

La mutation (pas si ?) tranquille des priorités du Conseil constitutionnel

Hiam Mouannès

(UT1-CERCP, AFDC)

Ce sujet, tourné vers le rôle et la place du Conseil constitutionnel, se veut accessoirement rétrospectif et substantiellement prospectif. Il met en évidence deux temps de la vie du Conseil, le temps de *devenir* et celui d'*exister*. S'il n'est pas nécessaire de revenir sur ses traces depuis sa naissance en 1958¹, il serait pertinent de rappeler qu'il revient de bien loin.

Après une *enfance* discrète (hostilité française profonde à l'égard du juge et naissance rigoureusement contextuelle en 1958), le Conseil constitutionnel a su épouser son époque en se refusant à toute émancipation prématurée. Sa compétence se limitait essentiellement et d'une part, à la protection du gouvernement de tout éventuel empiètement de la part d'un Parlement au passé hégémonique² et, d'autre part, à assurer la conformité à la Constitution des lois adoptées mais non encore promulguées et dont il est saisi par une au moins des quatre autorités originellement³ habilitées à le faire.

Sans doute, fallait-il –comme le précisait le doyen Vedel– jouer des coudes pour tenir sa place et avancer. Sans doute, fallait-il que la conjoncture l'y invite. Aussi, son *adolescence* fut audacieuse sans être arrogante. D'abord, par sa célèbre décision du 16 juillet 1971⁴ et au détour de quatre mots⁵, le Conseil constitutionnel se positionne en censeur potentiel -mais hypothétique- de toute loi dont il est saisi et éventuellement attentatoire à un des droits et libertés reconnus et/ou accordés par la Constitution et son préambule⁶.

La conjoncture politique donnera ensuite toute son ampleur à ce bijou jurisprudentiel. Ayant pour objet d'offrir un statut à l'opposition, la « réformette » du 29 octobre 1974 (LC n° 74-904) a eu pour effet de déployer la prodigieuse maturité du Conseil dont le caractère juridictionnel n'est plus aujourd'hui –semble-t-il– à discuter. Aussi, par un constructivisme à la fois audacieux et modéré, le juge constitutionnel explorera sans cesse les potentiels inépuisables du préambule de la Constitution. De la liberté d'association⁷, au principe de précaution⁸, en passant par la sauvegarde de la dignité de la personne humaine⁹ le droit au

¹ Celles-ci trouvent des racines lointaines dans le discours du 20 juillet 1795 (2 thermidor) de l'abbé Siéyès au cours duquel il proposa la mise en place d'un « *jurie constitutionnaire* » (voir aussi les Constitutions de l'An VIII et de la IV^o République).

² Articles 37 et 41 de la Constitution.

³ Aux quatre autorités habilitées par le 2^{ème} alinéa de l'article 61-C à saisir le Conseil (le président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat), la loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 a élargi la saisine à soixante députés ou soixante sénateurs.

⁴ Décision n° 71-44, DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association* (dite DC *Liberté d'association*), Rec., p. 29.

⁵ Vu la Constitution « *et notamment son préambule* ». Rappelons cependant que le Conseil avait déjà visé le préambule dans sa décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités CE [...]* (dit, *Traité de Luxembourg*) (Rec., p. 15), mais c'est dans la décision *Liberté d'association* qu'il en fait concrètement application.

⁶ Le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 renvoie à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) de 1789, au préambule de 1946 (qui fait référence aux *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* et aux *principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps*) et, depuis la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005, à la Charte de l'environnement de 2004 (v., sur le principe de précaution : décision n° 2008-564 DC du 19 juin *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés (OGM)* (JO du 26 juin 2008, p. 10228).

⁷ DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association* (*op. cit.*).

⁸ Décision n° 2008-564 DC, *OGM*.

recours juridictionnel et son corollaire, le droit à un procès équitable (art. 16 DDHC 1789), la sécurité juridique et ses multiples pendants¹⁰, la liberté contractuelle (art. 2 et 4 DDHC)¹¹ ou encore le droit d'auteur¹², l'orfèvre constitutionnel devient un protecteur substantiel des droits garantis par la Constitution... toute la Constitution.

Par une évolution en deux temps, le Conseil constitutionnel se positionnera enfin (*last but not least*) comme le régulateur suprême des exigences constitutionnelles issues essentiellement des articles 55 et 88-1 de la Constitution.

Dans un premier temps, en 1975¹³, soucieux du respect des engagements internationaux souscrits par la France, le Conseil initie et pose une lecture de l'article 55 de la Constitution, dont la substance consiste à concilier la conventionnalité –contingente et relative– de la loi (du ressort du juge ordinaire)¹⁴ avec sa constitutionnalité –définitive, absolue et du ressort du Conseil constitutionnel lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution. Dans un deuxième¹⁵ temps, à partir de 2004¹⁶ –quelque peu dépassé (?) par l'entrisme tardif mais ô combien démonstratif du Conseil d'Etat¹⁷ dans le processus d'intégration du droit européen et communautaire dans l'ordre juridique interne– le Conseil constitutionnel rejoint le juge de l'autre aile du Palais-Royal pour mieux réguler le dialogue des juges.

Par une position engagée et engageante il consacre, en l'encadrant, *l'acquis communautaire*. Aussi l'obligation de transposition des directives communautaires devient, sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution, une « exigence constitutionnelle » à laquelle seul un droit ou un principe « inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » pourrait désormais faire obstacle. Porté par cette *seconde* habilitation constitutionnelle, le juge administratif prend aussitôt le large jurisprudentiel. Favorisant progressivement mais inéluctablement la dilution du contrôle de la constitutionnalité de la loi dans celui de sa conventionnalité, l'office du Conseil d'Etat frôle perceptiblement le contrôle, par voie d'exception, de la constitutionnalité de la loi (I).

⁹ Alinéa 1^{er} du préambule de 1946 (cf., Louis FAVOREU, *La place du Conseil constitutionnel dans la Constitution de 1958*, p. 1).

¹⁰ L'intelligibilité et le caractère normatif de la loi (décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, Rec. p. 72) ; la régulation des effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité dans le temps : décisions n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie* (Rec., p. 120) et n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux OGM*, cons. 58 (déjà citée)

¹¹ Décisions n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle* (Rec., p. 100) et explicitement, n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, *LFSS pour 2001* (Rec., p. 190, LPA, n° 153 du 20 août 2001, note B. MATHIEU et M. VERPEAUX).

¹² Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* (Rec., p. 88).

¹³ Décision n° 74-54, DC du 15 janvier 1975, *IGV* (Rec. 19).

¹⁴ C. cass. 24 avril 1975, *Société des cafés Jacques Vabre* (D. 1975, p. 497), et CE Ass. 20 octobre 1989, *Nicolo* (Rec., p. 190).

¹⁵ L'expression « deuxième » est préférée à « seconde » dans la mesure où le Conseil ne tardera pas, eu égard à la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, à livrer la perception qu'il aura de son futur rôle.

¹⁶ Décisions n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* (Rec., p. 101) ; n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle* (Rec. p. 107) ; n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique* (Rec. n° 122) ; n° 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* (Rec., p. 126). Voir aussi : décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie* (op. cit.) ; décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur* (op. cit.) et décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux OGM* (op. cit.).

¹⁷ Cette modeste contribution ne concernera que le juge administratif, à l'exclusion du juge judiciaire.

A l'aube de la cinquantaine du Conseil constitutionnel, plusieurs interrogations rejaillissent. Certes le Conseil est « devenu ». Mais aujourd'hui c'est déjà hier ! Pour demain, c'est le temps d'*exister* qui se pose. D'un *dialogue* constructif des juges pour *un Droit* meilleur, le Conseil constitutionnel serait-il engagé-forcé dans une *concurrence* (« guerre » ?¹⁸) des juges sur un même et exponentiel marché *des droits et libertés* ?

Tout est une histoire de « question préjudicielle ». Celle, communautaire, que le Conseil constitutionnel s'interdit et qui favoriserait un dialogue exclusivement bilatéral entre le juge national ordinaire et la Cour de justice des Communautés européennes. Et celle, nationale, prévue par la loi constitutionnelle –inspirée des travaux du Comité Balladur¹⁹- du 23 juillet 2008²⁰, permettant de soulever, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, l'atteinte par une *disposition législative* aux droits et libertés constitutionnellement garantis et que le Conseil attendra. La « puissance »²¹ du filtre laisserait craindre que le Conseil ne soit refoulé dans son statut de protecteur potentiel –mais hypothétique– des droits et libertés que la Constitution garantit. Une stratégie entriste du juge de la Rue Montpensier devrait anticiper, pour la contrer, la redoutable perception que chaque juge aurait (ferait ?) de la question préjudicielle (II).

I – Une lecture prudente du 55 et un retour par le 88-1

S'inscrivant dans une dynamique à la fois prudente et constructive, le Conseil constitutionnel joue l'éclaireur puis l'approbateur. En éclaireur prudent, il dévoile ce que doit être la démarche des pouvoirs publics et de toutes les autorités administratives et juridictionnelles à l'égard du droit international –dont le droit communautaire. Son raisonnement sera fondé sur une nette distinction entre le contrôle de la *constitutionnalité* de la loi et celui de sa *conventionnalité* (A).

L'évolution de la jurisprudence -administrative en particulier- en faveur d'une nette intégration du droit européen et communautaire, notamment sur le terrain de la protection des droits, dans l'ordre juridique *infra* constitutionnel et le risque, même théorique, d'atteintes par négligence ou omission à la Constitution, justifieront dès 2004 un retour, jurisprudence battante, du Conseil constitutionnel. En approbateur constructif, il accompagne cette évolution et se saisit de l'article 88-1 de la Constitution -relatif à la participation de la République aux Communautés européennes et à l'Union européenne- pour poser et encadrer l'exigence *constitutionnelle* de transposer les directives communautaires (B).

A) Le 55, ou la prudente exigence constitutionnelle de respecter la force normative des engagements internationaux

D'une ambiguïté à faire perdre son latin au non initié, la force normative du droit international –dont le droit communautaire- n'a pu se déployer en France que suite à la célèbre décision du Conseil constitutionnel de 1975 (DC *IGV*). D'une part, le préambule de la Constitution de 1946 reconnaît la suprématie du droit international (alinéa 14 : « *La République française fidèle à ses traditions se conforme aux règles du droit public*

¹⁸ C'est par exemple le cas du professeur Ghislaine ALBERTON, *Peut-on dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité ?*, AJDA.2008, p. 973.

¹⁹ Créé par le décret n° 2007-1108 du 18 juillet 2007, le comité de *réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^o République*, présidé par M. Edouard BALLADUR, remet son rapport au président de la République le 29 octobre 2007.

²⁰ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de *modernisation des institutions de la V^o République*, JORF n° 0171 du 24 juillet 2008, p. 11890 (projet de LC présenté en Conseil des ministres le 23 avril 2008, voté en termes identiques après deux lectures à l'Assemblée nationale et au Sénat et adopté par le Congrès le 21 juillet à une voix de la majorité des 3/5^{ème} requise).

²¹ Cf., rapport de l'Assemblée nationale, n° 892 du 15 mai 2008, p. 438.

international » ; alinéa 15 : « *Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix* ») et d'autre part, la Constitution du 27 octobre 1946 ne leur octroyait que « *force de loi* » (art. 26). Tout en intégrant le dispositif du préambule de 1946, la Constitution du 4 octobre 1958 (art. 55) établit assez clairement une hiérarchie entre *conventionnalité* et *légalité*. Le Conseil constitutionnel encadrera et boostera une jurisprudence française qui, jusque là, donnait un relief particulièrement jacobiniste à la *conventionnalité* des normes internes *infra* constitutionnelles.

En effet, le Conseil d'Etat a très tôt opté pour son abstention à l'égard de l'article 55 en se refusant à faire valoir une quelconque valeur autre que « législative » aux engagements internationaux. Aussi, en 1968, dans l'arrêt *Semoule de France*²², il met en exergue sa non-compétence en matière de conventionnalité par un simple syllogisme. Vérifier la conventionnalité d'une loi reviendrait, considérait-il, à contrôler la loi elle-même. Or, l'office du juge ordinaire se limite à veiller au *respect* de la loi et non à son *contrôle*²³ au risque d'une part d'empiéter sur les compétences du Conseil constitutionnel et, d'autre part, d'affecter le principe de la séparation des pouvoirs, issu de la loi des 16-24 août 1790 et de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme du 1789.

Le Conseil constitutionnel intervient alors pour sauver le soldat 55. Tout en essayant, préalablement et d'un revers de jurisprudence, l'hypothèse d'une primauté *constitutionnelle* des traités internationaux²⁴, telle qu'appréhendée par le droit international²⁵ et telle que pourrait le laisser entendre une rapide lecture des alinéas 14 et 15 du préambule de 1946²⁶, la

²² CE Sect. 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*. (Lebon 149). Cet arrêt fait suite à la jurisprudence *Kirkwood* (CE Ass., 30 mai 1952) par laquelle, sous la IV^o République, l'Assemblée plénière du Conseil d'Etat s'était contentée de faire valoir la *force législative* d'une Convention internationale. A valeur juridique égale c'est le texte le plus récent qui prévaut (« *lex posteriori derogat priori* »), la loi *postérieure* faisant ainsi *écran* entre la Convention et l'acte administratif. La décision DC du 15 janvier 1975, n'avait, jusqu'en 1989, pas réussi à modifier la position du Conseil d'Etat (CE Ass., 22 octobre 1979, *Union démocratique du travail* (Rec., p. 384).

²³ CE Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi* (Rec. p. 966) : « *le moyen tiré de ce que la loi [...] serait contraire aux lois constitutionnelles [...] n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux* » ; v., dans le même sens : CE Ass. 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques* (Rec., p. 369) et CE Ass., 5 mars 1999, *Rouquette* (RFDA.1999.357, concl. Ch. MAUGÜE).

²⁴ Par une subtile rhétorique, en 1975, consistant à dire que la primauté de la Constitution est absolue et définitive (DC *IGV*). Explicitement en 1992 (décision n^o 92-308 DC du 9 avril 1992, *Maastricht I*, Rec., p. 55), lorsqu'il considère que les engagements internationaux souscrits par la France sur le fondement du préambule de 1946, ne doivent contenir des clauses contraires à la Constitution ni porter atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Dans le cas contraire, la ratification de tels engagements appelle une révision constitutionnelle. Les juges administratif (CE Ass., 3 juillet 1996, *Koné* ; CE Ass. 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et a*, RFDA.6.1998, p. 1087) et judiciaire (C. cass. Ass Plén., 2 juin 2000, *Mlle Pauline Fraisse*) s'y sont alignés avant que le Conseil constitutionnel ne revienne expressément à la charge en 2004 (v. surtout les décisions n^o 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* (Rec., p. 173) et n^o 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne*, JO du 29 décembre 2007, p. 21813).

²⁵ Ex., l'article 27 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969, relative au droit des traités : « *une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité* ». La jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale (CPJI, 25 mai 1926, *Intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, série A, n^o 7 et avis du 4 février 1932, *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*, série A/B, n^o 44). Ou encore la jurisprudence communautaire : CJCE, 15 juillet 1964, *Costa/ENEL* (aff. 6/64, Rec. CJCE, p. 1141) ; CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances c/ Simmenthal* (aff. 106/77, Rec. CJCE, p. 629).

²⁶ La primauté du droit international appréhendée sur le fondement de la règle « *pacta sunt servanda* » et contraignant l'Etat à exécuter de bonne foi les engagements qu'il souscrit, ne peut être lue que sous l'angle des dispositions de l'article 54 de la Constitution subordonnant la norme internationale à la norme constitutionnelle (v. DC du 9 avril 1992, *Maastricht I* (*op. cit.*)).

décision du 19 juin 1970²⁷ pose le principe de la conventionnalité de la loi : « *lesdits traités ont été régulièrement ratifiés et publiés et sont, dès lors, entrés dans le champ d'application de l'article 55 de la Constitution* ».

Cependant, le Conseil constitutionnel n'ayant nullement l'intention de devenir « l'employé de service » de cette primauté à la loi des engagements internationaux réceptionnés, distingue la *conventionnalité* de la loi –« *relative et contingente*»– de sa *constitutionnalité* –« *absolue et définitive* ». Aussi, la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *IVG*, met en avant une double lecture de l'article 55.

La première, plutôt anormative²⁸, se veut conserver la plénitude de son autonomie à l'office du juge de la stricte *constitutionnalité* de la loi : « *si ces dispositions confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution [...]* »²⁹. Autrement dit, sans se considérer tenu d'« *examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international* », il peut toujours, au gré des saisines, rappeler au législateur le respect des engagements « *entrés dans le champ de l'article 55 de la Constitution* »³⁰.

La seconde pose une lecture normative des dispositions de l'article 55 qui « *confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois* » (*IVG*, cons. 3). Cette autorité ainsi consacrée aux engagements internationaux devient, en 1986³¹, une *exigence constitutionnelle* : « *La règle édictée par l'article 55 [...] s'impose, même dans le silence de la loi* ». En régulateur suprême des normes le Conseil appelle les autorités compétentes à la faire respecter : « *il appartient aux divers organes de l'Etat de veiller à l'application des conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives* » (cons. 6).

Aussi, au Conseil constitutionnel –saisi aux termes de l'article 54 C– de statuer sur la compatibilité du droit international originaire –dont le droit communautaire– à la Constitution pour, le cas échéant, mettre le pouvoir politique devant ses responsabilités³². A lui aussi,

²⁷ Décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *Traité de Luxembourg* (*op. cit.*).

²⁸ Selon le professeur Olivier CAYLA, l'interprète de l'article 55 de la Constitution peut soit lui donner une valeur normative et, par suite la force injonctive d'un commandement, ce qui l'oblige à écarter la loi pour faire prévaloir la norme conventionnelle ; soit lui refuser cette force (« option anormative ») et ne lire l'article 55 que comme l'énoncé d'une recommandation, ce qui établit une « égalité, et pas la moindre hiérarchie, entre le texte d'une loi et le texte d'un traité » (cf., O. CAYLA, *La Constitution, le traité et la loi, Contributions au débat sur la hiérarchie des normes*, cf., Cahiers du CC n° 7, 1999, p. 3).

²⁹ Considérant 7 de la DC 74-54, *IVG* (*op. cit.*).

³⁰ Dans sa décision n° 77-90 DC du 30 décembre 1977, *Loi de finances rectificative pour 1977(...)* (Rec., p. 44), le Conseil, saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, fait en effet référence à l'article 189 du traité CE (actuel art. 249) pour déclarer l'applicabilité directe des règlements communautaires « *obligatoires dans tous leurs éléments* ». La « *force obligatoire qui s'attache aux dispositions qu'ils comportent* » s'impose au Parlement français dont l'intervention « *est limitée à l'adoption des modalités d'application laissées à [son] initiative par les règlements communautaires* » (cons. 3). Pour effectuer ce contrôle de la *constitutionnalité* de la loi, le Conseil se fonde sur « *les répercussions de la répartition des compétences ainsi opérée entre les institutions communautaires et les autorités nationales* » qui « *ne sont que la conséquence d'engagements internationaux souscrits par la France* ». Dès lors, ces engagements « *sont entrés dans le champ de l'article 55 de la Constitution* » et s'imposent au législateur (cons. 4).

³¹ Décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France* (Rec., p. 135).

³² Si le Conseil constitutionnel, saisi par les autorités prévues à l'article 54 de la Constitution, déclare « *qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution* » (art. 54 C).

lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, de s'assurer de la *constitutionnalité* de la loi. Au juge ordinaire³³ –saisi d'un litige entrant dans le champ de ses compétences juridictionnelles– d'assurer l'application de la loi certes, mais aussi *de s'assurer de la compatibilité de la loi au droit international régulièrement ratifié et publié pour*, le cas échéant, écarter la première au profit du second. Cependant, à la différence du juge de la *constitutionnalité* – compétent pour empêcher d'une manière définitive³⁴, la promulgation de la loi *inconstitutionnelle* – le juge ordinaire, intervenant en aval de la promulgation de la loi et à l'occasion d'une instance en cours, ne peut, lui, qu'« écarter » ponctuellement son application lorsqu'elle est non *conventionnelle*.

C'est dans cet objectif d'assurer la cohérence normative interne par le *dialogue des juges* que les décisions n° 74-54 DC et n° 86-216 DC sont censées être lues³⁵.

Sa responsabilité de gardien suprême de la Constitution, le Conseil l'assumera sans se laisser aventurer sur le terrain d'un contrôle ostentatoirement *conventionnel*. En effet, dès lors qu'une loi, soit exclut *manifestement* des mesures qu'elle édicte un traité ou accord réceptionné³⁶, soit elle se trouve incompatible avec un engagement international qu'elle a pour objet d'autoriser la ratification³⁷, elle est considérée comme viciée d'inconstitutionnalité. Saisi dans le cadre de l'article 61-C, il lui revient d'empêcher sa promulgation. Ce qui fait de cette Haute instance juridictionnelle un parmi les « *divers organes de l'Etat* » appelés à faire respecter, non pas la conventionnalité d'une manière générale (matériellement impossible d'ailleurs), mais les dispositions de l'article 55 C.

De son côté, le Conseil d'Etat, mis à la table du dialogue des juges « à l'heure toulousaine »³⁸, ne perdra pas son temps pour autant. Il déploiera très vite toutes les saveurs du contrôle de conventionnalité au toucher du créneau de la garantie des droits protégés par les instruments internationaux en général, la Convention européenne des droits de l'homme de

³³ Y compris le Conseil constitutionnel statuant en tant que juge électoral (v., décision n° 88-1082/1117 du 21 octobre 1988, *AN., Val d'Oise (5^{ème} circ)* (Rec. p. 183) dans laquelle le Conseil constitutionnel déclare – après avoir confronté une loi promulguée (loi du 11 juillet 1986 relative au mode de scrutin pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale) à la Convention EDH (art. 3 du Protocole additionnel n° 1) et constaté que les deux dispositions n'étaient pas incompatibles– qu'il lui « *appartient [...] de faire application de la loi précitée* »).

³⁴ Sous réserve d'une volonté contraire du constituant dérivé (LC n° 93-1256 du 25 novembre 1993, insérant un nouvel article 53-1 afin de prévoir une exception à l'application du principe relatif au droit d'asile ; LC n° 99-569 du 8 juillet 1999, modifiant les articles 3 et 4 de la Constitution en vue de favoriser l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électifs).

³⁵ C'est cette interprétation que le président Bruno Genevois suggère lorsqu'il précise que « La haute instance a agi alors en tant que responsable à titre principal mais non exclusif de la mise en œuvre de l'ordre constitutionnel (...). Elle a cherché à définir, mieux encore que dans la décision n° 74-54 DC, les responsabilités respectives dans la mise en œuvre de l'article 55 de la Constitution » (cf., B.GENEVOIS, *Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ?*, Cahiers du CC n° 7, 1999, p. 2).

³⁶ Dans sa décision n° 86-216 DC (*op. cit.*), le Conseil censure la restriction du domaine d'application de l'article 55 par le législateur : « *l'article 1-I de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel [qui] exclut de l'application des mesures qu'il édicte [...] les « conventions internationales dûment ratifiées et non dénoncées » [...] n'est pas conforme à la Constitution* » (cons. 5).

³⁷ En 1976 (décision n° 76-71 DC du 30 décembre 1976 *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*) le Conseil avait en effet fait savoir qu'il se prononcera sur la conformité à la Constitution d'une loi dont il est saisi et ayant pour objet d'autoriser la ratification d'un engagement international signé. Dans ce cas, il exercera le même contrôle au fond que celui exercé sur le fondement de l'article 54 (ex., décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991 *Loi relative à la convention d'application de l'accord de Shengen*).

³⁸ Le juge judiciaire s'aligne immédiatement à la jurisprudence *IVG* de 1975 (C. Cass., 24 mai 1975, *Société des Jacques Vabre*) abandonnant sa jurisprudence de 1931 (Cass. civ., 22 décembre 1931, S.1932.I.257, concl. MATTER, note NIBOYET). Le Conseil d'Etat ne se résignera quant à lui que quatorze ans plus tard (CE Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. p. 190).

1950 et le droit communautaire en particulier. Aussi, franchi le pas de la primauté législative du droit international (*Nicolo*), passé ensuite la barrière de l'acceptation de la primauté législative des règlements communautaires (*Boisdet*)³⁹ et des directives⁴⁰, le cap Horn des droits de l'homme est à la portée du voilier de la Haute juridiction administrative. Le *SNIP*⁴¹ lui donne l'opportunité, en 2001, d'étendre le « bloc de conventionnalité » aux principes généraux du droit (PGD) dégagés par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Le célèbre *GISTI* qui lui a déjà permis, sur le fondement du droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 de la Convention EDH, de se délier du renvoi à titre préjudiciel d'une question relative à l'interprétation ou à la validité d'un engagement international au ministère des Affaires étrangères⁴², lui permettra, en 2003⁴³, d'intégrer dans ses normes de références l'ensemble des droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que par la Cour du même nom⁴⁴.

Le juge administratif, censeur des décrets et protecteur concret de la primauté législative des engagements internationaux *réceptionnés*, deviendra dans le même temps, gardien de la conventionnalité des lois-au-regard-des droits garantis par les différents instruments internationaux réceptionnés.

Or, d'une part, le recouplement d'un grand nombre de droits contenus et garantis par la Constitution française avec ceux protégés par la Convention EDH, ses protocoles additionnels et les PGD communautaire favorisera la dilution du contrôle de la constitutionnalité dans celui de conventionnalité. D'autre part, la discordance –même hypothétique– entre les dispositions d'un traité *réceptionné* et la Constitution ne pouvait que disqualifier la norme suprême ainsi négligée au profit de la nécessaire conventionnalité de la loi⁴⁵. Dans les deux cas, se posait le problème de l'autorité de la Constitution et, par suite, de son gardien.

³⁹ Par l'arrêt du 24 septembre 1990, *Boisdet* (Rec., p. 251) le Conseil d'Etat s'aligne sur la position prise par le Conseil constitutionnel en 1977 (décision n° 77-90 DC du 30 décembre 1977, *Loi de finances rectificative pour 1977* [...], déjà citée). Le problème ne se posait pas pour le juge judiciaire dans la mesure où celui-ci avait déjà, en 1970, constaté qu'un règlement communautaire est un instrument publié « ayant acquis la valeur de traités internationaux » (Ch. Crim., 22 octobre 1970, Dalloz, 1971 p. 221).

⁴⁰ CE Ass. 3 février 1989, *Cie Alitalia*, RFDA.1989 p. 391, concl., CHAHID -NOURAI. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat impose à l'administration l'obligation de ne pas « laisser subsister des dispositions réglementaires qui ne seraient plus compatibles avec les objectifs définis par les directives ni édicter des dispositions réglementaires qui seraient contraires à ces objectifs ». En 1992 (CE Ass. 28 février 1992, *SA Rothmans et Philip Morris c/ France*, Rec., p. 81), il écartera une loi incompatible avec les objectifs d'une directive avant de revenir à la charge en 1999 (CE Sect. 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammologique de Saône-et-Loire*) pour rappeler que la transposition, pour les directives qui n'entrent pas dans le cadre de l'article 34 de la Constitution, s'impose à l'administration, sous peine d'engager la responsabilité de l'Etat.

⁴¹ CE 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et a*, AJDA.2002, p. 1219, note A.-L. VALEMBOIS.

⁴² L'arrêt CE Ass., 29 juin 1990, *GISTI* (Rec., 171, concl. ABRAHAM).

⁴³ CE 7 février 2003, *GISTI*, Lebon 30, AJDA.2003 p., 996, note F. JULIEN –LAFERRIERE.

⁴⁴ Faudrait-il rappeler que la CJCE avait déjà, depuis l'arrêt *Stauder* (CJCE 12 novembre 1969, aff., 26/69), complété par l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* (CJCE 17 décembre 1970, aff., 11-70) intégré les droits fondamentaux protégés par la Convention EDH dans les principes généraux du droit communautaire dont elle assure le respect (cf., www.ena.lu, *european navigator*, bibliothèque numérique sur l'histoire de l'Europe). Voir aussi l'article 6 § 2 TUE (*infra*).

⁴⁵ Dans l'arrêt *Touvier* (C. Cass. 27 février 1990, Bull. Crim. n° 96, p. 251) la Cour déclare « qu'il n'appartient pas aux juridictions de l'ordre judiciaire de se prononcer sur la constitutionnalité des traités non plus que de la loi » et rejette le moyen tendant à mettre en cause, sous couvert d'une violation alléguée du principe de légalité des délits et des peines, la constitutionnalité de l'Accord de Londres du 8 août 1945 et de son annexe définissant les crimes contre l'humanité (cf., Cahiers du CC n° 4, 1997, *Droit communautaire dérivé et droit constitutionnel, Coopération internationale et juridictions constitutionnelles étrangères*, Rapport français, p. 6).

Le Conseil constitutionnel reviendra alors au cœur des « rapports de systèmes »⁴⁶. La DC « *confiance dans l'économie numérique* » lui donnera l'opportunité de rappeler l'*ordre constitutionnel*, dans le respect du droit communautaire. La nouvelle œuvre du Conseil sera sculptée au 88-1⁴⁷. Elle pose l'exigence *constitutionnelle* de transposition des directives communautaires⁴⁸ « *à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire à la Constitution* ».

Chassées par la porte constitutionnelle, les difficultés reviendront aussitôt par la fenêtre consti-ventionnelle.

B) Le retour par le 88-1 et la régulation suprême de l'exigence de transposition des directives

Se fondant sur les dispositions de l'article 88-1, dont la portée n'est pas manifestement normative⁴⁹, le Conseil constitutionnel en retire une reconnaissance par le Constituant tant de l'acquis communautaire que de la valeur désormais constitutionnelle de la participation de la France à la construction européenne⁵⁰. Par une série de décisions du 10 juin et des 1^{er} et 29 juillet 2004⁵¹, il habilitera le juge de la *conventionnalité* de la loi à devenir, pour les lois de transposition des directives, juge de leur *constitutionnalité* au regard du droit *communautaire*.

En effet, dans un considérant de principe, la Haute juridiction constitutionnelle déclare que 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 à la Constitution* ». Sous cette réserve –qui doit s'entendre sous l'angle des « *règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France* »⁵²– une loi de

⁴⁶ Cf., *Constitution et Europe*, études réunies et présentées par A. LEVADE ; Lire, *Constitution et Europe ou le juge constitutionnel au cœur des rapports de systèmes*, A. LEVADE (Cahiers du CC n° 18, 2005).

⁴⁷ Cet article fut introduit dans la Constitution par la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 afin de permettre la ratification du traité sur l'UE signé à Maastricht le 7 février 1992. Il précise : « *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 institués, d'exercer en commun certaines de leurs compétences* ». La loi constitutionnelle suscitée a par ailleurs modifié l'article 2-C afin de préciser que la langue de la République est le français et l'article 54-C pour élargir la saisine du Conseil à soixante députés ou soixante sénateurs pour contester la non compatibilité d'un engagement international à la Constitution.

⁴⁸ Dans sa décision n° 98-400 DC du 20 mai 1998, *Loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 C [...]* (Rec. p. 251), le Conseil avait pour la première fois exercé son contrôle sur une loi de transposition d'une directive communautaire. Il s'était fondé sur l'article 88-3 pour subordonner « *la constitutionnalité de la loi organique prévue pour son application aux normes communautaires* », en l'occurrence, le traité instituant la Communauté européenne ainsi « *que la directive [...] prise par le conseil de l'Union européenne pour la mise en œuvre de ce droit* » (cons. 4).

⁴⁹ B. GENEVOIS note à ce titre que ce texte, issu d'une initiative de M. LAMASSOURE, député, n'avait pas pour ambition de faire de ce traité une norme de référence du contrôle de constitutionnalité (cf., *Faut-il maintenir ...*, op. cit., p. 4).

⁵⁰ Lire, J.-E. SCHOETTL, *La jurisprudence récente du Conseil constitutionnel sur les relations entre droit constitutionnel et droit communautaire dérivé*, in *L'administration française et l'Union européenne. Quelles influences ?*, EDCE 2007 n° 58, p. 382.

⁵¹ Décisions n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Cons. 5 à 9 (Rec., p. 101) ; n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, Cons. 18 et 19 (Rec., p. 107) ; n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, Cons. 4 à 7 (Rec., p. 122) ; n° 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*, Cons. 7 et 8 (Rec., p. 126).

⁵² Décision DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur* (cons. 19). Inspirée directement de l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne (13 avril 1989, *Société FRAGD*, n° 232), cette réserve avait été implicitement avancée dans la décision DC « *bioéthique* » : les requérants contestaient la transposition d'une directive contredisant une disposition expresse de la Constitution française, en l'occurrence, l'article 11 de la DHC 1789

transposition d'une directive ne serait *constitutionnelle* que pour autant qu'elle se conforme à la directive qu'elle a pour objet de transposer, c'est-à-dire, qu'elle est *conventionnelle*.

Dans sa décision 2008-564 DC du 19 juin 2008, *OGM*, le Conseil rappelle d'ailleurs le lien de cause à effet entre la compatibilité de la loi de transposition avec la directive qu'elle a pour objet de transposer et la *constitutionnalité* de ladite loi : « *considérant [...] que la disposition contestée [...] n'est pas manifestement incompatible avec la directive [...] et n'est dès lors pas contraire à l'article 88-1 de la Constitution* » (cons. 47).

Ne désirant toujours pas s'aventurer sur le terrain d'un contrôle ostentatoirement *conventionnel*, le Conseil constitutionnel appliquera donc, pour le respect du 88-1, la même stratégie que celle posée pour le 55. Il appelle les *divers organes de l'Etat* à faire respecter, chacun dans le cadre de leurs compétences, cette exigence *constitutionnelle* de *conventionnalité* des lois et décrets de transposition des directives communautaires.

Au Conseil constitutionnel –en application de l'article 61– de contrôler son respect par le *législateur* en vérifiant que la loi de transposition (non encore promulguée et dont il est saisi) ne contredise ni les dispositions ni l'objectif général de la directive qu'elle a pour objet de transposer. Au juge ordinaire de faire respecter cette exigence constitutionnelle au pouvoir *réglementaire* et, le cas échéant, indirectement, au législateur. Et, au juge communautaire, saisi par la voie préjudicielle, de se prononcer sur la validité et l'interprétation de la norme communautaire.

Aussi, dans de nombreuses décisions⁵³, notamment celle du 27 juillet 2006 (n° 2006-540 DC), le Conseil déclare qu'il lui appartient lorsqu'il est « *saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive communautaire, de veiller au respect de cette exigence* ». Deux précisions seront ultérieurement données par le Conseil. D'une part, seules sont concernées par ce contrôle les lois de « transposition ». Le moyen tiré de l'incompatibilité d'une loi à une directive qu'elle n'a pas pour objet de transposer est donc irrecevable⁵⁴. D'autre part, seul le caractère *manifeste* de l'incompatibilité de la loi avec les dispositions précises et inconditionnelles de la directive qu'elle a pour objet de transposer, entre dans le champ de son contrôle⁵⁵.

N'ayant nulle ambition de rivaliser avec l'office du juge ordinaire mais, dans le même temps, ne souhaitant pas pratiquer la politique de la chaise vide, le protecteur de la suprématie de la Constitution slalome sur la piste communautaire pour ramener dans le giron constitutionnel ce qu'il estime devoir l'être. Aussi, après *Leyla Sahin*⁵⁶, ce sont des arrêts de la

(cons. 4). Le Conseil a alors déclaré que la liberté de communication des pensées et des opinions, protégée par l'article 11 de la DDHC « *est également protégée en tant que principe général du droit communautaire sur le fondement de l'article 10 de la CEDH* » (cons. 6) laquelle régit le droit de l'Union en vertu de l'article 6 du traité sur l'Union européenne. Ce principe –que la France a en partage avec l'Union et que les dispositions critiquées de la loi transposant la directive « *se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises de la directive* »– n'entre dans le champ de contrôle du Conseil (cons. 7).

⁵³ Dont bien évidemment la décision DC du 10 juin 2004 par laquelle le Conseil se prononce pour la première fois sur la constitutionnalité d'une loi de transposition ; décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances* (Rec., p. 50) ; n° 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur* ; décision n° 2006-543 DC *Secteur de l'énergie* et n° 2008-564 DC *OGM*.

⁵⁴ Décision n° 2008-564 DC, *OGM* (cons. 31).

⁵⁵ Dans sa décision n° 2006-543 DC *Secteur de l'énergie* (cons. 7 et 9), le Conseil sanctionne l'article 17 de la loi contestée, pour incompatibilité « *manifeste* » avec les dispositions précises et inconditionnelles de la directive.

⁵⁶ L'arrêt de la Cour EDH (CEDH, 29 juin 2004, *Leyla Sahin c/ Turquie*) avait été « visé » ainsi que la Convention EDH dans la décision n° 2004-505 DC, *TECE* (Rec., p. 173) ; lire, *Et le Conseil constitutionnel*

Cour de justice des Communautés européennes qui feront leur entrée dans les visas des décisions du Conseil⁵⁷. Dans la décision « *Loi de finances rectificatives pour 2005* », le Conseil sanctionne un article de la loi de transposition en tant qu'il a « *pour principal objet [...] de priver d'effet* » la décision de la Cour de Luxembourg. L'atteinte au « *principe de la séparation des pouvoirs* » ainsi constatée, le Conseil déclare « *qu'il y a lieu dès lors de [...] déclarer [l'article concerné] contraire à la Constitution* » (cons. 6).

Un saut plus conséquent est réalisé dans la décision du 19 juin 2008, *OGM* (cons. 55 à 59). Il s'y trouve que la loi est compatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer, c'est-à-dire qu'elle est conventionnelle...euh, *constitutionnelle*. Mais, dans le même temps, le législateur avait méconnu l'étendue de sa compétence en renvoyant à un décret en Conseil d'Etat le soin de fixer la liste des informations qui ne peuvent, selon la directive dont la loi assure la transposition, demeurer confidentielles, ce qui entache incontestablement la loi d'*inconstitutionnalité*. Or, « *la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions contestées serait de nature à méconnaître [l']exigence [...] constitutionnelle de transposition en droit interne des directives communautaires* » (cons. 58). Entre la constitutionnalité eu égard au 88-1 et celle fondée sur les articles 34 et 37, le Conseil constitutionnel penchera du côté du droit communautaire – faisant implicitement mais nécessairement prévaloir la conventionnalité de la loi–, quitte à ce que l'inconstitutionnalité, elle, soit réglée en interne⁵⁸.

Cette stratégie intégrationniste, favorisera irrémédiablement l'extension du bloc de *constitutionnalité-des-lois-de-transposition* au droit communautaire⁵⁹. Le Conseil d'Etat ne tardera pas à s'en saisir. Il s'aligne sur le Conseil constitutionnel et prendra aussitôt son envol.

Dans un premier temps, par l'arrêt de 2007 (*Arcelor*)⁶⁰, la Haute juridiction administrative se fonde sur les « *dispositions de l'article 88-1 de la Constitution, dont découle une obligation constitutionnelle de transposition des directives* » pour préciser que « *le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires assurant directement cette transposition est appelé à s'exercer [...]* ». Il n'a plus qu'à poser les « *modalités particulières* » de ce contrôle qui ne s'exercent que « *dans le cas où sont transposées des dispositions précises et inconditionnelles* ».

La démarche consiste –conformément à la jurisprudence du juge « suprême » (DC *confiance dans l'économie numérique*)– à « *rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué* ». La finalité est d'assurer *in fine* « *l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel* ». Certes mais cela passera par le canal d'un contrôle de la conventionnalité de la norme interne de transposition. En effet, en cas d'identité des matières constitutionnelle et conventionnelle,

ouvrit la boîte de Pandore, ou les répercussions de la décision rendue le 19 novembre 2004 sur le juge ordinaire, Gh. ALBERTON, *AJDA*.2006, p. 593).

⁵⁷ Décision n° 2005-531 DC du 29 décembre 2005, *Loi de finances rectificatives pour 2005* (Rec., p. 186) et DC du 19 juin 2008, *OGM*.

⁵⁸ Aussi, il émet une « réserve d'inconstitutionnalité », à compter du 1^{er} janvier 2009, à l'encontre des dispositions concernées afin de permettre au législateur de voter, dans le respect de la Constitution, la disposition relative aux informations qui ne peuvent rester confidentielles.

⁵⁹ Le professeur Ghislaine ALBERTON considère à cet égard que le contrôle de conventionnalité « se fonde dans le contrôle de constitutionnalité qu'il implique » (cf. *Peut-on encore dissocier exception d'inconstitutionnalité et exception d'inconventionnalité ?*, Gh. ALBERTON, *AJDA*.2008 p. 970).

⁶⁰ CE 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine* (req., n° 287110, *AJDA*.2007, p. 577, chron., F. LENICA et J. BOUCHER ; *RFDA*.2007, p. 384, concl. M.GUYOMAR ; D.2007. Jur.2272, note M. VERPEAUX).

et « afin de s'assurer de la constitutionnalité du décret », le juge administratif recherchera si la directive qu'il a pour objet de transposer « est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit communautaire »⁶¹... autant dire, du droit constitutionnel. En revanche, « s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué », le juge administratif est appelé à se tourner vers l'ordre normatif interne et « examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées » (*Arcelor*, cons. 10).

Un an après l'arrêt *Arcelor*, le contrôle de la constitutionnalité d'une norme⁶² de transposition d'une directive communautaire se doublera d'un contrôle indirect de la « conventionnalité de la directive » qu'une loi et/ou un décret a pour objet de transposer (*CNBP*, 2008)⁶³. Ce qui reposera la problématique de l'autorité de la Constitution et de celle de son gardien.

En effet, le Conseil d'Etat précise d'une part, qu'« il appartient [...] au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance par une directive des stipulations de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de rechercher si la directive est compatible avec les droits fondamentaux garantis par ces stipulations ». Or, ce contrôle revient structurellement au juge communautaire chargé d'assurer une application uniforme du droit communautaire par les juridictions nationales (art. 234 du Traité CE)⁶⁴.

Oui mais, c'était sans compter avec le Conseil d'Etat qui va chercher au cœur de la jurisprudence communautaire, une légitimité de contrôle. Pour cela, il se fonde sur une théorie qu'il maîtrise bien pour l'avoir naturalisée française – la théorie de « l'acte clair » (*Nicolo*) – et qui trouve une racine dans la jurisprudence même de la CJCE (*SRL Cilfit*)⁶⁵. Ainsi, le Conseil d'Etat considère qu'il peut s'abstenir à saisir la CJCE à titre préjudiciel dès lors que l'application du droit communautaire s'impose, selon les termes de l'arrêt *Cilfit*, « avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée »⁶⁶. A partir de là, il se réfère à l'article 6 § 2 du TUE⁶⁷ ainsi qu'à deux arrêts

⁶¹ En cas de « difficulté sérieuse » le Conseil d'Etat, ne pouvant se prononcer sur la validité de l'acte communautaire (CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost c/ Hauptzollant Lübeck-Ost*, aff. 314/85, Rec. p. 4199), consent à « saisir la CJCE d'une question préjudicielle, dans les conditions prévues par l'article 234 du Traité CE » (*Arcelor*).

⁶² Il va de soi que le contrôle d'un acte réglementaire est direct et peut aboutir, en cas d'incompatibilité avec la directive qu'il a pour objet de transposer, à son annulation. En revanche, s'il s'agit d'une loi de transposition, l'incompatibilité dont le requérant se prévaut à l'occasion d'un litige, ne peut aboutir, si l'incompatibilité est avérée, qu'à « écarter » la loi en question.

⁶³ CE Sect., 10 avril 2008, *Conseil national des Barreaux de Paris et a*, requête n° 296845, sera publié au *Lebon* ; *AJDA*.2008, p. 1089, chron., Julien BOUCHER et Béatrice BOURGEOIS -MACHUREAU, p. 1085.

⁶⁴ Cette exigence d'uniformité devient particulièrement impérieuse lorsque, selon la Cour, la validité d'un acte communautaire est en cause (CJCE, *Foto-Frost (op. cit.)*) ; lire sur ce point, le rapport de la CJCE, *Droit communautaire dérivé et droit constitutionnel*, Cahiers du CC n° 4, 1997, p. 3.

⁶⁵ CJCE 6 octobre 1982, *SRL Cilfit et Lanificio di Gavardo Spa c/ Ministre de la Santé*, aff., 183/81 (cf., *Le droit international, le droit communautaire, le droit interne et... le juge administratif*, J. BOUCHER et B. BOURGEOIS -MACHUREAU, *AJDA*.2008 p. 1086 ; lire sur ce point, le rapport de la CJCE, *Droit communautaire dérivé et droit constitutionnel*, Cahiers du CC n° 4, 1997 p. 3.

⁶⁶ Selon le président ODENT « lorsqu'un texte est clair, c'est-à-dire lorsque, compte tenu des règles de la grammaire, de la sémantique et de la syntaxe, son sens ne peut prêter à aucune discussion et lorsqu'en outre ses dispositions ne sont en contradiction avec aucune disposition en vigueur ayant valeur juridique au moins égale, le juge administratif ne se livre à aucune fantaisie interprétative » (R. ODENT, *Contentieux administratif*, T. 1, Dalloz, 2007, p. 348).

⁶⁷ Aux termes duquel « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention EDH [...], et tels qu'ils résultent des traditions communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ».

de la CJCE⁶⁸, pour rappeler que « dans l'ordre juridique communautaire, les droits fondamentaux garantis par la convention EDH sont protégés en tant que PGD communautaire » et en déduire (« en conséquence ») qu'« il [...] appartient au juge administratif » de s'assurer de leur respect par la directive⁶⁹.

Il ne lui reste plus qu'à présenter sa méthode de travail : « en second lieu [...] lorsque est invoqué devant le juge administratif un moyen tiré de ce qu'une loi transposant une directive serait elle-même incompatible avec un droit fondamental garanti par la Convention EDH et protégé en tant que PGD communautaire, il appartient au juge administratif de s'assurer d'abord que la loi procède à une exacte transposition des dispositions de la directive ; si tel est le cas, le moyen tiré de la méconnaissance de ce droit fondamental par la loi de transposition ne peut être apprécié que selon la procédure de contrôle de la directive ». Le contrôle vise certes la compatibilité de la loi de transposition avec la directive qu'elle a pour objet de transposer, mais, en fond de tableau, le contrôle consiste à confronter, à la demande du requérant, la loi de transposition à « un droit fondamental garanti par la Convention EDH et protégé en tant que PGD communautaire ». Le contrôle à la « DC confiance dans l'économie numérique » consistant à confronter la loi à la directive ne suffit dès lors plus. C'est pour cette raison que le Conseil d'Etat décide de s'assurer d'abord de l'exacte transposition par la loi de la directive pour, ensuite, confronter la directive au droit conventionnel affecté pour, enfin, dire si la loi de transposition est conventionnelle...euh, constitutionnelle... non... conventionnelle... bref.

Si la « loi de transposition » ne transpose pas *exactement* la directive, elle est tout simplement écartée (dans ce cas, le Conseil d'Etat ne fait que relayer le Conseil constitutionnel qui, dans son contrôle *a priori* et dans un délai très court, ne peut qu'effectuer un contrôle *minimum* de « l'erreur manifeste »). En revanche si la loi transpose exactement la directive, le juge administratif contrôlera la directive au regard du droit concerné, garanti par la Convention EDH et protégé en tant que PGD communautaire... sans pour autant rechercher une quelconque correspondance de ce droit avec les dispositions ou principes constitutionnels... Correspondance ou pas, le juge administratif puise –dans le cadre de son contrôle de la *constitutionnalité* d'une loi ou d'un décret de transposition- dans le catalogue de droits *communautaires*.

Deux limites sont certes posées. La première vient de l'ordre juridique interne, elle concerne la protection d'une règle ou d'un principe « inhérent à l'identité constitutionnelle française » qui s'oppose à ce que le juge prenne de la liberté au-delà des « frontières »⁷⁰. La seconde est communautaire, elle est relative à la « difficulté sérieuse » que peut rencontrer le juge dans l'examen de la conventionnalité de la directive, laquelle l'astreint, conformément à l'article 234 du traité CE, à saisir la CJCE d'une question préjudicielle.

Or, la première limite se présente dans le même temps comme autorisant le juge administratif à faire prévaloir –en l'interprétant, le cas échéant– le principe *inhérent* à

⁶⁸ CJCE, 26 juin 2002, *Limburgs Vinyl Maatschappij* et CJCE 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophones et a* (cités dans les visas de l'arrêt *CNBP* du Conseil d'Etat).

⁶⁹ Dans le cas d'espèce, le Conseil d'Etat se fonde sur « l'interprétation de la directive [...] qui a été donnée par l'arrêt du 26 juin 2007, « *Ordre des barreaux francophones et germanophones et a* », de la CJCE, saisie d'une question préjudicielle » par la Cour de Belgique, et décide que « la directive, ainsi interprétée, ne méconnaît pas les exigences liées au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention EDH » (cons. 8 et 9).

⁷⁰ A cet égard, le professeur B. MATHIEU note que « 'l'écran communautaire' s'efface en présence de dispositions constitutionnelles, précises et propres à l'ordre juridique national, auxquelles le constituant ne peut être entendu avoir voulu déroger par les dispositions de l'article 88-1 de la Constitution » (cf., *Le respect par l'UE des valeurs fondamentales de l'ordre juridique national*, Cahiers du CC n° 18, 2005, p. 1). Il en est ainsi par exemple, de la laïcité protégée par l'article 1^{er} de la Constitution.

l'identité constitutionnelle de la France au droit européen et communautaire. Ce qui revient à dire que le juge ordinaire dispose, par la volonté même du Conseil constitutionnel (DC « *économie numérique* ») d'une compétence diffuse de contrôle de la *constitutionnalité* des lois-de-transposition. Et, ce qui s'applique strictement à celles-ci, pourrait bien valoir, un jour, au détour d'une jurisprudence, pour les autres lois. Certes, le juge ordinaire devrait, en cas de difficulté sérieuse et sur le fondement du nouvel article 61-1 C (*infra*), saisir le Conseil constitutionnel à titre préjudiciel. Mais, en raison de ce « bloc commun » de références constitutionnelle et communautaire, le Conseil risquerait bien d'attendre !

La seconde limite –relative à l'obligation pour le juge national de solliciter la Cour de Luxembourg sur l'interprétation du traité ainsi que sur la validité et l'interprétation des actes communautaires– a pour effet d'atténuer considérablement l'influence de la jurisprudence constitutionnelle protectrice des droits-et-libertés-également-protégés par le droit communautaire.

II – Une redoutable perception de la question préjudicielle

Une fois acquises la primauté législative des engagements internationaux en général et du droit européen et communautaire en particulier (sur le fondement du 55) et l'exigence constitutionnelle de transposition des directives communautaires (sur le fondement du 88-1), demeure la problématique des conflits des normes. Au niveau communautaire, la CJCE est chargée d'« *assurer une application uniforme du droit communautaire par les juridictions nationales* ». Au niveau national, le Conseil constitutionnel veille au respect de l'exigence constitutionnelle de transposition en droit interne des directives communautaires, sous réserve que cette transposition n'aille pas « *à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti* ». Pour éviter de reconnaître au juge communautaire un quelconque statut supranational, le soin de saisir, à titre préjudiciel, la Cour de Luxembourg est laissé aux juges ordinaires sans pour autant échapper à la vigilance du protecteur de la suprématie de la Constitution (A).

Par ailleurs, d'une part, la forte convergence des droits et libertés contenus et protégés par différents instruments du droit international et communautaire et de ceux contenus et garantis par la Constitution et, d'autre part, l'existence/affluence –sur le marché des droits et libertés– de cinq juges (constitutionnel, judiciaire, administratif, européen et communautaire) pose la problématique de la saisine, par la voie préjudicielle, du Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61-1 nouveau (B).

A) La question préjudicielle communautaire refoulée par le protecteur de la suprématie de la Constitution

La question préjudicielle, prévue à l'article 234 TCE, s'inscrit dans un processus d'intégration et d'harmonisation du droit communautaire et des droits nationaux. Elle permet d'une part aux juges nationaux, dont le juge constitutionnel, de solliciter la Cour de Luxembourg sur l'interprétation du traité ainsi que sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté (*Foto Frost*)⁷¹. Et, d'autre part à la CJCE, et de tenir compte de la jurisprudence de la Cour EDH et de rechercher, dans le plus strict esprit communautaire⁷², des solutions propres à prendre en considération *l'identité nationale*

⁷¹ Dans cet arrêt (CJCE 22 octobre 1987, *Foto Frost (op. cit.)*) la Cour dénie aux juridictions nationales le pouvoir de constater elles-mêmes l'invalidité des actes des institutions communautaires. Elle estime que les compétences préjudicielles que lui donne l'article 234 du traité « *ont essentiellement pour objet d'assurer une application uniforme du droit communautaire par les juridictions nationales* » et que « *cette exigence d'uniformité est particulièrement impérieuse lorsque la validité d'un acte communautaire est en cause* ».

⁷² Cf., Rapport de la CJCE *Droit communautaire dérivé et droit constitutionnel*, Cahiers du CC n° 4 1997, p. 3.

*inhérente aux structures fondamentales politiques et constitutionnelles*⁷³ de chaque Etat membre.

Or, refusant légitimement de voir dans la Cour de Luxembourg une sorte de juge suprême de la régulation des normes françaises, le Conseil constitutionnel exprime dès 2004 son attachement à la distinction entre la norme nationale et la norme communautaire pour en déduire une distinction quant à l'autorité juridictionnelle de contrôle : « *il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité sur l'UE* »⁷⁴. A cette rhétorique marquant l'exclusivité de la compétence *communautaire*, précède une autre mettant en avant l'exclusivité de compétence, au profit du Conseil constitutionnel, pour protéger la norme suprême de toute « *disposition expresse [qui lui serait] contraire* ». Les deux juridictions, dont les fonctions sont ainsi nettement séparées sont appelées à coopérer en vue d'une harmonisation des règles, notamment celles relatives aux droits et libertés.

Il ne reste plus au Conseil qu'à résoudre la problématique du renvoi préjudiciel. Il se soumet à l'exercice par une rhétorique teintée d'évidence et de prudence. L'évidence, il l'exprime en consacrant le principe d'un renvoi par la voie de la question préjudicielle à la Cour pour se prononcer sur la *conventionnalité* d'une *directive* qu'une loi a pour obligation de transposer. La prudence ressort de l'expression : « [...] [le] *juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel* »⁷⁵. *Saisi... par qui ? et de quoi ?*... Par le Conseil constitutionnel, peut-être, un jour, de la question du « *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* ».

Les décisions ultérieures, en l'occurrence celle du 27 juillet 2006⁷⁶, ont infirmé cette hypothèse : « *le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour [...] de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité CE* » (cons. 20). Au-delà de la contrainte matérielle liée au délai très bref dans lequel il est appelé à se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi votée et non encore promulguée⁷⁷, le Conseil a dû se résoudre au bilan plutôt négatif d'une telle utilisation par son office. En effet, admettre l'usage de la question préjudicielle signifie pour le protecteur de la *suprématie de la Constitution*, laisser le juge communautaire répondre de celle-ci. Ce faisant, non seulement la Constitution perd son statut de norme suprême mais le Conseil constitutionnel se mettrait lui aussi dans une situation de subordination directe vis-à-vis de la Cour de Luxembourg. Or, l'Union européenne n'étant pas un Etat fédéral se superposant à l'Etat français, le juge constitutionnel ne peut s'inscrire dans un rapport hiérarchique avec le juge communautaire⁷⁸ au risque d'une part de transformer la CJCE en une sorte de Cour suprême et, d'autre part d'affecter, par ricochet, ses propres rapports avec le juge *ordinaire* français.

Cette posture du Conseil constitutionnel a deux conséquences directes qui devraient être lues, malgré les apparences, sous l'angle d'une stratégie entriste. La première le contraint à « *ne [...] déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition*

⁷³ Cf., article I-5 du défunt Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

⁷⁴ DC du 10 juin 2004 (cons. 7).

⁷⁵ La même formulation est utilisée dans la série des décisions de 2004 : DC du 10 juin 2004 (cons. 7) ; DC du 1^{er} juillet 2004, *communications électroniques* (cons. 18) ; DC 29 juillet 2004, *bioéthique* (cons. 4).

⁷⁶ Décision n° 2006-540 DC « *droit d'auteur* ».

⁷⁷ Un mois et si l'urgence est déclarée, huit jours (art. 61, al. 3 C).

⁷⁸ Cf., considérant 9 de la décision n° 2004-505 DC *TECE* et considérant 12 de la décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne*.

législative manifestation incompatible » avec les dispositions précises et inconditionnelles de la directive qu'elle a pour objet de transposer⁷⁹. *A contrario*, une disposition législative sur la compatibilité de laquelle avec la directive qu'elle a pour objet de transposer il n'y aurait pas de doute ou, il y aurait un doute... mais simplement un léger doute, n'est pas supposée subir la sanction du juge constitutionnel. La seconde découle de la première, elle consiste pour le Conseil d'inviter le juge ordinaire à *écarter*, à l'occasion d'une instance en cours, une loi de transposition dont les dispositions s'avèrent, soit incompatibles avec la directive qu'elle a pour objet de transposer, soit compatibles avec cette directive mais affecte une règle ou un principe spécifique à l'identité constitutionnelle française. Dans le second cas, le Conseil se serait, par anticipation, réservé, pour l'avenir, l'hypothèse d'un renvoi préjudiciel sur le fondement de l'exception d'inconstitutionnalité. Dans le premier cas, il préserve la compétence du juge communautaire pour ce qui est de l'exception d'inconventionnalité : « *il revient aux autorités juridictionnelles nationales, le cas échéant, de saisir la CJCE à titre préjudiciel* »⁸⁰.

En creux de ce dialogue des juges, l'expression « *le cas échéant* » est intéressante à remarquer. Il ne serait pas judicieux d'y lire un désintéressement quelconque de la part du Conseil constitutionnel⁸¹. Bien au contraire, elle suppose que le gardien de la suprématie de la Constitution *veille au grain*. Il procédera lui-même en amont et lorsqu'il s'agit de protéger *l'identité constitutionnelle de la France*, à la « lecture » des dispositions européennes et communautaires. Le juge ordinaire n'aura qu'à en prendre acte. Ce message s'adresse également aux juges européen et communautaire qui puisent, pour statuer, dans les principes et valeurs que les Etats membres ont en commun en tenant nécessairement compte de la jurisprudence des cours constitutionnelles⁸².

Aussi, dans sa décision relative au *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*⁸³, le Conseil se sert ostentatoirement de la Convention EDH ainsi que de la jurisprudence de la Cour du même nom, se fonde discrètement sur la loi française fraîchement promulguée⁸⁴ et se

⁷⁹ Jurisprudence constante depuis la décision n° 2006-540 DC, *droit d'auteur* (cons. 20), rappelée dernièrement dans la décision n° 2008-546 DC, *OGM* (cons. 45).

⁸⁰ V. DC 2006, *droit d'auteur* (cons. 20) et DC 2008, *OGM* (cons. 45).

⁸¹ *Contra*, lire, *Les démêlés du juge constitutionnel et du juge administratif avec le principe de « primauté » du droit communautaire*, S. PINON, *AJDA*.2008, p. 1078.

⁸² Dans l'arrêt *AMUUR* (CEDH 25 juin 1996, *AMUUR c/ France*, Mélanges Robert, p. 345, comm. DUFFAR) la Cour de Strasbourg a par exemple répété quasiment à l'identique les termes de la décision du Conseil n° 92-307 DC du 25 février 1992 (cf., Rapport de la CJCE, Cahiers du CC n° 4, 1997, p. 5). Voir aussi l'arrêt *Thivet c/ France* (CEDH 24 octobre 2000) dans lequel la Cour a reproduit la décision du Conseil (n° 99-425 DC du 29 décembre 1999) légitimant les conditions dans lesquelles l'indemnisation des *emprunts russes* s'était opérée (cf. discours de J.-P. COSTA à Belgrade le 20 septembre 2007 : *Les rôles des cours suprêmes dans la mise en œuvre de la Convention EDH*, p. 7 et L. BURGORGUE-LARSEN, chron. de jurisprudence européenne comparée, RDP.3.2001, p. 705). Cependant ce « mimétisme jurisprudentiel » n'est pas automatique. Une décision de conformité d'une loi à la Constitution prononcée par notre Conseil peut bien être désavouée pour contrariété au droit communautaire (ex. la décision n° 80-126 DC du 30 décembre 1980, *Loi de finance pour 1981* (Rec., p. 53) par la décision de la CJCE du 25 février 1988, *Bianco*, aff., 331/376 et 378/85, Rec., p. 1099 (cf., B. GENEVOIS, *Faut-il maintenir la jurisprudence...*, Cahiers du CC n° 7, p. 5).

⁸³ Décision n° 2004-505 DC, *TECE* (*op. cit.*) ; Gh. ALBERTON, *Et le Conseil constitutionnel ouvre la boîte de Pandore*, *AJDA*.2006, p. 593 ; B. GENEVOIS, *Le Conseil constitutionnel et la primauté du droit communautaire*, *RFDA*.2005 n° 2, p. 239 ; Ch. MAUGÛE, *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe et les juridictions constitutionnelles*, *RFDA*.1.2005, p. 30 ; O. DORD, *Le Conseil constitutionnel face à la « Constitution européenne » : contrôle des apparences ou apparence de contrôle*, *AJDA*.2005, p. 211.

⁸⁴ Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics (*JORF*, 17 mars 2004, p. 5190) ; Circulaire du 18 mai 2004 relative à la mise en œuvre de la loi du 5 mars 2004 (*JORF* n° 118 du 22 mai 2004, p. 9033, texte n° 10).

soumet à une gymnastique syllogistique assez intéressante pour, d'une part montrer la ligne jurisprudentielle que le juge ordinaire est invité désormais à suivre⁸⁵ et, d'autre part, mettre sur la table communautaire *la lecture française* du principe de laïcité.

Dans un premier temps, il déclare que les droits contenus dans la Charte des droits fondamentaux de l'UE⁸⁶, résultent « *des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres* » et doivent, « *conformément au § 4 de l'article II-112 du traité [...] « être interprétés en harmonie avec lesdites traditions* ». En tant que tels, ils respectent les articles 1^{er} et 3 de la Constitution « *qui s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelques groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance* » (con. 16)⁸⁷.

Dans un second temps (cons. 18), pour donner une interprétation « française » à l'article II-70 du même traité qui reconnaît le droit à chacun, individuellement ou collectivement, de manifester, par ses pratiques, sa conviction religieuse en public, le Conseil renvoie d'abord aux « *explications du praesidium* » selon lesquelles « *le droit garanti par cet article a le même sens et la même portée que celui garanti par l'article 9 de la Convention européenne EDH* »⁸⁸. Ce qui revient à dire que le droit reconnu par l'article II-70 « *se trouve sujet aux mêmes restrictions [que celles posées à l'article 9 de la CEDH], tenant notamment à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé et de la morale publics, ainsi qu'à la protection des droits et libertés d'autrui* ». Il rappelle ensuite que l'article 9 de la Convention EDH a été « *constamment appliquée par la Cour européenne des droits de l'homme* »⁸⁹, « *en harmonie avec la tradition constitutionnelle de chaque membre* ». Pour en déduire, enfin, « *que la Cour a pris acte de la valeur du principe de laïcité reconnu par plusieurs traditions constitutionnelles nationales et qu'elle laisse aux Etats une large marge d'appréciation pour définir les mesures les plus appropriées, compte tenu de leurs traditions, afin de concilier la liberté de culte avec le principe de laïcité* ».

Par cette décision *conventionnellement correcte* et *nationalement vitale*, le « gardien de la règle de conflits des normes »⁹⁰ déclare que les dispositions de l'article 1^{er} de la Constitution « *interdisent à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers* » (cons. 18).

⁸⁵ La loi du 15 mars 2004 restreint la liberté de manifester sa religion, telle qu'issue de la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE Avis n° 346.893 du 27 novembre 1989, *Les GACE*, Dalloz 1997, n° 33). Pour application de cette loi par le Conseil d'Etat : CE 8 octobre 2004, *Union française pour la cohésion nationale* ; CE 5 décembre 2007, *M. Singh* (1^{ère} esp., n° 285394) et CE 5 décembre 2007, *M. et Mme Ghazal* (2^{ème} esp., n° 295671) ; dans ces deux dernières affaires, le Conseil d'Etat a ajouté une touche personnelle à l'interdiction du port de signes manifestant ostensiblement une appartenance religieuse en considérant que « *le comportement de l'élève* » est aussi susceptible de manifester ostensiblement une appartenance religieuse.

⁸⁶ Cette Charte a été signée et proclamée à Nice le 7 décembre 2000. Le défunt TECE lui octroyait une valeur juridique. Si le traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007 par les 27 pays membres de l'UE, aboutit, elle devient invocable par les citoyens.

⁸⁷ Voir sur ce point, les considérants 5 et 6 de la décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte des langues régionales ou minoritaires* (Rec., p. 71) ; lire, F. MELIN- SOUCRAMANIEN, *La République contre Babel. A propos de la décision ...*, RDP.1999, p. 985.

⁸⁸ Lire sur ce point, O. DORD, *contrôle des apparences ou apparence de contrôle ?* op. cit., p. 218.

⁸⁹ Le Conseil cite en appui, l'arrêt *Sahin* (CEDH, 29 juin 2004, *Leyla Sahin*, aff. n° 4774/98 ; confirmé en grande chambre le 10 novembre 2005). Notons que c'est la première fois qu'il fait ainsi référence dans ses visas à un arrêt de la Cour EDH (cf., A. LEVADE, *Constitution et Europe ou, le juge constitutionnel au cœur des rapports de systèmes*, Cahiers du CC n° 18, 2005, p. 2 ; O. DORD, *contrôle des apparences ...*, op. cit., p. 218.

⁹⁰ Selon l'expression du doyen VEDEL et du professeur DELVOLLE, *Droit administratif*, Tome 1, 12^{ème} éd., p. 68 (cf., B. GENEVOIS, *Faut-il maintenir la jurisprudence [...] DC 1975 ?*, op. cit., p. 3).

Ceci étant précisé, le problème pourrait –pour le Conseil constitutionnel– se situer dans l’adhésion par trop envahissante du Conseil d’Etat à ce dialogue. Celui-ci risquerait-il de devenir, progressivement mais nécessairement, quasi exclusivement bilatéral entre le juge administratif et les juges européen et communautaire. Ce risque trouverait ses racines dans la théorie de l’acte clair⁹¹ laquelle, par une démarche irrédentiste du juge administratif et moyennant quelque concession, sera appliquée au droit européen et communautaire minorant la norme suprême française et son interprète.

En effet, si l’obligation de procéder au renvoi au ministre des Affaires Etrangères de la question relative aux conditions d’application et à l’interprétation d’un traité international n’a pas été contestée par la Cour EDH⁹², l’usage qui en a été fait dans l’affaire *Chevrol*⁹³ a, quant à lui, été condamné, dans la mesure où, lorsque le juge administratif français procédait au renvoi et se considérait *lié* par l’avis de l’autorité *politique*, il privait le requérant de son droit à un procès équitable⁹⁴. L’issue de l’épisode *Chevrol* fut cependant heureux pour le Conseil d’Etat puisque, huit ans plus tard, un requérant congolais lui donne l’occasion de se délier – dans le cas où il décide de procéder au renvoi préjudiciel– de la réponse donnée par le ministre⁹⁵.

La jurisprudence *GISTI-Beaumartin* ne s’appliquant pas au droit communautaire, le Conseil d’Etat usera naturellement de la question préjudicielle prévue à l’article 234 du traité CE⁹⁶... sauf droit communautaire *clair*, s’imposant « avec une évidence telle qu’il ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée » (*SRL Cilfit*)⁹⁷. Dans un premier temps, il met en place une conception restrictive de la question préjudicielle considérant que la décision de la Cour de Luxembourg ne s’imposait à lui que dans la mesure où elle entre strictement dans les limites de la question posée (*ONIC*)⁹⁸. Mais c’est déjà une histoire ancienne. Depuis 1985, date de la jurisprudence *ONIC*, beaucoup d’eau a coulé dans le moulin du Conseil d’Etat. Aussi, en décembre 2006, soit, deux ans après la décision du DC « *économie numérique* » ou cinq mois après la DC « *droit d’auteur* », le Conseil d’Etat s’aligne sur le Conseil constitutionnel pour aussitôt pactiser avec le juge communautaire. Pour ce faire, le Conseil d’Etat donne au juge communautaire du terrain en France et, dans le même

⁹¹ Par l’arrêt *Nicolo*, le Conseil d’Etat s’était approprié la théorie de l’acte clair puisée dans la jurisprudence communautaire (CJCE 6 octobre 1982, *SRL Cilfit et Lanificio di Gavardo Spa c/ Ministre de la Santé, op. cit.*). Avant de l’appliquer au droit européen et communautaire, la Haute juridiction administrative la testera dans le cadre de la procédure de renvoi, à titre préjudiciel, au ministre des Affaires Etrangères de la question d’interprétation d’un traité international (CE Ass. 29 juin 1990, *GISTI*) abandonnant ainsi la jurisprudence *Toto Samé et Rekhou* (CE Ass. 3 juillet 1931, *Karl et Toto Samé* et CE 29 mai 1981, *Rekhou*).

⁹² CEDH 24 novembre 1994, *Beaumartin c/ France*, aff., A-296-B.

⁹³ CE 9 avril 1999, *Chevrol Benkeddach* (Lebon p. 115).

⁹⁴ CEDH 13 février 2003, *Chevrol c/ France* (aff., n° 49636/99).

⁹⁵ Dans l’affaire *Chevrol*, la Haute juridiction administrative avait considéré que la condamnation de la France n’a pas pour effet de rouvrir la procédure juridictionnelle close par la décision 9 avril 1999 (CE 11 février 2004, *Mme Chevrol*). Revirement : CAA de Versailles (5^{ème} ch.) 8 octobre 2007, *Ministre de l’Intérieur et de l’Aménagement du territoire c/ M/ Myuala Zola, AJDA.2008*, p. 32, note G. PELLISSIER.

⁹⁶ Ex.: CJCE, 29 novembre 2001, *Joseph Griesmar c/ Ministre de l’Economie, des finances et de l’Industrie et Ministre de la Fonction publique*, dans lequel la CJCE a considéré que le principe de l’égalité entre les fonctionnaires masculin et féminin est méconnu par la loi française. Le Conseil d’Etat écarte alors la loi nationale et s’aligne sur l’avant dire droit de la CJCE (CE 29 juillet 2002, *Griesmar*).

⁹⁷ La théorie de l’acte clair permettra au juge ordinaire de neutraliser une éventuelle incompatibilité de la norme nationale avec le droit communautaire. Ce qu’il a fait dans l’arrêt *GISTI* (1990) mais aussi dans l’arrêt *Koné* (déjà cité) où il a procédé à l’interprétation de l’article 44 de la Convention franco-malienne comme prohibant – conformément à un principe général du droit dégagé d’ailleurs le même jour par le Conseil d’Etat – l’extradition demandée dans un but politique.

⁹⁸ CE Sect., 26 juillet 1985, *ONIC*, (Rec., p. 233 ; *AJDA.2007*, p.136, chron. C.LANDAIS et F. LENICA).

temps, s'auto-octroie une part du contentieux des droits et libertés *communautairement* protégés.

En effet, dans un premier temps, en 2006, le Conseil d'Etat lâche du lest au profit de la CJCE en abandonnant –dans la célèbre affaire « *des échalotes* »⁹⁹– la jurisprudence *ONIC* pour reconnaître « *qu'alors même qu'elle ne faisait pas l'objet du renvoi préjudiciel* » l'interprétation du traité et des actes communautaires donnée par la Cour en vertu de l'article 234 du traité CE s'impose à lui. La Cour de Luxembourg peut donc, si elle le juge nécessaire, aller au-delà de « la » question préjudicielle posée par le juge national pour se prononcer sur l'intégralité du litige. Le Conseil d'Etat précise néanmoins qu'il « *appartient ensuite à la juridiction nationale, saisie au principal, éclairée par l'arrêt de la Cour, de qualifier les faits, en procédant, le cas échéant, aux investigations contradictoires qu'elle est à même d'ordonner* ». Dans un second temps (*CNBP*, 2008)¹⁰⁰, il lui emboîte le pas en se déliant du renvoi préjudiciel pour contrôler lui-même et directement la compatibilité des directives aux droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme : « *il appartient [...] au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance par une directive des stipulations de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de rechercher si la directive est compatible avec les droits fondamentaux garantis par ces stipulations* ».

Les deux mouvements du juge administratif pourraient poser quelques soucis futurs au Conseil constitutionnel.

D'une part, le « juge national » se passe de la Haute juridiction constitutionnelle française pour être « éclairée » par le juge communautaire sur une question qu'il ne lui a même pas posé ! En effet, quand bien même le Conseil constitutionnel avait eu à se prononcer sur la *constitutionnalité* d'une loi de transposition d'une directive communautaire en déclarant que « *la loi n'est pas manifestement incompatible avec la directive* », il se pourrait bien que le juge ordinaire saisi, à l'occasion d'un litige, de la même loi de transposition, n'ait pas la même perception que le juge constitutionnel et décide, comme l'y invite d'ailleurs le Conseil constitutionnel lui-même¹⁰¹ (voir *supra*), de procéder au renvoi préjudiciel au titre de l'article 234 du traité CE. Dans ce cas, c'est la CJCE qui aura eu le dernier mot, et pour arrêter la solution du litige et pour trancher entre les deux juges français ! D'autre part, il passe outre la Constitution puisque, dans son contrôle de l'exigence *constitutionnelle* de transposition d'une directive, il se fonde sur la « légalité communautaire » pour décider, le cas échéant, d'« écarter » la loi de transposition.

Le monopole du Conseil constitutionnel sur le contrôle de la constitutionnalité de la loi pourrait également être mis à mal par le nouvel article 61-1 C. La Haute juridiction constitutionnelle dispose néanmoins des moyens de sa politique de protection des droits.

B) La question préjudicielle interne attendue par le gardien suprême des droits et libertés

La « belle » déclaration du Conseil constitutionnel selon laquelle « loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »¹⁰² vient –après deux fiançailles

⁹⁹ CE Ass., 11 décembre 2006, *Société de Groot En Slot Allium BV et Société Bejo Zaden BV*, cg, François SENERS (req. n° 234560, chron. C. LANDAIS et F. LENICA, AJDA.3.2007.136).

¹⁰⁰ CE 10 avril 2008, *Conseil National des Barreaux de Paris* (req. n° 296845).

¹⁰¹ « *qu'en tout état de cause, il revient aux autorités juridictionnelles nationales, le cas échéant, de saisir la CJCE à titre préjudiciel* » (par ex., DC du 19 juin 2008, *relative aux OGM*, cons. 45).

¹⁰² Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, Rec., p. 70.

échouées¹⁰³ – d'épouser, en France et en grandes pompes le « richissime » constat de Toqueville sur la nécessité de « juger la loi pour arriver à juger le litige »¹⁰⁴. L'autorité saisie du litige n'est cependant pas celle même compétente pour juger la loi¹⁰⁵.

Cette « célébration » – qui n'est ni gadget ni révolution¹⁰⁶ – s'inscrit dans la volonté du constituant de parfaire l'Etat de droit en France en purgeant de notre ordre juridique interne « des lois qui ne sont plus conformes aux actuelles exigences juridiques »¹⁰⁷. Elle a pour objet de permettre au citoyen de s'approprier la norme fondamentale française¹⁰⁸ et, dans cette perspective, elle prétend restituer toute son autorité à la Constitution en confiant l'unité d'interprétation des droits et libertés qu'elle protège au seul Conseil constitutionnel.

Aussi, au contrôle strictement abstrait, préventif et réservé à quelques autorités politiques (art. 61 C), le constituant y a greffé un contrôle concret, correctif et ouvert à tout requérant¹⁰⁹ qui estime que la loi qui lui est applicable affecte un de ses droits ou libertés¹¹⁰ que la Constitution (*lato sensu*) garantit. L'article 61-1 nouvellement inséré dans la Constitution¹¹¹ prévoit : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. / Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article* ».

Le nouveau dispositif prévoit donc un contrôle *a posteriori* par la voie d'une question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation¹¹² au Conseil constitutionnel lorsque, à l'occasion d'un litige « *il est soutenu* » que la loi qui s'applique à l'espèce affecte un droit ou une liberté constitutionnellement garanti(e). Confrontées à une question d'inconstitutionnalité à « caractère sérieux », les deux hautes juridictions ne pourraient pas la trancher elles-mêmes. Elles ne peuvent *que* saisir le Conseil constitutionnel et surseoir à statuer en attendant l'*avant dire droit* du juge suprême de la protection des droits et libertés.

Ceci étant précisé, la pente ascendante qu'arpente infatigablement la jurisprudence administrative d'abord, la convergence ensuite entre le droit constitutionnel national et le droit

¹⁰³ Projets de loi constitutionnelle de 1990 et de 1993.

¹⁰⁴ *De la démocratie en Amérique*, 1^{ère} partie, chapitre 6, *Du pouvoir judiciaire aux Etats-Unis et de son action sur la société politique*.

¹⁰⁵ Contrairement au modèle étasunien qui a opté pour un contrôle diffus et décentralisé. Lorsque, à l'occasion d'un litige, le citoyen soulève, par le moyen de l'exception d'inconstitutionnalité, la non conformité de la loi qui lui est applicable à la Constitution, le juge du procès apprécie lui-même la constitutionnalité de la loi avant de statuer au principal.

¹⁰⁶ G. VEDEL, *Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel*, in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, 1996, p. 537.

¹⁰⁷ Selon les termes de l'actuel président du Conseil constitutionnel, Monsieur Michel DEBRE, lors de son audition par le Comité Balladur, le 19 septembre 2007.

¹⁰⁸ M. Michel DEBRE considère à ce titre que le développement du contentieux de la conventionnalité a créé une « incitation à se tourner non plus vers la Constitution mais vers la norme internationale » (idem).

¹⁰⁹ Le requérant peut être une personne physique ou morale, publique ou privée, française ou étrangère (cf., rapport de l'Assemblée nationale, n° 892, du 15 mai 2008, p. 434).

¹¹⁰ La « *fondamentalité* » du droit protégé n'est pas un critère de sélection. Pour le constituant de 2008, ce critère aurait inutilement laisser penser que certains droits et libertés reconnus par la Constitution sont moins fondamentaux que d'autres (cf., rapport de l'Assemblée nationale, n° 892, du 15 mai 2008, p. 437).

¹¹¹ Article 29 de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 de *modernisation des institutions de la V^o République*.

¹¹² Le constituant a légitimement réservé la saisine du Conseil constitutionnel aux seules deux juridictions suprêmes de l'ordre administratif (le Conseil d'Etat) et de l'ordre judiciaire (la Cour de cassation) afin d'éviter les divergences d'appréciation entre les tribunaux administratifs ou judiciaires quant à la nécessité de soulever ou non la question devant le Conseil constitutionnel (cf., rapport de l'Assemblée nationale, n° 892 du 15 mai 2008, p. 435).

communautaire induisant une dilution du contrôle de la constitutionnalité dans le contrôle de conventionnalité et enfin le « laconisme » de l'article 61-1, rapprocheraient par ses effets, le modèle français –sinon du modèle étasunien de l'exception d'inconstitutionnalité– de celui prévu à l'article 234 du traité CE. Le Conseil constitutionnel se trouverait certes dans un premier temps acculé à l'attente. Il devrait néanmoins, dans un second temps, se transformer en une véritable Cour suprême ayant le dernier mot pour, le cas échéant, déclarer l'abrogation « *erga omnes* » de la loi attentatoire aux droits et libertés constitutionnels.

Concernant la problématique de la dilution des contrôles, celle-ci est essentiellement due à l'imbrication des contentieux constitutionnel et conventionnel quant à la protection des droits et libertés. L'équation est simple. Premièrement, les droits et libertés contenus et protégés par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme, notamment la Convention EDH, sont une source des PGD communautaire dont la Cour de justice des Communautés européennes assure le respect. Or, cette même Cour fonde également son contrôle sur les traditions *constitutionnelles* communes aux Etats membres¹¹³. Donc, les droits et libertés protégés par la CJCE englobent ceux protégés par la Constitution française¹¹⁴. Deuxièmement, dans le contrôle de la conventionnalité des lois au regard du droit communautaire, les références du juge ordinaire trouvent une de leurs sources dans les principes généraux du droit dégagés par la Cour de Luxembourg¹¹⁵ et, *a fortiori*, dans les droits et libertés constitutionnellement protégés. En sus, ces références se trouvent, pour le juge français, étendues aux règles et principes spécifiques à la France. D'ailleurs, dans la série des décisions de 2004 et 2006, le Conseil constitutionnel avait clairement indiqué qu'en cas de correspondance entre les droits protégés par la Constitution et ceux protégés par le droit communautaire, seul un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France peut faire obstacle à la transposition d'une directive communautaire.

Le contrôle de la conformité d'une loi à un droit ou une liberté protégé(e) par le droit communautaire conduit donc potentiellement à confronter cette loi à un droit constitutionnellement protégé et faisant partie du bloc de conventionnalité¹¹⁶. Dès lors, de deux choses l'une, soit le requérant invoque la violation par la loi d'un droit *constitutionnellement* et *conventionnellement* protégé¹¹⁷ et, dans ce cas, rien n'empêcherait le juge ordinaire à privilégier le contrôle de *conventionnalité* de la loi, sans égard aucun à la Constitution¹¹⁸, soit le requérant ne soulève *que* le moyen tiré de la violation d'un droit

¹¹³ Dans les arrêts *Stauder* et *Internationale Handelsgesellschaft* (*op. cit.*) la CJCE considère que le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont elle assure le respect et que la sauvegarde de ces droits, s'inscrivant dans la structure et les objectifs de la Communauté, s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres. Dans les arrêts *Nold* (CJCE 14 mai 1974, aff. 4-73) et *Hauer* (CJCE 13 décembre 1979, aff., 44-79), la Cour ajoute à son devoir de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré (cf., www.ena.lu, *european navigator*, bibliothèque numérique sur l'histoire de l'Europe).

¹¹⁴ Pourrait-on excepter les règles et principes spécifiques à l'identité constitutionnelle de la France.

¹¹⁵ CE 3 décembre 2001, *SNIP* (*op. cit.*).

¹¹⁶ Lire sur ce point, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *La Convention EDH, instrument de convergence des droits constitutionnels nationaux et du droit communautaire*, in H. Gaudin (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire. Vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Actes du colloque de La Rochelle des 6-7 mai 1999, Paris, Economica, 2001, pp. 169-204.

¹¹⁷ Par exemple le droit au respect de la vie privée et familiale ou encore le droit à un procès équitable.

¹¹⁸ Dans l'arrêt *Tête* (CE 28 juillet 2000, *Tête et a*), le Conseil d'Etat considère inopérant le moyen tiré de la violation de l'article 11 de la DDHC de 1789, certes mais examine le bien-fondé du moyen tiré de la violation de l'article 10 de la CEDH ; il adopte la même démarche dans l'arrêt du CE 26 février 2003, *Mekhantar* : caractère inopérant du moyen tiré de la violation par la loi de l'article 16 de la DDHC, mais bien-fondé du moyen tiré de la violation de l'article 6 de la CEDH.

conventionnel et, dans ce cas, le juge n'a le choix que de répondre au seul moyen, « opérant », tiré de l'atteinte à un droit *conventionnellement* protégé. Certes, mais lorsque ce droit se trouve garanti aussi par la Constitution, le juge procède en réalité à un contrôle clandestin de *constitutionnalité*. Dans les deux cas, l'article 61-1 nouveau se trouve vidé de sa substance.

Si le contrôle de constitutionnalité se trouve dilué dans le contrôle de conventionnalité, l'inverse n'est pas vrai. Autrement dit, le contrôle de la constitutionnalité de la loi n'induit pas nécessairement un contrôle de sa conventionnalité (sous réserve des articles 55 et 88-1 C). Ce qui implique que, lorsque le requérant invoque *précisément* le moyen de la violation d'un droit *constitutionnellement* garanti, le juge saisi ne peut que se tourner vers l'ordre purement *constitutionnel* et, conformément à l'article 61-1, « le Conseil constitutionnel peut être saisi [...] sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation [...] »¹¹⁹. La loi organique prévue au second alinéa de l'article 61-1 de la Constitution devrait préciser les conditions d'application de ce dispositif¹²⁰, en l'occurrence la démarche qui s'imposera au premier juge saisi d'une demande d'exception. Celui-ci devrait sans doute constituer le premier filtre juridictionnel¹²¹ mais ne pourra pas saisir directement le Conseil constitutionnel. Cette possibilité est exclusivement reconnue au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

La suite est simple. Soit la disposition législative contestée pose une difficulté sérieuse et, auquel cas le juge ordinaire suprême renvoie la question à titre préjudiciel au Conseil constitutionnel, soit, il n'existe aucune difficulté sérieuse et la question est directement tranchée par la Haute juridiction ordinaire. La « puissance » du filtre se situerait au cœur de la notion de « difficulté sérieuse »¹²².

Par une jurisprudence constante, le Conseil d'Etat a toujours rappelé qu'il ne lui appartient pas, au contentieux, d'apprécier la conformité d'une loi à la Constitution ou à un

¹¹⁹ La loi organique pourrait s'inspirer du projet de loi constitutionnelle de 1990 qui prévoyait un délai de trois mois laissé aux juges ordinaires suprêmes pour décider si la question doit être transmise au Conseil constitutionnel. L'absence de décision dans ce délai vaudrait rejet de la demande (cf., rapport du Sénat, n° 387 du 11 juin 2008, p. 98 et rapport de l'Assemblée nationale, n° 892, du 15 mai 2008, p. 442).

¹²⁰ Elle devrait notamment déterminer les modifications d'organisation, de fonctionnement et de procédure eu égard à la compétence nouvelle du Conseil constitutionnel. Elle devrait également, dans l'objectif de concilier « l'exigence de sécurité juridique, le respect du Parlement, la nécessité de ne pas engorger le Conseil constitutionnel et le progrès dans la protection des droits fondamentaux », prohiber l'invocation, dans le cadre du renvoi préjudiciel, d'une loi dans son aspect procédural ou au regard de la compétence de son auteur « qui n'intéressent que les rapports entre les pouvoirs publics » (cf., l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle, n° 820 du 23 avril 2008, p. 8).

¹²¹ Le projet de loi constitutionnelle de 1990 prévoyait que le premier juge saisi d'une demande d'exception vérifiait d'une part que « la disposition contestée commande l'issue du litige, la validité de la procédure ou constitue le fondement des poursuites », d'autre part, que la disposition litigieuse n'a pas déjà fait l'objet d'une déclaration de conformité de la part du Conseil constitutionnel (cf., rapport du Sénat, n° 387 du 11 juin 2008, p. 98).

¹²² L'ancien président du Conseil constitutionnel, Pierre MAZEAUD, et le professeur Bertrand MATHIEU, membre du Comité Balladur, ont exprimé leur crainte quant à ce filtre qui permettra aux juridictions suprêmes de « retenir » leur compétence et ne transmettre au Conseil qu'une quantité infinitésimale de questions, au point de vider de son sens l'idée d'un accès des justiciables à la justice constitutionnelle (cf., auditions du Comité et rapport de l'Assemblée nationale, n° 892 du 15 mai 2008, p. 438). Le professeur Michel VERPEAUX exprime sa crainte quant au « filtrage sévère du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, qui minorerait le rôle du Conseil constitutionnel ». Contre cela, il a suggéré d'attribuer aux collectivités territoriales la faculté d'activer l'exception pour certains textes » (cf., audition du professeur VERPEAUX par le Sénat, le 27 mai 2008). Le professeur Jean-Claude COLLIARD, tout en comprenant parfaitement l'instauration d'un filtre, s'est interrogé « sur son exercice futur par le Conseil d'Etat qui tendrait à s'ériger en gardien naturel des lois et qui, dans sa mission de conseiller du gouvernement, aurait déjà examiné les lois en cause, préalablement à leur dépôt sur le bureau des assemblées » (audition du professeur COLLIARD par le Sénat, le 27 mai 2008).

principe constitutionnel¹²³. Cependant, le génie du juge administratif est dans le détail. En précisant, dans l'arrêt *Arrighi* que la restriction de sa compétence est liée à « *l'état actuel du droit* », il laissait la porte ouverte à des perspectives d'avenir qui ne sauront tarder.

Une première démarche pré-opératoire est effectuée en 2005¹²⁴. Elle consiste tout à la fois de mettre en avant la théorie de la loi écran (« *s'il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la conformité d'un texte législatif aux dispositions constitutionnelles en vigueur à la date de sa promulgation* ») et d'opérer sans douleur en considérant qu'« *il lui revient [néanmoins] de constater l'abrogation, fût-elle implicite, de dispositions législatives qui découle de ce que leur contenu est inconciliable avec un texte qui leur est postérieur, que celui-ci ait valeur législative ou constitutionnelle* »... ou constitutionnelle !

Un « saut périlleux » est ensuite exécuté dans l'arrêt de Section *M. L.* de 2007¹²⁵ par lequel le Conseil d'Etat fait savoir, fort implicitement, que le juge administratif n'est pas lié, pour interpréter les dispositions d'une loi « X », par la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel sur une loi « Y », alors même que les dispositions de la loi Y reprennent exactement la formulation retenue par la loi X, fondement de l'acte contesté devant le Conseil d'Etat. Observez !

Dans cet arrêt qui met en cause un décret d'application de la loi « X »¹²⁶, le Conseil d'Etat vise « *la Constitution et notamment son préambule* »¹²⁷. Après avoir lu le principe d'égalité –issu des articles 3 de la Constitution et 6 de la DDHC¹²⁸– comme excluant « *que, pour les candidatures à des dignités, places et emplois publics autres que ceux ayant un caractère politique, une distinction puisse être faite entre les candidats en raison de leur sexe* », il procède à l'examen des dispositions législatives concernées. Celles-ci, considère-t-il, « *doivent être interprétées comme ne fixant qu'un objectif de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes, qui ne saurait faire prévaloir, lors de la composition des jurys, la considération du sexe sur celle des compétences, des aptitudes et des qualifications* ».

¹²³ CE Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi* (« *qu'en l'état actuel du droit* », « *le moyen tiré de ce que la loi [...] serait contraire aux lois constitutionnelles [...] n'est pas de nature à être discuté devant le CE statuant au contentieux* ») ; CE Ass. 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques* (Rec., p. 369) ; CE Ass., 5 mars 1999, *Rouquette* (RFDA.1999.357, concl. Ch. MAUGÛE, AJDA.1999.420, ch. RAYNAUD et FOMBEUR).

¹²⁴ CE, ord. réf., 21 novembre 2005, *M. Jean-Charles Boisvert* (req. n° 287217) et CE Assemblée du 16 décembre 2005, *Ministre des Affaires sociales, du Travail et de l'Industrie, Syndicat national des huissiers de justice* (req. n° 259584 et n° 259753).

¹²⁵ CE Sect., 22 juin 2007, *M. L.*, req. n° 288206 ; RFDA.5, sept.-oct. 2007, p. 1077, concl., T. OLSON ; AJDA.2007, p. 2130, chron. J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU.

¹²⁶ Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 dont l'article 25 -article 20 bis de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat- précise : « Les jurys dont les membres sont désignés par l'administration sont composées de façon à concourir à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes. Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent article et, notamment la proportion des membres des jurys appartenant à chacun des sexes ».

¹²⁷ Le Conseil d'Etat s'était soumis à ce même exercice dans le cadre de la procédure du référé-liberté (art. L 521-2 CJA) pour reconnaître la *fondamentalité* du droit constitutionnel d'asile (CE, ord. réf., 12 janvier 2001, *Mme Hyacinthe* (req., n° 229039, AJDA.2001, p., 589, note J. MORRI et S. SLAMA) ou encore celle de la libre disposition de ses biens par un propriétaire (CE, ord., réf., 23 mars 2001, *Société LIDL*, req., n° 231559). Cette référence expresse à la Constitution et à son préambule fut par la suite abandonnée par le juge administratif, ce qui lui permettait de distinguer le *fondamental* du *constitutionnel* (v. sur ce point Eric SALES, *Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales ?*, RDP.1.2004, p. 214 et s.).

¹²⁸ L'article 6 de la DDHC de 1789 déclare : « *Tous les citoyens [...] sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celles de leurs vertus et de leurs talents* » ; l'article 3 de la Constitution, dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999, précise : « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives* ».

Or, le Conseil constitutionnel, dans une décision de 2002, relative à la loi « Y »¹²⁹, avait déjà émis une réserve d'interprétation à propos de deux de ses articles (134 et 137) qui « *reprennent la formulation retenue par la loi [...] du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle* ». Il avait à ce titre précisé que les articles 134 et 137 « *ne fixent qu'un objectif de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes ; qu'ils n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet de faire prévaloir, lors de la constitution de ces jurys, la considération du genre sur celle des compétences, des aptitudes et des qualifications ; que sous cette réserve, les articles 134 et 137 n'appellent aucune critique quant à leur conformité à la Constitution* » (cons. 115). La formulation de la loi « Y » étant analogue à celle relative à la loi « X », les réserves émises à l'égard de l'une s'appliquent nécessairement à l'autre. C'est en tout cas ce que le Conseil constitutionnel avait laissé entendre.

Sauf que le Conseil d'Etat ne l'entendait pas de cette oreille. Il reprend le « verrouillage » posé par le Conseil constitutionnel sur la loi « Y » certes, mais le pose lui-même et d'une façon autonome sur la loi « X »¹³⁰. Or, le juge ordinaire, serviteur de la loi, n'est pas censé *déduire* lui-même le sens d'un droit ou d'une liberté *constitutionnellement* consacré(e), notamment lorsque le Conseil constitutionnel l'a déjà dégagé (ce qui était le cas dans l'espèce *M. L.*), dans quel cas, il ne peut que l'appliquer conformément à la jurisprudence constitutionnelle. Le fait de procéder néanmoins de façon autonome devrait être compris comme une volonté de la part des deux hautes juridictions ordinaires de rappeler en la consolidant leur posture de partenariat –pour ne pas dire d'égal à égal– et non de subordination à l'égard du Conseil constitutionnel.

C'est sous cet angle qu'il faudrait *entendre* les propos du vice-président du Conseil d'Etat, M. Jean-Marc Sauvé¹³¹, lorsqu'il précise que les « deux cours suprêmes trancheront la question préjudicielle en l'écartant lorsqu'elle ne leur paraîtra pas présenter de difficulté sérieuse. Dans le cas contraire seulement, la question sera renvoyée au Conseil constitutionnel ». *L'avant dire droit* ou, « l'arrêt de renvoi », selon les termes de M. Jean-Marc Sauvé, permettra « d'éclairer les termes de la question posée ». La notion de *difficulté sérieuse* est dès lors entendue, non comme laissant au Conseil constitutionnel le monopole du contrôle de la constitutionnalité des lois au regard des droits et libertés que la Constitution garantit mais comme « éclairateur » appelé à répondre « à la » question préjudicielle lorsque le juge suprême ordinaire décide qu'il ne peut lui-même la trancher.

A cet égard, l'application de l'article 61-1 se rapprocherait de celle de l'article 234 du traité CE. La comparaison est d'ailleurs faite par le vice-président du Conseil d'Etat lui-même : « c'est ainsi que font le Conseil d'Etat et la Cour de cassation avec les renvois

¹²⁹ Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, Rec., p. 49 ; *AJDA*.2003, p. 825, note P. CASSIA ; Dalloz, 2003.23, p. 1507, note B. MATHIEU.

¹³⁰ Ce cas peut être rapproché de celui relatif à l'interprétation de l'ancien article 68-C par le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation. Le premier en avait déduit que le président de la République, pour les actes accomplis *dans* l'exercice de ses fonctions et hors le cas de haute trahison, bénéficie d'une immunité. Concernant en revanche, les actes antérieurs à celles-ci ou ceux qui en sont détachables, sa responsabilité pénale ne saurait être recherchée, pendant la durée de ses fonctions, que selon la procédure prévue par l'article 68 (décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la CPI* (cons. 16). La Cour de cassation (C. cass., Ass. Plén., 10 octobre 2001, *Breisacher*, Bull. A.P., n° 11) avait pour sa part considéré que l'application de l'article 68 est limitée au cas de haute trahison. Pour les autres infractions, le chef de l'Etat bénéficie d'une immunité absolue, la prescription étant suspendue pendant la durée de son mandat. Cette différence *de forme* dans l'interprétation a été résolue par le constituant (voir les nouveaux articles 67 et 68 C introduits par la LC n° 2007-238 du 23 février 2007).

¹³¹ Intervention de M. Jean-Marc SAUVE, auditionné par le rapporteur du projet de loi constitutionnelle, le 5 mai 2008.

préjudiciels à la CJCE sur l'interprétation et l'appréciation de la légalité du droit communautaire »¹³².

Face à la mutation de la Constitution et à celle déjà entamée par le juge ordinaire, le Conseil constitutionnel devrait pour sa part consolider la sienne en attendant, de la part des hautes juridictions ordinaires, une position aux « *échalotes* » !

Face à la concurrence des instruments internationaux, et notamment le droit conventionnel et communautaire sur le marché des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel devrait agir en vue de la « promotion » de la Constitution en tant que « *la norme fondamentale* ». Une carte est entre ses mains, il l'a toujours manipulée avec prudence et sagesse, il s'agit de la carte conventionnelle¹³³. Non pas qu'il faille abandonner sa jurisprudence *IVG* – la différence de nature entre les deux contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité étant, me semble-t-il toujours pertinente – mais d'intégrer dans le bloc inépuisable de constitutionnalité la *substance* des droits et libertés que la France partage avec les pays démocratiques. Aussi, sera tout à la fois réduit le risque d'« écartier » une loi pour atteinte à un droit *conventionnellement* protégé (quand bien même elle serait *constitutionnelle*) et renforcé les chances de ramener à la Constitution-*mère* tous ceux à qui la loi française s'impose.

Dans son contrôle *a priori* – au-delà du fait que le Conseil pourrait et devrait réactiver sa jurisprudence de 1985 et procéder au contrôle d'une loi *promulguée* à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine¹³⁴ – il est désormais appelé à anticiper les éventuels contentieux contre une loi potentiellement attentatoire à des droits et libertés constitutionnels. En cela, des décisions ostentatoirement interprétatives, voire indicatives sur le sens et la portée du droit et/ou liberté concerné(e) seraient susceptibles de creuser le sillon d'une unité *normative et conceptuelle* desdits droits et libertés. Les juges du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation assumeront leur contrôle « à la lumière » de la jurisprudence du gardien suprême des droits et libertés.

Cette unité devrait pouvoir intervenir avec force lorsque le Conseil est saisi par la voie préjudicielle, c'est-à-dire pour répondre à une question précise entrant dans la logique d'un litige concret. Si les juges suprêmes ordinaires demandent à être « éclairés » sur les termes d'une question, le *protecteur suprême des droits et libertés* devrait certes « situer » sa réponse dans une logique juridictionnelle concrète. Mais, au-delà – et lorsque *l'affaire* lui paraîtrait présenter une question de droit nouvelle ou susceptible de se poser dans de nombreux litiges – il devrait procéder à une lecture conceptualiste et prospective pour, le cas échéant, concilier plusieurs droits normativement également protégés. Cette grille de *lecture* ainsi *constitutionnalisée*, permettra tout à la fois d'éclairer le juge ordinaire, de pousser les parlementaires à la rigueur normative, de préserver le monopole du Conseil sur l'interprétation des droits et libertés que la Constitution garantit et d'éviter un inutile engorgement de cette « plus Haute juridiction ».

¹³² *Idem.*

¹³³ Voir la décision du 19 novembre 2004, *TECE* dans laquelle le Conseil « vise » la Convention EDH ainsi que l'arrêt *Leyla Sahin* de la Cour EDH (CEDH 29 juin 2004, *op. cit.*) ; dans les décisions DC du 29 décembre 2005, *Loi de finances rectificative pour 2005* et DC du 19 juin 2008, *OGM*, ce sont des arrêts de la Cour de Luxembourg qui ont trouvé une place dans les visas du Conseil (voir *supra*).

¹³⁴ La jurisprudence « *Etat d'urgence en Nouvelle Calédonie* » (décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Rec., p. 43), plusieurs fois réitérée (décisions n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme...*, Rec., p. 95 ; n° 97-388 DC du 20 mars 1997, *Loi créant les plans d'épargne*, Rec., p. 31), a été une seule fois mise en application (décision n° 99-410 du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, Rec., p. 51).

La sagesse et la patience du Conseil constitutionnel finiront par payer comme a payé la persévérance de la CJCE. Cette dernière a finalement remporté la conviction du Conseil d'Etat qui, par sa jurisprudence dite « des échalotes »¹³⁵ a clairement reconnu l'autorité qui s'attache aux « arrêts préjudiciels ». Aussi, pourrait-on, un jour, y lire sous la plume du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation : « *qu'alors même qu'elle ne faisait pas l'objet du renvoi préjudiciel, cette interprétation de la Constitution et des lois relatives aux droits et libertés, que le Conseil constitutionnel était compétent pour donner en vertu de l'article 61-1 de la Constitution, s'impose au juge ordinaire* ». Il ne restera ensuite au juge saisi au principal, « éclairé » par le Conseil constitutionnel, que « *de qualifier les faits de l'espèce en vue de trancher le litige qui lui est soumis* ».

La cerise sur le gâteau est dans l'effet des décisions du Conseil constitutionnel lesquelles, contrairement à celles du juge ordinaire, mettent un terme à la disposition législative contestée. En effet, dans le contentieux de l'exception d'inconstitutionnalité, le juge ordinaire pourrait toujours neutraliser les effets d'une loi attentatoire aux droits et libertés constitutionnels en leur donnant, le cas échéant, une interprétation *constitutionnalisante*. L'abrogation pure et simple de la disposition *législative* incriminée demeure du ressort exclusif du Conseil constitutionnel. Celle-là prend effet, en vertu de l'article 62 de la Constitution¹³⁶, *ex nunc*, c'est-à-dire à compter de la publication de la décision, ou d'une date ultérieure fixée par le Conseil qui peut également, le cas échéant et par souci de préserver la sécurité juridique, réguler les effets de sa décision dans le temps... Exercice que le Conseil a déjà bien rodé¹³⁷.

Loin de la guerre, les contraintes auxquelles chacun des juges suprêmes, ordinaires et constitutionnel, saura humblement se soumettre, serviront la qualité de la loi, l'Etat de droit et, finalement, la crédibilité de la justice française rendue *pour* et *au nom* du peuple. Voici la priorité.

¹³⁵ CE 11 décembre 2006, *Société De Groot en Slot Allium B.V Société Bejo Zaden B.V* (req. n° 234560) ; CJCE 10 janvier 2006, *Société De Groot en Slot Allium B.V Société Bejo Zaden B.V*. (AJDA.2007, p. 139, chron., C. LANDAIS et F. LENICA, *Ni capitulation ni rébellion : dialogue*, p. 136).

¹³⁶ L'article 62 ancien précisait : « *Une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application./ Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ». Le premier alinéa de cet article est remplacé par deux alinéas nouveaux ainsi rédigés : « *Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application. / Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* » (cf. article 30 de la LC du 23 juillet 2008).

¹³⁷ Voir sur ce point les décisions n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001, *LFSS pour 2002*, cons. 77 (Rec., p. 164) ; n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux...*, cons. 27 et 28 (Rec., p. 325) ; n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2006* (cons. 26 : « *qu'afin de laisser aux autorités compétentes le temps de procéder aux adaptations nécessaires et surmonter les difficultés inhérentes à l'application d'une telle réforme, la mise en conformité [...] pourra n'être effective qu'à compter de l'année 2007* ») ; le Conseil d'Etat ira explicitement plus loin que le Conseil constitutionnel en 2004 (CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC !* (Rec., p. 197, concl., C. DEVYS) puis en 2006 (CE 11 janvier 2006, *Association des familles victimes du saturnisme [AFVS]*, Rec., p. 11, AJDA.2006, p. 116) et incitera ce dernier à s'y aligner : décisions n° 2006-543 DC du 30 novembre, *secteur de l'énergie* (dans laquelle le Conseil fait une déclaration de constitutionnalité différée ayant pour conséquence une suspension temporaire de la loi (cf., D. RIBES, Cahiers du CC n° 22, 2007, p. 203) et n° 2008-564 DC, *OGM*).