

Le contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux dans le cadre des attributions consultatives du Conseil d'État. L'influence réciproque du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel

Tiffanie Tabeau

DANS **REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL** 2016/4 N° 108 , PAGES 939 À 964
ÉDITIONS **PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE**

ISSN 1151-2385

ISBN 9782130734246

DOI 10.3917/rfdc.108.0939

Date de mise en ligne : 06/12/2016

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2016-4-page-939?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.

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.

*Le contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux
dans le cadre des attributions consultatives du Conseil d'État.
L'influence réciproque du Conseil d'État et du Conseil
constitutionnel*

TIFFANIE TABEAU

Depuis sa création en 1799, le Conseil d'État est à la fois le juge suprême des activités administratives et le conseiller juridique du gouvernement¹.

Historiquement, le Conseil d'État est rattaché au pouvoir exécutif, et ce, quelle que soit la fonction envisagée. L'idée selon laquelle le Prince doit demander conseil apparaît sous la féodalité, comme la reconnaissance d'un privilège de juridiction en sa faveur. Ces idées sont mises en œuvre et se développent tout au long de l'Ancien Régime, en même temps que l'institutionnalisation du Conseil du Roi. C'est au sein de cette institution, proche de la personne royale, que se détachent peu à peu et au fil des siècles des organes exerçant les fonctions que le Conseil d'État exerce encore de nos jours, et qui sont ressuscitées par la Constitution de l'an VIII sous leur forme moderne et définitive : la fonction contentieuse et la fonction consultative (article 52 de la Constitution de l'an VIII. La Révolution – qui ne remet pas en cause le privilège de juridiction au profit de l'administration – supprime le Conseil du Roi, mais maintient le Conseil des Parties pour juger des affaires pendantes)².

Il est possible d'affirmer aujourd'hui que la fonction consultative du Conseil d'État demeure une raison d'être presque aussi fondamentale que sa fonction juridictionnelle qui, d'ailleurs, en est issue³. Dans l'exercice de cette mission consultative, le Conseil d'État a pour préoccupation

Tiffanie Tabeau, Docteur en droit public, Laboratoire interdisciplinaire de droit des médias et des mutations sociales, Aix-Marseille Université, LID2MS EA 4328.

1. CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, Rec. Lebon p. 1148, Conclusions du commissaire du gouvernement Jagerschmidt. *GAJA* n° 20, Dalloz, 2014, n° 5, p. 36 ; S. 1892. 3.17, note M. Hauriou ; « *Droits* », n° 9, 1989.78, J. Chevallier « Réflexions sur l'arrêt Cadot ».

2. S. Leroyer, « Le Conseil d'État, colégislateur ? La possibilité de saisir le Conseil d'État d'une proposition de loi », *CRDF*, n° 10, 2012, p. 69.

3. V. A. Andrieux, *Le rôle consultatif du Conseil d'État*, Livre jubilaire, Sirey, Paris, 1952, p. 395.

essentielle de veiller au respect de la hiérarchie des normes, à la qualité et à la cohérence des textes proposés.

À côté du Conseil d'État, le Conseil constitutionnel peut être amené à exercer un contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux afin de vérifier que ces engagements ne comportent pas de clauses contraires à la Constitution. Le droit de saisine est ouvert aux mêmes autorités que celles habilitées à le saisir en matière de contrôle de constitutionnalité des lois, à savoir le président de la République, le Premier ministre, le président du Sénat ou de l'Assemblée nationale et, depuis la loi constitutionnelle du 25 juin 1992, 60 députés ou 60 sénateurs⁴.

Le contrôle de constitutionnalité a pour objet de faire respecter la hiérarchie des normes, dont l'ordonnancement fonde le principe de légalité démocratique. Ce contrôle peut se définir comme un mécanisme garantissant la conformité des règles de droit aux principes définis par la Constitution. Ce contrôle des normes trouve son fondement dans la hiérarchie des normes au sens de la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen paru en 1934, et au sein de laquelle la norme est définie comme « la signification d'un acte par lequel une conduite est ou prescrite ou permise et en particulier habilitée⁵ ». L'un des fondements de cette théorie consiste à dire que les normes ne peuvent exister isolément. Elles s'inscrivent nécessairement dans la hiérarchie des normes et sont interdépendantes, la validité d'une norme dépendant nécessairement et logiquement d'une norme supérieure valide⁶.

À côté du contrôle de constitutionnalité des lois, il existe aussi une procédure de vérification de la conformité des engagements internationaux prévue par l'article 54 de la Constitution⁷. Il s'agit d'un contrôle préventif spécifique dit de « contrariété » à la Constitution. En application de cet article, le Conseil peut être saisi de tout engagement international dont la ratification ou l'approbation est envisagée, afin d'examiner s'il contient des dispositions contraires à la Constitution. Dans cette hypothèse, l'autorisation de le ratifier ou de l'approuver ne pourra intervenir qu'après une révision de la Constitution mettant fin à cette contrariété⁸.

4. Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, ajoutant à la Constitution un titre : « Des Communautés européennes et de l'Union européenne » (1), *JO* n° 147 du 26 juin 1992, p. 8406.

5. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., 1960, trad. Eisenmann, 1962, Dalloz, rééd. 1999, Bruylant, LGDJ, p. 7.

6. Voir V. Lasserre, « Définition de la hiérarchie des normes : contrôle de validité des normes », *Répertoire de droit civil*, juillet 2015.

7. L. Favoreu, « La décision de constitutionnalité », *RIDC* 2-1986, p. 611.

8. P.-H. Prétot, *Droit des libertés fondamentales*, Hachette 2010, Paris, p. 103.

Le titre VI de la Constitution du 4 octobre 1958 fait une distinction entre deux catégories d'engagements internationaux. D'une part les traités, qui sont négociés et ratifiés par le président de la République, et d'autre part les accords qui font l'objet d'une approbation par le Gouvernement (art. 52).

En outre, si l'article 52 prévoit que le « chef d'État négocie et ratifie les traités », l'alinéa suivant précise que ce dernier « est informé de toute négociation tendant à la conclusion d'un accord international non soumis à ratification ». S'agissant des accords sous forme simplifiée, définis comme ceux qui entrent en vigueur entre les parties dès leur signature, et du contrôle administratif de la procédure d'introduction de ces accords dans l'ordre interne, c'est dans sa décision *Navigator* du 13 juillet 1965 que le Conseil d'État vient apporter certaines précisions⁹. En effet, le Conseil d'État se déclare compétent pour contrôler la régularité de l'accomplissement des mesures de ratification¹⁰ et de publication¹¹ et s'assure également de l'autorité compétente. Il veille ainsi à la continuité du processus d'introduction dans l'ordre interne d'un accord en forme simplifiée.

C'est en vertu des articles 54 et 61 al. 2 de la Constitution que le Conseil constitutionnel exerce respectivement un contrôle direct et indirect d'un engagement international. Dans ses décisions du 19 juin 1970 et des 29 et 30 décembre 1976, le Conseil a étendu sa compétence au-delà des seuls « traités et accords » mentionnés à l'article 53 aux « engagements internationaux »¹².

9. CE, ass., 13 juillet 1965, n° 05278, *Lebon* 1965, p. 423, concl. J. Fournier ; *Rev. Crit. DIP* 1966, 610-619, note J. Déhaussy ; *AJDA* 1965, 470, chron. M. Puybasset et J.-P. Puissochet ; *JCP* 1965, 14349, note C. Rousseau ; *Gaz. Pal.*, 1965-I, 356 ; *AFDI* 1966, 846, obs. A.-C. Kiss ; *JDI* 1967, 385, note R. Pinto. Le Conseil d'État avait déjà précisé, avant cette décision, qu'à défaut de publication régulière, un accord en forme simplifiée n'était pas applicable en France (CE, 18 juin 1965, *Consorts Chatelain*, n° 58761, *Lebon* 366). Voir C. Chayet, « Les accords en forme simplifiés », *AFDI* 1956, p. 3.

10. Ce n'est qu'une trentaine d'années plus tard que, de manière générale, ce contrôle de la régularité de la ratification a été étendu à la vérification de l'accomplissement par le pouvoir exécutif des modalités d'autorisation parlementaire de ratifier les traités ou les accords visés par l'article 53 de la Constitution (CE, ass. 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim* ; CE 23 février 2000, *Bamba Dieng et autres*, n° 157922, *Lebon* 71) ; *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Paris, Dalloz, coll. Les grands arrêts, 2015, 6, p. 49.

11. Cette exigence de publication est issue d'une règle constitutionnelle (CE, 24 mai 1954, *Société X* ; 8 janvier 1955, *Ministre des finances c/ Société X*). L'existence de cette publication est vérifiée d'office par le Conseil d'État pour les accords en forme simplifiée : CE, 16 novembre 1956, *Villa*, n° 25627, *Lebon* 433, concl. Président P. Laurent, *RD publ.* 1957.123 ; chron. MM. J. Fournier et G. Braibant, *AJDA* 1956.II.487. La régularité de l'accomplissement de cette condition à l'introduction d'une norme conventionnelle internationale dans l'ordre interne est contrôlée par le juge administratif : CE, 23 décembre 1981, *Commune de Thionville et autres*, n° 15309, *Lebon* 484 ; CE, 26 juillet 1985, *Hans Blaser*, n° 66769.

12. Décision n° 70-39 DC du Conseil constitutionnel français du 19 juin 1970 relative au traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les Communautés européennes et décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970, relative au remplacement

Cet article propose de revenir sur la relation entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel dans le cadre respectivement de leurs attributions consultatives et juridictionnelles. En effet, les deux juridictions peuvent être amenées à se prononcer sur la même norme juridique. Que se passe-t-il dans cette hypothèse ? Quelles relations entretiennent les deux juridictions ?

Face à la multiplicité et l'enchevêtrement des normes, la nécessité de trouver un terrain d'entente quant à leur interprétation s'impose afin de satisfaire la bonne administration de la justice, de garantir la cohérence jurisprudentielle et la sécurité juridique. C'est ici toute la question relative au fameux « dialogue des juges » dont il s'agit, et plus précisément celui entre le juge administratif et le juge constitutionnel. Dans le cadre de cet article relatif aux attributions consultatives du Conseil d'État, il s'avère plus adapté de parler d'un « dialogue entre institutions ».

Bien que l'articulation entre les sources paraisse évidente au regard de la hiérarchie des normes, cette pyramide laisse-t-elle véritablement la place au dialogue entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État (dans le cadre de sa mission consultative) ?

Souvent considéré comme illusoire, il est en revanche un domaine dans lequel le dialogue semble effectif : celui du contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux.

En effet, dans le cadre de ses attributions consultatives, et au-delà des avis rendus sur les propositions de texte, le Conseil d'État est amené à rendre des avis, sur question du gouvernement, relatifs à la conformité à la Constitution des traités ou accords internationaux en cours d'élaboration¹³. Cette fonction consultative peut s'entendre comme l'expression juridique d'opinions émises individuellement ou collégalement à l'égard d'une autorité administrative, seule habilitée à prendre l'acte porteur de la décision à propos de laquelle intervient la consultation¹⁴. Selon Yves Weber, la fonction consultative est destinée à éclairer l'Administration mais également à assurer la coordination¹⁵. Dans le cadre de cette fonction, le Conseil d'État peut être amené à rendre trois sortes d'avis : un avis

des contributions des États membres par des ressources propres aux Communautés, *JO* du 21 juin 1970, p. 5806 ; Décision n° 76-71 DC du 30 décembre 1976 concernant la décision du Conseil des Communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct, *JO* du 31 décembre 1976, p. 7651.

13. La notion d'Administration consultative a été dégagée par le doyen Hauriou : V. M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 9^e éd., 1927, p. 88 cité par Y. Weber, *L'administration consultative*, Paris, LGDJ, 1968, p. 1.

14. Y. Weber, *L'administration consultative*, Paris, LGDJ, 1968, p. 1.

15. *Ibid.*, p. 16 et suiv. et p. 260 : « La fonction consultative aboutit à une ou plusieurs expressions d'opinions ; elle dégage des options et des solutions. Même incertaines et obscures, celles-ci créent pour l'autorité des points de référence et de contestation pour

simple (le gouvernement n'est pas obligé de solliciter l'avis, ni obligé de le suivre), un avis obligatoire (le gouvernement est obligé de solliciter l'avis mais n'est pas obligé de le suivre), un avis conforme (le gouvernement est obligé de solliciter l'avis et est obligé de le suivre dans des cas rares prévus par la loi).

Cette mission du Conseil d'État contribue à satisfaire l'exigence de sécurité juridique qui « implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles¹⁶ ». Le principe de sécurité juridique est garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et consacré par le Conseil d'État comme principe général du droit¹⁷.

Par ailleurs, ce dialogue à la fois implicite et subtil entre les deux juridictions pose également la question de leur indépendance. Cette dernière notion expliquant parfois que l'une des deux juridictions suive le raisonnement de l'autre sans toutefois se référer formellement à la décision rendue ou en faisant le choix d'une formulation différente. Aussi, se pose la question de la forme du dialogue. En effet, dialoguer ne signifie pas forcément être d'accord. Il arrive parfois que les deux juridictions n'aient pas la même position. Il se dégage néanmoins une certaine harmonie entre les deux juridictions, restant à l'écoute l'une de l'autre et s'enrichissant mutuellement en tenant compte de leurs jurisprudences respectives.

Cet article est ainsi l'occasion de démontrer l'influence des avis du Conseil d'État sur les décisions du Conseil constitutionnel et inversement. Seront ainsi étudiés exclusivement les avis consultatifs du Conseil d'État relatifs aux engagements internationaux.

Pour cela, nous rappellerons d'abord le cadre d'intervention du contrôle de constitutionnalité du Conseil d'État (I), ce préalable permettant ensuite de mettre en évidence les normes de référence du contrôle de constitutionnalité du Conseil d'État et de les comparer avec les normes de référence du Conseil constitutionnel (II). Enfin, nous verrons l'importance du contrôle effectué par les formations administratives du Conseil d'État (III).

sa propre décision ; cette dernière sera inévitablement située par rapport à ces données. L'autorité se trouve dès lors engagée et ne peut rester indifférente, qu'elle consacre ou non le contenu de l'acte consultatif ».

16. CE, Rapport public 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, La documentation française.

17. CE, 24 mars 2006, n° 288460, *Société KPMG, Société Ernst & Young Audit*, Lebon 154 ; *AJDA* 2006. 1028, chron. C. Landais et F. Lenica, 841, tribune B. Mathieu, et 897, tribune F. Melleray ; *D.* 2006. 1224, 1190, chron. P. Cassia, et 1226, point de vue R. Dammann ; *Rev. sociétés* 2006. 583, note P. Merle ; *RFDA* 2006. 463, concl. Y. Aguila, et 483, note F. Moderne ; *RTD civ.* 2006. 527, obs. R. Encinas de Munagorri.

I – LE CADRE D'INTERVENTION DU CONTRÔLE EFFECTUÉ PAR LES FORMATIONS ADMINISTRATIVES DU CONSEIL D'ÉTAT

La Constitution du 4 octobre 1958 mentionne à plusieurs reprises le Conseil d'État comme à l'article 37 alinéa 2 relatif à la procédure de délégalisation ou encore l'article 38 relatif aux projets d'ordonnance.

Notre étude se limitant à l'examen par le Conseil d'État de la conformité des engagements internationaux à la Constitution, nous évoquerons exclusivement l'intervention fondée sur l'article 39 de la Constitution et sur l'article L. 112-2 du code de justice administrative (A), ainsi que sur l'article 88-4 de la Constitution (B).

A – L'EXISTENCE D'UN CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ AU REGARD DES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES ET ADMINISTRATIVES

En vertu de l'article 39 de la Constitution, les formations administratives du Conseil d'État sont chargées de contrôler la constitutionnalité d'un projet de loi (« les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État »), ce qui l'amène à apprécier la constitutionnalité des engagements internationaux par le biais des lois d'autorisation, d'approbation ou de ratification.

Les avis rendus sont transmis au gouvernement qui apprécie les suites qu'il entend y donner. Le gouvernement peut conserver le texte en l'état, l'amender ou l'abandonner. Il peut également décider de rendre public l'avis du Conseil d'État. Le gouvernement ne peut qu'adopter son projet initial ou le texte résultant de l'avis rendu.

Le Conseil d'État dans ce cadre s'assure de la correction formelle afin d'éviter toute difficulté d'interprétation ainsi que de la conformité du texte à la Constitution, à la loi et aux principes généraux du droit (dans le cas d'un décret). En outre, le Conseil d'État en sa formation administrative vérifie la rectitude du texte par rapport aux normes supérieures ainsi que l'opportunité en droit du texte et sa qualité¹⁸.

Son intervention permet notamment de limiter le risque que le Conseil constitutionnel déclare le texte, ou certaines de ses dispositions, non conformes à la Constitution. En effet, le Conseil d'État peut attirer l'attention du gouvernement sur d'éventuels éléments d'inconstitutionnalité.

18. CE, Ass. gén. avis n° 390.26 du 30 juillet 2015, relatif au projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires.

Si l'avis « obligatoire » ne lie pas le gouvernement ou le ministre, le gouvernement suit en général les avis rendus pour limiter les risques contentieux.

Par ailleurs, le Conseil d'État est également consulté sur tous les projets de loi autorisant la ratification ou l'approbation des traités ou accords énumérés à l'article 53. Il se prononce à cette occasion sur leur compatibilité à la Constitution.

C'est en raison de la particularité de l'objet de ces traités et accords que le Conseil d'État intervient : les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient les dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire.

Au-delà des dispositions de l'article 39 de la Constitution, le Conseil d'État peut être amené sur le fondement de l'article L. 112-2 du code de justice administrative à contrôler la constitutionnalité des traités et accords internationaux en cours d'élaboration. En effet, par l'application de l'article 23 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 (codifiée à l'article L. 112-2 CJA), le gouvernement peut solliciter l'avis du Conseil d'État sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative. À cette occasion, il peut être amené à s'interroger sur la compatibilité d'un engagement international avec les dispositions de la Constitution, et à rendre des avis négatifs (relevant ainsi la contrariété des dispositions du traité avec les règles ou principes constitutionnels) ou à reconnaître la conformité du texte à la Constitution.

B – L'ARTICLE 88-4 DE LA CONSTITUTION

Depuis la révision opérée par la loi du 25 juin 1992, le Premier ministre a décidé de saisir les formations administratives du Conseil d'État de toute proposition ou de tout projet d'acte de l'Union européenne, notamment quant à leur compatibilité avec la Constitution¹⁹. Le premier alinéa de l'article 88-4 de la Constitution dispose que « le Gouvernement soumet à l'Assemblée nationale et au Sénat, dès leur transmission au Conseil de l'Union européenne, les projets d'actes législatifs européens et les autres projets ou propositions d'actes de l'Union européenne ». Pour déterminer si une proposition d'acte communautaire comporte des dispositions de nature législative, le gouvernement a décidé de s'en remettre à l'avis du Conseil d'État.

19. Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 ajoutant à la Constitution un titre « Des Communautés européennes et de l'Union européenne », *JO* n° 147 du 26 juin 1992, p. 8406.

Cet article traduit une implication sans précédent des parlementaires français dans les questions européennes. Il peut ainsi dans cette hypothèse être amené, très en amont du processus de négociation, à se prononcer sur la constitutionnalité des normes dérivées de l'Union.

Il n'est possible de citer qu'un seul exemple relatif à un problème de constitutionnalité : l'avis du 10 juin 1993 relatif au projet de directive sur la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Dans cet avis, le Conseil a considéré que le projet de directive comportait des garanties moindres pour la liberté individuelle que celles résultant de la législation française existante : « Certaines pourraient conduire à une régression du niveau de protection jusqu'ici accordée à ces principes en droit interne²⁰. » Le gouvernement français s'est, par la suite, prévalu de cet avis pour solliciter la modification du projet de directive.

Le cadre d'intervention du contrôle effectué par les formations administratives du Conseil d'État en ce qui concerne la conformité des engagements internationaux à la Constitution rappelé, nous analyserons les normes de référence du contrôle de constitutionnalité sollicitées par le Conseil d'État.

II – LES NORMES DE RÉFÉRENCE MOBILISÉES PAR LE CONSEIL D'ÉTAT

Les normes de référence du contrôle de constitutionnalité du Conseil d'État dans le cadre des attributions consultatives sont similaires à celles du Conseil constitutionnel lorsque celui-ci contrôle la constitutionnalité d'un engagement international (A). Nous verrons ensuite qu'il en est différemment en fonction des attributions du Conseil d'État (B).

A – LA PROXIMITÉ DES NORMES DE RÉFÉRENCE DU CONSEIL D'ÉTAT ET DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité sur le fondement des articles 54 et 61 al. 2 de la Constitution, le Conseil constitutionnel vérifie de manière directe, à savoir lorsqu'il est saisi du traité par le président

20. Cf. N. Belloubet-Frier, « Conseiller l'État », *Pouvoirs*, Le Seuil, avril 2007, n° 123, pp. 33-50 ; M. Bernard, « Le renouveau de la fonction consultative du Conseil d'État sous la V^e République », *EDCE*, n° 46, La Documentation française, 1994, p. 439.

de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs ou indirecte – dans l'hypothèse dans laquelle il statue sur la loi d'autorisation – que l'engagement international ne comporte aucune clause contraire à la Constitution, sous entendu, une clause qui méconnaîtrait frontalement une disposition constitutionnelle²¹.

Il va également vérifier qu'il n'y ait pas de remise en cause des droits et libertés constitutionnellement garantis.

À ce niveau, la proximité des normes de référence peut s'illustrer notamment par l'avis du Conseil d'État du 29 avril 2004 au sein duquel on retrouve la formulation suivante : « Indépendamment du respect des droits et libertés constitutionnellement garantis, un engagement international ou un acte de droit dérivé ne doit pas être incompatible avec le devoir pour l'État d'assurer le respect des institutions de la République et la continuité de la Nation ainsi que cela ressort de la décision n° 85-188 DC du 22 mai 1985 du Conseil constitutionnel²² ».

Enfin, le Conseil constitutionnel vérifie qu'il n'y ait pas d'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale²³.

Dans son ouvrage *Contribution à la théorie générale de l'État*, Carré de Malberg définit la souveraineté comme : « Le caractère suprême d'un pouvoir suprême, en ce que pouvoir n'en admette aucun autre au-dessus de lui-même, en concurrence avec lui. Quand on dit que l'État est souverain, il faut donc entendre par là que, dans la sphère où son autorité est appelée à s'exercer, il détient une puissance qui ne relève d'aucun autre pouvoir et qui ne peut être égalée par aucun autre pouvoir. Ainsi entendue, la souveraineté de l'État est habituellement présentée comme double : souveraineté externe et interne²⁴. »

Le Conseil constitutionnel utilise généralement ce critère pour apprécier la constitutionnalité des transferts de compétence de la France

21. Avant la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, la saisine pouvait être effectuée par 60 députés ou 60 sénateurs s'il s'agissait d'un traité soumis à une autorisation parlementaire de ratification cf. décision du 30 décembre 1976, 76-71 DC, *Assemblée européenne* ; décision du 17 juillet 1980, 80-116 DC, *Loi autorisant la ratification de la convention franco-allemande additionnelle à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959*, RGDIIP 1980. 202, note Ch. Vallée ; RDP 1980. 1640, note L. Favoreu.

22. CE, avis n° 370-136 du 29 avril 2004, pt. 2.2.

23. CC, décis. n° 85-188 DC du 22 mai 1985, *JO* du 23 mai 1985, p. 5795, *Rec. p. 15*. Pour illustration, voir l'avis de l'Assemblée générale du 1^{er} février 2001, n° 365-518, *Brevet communautaire*.

24. R. Carré De Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, Paris, *Rec. Sirey*, 1985.

Pour Jean Combacau : « [...] la souveraineté est un degré de la puissance d'État, et ce degré est le plus élevé de tous », J. Combacau, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 49.

à l'Union européenne (ou à d'autres organisations internationales). Cette constitutionnalité s'apprécie en fonction de plusieurs critères, à savoir la nature du transfert, les modalités du transfert ainsi que les modalités nouvelles d'exercice des compétences²⁵.

Sur ce point, l'avis du 29 avril 2004 à propos de la proposition de décision-cadre du Conseil de l'Union européenne relative à l'application du principe *non bis in idem* constitue une bonne illustration de la concordance des normes de référence²⁶.

Dans cet avis, le Conseil d'État a estimé que la renonciation par la France aux exceptions à la règle *non bis in idem* ne se heurterait à un obstacle de nature constitutionnelle (en l'espèce l'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale) que dans un cas précis. Il a considéré que la possibilité d'écarter la règle *non bis in idem* devrait être maintenue lorsque les faits visés par le jugement étranger constituent une atteinte à la sûreté nationale de l'État ou à d'autres intérêts fondamentaux.

B – L'EXISTENCE DE NORMES DE RÉFÉRENCE DIFFÉRENTES EN FONCTION DES ATTRIBUTIONS DU CONSEIL D'ÉTAT

De par ses fonctions de conseiller et juge, il est important de rappeler que, dans le cadre de sa fonction consultative, le Conseil d'État statue en droit et en opportunité de sorte qu'il conseille le gouvernement et le prévient simplement des risques d'inconstitutionnalité du traité s'il était amené à être déféré devant le Conseil constitutionnel. Aussi, l'avis du Conseil d'État ne lie-t-il pas le gouvernement, ce dernier reste libre de ratifier le traité même si le Conseil d'État a relevé des motifs d'inconstitutionnalité.

Ainsi, dans le cadre de sa mission juridictionnelle, le Conseil d'État veille exclusivement au respect de la procédure (2.) alors que dans le cadre de sa fonction consultative, il va au-delà de cette compétence et participe à la « confection des lois²⁷ », exerce un contrôle de fond ainsi qu'un contrôle d'opportunité (1.).

L'étude très succincte de la mission contentieuse du Conseil d'État (au regard de notre objet d'étude) nous permettra néanmoins de mettre en évidence que, si les normes de référence du contrôle de constitutionnalité du Conseil d'État dans le cadre des attributions consultatives sont similaires à celles du Conseil constitutionnel lorsque celui-ci contrôle la

25. Sur ce point voir la décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007 relative au traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne.

26. CE, avis n° 370-136 du 29 avril 2004.

27. Art. L. 112-1 du code de justice administrative, issu de l'art. 21 § 1 à 3 et de l'art. 23 § 1 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, n° 45-1708, portant sur le Conseil d'État.

constitutionnalité d'un engagement international, il en est tout autrement lorsque le Conseil d'État intervient dans un cadre juridictionnel.

1 - De la fonction consultative : la similarité des normes de référence

Dans le cadre de cette fonction, le Conseil d'État s'attache à ce que les textes qu'il adopte soient d'une parfaite qualité du point de vue du droit. Afin de mettre en évidence le contrôle d'opportunité du Conseil d'État et ses incidences quant aux normes de références, nous évoquerons l'avis du 24 septembre 1996 relatif à la Charte européenne des langues régionales²⁸.

Le Conseil d'État sollicité par le Premier ministre était saisi d'une demande d'avis portant sur la compatibilité à la Constitution de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires. Aux termes de cet avis, le Conseil d'État a conclu à l'impossibilité de ratifier la Charte sans une révision préalable de la Constitution.

S'il considère que les articles 8, 11 et 12 de la Charte, relatifs à l'éducation, aux médias et à la culture, sous réserve de certaines précautions à prendre dans leur mise en œuvre, ne se heurtent à aucune objection constitutionnelle, en revanche, « les obligations prévues aux articles 9 et 10 prévoient un véritable droit à l'utilisation de langues régionales ou minoritaires dans les rapports avec la justice et les autorités administratives ». Tel que rédigé, l'article 9 méconnaît les obligations résultant de l'article 2 de la Constitution selon lequel la langue de la République est le français. Il en va de même concernant les prescriptions de l'article 10 relatif à l'usage des langues régionales ou minoritaires par les autorités administratives et les services publics.

En conséquence, selon le Conseil d'État, « l'obligation de retenir un nombre minimum d'obligations dans les articles 9 et 10 s'oppose à la ratification ». Rappelons, en effet, que la Charte impose aux États de choisir au moins un engagement dans chacun des articles 9 (sur la justice) et 10 (relatif aux autorités administratives).

Cette argumentation du Conseil d'État sera reprise par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 15 juin 1999 (n° 99-412 DC). Ce dernier était saisi en application de l'article 54 de la Constitution afin de savoir si une modification de la Constitution était nécessaire à la ratification de la Charte. Dans la continuité du Conseil d'État,

28. CE, avis n° 359461 du 24 septembre 1996 relatif à la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires : *Rapport public du Conseil d'État pour 1996*, Paris, La Documentation française, 1997, p. 303.

le Conseil constitutionnel a répondu par l'affirmative estimant que la Charte « comporte des clauses contraires à la Constitution ».

Le Conseil constitutionnel va ainsi reprendre les motifs du Conseil d'État rappelant en premier lieu certains principes à valeur constitutionnelle et notamment le principe d'indivisibilité de la République et d'égalité devant la loi, mais aussi le principe d'unicité du peuple français conformément à sa décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991. En second lieu, le Conseil fait référence à la liberté d'expression et de communication introduite à l'article 2 de la Constitution et en déduit que « l'usage du français s'impose aux personnes morales de droit public et aux personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public », et que « les particuliers ne peuvent se prévaloir, dans leurs relations avec les administrations et les services publics, d'un droit à l'usage d'une langue autre que le français, ni être contraints à un tel usage ». La proximité des normes de référence mobilisées par le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel est ici évidente.

2 – De la fonction contentieuse du Conseil d'État : l'hétérogénéité des normes de référence

L'étendue du contrôle du juge administratif repose sur une distinction entre ce qui participe de l'acte de gouvernement qui ne peut être utilement discuté devant le Conseil d'État, et ce qui relève des vices propres.

Le juge administratif contrôle le respect des conditions constitutionnelles d'introduction d'un traité dans l'ordre interne, qu'il s'agisse de l'existence d'un acte de ratification²⁹ ou d'approbation³⁰, ou de la compétence de l'autorité qui l'a édicté³¹ et, en particulier, de l'obligation d'une autorisation législative³². Dans ce dernier cas, un tel contrôle porte sur la régularité de la procédure suivie par l'exécutif pour introduire un traité dans l'ordre interne au regard de l'article 53 de la Constitution, et non sur la conformité du traité au texte constitutionnel³³.

29. Sur l'existence d'une ratification : CE, sect., 1er juin 1951, *Société des Etains et Wolfram du Tonkin* (Lebon, p. 312) le juge constatant, à propos de la Déclaration universelle des droits de l'homme, que sa seule publication au Journal officiel ne permet pas de la ranger au nombre des traités régulièrement ratifiés et publiés auxquels la Constitution reconnaît force de loi ; CE., 11 mai 1960, *Sieur Car*, Lebon., p. 319 ; CE., 11 avril 1962, *Société Savana et société des établissements textiles de Modeliarpeth*, Lebon., p. 261 ; CE., 16 octobre 1992, *Battesti*, Lebon, p. 371 ; CE., Ass., 17 février 1995, *Mene et autres*, Lebon, p. 78 ; CE., 15 janvier 1996, *Poirrez*, Lebon, p. 1.

30. CE, 16 novembre 1956, *Villa*, Rec. 433, précité.

31. CE, Ass., 13 juillet 1965, *Société Navigator*, Rec. 1965, n° 5278, précité.

32. CE, Ass., 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activité de Blotzheim*, Rec. 484, n° 181249 ; voir pour l'exercice de ce contrôle par voie d'exception : CE, Ass., 5 mars 2003, *Aggoun*, Rec. 77, n° 242860.

33. CE, Ass. 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée*, Rec. 268, concl. R. Keller ; *RDFA* 2010. 980, concl., 995, note T. Rambaud et A. Roblot-Troizier ; *AJ* 2010. 1635, chr. S.-J. Liéber et D. Botteghi, 1950, note A. Legrand ; *DA* 2010. Comm. 130, note S. Platon ; *RGDIP* 2011. 254, note C. Brami ; *RFDA* 2011. 175, chr. C. Santulli.

Le juge administratif est ainsi conduit à exercer un contrôle certain sur les modalités d'introduction de l'engagement international dans l'ordre juridique interne³⁴. Il recherche notamment si l'introduction de l'engagement international en droit interne est conforme aux dispositions constitutionnelles³⁵. En outre, il s'est reconnu le pouvoir de vérifier que la France est signataire d'un traité ou y a adhéré avant d'en faire application dans un litige³⁶. En revanche, rappelons qu'en application de la jurisprudence *Villa*, le juge administratif ne contrôle pas la régularité de la procédure de ratification ou d'approbation. L'absence de ce contrôle a d'ailleurs été confirmée par des décisions expresses³⁷.

Compte tenu des prérogatives juridictionnelles du juge administratif en matière de contrôle des engagements internationaux, on ne peut ainsi que constater l'absence de proximité des normes de référence mobilisées par les deux juridictions.

Néanmoins, le Conseil d'État contrôle la constitutionnalité des règlements. Lorsqu'il est saisi d'un moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'un décret de transposition d'une directive, le juge administratif opère ainsi, selon l'expression de Mattias Guyomar, un « transport du bloc de constitutionnalité français vers l'ordre juridique communautaire³⁸ ».

34. CE, 5 février 1923, *Dame Caraco*, *Rec.* p. 125, note Pr. Devaux, *Dalloz*, 1927.III.1 ; CE, Ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, *Rec.* p. 291 ; concl. M. Letourneur et note M. Waline, *RD publ.* 1952.781 ; note P. Bouzat, *S.* 1953.3.33 ; CE, 3 mars 1961, *André et Société des tissages Nicolas Gaimant*, *Rec.* p. 154, concl. Henry, et note C. Rousseau, *RGDI publ.* 1961.626 ; note C. M., *AJDA* 1962.35.

35. CE, 18 décembre 1998, *SARL Blotzheim*, *AJDA* 1999,180 : « Considérant qu'aux termes de l'article 53 de la Constitution : « Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi... » ; qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie » ; qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions que les traités ou accords relevant de l'article 53 de la Constitution et dont la ratification ou l'approbation est intervenue sans avoir été autorisée par la loi, ne peuvent être regardés comme régulièrement ratifiés ou approuvés au sens de l'article 55 précité ; qu'eu égard aux effets qui lui sont attachés en droit interne, la publication d'un traité ou accord relevant de l'article 53 de la Constitution ne peut intervenir légalement que si la ratification ou l'approbation de ce traité ou accord a été autorisée en vertu d'une loi ; qu'il appartient au juge administratif de se prononcer sur le bien-fondé d'un moyen soulevé devant lui et tiré de la méconnaissance, par l'acte de publication d'un traité ou accord, des dispositions de l'article 53 de la Constitution ».

36. CE Sect., 30 novembre 1962, *Compagnie de développement agricole et industriel*, *Lebon* p. 644 ; *AJDA* 1963, p. 92, chron. Michel Gentot et Jean Fourré.

37. CE, 3 mars 1961, *André et Société des tissages Nicolas Gaimant*, *Lebon* p. 154 ; *Rev. gén. dr. int. publ.* 1961, p. 626, concl. Henry et note Rousseau ; CE 16 mars 1966, *Cartel d'action morale et sociale et Union féminine civique et sociale*, *Lebon* p. 211.

38. CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110, *Rec.* p. 55 concl. Guyomar.

Suivant les termes de l'arrêt du Conseil d'État du 8 février 2007 *Arcelor* : « le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires [...] est appelé à s'exercer selon des modalités particulières dans le cas où sont transposées des dispositions précises et inconditionnelles » d'une directive³⁹. Dans cette hypothèse, les modalités de contrôle subsistent toutes les fois que la directive laisse aux autorités nationales une marge d'appréciation ou lorsqu'il est procédé par la directive à une harmonisation minimale ménageant la possibilité de mesures nationales complémentaires. L'arrêt est clair : « 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, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées. » Par cet arrêt, le Conseil d'État propose ainsi une conception originale dans les rapports entre droit constitutionnel et droit communautaire⁴⁰.

Aussi, le Conseil d'État ne juge pas opportun de reprendre la formule « d'identité constitutionnelle » pour s'en tenir aux règles ou principes constitutionnels contraires⁴¹, et ce en raison de la spécificité de la position institutionnelle du Conseil d'État⁴².

Si, en pratique, on peut légitimement penser que les portées de ces deux normes sont très proches, elles sont juridiquement dissociables. En atteste le fait que le Conseil constitutionnel n'a pas repris la formulation des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale qu'il utilise pourtant dans le cadre de son contrôle *a priori* des traités.

39. V. notamment sur ce point le commentaire du professeur Denys Simon, « L'obscur clarté de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la transposition des directives communautaires », *Europe*, oct. 2006.

40. Sur ce point voir : P. Deumier, « Constitution et droit communautaire dérivé : la voix du Conseil d'État dans le dialogue des juges », *Rec. Dalloz*, 2007, p. 2742.

41. CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110, *Rec.* p. 55 concl. Guyomar ; *GAJA* n° 20, *Dalloz*, 2014, n° 112, p. 888 ; *AJDA* 2007, p. 577, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *DA* mai 2007, étude M. Gautier et F. Melleray ; *Europe mars* 2007, p. 5, comm. D. Simon ; *JCP G* 2007.II.10049, note P. Cassia ; *JCP A*. 2007, p. 2081, note G. Drago ; *RTDE* 2007, n° 2, note P. Cassia ; *LPA* 28 fév. 2007, comm. F. Chaltiel ; *RTD civ.*, 2007, p. 80, comm. R. Encinas de Munagorri ; *RMCUE* 2007, p. 335, comm. F. Chaltiel ; *JCP G* 2007.I.166, § 2, obs. B. Plessix ; *RFDA* 2007, p. 564, note A. Levade, p. 578, note X. Magnon, p. 601, note A. Roblot-Troizier ; *LPA* 8 juillet 2007, note P. Chrestia ; *RTD civ.* 2007, p. 299, comm. P. Rémy-Corlay ; *RDJ* 2007, p. 1031, note J. Roux ; *D.* 2007. Jur. 2272, note M. Verpeaux.

42. Concl. Guyomar, *RFDA* 2007. 384 : « Si, en vertu de l'article 62 de la Constitution, les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles, vous n'êtes en revanche pas tenus par l'interprétation que le Conseil constitutionnel donne de la Constitution. Il serait donc juridiquement envisageable que vous ne tiriez aucune conséquence de l'évolution jurisprudentielle que nous venons de vous décrire. Mais nous n'envisageons pas une telle hypothèse. Des considérations de convenance et de réalisme politique nous conduisent en effet à vous proposer de vous inspirer, tout en l'adaptant à votre position institutionnelle, de la solution retenue par le juge constitutionnel [...] Nous vous invitons à vous inspirer de la démarche retenue par le Conseil constitutionnel et à procéder, à la faveur de l'examen des moyens d'inconstitutionnalité dont vous serez saisis ».

La réserve de constitutionnalité doit s'entendre comme visant une disposition spécifique à l'ordre juridique français n'ayant pas son équivalent dans les droits fondamentaux garantis par le droit communautaire originaire (traités instituant l'Union européenne et les Communautés européennes) et opposables au droit communautaire dérivé (règlements, directives).

Cette différence de formulation pourrait ainsi être préjudiciable à la sécurité juridique dans la mesure où le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel n'ont pas les mêmes normes de référence⁴³. Toutefois, il semble impératif de nuancer ce propos en précisant que la portée de ces deux normes se recoupe inévitablement.

III – L'IMPORTANCE DU CONTRÔLE EFFECTUÉ PAR LES FORMATIONS ADMINISTRATIVES DU CONSEIL D'ÉTAT

À propos du contrôle opéré par les formations administratives du Conseil d'État, l'Assemblée générale dans son rapport public de 2000 constatait déjà que « se trouve en permanence noué un lien entre nos deux instances dans le souci de complémentarité et de convergence des jurisprudences⁴⁴ ».

Quinze années plus tard, on ne peut passer sous silence le fait qu'il existe toujours une véritable prise en considération de la jurisprudence du Conseil constitutionnel par les formations administratives et inversement (A.).

Enfin, verrons-nous que la révision constitutionnelle préalable à l'introduction dans l'ordre juridique interne de décision-cadre n'est pas nécessairement la conséquence de décisions rendues par le Conseil constitutionnel (B.).

A– LA LOGIQUE D'INFLUENCE ET DE DIALOGUE ENTRE LE CONSEIL D'ÉTAT ET LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

On ne peut ici manquer de se référer à l'article du Doyen Vedel intitulé *Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif*⁴⁵ au sein duquel

43. Cette réserve remplaçant la référence à une « *disposition expresse contraire de la Constitution* » utilisée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *JO* du 24 novembre 2004, p. 19885, texte n° 89, *Rec.*, p. 173 : « Considérant, toutefois, que, lorsque des engagements souscrits à cette fin contiennent une clause contraire à la Constitution, remettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle ».

44. EDCE, n° 51, p. 63.

45. *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, p. 57, et n° 2, p. 77.

l'auteur propose une typologie de la « réception » de la jurisprudence du Conseil d'État par le Conseil constitutionnel. Il distingue trois hypothèses où le Conseil constitutionnel reconnaît à la règle « reçue » une valeur constitutionnelle, et un cas où il refuse à un principe l'accès au niveau constitutionnel. Dans le cas de la « *réception confirmation* », le Conseil constitutionnel reprend et confirme la solution du Conseil d'État. Dans l'hypothèse de « *réception-transposition* », les deux jurisprudences ne sont pas identiques mais concordantes. Concernant la « *réception-partition* », face à une règle définie par le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel l'identifie partiellement comme règle de niveau constitutionnel. Enfin, s'agissant de la « *reconnaissance sans réception* », quand le Conseil constitutionnel élève le contenu des principes généraux du droit au niveau constitutionnel, ce n'est pas comme principe général du droit mais comme règle écrite dans un texte constitutionnel ou comme principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Ainsi, peut-on considérer que la jurisprudence administrative est affectée par l'existence d'une juridiction constitutionnelle et par sa jurisprudence. La rencontre des jurisprudences met en lumière l'ambivalence des relations entre les deux juridictions⁴⁶.

Outre cette ambivalence, il existe une logique d'influence entre les deux juridictions. En effet, dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité, il est intéressant de relever que le Conseil d'État prend en compte la chose interprétée dans le cadre de ses attributions consultatives (1.). Par ailleurs, nous verrons que le Conseil constitutionnel est, à son tour dans certaines circonstances, influencé par le Conseil d'État (2.).

1 - L'application respectueuse de la jurisprudence constitutionnelle par le Conseil d'État

Il s'agit là d'un point fondamental et non tranché par la doctrine, celui de la portée et de l'autorité de l'interprétation énoncée par le Conseil constitutionnel et donc des dispositions de l'article 62 al. 3 : « Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles⁴⁷. »

46. D. Menna, « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve de la jurisprudence constitutionnelle » : http://www.upicardie.fr/labo/curapp/revues/root/31/domenico_menna.pdf_4a07e0101bb41/domenico_menna.pdf

47. CC., décis. n° 62-18 L du 16 janvier 1962, *JO* du 25 février 1962, p. 1915, *Rec.*, p. 31 (L. Hamon, *Sirey*, 1963, p. 303 ; L. Favoreu et L. Philip, *Autorité de la chose jugée*, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 2009, p. 105-119). Sur l'imprégnation de

Compte tenu de la rédaction de cet article, la question se pose de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel et plus exactement de savoir si l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel comprend l'autorité de chose interprétée.

Autrement dit, est-ce que les juridictions de droit commun, et en particulier le Conseil d'État, doivent se soumettre au seul dispositif de la décision ou aussi aux motifs et se ranger derrière l'interprétation qu'il donne des normes constitutionnelles ? Cette conception de la chose interprétée se traduit concrètement pour le Conseil d'État par une réception principalement matérielle de la chose interprétée constitutionnelle. Le Conseil d'État n'ignore pas la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mais, surtout, il vise dans le cadre de ses attributions consultatives les décisions du Conseil constitutionnel. Le Conseil exprime alors expressément ces dernières dans le corps de ses avis consultatifs. Il est ainsi possible de constater un phénomène d'appropriation à la fois des motifs, mais également des techniques. L'interprétation constitutionnelle du Conseil constitutionnel influencera ainsi les avis consultatifs du Conseil d'État lorsque celui-ci se prononce sur une question sur laquelle le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de se prononcer. Plusieurs exemples sont susceptibles d'illustrer cette affirmation.

Sur la constitutionnalité des projets d'accords multilatéraux.

Dans son avis du 21 septembre 2000, le Conseil d'État était saisi d'une demande d'avis relative à la signature d'un projet d'accord sur l'application de l'article 65 de la Convention sur la délivrance de brevets européens du 5 octobre 1973 et particulièrement sur la question de savoir si serait contraire à la Constitution « le fait pour la France de renoncer, sauf en cas de litige, à l'exigence d'une traduction complète en français par l'Institut

l'ordre juridique par la jurisprudence constitutionnelle ; voir également M. Fromont, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Éditions Cujas, Paris, 1975, p. 49.

Le Conseil d'État comme la Cour de cassation reconnaissent l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel dans les mêmes termes. Le Conseil d'État l'a fait par un arrêt d'assemblée du 20 décembre 1985, *S.A. Etablissements Outiers* (Rec. p. 382, *Daloz* 1986 p. 283 note L. Favoreu). La Cour de cassation l'a fait également par un arrêt d'assemblée plénière du 10 octobre 2001 *Breisacher*, selon lequel « si l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel s'attache non seulement au dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire, ces décisions ne s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles qu'en ce qui concerne le texte soumis à l'examen du Conseil » (Ass. plén., 10 octobre 2001, *Breisacher*, *Bull. civ.*, Ass. plén., n° 11. Cf. O. Desaulnay, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 30 (Dossier : Autorité des décisions), janvier 2011 ; A. Viala, « De la dualité du *sein* et *sollen* pour mieux comprendre l'autorité de la chose interprétée », *RDP*. 2001, n° 3, p. 778.

Ainsi, l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel s'impose aux juridictions administratives et judiciaires toutes les fois que celles-ci font application d'un texte qui a été déferé au Conseil constitutionnel.

national de la propriété industrielle des brevets européens ». Pour déclarer la compatibilité de cette disposition à la Constitution et plus particulièrement à l'article 2, le Conseil d'État fonde son avis sur les décisions du Conseil constitutionnel n° 96-373 DC du 9 avril 1996 et n° 99-412 DC du 15 juin 1999 réaffirmant que « l'usage du français s'impose aux personnes morales de droit public et aux personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public et que les particuliers ne peuvent se prévaloir, dans leurs relations avec les administrations et les services publics, d'un droit à l'usage d'une langue autre que le français, ni être contraints à un tel usage⁴⁸ ». Il considère que le « projet n'a pour objet ni pour effet d'obliger ni les personnes morales de droit public ni les personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public français à utiliser une langue autre que le français [...] et ne confèrent pas aux particuliers dans leurs relations avec les administrations et services publics français en particulier dans leur relation avec l'Institut national de la propriété industrielle un droit à l'usage d'une langue autre que le français ». Dans ces conditions, le Conseil a déclaré le projet compatible à la Constitution.

Sur la constitutionnalité des propositions de règlement du Conseil de l'Union européenne. Le 1^{er} février 2001, la Haute juridiction administrative était saisie d'une demande d'avis portant sur la compatibilité avec la Constitution d'une proposition de règlement du Conseil de l'Union européenne sur le brevet communautaire pour le règlement des litiges afférents à la validité, à la contrefaçon et à l'utilisation des brevets⁴⁹. Le Conseil considère que l'attribution de la compétence pour connaître des litiges relatifs aux brevets communautaires à des juridictions communautaires existantes (ou à créer), ou à des chambres communautaires implantées sur le territoire national et composées de magistrats nationaux, n'est contraire à aucune disposition de la Constitution ni à aucun principe de valeur constitutionnelle. En revanche, il a considéré que « porterait atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » l'attribution d'une telle compétence à des juridictions nationales si les décisions pouvaient faire l'objet d'un recours devant une juridiction autre que nationale.

Il se fonde et réaffirme expressément la jurisprudence du Conseil constitutionnel, et tout particulièrement la décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998 à propos de la loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile⁵⁰.

48. CE, Ass. gén., avis n° 365-821 du 21 septembre 2000, EDCE 2001, n° 52, p. 194.

49. CE, Ass. gén., avis n° 365-518 du 1^{er} février 2001, J. Foyer, *Les grands avis du Conseil d'État*, 3^e éd. Dalloz, 2008, n° 38.

50. CC, décis. n° 98-399, 05 mai 1998, *JO* du 12 mai 1998, p. 7092, *Rec.*, p. 245 : « en principe ne sauraient être confiées à des personnes de nationalité étrangère, ou représentant un organisme international, des fonctions inséparables de l'exercice de la souveraineté nationale ;

Sur la constitutionnalité des décisions-cadres du Conseil de l'Union européenne. Le 29 avril 2004, l'Assemblée générale du Conseil d'État a eu à s'interroger sur la conformité avec les principes de valeur constitutionnelle et les conditions d'exercice de la souveraineté nationale du maintien des exceptions au principe *non bis in idem* prévues à l'article 5 de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne à propos des conventions d'application de l'accord Schengen. Cet article prévoyant alors qu'« un État membre peut, au moment de l'adoption de la décision-cadre, faire une déclaration informant le Secrétariat général du Conseil et la Commission qu'il n'est pas lié par l'article 2 dans les cas suivants : a) lorsque les faits visés par le jugement étranger constituent une atteinte à la sûreté nationale ou à d'autres intérêts essentiels de cet État membre ; b) qu'ils ont été commis par un fonctionnaire de cet État membre en violation des obligations de sa charge ; c) qu'ils ont eu lieu en tout ou en partie sur son territoire ; dans ce dernier cas, toutefois, cette exception ne s'applique pas si les faits ont eu lieu en partie sur le territoire de l'État membre où la décision définitive a été rendue ». L'Assemblée générale a utilisé la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour déclarer que les exceptions au principe prévues par les articles 2 et 5 ne sont pas incompatibles avec la Constitution. Elle rappelle qu'« indépendamment du respect des droits et libertés constitutionnellement garantis, un engagement international ou un acte de droit dérivé ne doit pas être – incompatible avec le devoir pour l'État d'assurer le respect des institutions de la République – et la continuité de la nation – ainsi que cela ressort de la décision n° 85-188 DC du 22 mai 1985 du Conseil constitutionnel⁵¹ ».

Le Conseil d'État a ainsi conclu que le maintien des exceptions au principe *non bis in idem* ne se heurte pas à des obstacles d'ordre constitutionnel.

Sur la constitutionnalité des conventions d'application. En dernier lieu, le 25 novembre 2004, l'Assemblée générale a été saisie par le ministre des Affaires étrangères d'une demande d'avis relatif à l'acte d'interpellation intervenant dans le cadre d'une poursuite transfrontalière et de la nécessité d'une révision de la Constitution pour reconnaître aux agents étrangers un droit d'interpellation sur le territoire français⁵². Cet avis s'inscrivant toujours dans le cadre des conventions d'application de l'accord Schengen. L'article 41 de la convention institue dans le cadre

que tel est le cas, en particulier, des fonctions juridictionnelles, les juridictions, tant judiciaires qu'administratives, statuant « au nom du peuple français » ; qu'il peut, toutefois, être dérogé à ce principe dans la mesure nécessaire à la mise en œuvre d'un engagement international de la France et sous réserve qu'il ne soit pas porté atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » (considérant n° 15).

51. CE, Ass. gén., avis n° 370-136 du 29 avril 2004, EDCE 2005, n° 56, p. 168.

52. CE, Ass. gén., avis n° 370-452 du 25 novembre 2004, EDCE 2005, n° 56, p. 173.

de la coopération transfrontalière, le droit pour les agents d'une partie contractante qui, dans leur pays, suivent une personne prise en flagrant délit d'infraction grave, de la poursuivre sur le territoire d'une partie contractante voisine. Aux termes du paragraphe 2 de cet article, chaque État a la possibilité de ne pas accorder ou d'accorder aux agents poursuivants le droit d'interpellation. La France a choisi l'option de ne pas accorder le droit d'interpellation. Le Conseil d'État fonde ainsi son avis sur la décision du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991 (n° 91-294 DC) et fait application du principe de valeur constitutionnelle selon lequel la défense de l'ordre public et la protection des libertés relèvent des seules autorités nationales. Un acte de police ne peut donc, en principe, être exécuté que par une autorité publique française ou sous son contrôle.

En outre, le Conseil d'État relève que depuis la décision du Conseil constitutionnel, le pouvoir de révision constitutionnelle n'est pas venu modifier le régime tel que fixé par les accords de Schengen et déclare que la poursuite, en France, de personnes prises en flagrant délit dans leur pays d'origine par des autorités policières ou douanières étrangères est contraire aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

Le Conseil d'État en déduit que la reconnaissance par la France aux agents étrangers d'un droit d'interpellation sur le territoire français, compte tenu de la décision du Conseil constitutionnel, ne saurait intervenir qu'après une révision de la Constitution permettant aux autorités françaises de consentir à un tel transfert de compétence.

Sur la constitutionnalité des propositions de directive. L'application respectueuse de la jurisprudence constitutionnelle par le Conseil d'État s'est également confirmée par un avis du 13 décembre 2012⁵³. L'Assemblée générale était saisie d'une demande d'avis du ministre de l'Économie et des Finances sur la conformité à la Constitution de la proposition de Directive (COM 2012/0150 COD) du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le redressement et la résolution des défaillances d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement. La demande d'avis tendant à vérifier la conformité de la proposition de directive en cours de négociation à la Constitution et notamment à la liberté d'entreprendre, au droit de propriété, au principe de participation des travailleurs, au droit à un recours juridictionnel effectif ainsi que la possibilité de prévoir une applicabilité immédiate aux contrats et produits financiers en cours. Cet avis illustre parfaitement la position

53. CE., Ass. gén., avis n° 387.107 du 13 décembre 2012 : http://www.conseil-etat.fr/content/download/3401/10231/version/1/file/avis_387107.pdf.

du Conseil d'État à l'égard de la jurisprudence constitutionnelle en visant directement un certain nombre de décisions du Conseil constitutionnel.

Concernant la liberté d'entreprendre, la Haute juridiction administrative afin de conclure à l'absence d'atteinte à cette liberté n'hésite pas à citer le Conseil constitutionnel de la manière suivante : « selon une jurisprudence du Conseil constitutionnel désormais bien établie » en citant expressément les références de certaines décisions, en l'espèce, les décisions n° 2010-55 QPC du 18 octobre 2010 et n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011.

Sur la compatibilité avec le droit de propriété, il en est de même. Le Conseil d'État aux visas notamment des décisions du Conseil constitutionnel n° 2011-208 QPC du 13 janvier 2012, n° 96-373 du 9 avril 1996, n° 81-132 du 16 janvier 1982, n° 2012-236 QPC du 20 avril 2012 et n° 89-256 du 25 juillet 1989 considère que le projet de directive ne porte pas atteinte au droit de propriété.

Aussi, par référence à la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2012-242 QPC du 14 mai 2012, le Conseil d'État affirme que les atteintes portées à la liberté contractuelle ne sont pas disproportionnées.

Il en est de même concernant le principe d'égalité entre les créanciers et la participation des travailleurs, la Haute juridiction administrative au regard respectivement de la décision n° 2005-522 du 22 juillet 2005 et des décisions n° 77-83 du 20 juillet 1977 et n° 2008-568 du 7 août 2008, considère que la proposition de directive n'apparaît pas contraire aux principes constitutionnels. Pour ce qui est du droit à un recours juridictionnel effectif prévu par l'article 16 de la Déclaration de 1789, le Conseil d'État rappelle la décision du Conseil constitutionnel n° 96-373 DC du 9 avril 1996 ainsi que la décision n° 2011-203 QPC du 2 décembre 2011. Enfin, concernant l'applicabilité immédiate aux contrats et produits financiers en cours, au regard de la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel rappelée dans l'avis (décisions n° 89-254 DC du 4 juillet 1989, n° 99-423 DC du 13 janvier 2000 et n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003), il résulte que la proposition de directive n'est pas contraire à ce principe.

Ainsi, l'on ne peut que constater que lorsque le Conseil d'État se prononce sur une question de constitutionnalité déjà tranchée, ce dernier est complètement influencé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel et ne cherche en aucun cas à le contredire ou à en donner sa propre interprétation. Comment expliquer ce phénomène ? La proximité des modes de raisonnement résulte peut-être de la proximité géographique des deux juridictions ainsi que de l'influence des professeurs de droit public au sein du Conseil constitutionnel, qui sont ainsi plus familiers à la jurisprudence du Conseil d'État. En outre, cette proximité peut également résulter des différentes rencontres qui ont pu être effectuées entre les deux juridictions.

Dans le cadre de sa fonction de conseiller du gouvernement, le Conseil d'État a pour mission de prévenir les éventuelles inconstitutionnalités susceptibles d'être relevées par le Conseil constitutionnel. Ces avis sont toujours écoutés et le plus souvent suivis : le gouvernement s'en remet de façon quasiment systématique aux observations du Conseil d'État. Aussi, un projet de loi jugé contraire à la Constitution par le Conseil d'État aurait-il très peu de chances d'être accepté par le Conseil constitutionnel. Déjà en 1992, Marceau Long, alors vice-Président du Conseil d'État, soulignait dans son article intitulé *Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision* : « La comparaison des avis donnés par le Conseil d'État, en amont, et des décisions du Conseil constitutionnel en aval [...] établit que leurs positions sont presque toujours identiques, le Conseil d'État connaissant parfaitement la lettre et l'esprit des décisions du Conseil constitutionnel⁵⁴. » On ne peut ainsi que souligner que ce constat est toujours d'actualité. L'influence entre les deux juridictions semble ainsi évidente.

Mais cette proximité ressort surtout dans le cadre de la fonction contentieuse du Conseil d'État. En effet, les deux juridictions exerçant un contrôle de constitutionnalité des lois, il apparaît, dans un souci d'harmonisation et de cohérence du droit, la nécessité de tenir compte de la jurisprudence de l'autre juridiction. Il s'agit d'une « forme de dialogue » dès lors que leur contrôle porte sur un objet identique : l'appréciation de la constitutionnalité des lois.

2 – Le Conseil constitutionnel influencé par les avis du Conseil d'État

Inversement, lorsque le Conseil d'État se prononce sur une question de constitutionnalité nouvelle sur laquelle le Conseil constitutionnel n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer, il s'avère que le Conseil constitutionnel se situe dans le prolongement de l'avis émis par le Conseil d'État. Plusieurs exemples illustrent cette affirmation.

Le 29 février 1996, le Conseil d'État sollicité par le Premier ministre était saisi d'une demande d'avis portant sur le projet de statut de la Cour pénale internationale⁵⁵. Cet avis sera suivi par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 22 janvier 1999 relatif à la Cour pénale internationale (CPI).

54. M. Long, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », *RFDA* 1992, p. 787.

55. Avis n° 358.597, C. Santulli, *Les grands avis du Conseil d'État*, 3^e éd. Dalloz, 2008, n° 28.

Selon le Conseil d'État, l'autorisation de ratifier le traité portant statut de la Cour pénale internationale ne peut intervenir qu'après la révision de Constitution. Plusieurs motifs d'inconstitutionnalité justifient la position du Conseil. Pour la Haute juridiction administrative, l'article 27 du traité portant statut prévoit que « le présent statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement... n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine ». Cette disposition entre ainsi en contrariété avec le régime de responsabilité pénale exclusif du chef de l'État, des ministres et des parlementaires, institué par les articles 26, 68 et 68-1 de la Constitution. Par ailleurs, le traité prévoit deux dispositions contraires aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale⁵⁶. D'une part, le fait que la Cour puisse être amenée à demander à l'État français de lui remettre des personnes à raison de faits couverts par l'amnistie ou la prescription. D'autre part, l'étendue des pouvoirs du Procureur près la Cour pour effectuer des actes d'enquête sans la présence des autorités juridiques nationales compétentes. Enfin, l'article 42-2 du statut, prévoyant la possibilité pour la Cour de juger une personne qui a déjà été jugée pour les mêmes faits par une juridiction nationale. Le Conseil d'État relève l'incompatibilité de cet article avec la règle *non bis in idem*⁵⁷, principe à valeur constitutionnelle de la nécessité des peines garanti par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789.

En outre, il rappelle à cette occasion que les dispositions envisagées du statut d'une Cour pénale internationale permanente doivent respecter les principes à valeur constitutionnelle des droits et libertés de la personne humaine, des droits de la défense, du droit à un procès équitable, de l'indépendance des juges, et les principes fondamentaux du droit pénal⁵⁸.

De son côté, et en application de l'article 54 de la Constitution, le Conseil constitutionnel relève les mêmes motifs de non-conformité.

En dernier lieu, il est important de constater que, si le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel se sont prononcés sur les mêmes motifs d'inconstitutionnalité, il existe néanmoins sur la question de la prescription l'action publique en matière pénale une divergence entre les deux

56. CC, décis. n° 85-188 DC, 22 mai 1985, *Rec.*, p. 15.

57. La règle *non bis in idem* a été consacrée sans ambiguïté par le législateur, à l'article 368 du code de procédure pénale, pour son application « verticale », à l'intérieur de l'ordre juridique français, et à l'article 692 du même code, pour la reconnaissance de l'autorité négative de la chose jugée à l'étranger.

58. Y. Gaudemet, B. Stirn, T. Dal Farra et F. Rolin, *Les grands avis du Conseil d'État*, 3^e éd., Dalloz, p. 335 ; cf. le commentaire de C. Santulli, p. 337.

juridictions du Palais Royal. En effet, si le Conseil d'État avait retenu, dans son avis du 29 février 1996, l'existence en la matière d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République de prescription « des crimes dont la nature n'est pas d'être imprescriptible⁵⁹ », le Conseil constitutionnel s'écarte de l'analyse du Conseil d'État en reconnaissant la conformité à la Constitution de dispositions rendant imprescriptibles les crimes susceptibles de faire l'objet de la saisine de la Cour pénale internationale en affirmant « qu'aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'interdit l'imprescriptibilité des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale⁶⁰ ».

En définitive, ces différents avis confirment la logique d'influence réciproque et de dialogue existante entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel. Ce qui démontre à la fois l'importance de la dynamique constitutionnelle mais aussi la volonté de ces deux juridictions d'adopter une position commune peu importe que le Conseil constitutionnel ait déjà eu, ou non, l'occasion de se prononcer. Dans cette dernière hypothèse, les avis étudiés démontrent en effet que le Conseil constitutionnel s'inscrit dans le sillage du Conseil d'État par la convergence et la continuité de leurs positions.

B – L'INTERVENTION DU CONSEIL D'ÉTAT EN MATIÈRE DE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DU DROIT COMMUNAUTAIRE DÉRIVÉ

Nous concluons cet article en faisant état de l'influence et de l'extension des attributions consultatives du Conseil d'État quant au contrôle de constitutionnalité du droit communautaire dérivé. En effet, sur le fondement de l'article L. 112-2 du code de justice administrative (et non sur le fondement de l'article 88-4 de la Constitution), le Conseil d'État, dans l'avis du 26 septembre 2002 relatif au mandat d'arrêt européen, ne se prononce pas plus sur un projet de texte international que sur un projet de loi ou de décret⁶¹. Il est saisi d'un texte international déjà adopté d'une

59. Avis n° 358597 du 29 février 1996, EDCE 1997 n° 48, p. 277 : « l'existence d'une règle de prescription qui est un principe fondamental reconnu par les lois de la République exige que pour les crimes dont la nature n'est pas d'être imprescriptible, un délai de prescription soit fixé dans le statut, en fonction de la gravité des crimes commis ».

60. CC, décis. n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, cons. 20. À propos de la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, B., Genevois, « Le Conseil constitutionnel et le Droit pénal international », *RFDA*, 1999, p. 285 ; J. Clerckx, « Le statut de la Cour pénale internationale et le droit constitutionnel français », *RTDH* 2000, p. 649 et s.

61. La saisine du Conseil constitutionnel sur la base de l'article 54 de la Constitution ne semble pas pouvoir être utilisée pour contrôler la constitutionnalité du droit communautaire dérivé, puisque cet article vise expressément les engagements internationaux soumis à ratification ou à approbation, ce qui n'est, à l'évidence, pas le cas des décisions-cadres. Voir A. Ondoua, « L'ordre constitutionnel français à l'épreuve de la décision cadre du 13 juin 2002 sur le mandat d'arrêt européen », *AJDA* 2003, p. 1368.

demande d'avis sur la question de savoir si la transposition en droit français, par la voie législative, de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 est de nature à se heurter à des obstacles tirés de règles ou principes de valeur constitutionnelle. Pour la première fois, la Haute juridiction administrative était consultée sur la question de la compatibilité avec les normes constitutionnelles d'un acte communautaire de droit dérivé⁶².

Avant d'analyser le fond de la décision-cadre, le Conseil d'État commence par analyser la compatibilité avec la Constitution d'une telle transposition législative d'un acte communautaire. Il fait ainsi référence aux articles 3 de la déclaration de 1789 et de la Constitution de 1958 relatifs au principe de souveraineté ainsi qu'aux alinéas 14 et 15 du préambule de la Constitution de 1946 puis aux articles 53 et 88-1 du texte de 1958. En vertu des dispositions précitées, le Conseil d'État considère que « le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que, sur le fondement des dispositions susmentionnées du préambule de 1946, puisse être transposée en droit interne par voie législative une décision-cadre, prise sur le fondement de l'article 34 du traité sur le fonctionnement l'Union européenne ».

Ainsi, après avoir posé la compatibilité de la transposition législative d'un acte communautaire, le Conseil d'État vérifie que la décision ne comporte aucune disposition contraire à la Constitution.

Pour cela, le Conseil d'État reprend en formation administrative son arrêt *Moussa Koné*⁶³. Il rappelle en effet que le principe selon lequel l'État doit se réserver le droit de refuser l'extradition pour les infractions qu'il considère comme des infractions à caractère politique constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République, en se référant à son avis du 9 novembre 1995⁶⁴. Par ailleurs, le Conseil reprend les considérants des décisions rendues par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, en particulier celle du 22 janvier 1999 relative au traité portant statut de la Cour pénale internationale. Il précise qu'une telle transposition nécessite une révision de la Constitution si la décision-cadre comporte des dispositions « contraires à la Constitution

62. Avis n° 368.282, EDCE n° 54, 2003, p. 192 et C. Santulli, *Les grands avis du Conseil d'État*, 3^e éd. Dalloz, 2008, n° 40.

63. CE, Ass., 3 juillet 1996, *Lebon*, p. 255, *AJDA*, p. 722, 1996, chr. D. Chauvaux ; T.- X. Girardot ; H. Labayle, « Le juge, la Constitution et l'extradition », *RFDA*, 1996, pp. 906-907.

64. CE, Section de l'intérieur, avis du 9 novembre 1995, n° 357344, B. Genevois, *Les grands avis du Conseil d'État*, 3^e éd. Dalloz, 2008, n° 27 : « qu'eu égard à la constance et à l'ancienneté de la règle exprimée par la loi du 10 mars 1927 et par les conventions signées par la France, le principe selon lequel l'État doit se réserver le droit de refuser l'extradition pour les infractions qu'il considère comme des infractions à caractère politique constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République, ayant à ce titre valeur constitutionnelle en vertu du Préambule de la Constitution de 1946 ».

ou à des principes de valeur constitutionnelle, mettant en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portant atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ».

Le Conseil relevait une contrariété à un principe à valeur constitutionnelle estimant que la décision-cadre « ne paraît pas assurer le respect du principe [...] selon lequel l'État doit se réserver le droit de refuser l'extradition pour des infractions qu'il considère comme des infractions politiques ». Il en résulte que la transposition de l'acte de droit communautaire secondaire nécessitait au préalable une modification de la Constitution⁶⁵. À la suite de cet avis, cette dernière fut ainsi révisée par la loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003 afin de permettre l'introduction en France du mandat d'arrêt européen (article 88-2), et ce en l'absence de décision du Conseil constitutionnel⁶⁶. Nous ne pouvons que constater le caractère inédit de cette hypothèse : un acte communautaire dérivé a provoqué une modification de la Constitution française.

Cet avis illustre ainsi que la primauté de la Constitution sur le droit international vaut aussi pour le droit de l'Union européenne, y compris les actes dérivés, et réaffirme l'influence du Conseil d'État en matière de contrôle de constitutionnalité du droit communautaire dérivé.

Ainsi, l'étude du contrôle de constitutionnalité des traités dans le cadre des attributions consultatives du Conseil d'État permet de constater qu'il existe des liens forts entre les deux juridictions du Palais Royal mais surtout des points de convergence entre les jurisprudences des deux conseils. On ne peut manquer de souligner la fidélité du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La position du Conseil d'État rejoint en effet celle du Conseil constitutionnel sur de nombreux points. L'influence du Conseil constitutionnel est manifeste, le Conseil d'État n'hésite pas à faire référence à la jurisprudence de son voisin du Palais Royal, que ce soit dans les visas ou les motifs de son arrêt. Cette recherche met en évidence à la fois l'acceptation du Conseil d'État de subir l'influence du Conseil constitutionnel mais également l'existence de positions communes, puisque dans bien des cas le Conseil constitutionnel se situe dans la continuité des avis du Conseil d'État.

65. Cf. P.-Y. Monjal, « Le droit dérivé de l'Union européenne en quête d'identité. À propos de la première décision cadre du Conseil de l'Union européenne du 29 mai 2000 », *RTD eur.*, 2001, p. 335. Voir également T. Meindl, « Le contrôle de constitutionnalité des actes communautaires de droit dérivé en France », *RD publ.* 1997, p. 1665 ; *Cab. Cons. const.*, n° 4/1998, p. 51-104 ; P. Gaïa, « Le contrôle de constitutionnalité des normes communautaires », in H. Gaudin (dir.), *Droit constitutionnel et droit communautaire, Vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Economica-PUAM, 2001, p. 39.

66. Le Conseil d'État constate que les articles 3 et 4 de la décision-cadre, qui dressent des listes de motifs de non-exécution obligatoire ou facultative du mandat d'arrêt européen, ne comprennent pas la nature politique des infractions.