

De la primauté « imposée » à la primauté « consentie »

–

Les incidences de l'inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe

Edouard DUBOUT
Docteur en Droit public
CREDHO-Rouen

I. – La nécessité d'accepter la primauté du droit de l'Union

A. – La portée du principe de primauté à accepter

1. L'étendue de la primauté
2. La signification de la primauté

B. – La portée de l'acceptation du principe de primauté

1. La « perfection » de la supériorité du droit de l'Union
2. La « fédéralisation » de l'Union européenne

II. – La nécessité d'adapter la Constitution nationale

A. – L'adaptation de la hiérarchie des normes

1. La constitutionnalisation de la primauté du droit de l'Union
2. Le maintien de la subordination du droit de l'Union à la Constitution

B. – L'adaptation du contrôle de constitutionnalité

1. L'élargissement du bloc de constitutionnalité ?
2. Vers l'élargissement de la saisine du juge constitutionnel ?

Principal enjeu de la décision du Conseil constitutionnel du 19 novembre 2004 relative à l'examen *a priori* de la compatibilité de la Constitution française et des prescriptions du traité établissant une Constitution pour l'Europe¹, le débat sur la primauté du droit de l'Union serait-il en passe de trouver un dénouement ? Rien n'est moins sûr. Telle semblait pourtant être l'ambition de l'inscription du principe de primauté dans le traité « fondateur »² de l'Union³. Le nouvel article I-6 de la 1^{ère} Partie de celui-ci, intitulé évasivement « *Le droit de l'Union* », prévoit que :

« *La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des États membres* »⁴

Cette codification est certes d'importance, voire même relativement inespérée⁵, mais quels changements induit-elle ? S'ils existent, ils ne sont peut-être pas là où on les attendait. Pour le comprendre, il faut préalablement évoquer le voile d'incertitude actuel qui obscurcit le principe de primauté du droit de l'Union.

L'objectif de l'article I-6 du nouveau traité est d'organiser formellement la coexistence des ordres juridiques communautaire et nationaux, véritable « pomme de discorde »⁶ entre le juge de Luxembourg et les juges internes au moment de trancher la question de la hiérarchie des normes. Le *hiatus* est connu. En réaction à l'affirmation prétorienne de la primauté par la Cour de justice dans le célèbre arrêt *Costa*⁷, s'est fomentée une « résistance » des cours nationales au moment de donner pleine portée à ce principe dans l'ordre interne⁸. Le point d'achoppement est évidemment celui de la confrontation entre normes communautaires *versus* normes constitutionnelles internes. Là où la juridiction de Luxembourg se prononcera en faveur de la supériorité du droit communautaire⁹, les instances

¹ CC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, déc. n° 2004-505 DC, n.e.p.

² Voir en ce sens L. AZOULAY, "La Constitution européenne, acte fondateur de l'Union ?", in A. Levade (dir.), *La Constitution européenne*, Actes du colloque des 3 et 4 juin 2004, Bruxelles, Bruylant, (à paraître).

³ La version du traité utilisée est celle du 6 août 2004, DOC CIG 87/04.

⁴ Le compromis initial du 18 juin 2004 ajoutait un paragraphe second précisant que « *Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant de la Constitution ou résultant des actes des institutions de l'Union* » (ex-article I-10 du projet de traité). Cette précision n'a pas été supprimée dans le texte définitif, mais transférée à l'article I-5 relatif aux « Relations entre l'Union et les États membres » et plus précisément au principe de coopération loyale (§ 2).

⁵ Si l'on remonte ne serait-ce que deux décennies dans le temps, la formulation explicite du principe de primauté dans les textes est jugée « d'un accès difficile, sinon impossible dans l'état actuel de la Communauté » par V. CONSTANTINESCO, "La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité ?", in *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatintegration – Gedächtnisschrift für L.-J. Constantinesco*, Köln, Carl Heymans Verlag, 1983, spéc. p. 122. Les oppositions à l'inscription du principe dans le nouveau traité ont d'ailleurs été très fortes comme le soulignent C. BLUMANN et L. DUBOIS dans leur manuel *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2004, spéc. p. 448.

⁶ R. MEHDI, "La « double hiérarchie » normative à l'épreuve du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe", in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle – Études en l'honneur de J.-C. Gautron*, Paris, Pedone, 2004, spéc. p. 458.

⁷ CJCE, 15 juillet 1964, *F. Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141, spéc. p. 1159 et s.

⁸ Voir notamment L. BURGORGUE-LARSEN, "Les résistances des États de droit", in J. Rideau (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Paris, LGDJ, 2000, spéc. p. 448 et s.

⁹ Notamment le juge de Luxembourg n'hésite pas à faire prévaloir le principe communautaire d'égalité des sexes sur une interprétation de l'article 12 de la Loi fondamentale allemande interdisant aux femmes d'accéder à certains emplois dans les forces armées, voir CJCE, 11 janvier 2000, *T. Kreil c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C 285/98, *Rec.*, p. I-69, et les commentaires de J. GERKRATH, "Le principe d'égalité de

étatiques trancheront bien souvent dans un sens opposé en privilégiant les dispositions constitutionnelles nationales¹⁰. Le cas de la France est symptomatique de ce décalage entre les prétentions de l'interprétation communautaire de la primauté et les restrictions de l'interprétation interne de la primauté¹¹. Or, les deux positions se comprennent logiquement, chaque juridiction protégeant naturellement l'intégrité de la norme dont elle tire son existence même¹². D'où un insondable questionnement quant à la nature absolue ou relative du principe de primauté du droit communautaire¹³.

L'explication de ce conflit ouvert est simple. Elle réside dans la particularité de la construction de l'Union européenne qui n'est pas une structure fédérale. Plus précisément, à l'affirmation d'une hiérarchie *normative* entre normes communautaires et normes internes, ne correspond pas dans l'architecture institutionnelle européenne une hiérarchie *juridictionnelle* entre juge communautaire et juge interne¹⁴. Dès lors, n'ayant pas les moyens d'assurer elle-même la suprématie « auto-proclamée » de son ordre juridique, la Cour de justice s'en remet aux juridictions internes en les habilitant à procéder à cette hiérarchisation¹⁵, sans pouvoir néanmoins les y contraindre totalement. C'est pourquoi, la primauté du droit communautaire,

traitement et l'accès des femmes aux emplois dans les unités armées de la Bundeswehr", *Europe*, décembre 2000, pp. 5-7

¹⁰ Pour un aperçu du droit comparé, voir les contributions au XX^{ème} Congrès de la Fédération internationale de droit européen, *European Union Law and National Constitutions*, novembre 2001, disponibles sur le site www.fide2002.org, ainsi que le rapport général de J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE et I. PERNICE. Lire également, A. BERRAMDANE, *La hiérarchie des droits. Droits internes et droits européens et internationaux*, Paris, L'Harmattan, 2002, 272 p. Rares sont les Constitutions nationales assurant la supériorité du droit international sur l'ensemble du droit interne, et la Constitution des Pays-Bas fait à cet égard figure d'exception puisque son article 94 fait obligation au juge national de privilégier les normes internationales et d'écarter l'ensemble des normes internes contraires, y compris constitutionnelles.

¹¹ Ainsi, pour le Conseil d'Etat adoptant une lecture classique de l'article 55 de la Constitution, le principe de la suprématie des dispositions d'origine internationale « ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle », CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, *Rec.*, p. 369, note D. ALLAND, "Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international", *RFDA*, 1998, n° 4, pp. 1094-1104 ; ainsi que D. SIMON, "L'arrêt *Sarran* : dualisme incompressible ou monisme inversé ?", *Europe*, mars 1999, pp. 4-6. Le juge administratif ajoutera dans un *obiter dictum* on ne peut plus explicite, qu'ayant une valeur identique à celle du traité dont il est issu, le principe de primauté du droit communautaire « ne saurait conduire, dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution », CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*, *Rec.*, p. 642. Bien que plus ambiguë quant au cas spécifique du droit communautaire, la position du juge judiciaire se fonde sur une analyse semblable de la hiérarchie interne des normes, Cass., Ass. plén., 2 juin 2000, *Mlle Fraisse c/ Commission administrative de Nouméa*, pourv. n° 99-60274, *Gaz. Pal.*, 24-28 décembre 2000, p. 7.

¹² L. DUBOIS le décrit très bien dans sa contribution "Le juge français entre norme constitutionnelle et norme européenne", in *L'Europe et le droit – Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1992, spéc. p. 214, en soulignant que ni la juridiction de Luxembourg ni celles des Etats membres n'avaient d'autres choix, d'un point de vue *existential*, que d'opter pour une position divergente : « Tenant son investiture de la règle européenne le juge européen ne peut que choisir celle-ci, d'autant plus qu'il en a été érigé en gardien. Pour la raison symétrique, parce que son investiture procède du droit national et en dernière analyse de la Constitution, le juge ne peut qu'accorder la primauté à la règle constitutionnelle [...] »

¹³ Voir J-V. LOUIS, "La primauté, une valeur relative ?", *CDE*, 1995, n° 1/2, pp. 23-28 ; H. GAUDIN, "Primauté absolue ou primauté relative ?", in H. Gaudin (dir.), *Droit constitutionnel et droit communautaire – Vers un respect réciproque mutuel ?*, Paris/Aix-Marseille, Economica/PUAM, 2001, pp. 97-120.

¹⁴ Pour reprendre la formule de G. SCALLE, il existe alors un « fédéralisme normatif », mais pas de fédéralisme juridictionnel, "Le droit constitutionnel international", in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris/Lichtenstein, E. Duchemin/Topos Verlag AG, 1977, spéc. pp. 511.

¹⁵ Significatif à cet égard est l'arrêt de la CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'Etat c/ SA Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.*, p. 629, spéc. point 21 : « tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers [...] ».

et c'est là sa spécificité¹⁶, doit être considérée non pas seulement comme une règle de conflit de normes, mais aussi comme une norme autonome d'*habilitation* au profit du juge interne¹⁷. Elle génère alors un dédoublement fonctionnel des compétences de celui-ci, parfois qualifié pour cette raison de « juge communautaire de droit commun »¹⁸. Néanmoins, cette schizophrénie juridictionnelle ne saurait être parfaite, elle contient en soi sa propre limite : l'*habilitation* à faire respecter la primauté n'est pas une véritable obligation mais davantage une proposition. L'apparente contradiction quant à la portée du principe de primauté provient ainsi de la nature même de ce principe tel qu'il s'est construit dans l'Union européenne et qui, comme le fait remarquer le professeur L. Azoulay, « suppose plutôt qu'[il] ne nie la séparation des systèmes et l'intégrité des ordres constitutionnels nationaux »¹⁹.

D'imposé par la Cour de justice²⁰, le principe de primauté était donc nécessairement « imparfait », puisque *in fine*, et en l'absence de hiérarchie juridictionnelle, il ne pouvait être qu'au mieux *proposé* aux juridictions nationales qui restaient relativement libres de l'appliquer ou non. Qu'apporte, dans ce contexte, le nouvel article I-6 ? Alors qu'il semble clair que le *contenu* du principe de primauté ne devrait pas varier avec son inscription dans le nouveau traité, le *contenant* du principe est par contre modifié puisque de jurisprudentiel il devient conventionnel. Ce faisant, le principe de primauté n'est plus imposé par un juge, mais consenti dans un traité. Il convient de se demander si cette nouvelle « métamorphose »²¹ du principe est susceptible de faire évoluer les contradictions actuelles et de mettre fin au débat sur la primauté.

Tel n'est pas nécessairement le cas. Plus qu'une révolution c'est davantage une *crystallisation* de l'état du droit que semble devoir entraîner l'inscription du principe de

¹⁶ Sur la dimension *interne* du principe de primauté communautaire, lire notamment B. DE WITTE, "Retour à *Costa*. La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international", *RTDE*, 1984, pp. 425-454 ; D. SIMON, "Les fondements de l'autonomie du droit communautaire", in SFDI, colloque de Bordeaux, *Droit international et droit communautaire – Perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, pp. 207-250, et s'agissant du principe de primauté, spéc. pp. 239-244.

¹⁷ En ce sens, L. AZOULAY, "La Constitution et l'intégration – Les deux sources de l'Union européenne en formation", *RFDA*, septembre-octobre 2003, spéc. p. 867. Voir également, à propos de l'article 55 de la Constitution les analyses de O. CAYLA, "Lire l'article 55 de la Constitution – Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ?", *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, n° 7, pp. 77-86.

¹⁸ Sans être reprise par la Cour, l'expression a été utilisée par le juge de première instance, TPICE, 10 juillet 1990, *Tetra Pack Rausing SA c/ Commission*, aff. T 51/89, *Rec.*, p. II-309, spéc. point 42. La théorie du « dédoublement fonctionnel », inspirée des travaux de G. SCALLE (voir par exemple sa contribution précitée "Le droit constitutionnel international" dans les *Mélanges Carré de Malberg*), prête néanmoins à discussion dans la mesure où rien n'oblige finalement les autorités nationales à se « dédoubler », et que pour cette raison elles restent fondamentalement des autorités de droit interne et non de droit communautaire. Sur l'ensemble de la question, lire la thèse de O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001, 1015 p.

¹⁹ L. AZOULAY, "La Constitution et l'intégration ...", *op. cit.*, spéc. p. 866.

²⁰ Le professeur V. CONSTANTINESCO a parfaitement montré que la découverte du principe de primauté est très largement œuvre prétorienne, "La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité ?", *op. cit.*, spéc. p. 114, où l'auteur observe à propos de l'arrêt *Costa* « combien ce raisonnement apparaît davantage comme l'opinion de la Cour sur la question des rapports entre ordres juridiques communautaire et national que comme l'expression d'une règle de conflit, même implicite, que contiendraient les traités ».

²¹ Par référence au titre de l'étude de D. SIMON, "Les exigences de la primauté du droit communautaire, continuité ou métamorphoses ?", in *L'Europe et le droit – Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 481-493.

primauté dans le traité fondateur de l'Union²². La décision du Conseil constitutionnel du 19 novembre 2004, qui prolonge sur le terrain de la primauté celle du 10 juin 2004 relative à l'*Économie numérique*²³, l'illustre bien en concluant à la compatibilité de la Constitution française et du traité sur ce point. Pour y parvenir, le juge national « dévoile », bien tardivement diront les plus sceptiques, la présence du principe de primauté du droit de l'Union au sein de l'article 88-1 de la Constitution, tout en maintenant la subordination implicite mais nécessaire de celui-ci à la Constitution. Cela est-il satisfaisant et vraiment conforme à la lettre du traité ? Peut-être pas, mais une solution différente que le maintien du *statu quo* était-elle envisageable ? Il est également probable que non, sauf à modifier la nature même de l'intégration européenne et à transformer l'Union en structure fédérale. Parvenir à un changement sans bouleversement, voici la problématique posée par la ratification de l'article I-6 du traité.

En générant la nécessité d'*accepter* la primauté du droit de l'Union européenne (I), la codification de ce principe dans le nouveau traité implique celle d'*adapter* en ce sens la Constitution nationale (II). Face aux enjeux soulevés, c'est par une décision équivoque que le Conseil constitutionnel s'y résout à moitié, ce qui n'est pas sans créer de nouvelles difficultés.

I. La nécessité d'accepter la primauté du droit de l'Union

C'est la nature même d'acte conventionnel du traité établissant une Constitution pour l'Europe qui requiert son acceptation par chacun des Etats membres, y compris donc celle du principe de primauté qui y est inscrit. Avant de voir les enjeux de cette acceptation (B), il est nécessaire d'en identifier la teneur (A).

A. La portée du principe de primauté à accepter

L'article I-6 est laconique. Il n'en contient pas moins des informations intéressantes, précisées par une Déclaration annexée au traité. Au-delà d'une légère extension de la portée de la primauté (1), le trait principal est que la disposition peut être conçue comme une simple codification de l'existant (2), perpétuant ainsi les ambiguïtés.

1. L'étendue de la primauté

Dans le nouveau traité, le principe de primauté est *généralisé* au droit de l'Union : l'article I-6 précise que l'*ensemble* du droit adopté par les institutions de l'Union prime sur le droit interne. Par conséquent les normes adoptées en matière de Politique étrangère et de sécurité commune²⁴ (ci-après PESC) et de Coopération policière et judiciaire en matière pénale²⁵ (ci-après CPJP) bénéficieront sur son fondement d'une supériorité sur le droit interne. Or, tel n'est pas explicitement le cas aujourd'hui, l'absence ou la faiblesse du contrôle

²² Voir également K. CAUNES, "La nature du système juridique européen : retour sur le principe de primauté", in J. Ziller (dir.), *L'europeanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, Paris, L'Harmattan, 2003, spéc. p. 282 pour qui « l'élaboration d'une Constitution pour l'Europe ne marquerait pas le début d'une nouvelle ère mais représenterait la sédimentation d'un acquis dévoilé au grand jour ».

²³ CC, 10 juin 2004, *Économie numérique*, déc. n° 2004-496 DC, n. e. p.

²⁴ 2^{ème} pilier actuel (Titre V TUE), et futur Chapitre II du Titre V, 3^{ème} Partie du nouveau traité.

²⁵ 3^{ème} pilier actuel (Titre VI TUE), et futur Chapitre IV du Titre III, 3^{ème} Partie du nouveau traité.

de la Cour de justice en ces domaines²⁶ ne lui ayant pas encore fourni l'occasion d'étendre le principe prétorien de primauté du droit de la Communauté à celui du droit de l'Union. Le problème de cette extension est un risque évident de « réactivation » de la jurisprudence *Solange* du Tribunal constitutionnel allemand de Karlsruhe quant à la protection des droits fondamentaux.

En l'absence de contrôle des droits fondamentaux par la CJCE, le juge constitutionnel allemand, suivi en cela par son homologue italien²⁷, se réserve le pouvoir de ne pas faire respecter le principe de primauté²⁸. S'agissant des normes prises sur le fondement de l'actuel 3^{ème} pilier (CPJP), le conflit pourra probablement être évité en raison de sa pleine « communautarisation » dans le futur traité et de la compétence corrélative de la Cour pour en contrôler le respect au regard des droits fondamentaux²⁹, notamment à l'aune de la Charte des droits fondamentaux qui en constitue la Deuxième Partie. Mais, tel n'est pas le cas du droit issu du 2^{ème} pilier qui, et bien que ce dernier disparaisse lui aussi, continuera de bénéficier partiellement d'une immunité juridictionnelle³⁰. Plus précisément, les normes générales en matières de PESC revêtiront alors les atours de la primauté en vertu de l'article I-6, sans que soit assuré parallèlement un contrôle de leur validité, notamment au regard des droits fondamentaux. Si cela n'a pas interpellé le Conseil constitutionnel français dont la décision semble autoriser, en tout état de cause, à faire prévaloir les dispositions constitutionnelles « expresses » - plus particulièrement, en l'occurrence, celles de la Déclaration des droits de

²⁶ Voir notamment pour une présentation et évaluation du rôle du juge en ce domaine, H. LABAYLE, "Les nouveaux domaines d'intervention de la Cour de justice : l'espace de liberté, de sécurité et de justice", in M. Dony et E. Bribosia (ed.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'université de Bruxelles, 2002, pp. 73-105. Lire également C. C. GIARDINO, "Schengen et le troisième pilier : le contrôle juridictionnel organisé par le traité d'Amsterdam", *RMUE*, 1998, n° 2, spéc. pp. 104-111 ; C. BLUMANN, "Une brèche dans la communauté de droit – La réserve d'ordre public de l'article 68 § 2 du nouveau Traité CE", in *Au carrefour des droits – Mélanges en l'honneur de L. Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 13-25.

²⁷ Voir Cour Const., 27 décembre 1973, 27 décembre 1973, *Frontini et Pozzani*, sent. n° 183/73, *FI*, 1974, I, p. 31 ; et Cour Const., 21 avril 1989, *SpA Fragd c/ Amministrazione delle Finanze*, sent. n° 232/89, *FI*, 1990, I, p. 1855, ainsi que le commentaire de G. GAJA, "New Developments in a Continuing Story : The Relationship between EEC Law and Italian Law", *CMLR*, 1990, vol. 33, pp. 83-95. Lire également le rapport du professeur E. CANNIZZARO, in Fédération internationale de droit européen, *European Union Law and National Constitutions*, www.fide2002.org, spéc. pp. 16-17.

²⁸ Voir TCK, 29 mai 1974, *Bverfg*, vol. 37, p. 271, (« *Solange I* »), qui refuse expressément la primauté « aussi longtemps » que la protection des droits fondamentaux ne sera pas assurée dans l'ordre juridique communautaire ; puis TCK, 22 octobre 1986, *Bverfg*, vol. 73, p. 339, (« *Solange II* »), où la Cour de Karlsruhe prend acte du contrôle exercé par le juge communautaire sur le respect des droits fondamentaux et suspend le sien, tout en maintenant sa réserve de compétence en cas de protection estimée insuffisante. Plus récemment, le juge constitutionnel allemand a néanmoins décerné un véritable *satisfecit* à la protection communautaire des droits fondamentaux, rendant ainsi de plus en plus hypothétique une résistance à la pleine acceptation de la primauté, voir TCK, 7 juin 2000, *EuGrZ*, 2000, p. 328, (« *Solange III* »), où le Tribunal admet que le modèle allemand de protection n'est pas la seule référence possible pour satisfaire à l'exigence de respect des droits fondamentaux posée par l'article 1 de la Loi fondamentale. Lire notamment sur ce dernier arrêt, I. PERNICE, "Les bananes et les droits fondamentaux : la Cour constitutionnelle allemande fait le point", *CDE*, 2001, n° 3/4, pp. 427-440 ; et W. ZIMMER, "De nouvelles bases pour la coopération entre la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour de justice de Luxembourg ?", *Europe*, mars 2001, pp. 3-6.

²⁹ Sauf clause d'ordre public (voir article III-377, DOC CIG 87/04), la Cour sera compétente pour l'ensemble des questions relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, voir J-V. LOUIS, "La fonction juridictionnelle – De Nice à Rome... et au-delà", in O. De Schutter et P. Nihoul (dir.), *Une Constitution pour l'Europe – Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004, spéc. pp. 134-135.

³⁰ Article III-376 § 1 du traité, le paragraphe 2 prévoyant néanmoins la compétence de la Cour à l'égard des décisions comportant des mesures restrictives pour les personnes physiques ou morales.

l'homme et du citoyen - sur le droit de l'Union³¹, un problème sur ce point pourrait voir le jour Outre-Rhin. De surcroît, l'absence de recours contre certaines normes, censées primer l'ensemble du droit interne, pourrait également inciter la Cour de Strasbourg à y déceler une violation du droit au juge dans les droits internes des Etats membres³². Cependant, l'extension du champ de la primauté passe relativement inaperçue par rapport à la question de la signification même du principe.

2. La signification de la primauté

Ainsi que le précise la première Déclaration additionnelle annexée au traité établissant une Constitution pour l'Europe, « la Conférence constate que l'article 1-6 reflète la jurisprudence existante de la Cour de justice »³³. C'est en ce sens que l'inscription du principe de primauté dans le traité doit être envisagée comme une simple *codification* de l'« acquis jurisprudentiel »³⁴ élaboré par la Cour de Luxembourg. Le Conseil constitutionnel français en déduit logiquement que « cet article ne confère pas une portée autre que celle qui était antérieurement la sienne »³⁵. Bref, le nouveau traité se contente d'entériner ce qui existe déjà. Tout dépend néanmoins de ce que l'on entend par là et le point de vue envisagé³⁶.

En effet, plusieurs interprétations de la jurisprudence de la Cour relative à la primauté sont éventuellement formulables, selon que l'on adopte une vision moniste ou une vision pluraliste des rapports entre les ordres juridiques³⁷. Alors qu'aux yeux de la Cour de justice la primauté de son ordre juridique ne saurait, en toute logique, qu'être totale³⁸ ; sa portée est par contre nécessairement partielle pour les juridictions nationales³⁹. En faveur de la première

³¹ Lire *infra*, II, A, 2.

³² Dans une décision de la Cour EDH, du 23 mai 2002, *SEGI et autres c/ les 15 Etats membres de l'Union européenne*, req. n° 6422/02 et n° 9916/02, le juge conventionnel semble se satisfaire des possibilités de contestation de deux décisions PESC en raison de leur nécessaire transposition en droit interne et des possibilités de recours ainsi ouvertes contre l'acte de transposition. *A contrario*, en l'absence d'une telle transposition, faudrait-il en conclure à une violation du droit au recours devant un juge ?

³³ Voir DOC CIG 87/04 ADD II.

³⁴ V. CHRISTIANOS, "L'acquis jurisprudentiel", *RAE*, 2001-2002, n° 8, pp. 986-990.

³⁵ CC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *op. cit.*, spéc. point 12.

³⁶ Voir en ce sens, M. KUMM et V. F. COMELLA, "The Future of Constitutional Conflict in the European Union : Constitutional Supremacy after the Constitutional Treaty", in *Altneuland : The EU Constitution in a Contextual Perspective*, *Jean Monnet Working Paper*, 2004, n° 5, spéc. pp. 6 et s.

³⁷ Voir K. CAUNES, "La nature du système juridique européen : retour sur le principe de primauté", *op. cit.*, spéc. pp. 289 et s.

³⁸ Faut-il pour autant y voir un autoritarisme mal venu de la part de la juridiction communautaire ? Assurément non, la Cour de justice ne pouvait pas ne pas se prononcer en faveur de la supériorité de l'ordre juridique communautaire sur les ordres juridiques nationaux le composant. L'inverse eut été absurde, puisque par hypothèse tout ordre juridique est supérieur à ses composantes sans quoi il ne pourrait exister. Rien de surprenant donc à ce que la Cour permanente de justice internationale ait, bien avant la Cour de justice des Communautés, affirmé la prévalence des normes internationales sur les normes internes, y compris constitutionnelles, voir CPJI, 4 février 1932, *Traitement des nationaux polonais à Dantzig*, série A/B, n° 44, spéc. p. 24, « un Etat ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre Etat sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international et les traités en vigueur ». C'est pourquoi, J. COMBACAU écrit dans son ouvrage *Le droit des traités*, Paris, PUF, 1991, spéc. p. 83, que « la supériorité globale du droit international sur le droit d'origine interne étatique est la condition de sa propre existence, il ne se conçoit pas sans elle ». De même, soulignant que par essence, la primauté « est absolue ou elle n'est pas », D. CARREAU, "Droit communautaire et droits nationaux : concurrence ou primauté ?", *RTDE*, 1978, spéc. p. 385.

³⁹ L'argument consiste à dire tant que les Etats resteront souverains, ce n'est que d'eux – et d'eux seuls – et de leurs consentements, que l'ordre juridique communautaire et les qualités qui y sont attachées (primauté, effet direct notamment) tireront leur existence. En ce sens, O. DORD, "Ni absolue, ni relative, la primauté du droit communautaire procède de la Constitution", in H. Gaudin (dir.), *Droit constitutionnel et droit communautaire – Vers un respect réciproque mutuel ?*, Paris/Aix-Marseille, Economica/PUAM, 2001, pp. 121-140.

analyse et de la portée absolue du principe de primauté inscrit dans le traité, y compris donc à l'égard des normes constitutionnelles internes, plaide la formulation même de l'article I-6 qui ne restreint en rien l'étendue de la primauté, ainsi que la jurisprudence de la Cour qui est à cet égard dénuée d'ambiguïté⁴⁰. Dans ce cas, c'est une vision « moniste » de la primauté qui serait consacrée. Par contre, dans le sens de la seconde analyse et de la portée relative du principe de primauté, joue l'effectivité actuelle du principe de primauté qui reste en pratique largement subordonnée aux exigences constitutionnelles nationales. Dans ce dernier cas, conçue comme une norme d'habilitation non sanctionnée autorisant le juge national à écarter le droit interne contraire, la primauté élaborée par la Cour de justice pourrait ne pas être considérée comme véritablement absolue. L'interprétation de la signification de la primauté est alors « pluraliste ».

C'est cette seconde analyse qui semble avoir été retenue par le Conseil constitutionnel. En d'autres termes, la codification de l'existant perpétuerait également la pluralité d'interprétations du principe de primauté du droit de l'Union dans ses rapports avec les constitutions nationales. Ce raisonnement permet au juge français de conclure à la compatibilité du nouvel article I-6 et de la Constitution française. Le paradoxe est que l'« imperfection » qui résultait de la nature jurisprudentielle du principe et de la non-inscription de la primauté en droit primaire, est conservée avec sa codification dans le traité constitutif. Cette solution, qui vide quelque peu de son utilité la codification du principe de primauté, a l'avantage de ne pas heurter de front les constitutions nationales. Ce serait donc paradoxalement à une primauté « jurisprudentielle », quoique étendue à l'ensemble du droit de l'Union, qu'il faudrait consentir en ratifiant le traité établissant une Constitution. L'interprétation « pluraliste » du principe de primauté permet de relativiser les enjeux de son inscription en droit primaire.

B. La portée de l'acceptation du principe de primauté

On le perçoit, les enjeux sont cruciaux. A tel point que le Conseil constitutionnel a jugé préférable de les contourner plutôt que de les aborder de front en cristallisant l'ambiguïté de la signification et la portée actuelles du principe de primauté. L'enjeu le plus immédiat est celui de la « perfection » de la supériorité du droit de l'Union (1). Il en implique un second relatif à la « fédéralisation » de l'Union (2).

1. La « perfection » de la supériorité du droit de l'Union

A ce stade de l'intégration, le principe de primauté du droit de l'Union n'est pas « parfait » - et l'exemple le plus topique en est certainement les résistances de certains juges internes, tout simplement parce que dans le système communautaire de coopération juridictionnelle la Cour de justice n'a pas les moyens de sanctionner directement son non-respect par les juges internes. C'est précisément ce qui aurait pu évoluer.

⁴⁰ Dès l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, le juge communautaire énonce que « l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un Etat membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat », voir CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr und Vorastelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11/70, *Rec.*, p. 1125, spéc. point 3 *in fine*. Voir également CJCE, 11 janvier 2000, *T. Kreil c/ République fédérale d'Allemagne*, *op. cit.*

Récemment, la juridiction de Luxembourg a semblé mettre à mal le système de coopération juridictionnelle par deux décisions sanctionnant un Etat du fait de la violation du droit communautaire par ses juridictions suprêmes : d'une part dans le cadre de l'invocabilité de réparation⁴¹, d'autre part dans celui du recours en manquement⁴². Néanmoins ces mécanismes restent eux aussi largement « imparfaits ». Soit que la réparation s'effectue elle-même devant le juge interne ce qui amoindrit la portée obligatoire du droit à indemnisation que le juge national reste *in fine* encore libre d'accorder⁴³ ; soit que le déclenchement de l'action en manquement relève discrétionnairement de la Commission empêchant ainsi le particulier d'obliger le juge interne à faire respecter les normes de l'Union⁴⁴. De plus, en tout état de cause, ces deux mécanismes ne sauraient remettre en question, contrairement à ce que prétendaient certains gouvernements, l'autorité de chose jugée attachée aux décisions des juridictions suprêmes nationales. Ils n'entraînent pas, comme le souligne la Cour, une *révision* des décisions nationales qui restent ainsi valides⁴⁵. Dès lors, en l'absence de véritable pouvoir de réformation juridictionnelle, les juges nationaux conservent le choix de donner pleine portée au droit communautaire dans l'ordre interne. C'est cette situation dont on pourrait légitimement croire que l'inscription du principe de primauté en droit primaire soit susceptible de faire évoluer.

Poser le principe de primauté dans un traité pourrait (devrait ?) aboutir à établir *indirectement* une forme de hiérarchie juridictionnelle entre cours internes et Cour de justice. En effet, cette hiérarchie n'est cependant pas été directe, mais résulte plutôt de l'acceptation par l'Etat, lors de la ratification du traité, d'inscrire au sein de son propre ordre juridique l'obligation de faire primer de manière absolue le droit de l'Union. De la sorte, est conféré un fondement textuel et constitutionnel à la mission communautaire du juge interne. La règle de primauté, initialement d'origine externe et plus précisément découlant de la jurisprudence de la Cour de justice, serait ainsi « internalisée »⁴⁶ lors de son acceptation au moment de la ratification du traité. Par ce biais, l'habilitation du juge interne à faire office de juge communautaire serait devenue pleinement contraignante, car fondée non plus sur la nécessité de respecter la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, mais sur celle de respecter la Constitution nationale, elle-même adaptée aux exigences du traité. En d'autres mots, le fondement de l'obligation pour le juge interne de faire respecter le droit de l'Union n'est plus jurisprudentiel, mais constitutionnel. Il doit donc respecter les prescriptions de la Cour de justice, notamment quant aux formes d'invocabilité du droit communautaire, non plus seulement dans une optique de coopération juridictionnelle, mais bien parce que sa propre

⁴¹ La Cour a reconnu la possibilité pour un particulier d'invoquer le droit communautaire afin d'obtenir réparation, devant le juge interne, du préjudice subi en raison de son non-respect par une juridiction suprême nationale, CJCE, 30 septembre 2003, *G. Köbler c/ Autriche*, aff. C 224/01, *Rec.*, p. I-10239, spéc. point 36, commenté par D. SIMON, *Europe*, novembre 2003, pp. 3-6.

⁴² La Cour a condamné un Etat pour un manquement au droit communautaire imputable à l'activité de ses tribunaux, CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c/ Italie*, aff. C 129/00, n.e.p., spéc. points 29 et s.

⁴³ Ce principe a été posé par la CJCE, 19 novembre 1991, *A. Francovich et D. Bonifaci c/ Italie*, aff. C 6/90 et C 9/90, *Rec.*, p. I-5357, spéc. point 42.

⁴⁴ Conformément à l'article 226 TCE, et à l'arrêt de la CJCE, 14 février 1989, *Star Fruit Company SA c/ Commission*, aff. 247/87, *Rec.*, p. 291 : « il résulte toutefois de l'économie de l'article 169 [226 nouveau] du traité que la Commission n'est pas tenue d'engager une procédure au sens de cette disposition, mais qu'à cet égard elle dispose au contraire d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire excluant le droit pour les particuliers d'exiger de cette institution qu'elle prenne position dans un sens déterminé ».

⁴⁵ CJCE, 30 septembre 2003, *G. Köbler*, *op. cit.*, spéc. point 39 : « [...] le principe de la responsabilité de l'Etat inhérent à l'ordre juridique communautaire exige une telle réparation, mais non la révision de la décision juridictionnelle ayant causé le dommage ».

⁴⁶ Pour reprendre la terminologie de A. LEVADE, "Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé", *RDP*, 2004, n° 4, spéc. p. 910.

Constitution, rendue conforme à l'article I-6 du traité, l'exige. C'est dans cette direction que s'oriente *prima facie* le Conseil constitutionnel en constitutionnalisant, sur le fondement de l'article 88-1, le principe de primauté du droit de l'Union. Mais cette constitutionnalisation ne saurait être totale car, si tel était le cas, l'Union européenne prendrait nécessairement une physionomie fédérale.

2. La « fédéralisation » de l'Union européenne

Le principe de primauté serait-il le « Cheval de Troie » du fédéralisme au sein du traité fondateur de l'Union ? Certainement oui, mais le Conseil constitutionnel ne s'y est pas laissé prendre en lui refusant l'accès à la forteresse nationale.

On explique souvent l'imperfection actuelle du principe de primauté par l'absence de structure fédérale⁴⁷, conséquence de l'incomplétude de l'intégration communautaire. La liberté ultime des juridictions nationales de donner suite ou non au principe de primauté constitue même un des arguments des détracteurs de la reconnaissance de la spécificité du système communautaire d'intégration⁴⁸. *A contrario*, la « perfection » de la primauté entraînerait-elle la formation d'une telle structure fédérale ? Une réponse positive est éventuellement envisageable. En effet, il est possible de soutenir que s'il existait une possibilité d'annulation, ou du moins de mise à l'écart, sur le fondement du droit de l'Union de l'ensemble des normes d'origine étatique, « l'on serait doré et déjà dans le cadre d'un ordre étatique fédéral »⁴⁹. Or, tel serait le cas si une modification en ce sens de la Constitution était introduite puisque le juge national serait alors contraint d'assurer pleinement la primauté du droit de l'Union, y compris sur les normes constitutionnelles internes. C'est précisément afin de ne pas s'engager dans une forme de fédéralisation déguisée, que le Conseil constitutionnel refuse d'opérer un bouleversement de la hiérarchie interne des normes que semblait pourtant devoir impliquer l'acceptation de l'article I-6.

L'argument principal en faveur de cette non modification, le juge constitutionnel le trouve dans le traité lui-même, à l'article I-5 qui précise que l'Union respecte « l'identité des Etats, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles », ainsi que dans l'économie générale du traité qui, selon le Conseil constitutionnel « ne modifie ni la nature de l'Union européenne, ni la portée du principe de primauté du droit de l'Union »⁵⁰. Sous-entendu : tel serait le cas si une primauté absolue devait être consentie et une modification de la Constitution opérée en ce sens pour ratifier le traité. Il est vrai que différents éléments jouent en faveur de cette thèse de la non-fédéralisation de l'Union avec le nouveau traité. C'est le cas de l'article I-1 qui précise bien, malgré les propositions initiales de la Convention pour l'Avenir de l'Europe, que l'Union européenne exerce ses compétences

⁴⁷ En ce sens V. CONSTANTINESCO, "La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité ?", *op. cit.*, spéc. p. 111, ainsi que p. 123 (note 34 *in fine*). Voir également K. CAUNES, "La nature du système juridique européen : retour sur le principe de primauté", *op. cit.*, spéc. p. 290 : « Si les systèmes juridiques nationaux venaient à reconnaître dans leur ensemble la primauté *per se* du droit de l'Union européenne, cela transformerait indubitablement le système juridique européen en un système interne de type moniste dans lequel prévaudrait la subordination des droits nationaux au droit de l'Union ».

⁴⁸ C. LEBEN écrit ainsi qu'« en pratique, les juridictions nationales [...] conservent leur liberté vis-à-vis de la Cour de Luxembourg. Il y a là une preuve de plus que la centralisation de l'ordre juridique communautaire n'a pas franchi le seuil de centralisation constitutive d'un Etat fédéral », dans son article "A propos de la nature juridique des Communautés européennes", *Droits*, 1991, vol. 14, spéc. p. 68.

⁴⁹ *Ibid.* spéc. p. 67.

⁵⁰ CC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *op. cit.*, spéc. point 13.

sur un « *mode communautaire* » et non fédéral⁵¹. De même, l'article II-113, relatif au « *Niveau de protection* » des droits garantis par la Charte des droits fondamentaux, fait une place aux constitutions nationales dont la protection qu'elles confèrent ne saurait être amoindrie. Il est possible d'y voir une règle de « reconnaissance » des ordres juridiques qui coexisteraient ainsi dans une sorte de symbiose sans réelle hiérarchie⁵². Enfin, il semble clair qu'en l'absence de pouvoir de révision majoritaire du texte constitutif, l'Union ne dispose pas la *Kompetenzkompetenz*, et qu'elle ne saurait dès lors être assimilée à un Etat souverain⁵³.

Ainsi, l'affirmation d'une obligation de reconnaître une primauté absolue et moniste au droit de l'Union en ratifiant l'article I-6 aurait certainement abouti à dénaturer la spécificité de l'organisation d'intégration. Dans cette optique la décision du Conseil constitutionnel peut apparaître conforme à la logique de la construction de l'Union européenne en ce qu'elle est une illustration de cette coexistence pluraliste des ordres juridiques et de la pluralité des interprétations du principe de primauté qui en découle. L'apparente contradiction entre plusieurs conceptions de la primauté serait alors le reflet de l'essence même du système d'intégration, à mi-chemin entre monisme consenti et pluralisme sauvegardé. Mais ce faisant, y a-t-il vraiment une spécificité européenne ? C'est ce qu'il faut étudier, en prenant l'exemple du droit français, après le refus ambigu du Conseil constitutionnel de décider de la nécessité d'une modification explicite de la Constitution, tout en y intégrant implicitement le principe de primauté du droit de l'Union.

II. La nécessité d'adapter la Constitution nationale

La décision du Conseil constitutionnel relative au traité établissant une Constitution pour l'Europe était attendue « avec impatience »⁵⁴ par la doctrine, notamment s'agissant de la question de la primauté du droit de l'Union. On le sait, la Haute juridiction conclut à l'absence de contrariété entre les deux « Constitutions »⁵⁵ sur ce point. Mais, si les sages du

⁵¹ Voir en ce sens, les commentaires dans le n° 18 des *Cahiers du Conseil constitutionnel*, disponibles sur le site www.conseil-constitutionnel.fr

⁵² En ce sens L. AZOULAY dans son commentaire de l'article II-113 in L. Burgorgue-Larsen, A. Levade et F. Picod (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, (à paraître).

⁵³ Comme le remarque le professeur C. Leben en reprenant C. Eisenmann, une entité initialement intergouvernementale devient souveraine « dès lors que le traité prévoit que ses clauses sur l'organisation de la collectivité qu'il crée pourront être révisées selon une procédure de législation interne, de révision constitutionnelle, c'est-à-dire selon une règle de *majorité* et non plus d'unanimité. Dans ce cas en effet, les clauses sur l'organisation de la collectivité regroupée, bien qu'elles aient été originaires des règles de droit international, se transforment en règles de droit étatique du fait du mode de leur modification ultérieure ». Voir C. LEBEN, "Fédération d'Etats-nations ou Etat fédéral ?", *JMWP*, 2000, n° 7, spéc. p. 11. Mettant également en avant le critère du mode de révision du pacte constitutif pour identifier le passage d'une confédération à une fédération, V. CONSTANTINESCO, "Europe fédérale ou fédération d'Etats-nations ?", in R. Dehousse (dir.), *Une Constitution pour l'Europe ?*, Paris, Presse de Sciences Po, 2002, spéc. p. 123.

⁵⁴ A. LEVADE, "Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé", *op. cit.*, spéc. p. 911.

⁵⁵ Sur la qualification de « Constitution » du nouveau traité, lire notamment L-M. DIEZ-PICAZO, "Traité ou Constitution ? La nature de la Constitution pour l'Europe", in L. Azoulay, L. Burgorgue-Larsen (dir.), *L'Autorité de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, (à paraître) ; C. FRANCK, "Traité et Constitution : les limites de l'analogie", in P. Magnette (dir.), *La constitution de l'Europe*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, pp. 31-39 ; B. MATHIEU, "Le projet : Traité ou Constitution ?", in A. Levade (dir.), *La Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, (à paraître). Le Conseil constitutionnel français note que le texte malgré sa dénomination ambiguë « *conserve sa qualité de traité international* », CC, 19 novembre 2004, *Traité*

Palais Montpensier parviennent à une telle solution, c'est grâce à une lecture particulièrement constructive de l'article 88-1. Pour l'apprécier, il convient d'en appréhender les conséquences tant sur l'adaptation de la hiérarchie interne des normes (A), que sur les modalités du contrôle de constitutionnalité (B). Malgré les apparences, il semblerait que les perspectives d'évolution se situent davantage sur ce second point que sur le premier.

A. L'adaptation de la hiérarchie des normes

La décision du 19 novembre 2004 modifie-t-elle la hiérarchie des normes en droit interne ? Le sens de la décision semble indiquer une réponse négative, dans la mesure où aucune incompatibilité n'est décelée. Néanmoins, pour parvenir à cette conclusion, les juges constitutionnalisent, sur le fondement de l'article 88-1, le principe de primauté du droit de l'Union (1). Reste à savoir quelle est la portée de cette opération quant aux rapports entre le droit de l'Union et les (autres ?) dispositions de valeur constitutionnelle (2).

1. La constitutionnalisation du principe de primauté du droit de l'Union

Dans un « Petit bréviaire imaginaire des relations harmonieuses entre la Constitution française et l'intégration européenne », le professeur L. Burgorgue-Larsen appelait de ses vœux une reconnaissance constitutionnelle de la spécificité des normes européennes dans un Titre II (et non XV !) d'une fictive VI^{ème} République⁵⁶. C'est au même résultat qu'aboutit le Conseil constitutionnel, en se passant néanmoins de tout ajout, en jugeant que le « *principe de primauté du droit de l'Union [...] résulte [...] de l'article 88-1 de la Constitution* »⁵⁷. L'interprétation est audacieuse au regard du libellé relativement anodin de la disposition qui se contente innocemment de constater, depuis son introduction en 1992, que « 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 leur compétence ». Est de la sorte constitutionnalisée, *dès à présent* et en dehors de toute entrée en vigueur (hypothétique) du nouveau traité, l'obligation pour le juge interne de faire primer le droit de l'Union. Si c'est en apparence assez négligemment que le juge constitutionnel procède à l'incorporation du principe de primauté au sein de l'article 88-1 de la Constitution, il ne faut pas s'y tromper, cette affirmation est historique.

Sans plus de précision, le Conseil fonde sa position sur trois précédentes décisions rendues durant l'été 2004. La première d'entre elles, relative à la loi pour la confiance dans l'économie numérique, avait déjà fait grand bruit⁵⁸. *In specie*, le juge a constitutionnalisé, sur

établissant une Constitution pour l'Europe, op. cit., spéc. point 9.

⁵⁶ L. BURGORGUE-LARSEN, "Petit bréviaire imaginaire des relations harmonieuses entre la Constitution française et l'intégration européenne", *RDP*, 2002, n° spécial *La VI^{ème} République ?*, pp. 423-440

⁵⁷ CC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, op. cit.*, spéc. point 12.

⁵⁸ Voir les contributions dans le n° 4 de la *RDP* 2004 de H. OBERDOFF, "Commentaire de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 relative à la loi pour la confiance dans l'économie numérique", pp. 869-877 ; A. LEVADE, "Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé", pp. 889-911 ; et J. ROUX, "Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution", pp. 912-933. Se référer aussi à F. CHALTIEL, "Nouvelles variations sur la constitutionnalisation de l'Europe – A propos de la décision du Conseil constitutionnel sur l'économie numérique", *RMCUE*, juillet-août 2004, n° 480, pp. 450-454, qui voit dans cette décision une forme de constitutionnalisation du droit de l'Union en droit interne ; ainsi que B. GENNEVOIS, "Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé – A propos de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004", *RFDA*, 2004, n° 4, pp. 651-661 qui pointe les ambiguïtés de cette décision. Pour d'autres commentaires, J. ARRIGHI DE CASANOVA, "La décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 et la hiérarchie des normes", *AJDA*, 2004, n° 28, pp. 1534-1537 ; D. CHAGNOLLAUD, "Watson propage une fausse

la base de l'article 88-1, l'obligation de transposition des directives communautaires en déclarant que « *la transposition en droit interne d'une directive résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution* »⁵⁹. En d'autres termes, le Conseil prend appui sur la Constitution pour élever à ce rang l'obligation pour les autorités étatiques de transposer une directive conformément à l'article 249 al. 4 TCE combiné avec l'article 10 TCE⁶⁰. Rien n'est cependant dit sur la primauté qui, rappelons-le, est un principe qui découle directement de la jurisprudence de la Cour de justice et non du traité lui-même⁶¹. Il en allait de même pour les deux autres décisions, du 29 juillet 2004, elles aussi relatives à la question de la transposition des directives communautaires⁶², et non précisément à celle de la primauté des normes communautaires. Or, l'enjeu est sensiblement différent. Non seulement, le fondement des deux obligations, celle de transposition et celle de hiérarchisation, n'est pas le même, l'un étant conventionnel et l'autre jurisprudentiel (du moins avant que le nouveau traité n'entre en vigueur), mais de surcroît, leur objet est également tout autre. Autant, il semble éventuellement cohérent de rattacher l'obligation de transposition à la participation de la France aux Communautés et à l'Union (article 88-1), autant la question de la primauté du droit de l'Union semblait devoir s'analyser naturellement à l'aune de la hiérarchie interne des normes et donc de l'article 55 de la Constitution⁶³. C'est pourquoi, la prolongation de la jurisprudence *Économie numérique* relative à l'article 88-1 et son extension à la question de la primauté peuvent paraître relativement surprenantes⁶⁴. Le Conseil ne les justifie d'ailleurs pas clairement. Bien au contraire, le juge fait mine de penser qu'une telle extension va de soi, en effectuant très rapidement une référence à « *la portée du principe de primauté du droit de l'Union telle qu'elle résulte, ainsi que l'a jugé le Conseil dans ses décisions susvisées, de*

nouvelle (après la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 du Conseil constitutionnel)", *Les Petites Affiches*, 9 juillet 2004, n° 137, pp. 5-7 ; M. GAUTIER et F. MELLERAY, "Le refus du Conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire", *AJDA*, 2004, n° 28, pp. 1537-1541 ; X. MAGNON, "Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire", *Europe*, août-septembre 2004, pp. 6-12 ; P-Y. MONJAL, "La Constitution, toute la Constitution, rien que le droit communautaire... (Remarques à vif à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2004 n° 2004-496)", *Les Petites Affiches*, 12 août 2004, n° 161, pp. 16-22 ; J-P. KOVAR, "Commentaire des décisions du Conseil constitutionnel du 10 juin et du 1er juillet 2004 : rapport entre le droit communautaire et le droit national", *RTDE*, 2004, n° 3, pp. 580-597.

⁵⁹ CC, 10 juin 2004, *Économie numérique*, déc. n° 2004-496 DC, n. e. p., spéc. point 7.

⁶⁰ L'article 249 al. 4 TCE précise notamment que la directive « *lie tout Etat membre destinataire quant au résultats à atteindre [...]* », et l'article 10 TCE impose notamment une obligation de coopération loyales aux instances étatiques qui « *prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté [...]* ».

⁶¹ C'est pourquoi A. LEVADE refuse de voir dans cette décision une application du principe de primauté du droit de l'Union, "Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé", *op. cit.*, spéc. p. 904.

⁶² CC, 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, déc. n° 2004-498 DC, n.e.p. ; et à la même date, *Protection des données personnelles*, déc. n° 2004-499 DC, n.e.p.

⁶³ Pour résoudre le problème de la hiérarchie des normes communautaires (et internationales) et des normes constitutionnelles nationales, il a ainsi été proposé d'introduire un article 55-1 (ou 55 alinéa 2) dans le texte constitutionnel prévoyant la supériorité des premières sur les secondes, voir D. BREILLAT, "La Constitution, un catalogue de traités ?", in *Les mutations contemporaines du droit public – Mélanges en l'honneur de B. Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, spéc. p. 322.

⁶⁴ Certains commentateurs l'avaient néanmoins déjà pressenti, voir notamment J. ROUX, "Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution", *RDP*, 2004, n° 4, spéc. p. 925 : « Plus largement d'ailleurs, il y a lieu sans doute de considérer que le respect du droit communautaire originaire et dérivé, voire du Traité sur l'UE et des normes qui commencent à en découler, dans le cadre du 3^{ème} pilier, résulte aussi d'une exigence constitutionnelle qui trouve elle-même son fondement dans l'article 88-1. Si telle est bien la portée de la décision commentée, force est 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 [...]

l'article 88-1 de la Constitution »⁶⁵. Deux observations peuvent être faites sur l'objet de la constitutionnalisation, et sur la spécificité de l'Union européenne.

Tout d'abord, il est remarquable que le juge constitutionnalise le *principe* même de primauté du droit de l'Union et non, comme c'est le cas de l'article 55, la valeur des normes qui en découle. En d'autres mots, ce ne sont pas les normes de l'Union qui sont directement constitutionnalisées, mais la norme de primauté de ces normes. La nuance est d'importance car c'est elle qui permet de déduire que la norme de primauté codifiée à l'article I-6 du traité fondateur et incorporée en l'état à la Constitution nationale n'est pas absolue. De surcroît, s'il est inattendu, ce choix de l'article 88-1 comme fondement de la valeur constitutionnelle du principe de primauté du droit de l'Union aboutit, formellement du moins, à consacrer la spécificité de l'ordre juridique européen. En refusant de se placer sur le terrain de l'article 55 de la Constitution, le juge constitutionnel détache clairement le droit de l'Union de son atavisme international⁶⁶. C'est une reconnaissance ouverte du caractère *sui generis* de la nature juridique de l'Union européenne qu'effectue le Conseil constitutionnel en déclarant que « *le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre interne et distinct de l'ordre juridique international* »⁶⁷. La Haute juridiction avait bien déjà reconnu le caractère « propre » de l'ordre juridique communautaire, mais pour mieux affirmer sa séparation de l'ordre institutionnel national et son rattachement au droit international⁶⁸. Dans la décision *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, le Conseil constitutionnel paraît entériner l'existence d'une troisième voie entre droit national et droit international, entre fédéralisme et confédéralisme⁶⁹, celle de l'intégration communautaire⁷⁰. Pour autant cette reconnaissance de la spécificité de l'ordre juridique communautaire dont le respect est constitutionnalisé dans l'article 88-1 de la Constitution, a-t-il des conséquences sur la valeur de ses normes ? Cela est moins certain.

2. Le maintien de la subordination du droit de l'Union à la Constitution

En faisant référence aux décisions de l'été 2004 relatives à la transposition des directives, le juge constitutionnel en prolonge l'entière solution à la question de la primauté. Or, la formulation retenue dans ces décisions est la suivante : « *la transposition en droit*

⁶⁵ Spéc. point 12.

⁶⁶ Tandis que le juge administratif assimile explicitement le droit communautaire au droit international classique, voir CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*, Rec., p. 642 ; la position du juge judiciaire prête davantage à discussion en ce qu'elle ne les confond pas ouvertement, voir en ce sens A. RIGAUX et D. SIMON, "Droit communautaire et Constitution française, une avancée significative de la Cour de Cassation – A propos de l'arrêt *Fraisse* du 2 juin 2000", *Europe*, août-septembre 2000, pp. 3-6, et *contra*, X. PRÉTOT, "La Cour de Cassation, la Constitution, les traités", *RDP*, 2000, pp. 1037-1049.

⁶⁷ Spéc. point 11.

⁶⁸ CC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, déc. n° 92-308 DC, Rec. 55, *RJC* I-446, spéc. point 34 : « [...] le Parlement européen appartient à un ordre juridique propre qui, bien que se trouvant intégré au système juridique des différents Etats membres des Communautés, n'appartient pas à l'ordre institutionnel de la République française ». La doctrine constitutionnaliste en déduira que le Conseil « marque [...] son attachement à la thèse du caractère non spécifique de la Communauté européenne », L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2003, spéc. p. 807.

⁶⁹ Même s'il est possible de douter finalement de la différence fondamentale de nature entre ces deux modèles, voir, à partir de l'exemple américain, la démonstration de E. ZOLLER, "Aspects internationaux du droit constitutionnel – Contribution à la théorie de la fédération d'Etats", *RCADI*, 2002, vol. 294, pp. 43-166.

⁷⁰ Sur la spécificité communautaire, voir par exemple le débat opposant A. PELLET, "Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire", *RCADE*, 1994, vol. V, livre II, pp. 193-267, qui défend l'absence de spécificité fondamentale du droit communautaire vis-à-vis du droit international ; et *contra*, la réponse de D. SIMON, "Les fondements de l'autonomie du droit communautaire", in SFDI, colloque de Bordeaux, *Droit international et droit communautaire – Perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, pp. 207-250

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 »⁷¹. Appliquée au principe de primauté, tel qu'il résulte lui aussi de l'article 88-1, cette position laisse penser que l'obligation de faire primer le droit de l'Union peut céder devant une disposition expresse contraire de la Constitution. La signification de cette réserve de constitutionnalité est ambiguë. Elle crée par ailleurs des difficultés nouvelles.

Que signifie réellement la décision du 19 novembre 2004 quant aux rapports entretenus entre le droit de l'Union et le droit constitutionnel national ? Deux interprétations sont possibles. La première est de considérer que les normes, originaires et dérivées, de l'Union acquièrent une valeur *égale* aux normes constitutionnelles nationales. Tirant leur force en droit interne d'une disposition constitutionnelle posant le principe de primauté de l'ordre juridique de l'Union européenne, les dispositions de celui-ci revêtent elles-mêmes une valeur constitutionnelle. En cas de conflit, il faudra alors opérer une conciliation *in concreto* au regard des circonstances de chaque espèce, sans qu'il n'y ait de hiérarchie prédéterminée *in abstracto* entre normes de l'Union européenne et normes constitutionnelles internes. La seconde interprétation, la plus probable, est de dire que la suprématie de la Constitution nationale est préservée et que le Conseil maintient ce que d'aucuns ont appelé le « règne de la Constitution »⁷². La valeur du droit de l'Union resterait alors nécessairement *inférieure* aux normes constitutionnelles internes. L'argument se réclame de la logique juridique et fait référence à la notion de consentement souverain. Aux yeux du juge interne, ce n'est que par son inscription dans la Constitution nationale que la primauté revêt un caractère obligatoire, il est donc logique qu'en cas de conflit, ce soit la Constitution qui l'emporte. L'antériorité de l'ordre juridique interne par rapport à tout ordre juridique d'origine conventionnelle serait ainsi le fondement de l'incontournable supériorité du premier sur le second, qui même en se subordonnant pré suppose sa suprématie sur ce à quoi il se soumet⁷³. En ce sens, le consentement à la primauté ne pourrait pas être véritablement entier, sauf à basculer dans un système fédéral : une Constitution ne peut renoncer à sa qualité de norme suprême sans perdre du même coup son titre constitutionnel. Dans ce cadre, on ne saurait donc parler de primauté *stricto sensu* (ou encore « suprématie ») mais plutôt, selon la terminologie de B. Mathieu, de « prévalence » consentie⁷⁴.

⁷¹ CC, 10 juin 2004, *Économie numérique*, *op. cit.*, spéc. point 7

⁷² J-P. CAMBY, "Le droit communautaire est-il soluble dans la Constitution ?", *RDP*, 2004, n° 4, spéc. p. 888.

⁷³ Voir sur ce point, D. ALLAND, "De l'ordre juridique international", *Droits*, 2002, vol. 35, spéc. pp. 97-98. La démonstration récuse ainsi toute idée de monisme juridique avec primauté du droit international puisque le droit international n'est que le fruit du consentement des Etats, qui dès lors ne sauraient lui être subordonnés. Cette position est néanmoins discutable puisqu'il est possible de se demander si l'État, au sens d'entité souveraine, n'est pas plutôt une *conséquence* de l'ordre juridique international et non un *préalable* à l'établissement de celui-ci, voir en ce sens S. ROMANO, *L'ordre juridique*, traduction de L. François et P. Gothot, Paris, Dalloz, 1975, spéc. p. 43 : « si les États sont indépendants les uns des autres, cette condition du point de vue juridique, ne préexiste pas au droit international mais c'est ce dernier qui la pose ; et le principe qu'aucun État ne peut être tenu qu'en vertu de normes qu'il a lui-même contribué à former par sa propre volonté est un principe de droit international positif, ce qui suppose que celui-ci est déjà constitué et en vigueur ».

⁷⁴ B. MATHIEU, "L'appréhension de l'ordre juridique communautaire par le droit constitutionnel français", *in Les dynamiques du droit en début de siècle – Études en l'honneur de J-C. Gautron*, Paris, Pedone, 2004, spéc. p. 173. A cet égard, le Tribunal constitutionnel espagnol dans sa déclaration du 1^{er} décembre 2004 (n° 1/2004) relative à la comptabilité de la Constitution espagnole et du Traité établissant une Constitution pour l'Europe établit un *distinguo* entre l'acceptation de la primauté du droit de l'Union et le maintien de la suprématie de la Constitution nationale. Sur cette décision et la critique de cette distinction, lire L. BURGORGUE-LARSEN, "La Déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n°1/2004) : un « Solange II à l'espagnole »", à paraître dans les *Cahiers du Conseil constitutionnel*.

Quant aux difficultés posées par la formule de la décision *Économie numérique* transposée à celle de la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe, elles sont de deux ordres. D'une part, est établi un *distinguo* entre les dispositions *expresses* de la Constitution pouvant faire obstacle au principe de primauté du droit de l'Union, et les autres dispositions qui, *a contrario*, ne sauraient avoir un tel effet. Cette dichotomie entre ce qui est explicitement inscrit dans un texte juridique et ce qui ne l'est pas, est très largement contestable d'un point de vue tant théorique que pratique. En effet, en théorie, il semble difficile de dissocier le texte d'une norme de la signification que lui confère son interprète authentique⁷⁵. De même, en pratique, comment distinguer ce qui est « exprès » de ce qui ne l'est pas ? *Quid* notamment des principes « fondamentaux reconnus par les lois de la République »⁷⁶, de ceux « particulièrement nécessaires à notre temps »⁷⁷, et plus généralement de l'ensemble des droits fondamentaux protégés constitutionnellement⁷⁸ ? Enfin, pour reprendre l'exemple qui nous intéresse de l'interprétation de l'article 88-1 développée par le juge constitutionnel, doit-on considérer que le principe de primauté qui y est rattaché est lui-même une exigence « expresse » de la Constitution ou non ? D'autre part, la seconde difficulté de la solution provient de la valeur respective du droit de l'Union et du droit international classique, les uns tirant leur force de l'article 88-1 de la Constitution et les autres de l'article 55. Si les normes de l'Union n'acquièrent pas une valeur totalement constitutionnelle avec la constitutionnalisation du principe de primauté, revêtent-elles néanmoins une portée *supra-conventionnelle* ? Une réponse négative viderait de toute incidence pratique la décision du Conseil du 19 novembre puisque dans ce cas, les normes de l'Union auraient alors exactement la même force que celle dont elles bénéficiaient auparavant sur le fondement de l'article 55. La constitutionnalisation de la primauté ne serait alors que poudre aux yeux. A l'inverse, une réponse positive crée un nouvel « étage » dans la pyramide interne des normes dans la mesure où le droit de l'Union viendrait s'intercaler entre les dispositions (« expresses ») de la Constitution et le droit conventionnel international dont la valeur serait ainsi modifiée dans l'ordre interne⁷⁹. En effet, en cas de conflit, le droit international « classique » devrait céder devant le droit de l'Union⁸⁰. Le paradoxe est que cette modification de la valeur juridique des traités en droit interne proviendrait d'un... traité !

⁷⁵ Voir H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduction par C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, spéc. p. 454 et s.

⁷⁶ Ces principes sont mentionnés, de manière générique et sans identification précise, dans le Préambule de la Constitution de 1946. Ils ont été incorporés dans le bloc de constitutionnalité par la décision du CC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, déc. n° 71-44 DC, *Rec.* 29, *RJC* I-24, spéc. point 2.

⁷⁷ A l'inverse des précédents, ces principes sont énumérés dans le Préambule de la Constitution de 1946. Ils ont été utilisés pour la première fois comme norme de référence par le Conseil constitutionnel dans la décision *IVG I* (à propos du droit de l'enfant à la santé), leur conférant ainsi une valeur constitutionnelle, voir CC, 15 janvier 1975, *IVG I*, déc. n° 75-54 DC, *Rec.* 19, *RJC* I-30, spéc. point 10.

⁷⁸ Dont parfois le rattachement à une disposition « expresse » de la Constitution est bien tenu, voir par exemple à propos de la « découverte » du droit au respect de la vie privée au sein de l'article 2 de la DDHC qui dispose que « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* », CC, 29 juillet 2004, *Protection des données personnelles*, *op. cit.* spéc. point 2. Dans cette espèce qui reprend la solution de principe de la décision *Économie numérique*, le juge constitutionnel réitère l'affirmation (quelque peu relative au regard de la réserve de constitutionnalité qui précède) selon laquelle l'appréciation de la validité d'une directive « *n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, [afin] de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité sur l'Union européenne* ».

⁷⁹ Aucune révision de la Constitution en ce sens n'est néanmoins nécessaire puisque l'article 55 se contente de poser le principe (sous réserve de réciprocité) de la valeur supra-législative des traités sans plus de précision quant aux normes de valeur supérieure.

⁸⁰ En pratique, les risques de conflit sont limités dans la mesure où la Cour de justice s'emploie à vérifier que les normes adoptées par les institutions respectent, dans la mesure du possible, les exigences du droit international, voir notamment J-C. GAUTRON et L. GRARD, "Le droit international dans la construction de l'Union

Au final, il est prévisible que la solution alambiquée dégagée par le Conseil constitutionnel, même si elle se justifie par la complexité de la nature même de l'intégration européenne, risque de poser des questions nouvelles fondamentales en termes de hiérarchie des normes. Ce qui est désormais primordial c'est que le juge constitutionnel lui-même puisse participer à la recherche des réponses qu'il faudra y apporter. Pour cela, une évolution du contrôle de constitutionnalité est nécessaire.

B. L'adaptation du contrôle de constitutionnalité

Cette adaptation est susceptible d'aller dans le sens d'un élargissement du bloc de constitutionnalité (1), qui pourrait entraîner, à terme, celui des modalités de saisine du juge constitutionnel (2).

1. L'élargissement du bloc de constitutionnalité ?

La constitutionnalisation du principe de primauté sur le fondement de l'article 88-1 fait-elle pénétrer, ainsi que le prédisaient les observateurs les plus perspicaces⁸¹, le droit de l'Union au sein du bloc de constitutionnalité ? Une réponse positive est envisageable, ce qui (re)pose la question de l'inclusion dans le champ du contrôle constitutionnel de l'ensemble des normes d'origine conventionnelle.

Dans la décision *Économie numérique*, la directive n° 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative au commerce électronique apparaît en *visa* du dispositif, parmi les normes de référence que devait respecter la loi déferée⁸². L'examen du raisonnement retenu par le juge montre bien, comme le met en avant J. Roux, qu'est ainsi opéré un contrôle de la conformité de la loi de transposition aux prescriptions de la directive⁸³. Avec la décision *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, c'est l'ensemble du droit de l'Union qui devient susceptible de faire obstacle à l'adoption d'une loi contraire. Voilà en quoi la décision est certainement historique. En constitutionnalisant le principe de primauté du droit de l'Union, le juge constitutionnel pourrait devenir dans le même temps le garant de celle-ci. Fondée sur l'article 88-1 de la Constitution, l'exigence de respecter les dispositions du droit de l'Union européenne est une obligation constitutionnelle dont il peut incomber dès lors au Conseil de sanctionner la violation par la loi. Ne peut-on en effet considérer que la protection du principe de primauté tel que garanti par l'article 88-1 de la Constitution relève du contrôle de *constitutionnalité* ? Dans ce raisonnement, une loi contraire au principe de primauté du droit de l'Union serait dans le même temps contraire à l'article 88-1, et donc inconstitutionnelle. Toutefois, c'est exactement à un tel raisonnement qu'avait refusé de faire droit le juge constitutionnel dans la désormais célèbre décision *IVG*. En 1975, les juges constitutionnels

européenne", in SFDI, colloque de Bordeaux, *Droit international et droit communautaire – Perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, spéc. pp. 87-149.

⁸¹ Voir notamment E. PICARD, "Vers une extension du bloc de constitutionnalité au droit européen", *RFDA*, 1993, n° 1, pp. 37-54.

⁸² Ce fut la seconde fois, à notre connaissance, qu'une directive communautaire figurait parmi les normes de références. Néanmoins la première directive citée, relative au droit de vote et d'éligibilité des citoyens européens, ne l'a été que parce que l'article 88-3 de la Constitution, qui porte sur ce point, y fait indirectement renvoi en mentionnant « les modalités prévues par le traité » dont faisait partie ladite directive, voir CC, 20 mai 1998, déc. n° 98-400DC, *Rec.* 251.

⁸³ J. ROUX, "Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution", *op. cit.*, spéc. p. 921 et s.

ont refusé d'ouvrir le champ de leur contrôle au respect par la loi des conventions internationales⁸⁴. En résulta une appropriation de la vérification du respect de l'article 55 par les juridictions ordinaires⁸⁵, ainsi qu'un certain « malaise » dans la Constitution brillamment décrit par D. de Béchillon⁸⁶. Il aurait été pourtant parfaitement envisageable d'estimer que la conformité de la loi aux traités internationaux est une exigence constitutionnelle en vertu de l'article 55, et qu'il appartient donc au Conseil constitutionnel d'en vérifier le respect⁸⁷. La conséquence aurait été évidemment d'ouvrir le bloc de constitutionnalité au droit d'origine conventionnelle, ce qui, il faut le reconnaître, aurait compliqué singulièrement le contrôle *a priori* de la loi qui se doit pour cette raison d'être à la fois objectif, définitif, et rapide. Une question est donc de savoir si la décision du 19 novembre 2004 en élargissant, sur le fondement de l'article 88-1, le champ du contrôle de constitutionnalité au droit de l'Union, implique un tel élargissement, sur le fondement de l'article 55, au bénéfice de l'ensemble du droit conventionnel international. L'autre question qui découle de la première est celle du rôle que doit désormais jouer le juge de droit commun.

À première vue rien ne s'oppose plus à un revirement de jurisprudence par rapport à la décision *IVG*. La présence, pour la première fois, de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) parmi les normes de référence utilisées par le Conseil dans sa décision sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe milite en ce sens⁸⁸. Néanmoins, cette décision est spécifique en ce qu'elle s'opère dans le cadre de l'article 54 quant à la conformité d'un traité à la Constitution, et non dans celui de l'article 61 relatif à la régularité de la loi. De plus, la référence à la CEDH peut s'expliquer par le fait que le traité établissant une Constitution y fait lui-même référence dans la portée des droits garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁸⁹ qui en constitue la Deuxième Partie. Pour autant, l'élargissement du bloc de constitutionnalité à l'ensemble du droit international conventionnel peut très bien se déduire de celui opéré au profit du droit de l'Union, mais à deux nuances près. La première, on l'a souligné, est que l'article 88-1 constitutionnalise le principe de primauté du droit de l'Union, lui-même conçu comme une norme, et non directement la valeur des normes issues de ce droit. Même si en pratique, cela ne fait guère de différence, l'obligation négative de ne pas violer le principe de primauté constitutionnellement protégé est éventuellement plus directement justiciable que celle, positive, de garantir aux traités une « autorité supérieure à celle des lois ». La seconde nuance est davantage une difficulté. Elle réside dans la détermination de la force que revêtira alors le droit d'origine conventionnelle, puisque, rappelons-le, l'article 55 se contente de poser la valeur supra-législative du droit international conventionnel sans préciser s'il revêt ou non une portée infra-constitutionnelle. En intégrant le bloc de constitutionnalité, les dispositions des traités internationaux acquerront-elles valeur constitutionnelle ? Il n'en semble pas question. Devront-elles, au contraire, être écartées au profit d'une disposition « expresse »

⁸⁴ CC, 15 janvier 1975, *IVG I*, déc. n° 74-54 DC, *Rec.* 19, *RJC I*-30.

⁸⁵ Assez spontanément de la part du juge judiciaire C. Cass., Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*, D. 1975, p. 497, concl. Touffait ; plus difficilement en ce qui concerne le Conseil d'Etat s'agissant du contrôle de conventionnalité des lois postérieures à un traité, CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Rec.*, p. 190, concl. Frydman, *GAJA* n° 98.

⁸⁶ D. DE BÉCHILLON, "De quelques incidences du contrôle de conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution)", *RFDA*, 1998, n° 2, pp. 225- 242

⁸⁷ *Ibid.*, spéc. p. 234 qui souligne que « toute loi violant un traité viole la Constitution en ceci que cette dernière fait obligation au législateur de respecter le traité ».

⁸⁸ Notons que figure même en *visa* parmi les normes de référence, une *décision* de la Cour européenne des droits de l'homme, du 29 juin 2004, *Leyla Sahin c/ Turquie*, relative à la laïcité.

⁸⁹ Article II-112 de la Charte, commenté par L. BURGORGUE-LARSEN in L. Burgorgue-Larsen, A. Levade et F. Picod (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, (à paraître).

contraire de la Constitution ? Dans ce cas de figure, le droit de l'Union perdrait la spécificité sur laquelle le Conseil a justement entendu insister dans la décision du 19 novembre 2004. La dernière option est de faire pénétrer le droit conventionnel international dans le bloc de constitutionnalité en lui conférant une portée identique à celle qu'il possède actuellement, c'est-à-dire supra-législative et infra-constitutionnelle⁹⁰. Mais dans ce cas, il faudra justifier une différence de statut entre droit de l'Union et droit international « classique », qui tirent pourtant tous deux leur force en droit interne d'une disposition de la Constitution.

La seconde difficulté à l'élargissement de la compétence du Conseil constitutionnel à la vérification du respect de la primauté du droit de l'Union, voire du droit international conventionnel, est l'articulation des contrôles entre le juge constitutionnel et le juge de droit commun. Or, ce dernier semble vouloir maintenir sa compétence de juge de la conventionnalité du droit interne, compétence qui serait alors concurrente à celle du Conseil constitutionnel et qui resterait fondée sur l'article 55 de la Constitution. En effet, dans sa décision *Mlle Deprez et Baillard* du 5 janvier 2005, le Conseil d'Etat paraît maintenir le fondement traditionnel de sa compétence en écartant un grief tiré du non-respect de la Charte des droits fondamentaux immédiatement après avoir visé l'article 55 de la Constitution⁹¹. Il ne faut toutefois pas en tirer des conclusions trop hâtives dans la mesure où le juge administratif se contente en l'espèce de constater que le texte invoqué n'est pas contraignant. De plus, en toute logique, la nouvelle interprétation de l'article 88-1 donnée par le Conseil constitutionnel devrait inciter le juge administratif, et ce dès à présent, à se tourner vers cette disposition afin de se déclarer éventuellement compétent pour faire respecter le principe de primauté du droit de l'Union. Sauf, et c'est une autre possibilité, à ce que le juge administratif s'estime incompétent sur ce fondement, qui serait réservé au juge constitutionnel. On sait en effet que, dans l'arrêt *Nicolo*⁹², le Conseil d'Etat n'a accepté sa compétence sur le fondement de l'article 55 qu'après le refus du Conseil constitutionnel d'affirmer la sienne dans la décision du 15 janvier 1975 à propos de la loi *IVG*⁹³. Or, rien n'indique pour le moment qu'une position identique prévaudra à propos du contrôle du respect de l'article 88-1 de la Constitution. La question est ainsi ouverte de savoir si le contrôle du respect du droit de l'Union par la loi incombera désormais au juge constitutionnel ou au juge de droit commun, ou aux deux, et éventuellement sur deux fondements différents...

Ces remarques ne sont pas des obstacles dirimants à l'élargissement du bloc de constitutionnalité à l'ensemble du droit international conventionnel, même si une clarification des rapports entre droit de l'Union et droit international classique semble là encore souhaitable. Mais, si cette hypothèse devait être confirmée, il faudra inéluctablement réaménager les modalités de saisine du Conseil constitutionnel.

2. Vers l'élargissement de la saisine du juge constitutionnel ?

⁹⁰ Conformément aux jurisprudences du CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, Rec., p. 369 ; et de la C. Cass., Ass. plén., 2 juin 2000, *Mlle Fraisse c/ Commission administrative de Nouméa*, pourv. n° 99-60274, *Gaz. Pal.*, 24-28 décembre 2000, p. 7.

⁹¹ CE, 5 janvier 2005, *Mlle Deprez et M. Baillard*, *RFDA*, janvier-février 2005, p. 67, note B. BONNET, "Le Conseil d'Etat, la Constitution et la norme internationale", *passim*, spéc. p. 60 et s., pour qui le Conseil d'Etat semble « exprimer une réticence à envisager l'article 88-1 de la Constitution comme un nouveau titre de compétence pour gérer ce type de conflit [de normes] ».

⁹² CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec., p. 190, concl. Frydman, *GAJA* n° 98.

⁹³ CC, 15 janvier 1975, *IVG I*, déc. n° 74-54 DC, Rec. 19, *RJC* I-30. En ce sens, C. MAUGUË, "L'arrêt Sarran entre apparence et réalité", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, n° 7 : « Le revirement de l'arrêt *Nicolo* n'a pu s'expliquer que parce que le juge ordinaire a pu trouver dans l'article 55 de la Constitution une habilitation lui permettant de faire respecter la primauté des traités sur les lois, qui serait restée sinon inappliquée ».

Tenter d'aborder de front la question du moment et des titulaires de la saisine du Conseil constitutionnel déborderait très largement le cadre de cette étude⁹⁴. L'ambition est uniquement de montrer que plutôt qu'un bouleversement de la hiérarchie des normes, c'est davantage une évolution du rôle du juge constitutionnel que semble devoir entraîner la ratification de l'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe. Plus précisément, en s'appropriant le contentieux du respect par la loi du droit de l'Union, et éventuellement celui de la conciliation entre des dispositions constitutionnelles et des dispositions du droit de l'Union, le juge constitutionnel français pose les prémices d'une modification en profondeur du contrôle de constitutionnalité. Car, nous l'avons vu, le bloc de constitutionnalité pourrait être étendu à l'ensemble du droit international conventionnel. Mais dès lors, se pose la question du maintien d'un contrôle uniquement *a priori* de la loi.

En incorporant le bloc de constitutionnalité, le contrôle du respect du droit de l'Union (et peut-être du droit international conventionnel) devient-il l'apanage du Conseil constitutionnel ? Plus généralement, l'appropriation du contrôle de conventionnalité de la loi par le Conseil dépossède-t-elle de cette compétence les juridictions ordinaires ? La vérification de la validité de la loi au regard du droit de l'Union étant censée avoir été opérée en amont, la théorie de la loi-écran⁹⁵ s'appliquerait alors pleinement et ferait obstacle à tout contrôle, même indirect, de conformité de celle-ci au bloc de constitutionnalité dont fait partie le droit de l'Union (et éventuellement le droit conventionnel). Si tel devait être le cas, le contrôle *a priori* serait très certainement insuffisant, car il est impossible de prévoir dès le stade de l'élaboration des lois l'ensemble des risques de contrariétés susceptibles de se poser au regard du droit de l'Union lors de leur application. L'alternative est alors la suivante. La première solution est de maintenir un contrôle parallèle (en aval de celui du Conseil constitutionnel) du respect de la primauté du droit de l'Union par les juges ordinaires, avec les risques de divergences que cela comporte⁹⁶ et le contrôle de constitutionnalité indirect qui en découlerait⁹⁷. La seconde solution consisterait à transférer l'intégralité de cette question au juge constitutionnel qui serait saisi par voie d'exception en cas de conflit de ce type. Mais dans ce cas, l'aménagement d'un contrôle *a posteriori* de la loi devient nécessaire. Une telle solution permettrait d'assurer une uniformité d'application du droit de l'Union sur le territoire, et de résoudre *in concreto* les risques de contradiction entre ce droit et les dispositions de la Constitution interne, voire même avec les normes de droit international conventionnel. Dans cette tâche, la juridiction constitutionnelle trouverait un soutien utile dans le recours aux questions préjudicielles à la Cour de Luxembourg, conformément au mécanisme de coopération juridictionnelle propre à l'Union.

En conclusion, ne fallait-il pas préférer les incertitudes, connues, de la primauté « imposée » aux difficultés, nouvelles, que crée la primauté « consentie » ? Nous ne le pensons pas. Cette évolution était prévisible, et, malgré les interrogations suscitées, elle se fait relativement « en douceur » en impliquant désormais le juge constitutionnel interne. L'image

⁹⁴ Sur cette question voir *inter alia* D. DE BÉCHILLON, "Élargir la saisine du Conseil constitutionnel ?", *Pouvoirs*, 2003, n° 105, pp. 103-116.

⁹⁵ Selon laquelle le Conseil d'Etat refuse de contrôler la validité d'un acte administratif au regard de la Constitution dès lors qu'il est adopté sur le fondement d'une loi, CE, 10 juillet 1954, *Fédération des conseils de parents d'élèves*, *Rec.*, p. 449, concl. Jacomet.

⁹⁶ Ils sont de deux ordres : d'une part, existe un risque de divergence entre juge constitutionnel et juge ordinaire, d'autre part un tel risque pourrait également exister entre juges ordinaires.

⁹⁷ Notamment quand se posera la question de savoir si le droit de l'Union invoqué à l'encontre d'une loi ou d'un acte qui en découle est lui-même conforme aux dispositions « expresses » de la Constitution...

d'ensemble donnée par la codification de la primauté et sa réception-acceptation par le droit interne est celle d'un exercice d'équilibrisme, dans lequel le rôle de l'acrobate serait joué par le Conseil constitutionnel. Encore faut-il lui en donner les moyens en élargissant ses possibilités d'établir cette nécessaire et ô combien surprenante conciliation entre deux droits « constitutionnels ». Voici la principale conséquence de l'inscription du principe de primauté dans le traité fondateur de l'Union : il ne s'agit pas d'un bouleversement de la hiérarchie des normes mais bien plutôt d'une revalorisation du rôle du Conseil constitutionnel dans l'entreprise « constitutionnelle » européenne. Toute la complexité est que, comme on pouvait s'y attendre, l'obligation de respecter le principe de primauté du droit de l'Union est constitutionnalisée, mais sans qu'en retour celui de la suprématie de la Constitution nationale n'en soit altéré. Il y a là certainement un paradoxe au regard des canons de la logique juridique, mais c'est la nature même de l'être hybride qu'est l'Union européenne qui crée cette irréductible équivoque. Ne faut-il pas mieux l'accepter comme elle est plutôt que de tenter de simplifier ce qui ne l'est pas ?