

# Faut-il intégrer le droit communautaire aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité ?

**Eva Bruce**

DANS **REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL** 2005/3 n° 63 , PAGES 539 À 560  
ÉDITIONS **PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE**

ISSN 1151-2385

ISBN 9782130553946

DOI 10.3917/rfdc.063.0539

Date de mise en ligne : 01/12/2008

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2005-3-page-539?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...  
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



**Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.**

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur [cairn.info/copyright](http://cairn.info/copyright).

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

## *Faut-il intégrer le droit communautaire aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité ?*

---

EVA BRUCE

La « théorie de l'intégration » n'est pas nouvelle : l'une des dispositions les plus anciennement invoquées à l'appui de celle-ci est l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel « la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ». On se souvient que, dès 1974, le président Luchaire avait pensé pouvoir affirmer que les dispositions combinées de cet alinéa et de l'article 55 de la Constitution feraient entrer tout le droit international « dans la supralégalité que le Conseil constitutionnel pourrait être amené à faire appliquer »<sup>1</sup>. Mais cette théorie a eu un succès plus vif sur la base du seul article 55 de la Constitution<sup>2</sup>, en vertu duquel il a fréquemment été suggéré que les traités et accords internationaux soient considérés comme intégrés dans le champ des normes opposables au législateur. Cette proposition se heurte de front à la jurisprudence *IVG*, selon laquelle le Conseil constitutionnel considère qu'il ne lui « appartient pas (...), lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international »<sup>3</sup>, excluant par là même les normes internationales du « bloc de constitutionnalité ».

La « théorie de l'intégration » repose sur l'idée simple que la Constitution prévoirait elle-même l'insertion des normes internationales dans

Eva Bruce, docteur en droit, membre du GERIC, Centre Louis Favoreu (CNRS, UMR 6201).

1. F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés des citoyens », in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, LGDJ, Paris, 1974, t. II, p. 571. Dans le même sens, J. Robert, *RIDC*, 1975, note sous décision 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, p. 886 et D. Ruzie, *JDI*, 1975, p. 263.

2. Cet article dispose, on le rappelle, que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés, ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve de leur application par l'autre partie ».

3. Décision 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, *Rec.* 19 ; *RJC* I-30 ; *GD*, n° 23 (cons. 7).

le bloc de constitutionnalité. Il apparaît, au vu des différentes réflexions doctrinales, que la concrétisation de cette idée emprunte généralement deux modes.

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

Selon le second, les traités internationaux ne sont pas censés acquérir valeur constitutionnelle mais sont, par le simple biais d'une disposition constitutionnelle, hissés *en tant que normes conventionnelles* au statut de normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Dans cette hypothèse, l'expression de « bloc de constitutionnalité » ne convient plus pour désigner l'ensemble des normes de référence applicables par le juge constitutionnel. Selon le Professeur Rousseau, il conviendrait plutôt de retenir la formule utilisée par le Conseil lui-même, de « normes de référence applicables »<sup>4</sup>.

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

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

L'article 88-1 de la Constitution, prescription « intégrative » ? Il a déjà été suggéré que l'on puisse interpréter cette disposition<sup>5</sup> comme ayant intégré l'ensemble du droit communautaire dans le droit constitutionnel<sup>6</sup>. Il en résulterait qu'en contrôlant la conformité des lois aux normes communautaires, le Conseil constitutionnel ne ferait en somme qu'examiner indirectement leur constitutionnalité, sans véritablement remettre en cause la jurisprudence *IVG*. Ce serait là « une façon, sinon

4. D. Rousseau, *RDJ*, 2000, chron. p. 31.

5. Cet article énonce, dans sa rédaction issue de la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, que « la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituée d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont institués, d'exercer en commun certaines de leurs compétences ».

6. B. Mathieu, *RFDA*, 2000, note sous décision 99-422 DC du 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000* et décision 99-425 DC du 29 décembre 1999, *Loi de finances rectificative pour 1999*, p. 299.

élégante, du moins aisée, de trouver une solution au problème (...) laissée depuis si longtemps en suspens »<sup>7</sup>.

Au vu de la *jurisprudence constitutionnelle* récente, cette idée se trouve être, aujourd'hui plus que jamais, d'actualité. En effet, les décisions *Économie numérique* du 10 juin 2004<sup>8</sup> et *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* du 19 novembre 2004<sup>9</sup> ont fait de l'article 88-1 une disposition tout à fait essentielle s'agissant des rapports entre le droit interne et le droit communautaire. En premier lieu, l'article 88-1 est désormais interprété par le juge constitutionnel comme fondant l'« exigence constitutionnelle »<sup>10</sup> de laquelle est tirée l'obligation de transposition des directives communautaires. Sur cette base, on a pu soutenir que, par l'effet de cette disposition, « toute directive devient, pour garantir l'effectivité de cette « exigence », une norme de référence, non seulement des lois qui en assurent la transposition mais encore de toutes celles qui pourraient y contrevenir »<sup>11</sup>, voire que l'ensemble du droit de l'Union européenne aurait désormais vocation à servir de référence dans le contrôle de constitutionnalité des lois<sup>12</sup>. En second lieu, selon le Conseil constitutionnel, il résulte de l'article 88-1 que « le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire *intégré*<sup>13</sup> à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international »<sup>14</sup>. Quelles conséquences doit-on tirer de cette nouvelle portée de l'article 88-1, en termes d'application juridictionnelle des normes communautaires ? Celles-ci deviennent-elles des normes de référence du contrôle de constitutionnalité, contrairement à la solution de principe du 15 janvier 1975 ? Autrement dit, le contrôle de constitutionnalité est-il appelé à devenir un lieu d'application juridictionnelle des normes communautaires ? Ce n'est pas se perdre en conjectures que de se demander, au lendemain du trentième anniversaire de la décision *IVG*, si les réflexions prospectives exprimées depuis plusieurs années en doctrine, relativement à l'article 88-1, n'an-

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

8. Décision 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Économie numérique*, *JO*, 22 juin 2004, p. 11182.

9. Décision 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *JO*, 24 novembre 2004, p. 19885.

10. Décision 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Économie numérique*, préc., cons. 7.

11. J. Roux, « Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution », *RDJ*, 2004, p. 922 et s.

12. M. Gautier, F. Melleray, « Le refus du Conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire », *AJDA*, 2004, p. 1539. Dans le même sens, D. Rousseau, *RDJ*, 2005, chron. p. 273 ; F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel devant la Constitution pour l'Europe », cette *Revue*, 2004, p. 467, 468, 469.

13. C'est nous qui soulignons.

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

nonçaient pas une mutation aujourd'hui en voie de réalisation. D'une telle évolution, c'est en fait une révolution complète qui germerait. Révolution d'un système de contrôle juridictionnel qui ne pourrait plus reposer sur son habituelle architecture bipolarisée : constitutionnalité et conventionnalité ne seraient plus séparés mais mêleraient alors leurs voix devant le Conseil constitutionnel.

L'actualité de l'interprétation de l'article 88-1 comme prescription « intégrative » trouve également matière à s'imposer au vu du *texte constitutionnel* : dans sa nouvelle rédaction issue de la loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005<sup>15</sup>, l'article 88-1 de la Constitution est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Elle peut participer à l'Union européenne *dans les conditions prévues par le Traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004*<sup>16</sup> »<sup>17</sup>. Quelles sont les implications de cette mention expresse du traité ? En 1992, l'article 88-1, introduit dans le but d'insérer les modifications constitutionnelles nécessaires à la ratification du traité de Maastricht<sup>18</sup>, n'avait pas pour autant fait de ce dernier une norme de référence du contrôle de constitutionnalité. Devra-t-il en être autrement pour le traité établissant une Constitution pour l'Europe ? Même si la formulation de 2005 diffère de celle de 1992, les termes nouveaux de l'article 88-1, pas plus que les termes initiaux, ne permettent d'affirmer que le constituant ait voulu donner valeur constitutionnelle au traité ou qu'il ait fait des dispositions de ce dernier des normes de référence du contrôle de constitutionnalité.

Ne résultant donc pas directement de la volonté du constituant, l'intégration du droit communautaire originaire et dérivé dans le bloc de constitutionnalité ne pourrait donc être que le fruit d'une interprétation « constructive » du Conseil constitutionnel<sup>19</sup>. En ce sens, l'exemple fourni par la décision *Droit de vote des ressortissants communautaires*<sup>20</sup> a pu être considéré comme un intéressant début de piste. Dans celle-ci, le Conseil constitutionnel a vérifié la conformité de la loi organique prévue par l'article 88-3 de la Constitution<sup>21</sup> à l'article 8 B, § 1, issu du traité

15. Loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1<sup>er</sup> mars 2005 modifiant le titre XV de la Constitution, *JO* du 2 mars 2005, p. 3696.

16. C'est nous qui soulignons.

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

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

19. X. Magnon, *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italien*, thèse, Aix-Marseille III, 2002, p. 240.

20. Décision 98-400 DC du 20 mai 1998, *Droit de vote des ressortissants communautaires*, *Rec.* 251 ; *RJC* 1-749.

21. Cet article dispose : « Sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, le droit de vote et d'éligibilité aux

sur l'Union européenne, ainsi qu'à la directive 94/80/CE du 19 décembre 1994, tous deux relatifs au droit de vote des ressortissants communautaires. L'article 88-3 de la Constitution fait, il est vrai, référence expresse aux modalités prévues en la matière par le traité, et force est d'admettre que, par la volonté du constituant, des normes communautaires ont en l'espèce servi de normes de référence au contrôle de constitutionnalité. C'est peut-être cette formule qu'une partie des tenants de l'intégration souhaiterait voir généralisée.

#### *La question de la pertinence de la jurisprudence IVG*

Bien que pour l'heure, on ne puisse annoncer avec certitude l'intégration des normes communautaires dans la Constitution sur le fondement de l'article 88-1, le contexte actuel impose de réfléchir sur une question qui, au surplus, a depuis plusieurs années les faveurs de la doctrine. Le président Genevois considère, par exemple, s'agissant d'un remaniement de la jurisprudence *IVG*, que le débat est « plus ouvert sur le terrain de l'application de l'article 88-1 »<sup>22</sup>. C'est ici que survient une question importante : le fait que l'on soit précisément « sur le terrain » de l'article 88-1 et non de l'article 55 de la Constitution doit-il avoir pour conséquence d'écarter de la présente réflexion les éléments essentiels issus de la jurisprudence *IVG*? Le fait que ces deux dispositions constitutionnelles aient un contenu différent ne devrait pas ôter tout son intérêt à la décision *IVG* dès lors que le débat se construira nécessairement autour de la définition contradictoire des contrôles de constitutionnalité.

De l'avis du président Genevois, la solution *IVG* « repose toujours sur de solides justifications juridiques »<sup>23</sup>. Ces justifications juridiques consistent dans cette fameuse argumentation aboutissant à l'affirmation d'une « différence de nature » entre le contrôle de conformité des lois à la Constitution et le contrôle de conformité des lois aux normes internationales<sup>24</sup>. De cette « différence de nature », le Conseil constitutionnel avait tiré une conséquence essentielle, ainsi exprimée : « une loi contraire à un

élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France. (...) Une loi organique votée dans les mêmes termes par les deux assemblées détermine les conditions d'application du présent article ».

22. B. Genevois, « Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé. A propos de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 », *RFDA*, 2005, p. 660.

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

24. Décision 74-54 DC du 15 janvier 1975, Interruption volontaire de grossesse, *Rec.* 19 ; *RJC* 1-30 ; *GD*, n° 23 (cons. 4) : « Considérant, en effet, que les décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif (...), qu'au contraire, la supériorité des traités sur les lois (...) présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité, et d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des États signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition ».

traité ne serait pas pour autant contraire à la Constitution »<sup>25</sup>. En d'autres termes, les normes internationales, formellement différenciables des normes constitutionnelles, ne peuvent faire partie des normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Selon nous, cette position du Conseil constitutionnel fait sérieusement obstacle à l'idée d'une intégration de *l'ensemble du droit communautaire* par le biais de l'article 88-1 de la Constitution (I). En revanche, du fait de leur identité matérielle avec les droits fondamentaux constitutionnels, l'hypothèse d'une prise en compte *des seules normes communautaires protectrices des droits fondamentaux* peut apparaître moins incompatible avec l'idée que le juge constitutionnel se fait de sa mission (II).

#### I — NORMES CONSTITUTIONNELLES ET NORMES COMMUNAUTAIRES : DES NORMES FORMELLEMENT DIFFÉRENCIABLES

La position du Conseil constitutionnel est constante : il juge la constitutionnalité et uniquement la constitutionnalité des actes qui lui sont soumis, ce qui signifie que seule la Constitution<sup>26</sup> lui sert de référence dans l'exercice de ce contrôle, à l'exclusion, notamment, des normes internationales. *Ratione materiae*, la compétence du Conseil constitutionnel peut être résumée en quelques mots que l'on empruntera ici au Doyen Vedel : « Toute la Constitution, rien que la Constitution, tel paraît être le champ des règles applicables par le juge constitutionnel français »<sup>27</sup>. Comme il a été dit, l'incompétence du Conseil constitutionnel à l'égard des normes internationales s'explique dans la décision *IVG* par la différence de nature qui oppose ces dernières, revêtues d'un caractère « relatif et contingent », aux normes constitutionnelles, revêtues quant à elles, d'un caractère « absolu et définitif ». Cette différence tient notamment à deux éléments qui ont déjà largement été commentés : l'élément tenant au champ d'application des traités et la condition de réciprocité ne retiendront donc pas davantage notre attention.

25. Cons. 5.

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

27. G. Vedel, *IV<sup>e</sup> Journées juridiques franco-allemandes, RIDC*, n° spécial, vol. 6, 1984, p. 183.

En réalité, ce qui nous paraît constituer le critère le plus fondamental et pérenne de différenciation se trouve ailleurs. Résidant dans *la nature du rapport entre la norme de référence et la norme contrôlée*, ce critère apparaît comme le seul élément de différenciation vraiment irréductible entre les normes constitutionnelles et les normes communautaires, et par suite, entre les deux contrôles. Or la nature du contrôle de la constitutionnalité des lois (A) résulte directement de la mission confiée au juge constitutionnel par l'article 61 de la Constitution (B).

#### A – LA NATURE DU CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS

Classiquement, le contrôle de constitutionnalité se définit comme un rapport de validité directe entre la loi et la Constitution. La consécration par le Conseil constitutionnel de l'« intégration » de l'ordre juridique communautaire à l'ordre juridique interne peut-elle conduire à l'émergence d'un contrôle de constitutionnalité qui se définirait comme un rapport de validité indirecte entre la loi et la Constitution ?

##### 1 – Le contrôle de constitutionnalité se définit comme un rapport de validité directe entre la loi et la Constitution

Normes contrôlées, les lois se trouvent, à l'égard du réservoir de normes de référence que représente la Constitution, dans un rapport qui se définit comme un rapport de production des normes : les lois tirent leur validité de la norme constitutionnelle<sup>28</sup>, tandis que la primauté des normes internationales sur les normes internes n'est en aucun cas le résultat d'un tel rapport. Il découle de la nature privilégiée de ce rapport que le champ d'application de la Constitution revêt pour les lois un caractère absolu qui ne peut être reconnu aux traités internationaux. Cette différence primordiale a certainement fondé la distinction entre le caractère « absolu et définitif » et « relatif et contingent » qu'opère le Conseil constitutionnel dans la décision *IVG*. On se réfère ici à cette conception kelsenienne d'une hiérarchie « pyramidale » des normes<sup>29</sup>. Selon Kelsen, il s'agit d'une structure à caractère dynamique correspondant à un processus de création du droit, au sein de laquelle chaque étage tire son principe de validité des normes de la couche supérieure,

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

29. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. par C. Eisenmann, coll. Philosophie du droit, Dalloz, Paris, 1962, p. 299.

qui fixent les conditions d'édiction des normes inférieures. Selon ce raisonnement, chaque norme entretient avec la norme supérieure un rapport de validité, agissant de la base au sommet de l'édifice normatif.

Appliqué au système normatif français, ce schéma fait apparaître que c'est la Constitution qui est la pièce maîtresse du jeu normatif interne et que le traité, bien qu'y étant généreusement intégré, est cantonné au statut de pièce rapportée. En effet, la Constitution conditionne la validité de la loi qui elle-même conditionne la validité des actes administratifs, le tout formant une chaîne continue de normes au sein de laquelle l'existence juridique des unes dépend des autres. A la question de savoir quelle place y tient le traité, on voudra aussitôt répondre que le constituant lui a conféré une place précise, juste au-dessus des lois. Certes, le traité bénéficie bien d'une autorité supérieure à celle des lois, mais est-il pour autant inséré dans la hiérarchie normative interne, au même titre que les autres normes ? Pour l'affirmer, il faudrait pouvoir montrer que les normes internationales conditionnent la validité des règles qui leur sont immédiatement inférieures, savoir les lois. Or, les lois ne tiennent pas leur validité des traités, ceux-ci ne pouvant entraîner que leur inapplicabilité, comme en témoigne la jurisprudence des juridictions ordinaires. Il est en effet un principe logique que la nature du rapport entre les normes a des conséquences sur la nature du contrôle opéré, qui elle-même conditionne les effets du contrôle : ainsi, lorsque le juge ordinaire, statuant *in concreto*, écarte simplement la loi inconstitutionnelle qui reste en vigueur, le Conseil constitutionnel, statuant *in abstracto*, invalide la loi inconstitutionnelle. Dès lors que la Constitution détermine le mode de production, donc la validité des lois dans l'ordre juridique<sup>30</sup>, toute déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi prive celle-ci de son existence juridique. En ceci, c'est à juste titre que, dans sa décision *IVG*, le Conseil constitutionnel a pu décrire les décisions prises en application du contrôle de constitutionnalité de l'article 61 de la Constitution comme revêtant un « caractère absolu et définitif ». Si les lois tirent exclusivement leur validité de la Constitution, alors la preuve est faite que les traités internationaux n'interviennent dans les rapports normatifs que comme des normes parallèles à l'ordre juridique interne.

## 2 – Le contrôle de constitutionnalité peut-il se définir comme un rapport de validité indirecte entre la loi et la Constitution ?

Le raisonnement qui précède, parfaitement applicable aux normes du droit international « classique », demeurera-t-il valable s'agissant des normes de droit communautaire ? La question doit être posée.

30. O. Pfersmann, « Carré De Malberg et la "hiérarchie des normes" », *op. cit.*, p. 487-488.

La décision *IVG*, en soulignant le caractère « absolu et définitif » des décisions du Conseil constitutionnel, faisait clairement ressortir que le contrôle de constitutionnalité était par nature un contrôle de validité. Dès lors, l'affirmation subséquente de la « différence de nature » entre constitutionnalité et conventionnalité avait une double signification : premièrement, le contrôle de conventionnalité n'est pas un contrôle de constitutionnalité ; deuxièmement, le contrôle de conventionnalité n'est pas un contrôle de validité. Il est donc acquis que le principe de primauté posé à l'article 55 de la Constitution n'établit pas un rapport de validité entre les normes internationales et les lois. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Société des cafés Jacques Vabre*<sup>31</sup>, le Procureur général Touffait évoquait la « solution technique » initiée par les cours d'appel pour donner une sanction juridictionnelle à l'article 55 de la Constitution. Celle-ci, expliquait-t-il, consiste à « assurer le respect de la norme supérieure, non pas certes en annulant la règle inférieure, mais simplement en écartant l'application, en l'espèce, de la règle inférieure au bénéfice de la règle supérieure »<sup>32</sup>. Le Conseil constitutionnel, parce qu'il est juge de la validité, et non de la simple applicabilité des lois, ne pouvait se charger du contrôle de leur conventionnalité. C'est la raison pour laquelle il a opéré un renvoi aux juridictions ordinaires<sup>33</sup>.

Mais qu'en est-il de l'article 88-1 de la Constitution ? Car au vu de la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel, c'est désormais cette disposition, et non plus l'article 55<sup>34</sup>, qui régit les rapports entre droit communautaire et droit interne. La primauté du droit communautaire, telle qu'elle résulte notamment de l'interprétation de l'article 88-1 dans la décision *Economie numérique*, aura-t-elle pour conséquence d'ins-taurer un rapport d'une nature nouvelle entre la loi et la norme communautaire ?

Depuis longtemps déjà, il est apparu que, contrairement à la primauté qui s'attache aux autres normes internationales, la primauté du droit communautaire n'était pas affectée par la « contingence » et la « relativité » résultant de la condition de réciprocité visée à l'article 55. Mais surtout, les normes communautaires sont issues d'un ordre juri-

31. Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des douanes c/Société des Cafés Jacques Vabre*, *JCP*, 1975, II, 18180 bis, concl. A. Touffait.

32. A. Touffait, concl. précitées, p. 502.

33. Par plusieurs décisions, le Conseil constitutionnel a lancé des appels réguliers à l'adresse des juges ordinaires, pour les inviter à endosser la charge du contrôle de conventionnalité des lois. Le Conseil précise dès 1986 que l'application des conventions internationales doit être assurée par les « divers organes de l'Etat », « dans le cadre de leurs compétences respectives » : décision 86-216 DC du 3 septembre 1986, *Entrée et séjour des étrangers*, *Rec.* 135, *RJC* I-281.

34. En ce sens, voir notre article intitulé « La primauté du droit communautaire. Retour sur la portée de l'article 88-1 de la Constitution », à paraître prochainement aux *Petites Affiches* ; voir également B. Mathieu, « Un an de jurisprudence constitutionnelle : bilan, perspective et questions », *D.*, 2005, chron. p. 923.

dique désormais consacré par le Conseil constitutionnel comme « intégré » à l'ordre juridique interne et « distinct » de l'ordre juridique international<sup>35</sup>. La spécificité du droit communautaire repose clairement, depuis la décision *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, sur cette notion d' « intégration ». Cette dernière est probablement appelée à conditionner, à terme, une modification du schéma actuel des rapports normatifs entre normes constitutionnelles, normes communautaires et lois. A cet égard, et d'ores et déjà, que dire, par exemple, de la nature du rapport pouvant exister entre une directive communautaire et la loi qui, en vertu d'une « exigence constitutionnelle »<sup>36</sup>, la transpose ? Qu'implique cette « exigence » en termes de sanction juridictionnelle ?

Dans la décision *Economie numérique*, le Conseil constitutionnel déclare par un considérant de principe, expressément fondé sur l'article 88-1 de la Constitution, « 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 de la Constitution ; qu'en l'absence d'une telle disposition, il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux définis par l'article 6 du traité sur l'Union européenne »<sup>37</sup>. Pour, ensuite, juger que les dispositions de la loi déferée « se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises » de la directive « sur lesquelles il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de se prononcer »<sup>38</sup>, le Conseil se livre à une véritable confrontation de la loi à la directive. Sauf exception<sup>39</sup>, nombreux sont les commentaires de la décision *Economie numérique* qui, devant cette confrontation, ont conclu à un ébranlement, avéré ou probable, de la jurisprudence *IVG*<sup>40</sup>. La confrontation ainsi opérée, en ce qu'elle viserait à apprécier le « rapport de compatibilité entre la loi et le droit dérivé communautaire », a même été baptisée « contrôle de la dérivéité »<sup>41</sup>. Mais d'une façon générale, la doctrine a salué la consécration d'une

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

36. Décision 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Economie numérique*, préc., cons. 7.

37. Cons. 7.

38. Cons. 9.

39. Par exemple J. Roux, « Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution », *RDJ*, 2004, p. 922.

40. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni, C. Lambert, « Droit communautaire et Constitution française : le débat est relancé », *AIDA*, 2004, p. 2265 ; L. Argenti, *Revue de l'actualité juridique française*, octobre 2004, p. 1 ([www.rajif.org](http://www.rajif.org)) ; M. Gautier, F. Melleray, « Le refus du Conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire », *AIDA*, 2004, p. 1539.

41. P.-Y. Monjal, « La Constitution, toute la Constitution, rien que le droit communautaire... », *LPA*, 12 août 2004, n° 161, p. 16 et 19.

« théorie »<sup>42</sup> ou d'une « jurisprudence »<sup>43</sup> de la « directive écran », ou encore évoqué une « technique du "droit communautaire écran" »<sup>44</sup>. En effet, le contrôle ainsi opéré, que nous préférons appeler *contrôle de l'immunité communautaire* de la loi, n'est en réalité qu'une des conséquences juridictionnelles de la mise en œuvre du principe de l'immunité constitutionnelle des normes internationales en vigueur dans l'ordre juridique interne : il s'agit pour le Conseil constitutionnel de séparer le champ de l'immunité communautaire du champ proprement législatif de la loi, sachant que seul ce dernier, non protégé par l'immunité, pourra faire l'objet d'un examen de constitutionnalité.

Ce point ne pose pas vraiment de difficulté. Celui, en revanche, qui suscite véritablement l'interrogation porte sur la question de savoir si le respect de l'« exigence constitutionnelle » dégagée dans la décision *Économie numérique* pourrait impliquer l'exercice d'un contrôle qui aurait pour finalité le respect de l'article 88-1 de la Constitution et qui, par conséquent, constituerait un contrôle de la constitutionnalité de la loi. Ne faut-il pas, par exemple, envisager l'hypothèse d'une loi qui, dans ses dispositions ayant directement vocation à transposer, se serait mal acquittée de sa mission ? On s'est demandé, en doctrine<sup>45</sup>, si, aux yeux du Conseil constitutionnel, une « mauvaise transposition » équivaudrait, de la part du législateur, à une violation de l'article 88-1 de la Constitution. Cela supposerait que ladite « exigence constitutionnelle » implique une notion de *qualité* de la transposition. Comment faudrait-il entendre la méconnaissance de cette exigence ? Qu'en serait-il, en particulier, d'une loi qui viendrait de façon flagrante en violation de la directive ? Dans une telle hypothèse, même si, formellement, la censure juridictionnelle intervenait pour violation de « l'exigence constitutionnelle », la violation de la directive n'en serait pas moins la cause juridique. Sur un plan matériel, il s'agirait bel et bien d'un contrôle de « communautarité », puisque la loi serait en réalité sanctionnée *à cause* de sa non-conformité à une norme communautaire. Dans ce cas, on se trouverait en présence d'une « exigence » qui ne se contenterait plus seulement d'impliquer une obligation pour le législateur de qualité dans la transposition, mais qui, par le biais de l'article 88-1, emporterait intégration automatique dans le réservoir des normes de référence du contrôle de constitutionnalité de toutes les directives dont la transposition serait

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

43. B. Mathieu, « Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne en s'appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales », *D.*, 2004, n° 24, p. 1739.

44. P. Cassia, « Le véritable sens de la décision n° 2004-496 du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2004, *Tribune*, p. 1385.

45. Par exemple, D. Chamussy, « Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire et la sécurité juridique », *AJDA*, 2004, p. 1940.

déférée au Conseil constitutionnel. Le cas de figure serait inédit : par le truchement d'une disposition constitutionnelle (l'article 88-1), la validité des lois ordinaires pourrait être remise en cause du fait de la méconnaissance de normes de droit communautaire dérivé.

Dès lors qu'un tel contrôle serait, formellement, un contrôle de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel pourrait l'exercer sans sortir du cadre de sa compétence de juge de la validité des lois. Mais il s'agirait en l'occurrence d'une validité *indirecte*. L'idée de « constitutionnalité indirecte »<sup>46</sup> autrefois avancée par le Président Genevois trouverait-elle aujourd'hui une concrétisation sur le terrain de l'article 88-1 de la Constitution ? Sur toutes ces questions, la prudence doit être mise, car « à procéder de la sorte, on occulte la spécificité de la norme par rapport à laquelle s'exerce, et *directement*, le contrôle »<sup>47</sup>, savoir la nature internationale du traité. L'existence et les modalités d'un tel contrôle doivent en effet pouvoir se justifier au regard de l'article 61 de la Constitution, qui définit la compétence du Conseil constitutionnel comme juge de la constitutionnalité des lois.

#### B – LA MISSION DU JUGE CONSTITUTIONNEL AU REGARD DE L'ARTICLE 61 DE LA CONSTITUTION

L'article 61 de la Constitution confie sans équivoque au Conseil constitutionnel la mission de veiller au respect de la Constitution ; il n'y est pas fait mention des traités. Au contraire, le Conseil affirme qu'il ne lui appartient pas, « lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution », d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international<sup>48</sup>. Selon les termes du Conseil, les dispositions de l'article 55 « ne prescrivent ni n'impliquent »<sup>49</sup> que le respect du principe de supériorité des traités doit être assuré dans le cadre du contrôle de constitutionnalité prévu à l'article 61. Cet article n'envisage d'autre rapport que celui de la constitutionnalité, à l'exclusion de la conventionnalité. C'est cette logique du contrôle de constitutionnalité qui sous-tend et justifie intégralement la décision *IVG*.

46. Dans sa note sous l'arrêt *Nicola* (CE, Ass., 20 octobre 1989, *Leb.* 190), B. Genevois, notamment, a soutenu que le conflit entre la loi et le traité soulevait, par la médiation de l'article 55, un problème de « constitutionnalité indirecte » (*RFDA*, 1989, p. 825-828). Dans le même sens, voir également F. Luchaire, « Le juge et le droit public », in *Mélanges Waline* LGDJ, 1974, t. II, p. 563 ; R. Pinto, « Commentaire de l'article 55 », in *La Constitution de la République française*, Economica, 1987, p. 1063. Voir enfin les notes, sous l'arrêt *Nicola*, de J. Dehaussy, *JDI*, 1990, p. 13-14 et J. Rivero, *AIDA*, 1975, p. 136 ; et, sous l'arrêt *Commune de Portä*, de D. Boilet et J.-F. Lafaix, *RDJ*, 2003, p. 1497-1498.

47. L. Dubouis, note sous l'arrêt *Nicola*, *RFDA*, 1989, p. 1002.

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

49. Cons. 3.

En serait-il autrement si le Conseil devait se prononcer quant à la possibilité d'assurer le respect des normes communautaires sur le fondement de l'article 88-1 ? Faut-il conclure de la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel que, contrairement à l'article 55, les dispositions de l'article 88-1 de la Constitution, bien qu'elles ne le « prescrivent » pas, « impliquent » que le respect du principe de primauté du droit communautaire soit assuré dans le cadre du contrôle de constitutionnalité prévu à l'article 61 de la Constitution ? Ce que le Conseil constitutionnel avait refusé sur le fondement de l'article 55, l'acceptera-t-il sur le fondement de l'article 88-1 ? Si c'était le cas, un tel contrôle devrait respecter le cadre et les contraintes de l'article 61.

En premier lieu, l'article 61 prévoyant un contrôle *a priori*, la compétence du Conseil constitutionnel ne pourrait s'exercer qu'à l'égard des lois sur lesquelles pèse l'obligation communautaire – et désormais constitutionnelle, en vertu de l'article 88-1 de la Constitution – de transposer une directive communautaire ou, de façon plus générale, de mettre en œuvre le droit communautaire. Son contrôle n'interviendrait pas pour régler les problèmes de conflits de normes pouvant surgir *a posteriori*, au stade de l'application du droit communautaire. A cet égard, on pourra relever un arrêt *Mlle Deprez et M. Baillard* du 5 janvier 2005<sup>50</sup>, dans lequel le Conseil d'Etat rappelle très clairement les contours du cadre de compétence établi par l'article 61 : « Considérant que l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958 a confié au Conseil constitutionnel le soin d'apprécier la conformité d'une loi à la Constitution ; que ce contrôle est susceptible de s'exercer après le vote de la loi et avant sa promulgation ; qu'il ressort des débats, tant du Comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'Etat lors de l'élaboration de la Constitution, que les modalités ainsi adoptées excluent un contrôle de constitutionnalité de la loi au stade de son application ». On est frappé par la solennité de cette formule qui entend faire un rappel ferme du caractère préventif du contrôle de constitutionnalité des lois en France, rappel qui, étrangement, semble s'adresser au moins autant au juge administratif (réaffirmation implicite de son refus de contrôler la constitutionnalité des lois) qu'au Conseil constitutionnel lui-même. Cette formule a en tout cas le mérite de montrer, si besoin en était encore, que la logique du contrôle de constitutionnalité telle qu'elle résulte du texte constitutionnel, ne pourrait s'engager dans la voie d'un contrôle systématique du respect par les lois promulguées du droit communautaire qu'au prix d'une révision de l'article 61 de la Constitution.

50. Voir le commentaire de B. Bonnet, « Le Conseil d'Etat, la Constitution et la norme internationale », *RFDA*, 2005, p. 56-66, et la note de L. Burgorgue-Larsen, *AIDA*, 2005, p. 845-850.

En second lieu, sur le plan des considérations pratiques, il n'est guère besoin de rappeler les difficultés que générerait la compétence du Conseil constitutionnel pour contrôler la « communautarité » des lois, notamment en raison de la densité de la source juridique que constitue le droit communautaire dérivé, sans oublier sa précarité due aux fréquentes sanctions du juge communautaire. L'exercice par le Conseil constitutionnel du contrôle de conventionnalité se heurterait également à un obstacle dirimant, lié aux éventuels problèmes d'interprétation que pourrait soulever la norme internationale applicable. On veut bien sûr évoquer ici l'impossibilité pratique résultant des contraintes temporelles – inhérentes au contrôle de constitutionnalité *a priori* – fixées par l'article 61 de la Constitution, qui ne permettraient pas au Conseil, le cas échéant, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle.

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

## II — DROITS FONDAMENTAUX CONSTITUTIONNELS ET DROITS FONDAMENTAUX COMMUNAUTAIRES : DES NORMES MATÉRIELLEMENT INDIFFÉRENCIÉES

En 1990, dans ses conclusions sur l'arrêt *Confédération nationale des associations familiales catholiques et Association pour l'objection de conscience à toute participation à l'avortement*<sup>51</sup>, le commissaire du Gouvernement Bernard Stirn, s'adressant au Conseil d'État, avait déclaré, au sujet de la Convention européenne des droits de l'homme : « la critique d'une loi au regard de ses stipulations pourrait (...), si vous n'y preniez garde, vous conduire à exercer une sorte de second contrôle de constitutionnalité des lois »<sup>52</sup>. Pour nombre d'auteurs, le désordre du système actuel se cristalliserait tout particulièrement en matière de droits fondamentaux, dans la mesure où il existe un double système de protection juridictionnelle au

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

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

travers du contrôle de constitutionnalité et du contrôle de conventionnalité. L'identité matérielle<sup>53</sup> forte des droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels plaiderait en faveur d'une concentration de la compétence dans les mains du Conseil constitutionnel. On a appelé en doctrine à un abatement des cloisonnements traditionnels concernant les normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel, en effet, censé n'utiliser que la Constitution, ne parviendrait pas à respecter à la lettre les limites qu'il s'est lui-même fixées par la jurisprudence *IVG*, dès lors qu'il s'inspire largement de la Convention européenne des droits de l'homme et des principes généraux du droit communautaire.

Aussi un contrôle de « fondamentalité » a-t-il été proposé<sup>54</sup>. Ce contrôle ne supposerait l'abandon de la jurisprudence *IVG* que s'agissant des normes de référence relatives aux droits fondamentaux, la séparation entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité demeurant valable s'agissant des autres normes internationales. Grâce à un tel système, il se créerait un véritable « bloc de fondamentalité » au sein duquel on ne distinguerait pas l'origine constitutionnelle ou conventionnelle des libertés protégées. Pour l'auteur de cette proposition, l'intérêt de la compétence du Conseil constitutionnel résiderait, outre une meilleure protection des droits fondamentaux, dans l'avantage de ne pas « voir à terme l'essentiel du pouvoir en matière de respect des droits fondamentaux échapper au juge constitutionnel et par là même au champ constitutionnel »<sup>55</sup> et, du coup, de supprimer tout risque d'effacement du Conseil constitutionnel<sup>56</sup>.

L'idée de l'intégration des droits fondamentaux conventionnels dans les normes de référence utilisées par le Conseil constitutionnel n'est donc pas nouvelle<sup>57</sup> et, à l'heure où il est question de la ratification de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, cette idée jouit

53. Dans le sens de cette identité matérielle, P. Wachsmann, « L'article 55 de la Constitution et les conventions internationales relatives aux droits de l'homme », *RDP*, 1998, n° spécial, p. 1679 ; J. Andriantsimbazovina, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de "fondamentalité" ? », *RFDA*, 2002, p. 127-129.

54. J. Andriantsimbazovina, *ibid.*, p. 136-138.

55. Mv. Bm. Sa, note précitée sous décision 98-405 DC du 29 décembre 1998, *Loi de finances pour 1999*, p. 23.

56. Dans le sens de la crainte d'un effacement progressif du Conseil constitutionnel du fait de son refus de prendre part au contrôle de conventionnalité, B. Mathieu, *RFDA*, 2000, p. 296 ; O. Dord, *Cours constitutionnelles nationales et normes européennes*, thèse, Paris X, 1996, p. 289.

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

d'un prévisible regain d'intérêt. L'interrogation prospective ne doit donc pas être exclue.

Ayant eu à se prononcer sur la conformité à la Constitution de la Charte, le Conseil a jugé que ses dispositions n'appelaient pas de révision de la Constitution<sup>58</sup>. En outre, la Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes des États membres<sup>59</sup>. Il faut donc se demander si le Conseil constitutionnel, tirant parti de ce que les droits fondamentaux constitutionnels et communautaires sont compatibles et matériellement si proches, ne sera pas tenté d'élargir au droit communautaire son réservoir de normes de référence en matière de protection des droits fondamentaux.

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

#### A – LA FAISABILITÉ TENANT À L'ARTICULATION DE LA COMPÉTENCE DU JUGE CONSTITUTIONNEL AVEC CELLE DES JURIDICTIONS ORDINAIRES

A l'égard de la compétence des juridictions ordinaires, l'hypothèse de la compétence du Conseil constitutionnel pour assurer le respect des droits fondamentaux communautaires n'est pas techniquement impraticable. Étant donné que la compétence du juge constitutionnel, circonscrite aux seules normes protectrices des droits fondamentaux, ne couvrirait qu'une portion du droit communautaire, la Cour de justice ne pourrait lui reprocher de porter atteinte à la compétence des juges ordinaires, qui resteraient juges de droit commun du droit communautaire. N'impliquant pas une compétence ni exclusive, ni intégrale du juge constitutionnel, ce contrôle pourrait donc s'avérer compatible avec la jurisprudence *Simmenthal*<sup>60</sup>. Certes, selon cet arrêt, le contrôle de la légalité communautaire ne doit pas être concentré entre les mains des cours constitutionnelles<sup>61</sup> : il reconnaît une plénitude de compétence au juge

58. Décision 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, JO, 24 novembre 2004, p. 19885 (cons. 22).

59. Article II-112, § 4 du traité.

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

61. Dans cet arrêt, la Cour de justice avait sévèrement condamné l'attitude du juge constitutionnel italien. Ce dernier se réservait la compétence exclusive du pouvoir de sanc-

national en sa qualité de « juge de droit commun du droit communautaire ». L'ordre juridique communautaire, par une habilitation directe, a constitué le juge interne comme son organe, et non pas le juge constitutionnel. Mais la précision selon laquelle le juge ordinaire est libre d'agir « sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable » des dispositions de la législation nationale « par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel » ne signifie pas que soit exclue toute intervention du juge constitutionnel. Elle écarte seulement, en définitive, une compétence exclusive qui aurait pour effet de porter préjudice à celle du juge ordinaire<sup>62</sup>.

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

tionner, en les déclarant inconstitutionnelles, les lois contraires au droit communautaire. La Cour constitutionnelle italienne a, depuis, consenti à revenir sur sa position et à se conformer aux vœux du juge communautaire selon lequel le juge national a l'obligation d'appliquer le droit communautaire en écartant au besoin toute disposition contraire de la législation nationale, « sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel ». Ce revirement de jurisprudence a été consacré par l'arrêt n° 170/84 du 8 juin 1984, *SPA Granital c/Administration fiscale de l'Etat* (A. Barav, « Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire : le fantôme de Simmenthal », *RTDE*, 1985, p. 313-341 ; A. La Pergola et P. Del Luca, « Community law, international law and the Italian constitution », *AJIL*, 1985, vol. 79, n° 3, p. 598-621 ; J.-V. Louis, « Droit communautaire et loi postérieure : un revirement de la Cour constitutionnelle italienne », *CDE*, 1986, p. 193-202 ; E. Traversa, « La jurisprudence italienne concernant le droit européen (années 1984-1987) », *RMC*, 1988, p. 341-346).

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

Opter, au contraire, pour un contrôle *a posteriori* soulève encore plus crucialement la question de l'articulation entre la compétence du juge constitutionnel et celle des tribunaux ordinaires. Selon la proposition précitée du Professeur Andriantsimbazovina<sup>63</sup>, celle-ci pourrait trouver sa résolution dans la mise en place d'un système de renvoi préjudiciel en interprétation des droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel. Cette solution, en facilitant l'unification du contentieux, préviendrait efficacement toute divergence entre ce dernier et les juges ordinaires. Elle aurait de plus l'avantage de ne pas confisquer la compétence des juridictions ordinaires comme juges de la conventionnalité des lois en matière de droits fondamentaux.

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

#### B - LES LIMITES DE LA FAISABILITÉ TENANT À L'ARTICULATION DE LA COMPÉTENCE DU JUGE CONSTITUTIONNEL AVEC CELLE DU JUGE COMMUNAUTAIRE

L'un des avantages de la compétence du Conseil constitutionnel, précisément en matière de droits fondamentaux, serait de réduire le risque de voir ses décisions exposées au désaveu des instances européennes. Ce problème est déjà survenu en France dans une affaire relative à la Convention européenne des droits de l'homme. La chose était prévisible, diront ceux qui souhaitent voir le Conseil renoncer à sa jurisprudence et exercer le contrôle de conventionnalité : tous les constitutionnalistes se souviennent en effet de la « leçon de droit »<sup>64</sup> que le Conseil s'est vu infliger par la Cour européenne des droits de l'homme qui a condamné la France<sup>65</sup> pour l'application judiciaire d'une loi de validation<sup>66</sup> qui avait antérieurement été déclarée constitutionnelle<sup>67</sup>. En matière communautaire, ce risque devrait être minime dans la mesure où les traités communautaires soumis

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

64. D. Rousseau, *chron.* précitée, p. 30.

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

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

67. Décision 93-332 DC du 13 janvier 1994, *Validation des décisions de caisses de sécurité sociale*, *Rec.* 21 ; *RJC*, I-567.

à ratification sont rendus conformes à la Constitution, le cas échéant, par voie de révision constitutionnelle. Ce risque devrait en principe être encore moins grand s'agissant de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, puisque le Conseil constitutionnel a déclaré que ses dispositions, jugées conformes, n'appelaient pas de révision de la Constitution. Notons que la même conformité à la Constitution devrait également bénéficier aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme puisque, l'Union européenne adhérant désormais à la Convention<sup>68</sup>, ces dernières sont reprises par la Charte<sup>69</sup>. Mais de la même façon qu'« une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution »<sup>70</sup>, de la même façon, une loi conforme à la Constitution ne sera pas pour autant toujours conforme à un traité. La déclaration de conformité à la Constitution de la Charte ne garantit pas une infaillible harmonie entre les décisions du juge constitutionnel et celles du juge communautaire. Dès lors, on ne voit pas ce qui empêcherait le cas de figure de l'affaire *Zielinsky et Pradal, Gouzalou et autres c/France*<sup>71</sup> de se produire à nouveau.

Si les dispositions de la Charte devenaient des normes de référence du contrôle de constitutionnalité, atteindrait-on dans ce domaine le risque « zéro » ? Le risque serait réduit mais sans complètement disparaître, car même dans cette hypothèse où juge communautaire et juge constitutionnel puiseraient dans le même réservoir de normes de référence en matière de droits fondamentaux (les dispositions de la Charte), l'uniformité de la jurisprudence ne pourrait vraiment être assurée qu'à la condition d'une interprétation uniforme desdites normes de référence. Cette question est cruciale. Or il est fort à penser que si le Conseil constitutionnel se déclarait compétent pour assurer le respect des droits proclamés par la Charte, il ne reculerait pas devant l'interprétation de ses dispositions. Le pas a d'ailleurs déjà été franchi dans la décision *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* où le Conseil ne déclare pas l'ensemble de la Charte compatible avec la Constitution sans avoir pris soin auparavant d'imprimer sa propre interprétation à certaines de ses dispositions. Certes, pour ce faire, le Conseil ne se réfère pas directement à la Constitution mais a recours à un procédé transitif qui le conduit à faire directement référence à la Convention européenne des droits de l'homme et même à la jurisprudence de la Cour européenne<sup>72</sup> : c'est ainsi qu'il par-

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

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

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

71. Cour eur. DH, 28 octobre 1999, *Zielinsky et Pradal, Gouzalou et autres c/ France*, préc.

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

viendra à imposer la définition française du principe de laïcité, en redéfinissant l'article II-70 de la Charte relatif à la liberté de pensée, de conscience et de religion à la lumière de l'article 9 de la Convention tel qu'interprété par un arrêt *Leyla Sahin c/Turquie* de la Cour européenne<sup>73</sup>. Mais en réalité, par ce procédé, le Conseil constitutionnel réussit à façonner l'article II-70 de la Charte sur le modèle constitutionnel, comme le montre la fin du considérant : « dans ces conditions, sont respectées les dispositions de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution aux termes desquelles "la France est une République laïque", qui interdisent à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers »<sup>74</sup>. Les commentateurs y verront un « jeu de miroirs »<sup>75</sup>, un magnifique tour de « passe-passe » ou encore un « exercice de haute voltige juridique »<sup>76</sup>. Quoi qu'il en soit, la transition par la Convention européenne des droits de l'homme pouvait trouver sa justification dans l'article II-112, § 3 qui stipule : « dans la mesure où la Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne des sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention ». Il est en revanche certain que le Conseil constitutionnel n'aurait pas pu interpréter la Charte directement à la lumière de l'article I<sup>er</sup> de la Constitution. En effet, il ne pouvait tirer argument de l'article II-112, § 4 du traité aux termes duquel « dans la mesure où la présente Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions », dès lors que le principe de laïcité ne peut vraisemblablement pas être compté parmi lesdites « traditions constitutionnelles communes ». Or comme le rappelle le Professeur Sudre, seuls les droits et principes résultant des traditions constitutionnelles communes doivent être interprétés dans un souci de conciliation avec le droit constitutionnel national<sup>77</sup>.

Ces éléments laissent à penser que dans l'hypothèse d'une intégration des droits fondamentaux communautaires dans les normes de référence

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

74. Cons. 18.

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

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

77. F. Sudre, « Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Réflexions critiques », *RFDA*, 2005, p. 36.

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

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

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

paysage juridictionnel des compétences en matière de constitutionnalité et de conventionnalité. Or dans ce domaine, la devise du Conseil constitutionnel est simple. En voici le « fil conducteur » : « disposer en toute circonstance d'un juge et d'un seul »<sup>78</sup>. Il appartient aujourd'hui au juge constitutionnel de décider si, et dans quelle mesure, sa jurisprudence peut évoluer.

78. J.-E. Schoettl, « La brevetabilité des gènes, le droit communautaire et la Constitution », *LPA*, 17 août 2004, n° 164, p. 10.