



HAL
open science

LE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE A L'EPREUVE DESENGAGEMENTS INTERNATIONAUX

Thomas Perroud

► **To cite this version:**

Thomas Perroud. LE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE A L'EPREUVE DESENGAGEMENTS INTERNATIONAUX. VIIème Congrès de l'Association française de droit constitutionnel, Sep 2008, Paris, France. pp.103-144. hal-01698891

HAL Id: hal-01698891

<https://hal.science/hal-01698891>

Submitted on 9 Feb 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

n° 21 - Décembre - Diciembre - December 2008
semestriel - semestral - semestral

CIVITAS EUROPA

Revue Juridique sur l'Evolution de la Nation et de l'Etat en Europe
Revista Jurídica sobre la Evolución de la Nación
y del Estado en Europa
Legal Journal on the Development of Nation and State in Europe

NUMERO SPECIAL

VIIEME CONGRES
ASSOCIATION FRANÇAISE
DE DROIT CONSTITUTIONNEL

Atelier 1 : Constitution et Europe

BRUYLANT
BRUXELLES

LE CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE A L'EPREUVE DES ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX

Thomas PERROUD

*Allocataire-Moniteur à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne,
PhD Student Warwick School of Law*

L'intérêt du sujet vient d'abord de son actualité tant en France qu'en Europe. La réforme des institutions mise en œuvre par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, adoptée par le Congrès le 21 juillet 2008, ouvre la possibilité pour les juridictions des ordres administratif et judiciaire de saisir le Conseil constitutionnel d'une question de constitutionnalité¹. Cette loi introduit aussi certains aménagements concernant le rôle du Parlement dans la conduite des affaires européennes². L'actualité est aussi européenne car plusieurs Cours constitutionnelles ont été ou sont amenées à se pencher sur la constitutionnalité du traité de Lisbonne³.

¹ Le nouveau article 61-1 de la Constitution dispose en effet que « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article ».

² Pour une vision critique des nouveautés de la réforme constitutionnelle dans ce domaine voir J. Rideau, *La place de l'Europe dans la révision constitutionnelle*, JCP G n° 31, 30 Juillet 2008, I 178. Cet auteur juge que « la révision constitutionnelle est loin de correspondre à une adéquation complète de la Constitution aux exigences de la participation à l'Union européenne qui reste encore à élaborer. Elle ne réalise donc pas - au moins sur ce point - une véritable modernisation des institutions de la Ve République ».

³ La Cour constitutionnelle tchèque vient en effet de prononcer la conformité du Traité de Lisbonne à la Constitution (B. HUGUES, *La constitution tchèque n'est plus un obstacle au Traité de Lisbonne*, AFP, 26/11/2008). De même la ratification du Traité en Allemagne est suspendue à la décision de la Cour constitutionnelle qui a expressément demandé au Président d'attendre sa décision. En Irlande enfin, c'est un jugement de la Cour suprême de 1987 (*Raymond Crotty v An Taoiseach and Others* [1987] IESC 4) qui a imposé le recours au référendum pour autoriser la ratification d'un traité nécessitant un amendement à la Constitution. En Angleterre la High Court a aussi été amenée à se prononcer mais sur la question du referendum promis par le gouvernement. La requête fut rejetée. (*Wheeler, R (on the application of) v Office of the Prime Minister & Anor*, 25 juin 2008, [2008] EWHC 1409 (Admin)).

L'intérêt du sujet vient plus spécifiquement de l'ambiguïté du rapport entre le droit constitutionnel et le droit international. Les Constitutions, rédigées à la suite d'une libération ou d'une guerre, proclament souvent leur attachement aux principes du droit international et particulièrement aux traités relatifs aux droits de l'homme⁴.

Mais en même temps, le raisonnement juridique est profondément mis à l'épreuve par la confrontation des systèmes⁵ et des « points de vue »⁶ qu'impose l'articulation de la norme constitutionnelle avec la norme internationale, deux droits qui prétendent chacun à la primauté. Ce sujet a d'ailleurs été abondamment traité⁷. En plus de cette aporie⁸ le raisonnement

⁴ Certains auteurs analysent d'ailleurs ces références comme une limite constitutionnelle, la volonté de conjurer le passé en se rattachant à un ordre international qui fournit une sorte de caution de l'authenticité de l'attachement aux droits de l'homme. T. GINSBURG, S. CHERNYKH, Z. ELKINS, Commitment and diffusion: how and why national constitutions incorporate international law? 2008 U. Ill. L. Rev. 201. Ces auteurs interprètent les clauses relatives au droit international dans les Constitutions comme des éléments du pacte social initial que scellent ces Constitutions. Ces clauses manifesteraient ainsi une volonté de lier l'État pour l'avenir, d'assurer un engagement clair en faveur par exemple des droits de l'homme ou du libéralisme économique. La spécificité de cet engagement tient à sa crédibilité supposée plus forte car les institutions internationales ne sont pas sujettes aux pressions. La construction de l'ordre juridique européen est aussi vécue comme un moyen propriétaire de s'assurer que les guerres ne pourront plus ravager l'Europe.

⁵ H. KELSEN, Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, Rec. des Cours de l'Académie de Droit International 1926, IV, p. 227-331.

⁶ O. PFERSMANN, La primauté: double, partiellement directe, organiquement indéterminée, provisoirement fermée, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 18.

⁷ En plus de l'article d' Otto PFERSMANN on peut citer : pour le droit communautaire D. ALLAND, À la recherche de la primauté du droit communautaire, Droits, 2007, n°45, p. 109 ; V. CONSTANTINESCO, La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité, Mélanges Léontin-Jean Constantinesco, C. Heymann, 1983, p. 109 ; M. DARMON, Juridictions constitutionnelles et droit communautaire (Réflexions sur la jurisprudence constitutionnelle d'Italie, de RFA et de France relative à l'insertion du droit communautaire dans l'ordonnement juridique interne), RTDE 1988.217 ; O. DUBOS, Les juridictions nationales, juge communautaire, Dalloz, 2001 : L. DUBOIS, Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne, Mélanges Boulouis, Dalloz, 1991, p. 205 ; G. ISAAC, Primauté du droit communautaire, Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit communautaire, Dalloz, 1992 ; J. KAKOURIS, La relation de l'ordre juridique communautaire avec l'ordre juridique des Etats membres (quelques réflexions parfois peu conformistes), Mélanges Pescatore, Nomos Verlag, 1987, p. 319 ; R.

juridique dans ce domaine est confronté à deux systèmes de raisonnement, l'un fondé sur la légalité et l'autre sur la responsabilité si bien que pour paraphraser Denis ALLAND la primauté du droit international public « n'existe pas en tant qu'expression d'une hiérarchie entre les actes nationaux et les actes supranationaux »⁹. On est en quelque sorte contraint en droit interne de penser en terme de hiérarchie et de légalité alors que ce n'est pas la logique du droit international. Cette contradiction est d'autant plus aigüe en Europe que le droit communautaire est pourvu, en plus de la primauté, de l'effet direct¹⁰. Si, comme le dit Kelsen, l'ordre juridique peut être décrit « en propositions de droit qui ne se contredisent pas »¹¹, le rôle des juges est donc central dans l'agencement de

MEHDI, Primauté du droit communautaire, Fasc. 196 ; P. PESCATORE, Droit international et droit communautaire, Essai de réflexion comparative, Publ. Du Centre univ. De Nancy, n°5, 1969 ; D. SIMON, Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphose ?, Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS, Dalloz, 1991, p. 481 ; B. de WITTE, Retour à Costa. La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international, RTDE 1984.425 pour le droit international public en général P. DAILLIER et A. PELLET, Droit international public, LGDJ, 2002, n° 49 suiv. (avec la bibliographie).

⁸ Ce terme vient du grec et signifie « impasse », « sans issue », « embarras ». « En philosophie, on peut lui donner un sens faible, comme le fait Aristote en insistant sur l'aspect de difficulté à résoudre, notamment lorsqu'il s'agit de la « mise en présence de deux opinions contraires et également raisonnées en réponse à une même question » (ce qu'on appellera plus tard « antinomie ») ; et un sens fort, celui de Platon, pour qui il s'agit d'une difficulté qui exige un changement de registre dans la recherche ; les Modernes donnent à ce terme le sens encore plus fort de problème insoluble, d'obstacle insurmontable » (F. ARMENGAUD, Article « Aporie », Encyclopædia Universalis, 2007). La question de l'articulation en droit des systèmes internes et internationaux pose bien une aporie dans le sens où le modèle traditionnel basé sur la hiérarchie des normes ne parvient pas à expliquer l'évolution actuelle de la jurisprudence.

⁹ D. ALLAND, À la recherche de la primauté du droit communautaire, Droits, 2007, n°45, p. 118.

¹⁰ L'effet direct a été dégagé par le CJCE en 1963 : « le droit communautaire indépendant de la législation des États membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique ; que ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le Traité mais aussi en raison d'obligations que le Traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux États membres et aux institutions communautaires » (CJCE, 5 févr. 1963, aff. 26/62, aff. 26/62, Van Gend en Loos).

¹¹ H. KELSEN, Théorie pure du droit, Traduction française de la deuxième édition de la Reine Rechtslehre par Charles EISENMANN, Paris, Dalloz, 1989, p. 273 ; voir aussi D. de BÉCHILLON, Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État, *Economica*, 1996, p. 3-4.

ces deux normes et impose d'étudier les raisonnements mis en œuvre par les différentes cours constitutionnelles pour tenter de résoudre cette aporie.

Enfin le droit international occupe une place ambiguë dans l'agencement institutionnel interne. Il engendre une rupture inévitable avec le principe de séparation des pouvoirs. Alors que le pouvoir de légiférer appartient au peuple ou à ses représentants ; dans l'ordre international, c'est l'exécutif qui est chargé de négocier et de conclure les traités. Or les traités ont, dans de nombreux ordres juridiques, une autorité supérieure à la loi. La vigilance des cours constitutionnelles face à cette manière de « légiférer par voie de traité »¹² s'explique aussi par la volonté de préserver la compétence du constituant et du législateur. La fonction diplomatique définie par D. de BÉCHILLON comme la fonction « par laquelle sont élaborées les normes de droit international public » ne doit pas empiéter sur les autres fonctions de l'État et notamment la fonction constituante¹³.

Le recours au droit comparé dans cette matière ne se justifie pas seulement par l'essor que prend cette science dans les décisions des juges constitutionnels de nombreux pays¹⁴, mais aussi parce qu'il semble important de mettre en évidence les points communs entre les raisonnements de juges confrontés au même problème. Il sera ainsi intéressant de regarder si, en Europe, les juges constitutionnels trouvent des solutions semblables face à la « colonisation »¹⁵ du droit communautaire et parviennent à mettre en place un ordre juridique spécifique intégré aux ordres juridiques nationaux pour

¹² J. COMBACAU, *Légiférer par voie de traité ? Remarques sur le mode conventionnel de production de règles internationales*, Cahiers du Conseil constitutionnel n°17.

¹³ D. de BÉCHILLON, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions* préc., 1996, p. 81.

¹⁴ Le rôle du droit comparé dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis a donné lieu à une intense production doctrinale. Voir not. D. M. AMANN, "Raise the flag and let it talk": on the use of external norms in constitutional decision making, 2 *Int'l J. Const. L.* 597 ; J. S. BAKER, *Citing foreign and international law to interpret the constitution: what's the point?* *Albany Law Review*, Vol. 69, p. 683 ; S. CHOUDHRY, *Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation* 74 *Ind. L.J.* 819 ; C. POWELL, *Tinkering with torture in the aftermath of hamdan: testing the relationship between internationalism and constitutionalism* 40 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 723.

¹⁵ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, 14e éd., 2000, p. 126, § 167.

reprendre la formule de la Cour de Justice des Communautés Européennes¹⁶. Nous avons étudié en plus des pays membres de l'Union Européenne, les États-Unis, le Canada et l'Afrique du sud.

L'enjeu de cette question est donc d'arriver à concilier ces exigences contradictoires. La nécessité de ne pas remettre en cause de manière intempestive la règle internationale se justifie par le besoin de sauvegarder la sécurité juridique des relations internationales qui, autrement, ne serait plus le jeu du droit mais celui de la puissance¹⁷. Il semble à l'inverse difficile de remettre en question la place de la Constitution au sommet de la hiérarchie des normes car c'est d'elle que procède la compétence mais aussi le raisonnement que les juges vont mettre en place pour articuler ces différentes normes. « La légitimité du juge national, comme les rapports avec des ordres juridiques externes ne peuvent être déterminés que par la Constitution »¹⁸.

La manière dont le juge appréhende le droit international dépend de sa position dans les rapports de systèmes et dans les relations entre les différents pouvoirs au niveau interne (I). Face à ces données le juge peut mettre en place deux types de raisonnement pour réaménager les rapports de systèmes : le premier est fondé sur le principe hiérarchique et le second sur le principe de compétence (II).

¹⁶ « Le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres » (Van Gend en Loos, 5 février 1963, Rec. CJCE p. 3, D. 1963.62, note J. Breban, S. 1963.29, obs. J. Robert, JCP 1963. II. 13177, note F.-C. Jeantet, RGDI publ. 1963.421, obs. C. Rousseau et 1964.110, note J. Amphoux et Costa c. Enel, 15 juillet 1964, Rec. CJCE, p. 1141, RTD eur. 1965.369, note J. Virole, JDI 1965.597, obs. R. Kovar).

¹⁷ M. LEFEBVRE, *Le jeu du droit et de la puissance : précis de relations internationales*, PUF, 2000.

¹⁸ B. MATHIEU, *Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national. Bilan et incertitudes relatifs aux évolutions récentes de la jurisprudence des juges constitutionnels et administratifs français*, Rev. Fr. de dr. Constit., n° 72, 2007, p. 677 ; voir de même B. MATHIEU, *L'appréhension de l'ordre juridique communautaire par le droit constitutionnel français*, Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON, p. 173.

I - LE JUGE AU CŒUR DES RAPPORTS DE SYSTEMES ET DE POUVOIRS

La difficulté de trouver la place du droit international en droit interne résulte de deux éléments. Le droit international met non seulement le juge constitutionnel face à une norme dont la place dans la hiérarchie est difficile à déterminer (A) mais en outre elle le met au centre d'un jeu de pouvoirs compliqué (B).

A. Le juge et les rapports de systèmes

La difficulté de trouver la place de la norme internationale en droit interne résulte de l'interaction de deux points de vue concurrents, le point de vue interne (1) et le point de vue du droit international (2).

1. Le point de vue interne : la difficulté à trouver une place au droit international

Le raisonnement du juge pour articuler la norme interne et la norme internationale est fortement tributaire de la manière dont la Constitution fixe son rapport à la norme internationale.

Le raisonnement du juge peut ainsi être biaisé pour penser la spécificité de la règle internationale par le mode d'incorporation de celle-ci en droit interne. Dans les pays dualistes¹⁹ la norme internationale ne produit pas d'effet juridique dans l'ordre interne si elle n'est pas transposée, et le plus souvent elle

¹⁹ Selon ce système l'ordre interne et l'ordre international sont deux systèmes étanches, indifférents l'un à l'autre. Aussi pour être applicable dans l'ordre interne un engagement international a besoin d'être transposé. À l'inverse les pays monistes assurent l'applicabilité directe des engagements internationaux dans l'ordre interne. L'utilisation de ces termes ici n'implique pas de prise de position sur la nature des relations entre les ordres juridiques telle que certains théoriciens ont pu l'avancer. Les partisans de la thèse moniste défendent l'unité de l'ordre juridique interne et international, il n'existerait entre ces deux ordres qu'une différence de degré et non de nature. Les partisans de la thèse dualiste en revanche tentent de mettre en évidence les différences fondamentales entre ces deux droits. Ces deux ordres juridiques seraient ainsi indifférents l'un à l'autre (pour un exposé plus complet de ces théories voir P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 7^e éd., n°48 suiv.).

doit être transposée par la loi²⁰. Dès lors, le traité va avoir la même valeur juridique et la même place dans la hiérarchie des normes que la loi et va s'articuler avec les autres lois de la même manière qu'une loi. Ainsi, une loi postérieure pourra déroger au traité suivant l'adage *lex posterior derogat legi priori*. En Irlande par exemple, l'article 29.6 de la Constitution impose la transposition des traités par la loi²¹ sous peine de non application du traité²² et une même loi peut remettre en question son application. *A fortiori* donc le traité devenu loi ne peut en aucun cas primer sur la Constitution. On peut retrouver le même raisonnement dans d'autres systèmes juridiques²³. Dans ces pays c'est le mode de transposition qui conditionne le raisonnement du juge. Néanmoins, la place du droit international en droit interne et la manière dont le juge va articuler ces normes ne sont pas uniquement fonctions du rapport moniste ou dualiste entre ordres juridiques car les juges français, dans le cadre d'un système moniste²⁴, ont, pendant longtemps, attribué une valeur législative au traité²⁵ et articulé le traité et la loi de la même manière que les pays dualistes.

²⁰ Les pays de *common law*, à l'exception des Etats-Unis, sont dualistes mais c'est aussi le cas de l'Allemagne par exemple. Les pays monistes comptent entre autres l'Espagne, la France, la Grèce, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal.

²¹ Cet article dispose ainsi que : « no international agreement shall be part of the domestic law of the State save as may be determined by the Oireachtas ».

²² Les deux arrêts de principe de la Cour suprême irlandaise sont : Ó Laighléis, Re [1960] I.R. 93 et Doyle v Commissioner of An Garda Síochána [1999] 1 I.R. 249.

²³ En Allemagne mais aussi par exemple en Italie avant que la Cour constitutionnelle ne juge que la loi qui déroge à un traité est inconstitutionnelle.

²⁴ L'applicabilité directe des engagements internationaux date en France de la Constitution du 27 octobre 1946. L'article 26 du titre IV, intitulé "Des traités diplomatiques", dispose notamment que « les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi dans le cas même où ils seraient contraires à des lois françaises, sans qu'il soit besoin pour en assurer l'application d'autres dispositions législatives que celles qui auraient été nécessaires pour assurer leur ratification ». Le préambule de cette Constitution affirme aussi à l'alinéa 14 que « la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ».

²⁵ Le revirement s'est fait en deux temps : pour l'ordre judiciaire (Cassation, ch. mixte, 24 mai 1975, Administration des douanes c/Soc. « Cafés Jacques Vabre ») et l'ordre administratif (CE, ass., 20 oct. 1989, Nicolo). Les Etats-Unis sont dans la même situation que la France avant les « révolutions » Jacques Vabre et Nicolo puisque la loi postérieure peut déroger au traité et ce malgré la « supremacy clause » qui confère théoriquement une valeur supralégislative au traité (voir l'article 7 de la Constitution des Etats-Unis et pour les arrêts qui permettent à la loi fédérale

La difficulté de trouver une place au droit international en droit interne peut aussi résulter de dispositions contradictoires de la Constitution elle-même. Il est souvent nécessaire de concilier les dispositions de portée générale que contient la Constitution qui proclament (sur le modèle des alinéas 13 et 14 du préambule de la Constitution de 1946) l'attachement aux règles et aux principes du droit international public et des dispositions plus précises (comme les articles 54 et 55 de la Constitution française)²⁶. De même la Constitution polonaise dispose que « La Constitution est le droit suprême de la République de Pologne » (article 8-1) et ensuite affirme que « La République de Pologne respecte le droit international par lequel elle est liée » (article 9)²⁷.

de déroger au traité Chinese Exclusion Case (1889), 130 U.S. 581). En Italie, la Cour constitutionnelle a d'abord considéré qu'une loi postérieure pouvait remettre en cause un acte communautaire (Jugement n°14/1964). Elle est revenue sur cette position par le jugement n°183/1973.

²⁶ É. PICARD a bien montré le changement de place de la Constitution dans la hiérarchie des normes que ces deux séries de dispositions a pu entraîner. « La structuration contemporaine du droit positif relativement à la question du statut, en droit interne, de ces règles supranationales obéit à un processus assez paradoxal, qui en brouille la compréhension. (...) Mais, en dépit de cette consécration générale de la primauté des normes supranationales, et avant même qu'elle ne fût achevée, le droit positif a commencé à évoluer à partir de l'époque où, revenant du monisme tel qu'on l'avait abusivement compris, mais aussi s'éloignant du monisme tel que l'on aurait pu raisonnablement le faire prévaloir, on a repris conscience que la Constitution est effectivement la norme fondamentale du droit public interne, pour en tirer des conséquences qu'elle n'exigeait pas et que sans doute même elle excluait. Ainsi, alors que la Constitution, avant de s'assujettir concrètement les lois, avait posé le principe de la primauté du droit international sur toutes les autres normes, y compris les normes souveraines, le fait même que l'on accède à nouveau à cette vérité selon laquelle la Constitution constitue le fondement de cette primauté et que celle-ci ne saurait s'imputer directement au droit international lui-même va peu à peu entraîner une sorte d'inversion globale de la hiérarchie, dans les esprits comme en droit positif. Et, là où la Constitution pose toujours formellement le principe du respect du droit international par toutes les normes du droit interne, il a fini par paraître tout naturel que les règles constitutionnelles dans leur ensemble doivent prévaloir sur les normes internationales, et cela à l'encontre même du principe constitutionnel de la prééminence du droit public international sur toutes autres normes. Or, ce renversement s'est opéré sans révision constitutionnelle pertinente, et en invoquant les mêmes articles que ceux qui avaient voulu instaurer le monisme » (Droit international et Contentieux administratif (Rapports entre droit international et droit interne), Rép. cont. adm. Dalloz, février 2008, §50 et 51).

²⁷ Une traduction officielle de la Constitution polonaise est disponible sur le site internet de la Cour constitutionnelle : <http://www.trybunal.gov.pl/akty/tlumaczenia/fr.htm>

L'articulation est compliquée davantage dans certains pays où la Constitution attribue un rang différent aux traités et aux règles de droit international coutumier. Ainsi, pour ne prendre que l'exemple de l'Allemagne, l'article 25 de la Loi Fondamentale donne à ces principes généraux du droit international coutumier une valeur supralégislative alors que les traités ont une valeur législative²⁸.

En plus des dispositions hiérarchiques contenues dans la Constitution certaines clauses acceptent ou opèrent des transferts de compétence. C'est le cas en France de l'alinéa 15 du préambule de la Constitution de 1946 mais aussi de l'article 88-1. La totalité des constitutions européennes contiennent des clauses spécifiques²⁹ qui manifestent l'assentiment du constituant aux transferts importants de compétence vers les communautés européennes³⁰.

Nous avons donc montré ici toute la difficulté de trouver la place du droit international en droit interne. Cette difficulté résulte souvent de l'obligation de raisonner avec les catégories d'actes disponibles en droit interne pour la transposition. Cette difficulté peut résulter en outre de l'existence de dispositions d'esprit différent que le juge doit concilier. Enfin, cette difficulté peut résulter des deux types de relation que le droit international lui-même entretient avec le droit interne : il peut s'imposer dans l'ordre interne et amener le juge à réfléchir en termes de hiérarchie ou il peut opérer un transfert de pouvoirs à son profit, obligeant le juge à réfléchir cette fois en termes de compétence.

²⁸ BVerfGE 82, 106, 120. Voir F. HOFFMEISTER, Germany: status of European Convention on Human Rights in domestic law, *International Journal of Constitutional Law*, 2006 p. 722, spéc. p. 727 : « Evidently, equality with other federal statutes may lead to conflicts if a statute-- adopted later-- is itself not in conformity with the Convention (lex posterior derogat legi priori) ».

²⁹ Pour une étude exhaustive de ces clauses voir Jean-Victor Louis et Thierry Ronse, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, L.G.D.J., 2005, p. 334 à 346.

³⁰ Dans le cas de l'Italie la clause générale de la Constitution selon lequel la République consent aux « limitations de souveraineté nécessaires à un ordonnancement qui assure la paix et la justice entre les nations » (article 11). Cet article a été interprété comme suffisant pour autoriser les limitations de souveraineté (Cour const., n° 14 de 1964, n° 183 de 1973, n° 170 de 1984). Pour une critique de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne voir R. GUASTINI, *La primauté du droit communautaire : une révision tacite de la Constitution italienne*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 9.

2. Le point de vue externe

La manière dont le juge va penser son contrôle de la norme internationale est aussi fonction des bornes que celle-ci peut fixer. Le droit international conçoit certes son rapport avec les ordres nationaux de manière stricte : il ne raisonne pas de manière hiérarchique mais cela revient au même puisqu'un État ne saurait justifier la non exécution d'un traité en avançant qu'il est contraire à une disposition de son droit interne³¹. Au regard du droit international les normes internes sont de « simples faits »³². L'État est donc lié. Mais le droit international et certains droits régionaux peuvent raisonner de manière plus souple et laisser une compétence résiduelle aux Etats pour mettre en œuvre les dispositions qu'ils ont édictées. Le droit communautaire comme la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnaissent une marge d'appréciation au cadre national³³. Si la CJCE justifie le principe de primauté par la nécessité d'assurer une application uniforme du droit communautaire, elle n'en reconnaît pas moins aux États des marges d'appréciation dans certains domaines sous le contrôle du juge, mais

³¹ Cette règle vient de l'adage *Pacta sunt servanda* exprimé maintes fois par les juridictions internationales et codifié dans la Convention de Vienne sur le droit des traités qui stipule qu'« traité en vigueur lie les parties » (article 26). La Cour permanente de justice internationale a ainsi déclaré dans l'avis relatif au traitement des nationaux polonais à Dantzig du 4 février 1932 qu'« Un État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur ». Ce raisonnement est repris à l'identique par la CJCE dans l'arrêt *International Handelsgesellschaft* du 17 décembre 1970 : « L'invocation d'atteintes portées à des normes constitutionnelles ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de l'État en cause » (Aff. 11/70, Rec. p. 1125). Il s'agit d'un « principe fondamental en droit international » (CIJ, Rec. 1988, p. 34).

³² CPJI, , Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise – Fond, Série A, n°7, p. 19.

³³ La marge nationale d'appréciation désigne « le rapport de compatibilité devant exister entre les mesures nationales et la norme conventionnelle ». En droit de la C.E.S.D.H.L.F. elle confère une compétence discrétionnaire aux Etats pour définir le contenu de certaines notions car « grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer » (C.E.D.H., 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, GAC.E.D.H., n° 7). Voir F. SUDRE, Convention européenne des droits de l'homme – Caractères généraux, Jcl Europe Traité, Fasc. 6500, n°42.

limitées à l'erreur manifeste³⁴. Le principe de subsidiarité reconnu par les traités manifeste aussi la reconnaissance d'une marge de compétence discrétionnaire aux Etats³⁵ et constitue pour T. de BERRANGER « le principe conciliateur des Constitutions nationales et de l'Europe »³⁶. De même certains instruments juridiques comme la directive ont pour objet de laisser aux États le choix des moyens tout en les liant pour les résultats à atteindre³⁷.

B. Le juge et les rapports des différents pouvoirs

Les Constitutions ne font pas qu'assigner une place au droit international, elle habilite aussi au contrôle. Certaines Constitutions interdisent aussi le contrôle³⁸. Cette habilitation résulte avant tout de la Constitution mais aussi du droit international et elle influence l'articulation des normes internes et internationales.

³⁴ On peut penser par exemple à la compétence de l'État pour définir la notion d'ordre public qui peut porter atteinte aux libertés de circulation. Ainsi dans une décision Oméga la C.J.C.E. a estimé qu' « il n'est pas indispensable, à cet égard, que la mesure restrictive édictée par les autorités d'un État membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause » (Affaire du 14 octobre 2004, C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contre Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, § 37).

³⁵ Ce principe subordonne, dans le traité sur l'union européenne, l'action des communautés à une double condition : la carence ou l'insuffisance des Etats et le fait que la politique sera mieux réalisée au niveau communautaire. L'article 5 TUE fixe en plus deux autres principes pour articuler les compétences de l'Union et des Etats membres : le principe d'attribution et le principe de proportionnalité.

³⁶ T. de BERRANGER, *Constitutions nationales et construction communautaire : essai d'approche comparative sur certains aspects constitutionnels nationaux de l'intégration européenne*, L.G.D.J., 1995, chapitre 9, p. 474 suiv..

³⁷ Voir article 249 TCE : « La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ».

³⁸ La Constitution des Pays-Bas de même qu'elle interdit le contrôle de constitutionnalité des lois interdit le contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux (article 120).

1. Les juges au centre des rapports des pouvoirs publics constitutionnels

Les Constitutions ne se limitent pas à fixer la hiérarchie et les compétences. Elles habilitent aussi³⁹ (ou pas⁴⁰) les institutions internes à contrôler la norme internationale. En France cet aspect a pu poser de nombreux problèmes.

La raison en est que le mode de production du droit international contrevient à certains principes les mieux ancrés de notre système juridique et notamment au principe de séparation des pouvoirs ainsi qu'à la souveraineté du peuple. En droit interne c'est en effet le président qui négocie et ratifie les traités (article 52). Or, ces normes peuvent empiéter sur les compétences du législateur et du constituant c'est pourquoi des procédures spécifiques sont mises en place pour que ces derniers puissent donner leur assentiment à la norme internationale⁴¹.

Les Cours constitutionnelles se trouvent dans ce domaine au centre de jeux institutionnels complexes. La position de certaines Cours affirmant de manière absolue la supériorité de la Constitution peut même s'expliquer par la volonté de protéger les citoyens contre les tentations du gouvernement de

³⁹ Pour M. Cornu, une norme d'habilitation opère la « collation d'un pouvoir d'agir », il s'agit d'une « investiture légale ou judiciaire en vertu de laquelle une personne reçoit le pouvoir d'accomplir un ou plusieurs actes juridiques, soit en son nom personnel, soit par représentation d'autrui (Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, Coll. Quadriga, 7^e éd., 2005). La fonction de la norme d'habilitation est « d'attribuer un pouvoir, de permettre un comportement ou une action » (C. GROULIER, Norme permissive et droit public, Thèse Université de Limoges). Comme le rappelle G. TUSSEAU dans sa thèse « une norme d'habilitation inclut quatre éléments : un acteur, une action, un champ d'application et un champ de réglementation déterminé par le principe *lex superior* » (Les normes d'habilitation, Dalloz, 2006, p. 306).

⁴⁰ Voir l'exemple des Pays-Bas cité à la note 39.

⁴¹ Si un traité empiète sur le domaine constitutionnel la révision de la Constitution est prévue à l'article 54 (et il peut aussi vérifier qu'une loi ne transpose pas un traité inconstitutionnel par la combinaison des articles 53 et 61 alinéa 2) et si un traité empiète sur le domaine de la loi l'article 53 permet au législateur de reprendre sa compétence. Dans le domaine européen la Constitution prévoit aussi l'information du Parlement et la possibilité de voter des résolutions (article 88-4).

remettre en question leurs droits à la table des négociations⁴². En Belgique, la Cour d'arbitrage a ainsi justifié sa compétence pour contrôler la constitutionnalité des engagements internationaux en affirmant que « le Constituant, qui interdit que le législateur adopte des normes législatives internes contraires aux normes (de référence prévues par) la Constitution, ne peut être censé autoriser ce législateur à le faire indirectement par le biais de l'assentiment donné à un traité international »⁴³.

Encore faut-il que le juge se sente habilité à opérer ce contrôle et surtout à faire prévaloir une norme sur une autre. B. BONNET⁴⁴ a bien montré comment le Conseil d'État dans certains de ses arrêts fondait sa solution non pas sur la hiérarchie des normes mais sur sa compétence. Ainsi dans l'arrêt Aquarone le Conseil d'État affirme que ni l'article 55 de la Constitution, « ni aucune autre disposition de valeur constitutionnelle ne prescrit ni n'implique que le juge administratif fasse prévaloir la coutume internationale sur la loi en cas de conflit entre ces deux normes »⁴⁵. On retrouve un raisonnement similaire dans l'arrêt Mlle Deprez et Baillard⁴⁶. Cet auteur rappelle que « le refus initial du juge administratif de contrôler la conventionnalité des lois postérieures était notamment fondé sur l'idée que l'article 55 n'habilitait pas expressément le juge ordinaire à faire prévaloir un traité ou un accord sur une loi postérieure à son entrée en vigueur »⁴⁷.

⁴² La doctrine américaine affirme ainsi que la jurisprudence de la Cour suprême sur la supériorité de la Constitution sur les engagements internationaux s'explique par la volonté de protéger les citoyens à une époque où les États-Unis étaient faibles (Voir Peter J. SPIRO, *Treaties, international law, and constitutional rights*, 55 *Stan. L. Rev.* 1999, spec. p. 2006).

⁴³ 3 février 1994, n° 12/94, J.T. 1994.532, point B.4.

⁴⁴ Le Conseil d'État, la Constitution et la norme internationale, RFDA 2005 p. 56.

⁴⁵ CE, Ass., 6 juin 1997, Aquarone, Lebon p. 206 ; AJDA 1997, p. 630, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot.

⁴⁶ CE, 5 janvier 2005, Mlle Deprez et Baillard, n° 257341. Notes A. ONDOUA, RTDE, 2006 n° 1, p. 184 ; P. CASSIA, Europe, 2005, n° 3, p.13 ; D. CHAUVAUX, JCP A, 2005 n° 6, p.373.

⁴⁷ B. BONNET, article cité.

2. Les juges et l'habilitation par le droit international

Le droit international a aussi son mot à dire dans l'habilitation du juge. Ainsi, concernant le droit communautaire, la validité des actes des Communautés ne peut être appréciée que par la C.J.C.E.⁴⁸. Mais le droit communautaire habilite les juridictions nationales à appliquer et à donner son effet utile au droit communautaire. Les juridictions nationales sont en effet les juridictions communautaires de droit commun selon l'expression consacrée⁴⁹ et le Conseil d'État a par exemple rappelé que les États doivent transposer et mettre en œuvre les directives « sous le contrôle des juridictions nationales »⁵⁰. Les juges internes sont donc destinataires de plusieurs normes d'habilitation tant au niveau interne qu'au niveau international. Ce réseau d'habilitation peut être utilisé par ces juges comme une ressource. Raisonner dans ces termes peut offrir une nouvelle grille de lecture pour comprendre certaines jurisprudences.

G. TUSSEAU a bien montré dans sa thèse que les normes d'habilitation peuvent être utilisées comme des ressources par les juges. « L'habilitation s'avère de la sorte une ressource que l'acteur mobilise en vue d'atteindre certains objectifs » pour « améliorer sa position institutionnelle »⁵¹. Pour illustrer cette affirmation il étudie la jurisprudence du Conseil d'État en matière de directives communautaires depuis l'arrêt *Ministre de l'Intérieur c/ Cohn Bendit*⁵². L'analyse de G. TUSSEAU permet d'éclairer sous un jour nouveau le

⁴⁸ Voir article 234 CE.

⁴⁹ O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juges communautaires*, Paris, Dalloz, 2001 ; A. BARAV, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, in *Mélanges Jean Boulois* : Dalloz, 1991, p. 1 ; J. RIDEAU, *Ordre juridique de l'Union européenne – Sources écrites*, Jcl Europe, Fasc. 190, n°55. L'article 234 du T.C.E. organise ainsi le renvoi préjudiciel à la C.J.C.E. pour interpréter le traité et pour statuer sur la validité des actes de droit dérivé (Voir J. PERTEK, *Cour de justice – Renvoi préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité – Notion de juridiction nationale – Autres acteurs de la coopération – Procédure – Effets des arrêts*, Jcl Europe, Fasc. 362).

⁵⁰ Voir par exemple l'arrêt CE, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c/ Cohn Bendit*, Rec. 524, G.A.J.A., 16^e éd., Dalloz, p. 644.

⁵¹ G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, thèse préc., p. 481.

⁵² CE, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c/ Cohn Bendit*, Rec. 524, G.A.J.A., 16^e éd., Dalloz, p. 644. Dans cet arrêt le Conseil d'État refuse de reconnaître un effet direct aux

jeu institutionnel au milieu duquel se trouve le juge. D'abord la jurisprudence sur les directives communautaires ne se traduit pas par une moindre protection pour les particuliers puisqu'ils disposent de voies indirectes pour se prévaloir d'une directive⁵³. L'existence de cette voie de droit ne se traduit donc pas par une diminution des recours pour le juge. Par ailleurs l'obligation de transposer les normes communautaires se traduit pour lui par une affirmation de son contrôle car « Ce faisant, il prescrit aux acteurs de produire les normes dont il a lui-même rendu nécessaire l'intervention, et qu'il est seul à contrôler »⁵⁴.

On pourrait prolonger cette analyse avec l'arrêt Société Arcelor Atlantique⁵⁵ qui pourrait être interprété comme un moyen pour le Conseil d'État de concilier les différentes habilitations dont il est le destinataire tout en maximisant sa « situation de pouvoir »⁵⁶. Dans cet arrêt le juge administratif reprend à son compte l'exigence constitutionnelle de transposition des directives⁵⁷, pour justifier une modification des modalités de contrôle des actes réglementaires de transposition des directives. Il opère par cet arrêt un « transport du bloc de constitutionnalité français vers l'ordre juridique

directives communautaires. Plus précisément le Conseil d'État s'oppose ici à la confrontation d'une directive communautaire et d'un acte administrative individuel.

⁵³ Cette « voie indirecte » (l'expression est employé par G. GOULARD dans ses conclusions sur l'arrêt C.E., Ass., 30 octobre 1996, *Ministre du budget c/ S.A. Jacques Dangeville*) consiste pour le requérant à invoquer par la voie de l'exception l'illégalité de l'acte réglementaire qui sert de support à l'acte individuel.

⁵⁴ G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, thèse préc., p. 524. Cet auteur conclut son analyse en disant : « Il est donc possible de comprendre la jurisprudence du Conseil d'État en matière de directives communautaires comme une entreprise globale concourant à maximiser la situation de pouvoir du juge administratif, à la fois en terme de probabilité d'être saisi, de justification de ses décisions et d'étendue de son contrôle. S'il a préservé l'habilitation des acteurs nationaux, il en a fait une ressource de sa propre stratégie institutionnelle » (thèse préc., p. 524).

⁵⁵ C.E., Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et Autres*.

⁵⁶ G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, thès préc., p. 524.

⁵⁷ Cette exigence constitutionnelle résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans trois décisions : la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 concernant la loi de confiance dans l'économie numérique, la décision n° 2004-505DC du 19 novembre 2004 relative au traité établissant une constitution pour l'Europe et la décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006 à propos de la loi sur le droit d'auteur.

communautaire »⁵⁸ en modifiant le moyen tiré du caractère inconstitutionnel de l'acte de transposition. Ce moyen ne sera examiné que si l'ordre juridique communautaire ne permet pas d'assurer « l'effectivité du respect de la de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué »⁵⁹. Le Conseil d'État va rechercher s'il existe au niveau communautaire un principe équivalent au principe constitutionnel invoqué. Le juge, dans cette jurisprudence, parvient bien à concilier son habilitation tirée de la Constitution et celle tirée des traités communautaires tout en assurant une protection effective aux particuliers.

Le raisonnement du juge concernant la place du droit international en droit interne est donc fondé sur deux facteurs : la manière dont la Constitution et le droit international fixent leurs rapports et la manière dont ceux-ci s'habilitent mutuellement à contrôler leur normes respectives. Si la C.J.C.E. a le monopole de l'interprétation du droit communautaire, les juridictions communautaires de droit commun sont les juridictions nationales et c'est pourquoi tant le Conseil constitutionnel que le Conseil d'État, en cas de difficulté sérieuse d'interprétation, doivent renvoyer à la C.J.C.E. l'interprétation et l'appréciation de la validité des textes. Et en vertu du droit national⁶⁰ (mais aussi du droit communautaire) ils sont habilités à contrôler la légalité des dispositions nationales au regard du droit communautaire et à limiter le contrôle de constitutionnalité à certaines hypothèses⁶¹.

Nous allons voir à présent comment les juges ont été amenés à repenser les rapports de systèmes et à réaménager ceux-ci pour tenter de trouver un compromis entre la sécurité des relations juridiques internationales et la nécessité de protéger au mieux les citoyens.

⁵⁸ M. GUYOMAR, concl. sur l'arrêt Arcelor préc., RFDA 2007.384.

⁵⁹ C.E., Ass., 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et Autres.

⁶⁰ Article 88-1C.

⁶¹ Voir la jurisprudence Arcelor du Conseil d'État (CE, ass., 8 févr. 2007, Sté Arcelor Atlantique et Lorraine et a) et les décisions du Conseil constitutionnel sur le contrôle des lois de transposition des directives (décisions 540 DC du 27 juillet 2006 et 543 DC du 30 novembre 2006).

II - LES JUGES ET LE REAMENAGEMENT DES RAPPORTS DE SYSTEMES

L'étude des jurisprudences des cours suprêmes met en évidence deux types de raisonnements mis en place par les juges pour réaménager les rapports de systèmes. Le juge pense le rapport entre les deux normes en termes de hiérarchie mais aussi de compétence.

A. Le raisonnement en termes de hiérarchie

Ce type de raisonnement confronte une norme à une autre, toutes deux de rang différent. Ce principe peut être défini comme « le principe en vertu duquel, en cas de conflit entre normes hiérarchisés (c'est-à-dire présentes à divers degrés de la hiérarchie matérielle de l'ordre juridique), la norme hiérarchiquement inférieure doit être considérée invalide (et doit en conséquence être annulée)⁶². Pour J.-F. LACHAUME « ce rapport contient essentiellement une obligation : tout acte administratif d'une valeur juridique donnée doit respecter l'acte administratif d'une valeur juridique supérieure »⁶³. Pour agencer les normes et éviter le conflit le juge peut recourir d'abord à l'interprétation afin de les rendre compatibles l'une avec l'autre (1). Il peut ensuite tenter d'« internaliser » le conflit (2). La résolution des conflits entre normes par les juges manifeste la difficulté à penser le rapport entre ces normes en termes exclusivement hiérarchiques (3).

1. Le recours à l'interprétation et ses limites

Ce type de raisonnement qui est au final le plus courant permet de désamorcer le conflit entre les ordres juridiques. De nombreux pays ont adopté

⁶² R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, A. Giuffrè, 1998, p. 233-234. La hiérarchie des normes désigne un rapport de dépendance entre les normes, rapport constitutif du système juridique. O. PFERSMANN explique bien que le rapport de hiérarchie entre les normes est un rapport de production, de modification, de destruction mais aussi une règle de conflit entre elles (O. PFERSMANN, *Hiérarchie des normes*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. ALLAND, S. RIALS, Paris, P.U.F., 2003, p. 780). Ici le principe hiérarchique sera entendu essentiellement comme règle de conflit entre normes.

⁶³ J.-F. LACHAUME, *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français*, Paris : L.G.D.J., 1966, p. 88-89.

la règle suivante laquelle leur Constitution (ou la loi quand celle-ci est la norme suprême) doit être lue en conformité avec le droit international⁶⁴.

Le recours à l'interprétation peut être une obligation textuelle ou une méthode jurisprudentielle.

Certaines Constitutions font obligation au juge de recourir au droit international pour interpréter certaines de leurs dispositions. Ainsi la Constitution d'Afrique du sud fait obligation aux juges d'interpréter la déclaration des droits à la lumière du droit international⁶⁵. De même la Constitution espagnole impose d'interpréter les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiées par l'Espagne⁶⁶. De même en Angleterre le Human Rights Act⁶⁷ impose aux tribunaux d'interpréter les lois et les règlements d'application de celles-ci conformément à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁶⁸.

Le recours à l'interprétation peut aussi être une méthode jurisprudentielle mise en œuvre pour interpréter certains standards relatifs aux droits de l'homme. Cette pratique est très répandue au Canada et surtout en

⁶⁴ Peu de juridictions vont toutefois jusqu'à utiliser une présomption de conformité. Le Royaume-Uni utilise une telle méthode pour l'interprétation de la loi (et celle-ci est la norme suprême). Cette présomption implique de considérer que seule une volonté expresse du législateur de transgresser le traité peut permettre d'écarter celui-ci. Le Parlement est présumé respecter les engagements internationaux du pays. Le Human Rights Act de 1998 pose aussi l'obligation aux juridictions d'interpréter la loi conformément à la CESDHLF. Ainsi, aux Etats-Unis, cette méthode d'interprétation, appelée « charming Betsy doctrine » n'est utilisée que pour l'interprétation des lois.

⁶⁵ Section 39(1)b : « When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum (...) must consider international law ».

⁶⁶ Article 10 §2.

⁶⁷ Human Rights Act 1998, Chapter 42.

⁶⁸ Human Rights Act, article 3(1). Voir le commentaire de cette disposition que fait A. DUFFY, La protection des droits et libertés au Royaume-Uni, L.G.D.J., 2007, p. 106.

Afrique du sud⁶⁹. Elle est plus rare et très contestée aux États-Unis, en Israël et en Australie⁷⁰.

En France cette méthode juridictionnelle est aussi appliquée mais de manière implicite si l'on en croit certains dits du Conseil constitutionnel⁷¹. En Allemagne la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sert d'outil d'interprétation pour déterminer le contenu et l'étendu d'un droit fondamental ou d'un principe constitutionnel contenu dans la Loi Fondamentale⁷². L'engagement du pays à respecter le droit international contenu dans l'article 25 implique que la Loi Fondamentale doit être interprétée, dans la mesure du possible, de manière à éviter une contrariété avec le droit international⁷³.

Il faut enfin signaler que cette méthode d'interprétation rejoint en quelque sorte l'obligation d'interprétation conforme que posent de nombreux textes internationaux⁷⁴. En droit communautaire, cette obligation a d'abord été

⁶⁹ Voir S. CHOUDHRY, *Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, 74 *Indiana Law Journal* 819.

⁷⁰ Pour une analyse fournie des jurisprudences des Cours suprêmes de l'Australie, du Canada, des États-Unis, d'Israël et du Royaume-Uni sur ce sujet voir Yuval SHANY, *How supreme is the supreme law of the land? Comparative analysis of the influence of international human rights treaties upon the interpretation of constitutional texts by domestic courts*, 31 *Brook. J. Int'l L.* 341, spec. p. 360 suiv..

⁷¹ Voir le Rapport français à la Conférence des Cours ayant compétence constitutionnelle des États membres de l'Union européenne, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 4, 1997 p. 50 cité par E. PICARD, *Droit international et contentieux administratif (Rapports droit international/droit interne)*, Rép. cont. adm., Dalloz, février 2008, n°86, p. 19.

⁷² BVerfGE 111, 307, 317. Cette jurisprudence repose sur l'article 25 de la Loi Fondamentale qui dispose que « Les règles générales du droit international public font partie du droit fédéral. Elles sont supérieures aux lois et créent directement des droits et des obligations pour les habitants du territoire fédéral ».

⁷³ BVerfGE 111, 307, 317-318.

⁷⁴ L'interprétation conforme apparaît bien comme l'instrument majeur pour accorder les ordres juridiques entre eux en combinant leurs normes respectives. Ainsi la C.J.C.E. pose-t-elle non seulement une obligation d'interprétation conforme du droit interne au droit communautaire mais aussi une obligation d'interprétation conforme des traités conclus antérieurement au Traité de Rome avec le droit issu de ce traité. La Cour a rappelé que selon l'article 307, alinéa 1er, du traité CE, « les États membres ont l'obligation de recourir à tous les moyens appropriés pour éliminer

inaugurée concernant les mesures de transposition des directives⁷⁵ avant d'être étendue à l'ensemble du droit communautaire⁷⁶.

2. L' « internalisation » du conflit

Par internalisation du conflit nous voulons signifier que le juge va analyser le texte international transposé de la même manière qu'il analyserait une loi. Le texte transposé correspond en effet le plus souvent à un objectif d'intérêt général que le législateur peut légitimement poursuivre. On trouve quelques exemples dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le juge autorise ainsi une dérogation à des principes constitutionnels comme le principe d'égalité car cette dérogation est nécessaire et justifiée par l'intérêt général que poursuit la norme internationale. Ainsi dans la décision n°2000-440 DC⁷⁷ le Conseil a estimé que la mise en œuvre du droit communautaire pouvait justifier

les incompatibilités existant entre une convention conclue antérieurement à l'adhésion d'un État membre et le traité », en ajoutant qu' « il en découle que la juridiction de renvoi est tenue de vérifier si une éventuelle incompatibilité entre le traité et la convention bilatérale peut être évitée en donnant à celle-ci, dans toute la mesure du possible et dans le respect du droit international, une interprétation conforme au droit communautaire » (C.J.C.E., 18 nov. 2003, aff. C-216/01, Budejovicky Budvar : Rec. C.J.C.E. 2003, I, p. 13617, pts 168 et 169). Toutefois, « si la voie d'une interprétation conforme au droit communautaire d'une convention conclue antérieurement à l'adhésion d'un État membre à l'Union européenne s'avère impraticable, il est loisible à cet État, dans le cadre de l'article 307 CE, de prendre les mesures appropriées, ce dernier étant toutefois obligé d'éliminer les incompatibilités existant entre la convention antérieure et le traité. Si cet État membre rencontre des difficultés rendant la modification d'un accord impossible, on ne saurait donc exclure qu'il lui incombe de dénoncer cet accord » (pt 170).

⁷⁵ C.J.C.E., 10 avr. 1984, Von Colson & Kamann c/ Land Nordrhein-Westfalen, Rec. C.J.C.E. 1984, p. 1891 ; C.J.C.E., 8 nov. 1990, aff. C-177/88, Dekker, Rec. C.J.C.E. 1990, I, p. 3941 ; C.J.C.E., 17 sept. 1997, aff. C-54/97, Dorsch Consult, Rec. C.J.C.E. 1997, I, p. 4961 ; Europe 1997, comm. 335 et 343 ; C.J.C.E., 4 févr. 1999, aff. C-103/97, Josef Köllensperger GmbH ; Europe 1999, comm. 138.

⁷⁶ La jurisprudence a étendu cette obligation aux dispositions du traité (C.J.C.E., 4 févr. 1988, aff. 157/86, Mary Murphy, p. 686) aux règlements (C.J.C.E., 7 janv. 2004, aff. C-60/02, Procédure pénale c/ X ; Europe 2004, comm. 65) ainsi qu'au droit non décisoire (C.J.C.E., 13 déc. 1989, aff. C-322/88, Salvatore Grimaldi, p. 4407).

⁷⁷ Décision n° 2000-440DC du 10 janvier 2001, Loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports (J.-É. SCHOETTL, Le législateur doit-il réparer les conséquences de la suppression d'un monopole professionnel, LPA, 16/02/2001, n°34, pp. 13-16).

une dérogation au principe constitutionnel d'égalité car celui-ci poursuivait un objectif d'intérêt général.

3. La conciliation entre les systèmes

La jurisprudence italienne donne un bon exemple de la manière dont la conciliation peut être mise en œuvre en utilisant la marge d'appréciation conférée par le traité. Les décisions n° 348 et 349/2007 mettent en jeu la conciliation de la CESDHLF et de la Constitution italienne dans le domaine de l'expropriation. La jurisprudence de la Cour EDH fournit en effet une protection des citoyens contre l'expropriation plus importante que la Constitution italienne. En raison des grandes difficultés des finances publiques italiennes la Cour constitutionnelle a ainsi reconnu la possibilité de ne pas indemniser les victimes d'expropriation à la valeur de marché de leur bien. Cette jurisprudence est en opposition complète avec la position de la Cour de Strasbourg. La Cour constitutionnelle italienne va donc distinguer deux situations : si les expropriations sont faites dans un but d'utilité publique limité l'indemnisation doit correspondre à la valeur de marché du bien ; mais si le plan correspond à une politique sociale ou urbaine que le Parlement poursuit alors l'indemnisation peut être réduite. La Cour reconnaît ainsi la possibilité d'établir un équilibre dans l'intensité de la protection des droits entre celle conférée par le tribunal international et celle qu'aménage la Constitution⁷⁸.

En Allemagne, la Cour constitutionnelle a censuré la loi de transposition du mandat d'arrêt européen parce que le législateur n'avait pas utilisé toute sa marge de manœuvre pour concilier le respect de la Constitution et la mise en œuvre de cet engagement⁷⁹.

4. Le conflit entre la norme constitutionnelle et la norme internationale et les limites du raisonnement en termes de hiérarchie

Malgré la mise en œuvre de l'ensemble de ces méthodes, le conflit entre les normes interne et internationale ne peut parfois pas être évité. Il faut alors

⁷⁸ Voir F. BIONDI DAL MONTE et F. FONTANELLI, *The Decisions n° 348 and 349/2007 of the Italian Constitutional Court: The Efficacy of the European Convention in the Italian Legal System*, 9 *German Law Journal* 889, Juillet 2008.

⁷⁹ 18 juillet 2005, 2 *CvR* 2236/04, (BVerfGE) 89, 155.

trouver une solution à cette impasse⁸⁰. Plusieurs types de solutions sont envisagés en Europe dans ce cas⁸¹. On trouve un premier groupe de pays pour lesquelles le droit communautaire va primer sur tout le droit national ; d'autres pays affirment la supériorité de la Constitution sur le droit communautaire ; on trouve aussi des pays qui tentent de trouver un moyen terme en réaménageant leur pyramide des normes et en conférant une valeur normative différente aux dispositions de la Constitution en relation avec le droit communautaire ; nous verrons enfin que certaines pays raisonnent différemment.

4.1. La supériorité du droit communautaire sur la Constitution

Dans certains pays européens les juridictions n'ont pas eu de problèmes pour affirmer la supériorité du droit communautaire sur le droit national.

Les Pays-Bas disposent d'une Constitution très ouverte au droit international. Cette Constitution interdit le contrôle de constitutionnalité des lois⁸². La Constitution prévoit en revanche une procédure parlementaire pour l'adoption des traités qui seraient contraires à la Constitution⁸³. Le Parlement ne peut donner son approbation à de tels traités qu'aux deux tiers au moins des voix exprimées⁸⁴. Cette ouverture s'explique par le fait que le droit constitutionnel hollandais n'a jamais fait une très grande place au concept de souveraineté⁸⁵.

⁸⁰ Le terme impasse est utilisé par LAWS LJ. Il affirme : « Par ce moyen (...) les juridictions ont trouvé une solution à l'impasse créée par ces deux suprématies, celle de l'Union européenne et celle du Parlement » (Thoburn v Sunderland City Council [2002] EWHC (Admin) 195, §60).

⁸¹ Nous limiterons ici notre étude au relation entre le droit communautaire et le droit constitutionnel des pays membres de l'Union Européenne.

⁸² L'article 120 dispose que « Le juge ne porte pas de jugement sur la constitutionnalité des lois et des traités ».

⁸³ L'article 91.3 dispose ainsi que « Lorsqu'un traité comporte des dispositions qui dérogent à la Constitution ou contraignent à y déroger, les Chambres ne peuvent donner leur approbation qu'aux deux tiers au moins des voix exprimées ».

⁸⁴ Cette procédure n'a été utilisée que quatre fois pour l'approbation de la Communauté européenne de défense, pour l'indépendance de la Nouvelle Guinée, pour l'approbation du traité instituant la Cour pénale internationale et enfin pour l'approbation du Traité de Lockerbie pour permettre l'établissement d'un tribunal écossais pour le procès de deux suspects libyens (dans ce dernier cas la procédure n'a été mise en œuvre que dans le Chambre haute. Sur les problèmes

Le Luxembourg attribue lui aussi une place prééminente au droit communautaire. Ce pays ne connaît pas non plus de contrôle de constitutionnalité des lois. Les traités ont une autorité supérieure à la loi⁸⁶ et plus généralement au droit interne⁸⁷. La Belgique s'en tient, quant à elle, à une position strictement moniste par laquelle le droit international est partie intégrante du droit interne et prime sur ce dernier⁸⁸. Dans le cas de ces trois pays l'absence de contrôle de constitutionnalité peut expliquer ces positions⁸⁹.

Le Royaume-Uni peut aussi trouver une place dans cette catégorie. Pays sans constitution écrite, il dispose néanmoins d'un principe de valeur constitutionnelle en ce qu'il s'impose même au législateur, le principe de

procéduraux que cet article a pu poser aux Pays-Bas voir Leonard F.M. BESSELINK, *Becoming a party to treaties which diverge from the Constitution*, *European Public Law*, vol. 9, issue 4, p. 471.

⁸⁵ L. F.M. BESSELINK explique dans le rapport qu'il a écrit pour la Fédération internationale de droit européen que cela s'explique pour des raisons historiques. La lutte contre le Royaume d'Espagne mais aussi le fait qu'à différentes époques cette souveraineté fut offerte à des princes étrangers afin qu'ils prennent la direction de l'État permettent d'expliquer cette attitude (*An open constitution and European integration : the Kingdom of the Netherlands*, in *Rapport à la F.I.D.E.*, p. 361).

⁸⁶ Cour de cassation Lux., 8 juin 1950, pas. 15, p. 41 ; Conseil d'État, 28 juillet 1951, pas. 15, p. 263. Cette position fut étendue au droit communautaire (Conseil d'État, 21 novembre 1984, pas. 26, p. 174).

⁸⁷ Le tribunal d'arrondissement du Luxembourg a ainsi décidé qu'« en cas de conflit entre les deux droits (...) le droit communautaire est à appliquer par préférence au droit national interne » (Trib. Lux., 20 février 1970, cité par L. FRIEDEN, *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, in *F.I.D.E. préc.*, p. 355).

⁸⁸ Cour de cassation, 27 mai 1971, *Fromagerie franco-suisse Le Ski*. Cet arrêt affirme la supériorité des dispositions des traités internationaux dotées de l'effet direct. La création de la Cour d'arbitrage a modifié quelque peu la stricte orthodoxie moniste de l'arrêt *Le Ski*. Dans cette décision la Cour d'arbitrage accepte d'analyser la loi transposant un traité bilatéral entre la Belgique et les Pays-Bas (Cour d'arbitrage, 16 octobre 1991, n°26/91). G. WILS considère que cette position pourrait ne pas concerner le droit communautaire et serait limité au droit international classique (G. WILS, *National constitutional law and European integration in Belgium*, in *F.I.D.E. préc.*, p. 53).

⁸⁹ Dans de nombreux cas ces juridictions ont précisé que la supériorité du droit communautaire concernait l'ensemble du droit interne sans distinction.

souveraineté du Parlement⁹⁰. Ce principe implique notamment que les juridictions, face à une loi, ne peuvent que l'appliquer et que le Parlement est toujours libre de modifier les anciennes lois. Le Royaume-Uni étant en outre un pays dualiste le Parlement peut toujours adopter une loi qui serait contraire à un traité⁹¹. Dans ce cadre, le droit communautaire jouit d'une réelle spécificité puisque la norme communautaire l'emporte sur la loi, que cette dernière soit antérieure ou postérieure à l'European Community Act⁹². Ce jugement constitue une « révolution constitutionnelle »⁹³. Sir William Wade résumé ainsi cette révolution : « Le Parlement de 1972 a réussi à lier celui de 1988 en restreignant sa souveraineté, ce qui était censé être constitutionnellement impossible »⁹⁴. La justification de cette révolution fut donnée par Lord BRIDGE dans la décision *Factortame*⁹⁵. La règle de la primauté du droit communautaire existait bien avant l'entrée du Royaume-Uni dans la Communauté européenne. Le Parlement a donc volontairement restreint sa

⁹⁰ Voir A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, The Macmillan Company, 1897, Partie I, p. 36 suiv. DICEY définit ainsi ce concept : « The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever ; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament » (p. 38).

⁹¹ Les juridictions anglaises ne peuvent appliquer un traité qui n'a pas été transposé en droit interne par une loi. Le traité transposé devient donc une loi et une loi postérieure peut toujours revenir dessus. Voir A. W. BRADLEY et K. D. EWING, *Constitutional and Administrative Law*, Pearson Longman, 14th ed., p. 59.

⁹² Cette loi transpose les traités communautaires en droit interne. Dans la décision *Thoburn v Sunderland City Council* LAWS LJ résume ainsi l'état du droit : « The present state of our domestic law is such that substantive Community rights prevail over the express terms of any domestic law, including primary legislation, made or passed after the coming into force of the ECA [European Community Act], even in the face of plain inconsistency between the two » (décision préc., §61). La décision qui affirme la suprématie du droit communautaire sur le droit interne est la décision *Factortame* de la Chambre des Lords, décision qui suit le jugement de la C.J.C.E. (HL, *Factortame* [1991] 1 AC 603).

⁹³ A. W. BRADLEY et K. D. EWING, *Constitutional and Administrative Law*, préc., p. 146.

⁹⁴ W. WADE, [1996] 112 LQR 568.

⁹⁵ House Of Lords, *Regina v. Secretary of State for Transport ex parte Factortame Limited and others*, [1989] UKHL 1 (18 May 1989).

souveraineté en transposant le traité de Rome. Le principe constitutionnel de souveraineté du Parlement ne s'applique donc pas au droit communautaire.

4.2. La supériorité de la Constitution sur le droit communautaire et la recomposition du bloc de constitutionnalité dans le contrôle des engagements internationaux

La norme internationale doit céder dans certains cas. Elle peut céder de deux manières. La forme la plus douce réside dans les réserves d'interprétation⁹⁶. La forme la plus violente, et celle qui remet le plus en question la sécurité juridique des relations internationales, est celle de l'inapplication du traité⁹⁷. On trouve plusieurs hypothèses de conflit entre la norme internationale et la norme constitutionnelle.

Le premier cas est celui d'un conflit entre la norme internationale et une disposition expresse de la Constitution. En Pologne le mandat d'arrêt européen s'opposait à une disposition expresse de la Constitution qui interdit l'extradition des ressortissants polonais⁹⁸. On trouve aussi en France des illustrations de ce cas de figure tant dans la jurisprudence du Conseil d'État⁹⁹ que du Conseil constitutionnel¹⁰⁰. Malgré cette affirmation, il semble qu'il soit aussi possible de

⁹⁶ On peut trouver des exemples de réserves à la fois dans la jurisprudence Koné du Conseil d'État (CE, ass., 3 juill. 1996, Koné, req. no 169219) et dans celle du Conseil constitutionnel (Décis. Cons. const. n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. n° 95).

⁹⁷ En France on connaît les nombreuses décisions du Conseil qui imposent la révision de la Constitution mais aussi la jurisprudence du Conseil d'État (CE, ass., 30 oct. 1998, Sarran, Levacher et autres, n° 200286 et 200287 ; Conseil d'État, 3 décembre 2001, Syndicat national des industries pharmaceutiques) et de la Cour de cassation (Cass. ass. plén. 2 juin 2000, Fraisse, n° 99-60.274).

⁹⁸ Jugement du 27 avril 2005, No.P 1/05, Z.U. 2005/4A/42, Dz.U. 2005.77.680 du 4 mai 2005. L'article de la Constitution en cause est l'article 55.

⁹⁹ On peut penser à l'arrêt Koné où il s'agissait d'un conflit entre un traité bilatéral et un principe fondamental reconnu par les lois de la République qui interdit l'extradition pour des raisons politiques.

¹⁰⁰ Ainsi, seule une disposition expresse de la Constitution pourrait faire obstacle à la transposition en droit interne d'une directive (Décision 2004-496 DC, 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique ; Décision 2004-497 DC, 1 juillet 2004, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle ; Décision 2004-498 DC, 29 juillet 2004, Loi relative à la bioéthique ; Décision 2004-499 DC, 29 juillet 2004, Loi

déroger à une disposition expresse de la Constitution : ainsi un engagement international peut par exemple permettre de déroger au principe constitutionnel français selon lequel la justice est rendue en France au nom du peuple français et qui exclut que des autorités non françaises puissent siéger dans une juridiction française¹⁰¹.

La deuxième hypothèse porte sur l'atteinte à la souveraineté. Ce cas de figure que l'on trouve en France mais aussi en Irlande limite les transferts de souveraineté que l'État peut consentir. Ce critère est posé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français aux termes de laquelle les conventions internationales sont incompatibles avec la Constitution et nécessitent sa révision avant d'être ratifiées « lorsqu' (elles) (...) portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »¹⁰². Ce critère connaît d'ailleurs des évolutions¹⁰³.

La théorie des réserves constitutionnelles illustre aussi nettement la recomposition de la hiérarchie des normes que les Cours constitutionnelles opèrent pour contrôler la constitutionnalité des engagements internationaux. La CCF utilise cette théorie dès 1967¹⁰⁴ mais elle sera théorisée dans la décision

relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; Décision 2006-543 DC, 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie).

¹⁰¹ V. Décis. Cons. const. n° 98-399 DC du 5 mai 1998, Droit d'asile.

¹⁰² Voir par ex. décisions n° 2004-505 DC du 19 nov. 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, §7. On trouve la même formule dans la décision n° 98-408 DC du 22 janv. 1999, Traité portant statut de la Cour internationale, §13. Elle diffère de celle que l'on trouvait au considérant 7 de la décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, Traité d'Amsterdam : « Considérant [...] qu'au cas où des engagements internationaux [...] contiennent une clause contraire à la Constitution ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle ».

¹⁰³ La jurisprudence du Conseil constitutionnel retient de ce principe deux formulations d'inégales conséquences. Tantôt elle prohibe les transferts qui portent atteinte aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » tantôt elle prohibe les transferts de souveraineté. La première formulation a désormais la faveur du juge.

¹⁰⁴ CCF, 18 octobre 1967, Neumann.

Solange I du 29 mai 1974¹⁰⁵. Cette réserve est aménagée mais maintenue dans la décision Solange II¹⁰⁶. La loi fondamentale n'autorise pas l'aliénation de l'identité de l'ordre constitutionnel allemand. Il y a donc un certain nombre de principes constitutionnels auxquels les traités internationaux ne peuvent déroger : les droits humains inaliénables et les principes fondamentaux du système constitutionnel¹⁰⁷. La Cour ajoute en outre dans sa décision Maastricht le principe démocratique¹⁰⁸. La jurisprudence italienne est très proche du raisonnement des juges allemands. Dès 1965 les juges italiens mettent en évidence l'existence d'un « noyau dur constitutionnel »¹⁰⁹. Ce noyau dur comprend : les droits fondamentaux et les principes essentiels de notre ordre juridique.

Ces décisions montrent bien que la conciliation que le juge opère entre la norme constitutionnelle et la norme internationale amène à une recomposition de la hiérarchie des normes. Les juges se servent tant de leur marge d'appréciation interne qu'internationale pour opérer une conciliation entre les textes. La Cour constitutionnelle italienne parle expressément d'équilibre à trouver entre les valeurs reconnues par la CESDHLF et celles contenues dans la Constitution.

On a donc vu la mise en œuvre par le juge du principe hiérarchique et ses limites qui montrent la spécificité du contrôle de constitutionnalité appliqué à la norme internationale. Nous allons voir à présent la mise en œuvre du principe de compétence, mise en œuvre cantonnée aux relations entre l'ordre

¹⁰⁵ CCF, 2^{ème} ch., Internationale Handelsgesellschaft, dit Solange I. La Cour juge ici que l'article 24§1 LF ne permet pas un transfert de souveraineté qui entrainerait une modification de la structure fondamentale de la Constitution dont les droits fondamentaux sont un élément essentiel. C'est le déficit démocratique et l'absence d'un catalogue de droits fondamentaux aussi fourni qu'en Allemagne qui justifie le contrôle du juge allemand sur les normes communautaires.

¹⁰⁶ CCF, 22 octobre 1986, Wünsche Handelsgesellschaft.

¹⁰⁷ Décision n° 401 du 20 mai 2006. Dans un arrêt du 14 octobre 2004 la CCF a affiné sa définition des contre limites en ce qui concerne l'influence de la CESDHLF. Certaines domaines, listés par la Cour (le droit de la famille, le droit des étrangers et le droit de la personnalité) sont des indicateurs de l'identité constitutionnelle de l'État.

¹⁰⁸ CCF, 12 octobre 1993, 2134/92.

¹⁰⁹ CCI, 27 décembre 1965, San Michele, n°98/65. Voir aussi 27 décembre 1973, Frontini, n°183/73 ; 8 juin 1984, Granital, n°170/84 ; 21 avril 1989, Fragd, n°232/89.

juridique communautaire et l'ordre interne. Nous voudrions montrer ici, à partir d'une analyse de la jurisprudence des Cours constitutionnelles européennes que celles-ci ne raisonnent plus en terme de hiérarchie mais de compétence. La verticalité a laissé la place à l'horizontalité¹¹⁰.

B. Le raisonnement en termes de compétence¹¹¹

Le raisonnement en termes de compétence nous apparaît n'être cantonné aujourd'hui qu'au droit communautaire. L'intégration européenne et l'inscription dans les différentes Constitutions de clauses autorisant des transferts de compétence ont modifié, semble-t-il, le raisonnement des juges. Le raisonnement en termes de compétence permet en effet d'aménager au sein de l'ordre juridique interne un espace à l'ordre juridique communautaire.

1. L'évolution de la C.J.C.E. a permis de surmonter le raisonnement en termes de hiérarchie

Cette évolution du raisonnement des juges a été rendue possible par l'évolution de la C.J.C.E. qui a été amenée à prendre en compte les droits de l'homme de manière de plus en plus poussée. L'absence d'un corpus de droit fondamentaux dans l'ordre communautaire¹¹² avait poussé certaines cours constitutionnelles à opérer un contrôle de constitutionnalité des textes communautaires dans un objectif louable de protection des citoyens¹¹³. On en a

¹¹⁰ Ces termes sont utilisés par la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans la décision Maastricht (BVerfGE 89, 155 (1993), [1994] C.M.L.R., 57-108).

¹¹¹ La compétence peut être définie avec P. THÉRY comme « l'aptitude à exercer un pouvoir dans une situation définie à partir de ses caractères propres (nature, matière, localisation) » (article compétence in Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de D. ALLAND, S. RIALS, Paris, P.U.F., 2003, p.251).

¹¹² Le Traité de Rome ne contenait que peu de dispositions permettant à la Cour de justice de faire respecter les droits fondamentaux dans l'ordre communautaire. On ne compte dans ce traité que le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, le principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins et les libertés de circulation dans le marché commun

¹¹³ M. TORELLI, La Cour constitutionnelle fédérale allemande et le droit communautaire, Rev. Marché commun 1968, p. 719 ; S. NERI, Le droit communautaire et l'ordre constitutionnel italien, Cah. dr. eur. 1966, p. 363.

un exemple avec la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans la décision Solange I¹¹⁴. La Cour se reconnaît compétente pour contrôler les actes communautaires aussi longtemps¹¹⁵ qu'il n'existe pas à ce niveau un catalogue de droits fondamentaux ayant une portée identique à la Loi Fondamentale. La décision Solange II, en prenant acte de l'existence d'une protection accrue des droits fondamentaux au niveau communautaire¹¹⁶, déclare le recours irrecevable. Aussi, la protection adéquate des droits fondamentaux permet-il aux différentes cours constitutionnelles de ne plus contrôler la conformité du droit communautaire au regard de leur Constitution. La décision du Conseil d'État dans l'affaire Arcelor¹¹⁷ fait appel au même raisonnement. L'existence d'un principe ou d'une règle au niveau communautaire « qui

¹¹⁴ BverfG, 29 mai 1974, Solange, Cah. dr. eur. 1975, p. 149.

¹¹⁵ Le terme « solange » signifie en effet « aussi longtemps que » en allemand.

¹¹⁶ Cette évolution fut rendue possible par la reconnaissance des principes généraux du droit par la C.J.C.E.. Cette reconnaissance, déjà présente implicitement dans un arrêt de 1957 (C.J.C.E., 12 juillet 1957, aff. jointes 7/56, et 3/57 à 7/57, Mlle Dineke Algera, M. Giacomo Cicconardi, Mme Simone Couturaud, M. Ignazio Genuardi, Mme Félicie Steichen c/Assemblée commune de la CEECA, Rec. C.J.C.E., p. 81) est accomplie en 1969. Elle accepte alors de contrôler le respect des droits fondamentaux par les actes communautaires (C.J.C.E., 12 novembre 1969, aff. 26/69, Erich Stauder c/Ville d'Ulm, Rec. C.J.C.E., p. 419). Le Traité de Maastricht est venu reconnaître officiellement l'attachement de l'ordre juridique communautaire aux droits fondamentaux (l'article 6§2, du Traité de Maastricht du 7 février 1992, dispose que « l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire »). Le Traité d'Amsterdam a parachevé cette évolution en intégrant cet article dans le champ des compétences de la Cour de justice (art. 46 UE, d). La C.J.C.E. utilise la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme comme source matérielle pour la protection des droits fondamentaux qui revêt même une signification particulière (C.J.C.E., 18 juin 1991, aff. C-260/89, Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE et Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou c/Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et Nicolaos Avdellas et autres, Rec. C.J.C.E., I, p. 2925, spéc. n° 41).

¹¹⁷ Dans l'arrêt Arcelor le Conseil d'État affirme ainsi qu'« il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garanti par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué » (CE, Ass., 8 février 2007, Société Arcelor, n° 287110).

garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué » permet au juge administratif de ne pas contrôler la directive par rapport à la Constitution. La Constitution suédoise soumet même le transfert de compétences à l'Union Européenne au respect par celle-ci d'un niveau de protection des droits de l'homme équivalent à celui de la Constitution et de la CESDHLF¹¹⁸. Le Conseil constitutionnel français, sans en faire un élément de son raisonnement, le mentionne¹¹⁹. J.-É. SCHOETTL résume bien le raisonnement des cours : « La construction européenne n'a pas ouvert une brèche dans le dispositif de protection des droits fondamentaux. Celle-ci est seulement, en tant que de besoin, transportée dans le champ communautaire. A la faveur de ce transfert, elle change, il est vrai, de référentiel puisque les normes de référence ne sont plus celles de la Constitution nationale [...] Le changement de référentiel ne devrait pas, estiment les Cours, mettre sérieusement en péril les droits et libertés fondamentaux compte tenu de la communauté de valeurs inspirant nos traditions constitutionnelles »¹²⁰.

2. Les clauses européennes opèrent des transferts de compétences

Le raisonnement en terme de compétence peut se justifier par référence aux différentes clauses européennes incluses dans les Constitution. En France les dispositions spécifiques du titre XV de la Constitution relatives aux Communautés européennes et à l'Union européenne sont rédigées différemment des dispositions générales concernant le droit international au titre VI. Les articles 54 et 55 attribuent une place au droit international au sein de la hiérarchie des normes¹²¹. Le Titre XV est rédigé autrement. L'alinéa 1 de

¹¹⁸ L'article 5 de la Constitution suédoise dispose ainsi que : « The Riksdag may transfer a right of decision-making which does not affect the principles of the form of government within the framework of European Union cooperation. Such transfer presupposes that protection for rights and freedoms in the field of cooperation to which the transfer relates corresponds to that afforded under this Instrument of Government and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ».

¹¹⁹ Le Conseil constitutionnel français précise aussi que le contrôle du juge communautaire sur les actes des communautés inclut les droits fondamentaux (10 Juin 2004, n° 2004-496 DC cons. 7).

¹²⁰ Cah. Cons. const. 1998, n° 4.

¹²¹ L'article 54 impose une révision de la Constitution préalable à la ratification ou à l'approbation d'un engagement international et l'article 55 attribue aux traités et accords une

l'article 88-1, dans l'esprit du préambule de la Constitution de 1946¹²², dispose que les États européens ont « choisi librement, en vertu des traités qui les ont institués, d'exercer en commun certaines de leurs compétences ». La rédaction de cet alinéa montre bien que ces compétences communes s'exercent « en vertu des traités » et non en vertu de la Constitution ce qui justifie donc le réaménagement de la hiérarchie des normes pour contrôler les actes des Communautés. Les alinéas 1 et 2 de l'article 88-2 consentent aussi des « transferts de compétences ». Les clauses européennes sont en général rédigées sur ce modèle. Les Constitutions suédoise¹²³, portugaise¹²⁴, hongroise¹²⁵, lituanienne¹²⁶, slovaque¹²⁷ offrent d'autres exemples. Mais dans la majorité des pays c'est une clause générale de transfert de compétence à une organisation internationale qui a permis la limitation de souveraineté. Ces clauses, qui ressemblent à l'alinéa 15 du Préambule de la Constitution de 1946, autorisent bien un transfert de compétences. On trouve de telles clauses en Autriche¹²⁸, au Danemark¹²⁹, en Grèce¹³⁰, en Italie¹³¹, au Luxembourg¹³², aux Pays-Bas¹³³, en

autorité supérieure à la loi une fois accomplies certaines formalités (la régularité de l'approbation et de la ratification, la publication et la réciprocité).

¹²² Aux termes de l'alinéa 15 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, « la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ».

¹²³ L'article 5 de la Constitution suédoise (du chapitre 10) permet au Riksdag d'autoriser le transfert d'un pouvoir de décision à l'Union européenne à la condition que ce transfert n'affecte pas la forme du gouvernement et s'exerce dans le respect des droits de l'homme.

¹²⁴ L'article 7-6 de la Constitution portugaise dispose que ce pays peut « mettre en commun, par voie de traité, l'exercice des pouvoirs nécessaires à la Construction de l'Union européenne ».

¹²⁵ Article 2/A(1) de la Constitution hongroise, article adopté après la révision constitutionnelle de 2002.

¹²⁶ Article 136(2), adopté après une révision constitutionnelle en 2001.

¹²⁷ Article 7.2 de la Constitution de Slovaquie.

¹²⁸ Article 9 (2) de la Constitution autrichienne.

¹²⁹ Article 20 (1) de la Constitution danoise qui porte d'ailleurs comme titre « délégation de pouvoirs ». Cet article, qui formule de manière générale la possibilité de déléguer des pouvoirs à des organisations internationales, a été promulgué après une révision constitutionnelle de 1953.

¹³⁰ Article 28 (2) de la Constitution grecque.

¹³¹ Article 11 de la Constitution italienne. Ces limitations de souveraineté doivent être consenties pour assurer la paix et la justice entre les Nations. Cet article est la base de l'articulation de l'ordre juridique italien et de l'ordre juridique communautaire.

République Tchèque¹³⁴, en Pologne¹³⁵, en Slovénie¹³⁶ ou en Belgique¹³⁷. La Constitution allemande, quant à elle, avec d'autres pays d'ailleurs, ne fait qu'autoriser la participation du pays aux Communautés sous certaines conditions¹³⁸.

3. L'influence de ces clauses sur les jurisprudences des Cours constitutionnelles européennes : l'élaboration d'un ordre juridique européen autonome

La rédaction de ces dispositions en terme de compétences et non pas en terme de hiérarchie a une influence sur la jurisprudence des cours constitutionnelles et sur la place qu'elles accordent au droit international par rapport à la Constitution. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle espagnole est très claire sur ce point et c'est peut-être cette Cour qui est allée le plus loin dans la reconnaissance d'un ordre juridique communautaire autonome au droit communautaire. Araceli MANGAS MARTIN écrit ainsi qu'« en vertu de la volonté expresse du constituant espagnol, le droit communautaire dérivé est accepté tel qu'il est, avec ses exigences propres quand à sa formation et aux effets prévus par les propres traités que nous avons acceptés. C'est pourquoi, l'enquête sur sa validité par rapport à une norme de rang supérieur doit être

¹³² Article 49bis de la Constitution du Grand-Duché du Luxembourg.

¹³³ L'article 92 permet le transfert de compétences législatives, exécutives et judiciaires à une organisation internationale : « Des compétences législatives, administratives et judiciaires peuvent être conférées par un traité, ou en vertu d'un traité, à des organisations de droit international public, sous réserve de l'observation, si nécessaire, des dispositions de l'article 91, paragraphe 3. »

¹³⁴ Article 10 a (1) de la Constitution du 16 décembre 1992.

¹³⁵ Article 90(1) de la Constitution du 2 avril 1997.

¹³⁶ Article 3a de la Constitution du 23 décembre 1991.

¹³⁷ Article 34 de la Constitution du Royaume de Belgique.

¹³⁸ Article 23 de la Loi Fondamentale. Le Constitution irlandaise contient des dispositions identiques (articles 29.4.3° suiv.). La Constitution irlandaise offre l'exemple intéressant d'une disposition neutralisante. L'article 29.4.10° dispose en effet qu'aucune disposition de cette Constitution n'invalide les lois promulguées, les actes accomplis ou les mesures adoptées par l'État dans le cadre de sa participation à l'Union Européenne ou aux Communautés ni n'empêche ces lois, ces actes et ces mesures d'avoir la force de loi. Cette disposition neutralise en quelque sorte le pouvoir normatif de la Constitution dans son rapport avec le droit européen.

effectuée par rapport aux Traités communautaires eux-mêmes (...) La compétence du Tribunal constitutionnel espagnol pour contrôler la conformité des traités internationaux (...) a été modifiée en ce sens que le contrôle de constitutionnalité du droit dérivé a été attribué à la C.J.C.E. et qu'il ne la possède donc plus. Le Tribunal constitutionnel ne peut se situer au-dessus ou en marge de l'article 93 de la Constitution espagnole et il doit s'en tenir à l'existence d'une Cour de justice communautaire qui, n'étant ni supérieure ni inférieure, est l'unique juge de la légalité communautaire conformément aux compétences que les États membres lui ont attribuées »¹³⁹. L'analyse de la jurisprudence du Tribunal constitutionnel corrobore ce constat. L'article 93 est considéré par le Tribunal constitutionnel comme le fondement du transfert de compétences dérivées de la Constitution à des organisations internationales. L'article 93 est ainsi le support constitutionnel de l'intégration d'autres ordres juridiques à l'ordre juridique espagnol. Ils sont ainsi amenés à coexister dans l'ordre juridique interne en tant qu'ordres juridiques autonomes¹⁴⁰. Cet article est ainsi qualifié de « charnière » au moyen de laquelle la Constitution fait entrer dans le système constitutionnel espagnol d'autres ordres juridiques à travers une cession de compétences¹⁴¹.

Le Conseil d'État luxembourgeois partage le même raisonnement. Il estime ainsi que la supériorité du droit international sur le droit interne « s'impose plus particulièrement lorsque le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme communautaire puisque les traités qui ont créé le droit communautaire ont institué un nouvel ordre juridique au profit duquel les États membres ont limité l'exercice de leurs pouvoirs souverains dans les

¹³⁹ A. MANGAS MARTIN, Le droit constitutionnel espagnol et l'intégration européenne, in F.I.D.E., p. 216 suiv..

¹⁴⁰ Traduction libre de : « El art. 93 CE es sin duda soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro, a través de la cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, ordenamientos llamados a coexistir con el Ordenamiento interno, en tanto que ordenamientos autónomos por su origen » (Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004 sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe).

¹⁴¹ Traduction libre de : « el art. 93 CE opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias » (arrêt préc.).

domaines que ces traités déterminent »¹⁴². Le juge luxembourgeois ne statuait pas ici sur la compatibilité du droit communautaire à la Constitution car le contrôle de constitutionnalité n'existe pas au Luxembourg mais L. FRIEDEN estime « qu'en utilisant les termes de 'droit national', les juges n'ont pas voulu exclure la première des sources du droit »¹⁴³.

En Italie, où la Constitution autorise des transferts de souveraineté sur le modèle de l'alinéa 15 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, cet article a été interprété comme autorisant des dérogations à la Constitution. La Cour constitutionnelle italienne justifie cette position concernant le droit communautaire en relevant qu'il existe un principe démocratique qui régit la prise de décision au niveau communautaire similaire à celui qui prévaut en Italie. Le fait que l'ordre juridique communautaire présente les caractéristiques d'un ordre juridique autonome doté d'une Assemblée et d'un système de contrôle juridictionnel permet de fournir des garanties suffisantes¹⁴⁴. La jurisprudence italienne sur la place du droit communautaire repose sur le constat que le droit communautaire a créé un ordre juridique autonome. Les conflits entre les normes s'expliquent alors par l'extension progressive de l'ordre juridique communautaire qui rentre peu à peu en conflit avec l'ordre juridique

¹⁴² Conseil d'État, 21 novembre 1984, pas. 26, p. 174.

¹⁴³ L. FRIEDEN, Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne, in F.I.D.E. préc., p. 355.

¹⁴⁴ Voir la décision n° 183 du 18 décembre 1973, §5 et §8. Dans la décisions n°389 du 04 juillet 1989 la Cour précise que : « Come questa Corte ha affermato nella sentenza n. 170 del 1984 e in altre successive, il riconoscimento dell'ordinamento comunitario e di quello nazionale come ordinamenti reciprocamente autonomi, ma tra loro coordinati e comunicanti, porta a considerare l'immissione diretta nell'ordinamento interno delle norme comunitarie immediatamente applicabili come la conseguenza del riconoscimento della loro derivazione da una fonte (esterna) a competenza riservata, la cui giustificazione costituzionale va imputata all'art. 11 della Costituzione e al conseguente particolare valore giuridico attribuito al Trattato istitutivo delle Comunità europee e agli atti a questo equiparati » (§4).

interne italien¹⁴⁵. La jurisprudence du Conseil constitutionnel français fait bien aussi référence à une question de compétence¹⁴⁶.

L'évolution du raisonnement de la hiérarchie vers la compétence justifie et explique la jurisprudence sur l'obligation de transposition des directives qui incombe désormais au législateur français¹⁴⁷.

Les conséquences de ce raisonnement sont importantes. L'autonomie d'un ordre juridique¹⁴⁸ implique que les sources communautaires du droit ne soient pas « dénaturées » dans leur portée. Encore faut-il que les Cours suprêmes internes acceptent de rendre en quelque sorte leur Constitution transparente afin de ne pas faire écran à l'application du droit communautaire. Le Conseil d'État français opère un tel changement. La ratio decidendi de la décision Arcelor est très claire à cet égard : « il appartient au juge administratif (...) de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son

¹⁴⁵ S. BARTOLE et L. DANIELE, National constitutional law and european integration, in F.I.D.E. préc., p. 334.

¹⁴⁶ Conseil constitutionnel, 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC, §6 : « Considérant que ces textes de valeur constitutionnelle permettent à la France de participer à la création et au développement d'une organisation européenne permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les Etats membres ».

¹⁴⁷ Ce raisonnement a été appliqué d'abord dans les décisions n° 2004-496 DC (cons. 7), n° 2004-497 DC (cons. 18 et 19), n° 2004-498 DC (cons. 4 à 7), n° 2004-499 DC (cons. 7 et 8).

¹⁴⁸ Georges Scelle définit ainsi la notion d'ordre juridique : « Il y a ordre juridique particulier ou individualisé toutes les fois qu'un phénomène de solidarité caractérisée se développe au sein d'une collectivité particulière identifiable, et qu'il engendre un système normatif spécial à cette collectivité (qui lui est exclusif) et ne se trouve pas absorbé par un autre juridique, enfin qu'il est sanctionné par une structure de pouvoir (ou organisation institutionnelle) » (G. SCELLE, De la décentralisation administrative au fédéralisme international : Les cours de droit Paris, 1945-1946, p. 51 s.). Poursuivant cette analyse G. ISAAC précise qu' « On appelle ordre juridique un ensemble organisé et structuré de normes juridiques possédant ses propres sources, doté d'organes et de procédures aptes à les émettre, à les interpréter ainsi qu'à en faire constater et sanctionner les cas échéant, les violations » (G. ISAAC, M. Blanquet, Droit général de l'Union européenne : Dalloz, Sirey Université, 9e éd. 2006, p. 184). L'autonomie de l'ordre juridique communautaire suppose donc que les différentes constitutions nationales ne s'interposent pas entre les actes communautaires et le droit national.

application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué ; que, dans l'affirmative, il y a lieu pour le juge administratif, afin de s'assurer de la constitutionnalité du décret, de rechercher si la directive que ce décret transpose est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit communautaire ; qu'il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué, ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, dans les conditions prévues par l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne ; qu'en revanche, s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées »¹⁴⁹. Ce passage montre bien l'importance de l'évolution de la C.J.C.E. dans la reconnaissance des droits de l'homme. L'existence d'une « règle ou d'un principe général du droit communautaire » qui garantit « l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué » permet au Conseil d'État de réaménager la hiérarchie des normes pour conserver toute son autonomie au droit communautaire en faisant disparaître l'écran constitutionnel.

Or, le raisonnement en terme de compétence qu'autorisent les clauses européennes permet de déplacer en quelque sorte le débat du respect de la hiérarchie des normes au respect par les institutions communautaires de leurs compétences. Le Conseil constitutionnel accepte ainsi de limiter son contrôle des directives transposées à certaines hypothèses¹⁵⁰ en notant le rôle de la

¹⁴⁹ Conseil d'État, Ass., 8 février 2007, n° 287110, Société Arcelor Atlantique et Lorraine (notes P. DEUMIER, Dalloz, 2007 n°39, pp. 2742-2748 ; B. MATHIEU, RFDC 2007, n° 72, pp. 675-693 ; M. VERPEAUX, Dalloz, 2007, n°32, pp. 2272-2277 ; B. PLESSIX, RJEP 2007, n° 645, pp. 298-305 ; M. GAUTIER et F. MELLERAY, Droit adm. 2007, n°5, pp. 9-17 ; A. LEVADE, RFDA 2007, n°3, pp. 564-577 ; X. MAGNON, RFDA 2007, n°3, pp. 578-589 ; G. DRAGO, JCP A, 2007, n° 14, pp. 29-35 ; P. CASSIA, RTDE, 2007, n°2, pp. 378-415 ; F. LENICA et J. BOUCHER, AJDA 2007, n°11, pp. 577-584 ; D. SYMON, Europe, 2007, n°3, pp. 5-9 ; concl. M. GUYOMAR, RFDA 2007, n°2, pp. 384-401).

¹⁵⁰ Les décisions préc. (note 111) posent comme conditions l'existence d'une disposition expresse contraire de la Constitution qui ferait obstacle à la transposition (n°2004-496 DC et n° 2004-497-DC). La décision la plus récente pose comme critère l'existence d'une règle ou d'un « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » qui ferait obstacle à la transposition de la direction » (n° 2006-543-DC).

C.J.C.E. pour faire respecter ce partage des compétences. Cette Cour doit vérifier que les instances communautaires n'ont pas excédé leurs pouvoirs et ce afin de respecter l'autonomie des ordres juridiques¹⁵¹.

Dès lors, c'est bien en termes de compétence que le contrôle va s'opérer. Le Conseil constitutionnel français va vérifier ainsi que le transfert ne porte pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. La Cour allemande se concentre moins sur la quantité de pouvoirs transférés que sur leurs conditions d'exercice. C'est ainsi le principe de démocratie qui pose davantage de problème en Allemagne. L'action des Communautés européennes doit être légitimée à un moment ou à un autre par le peuple¹⁵².

Le raisonnement en terme de compétence peut même aller plus loin. Ce principe impose certes que chaque ordre juridique respecte désormais les compétences qui lui ont été attribuées ; il peut aussi imposer que chaque ordre épuise ses compétences et ne reste pas en deçà. Et c'est à ce niveau que les juridictions internes retrouvent leurs compétences pour contrôler la constitutionnalité des actes internes. L'instrument qu'est la directive suppose en effet une marge d'appréciation et une latitude des autorités internes. « Leur

¹⁵¹ Le Conseil affirme ainsi « qu'il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne » (décision n°2004-497 DC, cons. 18).

Le contrôle qu'opère la C.J.C.E. sur les instances européennes est pleinement concordant avec cette exigence. La Cour de Luxembourg a pu ainsi affirmer que « la communauté est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le Traité » (C.J.C.E., 23 avr. 1986, aff. 294/83, *Les Verts c/ PE* : Rec. C.J.C.E. 1986, p. 1339, point 23) ; « la communauté est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de leurs actes à la charte constitutionnelle qu'est le Traité CE et que ce dernier a établi un système complet de voies de recours et de procédures destinées à confier à la Cour le contrôle de la légalité des actes des institutions » (C.J.C.E., 10 juill. 2003, aff. C-15/00, *Comm. CE c/ BEI* : Rec. C.J.C.E. 2003, I, p. 7821, point 75).

¹⁵² L'article 23(1) de la Constitution allemande qui constitutionnalise la participation de la République à l'Union européenne précise que l'UE est soumise au principe de démocratie et d'État de droit. La décision Maastricht consacre des développements importants à ce point (Voir décision Maastricht, [1994] 1 C.M.L.R. 57, §41 suiv.).

caractère obligatoire est limité puisque seuls les résultats qu'elles énoncent sont obligatoires, alors qu'elles laissent en principe aux États le choix de la forme et des moyens pour les atteindre en fixant un délai variable pour les mesures de transposition »¹⁵³. Cet instrument confère donc une plus large compétence aux États-membres. Le Conseil constitutionnel pourrait donc exiger non seulement que le législateur national n'excède pas sa compétence mais aussi qu'il l'épuise. On pourrait donc imaginer une sanction de l'incompétence négative¹⁵⁴ du législateur national qui n'est pas allé assez loin pour protéger des droits constitutionnellement garantis tout en restant dans le cadre tracé par les directives. On trouve cette analyse dans la décision Loi relative aux organismes génétiquement modifiés¹⁵⁵ dans un cas classique de répartition des compétences législative et réglementaire. Mais on pourrait imaginer que le Conseil aille plus loin. Ainsi dans l'affaire du mandat d'arrêt européen¹⁵⁶ la Cour constitutionnelle fédérale allemande, examinant la compatibilité de la loi transposant ce dispositif au principe de proportionnalité¹⁵⁷, censure celle-ci car

¹⁵³ J. RIDEAU, *Ordre juridique de l'Union Européenne – Sources écrites*, Jcl, Fasc. 190, §258. Cet auteur précise qu'en pratique les directives sont plus précises et lient souvent les États quant aux moyens. La C.J.C.E. précise en effet que les États doivent « choisir les formes et les moyens les plus appropriés en vue d'assurer l'effet utile des directives » (C.J.C.E., 8 avr. 1976, aff. 48/75, Royer, Rec. C.J.C.E. 1976, p. 497, att. 73). Elle ajoute que « la compétence laissée aux États membres, en ce qui concerne la forme et les moyens des mesures à prendre par les instances nationales, est fonction du résultat que le Conseil ou la Commission entendent voir atteindre » (C.J.C.E., 23 nov. 1977, aff. 38/77, Enka, Rec. C.J.C.E. 1977, p. 2203, att. 11).

¹⁵⁴ « Cette notion correspond aux hypothèses dans lesquelles le législateur n'a pas fait un plein usage, n'a pas épuisé, la compétence qu'il tient de la Constitution » (C. GROULIER, *Norme permissive et droit public*, Thèse dact., Limoges, 2006, p. 364). Ce contrôle est constant depuis 1967 (Cons. const., déc. n° 67-31 DC, 26 janv. 1967).

¹⁵⁵ Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, §56 et 57.

¹⁵⁶ Cette affaire concerne le troisième pilier de l'Union européenne qui n'utilise pas l'instrument de la directive mais le raisonnement est le même car dans ce cas la décision cadre laissait une certaine latitude aux États membres pour appliquer ses dispositions.

¹⁵⁷ Un des principes les mieux établis par une jurisprudence ancienne en droit constitutionnel allemand est qu'une loi qui interfère avec un droit fondamental doit respecter le principe de proportionnalité (voir BVerfGE 110, 1, §28 suiv. ; 141, §163 suiv. ; 177, §193 suiv. ; 226, §262 suiv. ; BVerfGE 109, 96, §111 suiv.).

le législateur n'a pas utilisé toute la compétence que lui conférerait la décision cadre pour protéger les citoyens allemands¹⁵⁸.

L'effet de cette jurisprudence est de rendre en principe ces juridictions incompétentes pour vérifier la constitutionnalité de ces engagements sauf dans l'hypothèse où justement ces engagements seraient entachés d'excès de pouvoir. En Allemagne, au Danemark ou en République Tchèque les Cours constitutionnelles ont ainsi affirmé qu'elles se reconnaîtraient compétentes pour contrôler un acte de la Communauté européenne qui sortirait de ses attributions. Une décision de la Cour suprême de la République Tchèque est très claire à cet égard. Cette Cour a en effet jugé que la constitutionnalité du droit communautaire dérivé, d'application directe, ne pouvait être contestée devant elle¹⁵⁹. L'article 10a de la Constitution tchèque autorise en effet le transfert de certains pouvoirs de la République à une organisation internationale et cet article justifie en conséquence l'incompétence de la Cour constitutionnelle pour vérifier la validité des actes communautaires. La Cour précise néanmoins dans le même arrêt que l'exercice par les institutions communautaires des compétences transférées ne doit pas menacer l'essence de la souveraineté et les attributs essentiels d'un État démocratique. Il est d'ailleurs intéressant de constater que ces deux éléments ne sont pas à la disposition du constituant tchèque puisque les articles 9(2) et (3) ne peuvent être amendés. Le constituant ne peut en effet transférer aux institutions communautaires des compétences qui ne sont pas à sa disposition¹⁶⁰. L'évolution de la jurisprudence allemande, entre les décisions Solange II et III confirmée par Solange IV, montrent la même tendance. Alors que la décision Solange I¹⁶¹ de 1974 affirmait la nécessité du

¹⁵⁸ Voir le commentaire de C. TOMUSCHAT, *Inconsistencies – The German Federal Constitutional Court on the European Arrest Warrant*, *European Constitutional Law Review*, 2006, 2, pp. 209–226, spéc. p. 220 suiv..

¹⁵⁹ Cour Constitutionnelle tchèque, 8 mars 2006, *Quotas sucrier*, n° Pl. ÚS 50/04 (publié sous n° 156/2006 Coll., la traduction anglaise est disponible à cette adresse : http://test.concourt.cz/angl_verze/cases.html). Voir le commentaire de J. ZEMANEK, *The Emerging Czech Constitutional Doctrine of European Law*, *European Constitutional Law Review*, 2007, 3, pp. 418–435, spéc. p. 424 suiv..

¹⁶⁰ Ce qui signifierait pour le droit constitutionnel français que les limites que doivent respecter les directives sont en fait autant de limites constitutionnelles qui ne sont pas à la disposition du constituant.

¹⁶¹ *Bundesverfassungsgericht [BVerfG]*, 29 mai 1974, 37 BVerFGE 271.

contrôle de constitutionnalité des actes d'origine communautaire « aussi longtemps que » ceux-ci ne seraient pas soumis au respect des droits fondamentaux par le Cour de justice ; la décision Solange II¹⁶² de 1986, elle, supprime l'écran constitutionnel « aussi longtemps que » la Cour de Luxembourg continuera à faire respecter les droits fondamentaux des européens dans l'ordre communautaire. La décision Maastricht¹⁶³ ou Solange III de 1993 déplace le contrôle pour le porter non plus sur la suprématie du droit communautaire mais sur la compétence des autorités bruxelloises. La décision Solange IV¹⁶⁴ de 2002 confirme cette évolution. La demande reste irrecevable car il n'a pas été démontré que le niveau de protection des droits fondamentaux au niveau communautaire était tombé sous le niveau minimum exigé par la Constitution allemande¹⁶⁵. La Cour suprême danoise rejoint ce point de vue dans la décision Carlsen v Rasmussen¹⁶⁶. L'article 20 de la Loi constitutionnelle danoise permet un transfert des pouvoirs de l'État à une organisation internationale dans les limites fixées par la loi. La question était de savoir si l'Acte d'accession du Danemark à la Communauté européenne respectait l'article 20 et la précision importante « dans les limites fixées par la loi ». Or, l'Acte en question ne précisait pas l'étendue des pouvoirs transférés car cette étendue était fixée par le Traité CE lui-même. La Cour a donc été amenée à vérifier si le Traité respectait bien cette condition. Le fait que la Communauté soit basée sur le principe de « compétence d'attribution »¹⁶⁷ a permis à la Cour

¹⁶² Bundesverfassungsgericht [BVerfG], 22 octobre 1986, 73 BVerfGE 339, §35-36.

¹⁶³ BVerfGE 89, 115. Les mesures qui excèdent les pouvoirs des autorités communautaires seront privées de leur effet en Allemagne.

¹⁶⁴ BVerfGE 102, 147.

¹⁶⁵ Sur l'importance du critère « solange » montre pour Ernst-Ulrich PETERSMANN le besoin d'une justice constitutionnelle au niveau européen (Human rights, international economic law and "constitutional justice, European Journal of International Law 2008, p. 769.

¹⁶⁶ Cour suprême danoise, 6 avril 1998, Hanne Norup Carlsen and Others v Prime Minister Poul Nyrup Rasmussen, [1999] 3 C.M.L.R. 854.

¹⁶⁷ Ce principe est rappelé à l'article 5 du Traité CE. Selon ce principe « les institutions n'agissent qu'en vertu des compétences qui leur ont été attribuées. (...) La Cour n'hésite pas en cas de besoin à rappeler les limites des compétences communautaires en annulant les actes outrepassant les limites (C.J.C.E., 5 oct. 2000, aff. C-376/98, Allemagne c/ Parlement et Conseil : Rec. C.J.C.E. 2000, I, p. 8419, point 43) » (Voir J. RIDEAU, *Ordre juridique de l'Union Européenne*, Jcl., Fasc. 190, §38).

d'affirmer la constitutionnalité de l'Acte d'accession. Toutefois, si un acte des Communautés s'avérait excéder les compétences que le Traité leur confère, les tribunaux danois pourraient, dans ce cas, rendre cet acte inapplicable.

Les jurisprudences des Cours constitutionnelles mettent donc en évidence d'abord que le contrôle des actes de l'Union Européenne ne se porte plus sur la suprématie de ce droit mais sur le respect par l'Union des compétences que les États lui ont consenties par le traité. Ensuite, certaines jurisprudences sont aussi l'expression des limites constitutionnelles que chaque texte pose au pouvoir de révision du Constituant. La première jurisprudence Solange porte sur ce point. Les habilitations contenues dans les Constitutions par l'intermédiaire des clauses européennes ne peuvent avoir comme limite que ce que le constituant lui-même ne peut aliéner¹⁶⁸.

La jurisprudence française se distingue sur ce point puisque le Conseil constitutionnel prend soin de préciser que la transposition des directives ne pourrait être entravée que par l'existence d'une « règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti »¹⁶⁹. La précision finale montre que le Constituant pourrait disposer de l'identité constitutionnelle de la France¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Voir en ce sens R. STOTZ, La primauté du droit communautaire en Allemagne, RFDA 1990 p. 957 : « Dans son ordonnance remarquée du 29 mai 1974(9), la Cour constitutionnelle fédérale a précisé que l'habilitation au titre de l'article 24, paragraphe 1, de la GG n'est pas sans avoir des limites constitutionnelles. Cette disposition n'autoriserait pas en effet à aliéner, par le biais de l'attribution de droits souverains à des institutions interétatiques, l'identité de l'ordre constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne par une irruption dans ses éléments fondamentaux, dans les structures qui le constituent ».

¹⁶⁹ Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, §19.

¹⁷⁰ Cette précision est conforme à la position de G. VEDEL pour lequel la compétence du constituant originaire est inconditionné (G. VEDEL, Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques, Les cours de droit, 1960-1961, p. 533).

CONCLUSION

La manière dont le juge constitutionnel aborde la norme internationale montre la spécificité de celle-ci et justifie l'appréciation du doyen FAVOREU qui faisait de celle-ci une norme « hors hiérarchie »¹⁷¹. Les tenants du pluralisme juridique avancent que la relation entre les ordres juridiques ne serait plus hiérarchique mais hétérarchique¹⁷². La construction européenne manifeste en effet l'élaboration d'un nouveau modèle de rapports de systèmes entre l'ordre international et l'ordre interne caractéristique du passage à un modèle post westphalien. Les sujets de ce droit sont moins désormais les États que les citoyens, ce qui impose de trouver de nouveaux modèles d'articulation, source de stimulation intellectuelle pour le juriste, mais aussi source de satisfaction pour l'europpéen. Le projet de départ n'était-il pas en effet d'unir les hommes. Comme le dit Jean MONNET : « Nous ne coalisons pas des États, nous unissons des hommes »¹⁷³.

¹⁷¹ L. FAVOREU, Le conseil constitutionnel et le droit international, A.F.D.I., 1977, p. 95, spéc. p.115.

¹⁷² Traduction de : « The relationship between the orders, that is to say, is now horizontal rather than vertical - heterarchical rather than hierarchical » (N. WALKER, The Idea of Constitutional Pluralism, The Modern Law Review, Vol. 65, No. 3 (May, 2002), pp. 317-359, spéc. p. .

¹⁷³ Discours, Washington, 30 avril 1952.