commence en effet par déclarer « qu’ainsi, la transposition en droit interne d’une directive communautaire résulte d’une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu’en raison d’une disposition expresse contraire de la Constitution ; qu’en l’absence d’une telle disposition, 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 définis par l’article 6 du traité sur l’Union européenne »¹⁶, pour ensuite juger que les dispositions de la loi déférée « se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises » de la directive « sur lesquelles il n’appartient pas au Conseil constitutionnel de se prononcer »¹⁷. Il est fortement permis de penser, même si le Conseil constitutionnel ne le dit pas expressément, que le refus de remettre en cause la constitutionnalité du droit communautaire dérivé est étroitement lié à la règle de l’incontestabilité des engagements internationaux qui consiste, pour le Conseil constitutionnel, à présumer la compatibilité des normes internationales avec les normes constitutionnelles, à compter du moment où les premières sont entrées en vigueur dans l’ordre interne.¹⁸ Il existe en effet dans la jurisprudence constitutionnelle un principe d’immunité contentieuse des engagements en vigueur face à la norme constitutionnelle. De la même façon que pour les normes de droit conventionnel, les actes dérivés du droit international bénéficient d’une présomption de conformité à la Constitution dès leur

¹⁶ cons. 7.

¹⁷ cons. 9. Le Conseil constitutionnel pose dans cette décision la première pierre d’une jurisprudence qui sera ensuite plusieurs fois confirmée : Déc. 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, J.O., 10 juillet 2004, p. 12506, cons. 18 ; Déc. 2004-498 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, J.O., 7 août 2004, p. 14077, cons. 4 ; Déc. 2004-499 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l’égard des traitements de données à caractère personnel*, J.O., 7 août 2004, p. 14087, cons. 7.

¹⁸ En ce sens, voir par exemple 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 », *R.T.D.E.*, juillet septembre 2004, pp. 588-593.

entrée en vigueur dans l'ordre interne.¹⁹ La décision *Economie numérique* confirme cette grande ligne de jurisprudence. Plusieurs commentateurs²⁰ la rapprochent d'ailleurs avec raison de la décision *Prélèvement isoglucose* du 30 décembre 1977²¹, dans laquelle le juge constitutionnel, par une solution favorable à l'immunité des règlements communautaires, avait explicitement rattaché son raisonnement à l'article 55 de la Constitution.²² Concrètement appliqué au droit communautaire dérivé, le principe d'immunité a eu pour conséquence de retenir le juge constitutionnel dans l'exercice de son contrôle à l'égard de la loi de transposition, celui-ci voulant certainement s'abstenir de remettre en cause indirectement et *a posteriori*, non seulement la directive, mais également le traité communautaire dont elle découle. Il en résulte que le moyen tiré du grief d'inconstitutionnalité ne peut être « utilement présenté » devant lui, c'est-à-dire qu'il est inopérant.

Mais si le principe d'immunité présente cette « facette passive » qui se caractérise par la désactivation du contrôle de constitutionnalité, il présente également une « facette active » qui produit l'activation d'un autre contrôle : pour pouvoir affirmer que les dispositions attaquées de la loi de transposition « se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises » de la directive communautaire sur lesquelles, par conséquent, « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de se prononcer »²³, le Conseil constitutionnel se livre à une véritable confrontation de la loi à la directive, réveillant ainsi de nouvelles interrogations quant à l'éventuel abandon de la jurisprudence *I.V.G.*. Cette confrontation intervient comme un préalable nécessaire dont le résultat déterminera la mise en œuvre ou non de ce que l'on peut appeler le mécanisme de l'« écran conventionnel ». D'une façon générale, la doctrine a en effet salué la consécration d'une « théorie »²⁴ ou d'une « jurisprudence »²⁵ de la « directive écran », ou encore évoqué une « technique du « droit communautaire écran » »²⁶. La confrontation ainsi opérée, en ce qu'elle viserait à apprécier le « rapport de compatibilité entre la loi et le droit dérivé communautaire », a pu être baptisée « contrôle de la dérivabilité ».²⁷ Le choix de cette expression soulève la question qui se trouve au centre de notre

¹⁹ Sur la question de l'immunité constitutionnelle des normes internationales et en particulier du droit communautaire dérivé, nous nous permettons de renvoyer à notre thèse : *L'article 55 de la Constitution dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse, Aix-Marseille, 2004, pp. 285 et s., spéc. pp. 297-313 et pp. 342-360.

²⁰ 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.*, 2005, p. 653 ; 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 », *op. cit.*, p. 594 ; A. LEVADE, « Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé », *R.D.P.*, 2004, pp. 894 et 895 ; B. MATHIEU, « Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne en s'appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales », *D.*, 2004, n° 25 ; J. ROUX, « Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution », *R.D.P.*, 2004, p. 916.

²¹ Déc. 77-89 DC du 30 décembre 1977, *Prélèvement isoglucose*, *Rec.* 46 ; *R.J.C.* I-54. Le Conseil constitutionnel avait jugé que la mise à l'écart, en l'espèce, des règles constitutionnelles relatives à l'intervention du Parlement (article 34 de la Constitution) n'était « que la conséquence d'engagements internationaux souscrits par la France qui sont entrés dans le champ de l'article 55 de la Constitution » (cons. 4).

²² La question de la référence à l'article 55 de la Constitution se pose avec insistance dans la solution *Economie numérique*. En effet, alors que l'apport de cette décision est étroitement lié à la question de l'immunité constitutionnelle des normes internationales, l'article 55 en est le grand absent. Le choix du Conseil constitutionnel d'éviter la référence à l'article 55 dans la décision *Economie numérique* n'est pas sans soulever de nombreux questionnements — sur lesquels nous ne nous attarderons pas ici — quant aux fondements constitutionnels du principe d'immunité contentieuse des normes communautaires.

²³ Déc. 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Economie numérique*, *préc.*, cons. 9. Il en a été de même dans les décisions 2004-498 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, *préc.*, cons. 7 et 2004-499 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, *préc.*, cons. 8.

²⁴ C. MAUGUE, note sous Déc. 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, *Le Courrier Juridique des Finances et de l'Industrie*, n° 28, juillet-août 2004, p. 4.

²⁵ B. MATHIEU, « Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne en s'appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales », *op. cit.*, p. 1739.

²⁶ P. CASSIA, « Le véritable sens de la décision n° 2004-496 du Conseil constitutionnel », *A.J.D.A.*, 2004, Tribune, p. 1385.

²⁷ P.-Y. MONJAL, « La Constitution, toute la Constitution, rien que le droit communautaire... », *L.P.A.*, 12 août 2004, n° 161, pp. 16 et 19.

propos : comment qualifier cette opération de confrontation entre la loi et l'acte de droit communautaire dérivé ? Quelle est la nature exacte du rapport de confrontation entre les deux normes ? S'agit-il d'un contrôle de conventionnalité ? Une réponse négative s'impose. Le contrôle opéré n'est qu'une des conséquences juridictionnelles de la mise en œuvre du principe d'immunité, qui reste étrangère à l'exercice du contrôle de la conventionnalité des lois. Afin de prévenir tout rapprochement avec le contrôle de conventionnalité, nous choisirons, pour notre part, d'évoquer un contrôle de la transparence des dispositions de la loi de transposition ou encore un *contrôle de l'immunité communautaire* de la loi. En revanche, une réponse positive ne semble pas devoir être proscrite sur le point de savoir si ce contrôle a pour finalité le respect de l'article 88-1 de la Constitution et peut, par suite, constituer un contrôle de la constitutionnalité de la loi.

1. Le contrôle de l'immunité communautaire de la loi n'est pas un contrôle de conventionnalité

Sauf exception²⁸, nombreux sont les commentaires de la décision *Economie numérique* qui, du fait de la mise en place du contrôle de l'immunité communautaire de la loi, ont conclu à un ébranlement, avéré ou probable, de la jurisprudence *I.V.G.*²⁹ En d'autres termes, l'exercice par le Conseil constitutionnel de ce contrôle marquerait la fin de son incompétence en matière de contrôle de conventionnalité des lois. Mais avant d'affirmer que l'on est en présence d'un contrôle de conventionnalité, il faut revenir sur ce qui fait l'essence d'un tel contrôle. Le contrôle de conventionnalité est un contrôle qui a vocation à donner une sanction juridictionnelle à une règle de hiérarchie posée par la Constitution en faveur des normes internationales. Si les actes de droit communautaire dérivé sont bien au nombre des normes internationales reconnues comme revêtues de la primauté³⁰, la confrontation à laquelle procède le juge constitutionnel n'a aucunement vocation à assurer le respect de la primauté de la directive sur la loi. Elle s'inscrit dans une toute autre logique que celle, hiérarchique, du contrôle de conventionnalité : cette logique est celle, matérielle, de la délimitation du champ « communautaire » et du champ proprement législatif de la loi. En termes clairs, il s'agit pour le Conseil constitutionnel de déterminer le champ de l'immunité opposable à l'exercice de son contrôle. Cette vérification a un double intérêt : en identifiant les dispositions transparentes de la loi, c'est-à-dire celles qui peuvent se prévaloir de l'immunité communautaire, elle désigne simultanément les dispositions susceptibles, au contraire, de faire l'objet de l'examen de conformité à la Constitution. Bref, l'opération permet de départager les portions contrôlables ou non de la loi. Ce « tri » est indispensable à la fois pour prévenir toute atteinte à l'immunité de la norme communautaire et pour continuer d'assurer, hors champ d'immunité, l'efficacité du contrôle de la constitutionnalité des lois.

²⁸ Par exemple J. ROUX, « Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution », *op. cit.*, p. 922.

²⁹ J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, C. LAMBERT, « Droit communautaire et Constitution française : le débat est relancé », *A.J.D.A.*, 2004, p. 2265 ; L. ARGENTIERI, *Revue de l'actualité juridique française*, octobre 2004, p. 1 (www.raijf.org) ; M. GAUTIER, F. MELLERAY, « Le refus du Conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire », *A.J.D.A.*, 2004, p. 1539.

³⁰ Une interprétation large est en effet depuis longtemps admise s'agissant des normes internationales susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 55. On se reportera en particulier ici à la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui a reconnu valeur supralégislative :

- aux règlements communautaires (CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, Rec. 250) ;
- aux directives communautaires (CE, Ass., 28 février 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris et CE, Ass.*, 28 février 1992, *France et Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France*, Rec. 78 et 81) ;
- et enfin aux principes généraux du droit communautaire (CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*, *R.F.D.A.*, 2002, p. 166).

Le contrôle de l'immunité communautaire de la loi de transposition n'est donc pas un contrôle de conventionnalité parce qu'il ne répond pas à la définition d'un authentique contrôle de conformité d'une norme inférieure à une norme supérieure. Dès lors qu'elle caractérise la nature du rapport de confrontation entre la loi et la directive, l'absence de finalité hiérarchique du contrôle se répercute sur les effets du contrôle : alors qu'un contrôle de conventionnalité aboutit à écarter les dispositions inconstitutionnelles de la loi, ce contrôle-ci les rend seulement susceptibles de faire l'objet de l'examen normal de constitutionnalité. Les dispositions législatives ne coïncidant pas avec celles de la directive ne seront pas déclarées inconstitutionnelles par le juge constitutionnel pour la très simple raison que le contrôle opéré n'a pas fait des directives de véritables normes de référence, et elles ne doivent d'ailleurs pas être désignées comme telles.

Si ce point peut définitivement être considéré comme clos, reste encore ouverte la question de savoir si l'examen de l'immunité communautaire porté sur la loi est un contrôle de sa constitutionnalité.

2. Le contrôle de l'immunité communautaire de la loi est-il un contrôle de constitutionnalité ?

Cette question s'impose dès lors que le contrôle de l'immunité communautaire de la loi prend place au sein du contrôle de constitutionnalité. Pour pouvoir y répondre, il faut envisager une à une les différentes issues possibles à ce contrôle dans l'hypothèse d'une non adéquation des termes de la loi avec la directive. La plupart du temps, cette non adéquation n'aura d'autre conséquence que la mise en évidence des portions non immunisées, donc contrôlables, de la loi : tel sera par exemple le cas si le Conseil constitutionnel est conduit à relever dans la loi déferée des dispositions sans rapport avec la directive, ou entrant dans son champ d'application mais uniquement sur des points ni « précis » ni « inconditionnels » de celle-ci, ou encore ne pouvant être considérées comme des « conséquences nécessaires » des dispositions communautaires. Il est d'ailleurs déjà arrivé que le contrôle opéré n'aboutisse pas à un constat de transparence de la loi dont les dispositions ne se bornent pas à « tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive communautaire (...) ».³¹ Dans cette hypothèse, le Conseil est libre d'examiner la portion non transparente de l'article critiqué au regard des principes constitutionnels.

Mais ne faut-il pas envisager l'hypothèse d'une loi qui, dans ses dispositions ayant directement vocation à transposer, se serait mal acquittée de sa mission ? On s'est demandé, en doctrine³², si, aux yeux du Conseil constitutionnel, une « mauvaise transposition » équivaudrait, de la part du législateur, à une violation de l'article 88-1 de la Constitution, ou plus exactement de l'« exigence constitutionnelle » qui en a été dégagée. Cela supposerait que ladite « exigence constitutionnelle » implique une notion de *qualité* de la transposition. Ce cas de figure, plausible, pourrait effectivement être sanctionné par une déclaration d'inconstitutionnalité pour méconnaissance de l'exigence de l'article 88-1, sans que cette solution se heurte à de réelles difficultés théoriques. En premier lieu, une telle censure ne porterait pas atteinte à l'immunité contentieuse de la directive dans

³¹ Déc. 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, préc., cons. 20.

³² D. CHAMUSSY, « Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire et la sécurité juridique », *A.J.D.A.*, 2004, p. 1940 ; M. GAUTIER, F. MELLERAY, « Le refus du Conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire », *op. cit.*, p. 1539 ; A. LEVADE, « Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé », *op. cit.*, pp. 908-909 ; B. MATHIEU, « Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne en s'appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales », *op. cit.*, p. 1740.

la mesure où la portion censurée de la loi ne serait justement pas l'exact reflet de la directive et surtout parce que ce serait la seule loi qui serait censurée. En second lieu, cette solution ne porterait pas non plus atteinte à la jurisprudence *I.V.G.* car elle ne ferait pas appel à un rapport de conventionnalité mais à un rapport de constitutionnalité : la loi serait censurée au regard de la mission de transposition confiée par la Constitution et non au regard du contenu de la directive mal transposée.

Mais, s'agissant de l'exigence d'une qualité de la transposition sur le fondement de l'article 88-1, les choses ne doivent pas hâtivement être simplifiées. Comment faudrait-il entendre la méconnaissance de cette exigence ? Qu'en serait-il, en particulier, d'une loi qui viendrait de façon flagrante en violation de la directive ? Dans une telle hypothèse, même si, formellement, la censure juridictionnelle intervenait pour violation de la norme constitutionnelle, la violation de la directive n'en serait pas moins la cause juridique. Sur un plan matériel, il s'agirait bel et bien d'un contrôle de conventionnalité, puisque la loi serait sanctionnée, non pas *pour*, certes, mais tout de même *à cause* de sa non-conformité à une norme communautaire. Dans ce cas, on se trouverait en présence d'une « exigence » qui ne se contenterait plus seulement d'impliquer une obligation pour le législateur de qualité dans la transposition, mais qui, par le biais de l'article 88-1, emporterait intégration automatique dans le réservoir des normes de référence du contrôle de constitutionnalité de toutes les directives dont la transposition serait déferée au Conseil constitutionnel.³³

Le Conseil constitutionnel donne lui-même un indice éloquent s'agissant des liens susceptibles de se tisser entre le contrôle de l'immunité communautaire et le contrôle de constitutionnalité de la loi. En effet, dans la décision *Economie numérique*, il formule une réserve d'interprétation qui conditionne très clairement sa conclusion finale selon laquelle les dispositions de la loi de transposition « se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises » de la directive.³⁴ C'est donc « sous réserve » de cette interprétation que le Conseil juge les dispositions législatives attaquées comme effectuant une transposition satisfaisante de la directive.

Que faut-il conclure de cette réserve ? Pour certains³⁵, elle a permis au Conseil constitutionnel d'ajuster parfaitement les contenus respectifs de la loi et de la directive, prévenant ainsi toute censure de la loi de transposition : grâce à l'interprétation thaumaturge, la loi a pu être jugée comme satisfaisant à l'exigence de transposition et, l'écran ayant dès lors pu être activé, l'immunité de la directive n'a pas eu à souffrir de faille. Suivant cette analyse, la réserve d'interprétation s'inscrirait dans un rapport de conformité au fond entre la loi et la directive. Pourtant, dans l'article 2 du dispositif de la décision, le Conseil constitutionnel affirme que « sous la réserve énoncée », les dispositions législatives en cause « ne sont pas contraires à la Constitution³⁶ », signifiant incontestablement par là que la réserve d'interprétation formulée s'inscrit dans un rapport de conformité entre la loi et la norme constitutionnelle. Rien là que de très logique puisque les réserves d'interprétation peuvent être définies comme une forme de contrôle de constitutionnalité sans la censure, les normes litigieuses étant, par voie d'interprétation, rendues conformes à la Constitution.

³³ Sur la question de l'intégration des normes communautaires dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution, voir *infra*, pp. 16 et s.

³⁴ cons. 9 : « Considérant que les 2 et 3 du I de l'article 6 de la loi déferée ont pour seule portée d'écarter la responsabilité civile et pénale des hébergeurs dans les deux hypothèses qu'ils envisagent ; que ces dispositions ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge ; que sous cette réserve, les 2 et 3 du I de l'article 6 se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises du 1 de l'article 14 de la directive susvisée... ».

³⁵ D. CHAMUSSY, « Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire et la sécurité juridique », *op. cit.*, p. 1938.

³⁶ C'est nous qui soulignons.

De surcroît, on peut constater à leur lecture que les contenus respectifs de la directive et des dispositions attaquées de la loi sont quasiment identiques.³⁷ L'interprétation d'un texte ne pouvant être donnée qu'à la lumière d'un texte différent, il faut en déduire que le Conseil n'a pas pu interpréter la loi au regard de la directive, du moins dans ses termes littéraux. Mais il n'a pas pour autant donné une interprétation de la directive à la lumière de la Constitution. En réalité, il est probable que, se trouvant dans l'impossibilité pratique³⁸ de saisir le juge communautaire pour obtenir un éclaircissement sur le point obscur de la directive, le Conseil ait tout simplement donné sa propre interprétation de la directive. Ainsi, il serait exact que par cette réserve, « le juge constitutionnel ajoute, indiscutablement, aux termes de la directive ». ³⁹ Dès lors, la conformité sous réserve contenue dans le dispositif ne signifie pas que la loi a été rendue conforme à la Constitution sur le fond du problème en cause, mais il faut entendre que, suite à cette « correction », la loi est devenue conforme à la directive *telle que le Conseil l'a interprétée*, et que dans ces conditions, elle peut donc être jugée comme répondant à l'« exigence constitutionnelle » de transposition résultant de l'article 88-1. Ainsi, susceptible d'en apparaître comme un indice discret, la réserve d'interprétation commentée pourrait corroborer l'idée selon laquelle le Conseil constitutionnel entendrait effectivement sanctionner la violation par le législateur de l'« exigence constitutionnelle » résultant de l'article 88-1 de la Constitution. En soi, cette réserve d'interprétation n'en reste pas moins problématique dans la mesure où, parce qu'elle recèle une interprétation de la directive, elle peut demain se heurter à une interprétation différente de la part de la Cour de justice, ce qui placerait les juges ordinaires dans l'obligation de choisir entre l'autorité de la chose interprétée des décisions du juge communautaire et celle des décisions du juge constitutionnel.

Une chose est en tous cas certaine : l'exercice du « contrôle de l'immunité communautaire », s'il ne peut en aucun cas être assimilé à celui du contrôle de la conventionnalité des lois, s'avère en revanche dorénavant et déjà étroitement mêlé à l'exercice du contrôle de leur constitutionnalité. Il n'est décidément pas facile de maîtriser immédiatement les implications de l'article 88-1 de la Constitution tant, d'insignifiante qu'elle paraissait, cette disposition a brusquement bourgeonné sous l'effet de la jurisprudence constitutionnelle. Ce soudain enrichissement ne doit toutefois pas induire en erreur sur la portée qu'il convient d'attribuer à ladite disposition. L'« exigence constitutionnelle » résultant de l'article 88-1 ne doit pas être interprétée comme induisant la consécration d'un nouveau principe constitutionnel de primauté du droit communautaire.

B - L'« exigence constitutionnelle » résultant de l'article 88-1 n'induit aucun nouveau principe constitutionnel de primauté du droit communautaire

L'idée n'est pas nouvelle, selon laquelle l'article 88-1 de la Constitution, indépendamment de l'article 55, pourrait servir de fondement constitutionnel spécifique à la primauté du droit communautaire. Cette idée a resurgi à l'occasion de la récente jurisprudence du Conseil constitutionnel. En effet, la décision *Economie numérique* à peine rendue, la presse quotidienne, suivie par certains commentateurs⁴⁰, titrait que le droit communautaire primait dorénavant sur la Constitution

³⁷ Comme le relève avec détail J. ROUX, « Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution », *op. cit.*, p. 913, notes 4 à 7 et p. 930.

³⁸ En raison de la brièveté du délai imparti au Conseil constitutionnel pour rendre sa décision, savoir, aux termes de l'article 61 de la Constitution, un mois, ramené à huit jours en cas d'urgence.

³⁹ A. LEVADE, « Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé », *op. cit.*, p. 905. Dans le même sens, J.-P. CAMBY, « Le droit communautaire est-il soluble dans la Constitution ? », *R.D.P.*, 2004, p. 887 ; J. ROUX, « Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution », *op. cit.*, p. 930.

⁴⁰ Certains auteurs ont en effet tiré cette conclusion hâtive de la décision 2004-496 DC du 10 juin 2004, affirmant notamment que « le juge constitutionnel assure par cette jurisprudence la prévalence du droit communautaire sur le droit national, y

française. Même si, dès avant que la décision *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* vienne sans équivoque rappeler la suprématie constitutionnelle⁴¹, une grande partie de la doctrine⁴² a très vite rectifié cette analyse un peu rapide, beaucoup ont conclu qu'au travers de l'article 88-1 avait tout de même été consacrée une « solution de suprématie du droit communautaire »⁴³ ou encore ont affirmé que le Conseil constitutionnel avait, par cette décision, posé « la primauté du droit communautaire sur le droit interne ».⁴⁴ La portée de l'article 88-1 doit sur ce point être clarifiée : sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel n'a pas posé un principe de primauté du droit communautaire sur le droit constitutionnel national. Ce point est aujourd'hui largement acquis. Nous ferons à présent un pas de plus vers ce qui nous semble être l'analyse la plus fidèle des décisions constitutionnelles susvisées : sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel n'a pas davantage posé un nouveau principe de primauté du droit communautaire sur le droit national infraconstitutionnel. En réalité, de l'article 88-1, aucun nouveau principe de primauté n'a été tiré.

Cependant, tel qu'interprété par la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel, l'article 88-1 de la Constitution consacre la participation de la France à l'Union européenne, et sert par conséquent de « cadre » constitutionnel à la reconnaissance de l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre interne. Sur cette base d'ouverture, le principe de primauté du droit de l'Union, exprimé au niveau communautaire par l'article I-6 du Traité, peut être accueilli sans difficulté car la Constitution offre désormais un fondement parfaitement adéquat à la reconnaissance de la primauté du droit communautaire. Cette reconnaissance s'effectue sur des bases constitutionnelles nouvelles.

1. L'absence de consécration d'un nouveau principe constitutionnel de primauté du droit communautaire

Une étude attentive des décisions *Economie numérique* et *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* permet d'affirmer que le Conseil constitutionnel n'était pas favorable à l'idée d'une consécration textuelle de la primauté du droit communautaire sur le droit interne. Aussi s'est-il

compris constitutionnel (...) » et que « de ce point de vue, il se montre plus européen que le Conseil d'Etat qui a considéré que la Constitution devait prévaloir sur l'ensemble du droit international conventionnel, y compris communautaire (...) » : B. MATHIEU, « Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne en s'appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales », *op. cit.*, p. 1740. D. BAILLEUL (« Quand le juge ressemble au constituant », *D.*, 2004, spéc. p. 3090) évoque également la consécration d'une « primauté indirecte ou prévalence du droit communautaire » sur la norme fondamentale.

⁴¹ Le Conseil constitutionnel y réaffirme en effet « l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne » (cons. 10).

⁴² J.-P. CAMBY, « Le droit communautaire est-il soluble dans la Constitution ? », *op. cit.*, pp. 886 et 888 ; P. CASSIA, « Le véritable sens de la décision n° 2004-496 du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 1385 ; D. CHAMUSSY, « Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire et la sécurité juridique », *op. cit.*, p. 1939 ; M. DELAMARE, « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel en date du 10 juin 2004 », synthèse n° 141, Lettre de la Fondation Robert Schuman, p. 2 (www.robert-schuman.org/synth141.htm) ; C. MAUGUE, *Le Courrier Juridique des Finances et de l'Industrie*, n° 28, juillet-août 2004, note, p. 4 ; P.-Y. MONJAL, « La Constitution, toute la Constitution, rien que le droit communautaire... », *op. cit.*, p. 18 ; J. ROUX, « Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution », *op. cit.*, pp. 926 et s. ; M. VERPEAUX, *Dr. Adm.*, août-septembre 2004, commentaire n° 130, p. 28.

⁴³ C. MAUGUE, note précitée, p. 5.

⁴⁴ H. OBERDORFF, « Le Conseil constitutionnel et l'ordre juridique communautaire : coopération et contrôle », *R.D.P.*, 2004, p. 872. Dans le même sens, S. BRONDEL, « Une révision constitutionnelle nécessaire à la ratification de la Constitution européenne », *A.J.D.A.*, 2004, p. 2248 ; O. GOHIN, « Conseil constitutionnel et Constitution européenne : les trois contradictions », *Europe*, n° 53, 2004, p. 1708 ; F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel devant la Constitution pour l'Europe », *R.F.D.C.*, 2004, p. 468 ; C. MAUGUE, *R.F.D.A.*, 2005, p. 31 ; J. ROUX, « Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe à l'épreuve de la Constitution française », *R.D.P.*, 2005, p. 69 ; M. VERPEAUX, « La voie de la ratification de la Constitution européenne est ouverte », *J.C.P.*, éd. G, 2004, pp. 2349, 2350.

abstenu d'une interprétation expresse de l'article 88-1 de la Constitution en ce sens, de même qu'il a veillé à ce que l'issue de l'examen de la conformité à la Constitution du Traité ne conduise à une révision constitutionnelle en ce sens.

Le Conseil constitutionnel s'est abstenu d'une interprétation expresse de la Constitution en ce sens. Est totalement introuvable, à la lecture des deux décisions susvisées, la consécration d'un nouveau principe constitutionnel de primauté du droit communautaire sur la base de l'article 88-1 de la Constitution.

Le Conseil constitutionnel l'a clairement rappelé : le contenu du Traité ne modifie rien au fait que la Constitution conserve « sa place au sommet de l'ordre juridique interne ». ⁴⁵ On sait également que le refus du juge constitutionnel de contrôler la constitutionnalité du droit communautaire dérivé ne traduit pas une règle de hiérarchie en faveur du droit communautaire mais simplement le respect par la France de ses obligations communautaires, qui impliquent, conformément à l'article 88-1, que la mise en œuvre des directives ne soit pas entravée par les autorités nationales, sachant, en outre, que l'invalidation d'une loi de transposition remettrait indirectement en cause, non seulement l'immunité contentieuse de la directive mais également celle des traités qu'elle exécute.

Il est vrai que chacune des deux décisions rendues par le Conseil constitutionnel comporte un point culminant où, se référant solennellement à l'article 88-1 par une citation expresse de ses termes, le Conseil précise la portée de ceux-ci. Mais dans aucune des deux décisions le nouvel apport ainsi introduit ne consiste à dégager explicitement un principe de primauté. Dans la décision *Economie numérique*, il est seulement question d'une « exigence constitutionnelle » : la transposition en droit interne des directives résulte de cette exigence qui, elle-même, résulte de l'article 88-1 de la Constitution. ⁴⁶ Dans la décision *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, le Conseil constitutionnel se fonde sur l'article 88-1 pour déclarer que « le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international ». ⁴⁷ Comme le résume le Conseiller Schoettl, il ressort notamment des décisions visées que « le Conseil a fondé sur l'article 88-1 l'obligation de transposer les directives communautaires et, plus généralement, l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international ». ⁴⁸

Même lorsque le Conseil constitutionnel évoque la « portée du principe de primauté du droit de l'Union telle qu'elle résulte, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans ses décisions susvisées, de l'article 88-1 de la Constitution » ⁴⁹, il ne faut pas se méprendre : c'est la portée du principe de primauté et non le principe lui-même qui « résulte » de l'article 88-1. Dans ce considérant, le Conseil ne fait que rappeler que dans sa jurisprudence issue de la décision *Economie numérique*, en considérant qu'il pouvait être fait obstacle à l'exigence constitutionnelle liée à la transposition des directives en cas de « disposition expresse et contraire de la Constitution » ⁵⁰, il a déjà dessiné les contours de la portée du principe de primauté contenu à l'article I-6 du Traité, savoir qu'au travers du prisme de l'article 88-1, ce principe doit s'entendre comme réservant l'application de la Constitution

⁴⁵ Déc. 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, préc., cons. 10. Aussi claire qu'elle soit, cette affirmation n'empêchera cependant pas la Cour de justice des Communautés de maintenir sa position quant au caractère absolu de la primauté du droit communautaire sur le droit des États membres, fût-il constitutionnel, et ce d'autant plus que le principe de primauté est désormais expressément consacré dans le texte du Traité (article I-6).

⁴⁶ cons. 7

⁴⁷ cons. 11.

⁴⁸ J.-E. SCHOETTL, « La ratification du “Traité établissant une Constitution pour l'Europe” appelle-t-elle une révision de la Constitution française ? », *L.P.A.*, 29 novembre 2004, n° 238, p. 8.

⁴⁹ Déc. 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, préc., cons. 13.

⁵⁰ Déc. 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Economie numérique*, préc., cons. 7.

dans certains cas. Telles sont les limites des potentialités ouvertes par l'article 88-1 à l'égard du droit de l'Union européenne (sous cet angle, l'article 88-1 est incontestablement porteur de la notion de suprématie de la Constitution).

Ainsi, dès le départ, il apparaît que le Conseil constitutionnel n'a pas fait développer à l'article 88-1 une logique explicitement hiérarchique. Il nous semble plus exact de dire que cette disposition permet de consacrer l'engagement de la France dans l'Union européenne et qu'elle offre dans le même temps un « socle » constitutionnel pour le consentement de la France à tous les principes et mécanismes découlant de cet engagement. Au nombre de ceux-ci, le mécanisme de transposition des directives, mais également, en toute première position, le principe de primauté du droit communautaire. Telles sont les implications nouvelles résultant de la portée de l'article 88-1 de la Constitution, tel qu'interprété par le juge constitutionnel. Il est d'ailleurs fort à penser que la formulation en termes généraux de l'article 88-1 permettra au Conseil constitutionnel de dégager de cette disposition « cadre » de nouvelles implications, au fur et à mesure que celles-ci s'avéreront nécessaires.

Le Conseil constitutionnel a prévenu une révision de la Constitution en ce sens. Dans la décision *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, il était demandé au Conseil constitutionnel de se prononcer sur la conformité à la Constitution du principe de primauté formulé à l'article I-6 du Traité. Si le Conseil avait conclu à l'inconstitutionnalité de cet article, une nécessaire conséquence en aurait découlé : par application de l'article 54 de la Constitution, la déclaration d'inconstitutionnalité aurait eu pour effet de faire porter la révision constitutionnelle sur le terrain des rapports hiérarchiques entre le droit communautaire et le droit interne, et plus précisément entre les normes communautaires et les normes constitutionnelles. C'est pourquoi le choix de la déclaration de constitutionnalité présentait l'incalculable avantage de laisser toute latitude au Conseil pour donner du Traité sa propre interprétation. La stratégie du Conseil constitutionnel tient ici du génie, qui permet d'éviter que l'article I-6 ne soit catapulté dans l'arène de la révision constitutionnelle et que la Constitution ne se retrouve toilettée au parfum de principes que précisément le Conseil constitutionnel ne souhaitait vraisemblablement pas voir repris par le texte constitutionnel.

Cela n'empêche pas le principe exprimé à l'article I-6 du Traité d'être ouvertement accueilli comme non contraire à la Constitution. Comment pourrait-il ne pas l'être alors que, posant expressément, à l'article 55 de la Constitution, le principe de supériorité du droit international sur le droit interne, la Constitution ouvre déjà largement la voie à la reconnaissance de la primauté du droit communautaire ? Le fondement constitutionnel de cette primauté paraît déjà acquis... à moins que la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel n'invite à considérer que le plein effet du droit communautaire passe désormais par une reconnaissance de sa primauté sur des bases nouvelles ?

2. La reconnaissance constitutionnelle de la primauté du droit communautaire sur des bases nouvelles

Bien que, dans la décision *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, le Conseil constitutionnel ne le dise pas explicitement, il convient dorénavant de considérer que, sur la base de l'article 88-1 de la Constitution, la France reconnaît la primauté du droit communautaire comme l'un des axes fondamentaux des rapports entre le droit de l'Union européenne et celui des Etats membres. Mais de longue date, l'article 55 affirme que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés, ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Il existe donc déjà un principe constitutionnel de primauté du droit international. C'est ici qu'émerge le problème qui va essentiellement occuper les développements suivants. Car depuis les décisions *Economie numérique* et *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, il ne fait guère de doute que la « situation constitutionnelle » du droit communautaire n'est plus la même que celle d'avant. Avant ces décisions, l'article 55 était la seule disposition constitutionnelle susceptible de régir les rapports hiérarchiques entre les normes communautaires et les normes internes. Avec ces décisions, a véritablement été révélée une seconde disposition constitutionnelle, l'article 88-1 de la Constitution, appelée maintenant à jouer un rôle essentiel dans les rapports du droit communautaire avec le droit interne. S'il est désormais certain que l'article 88-1 est devenu la disposition constitutionnelle servant de socle et de cadre aux différentes conséquences juridiques de l'engagement de la France dans l'Union (telles que, au premier plan, la primauté du droit de l'Union sur le droit des Etats membres), alors comment doit-on à présent entendre le rôle de l'article 55 de la Constitution à l'égard du droit communautaire ? En termes de hiérarchie, l'article 55 perd-il tout intérêt au profit de l'article 88-1, ou continue-t-il au contraire de fonder la primauté du droit communautaire sur le droit interne ? Car au regard de la jurisprudence constitutionnelle, la problématique qui s'ouvre aujourd'hui à tout observateur sur le thème de la primauté du droit communautaire peut se décliner de la manière suivante : l'article 88-1 de la Constitution est adapté au droit communautaire mais ne pose pas expressément de principe de primauté du droit communautaire ; l'article 55 de la Constitution pose expressément un principe de primauté des normes internationales mais n'est pas adapté au droit communautaire. La jurisprudence constitutionnelle ne traduisant pas une combinaison explicite des deux dispositions constitutionnelles, quel fondement faut-il donc donner à la primauté du droit communautaire ?

En l'article 55 de la Constitution, le constituant a déjà explicitement formulé une règle de hiérarchie en faveur du droit international, règle au bénéfice de laquelle se trouve le droit communautaire depuis les origines des Communautés européennes, et sans que l'avènement de l'Union ait rien modifié à cet égard. Faut-il nécessairement rompre cette continuité ? En tant que fondement de la primauté du droit international, l'article 55 ne peut-il continuer de fonder la primauté du droit communautaire sur le droit interne ? De surcroît, l'article 55 présente l'avantage de fixer clairement la limite à cette primauté qui, selon l'interprétation donnée par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation dans les arrêts *Sarran*⁵¹ et *Fraisse*⁵², « ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ». N'est-ce pas exactement la même conception de la hiérarchie des normes que le Conseil constitutionnel a exprimée dans la décision *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, lorsque, se livrant à l'examen de la constitutionnalité de l'article I-6 relatif à la primauté du droit communautaire, il a réaffirmé « l'existence de la Constitution et sa place au

⁵¹ CE, Ass., 30 octobre 1998, *MM. Sarran, Levacher et autres*, préc.

⁵² Cass. ass. plén., 2 juin 2000, *Mlle Fraisse*, préc.

sommet de l'ordre juridique interne »⁵³ ? Pourquoi le juge constitutionnel cesserait-il de fonder la primauté du droit communautaire sur l'article 55, alors que cette disposition est déjà interprétée dans un sens favorable à la suprématie constitutionnelle ?

En dépit de ces quelques éléments, se profile l'inéluctable constat : au vu de la portée qui en a été dégagée par le Conseil constitutionnel, l'article 88-1 devrait complètement éclipser l'article 55 s'agissant du fondement de la primauté du droit communautaire. Il faut l'admettre, pour des raisons de plus en plus évidentes, la référence à l'article 55 en matière communautaire est devenue inopportune. En effet, le Conseil constitutionnel, dans la décision *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, a consacré, sur la base de l'article 88-1 de la Constitution, la distinction entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique international.⁵⁴ Sur le fondement de l'article 55, aucune distinction n'était faite entre le droit conventionnel classique et le droit communautaire. Sur le fondement de l'article 88-1, en revanche, le juge constitutionnel a expressément reconnu la spécificité de l'ordre juridique communautaire : « le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international ».⁵⁵ Cette distinction trouve notamment à s'appliquer s'agissant de la condition de réciprocité, inapplicable aux engagements communautaires de la France. Or au regard des exigences de la spécificité du droit communautaire, la mention de celle-ci dans l'article 55 de la Constitution est réellement problématique. Même si, depuis la décision *Cour pénale internationale* du 22 janvier 1999⁵⁶, la jurisprudence du Conseil constitutionnel montre clairement que la condition de réciprocité ne doit pas être comprise comme devant s'appliquer à tous les engagements internationaux⁵⁷ et, bien qu'il ne fasse pas de doute que, dans l'esprit du Conseil, cette condition doive être écartée en matière communautaire, la formulation de l'article 55 dérange dans le « décor » communautaire. Il est bien compréhensible, dans ces conditions, que le juge constitutionnel se soit abstenu de toute référence à cette disposition constitutionnelle dans la décision *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*. Le choix inverse aurait créé problème de par une mise en évidence inopportune de l'inadéquation textuelle de l'article 55 à la spécificité que la décision *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* reconnaissait à ce moment précis au droit communautaire.

La spécificité qui s'attache à l'ordre juridique communautaire devra dorénavant systématiquement être prise en compte dans l'application juridictionnelle du principe de primauté en matière communautaire. Dans le cadre de leur mission d'application du droit communautaire, les juridictions ordinaires auront à tirer les conséquences de la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'agissant du fondement constitutionnel de la primauté du droit communautaire sur les normes internes, et en particulier sur les lois. Du côté du Conseil d'Etat, qui s'est toujours montré réfractaire à la reconnaissance de la spécificité de l'ordre juridique communautaire, on relèvera déjà un tout récent arrêt *Mlle Deprez et M. Baillard* du 5 janvier 2005, dans lequel le Conseil d'Etat, pour répondre à un moyen fondé sur la violation de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, affirme que « pour la mise en œuvre du principe de supériorité des traités sur la loi énoncé à l'article 55 de la Constitution, il incombe au juge, pour la détermination du texte dont il doit faire application,

⁵³ Déc. 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, préc., cons. 10.

⁵⁴ cons. 11.

⁵⁵ Déc. 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, préc., cons. 11.

⁵⁶ Déc. 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Cour pénale internationale*, Rec. 29 ; R.J.C. 1-803.

⁵⁷ Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a estimé qu'en égard à l'objet du traité portant statut de la Cour pénale internationale, « les obligations nées de tels engagements s'imposent à chacun des Etats parties indépendamment des conditions de leur exécution par les autres Etats parties ; qu'ainsi la réserve de réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution n'a pas lieu de s'appliquer » (cons. 12).

de se conformer à la règle de conflit de normes édictée par cet article ». Certes, dans le contexte jurisprudentiel actuel relatif à l'article 88-1 de la Constitution, cette déclaration qui, au demeurant, ne se justifiait pas au regard des éléments de l'espèce, ne peut que retenir l'attention. Mais parce que l'espèce met en cause une norme de droit international conventionnel classique et non une norme de droit communautaire, cette déclaration ne peut pas véritablement apparaître comme une acte volontaire de positionnement du juge administratif signifiant clairement que l'article 55 serait maintenu comme seul fondement constitutionnel de la primauté du droit communautaire.⁵⁸

Si l'article 88-1 de la Constitution ne peut être proprement défini comme une prescription hiérarchique, il est aujourd'hui indéniable qu'il constitue le « socle » constitutionnel sur la base duquel est accueilli le principe de primauté du droit communautaire. Mais sachant qu'il consacre « l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne », faut-il plutôt considérer l'article 88-1 comme possédant les atouts d'une prescription « intégrative » ?

II – L'ARTICLE 88-1 DE LA CONSTITUTION, PRESCRIPTION « INTEGRATIVE » ?

La « théorie de l'intégration » n'est pas nouvelle : l'une des dispositions les plus anciennement invoquées à l'appui de celle-ci est l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel « La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ». On se souvient que, dès 1974, le Président Luchaire avait pensé pouvoir affirmer que les dispositions combinées de cet alinéa et de l'article 55 de la Constitution feraient entrer tout le droit international « dans la supralégalité que le Conseil constitutionnel pourrait être amené à faire appliquer »⁵⁹. Mais cette théorie a eu un succès plus vif sur la base du seul article 55 de la Constitution, en vertu duquel il a fréquemment été suggéré que les traités et accords internationaux soient considérés comme intégrés dans le champ des normes opposables au législateur. Cette proposition se heurte de front à la jurisprudence *I.V.G.*, selon laquelle le Conseil constitutionnel considère qu'il ne lui « appartient pas (...), lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international »⁶⁰, excluant par là même les normes internationales du « bloc de constitutionnalité ».

La « théorie de l'intégration » repose sur l'idée simple que la Constitution prévoirait elle-même l'insertion des normes internationales dans le bloc de constitutionnalité. Il apparaît, au vu des différentes réflexions doctrinales, que la concrétisation de cette idée emprunte généralement deux modes.

Selon le premier, la norme internationale intègre le bloc de constitutionnalité par acquisition de la valeur constitutionnelle. Cela suppose l'introduction dans la Constitution, par voie de révision constitutionnelle, soit de la reprise du contenu de normes internationales, soit d'une référence expresse aux engagements internationaux que le constituant consacrerait explicitement comme normes de valeur constitutionnelle. Ce cas de figure, non avéré dans la Constitution de 1958, n'entre pas dans le champ de notre propos, dès lors qu'il écarte la notion d'« intégration » au profit d'une constitutionnalisation pure et simple des normes internationales.

⁵⁸ Voir le commentaire de B. BONNET, « Le Conseil d'Etat, la Constitution et la norme internationale », *R.F.D.A.*, 2005, pp. 56-66.

⁵⁹ F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés des citoyens », in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, LGDJ, Paris, 1974, t. II, p. 571. Dans le même sens, J. ROBERT, *R.I.D.C.*, 1975, note sous Déc. 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, p. 886 et D. RUZIE, *J.D.I.*, 1975, p. 263.

⁶⁰ Déc. 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, préc., cons. 7.

Selon le second, les traités internationaux ne sont pas censés acquérir valeur constitutionnelle mais sont, par le simple biais d'une disposition constitutionnelle, hissés *en tant que normes conventionnelles* au statut de normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Dans cette hypothèse, l'expression de « bloc de constitutionnalité » ne convient plus pour désigner l'ensemble des normes de référence applicables par le juge constitutionnel. Selon le Professeur Rousseau, il conviendrait plutôt de retenir la formule utilisée par le Conseil lui-même, de « normes de référence applicables »⁶¹.

Cette dernière formule avait initialement été développée sur le fondement de l'article 55 de la Constitution. Mais il semblerait qu'elle ait de plus en plus de raisons de prospérer sur le terrain spécifique de l'article 88-1 de la Constitution.

L'intégration des normes communautaires fondée sur l'article 88-1 : une hypothèse d'actualité.

L'article 88-1 de la Constitution, prescription « intégrative » ? L'idée séduit depuis quelques années. Le Professeur Mathieu avait déjà suggéré que l'on puisse interpréter cette disposition comme ayant intégré l'ensemble du droit communautaire dans le droit constitutionnel⁶². Il en résulterait qu'en contrôlant la conformité des lois aux normes communautaires, le Conseil constitutionnel ne ferait en somme qu'examiner indirectement leur constitutionnalité, sans véritablement remettre en cause la jurisprudence *I.V.G.*. Pour le Professeur Picard, « ce serait là une façon, sinon élégante, du moins aisée, de trouver une solution au problème (...) laissé depuis si longtemps en suspens »⁶³.

Au vu de la **jurisprudence constitutionnelle** récente, cette idée se trouve être, aujourd'hui plus que jamais, d'actualité. En effet, les décisions *Economie numérique* du 10 juin 2004 et *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* du 19 novembre 2004 précitées ont fait de l'article 88-1 une disposition tout à fait essentielle s'agissant des rapports entre le droit interne et le droit communautaire. En premier lieu, en se fondant sur l'« exigence constitutionnelle »⁶⁴ dégagée par le Conseil constitutionnel, on a pu soutenir que, par l'effet de l'article 88-1, « toute directive devient, pour garantir l'effectivité de cette « exigence », une norme de référence, non seulement des lois qui en assurent la transposition mais encore de toutes celles qui pourraient y contrevenir »⁶⁵, voire que l'ensemble du droit de l'Union européenne aurait désormais vocation à servir de référence dans le contrôle de constitutionnalité des lois.⁶⁶ Force serait donc d'admettre que « le Conseil constitutionnel compte désormais parmi les garants de la primauté du droit des Communautés et de l'Union dans l'ordre interne, aux côtés ou plutôt en amont des juridictions administratives et judiciaires (...) ». En second lieu, selon le Conseil constitutionnel, il résulte de l'article 88-1 que « le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire *intégré*⁶⁷ à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international ».⁶⁸ Quelles conséquences doit-on tirer de cette nouvelle

⁶¹ D. ROUSSEAU, *R.D.P.*, 2000, chron. p. 31.

⁶² B. MATHIEU, *R.F.D.A.*, 2000, note sous Déc. 99-422 DC du 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000* et Déc. 99-425 DC du 29 décembre 1999, *Loi de finances rectificative pour 1999*, p. 299.

⁶³ E. PICARD, « Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen », *R.F.D.A.*, 1993, p. 52. L'auteur fait ici allusion aux problèmes qui, selon lui, découlent de l'incompétence du Conseil constitutionnel en matière de contrôle de la conventionnalité des lois.

⁶⁴ Déc. 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Economie numérique*, préc., cons. 7.

⁶⁵ J. ROUX, « Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution », *R.D.P.*, 2004, pp. 922 et s.

⁶⁶ M. GAUTIER, F. MELLERAY, « Le refus du Conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire », *A.J.D.A.*, 2004, p. 1539. Dans le même sens, D. ROUSSEAU, *R.D.P.*, 2005, chron. p. 273 ; F. LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel devant la Constitution pour l'Europe », *R.F.D.C.*, 2004, pp. 467, 468, 469.

⁶⁷ C'est nous qui soulignons.

⁶⁸ Déc. 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, préc., cons. 11.

portée de l'article 88-1, en termes d'application juridictionnelle des normes communautaires ? Les normes communautaires deviennent-elles des normes de référence du contrôle de constitutionnalité, contrairement à la solution de principe du 15 janvier 1975 ? Ce n'est pas se perdre en conjectures que de se demander, au lendemain du trentième anniversaire de la décision *I.V.G.* et à l'aube de la ratification par la France du Traité sur la Constitution européenne, si les réflexions prospectives exprimées depuis plusieurs années en doctrine, relativement à l'article 88-1, n'annonçaient pas une mutation aujourd'hui en voie de réalisation. D'une telle évolution, c'est en fait une révolution complète qui germerait. Révolution d'un système de contrôle juridictionnel qui ne pourrait plus reposer sur son habituelle architecture bipolarisée : constitutionnalité et conventionnalité ne seraient plus séparés mais mêlèrent alors leurs voies devant le Conseil constitutionnel.

L'actualité de l'interprétation de l'article 88-1 comme prescription « intégrative » trouve également matière à s'imposer au vu du **texte constitutionnel** : dans sa nouvelle rédaction issue de la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005⁶⁹, l'article 88-1 de la Constitution est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Elle peut participer à l'Union européenne *dans les conditions prévues par le Traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004*⁷⁰ ». ⁷¹ Quelles sont les implications de cette mention expresse du Traité ? En 1992, l'article 88-1, introduit dans le but d'insérer les modifications constitutionnelles nécessaires à la ratification du Traité de Maastricht, n'avait pas pour autant fait de ce dernier une norme de référence du contrôle de constitutionnalité.⁷² Devra-t-il en être autrement pour le Traité établissant une Constitution pour l'Europe ? Même si la formulation de 2005 diffère de celle de 1992, les termes nouveaux de l'article 88-1, pas plus que les termes initiaux, ne doivent permettre d'affirmer hâtivement que le constituant ait voulu donner valeur constitutionnelle au Traité ou qu'il ait fait des dispositions de ce dernier des normes de référence du contrôle de constitutionnalité.

Ne résultant donc pas directement de la volonté du constituant, l'intégration du droit communautaire originaire et dérivé dans le bloc de constitutionnalité ne pourrait donc être que le fruit d'une interprétation « constructive » du Conseil constitutionnel.⁷³ En ce sens, l'exemple fourni par la décision *Droit de vote des ressortissants communautaires*⁷⁴ a pu être considéré comme un intéressant début de piste. Dans celle-ci, le Conseil constitutionnel a vérifié la conformité de la loi organique prévue par l'article 88-3 de la Constitution⁷⁵ à l'article 8 B, § 1, issu du Traité sur l'Union européenne, ainsi qu'à la directive 94/80/CE du 19 décembre 1994, tous deux relatifs au droit de vote des ressortissants communautaires. L'article 88-3 de la Constitution fait, il est vrai, référence expresse aux modalités prévues en la matière par le Traité, et force est d'admettre que, par la volonté du constituant, des normes communautaires ont en l'espèce servi de normes de référence au contrôle de constitutionnalité. C'est peut-être cette formule qu'une partie des tenants de l'intégration souhaiterait

⁶⁹ Loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1^{er} mars 2005 modifiant le titre XV de la Constitution, *J.O.* du 2 mars 2005, p. 3696.

⁷⁰ C'est nous qui soulignons.

⁷¹ Le constituant a prévu qu'à compter de l'entrée en vigueur du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, cette rédaction serait remplacée par la suivante : « Dans les conditions fixées par le traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004, la République française participe à l'Union européenne, constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences ».

⁷² B. GENEVOIS, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *C.C.C.*, 1999, n° 7, p. 104.

⁷³ X. MAGNON, *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italiens*, Thèse, Aix-Marseille III, 2002, p. 240.

⁷⁴ Déc. 98-400 DC du 20 mai 1998, *Droit de vote des ressortissants communautaires*, *Rec.* 251 ; *R.J.C.* I-749.

⁷⁵ Cet article dispose : « Sous réserve de réciprocité et 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. (...) Une loi organique votée dans les mêmes termes par les deux assemblées détermine les conditions d'application du présent article ».

voir généralisée. La question doit donc être posée : le contrôle opéré sur la base de l'article 88-3 est-il transposable à l'article 88-1 ? De façon assez évidente, une réponse négative s'impose, ne serait-ce que parce que les deux dispositions ont un objet très différent. Comparé à l'article 88-1 qui consiste en une déclaration à caractère général, le texte de l'article 88-3 se distingue par la précision de son contenu et le caractère ponctuel de ses implications juridiques. Dès lors, le procédé qui en découle est à la fois exceptionnel et circonscrit aux seules dispositions communautaires qu'il vise.

L'incontournable apport de la jurisprudence I.V.G.

Pour l'heure, aucun élément ne permet d'annoncer avec certitude l'intégration prochaine des normes communautaires dans la Constitution sur le fondement de l'article 88-1. Mais dans le contexte actuel, il n'est pas inutile de réfléchir sur une question qui, au surplus, a depuis plusieurs années les faveurs de la doctrine. Le Président Genevois considère, par exemple, s'agissant d'un remaniement de la jurisprudence *I.V.G.*, que le débat est « plus ouvert sur le terrain de l'application de l'article 88-1 ». ⁷⁶ C'est ici que survient une question importante : le fait que l'on soit précisément « sur le terrain » de l'article 88-1 et non de l'article 55 de la Constitution doit-il avoir pour conséquence d'écarter de la présente réflexion les éléments essentiels issus de la jurisprudence *I.V.G.*, sachant que celle-ci se rattache au seul article 55 ? Nous ne le pensons pas. Le fait que ces deux dispositions constitutionnelles aient un contenu radicalement différent n'ôte rien de son intérêt à la décision *I.V.G.* dès lors que le débat se construira nécessairement autour de la définition contradictoire des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité : dans ce domaine, l'apport de la décision *I.V.G.* demeure fondamental. Parce que l'idée d'intégration implique l'utilisation de normes communautaires dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, les développements du Conseil constitutionnel relatifs à la différence de nature des normes constitutionnelles et internationales, en particulier, sont incontournables.

De l'avis du Président Genevois, la solution *I.V.G.* « repose toujours sur de solides justifications juridiques ». ⁷⁷ Ces justifications juridiques consistent dans cette fameuse — et abondamment critiquée — argumentation aboutissant à l'affirmation d'une « différence de nature » entre le contrôle de conformité des lois à la Constitution et le contrôle de conformité des lois aux normes internationales. ⁷⁸ De cette « différence de nature », le Conseil constitutionnel avait tiré une conséquence essentielle, ainsi exprimée : « une loi contraire à un traité ne serait pas pour autant contraire à la Constitution » ⁷⁹. En d'autres termes, les normes internationales, formellement différenciables des normes constitutionnelles, ne peuvent faire partie des normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Selon nous, cette position du Conseil constitutionnel fait sérieusement obstacle à l'idée d'une intégration de *l'ensemble du droit communautaire* par le biais de l'article 88-1 de la Constitution (A). En revanche, du fait de leur identité matérielle avec les droits fondamentaux constitutionnels, l'hypothèse d'une prise en compte des *seules normes communautaires protectrices*

⁷⁶ 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.*, 2005, p. 660.

⁷⁷ B. GENEVOIS, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *op. cit.*, p. 101.

⁷⁸ Déc. 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, *Rec.* 19 ; *R.J.C.* I-30 ; *G.D.*, n° 23 (cons. 4) : « Considérant, en effet, que les décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif (...), qu'au contraire, la supériorité des traités sur les lois (...) présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité, et d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des Etats signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition ».

⁷⁹ cons. 5.

des droits fondamentaux peut apparaître moins incompatible avec l'idée que le juge constitutionnel se fait de sa mission (B).

A - Normes constitutionnelles et normes communautaires : des normes formellement différenciables

La position du Conseil constitutionnel est constante : il juge la constitutionnalité et uniquement la constitutionnalité des actes qui lui sont soumis, ce qui signifie que seule la Constitution⁸⁰ lui sert de référence dans l'exercice de ce contrôle, à l'exclusion, notamment, des normes internationales. *Ratione materiae*, la compétence du Conseil constitutionnel peut être résumée en quelques mots que l'on empruntera ici au Doyen Vedel : « Toute la Constitution, rien que la Constitution, tel paraît être le champ des règles applicables par le juge constitutionnel français »⁸¹. Comme il a été dit, l'incompétence du Conseil constitutionnel à l'égard des normes internationales s'explique dans la décision *I.V.G.* par la différence de nature qui oppose ces dernières, revêtues d'un caractère « relatif et contingent », aux normes constitutionnelles, revêtues quant à elles, d'un caractère « absolu et définitif ». Cette différence tient à deux éléments de différenciation qui ont déjà largement été commentés : il s'agit de l'élément tenant au champ d'application des traités et de la condition de réciprocité.

Le premier ne nous retiendra pas plus qu'il ne faut pour dire qu'en matière de champ d'application, il en va de même pour les normes internes que pour les normes internationales : si le champ d'application est en particulier entendu au sens matériel, on constate que le mécanisme de confrontation des champs respectifs de la loi et du traité ne diffère guère de celui qui opère dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois. L'argument nous paraît donc discutable.

Le second élément de différenciation tient à la condition de réciprocité. Dans la généralité du raisonnement, c'est de façon justifiée que le Conseil constitutionnel en tire argument. En effet, la réciprocité, conçue comme matérielle, a bel et bien une incidence sur la phase d'application des traités, c'est-à-dire sur le moment où la norme internationale va être confrontée au droit interne. Elle intervient à l'instant précis où, en cas de conflit, doit jouer la supériorité hiérarchique de la norme internationale sur la norme interne. D'où l'idée de « contingence » : la non réciprocité neutralise automatiquement la supériorité hiérarchique du traité, ce qui fait peser un aléa non négligeable sur le principe constitutionnel. Mais s'agissant du droit communautaire, l'argument de la réciprocité se trouve structurellement frappé d'innocuité. Le droit communautaire déroge en effet à la condition de réciprocité du fait de l'existence d'un recours en manquement devant l'instance communautaire.⁸² Parce que le manquement à ses obligations communautaires est déjà susceptible d'être sanctionné par le biais de ce recours, la défaillance d'un Etat membre ne justifie pas, selon la Cour de justice, la non application du droit communautaire par un autre Etat membre.⁸³

En réalité, ce qui nous paraît constituer le critère le plus fondamental et pérenne de différenciation se trouve ailleurs. Résidant dans la *nature du rapport entre la norme de référence et la*

⁸⁰ Ici, la Constitution est entendue au sens large de « bloc de constitutionnalité » qui comprend, outre les 68 articles de la Constitution de 1958, la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946. Ce dernier réaffirme son attachement aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », et proclame un certain nombre de principes « politiques, économiques et sociaux » « particulièrement nécessaires à notre temps », les intégrant par là même au bloc. Sur le contenu du bloc de constitutionnalité, voir C. DENIZEAU, *Existe-t-il un bloc de constitutionnalité ?*, coll. Droit, LGDJ, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1997, pp. 33-61.

⁸¹ G. VEDEL, IV^e Journées juridiques franco-allemandes, *R.I.D.C.*, n° spécial, vol. 6, 1984, p. 183.

⁸² Articles 226 à 228 du Traité de la Communauté européenne (anciens articles 169 à 171 du Traité de Rome).

⁸³ CJCE, 27 février 1962, *Commission c/ Italie* ; CJCE, 14 décembre 1971, *Commission c/ France*.

norme contrôlée, ce critère apparaît comme le seul élément de différenciation vraiment irréductible entre les normes constitutionnelles et les normes communautaires, et par suite, entre les deux contrôles. S'agissant du contrôle de la constitutionnalité des lois, on observe que la nature de ce rapport fait tout simplement écho à la nature de la mission du juge constitutionnel.

1. La nature du contrôle de la constitutionnalité des lois

Normes contrôlées, les lois se trouvent, à l'égard du réservoir de normes de référence que représente la Constitution, dans un rapport qui se définit comme un rapport de production des normes : les lois tirent leur validité de la norme constitutionnelle⁸⁴, tandis que la primauté des normes internationales sur les normes internes n'est en aucun cas le résultat d'un tel rapport. Il découle de la nature privilégiée de ce rapport que le champ d'application de la Constitution revêt pour les lois un caractère absolu qui ne peut être reconnu aux traités internationaux. Cette différence primordiale a certainement fondé la distinction entre le caractère « absolu et définitif » et « relatif et contingent » qu'opère le Conseil constitutionnel dans la décision *I.V.G.*. On se réfère ici à cette conception kelsenienne d'une hiérarchie « pyramidale » des normes.⁸⁵ Selon Kelsen, il s'agit d'une structure à caractère dynamique correspondant à un processus de création du droit, au sein de laquelle chaque étage tire son principe de validité des normes de la couche supérieure, qui fixent les conditions d'édiction des normes inférieures. Selon ce raisonnement, chaque norme entretient avec la norme supérieure un rapport de validité, agissant de la base au sommet de l'édifice normatif.

Appliqué au système normatif français, ce schéma fait apparaître que c'est la Constitution qui est la pièce maîtresse du jeu normatif interne et que le traité, bien qu'y étant généreusement intégré, est cantonné au statut de pièce rapportée. En effet, la Constitution conditionne la validité de la loi qui elle-même conditionne la validité des actes administratifs, le tout formant une chaîne continue de normes au sein de laquelle l'existence juridique des unes dépend des autres. A la question de savoir quelle place y tient le traité, on voudra aussitôt répondre que le constituant lui a conféré une place précise, juste au-dessus des lois. Certes, le traité bénéficie bien d'une autorité supérieure à celle des lois, mais est-il pour autant inséré dans la hiérarchie normative interne, au même titre que les autres normes ? Pour l'affirmer, il faudrait pouvoir montrer que les normes internationales conditionnent la validité des règles qui leur sont immédiatement inférieures, savoir les lois. Or, les lois ne tiennent pas leur validité des traités, ceux-ci ne pouvant entraîner que leur inapplicabilité, comme en témoigne la jurisprudence des juridictions ordinaires. Il est en effet un principe logique que la nature du rapport entre les normes a des conséquences sur la nature du contrôle opéré, qui elle-même conditionne les effets du contrôle : ainsi, lorsque le juge ordinaire, statuant *in concreto*, écarte simplement la loi inconstitutionnelle qui reste en vigueur, le Conseil constitutionnel, statuant *in abstracto*, invalide la loi inconstitutionnelle. Dès lors que la Constitution détermine le mode de production, donc la validité des lois dans l'ordre juridique⁸⁶, toute déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi prive celle-ci de son existence juridique. En ceci, c'est à juste titre que, dans sa décision *I.V.G.*, le Conseil constitutionnel a pu décrire les décisions prises en application du contrôle de constitutionnalité de l'article 61 de la Constitution

⁸⁴ Sur ce point, voir O. PFERSMANN, « Carré De Malberg et la "hiérarchie des normes" », *R.F.D.C.*, 1997, pp. 487-488 : l'auteur explique qu'il existe une identité entre rapport de hiérarchie et rapport de création des normes de l'ordre juridique : « Il y aura donc *infériorité* d'une norme par rapport à une autre en ce sens précis que la norme supérieure détermine l'ensemble des conditions dont la réalisation aura pour conséquence l'apparition d'une nouvelle norme. Il y aura donc "hiérarchie" selon le rapport de production. ».

⁸⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Trad. par C. Eisenmann, coll. Philosophie du droit, Dalloz, Paris, 1962, p. 299.

⁸⁶ O. PFERSMANN, « Carré De Malberg et la "hiérarchie des normes" », *op. cit.*, pp. 487-488.

comme revêtant un « caractère absolu et définitif ». Si les lois tirent exclusivement leur validité de la Constitution, alors la preuve est faite que les traités internationaux n'interviennent dans les rapports normatifs que comme des normes parallèles à l'ordre juridique interne. Autrement dit, les normes internationales existent seulement « par rapport à la hiérarchie »⁸⁷, et même « hors hiérarchie »⁸⁸, ce qui donne l'impression étrange qu'a été inventée « une hiérarchie para-constitutionnelle des sources du droit français »⁸⁹.

2. La nature de la mission du juge constitutionnel

L'article 61 de la Constitution confie sans équivoque au Conseil constitutionnel la mission de veiller au respect de la Constitution ; il n'y est pas fait mention des traités. Au contraire, le Conseil affirme qu'il ne lui appartient pas, « lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution », d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international.⁹⁰ Selon les termes du Conseil, les dispositions de l'article 55 « ne prescrivent ni n'impliquent »⁹¹ que le respect du principe de supériorité des traités doive être assuré dans le cadre du contrôle de constitutionnalité prévu à l'article 61. Cet article n'envisage d'autre rapport que celui de la constitutionnalité, à l'exclusion de la conventionnalité. C'est cette logique du contrôle de constitutionnalité qui sous-tend et justifie intégralement la décision *I.V.G.*.

En serait-il autrement si le Conseil devait se prononcer quant à la possibilité d'assurer le respect des normes communautaires dans le cadre de l'article 88-1 ? On peut raisonnablement en douter, car en refusant de se reconnaître compétent pour vérifier la conformité des lois aux traités à cause de la « différence de nature » des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, le Conseil n'a fait que respecter la lettre et l'esprit de la Constitution. Au-delà de toutes les justifications qui ont pu être fournies, c'est le rapport que le juge constitutionnel entretient avec la Constitution qui, fondamentalement, détermine l'essence de sa mission. Parce que « son investiture procède du droit national et en dernière analyse de la Constitution »⁹², le Conseil constitutionnel donne priorité à la norme constitutionnelle. Il en a donné la meilleure preuve lorsqu'il a affirmé, dans la décision *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, que la Constitution conservait « sa place au sommet de l'ordre juridique interne ».⁹³

En conclusion, la proposition de l'intégration de l'ensemble du droit communautaire dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité par le truchement de l'article 88-1 de la Constitution se défend difficilement sur le plan théorique du raisonnement constitutionnel.

⁸⁷ S. SUR, « Progrès et limites de la réception du droit international en droit français », in *Droit international et droits internes, développements récents*, Rencontres internationales de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Colloque des 16-18 avril 1998, Paris, Pedone, 1998, p. 233.

⁸⁸ L'expression est de L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel et le droit international », *A.F.D.I.*, 1977, p. 115 ; « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, 1980, pp. 15 et ss. Dans le même sens, voir V. CONSTANTINESCO et J.-P. JACQUE, « L'application du droit international et communautaire au regard de la Constitution française », in *Le contrôle de constitutionnalité en France et en République fédérale d'Allemagne, Annales Universitatis Saraviensis*, Carl Heymans Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1985, p. 207 et J. RIDEAU, « Constitution et droit international dans les Etats membres des Communautés européennes. Réflexions générales et situation française », *R.F.D.C.*, 1990, n° 2, p. 267. Voir également D. BOILET et J.-F. LAFAIX, *R.D.P.*, 2003, note sous CE, 8 juillet 2002, *Commune de Porta*, p. 1502.

⁸⁹ Anonyme, *C.C.C.*, n° 4, 1998, p. 114.

⁹⁰ Déc. 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, préc., cons. 7.

⁹¹ cons. 3.

⁹² L. DUBOUIS, « Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne », in *Mélanges en hommage à J. Boulouis, L'Europe et le droit*, Dalloz, Paris, 1991, p. 214.

⁹³ Déc. 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, préc., cons. 10.

En outre, sur le plan des considérations pratiques, il faut ajouter que la compétence du Conseil constitutionnel pour contrôler la « communautarité » des lois serait techniquement ingérable, notamment en raison de la densité de la source juridique que constitue le droit communautaire dérivé, sans oublier sa précarité due aux fréquentes sanctions du juge communautaire. L'exercice par le Conseil constitutionnel du contrôle de conventionnalité se heurterait en outre à un obstacle dirimant, lié aux éventuels problèmes d'interprétation que pourrait soulever la norme internationale applicable. On veut bien sûr évoquer ici l'impossibilité pratique résultant des contraintes temporelles — inhérentes au contrôle de constitutionnalité *a priori* — fixées par le texte constitutionnel. En effet, l'article 61 impose au Conseil un délai maximum d'un mois pour statuer, ramené à huit jours en cas d'urgence. La brièveté de ce délai ne permettrait pas au Conseil, le cas échéant, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle indispensable à l'issue du litige. Ceci pose particulièrement problème s'agissant du Conseil constitutionnel dans la mesure où l'article 234 du Traité de Rome précise que, facultative pour les juridictions inférieures des Etats membres, la saisine de la Cour est au contraire obligatoire pour « une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne ». Lorsque la Cour n'est pas saisie, le caractère définitif de ces décisions empêche que la violation des droits conférés aux particuliers par le droit communautaire puisse être sanctionnée au niveau national. Mais à moins d'une révision de la Constitution visant à introduire une possibilité de suspension du délai d'un mois par la saisine du juge communautaire, le problème de l'incompatibilité entre les exigences de l'article 234 du Traité de Rome et l'article 61 de la Constitution semble insoluble.⁹⁴

A l'issue de ce rapide bilan, il apparaît que l'intégration de l'ensemble du droit communautaire dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité est théoriquement et techniquement problématique. L'impossibilité pourrait-elle trouver à être surmontée s'agissant des seuls droits fondamentaux communautaires ? Le débat est plus que jamais ouvert en 2005.

B - Droits fondamentaux constitutionnels et droits fondamentaux communautaires : des normes matériellement indifférenciées

En 1990, dans ses conclusions sur l'arrêt *Confédération nationale des associations familiales catholiques et Association pour l'objection de conscience à toute participation à l'avortement*⁹⁵, le commissaire du gouvernement Bernard Stirn, s'adressant au Conseil d'Etat, avait déclaré, au sujet de la Convention européenne des droits de l'homme : « la critique d'une loi au regard de ses stipulations pourrait (...), si vous n'y preniez garde, vous conduire à exercer une sorte de second contrôle de constitutionnalité des lois »⁹⁶. Pour nombre d'auteurs, le désordre du système actuel se cristalliserait tout particulièrement en matière de droits fondamentaux, dans la mesure où il existe un double système de protection juridictionnelle au travers du contrôle de constitutionnalité et du contrôle de conventionnalité. L'identité matérielle⁹⁷ forte des droits fondamentaux constitutionnels et

⁹⁴ Sur ce point, voir l'analyse de G. DRUESNE, « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire », *R.M.C.*, 1975, pp. 9-11.

⁹⁵ CE, Ass., 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques et Association pour l'objection de conscience à toute participation à l'avortement*, *Leb.* 369.

⁹⁶ B. STIRN, concl. sur CE, Ass., 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques et Association pour l'objection de conscience à toute participation à l'avortement*, *Leb.* 378.

⁹⁷ Dans le sens de cette identité matérielle, P. WACHSMANN, « L'article 55 de la Constitution et les conventions internationales relatives aux Droits de l'Homme », *R.D.P.*, 1998, n° spécial, p. 1679 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de "fondamentalité" ? », *R.F.D.A.*, 2002, pp. 127-129.

conventionnels plaiderait en faveur d'une concentration de la compétence dans les mains du Conseil constitutionnel. On a appelé en doctrine à un abatement des cloisonnements traditionnels concernant les normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel, en effet, censé n'utiliser que la Constitution, ne parviendrait pas à respecter à la lettre les limites qu'il s'est lui-même fixées par la jurisprudence *I.V.G.*, dès lors qu'il s'inspire largement de la Convention européenne des droits de l'homme et des principes généraux du droit communautaire.

Aussi un contrôle de « fondamentalité » a-t-il été proposé⁹⁸. Ce contrôle ne supposerait l'abandon de la jurisprudence *I.V.G.* que s'agissant des normes de référence relatives aux droits fondamentaux, la séparation entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité demeurant valable s'agissant des autres normes internationales. Grâce à un tel système, il se créerait un véritable « bloc de fondamentalité » au sein duquel on ne distinguerait pas l'origine constitutionnelle ou conventionnelle des libertés protégées. Pour l'auteur de cette proposition, l'intérêt de la compétence du Conseil constitutionnel résiderait, outre une meilleure protection des droits fondamentaux, dans l'avantage de ne pas « voir à terme l'essentiel du pouvoir en matière de respect des droits fondamentaux échapper au juge constitutionnel et par là même au champ constitutionnel »⁹⁹ et, du coup, de supprimer tout risque d'effacement du Conseil constitutionnel.¹⁰⁰

L'idée de l'intégration des droits fondamentaux conventionnels dans les normes de référence utilisées par le Conseil constitutionnel n'est donc pas nouvelle¹⁰¹ et, à l'heure où la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est sur le point d'être ratifiée, cette idée jouit d'un prévisible regain d'intérêt. Insérée dans le Traité établissant une Constitution pour l'Europe dont elle occupe la Partie II, la Charte a une valeur conventionnelle. En effet, dès lors, comme le souligne le Conseil constitutionnel, que ledit Traité « conserve le caractère d'un traité international »¹⁰², les droits qu'elle proclame sont des droits fondamentaux conventionnels et non constitutionnels.¹⁰³ A ce titre, le Conseil constitutionnel est en principe incompétent pour sanctionner leur violation par les lois.

Mais l'interrogation prospective ne doit pas néanmoins être exclue. Ayant eu à se prononcer sur la conformité à la Constitution de la Charte, le Conseil a jugé que ses dispositions n'appelaient pas de révision de la Constitution.¹⁰⁴ En outre, la Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes des Etats membres.¹⁰⁵ Il faut donc se demander si le Conseil constitutionnel, tirant parti de ce que les droits fondamentaux constitutionnels et communautaires sont compatibles et matériellement si proches, ne sera pas tenté d'élargir au droit communautaire son réservoir de normes de référence en matière de protection des droits fondamentaux.

⁹⁸ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *ibid.*, pp. 136-138.

⁹⁹ M.V., B.M., S.A., note précitée sous Déc. 98-405 DC du 29 décembre 1998, *Loi de finances pour 1999*, p. 23.

¹⁰⁰ Dans le sens de la crainte d'un effacement progressif du Conseil constitutionnel du fait de son refus de prendre part au contrôle de conventionnalité, B. MATHIEU, *R.F.D.A.*, 2000, p. 296 ; O. DORD, *Cours constitutionnelles nationales et normes européennes*, Thèse, Paris X, 1996, p. 289.

¹⁰¹ S'agissant par exemple de l'intégration de la Convention européenne des droits de l'homme dans le bloc de constitutionnalité, voir J.-P. COSTA, « La Convention européenne des droits de l'homme et la Constitution de la France », in *Mélanges en l'honneur de G. Conac, Le nouveau constitutionnalisme*, Economica, 2001, pp. 249-253. On relèvera que l'auteur conclut son propos en affirmant être d'avis qu'en définitive, une telle intégration manque d'intérêt dans la mesure où les principes protégés par la Convention font déjà l'objet d'une protection dans le cadre du contrôle de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel.

¹⁰² Déc. . 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, préc., cons. 9.

¹⁰³ En ce sens, P. GAIA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *R.F.D.C.*, 2004, p. 241.

¹⁰⁴ Déc. 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *J.O.*, 24 novembre 2004, p. 19885 (cons. 22).

¹⁰⁵ Article II-112, § 4 du Traité.

La limitation des normes communautaires objet de l'intégration aux seules dispositions de la Charte présenterait un sérieux avantage sur un plan quantitatif, mais également qualitatif, du fait de la similitude matérielle d'une bonne partie des droits en cause. Il est permis de penser que, dans ces conditions, le Conseil constitutionnel n'aurait guère de mal à maîtriser l'application de ces nouvelles normes de référence. Mais si elle venait à être décidée, l'institution d'une telle compétence ne pourrait faire l'économie de son articulation, d'une part, avec la compétence des juridictions ordinaires et, d'autre part, avec celle du juge communautaire.

1. La faisabilité tenant à l'articulation de la compétence du juge constitutionnel avec celle des juridictions ordinaires

A l'égard de la compétence des juridictions ordinaires, l'hypothèse de la compétence du Conseil constitutionnel pour assurer le respect des droits fondamentaux communautaires n'est pas techniquement impraticable. Etant donné que la compétence du juge constitutionnel, circonscrite aux seules normes protectrices des droits fondamentaux, ne couvrirait qu'une portion du droit communautaire, la Cour de justice ne pourrait lui reprocher de porter atteinte à la compétence des juges ordinaires, qui resteraient juges de droit commun du droit communautaire. N'impliquant pas une compétence ni exclusive, ni intégrale du juge constitutionnel, ce contrôle pourrait donc s'avérer compatible avec la jurisprudence *Simmenthal*.¹⁰⁶ Certes, selon cet arrêt, le contrôle de la légalité communautaire ne doit pas être concentré entre les mains des cours constitutionnelles¹⁰⁷ : il reconnaît une plénitude de compétence au juge national en sa qualité de « juge de droit commun du droit communautaire ». L'ordre juridique communautaire, par une habilitation directe, a constitué le juge interne comme son organe, et non pas le juge constitutionnel. Mais la précision selon laquelle le juge ordinaire est libre d'agir « sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable » des dispositions de la législation nationale « par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel » ne signifie pas que soit exclue toute intervention du juge constitutionnel. Elle écarte seulement, en définitive, une compétence *exclusive* qui aurait pour effet de porter préjudice à celle du juge ordinaire.¹⁰⁸

¹⁰⁶ CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances italiennes c/ Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.*, p. 629, concl. G. REISCHL.

¹⁰⁷ Dans cet arrêt, la Cour de justice avait sévèrement condamné l'attitude du juge constitutionnel italien. Ce dernier se réservait la compétence exclusive du pouvoir de sanctionner, en les déclarant inconstitutionnelles, les lois contraires au droit communautaire. La Cour constitutionnelle italienne a, depuis, consenti à revenir sur sa position et à se conformer aux vœux du juge communautaire selon lequel le juge national a l'obligation d'appliquer le droit communautaire en écartant au besoin toute disposition contraire de la législation nationale, « sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel ». Ce revirement de jurisprudence a été consacré par l'arrêt n° 170/84 du 8 juin 1984, *S.P.A. Granital c/ Administration fiscale de l'Etat* (A. BARAV, « Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire : le fantôme de *Simmenthal* », *R.T.D.E.*, 1985, pp. 313-341 ; A. LA PERGOLA et P. DEL LUCA, « *Community law, international law and the Italian constitution* », *A.J.I.L.*, 1985, vol. 79, n° 3, pp. 598-621 ; J.-V. LOUIS, « Droit communautaire et loi postérieure : un revirement de la Cour constitutionnelle italienne », *C.D.E.*, 1986, pp. 193-202 ; E. TRAVERSA, « La jurisprudence italienne concernant le droit européen (années 1984-1987) », *R.M.C.*, 1988, pp. 341-346).

¹⁰⁸ Il est intéressant de remarquer que la compétence du juge constitutionnel en matière communautaire est admise dans certains Etats membres. Par exemple, la Cour constitutionnelle allemande assure le respect par les juridictions ordinaires du mécanisme de l'article 177 §3 du traité de la Communauté, dès lors que celui-ci entre dans le cadre du principe du droit constitutionnel au juge légal (la Cour de justice des Communautés européennes a en effet été consacré juge légal par la décision *Solange II* du 22 octobre 1986, préc.) dans la mesure où le respect des garanties prévues à l'article 101 §1 de la Loi fondamentale englobe le respect des stipulations de l'article 177. Globalement, le juge constitutionnel allemand considère que le droit au juge légal est respecté à condition que la décision de renvoi préjudiciel ou non par le juge ordinaire allemand ne soit pas arbitraire. Sur la jurisprudence allemande dans ce domaine, voir O. DORD, *Cours constitutionnelles nationales et normes européennes*, *op. cit.*, pp. 290-296. Sur la jurisprudence italienne dans ce domaine, voir O. DORD, *ibid.*, pp. 301-303 et X. MAGNON, *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italien*, *op. cit.*, pp. 210-216, et 245-284.

L'institution d'une telle compétence à la charge du Conseil constitutionnel pose évidemment la question du moment du contrôle : celui-ci s'effectuerait-il seulement *a priori* ou également *a posteriori* ? Conserver la formule actuelle du contrôle *a priori* ne garantirait pas une application systématique des droits fondamentaux communautaires compte tenu du caractère facultatif de la saisine du juge constitutionnel s'agissant des lois ordinaires. Ce choix aboutirait donc à maintenir la nécessité d'un partage du contentieux des droits fondamentaux entre le Conseil constitutionnel et les juges ordinaires, les seconds continuant d'intervenir, quant à eux, *a posteriori*, non sans respecter, en vertu de l'article 62, alinéa 2 de la Constitution, l'autorité des décisions rendues en amont par le Conseil constitutionnel.

Opter, au contraire, pour un contrôle *a posteriori* soulève à encore plus crucialement la question de l'articulation entre la compétence du juge constitutionnel et celle des tribunaux ordinaires. Selon la proposition précitée du Professeur Andriantsimbazovina¹⁰⁹, celle-ci pourrait trouver sa résolution dans la mise en place d'un système de renvoi préjudiciel en interprétation des droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel. Cette solution, en facilitant l'unification du contentieux, préviendrait efficacement toute divergence entre ce dernier et les juges ordinaires. Elle aurait de plus l'avantage de ne pas confisquer la compétence des juridictions ordinaires comme juges de la conventionnalité des lois en matière de droits fondamentaux.

Mais si la compétence du Conseil constitutionnel demeure un pari difficile, cela ne tient pas tant à l'articulation de son intervention avec celle des juridictions ordinaires qu'avec celle du juge communautaire.

2. Les limites de la faisabilité tenant à l'articulation de la compétence du juge constitutionnel avec celle du juge communautaire

L'un des avantages de la compétence du Conseil constitutionnel, précisément en matière de droits fondamentaux, serait de réduire le risque de voir ses décisions exposées au désaveu des instances européennes. Ce problème est déjà survenu en France dans une affaire relative à la Convention européenne des droits de l'homme. La chose était prévisible, diront ceux qui souhaitent voir le Conseil renoncer à sa jurisprudence et exercer le contrôle de conventionnalité : tous les constitutionnalistes se souviennent en effet de la « leçon de droit »¹¹⁰ que le Conseil s'est vu infliger par la Cour européenne des droits de l'homme qui a condamné la France¹¹¹ pour l'application judiciaire d'une loi de validation¹¹² qui avait antérieurement été déclarée constitutionnelle¹¹³. En matière communautaire, ce risque devrait être minime dans la mesure où les traités communautaires soumis à ratification sont rendus conformes à la Constitution, le cas échéant, par voie de révision constitutionnelle. Ce risque devrait en principe être encore moins grand s'agissant de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, puisque le Conseil constitutionnel a déclaré que ses dispositions, jugées conformes, n'appelaient pas de révision de la Constitution. Notons que la même conformité à la Constitution devrait également bénéficier aux dispositions de la Convention européenne des droits de

¹⁰⁹ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de "fondamentalité" ? », *op. cit.*, pp. 136-138.

¹¹⁰ D. ROUSSEAU, *chron. précitée*, p. 30.

¹¹¹ Cour eur. D.H., 28 octobre 1999, *Zielinsky et Pradal, Gouzalou et autres c/ France*, req n° 00024846/94, 00034165/96 et 00034173/96. Pour un rappel d'ensemble des faits à l'origine de la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme et du déroulement de la procédure devant les juridictions françaises, voir X. PRETOT, « Le Conseil constitutionnel, la Cour européenne de Strasbourg et les validations législatives. A constitutionnalisme, conventionnalisme et demi... », *in Mélanges en l'honneur de G. Conac, Le nouveau constitutionnalisme*, Economica, 2001, pp. 221-226.

¹¹² Loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale, *J.O.*, 19 janvier 1994, p. 960.

¹¹³ Déc. 93-332 DC du 13 janvier 1994, *Validation des décisions de caisses de sécurité sociale*, *Rec. 21* ; *R.J.C.*, I-567.

l'homme puisque, l'Union européenne adhérant désormais à la Convention¹¹⁴, ces dernières sont reprises par la Charte.¹¹⁵ Mais de la même façon qu'« une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution »¹¹⁶, de la même façon, une loi conforme à la Constitution ne sera pas pour autant toujours conforme à un traité. La déclaration de conformité à la Constitution de la Charte ne garantit pas une infaillible harmonie entre les décisions du juge constitutionnel et celles du juge communautaire. Dès lors, on ne voit pas ce qui empêcherait le cas de figure de l'affaire *Zielinsky et Pradal, Gouzalou et autres c/ France*¹¹⁷ de se produire à nouveau.

Si les dispositions de la Charte devenaient des normes de référence du contrôle de constitutionnalité, atteindrait-on dans ce domaine le risque « zéro » ? Le risque serait réduit, mais sans complètement disparaître, car même dans cette hypothèse où juge communautaire et juge constitutionnel puiseraient dans le même réservoir de normes de référence en matière de droits fondamentaux (les dispositions de la Charte), l'uniformité de la jurisprudence ne pourrait vraiment être assurée qu'à la condition d'une interprétation uniforme desdites normes de référence. Cette question est cruciale. Or il est fort à penser que si le Conseil constitutionnel se déclarait compétent pour assurer le respect des droits proclamés par la Charte, il ne reculerait pas devant l'interprétation de ses dispositions. Le pas a d'ailleurs déjà été franchi dans la décision *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* où le Conseil ne déclare pas l'ensemble de la Charte compatible avec la Constitution sans avoir pris soin auparavant d'imprimer sa propre interprétation à certaines de ses dispositions. Certes, pour ce faire, le Conseil ne se réfère pas directement à la Constitution mais a recours à un procédé transitif qui le conduit à faire directement référence à la Convention européenne des droits de l'homme et même à la jurisprudence de la Cour européenne¹¹⁸ : c'est ainsi qu'il parviendra à imposer la définition française du principe de laïcité, en redéfinissant l'article II-70 de la Charte relatif à la liberté de pensée, de conscience et de religion à la lumière de l'article 9 de la Convention tel qu'interprété par un arrêt *Leyla Sahin c/ Turquie* de la Cour européenne.¹¹⁹ Mais en réalité, par ce procédé, le Conseil constitutionnel réussit à façonner l'article II-70 de la Charte sur le modèle constitutionnel, comme le montre la fin du considérant : « 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 ».¹²⁰ Les commentateurs y verront un « jeu de miroirs »¹²¹, un magnifique tour de « passe-passe » ou encore un « exercice de haute voltige juridique »¹²². Quoi qu'il en soit, la transition par la Convention européenne des droits de l'homme pouvait trouver sa justification dans l'article II-112, § 3 qui stipule : « dans la mesure où la Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne des 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 ». Il est en revanche certain que le Conseil constitutionnel n'aurait pas pu interpréter la Charte directement à la lumière de l'article 1^{er} de

¹¹⁴ Ainsi que l'affirme l'article I-9, § 2 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

¹¹⁵ L'article II-112, § 3 indique en effet que « la Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne des sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

¹¹⁶ Déc. 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, préc., cons. 5.

¹¹⁷ Cour eur. D.H., 28 octobre 1999, *Zielinsky et Pradal, Gouzalou et autres c/ France*, préc.

¹¹⁸ Déc. 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, préc., cons. 17, 18.

¹¹⁹ Cour eur. D.H., 29 juin 2004, *Leyla Sahin c/ Turquie*, aff. 4774/98, cité dans les visas de la décision 2004-505 DC.

¹²⁰ cons. 18.

¹²¹ A. LEVADE, « Le cadre constitutionnel du débat de révision de la Constitution. Commentaire de la décision n° 2004-505 DC du 29 novembre 2004 “Traité établissant une Constitution pour l'Europe” », Lettre de la Fondation Robert Schuman, supplément, 6 décembre 2004, p. 6 (www.robert-schuman.org/supplement/sup191.htm).

¹²² O. GOHIN, « Conseil constitutionnel et Constitution européenne : les trois contradictions », *Europe*, n° 53, 2004, p. 1710.

la Constitution. En effet, il ne pouvait tirer argument de l'article II-112, § 4 du Traité aux termes duquel « dans la mesure où la présente Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions », dès lors que le principe de laïcité ne peut vraisemblablement pas être compté parmi lesdites « traditions constitutionnelles communes ». Or comme le rappelle le Professeur Sudre, seuls les droits et principes résultant des traditions constitutionnelles communes doivent être interprétés dans un souci de conciliation avec le droit constitutionnel national.¹²³

Ces éléments laissent à penser que dans l'hypothèse d'une intégration des droits fondamentaux communautaires dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel n'hésiterait pas à interpréter lui-même les dispositions de la Charte. Il n'aurait d'ailleurs guère d'autre choix que celui-là, compte tenu des paramètres temporels dans lesquels est enfermé son contrôle. Et puis, le juge de l'application des normes n'est-il pas naturellement porté à devenir juge de leur interprétation ? C'est précisément le point qui fait grande difficulté car il est porteur du risque de divergence de jurisprudence entre le Conseil constitutionnel et la Cour de justice des Communautés quant à l'interprétation du texte de la Charte. La difficulté s'étendrait d'ailleurs aux juridictions ordinaires qui, en cas de conflit ouvert entre les deux juges, se trouveraient embarrassés face au choix délicat de suivre l'un ou l'autre. En l'absence de tout mécanisme praticable tendant à l'unification des deux sources d'interprétation constitutionnelle et communautaire, il faudrait alors s'en remettre, une fois de plus, aux vertus du « dialogue des juges ».

*
* *

Eu égard aux différents éléments qui viennent d'être examinés, l'idée de confier l'examen de la conventionnalité des lois au juge constitutionnel apparaîtrait d'emblée problématique si elle devait impliquer une prise en compte de l'ensemble du droit communautaire originaire et dérivé. Cette formule alourdirait considérablement le contrôle de la loi devant le Conseil constitutionnel. Mais surtout, une telle compétence, à la limite de la compatibilité avec la jurisprudence *Simmenthal*, le contraindrait à veiller sans cesse à ne pas empiéter sur la compétence de droit commun des juges ordinaires. En revanche, le contrôle cantonné au domaine des droits fondamentaux semble d'une meilleure faisabilité. D'une part, tout en permettant le maintien de la compétence des tribunaux ordinaires, il échappe à la difficulté de devoir composer avec les exigences du juge communautaire dans ce domaine. D'autre part, dès lors qu'il implique un contrôle du respect des seules normes relatives aux droits fondamentaux, les lois, déjà soumises au respect des droits fondamentaux constitutionnels, ne verraient pas leur contentieux si radicalement modifié. Enfin, et surtout, ce contrôle permettrait au Conseil de réduire considérablement le risque de laisser passer des lois dont l'inconventionnalité serait susceptible d'être ultérieurement relevée par les juges européens.

Le modèle français de contrôle de constitutionnalité des lois est en voie de mutation sous l'effet du droit communautaire et des adaptations s'imposeront. C'est inéluctable. Mais l'intégration de normes d'origine conventionnelle dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité, même si elle est parfois souhaitable, comme en matière de droits fondamentaux, impliquerait de bouleverser irrémédiablement le paysage juridictionnel des compétences en matière de

¹²³ F. SUDRE, « Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Réflexions critiques », *R.F.D.A.*, 2005, p. 36.

constitutionnalité et de conventionnalité. Or dans ce domaine, la devise du Conseil constitutionnel est simple. En voici le « fil conducteur » : « disposer en toute circonstance d'un juge et d'un seul ».¹²⁴ Entre la sécurité de la simplicité et les attraits de la nouveauté, il appartiendra au juge constitutionnel de choisir.

¹²⁴ J.-E. SCHOETTL, « La brevetabilité des gènes, le droit communautaire et la Constitution », *L.P.A.*, 17 août 2004, n° 164, p. 10.