HAL
open science

Le Conseil constitutionnel, quel acteur européen ? Autour des articles 54, 55, 61 et 61-1 de la Constitution

Xavier Magnon

To cite this version:

Xavier Magnon. Le Conseil constitutionnel, quel acteur européen ? Autour des articles 54, 55, 61 et 61-1 de la Constitution . La Constitution européenne de la France, 2017. hal-01725326

HAL Id: hal-01725326

https://hal.science/hal-01725326v1

Submitted on 7 Mar 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.

Le Conseil constitutionnel, quel acteur européen ? Autour des articles 54, 55, 61 et 61-1 de la Constitution :

Xavier MAGNON
Professeur de droit public
Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

Faut-il encore se risquer à écrire quelques lignes sur le thème générique du Conseil constitutionnel et le droit européen tant il semble aujourd'hui éprouvé, surinvesti par la doctrine et, sans doute et surtout, éculé ? Un point de vue relativement original, en partie suggéré par l'orientation générale retenue par cet ouvrage, semble devoir permettre une toute relative, il ne s'agirait pas de céder à une quelconque prétention doctrinale, pertinence à y revenir en ne s'intéressant pas seulement à ce que dit le juge constitutionnel, mais en n'en proposant une lecture critique à partir des normes constitutionnelles qu'il doit appliquer. Une véritable révolution méthodologique de la doctrine constitutionnelle, telle est la singularité du point de vue préconisé : faire du droit constitutionnel à partir de la Constitution ! Mieux, faire du droit constitutionnel européen à partir de la Constitution européenne de la France. C'est donc sous un angle critique que la question de savoir comment apprécier le Conseil constitutionnel en tant qu'acteur du processus européen dans l'ordre juridique interne sera abordée.

Selon ce point de vue, faut-il considérer que le Conseil constitutionnel a développé une jurisprudence conforme aux dispositions constitutionnelles qu'il doit mobiliser dans l'exercice de sa compétence ? La création prétorienne des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », discutée ailleurs dans cet ouvrage, paraît-elle conforme à la souveraineté telle qu'elle est reconnue par la Constitution ? Le refus de contrôler la conventionnalité des lois résulte-t-il d'une interprétation régulière, et il n'est pas ici question d'opportunité, de l'article 55 de la Constitution ? Le pouvoir de révision constitutionnelle peut-il, juridiquement, remettre en cause l'identité constitutionnelle de la France ? Telles pourraient être les questions, (relativement) nouvelles, à se poser à l'aune de cette étude.

Sous cet angle d'analyse, et sans doute la principale difficulté dans la conduite de cette entreprise se trouve-t-elle là, il est vrai que la Constitution, dans son rapport avec l'ordre juridique international et/ou européen, peut être interprétée de différentes manières, sans qu'il soit aisé de trancher de manière définitive en faveur de l'une d'entre elles. Comment peut-on marier sans contradiction l'ouverture internationale du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, emprunt du monisme de Georges Scelle, la souveraineté de l'Etat telle qu'elle apparaît avec le Général De Gaulle et le principe de participation de la France à l'Union européenne consécutif à la révision constitutionnelle du 25 juin 1992 ?

D'une manière générale, dans l'ordre juridique interne, la Constitution peut être lue à la fois comme une norme d'ouverture vers le droit international en général et comme une norme de résistance vis-à-vis de celui-ci. Pour reprendre une terminologie dualiste, quelque peu surannée

aujourd'hui aux yeux de la doctrine, mais qui n'est en pas moins juste[1], la Constitution demeure, dans l'ordre interne, une norme de *réception* de l'ordre juridique international et des normes qui le compose et constitue le filtre ultime à l'aune duquel les normes externes sont appliquées par les organes internes. Le terme de réception n'est pas neutre ; le droit international est transformé en une norme interne par la Constitution. L'appréhension du droit international par le droit interne et par ses acteurs passe nécessairement par le filtre de la Constitution. Il est certes possible de proposer une autre lecture de la place de la Constitution dans ce processus, mais telle n'est pas celle que retiennent, le plus souvent, les organes d'application de la Constitution. Elle consisterait à ne voir dans la Constitution qu'une reproduction/répétition de normes internationales. L'ordre juridique international serait, en lui-même et de manière autonome, un ordre juridique qui s'impose à l'ordre juridique interne, que celui-ci le prévoit expressément ou qu'il n'en dise rien. La Constitution serait *transparente* pour reprendre une image familière.

En d'autres termes, l'alternative est simple : soit la Constitution contient des normes *constitutives* vis-à-vis du droit international, et c'est donc elle qui fonde le droit international, soit seulement des normes *déclaratives* et elle ne fait alors que reprendre dans le texte interne des exigences qui s'imposent à elle. Dans le premier cas, l'usage du terme de *réception constitutionnelle* paraît juste, sous réserve d'une autre question à résoudre, celle de la valeur, dans l'ordre juridique interne, du droit international ainsi reçu[2] ; dans le second, celui de *transparence constitutionnelle* pourrait être utilisé.

Le choix entre ces deux termes de l'alternative dépend d'abord du contenu concret des dispositions constitutionnelles de droit positif relatives au droit international et, il convient ici de l'ajouter, au droit européen, s'il en existe. L'alternative n'est possible qu'en cas de silence de la Constitution ou que si celle-ci contient des dispositions favorables. Si les dispositions qu'elle contient sont hostiles aux ordres juridiques externes, une lecture transparente de la Constitution sera exclue. Il reste que, le plus souvent, et nous nous permettrons ici de l'affirmer sans le démontrer à partir de données empiriques : dans l'ordre interne, les organes d'application ont une lecture « réceptionniste » des dispositions constitutionnelles relatives au droit international et européen, et non pas transparente de celles-ci[3].

Tel est le cas du Conseil constitutionnel, pour qui, le fondement du droit international en général et des droits européens en particulier réside dans la Constitution. Plus précisément, c'est l'article

---

1 Sur la réception pour la doctrine dualiste, voir : D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale. Volume primo Volume primo : introduzione - teorie generale*, IV edizione, CEDAM, Padova, 1955,, p. 59 ; Santi Romano, « L'ordre juridique », Traduction française de la 2ème édition de l'« *Ordinamento giuridico* » par L. François et P. Gothot, Dalloz, Collection « Philosophie du droit », 1975, p. 116 ; H. Triepel, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *RCADI*, I, 1923, pp. 92-93.

2 En principe, selon une perspective dualiste, la norme internationale acquiert dans l'ordre interne la valeur de la norme interne qui assure sa réception. En principe donc, s'il existe une réception par la Constitution, la norme internationale dispose d'une valeur constitutionnelle.

3 Ce qui n'est pas sans poser problème sous l'angle de la souveraineté telle qu'elle peut être défendue par le Conseil constitutionnel et, plus largement, d'un point de vue théorique. Voir sur cette question, rejetant la pertinence d'une appréhension interne de la souveraineté et défendant une souveraineté – seulement – internationale, *infra*, « Souveraineté, identité et Europe ».

55 qui fonde la primauté dans l'ordre interne des normes internationales et européennes conventionnelles comme celle du droit dérivé de l'Union[4]. Ce fondement constitutionnel implique une primauté de la Constitution sur ces normes, aucune norme d'un système juridique ne pouvant disposer de normes qui lui sont supérieures. La Constitution a une portée *constitutive* et non pas *déclarative*.

Dans un tel contexte normativo-interprétatif général, envisager le sujet le Conseil constitutionnel et le droit européen sous l'angle de la relecture européenne de la Constitution peut emprunter plusieurs voies. Sous l'angle substantiel, il est possible d'envisager en quoi le droit européen influence l'interprétation des droits et libertés constitutionnels et de mesurer l'étendue de cette reconnaissance. Il s'agirait alors d'étudier la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les droits et libertés pour en apprécier la régularité par rapport aux exigences européennes, ce qui se fait, en doctrine, à l'occasion de commentaires de jurisprudence ou d'approches synthétiques et comparés portant sur l'études de certains droits et libertés, notamment dans des manuels de droits et libertés. Il est encore possible d'apprécier en quoi la procédure conduite devant le Conseil constitutionnel dans ses différentes attributions, mais sans doute et surtout avec la question prioritaire de constitutionnalité, a été influencée par le droit européen, pensons seulement au principe du contradictoire ou du respect des droits de la défense[5]. Ces deux dimensions, tout à fait pertinentes, ne seront toutefois pas celles éprouvées ici. Le sujet sera traité sous l'angle structurel en s'articulant à la fois autour des deux dispositions constitutionnelles décisives sur la place du Conseil constitutionnel, les articles 54 et 55 de la Constitution, et donc autour des deux dimensions de la Constitution qu'ils consacrent, comme norme de diffusion ou comme norme de résistance au droit international et européen. Deux fonctions du Conseil constitutionnel sont alors identifiables : en tant que juge européen, il est protecteur du droit européen (§ I) ; en tant que juge national, il se meut en défenseur de la Constitution nationale (§ II). Dans aucune de ces deux situations, la tendance du juge constitutionnel en tant qu'acteur européen n'est univoque de sorte que l'on ne peut que dresser un constat mitigé de son œuvre en tant que tel. Pour être plus précis, à expliciter les orientations générales, l'on retiendra, dans le premier sens, que le Conseil constitutionnel est un *acteur européen partiel* ; dans le second, un *acteur européen malhabile*.

§ I - Le juge constitutionnel, juge européen : un *acteur européen positif partiel*

Envisager le juge constitutionnel comme juge européen permet de tracer de manière positive la contribution du juge national à l'œuvre européenne. Le refus général de contrôler la

---

4 Voir pour une affirmation en ce sens relativement récente : CC, n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 10 et s.

5 Voir en particulier : H. Alcaraz, J.-G. Sorbara, « L'office du juge constitutionnel et le droit européen », in *L'office du juge constitutionnel face aux exigences supranationales*, sous la direction de X. Magnon, P. Esplugas-Labatut, W. Mastor et S. Mouton, Bruylant, Coll. A la croisée des droits, 2015, pp. 25-44 ; M. Guillaume, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32, 2011, p. 67 ; S. Nicot, « La question préjudicielle de constitutionnalité : une procédure eurocompatible ? », AIJC, 2008, p. 59.

conventionnalité des lois[6], qui s'applique au droit de l'Union européenne[7], ne fait pas du Conseil constitutionnel un juge européen de principe. Il n'est cependant pas absent de la défense de la légalité européenne. De manière principale, il reste que son interprétation des dispositions constitutionnelles potentiellement attributives de compétence témoigne d'une lecture variable qui n'est pas sans poser des problèmes de cohérence (A). Héritée de la jurisprudence *IVG*, cette hémiplégie première implique que, si le Conseil constitutionnel s'inscrit, de manière périphérique, dans le système normatif européen, il ne le fait que de manière graduée (B).

A – Le principal : une lecture variable des énoncés constitutionnels de référence sur la compétence de juge européen

Trois énoncés constitutionnels, connus, méritent d'être rappelés afin de mettre en évidence l'étendue du pouvoir interprétatif du Conseil constitutionnel dans le choix de contrôler la « conventionnalité » des lois nationales :

- celui de l'article 55 de la Constitution : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie » ;
- celui de l'article 88-1 de la Constitution : « La République participe à l'Union européenne constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 » ;
- celui de l'article 83-3 de la Constitution : « Sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France. Ces citoyens ne peuvent exercer les fonctions de maire ou d'adjoint ni participer à la désignation des électeurs sénatoriaux et à l'élection des sénateurs. Une loi organique votée dans les mêmes termes par les deux assemblées détermine les conditions d'application du présent article ».

Le premier est interprété comme ne conférant pas une compétence générale au Conseil constitutionnel pour apprécier la conformité des lois aux engagements internationaux, et donc comme excluant le contrôle de conventionnalité[8] ; le second, comme consacrant une « obligation constitutionnelle de transposition des directives » imposant une compétence du même Conseil constitutionnel pour apprécier, sous certaines conditions et selon certaines modalités, la conformité d'une loi à une directive qu'elle a pour objet de transposer[9] ; le troisième, comme

---

6 CC, n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *IVG*.

7 Voir par exemple : CC, n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *précit.*

8 CC, n° 74-54 DC, *précit.*

9 Posant le principe du contrôle, CC, n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 28 ; explicitant les modalités d'exercice, CC, n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 16 et s.

subordonnant la conformité à la Constitution de la loi organique sur le droit de vote et d'éligibilité des ressortissants de l'Union européenne à l'article 22 du TFUE, aujourd'hui, et à la directive du 19 décembre 1994[10].

Ainsi, la Constitution interdit, en général, le contrôle de conventionnalité par le Conseil constitutionnelle, mais le permet, ponctuellement, pour les lois de transpositions de directive et pour la loi organique sur le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales des ressortissants européens. Dans chacune de ces situations, c'est bien la Constitution, telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel, qui sert de fondement à la solution retenue, de sorte qu'il faut voir dans la sanction du respect éventuel de normes d'origine externe, la sanction indirecte du respect de la Constitution. Si une loi méconnait la directive qu'elle a pour objet de transposer, elle viole l'obligation de transposition et donc l'article 88-1 de la Constitution ; tout autant que la loi organique sur le droit de vote et d'éligibilité des ressortissants de l'Union européenne aux élections municipales heurte l'article 88-3 de la Constitution, si elle méconnait les normes européennes qui s'appliquent à elle. En revanche, la méconnaissance par la loi d'un engagement international, quel qu'il soit, européen ou plus classique, est bien une violation de l'article 55 de la Constitution, mais une violation qui n'est pas sanctionnée par le Conseil constitutionnel mais par l'ensemble des (autres) juges. Le juge constitutionnel sélectionne ainsi sa compétence. En raison du choix du Conseil constitutionnel, la sanction de toutes les inconstitutionnalités indirectes pour violation de normes d'origine externe ne relève pas toutes de sa compétence. Il existe des inconstitutionnalités indirectes qui ne sont pas sanctionnées par le Conseil constitutionnel (art. 55 C.), d'autres qui le sont (art. 88-1 et 88-3 C.).

Qu'est-ce qui justifie ces choix interprétatifs ? Comment peut-on articuler les trois solutions différentes ? L'interprétation de l'article 88-3 est sans aucun doute celle qui pose le moins de difficulté. La loi organique sur le droit de vote et d'éligibilité des ressortissants européens aux élections municipales met en œuvre un droit qui est posé et dont les modalités d'exercice sont prévues par le droit de l'Union. Il est dans un rapport de production normatif immédiat avec le droit de l'Union et, dans la mesure où ce rapport est explicitement formalisé dans la Constitution, « selon les modalités prévues par le traité sur l'Union européenne… le droit de vote et d'éligibilité peut être accordé… Une loi organique (…) détermine les conditions d'application du présent article », le contrôle du Conseil constitutionnel, obligatoire pour les lois organiques en vertu de l'article 61 alinéa 1 de la Constitution, semble devoir s'imposer. Cette lecture s'appuie en l'occurrence sur différents éléments des travaux préparatoires[11].

---

10 CC, n° 98-400 DC, 20 mai 1998, *Loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, et portant transposition de la directive 94/80/CE du 19 décembre 1994*, cons. 4.

11 Le principe de l'intervention d'une loi organique pour préciser les modalités d'application du droit reconnu par l'article 88-3 a été proposé à l'Assemblée nationale, lors de l'adoption en première lecture du projet, par l'amendement n° 78 présenté par A. Lamassoure (*JORF*, Débats, Assemblée nationale, 3ème séance, 12 mai 1992, p. 1111). Face à cet amendement, le gouvernement a proposé un sous-amendement aboutissant à la rédaction suivante : « Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article *en conformité avec les dispositions prévues par les traités* » (le sous-amendement est en italique, *JORF*, Débats, Assemblée nationale, 3ème séance, 12 mai 1992, p. 1114). L'amendement adopté, le principe de la conformité de la loi organique aux dispositions prévues par le Traité était acquis pour l'Assemblée nationale. Cet élément

A côté de l'article 88-3 de la Constitution, l'interprétation des autres dispositions constitutionnelles ne saurait se revendiquer de la volonté du constituant ou du pouvoir de révision constitutionnelle. Les « travaux préparatoires » de la Vème République ne contiennent aucun trace d'un débat sur la compétence du juge pour sanctionner le principe de primauté posé par l'article 55 de la Constitution. Sur cet article, les débats se focalisent sur la condition de la réciprocité[12]. Les différents travaux parlementaires relatifs à l'article 88-1 de la Constitution ne contiennent aucune trace d'une « obligation constitutionnelle de transposition des directives » et, *a fortiori*, d'une compétence du Conseil constitutionnel pour en sanctionner le respect.

De plus, et contrairement à ce qu'il est possible d'invoquer à propos de l'article 88-3 de la Constitution, aucune logique particulière ne saurait appuyer les choix interprétatifs du Conseil constitutionnel.

La spécificité constitutionnelle du droit de l'Union européenne, du fait d'un titre spécifique et de l'article 88-1 de la Constitution, apparaissant comme un lointain échos nationalisé à la spécificité du droit communautaire posée dès 1964 par la Cour de justice de l'Union européenne[13], pourrait justifier le choix d'une jurisprudence particulière au profit du droit de l'Union… mais seulement du droit de l'Union dans son ensemble. Tout le droit de l'Union européenne, mais seulement le droit de l'Union européenne, pourrait intégrer les normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois comme conséquence de l'appartenance de la France à l'Union européenne. Une telle interprétation ne saurait se réclamer de la volonté du pouvoir de révision constitutionnelle, mais elle aurait le mérite de la cohérence. Pourquoi n'existe-t-il qu'une obligation constitutionnelle de « transposition des directives » ? Qu'en est-il des autres obligations européennes ? Qu'en est-il du respect des traités européens, des règlements ou de l'autorité de chose jugée par la Cour de justice ? La solution du Conseil constitutionnel, favorable aux seules directives, est d'autant plus discutable que le reste du droit de l'Union européenne trouve son

---

disparaîtra pourtant devant le Sénat à l'initiative de la commission des lois constitutionnelles, sans que son rapporteur, J. Larché, ne s'en explique. Le rapport parlementaire rendu par ce dernier milite en toute hypothèse explicitement en faveur d'une obligation de conformité de la loi organique au Traité et implicitement à ses modalités d'application (Rapport fait *au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle adopté par l'Assemblée nationale ajoutant à la Constitution un titre : « Des Communautés européennes et de l'Union européenne »* par J. Larché, Sénat, n° 375, seconde session ordinaire de 1991-1992, *JORF*, Documents parlementaires, p. 82). On peut en outre remarquer que cette commission a également proposé, et c'est d'ailleurs la rédaction qui sera en dernier lieu retenue, que soit substituée à l'expression « *pour* l'application du traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992 » cette dernière « *selon les modalités prévues par le* traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992 », dans ce qui deviendront les articles 88-2 et 88-3 de la Constitution (souligné par nous, *JORF*, Débats, Sénat, 16 juin 1992, p. 1695). La substitution de cette expression à la précédente ne semble pas explicitement, selon les propos du rapporteur, avoir pour origine la volonté de subordonner la constitutionnalité de la loi organique aux modalités prévues par le traité (J. Larché, *JORF*, Débats, Sénat, 16 juin 1992, pp. 1695-1696).

12 Sans qu'il soit besoin de discuter ici de l'existence de « travaux préparatoires » à la Constitution du 4 octobre 1958 ou de leur pertinence pour être utilisés pour dégager le sens des dispositions de cette dernière, voir en ce sens : Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Vème République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, Tome III*, La Documentation française, 2002, pp. 159 et s., pp. 369 et s.

13 CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, Aff. 6/64, *Rec.*, 1964, p. 1149 et s.

fondement constitutionnel dans l'article 55 de la Constitution[14]. Face à l'étendue et à la généralité de la formule de l'article 88-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel propose une lecture restrictive, minimaliste, de ce principe de participation, et n'en tire qu'une obligation de transposition des directives. La spécificité constitutionnelle du droit de l'Union se limite à une spécificité des directives européennes. Inutile de préciser que le droit de l'Union n'exige nullement un traitement préférentiel au profit des directives au sein des différentes sources normatives qu'il consacre. Rien dans la Constitution, pas plus que dans les traités européens, n'impose ni même ne suggère ce traitement préférentiel accordé aux seules directives. L'attitude du Conseil constitutionnel aboutit, en substance, à une mise en sommeil de la Constitution européenne de la France, telle qu'elle résulte du titre XV de la Constitution du 4 octobre 1958.

Concernant la jurisprudence *IVG*, la distinction à laquelle elle conduit entre *inconstitutionnalité directe*, sanctionnée par le Conseil constitutionnel, et *inconstitutionnalité indirecte*, dont il appartient aux juridictions de droit commun de connaître est pour le moins problématique. La formule selon laquelle, « une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution »[15], dont on retrouve encore aujourd'hui un échos lorsqu'il est affirmé qu'« un grief tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux et européens de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité »[16], ne doit pas tromper. Si le fondement de la primauté du droit international conventionnel et européen repose sur la Constitution, ce qui est la lecture interniste de la Constitution partagée, sous réserve de quelques nuances pour le droit de l'Union européenne pour la Cour de cassation[17], par les plus hautes juridictions françaises[18], alors toute méconnaissance d'un traité est une méconnaissance de la Constitution. A suivre d'ailleurs la thèse « *IVG* » du Conseil constitutionnel, la violation par une loi de transposition de la directive qu'elle a pour objet de transposer est une violation indirecte de l'article 88-1 de la Constitution, tout comme la violation de l'article 22 du TFUE et de la directive du 19 juillet 1994 par la loi organique sur le droit de vote et d'éligibilité des ressortissants européens aux élections municipales est une violation indirecte de l'article 88-3 de la Constitution… qui ne relèvent donc pas de la compétence du Conseil constitutionnel. La seule limite opposable à la compétence du juge constitutionnel, pour le droit de l'Union et le droit de la

---

14 Explicitement en ce sens : CC, n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 10 et s. et 17 et s.

15 CC, n° 74-54 DC, *précit.*, cons. 5.

16 CC, n° 2014-439 QPC, *précit.*, cons. 7.

17 Sur la lecture favorable de la Cour de cassation du droit communautaire en général, il convient déjà de relire l'arrêt *Jacques Vabres*, qui s'appuie sur la spécificité du droit communautaire et sur l'article 55 de la Constitution pour reconnaître la primauté du premier (Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des douanes c. Société « Cafés Jacques Vabre »*, *Bulletin*, 1975 CM n° 4, p. 6) et il convient également de revenir sur l'arrêt *Fraisse* qui réserve la transposition de la jurisprudence *Sarran* du Conseil au regard du droit communautaire, la primauté de la Constitution dans l'ordre interne n'étant affirmée que pour le droit international conventionnel classique (Cass., Ass. plén., 2 juin 2000, *Pauline Fraisse*, *Bulletin*, 2000 AP n° 4, p. 7).

18 Voir pour le Conseil constitutionnel, avec une particulière force, affirmant que la primauté du droit communautaire repose sur la Constitution à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité du Traité établissant une Constitution pour l'Europe : CC, n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 13.

Pour le Conseil d'Etat : pour le droit international en général, CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, *Leb.*, p. 368 ; pour le droit communautaire : CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, *Leb.*, p. 624.

Convention européenne des droits de l'homme[19], réside dans le fait que cette compétence ne saurait être exclusive de celle des juridictions de droit commun, mais seulement cumulative.

Seules des considérations pratico-pragmatiques justifient la solution du juge constitutionnel. Sur la remise en cause de la jurisprudence *IVG*, une seule domine : le risque de multiplication des normes de référence et le travail supplémentaire consécutif alors qu'il existe des délais réduits pour statuer[20]. Le choix d'une exception à cette jurisprudence au profit du droit de l'Union, mais limitée aux directives, apparaît de prime abord comme la contrepartie de la reconnaissance prétorienne d'un contrôle de constitutionnalité indirect des directives elles-mêmes, cette dernière jurisprudence[21] ayant précédé la première[22] dans le temps. L'obligation de transposition des directives de l'Union européenne pouvait difficilement servir de fondement normatif au seul contrôle de constitutionnalité des directives et non pas, également, au contrôle des lois de transposition au regard des directives qu'elles ont pour objet de transposer. Sans doute, la proximité normative des lois de transposition avec les directives comme la dimension quantitative du processus de transposition législatif justifiaient également ce choix.

Les choix interprétatifs du Conseil constitutionnel n'assurent ni la cohérence de la lecture combinée des normes constitutionnelles potentiellement attributives de compétence, ni un respect scrupuleux des exigences constitutionnelles.

B – Le périphérique : une insertion graduée dans le système normatif européen

La présentation classique principe/exceptions de l'incompétence du Conseil constitutionnel pour contrôler la conventionnalité de la loi ne suffit pas à une présentation exhaustive de la situation et, surtout, à mesurer l'influence véritable du droit européen dans le contrôle de constitutionnalité des lois. Deux mouvements doivent être ajoutés : celui de la « conventionnalisation » du contrôle de constitutionnalité[23] et l'usage par le Conseil constitutionnel du renvoi préjudiciel devant la Cour de justice. Chacun de ces deux mouvements ne reflète pas la même tendance. Si le premier n'inscrit le Conseil constitutionnel que dans une prise en compte souple du droit européen dans

---

19 Voir pour une analyse et une recherche des fondements normatifs à ces deux solutions en droit européen : B. Bonnet, X. Magnon, « La concrétisation des exigences supranationales dans l'ordre juridique interne : entre habilitations supranationales et nationales », in *L'office du juge constitutionnel face aux exigences supranationales*, *op.cit.*, pp. 241 et s.

20 Notons ici que l'argument de la brièveté des délais, classique dès lors qu'il est question d'accroître les tâches du Conseil constitutionnel, est relatif. Il suffit de recruter du personnel et, pourquoi pas, de permettre à chaque membre du Conseil constitutionnel de disposer d'assistants personnels. L'argument n'est valable qu'à moyens humains constants.

21 CC, 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.

22 CC, n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*.

23 Selon l'expression d'Ariane Vidal-Naquet, « Vers la « conventionnalisation » du contrôle de constitutionnalité ? », in *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, sous la direction de P. Gaïa et A. Vidal-Naquet, Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu, PUAM, 2016, pp. 27-39.

Voir également sur cette question : J. Bonnet, « Les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois : concurrents et complémentaires », in *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, sous la direction d'E. Cartier, L. Gay et A. Viala, Institut Universitaire Varenne, Colloque et Essai, 2015, pp. 197-220.

l'exercice du contrôle de constitutionnalité, l'usage du renvoi préjudiciel en interprétation le place de manière forte dans le schéma juridictionnel issu du droit de l'Union européenne. Le Conseil constitutionnel apparaît comme un juge européen dans le système juridictionnel global institué par le droit de l'Union européenne, qui opère un subtil équilibre entre la décentralisation de la sanction du respect du droit de l'Union au profit de l'ensemble des juges internes et la centralisation d'une partie de l'interprétation du droit de l'Union et de la sanction de l'irrégularité du droit dérivé de l'Union au profit de la Cour de justice. Le juge constitutionnel français s'intègre partiellement dans ce système, dans son second volet, de centralisation, alors qu'il échappe, on l'a vu, au premier volet, celui de décentralisation.

Sur le premier mouvement de conventionnalisation du contrôle de constitutionnalité, il faut en effet constater qu'aujourd'hui que le Conseil constitutionnel incorpore dans sa réflexion les exigences tirées des conventions internationales et, en particulier, de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette tendance a dans un premier temps été reconnue par les membres de l'institution eux-mêmes[24], avant d'apparaître de manière explicite dans les *Commentaires aux Cahiers du Conseil constitutionnel*[25]. Les conventions internationales en général, le droit européen en particulier et, en son sein, la Convention européenne des droits de l'homme surtout, sont des données intégrées par le Conseil constitutionnel lorsqu'il exerce le contrôle de constitutionnalité. Cette intégration doit cependant être située dans sa portée véritable. Elle demeure masquée. Elle n'apparaît pas dans la décision, seulement dans les dossiers documentaires ou dans les commentaires autorisés, et elle peut même, ce qui peut relever d'une stratégie explicite, être totalement invisible afin d'éviter d'avoir à situer la décision du juge par rapport à des conventions internationales. La visibilité de la prise en compte dépend donc du Conseil constitutionnel lui-même.

De plus, cette prise en compte ne se traduit pas par une intégration des exigences issues de conventions internationales dans l'interprétation de la Constitution. Tout au plus ces conventions sont-elles des sources d'inspiration. Le Conseil constitutionnel demeure libre de s'en inspirer ou de ne pas le faire, voire d'adopter une solution différente de celle qui s'imposerait en application d'une convention internationale. L'on ne saurait ici se contenter de l'affirmation selon laquelle « le Conseil constitutionnel veille à la cohérence de sa jurisprudence avec celle de la Cour européenne

---

24 L'influence implicite de la Convention européenne des droits de l'homme sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel a été reconnue aussi bien par le secrétaire général que par les membres de la haute juridiction. Voir : R. Badinter, B. Genevois, « Rapport français à la 9ème conférence des cous constitutionnelles européennes », *RFDA*, 1993, p. 863 ; J.-C. Colliard, « Un nouveau Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, p. 165 ; O. Dutheillet de Lamothe, « Conseil constitutionnel et CEDH : un dialogue sans parole », in *Mélanges Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 403.

25 En 2012, nous avions pu constater que « sur les 111 décisions QPC rendues par le Conseil constitutionnel au 30 mai 2011, 40,5 % d'entre-elles ont intégré dans la réflexion des éléments tirés de convention internationales, essentiellement du droit européen dans un sens large, et 28,8 % des références à la seule Convention européenne des droits de l'homme » (« Le réflexe constitutionnel au service du réflexe conventionnel ? Quelle place pour la conventionnalité face au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* », in *Question sur la Question : le réflexe constitutionnel*, sous la direction de X. Magnon, X. Bioy, W. Mastor et S. Mouton, Bruylant, 2013, p. 176).

de droits de l'homme »[26]. Sans doute le fait-il, mais il n'en est pas moins vrai, qu'en maintenant son incompétence de principe pour contrôler la conventionnalité des lois, il se préserve une marge de liberté dans la « cohérence » qu'il entend garantir entre sa jurisprudence et celle de la Convention européenne des droits de l'homme.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le principe *non bis in idem* est ici topique et suffit pour se convaincre de la liberté qu'entend se préserver le Conseil constitutionnel dans l'usage des sources externes. Face à une jurisprudence différente de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne sur le principe *non bis in idem*, dans la décision du 18 mars 2015, *M. John L. et autres [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié]*[27], le Conseil constitutionnel empruntera une troisième voie qui, tout en refusant de consacrer la constitutionnalité du principe, permet de garantir un contrôle sur son respect et ce de manière autonome par rapport aux jurisprudences européennes[28]. Nombreux sont sans doute ceux qui trouvent que cette situation est satisfaisante : la cohérence est assurée et l'autonomie du Conseil constitutionnel est préservée, la souplesse l'emportant sur la rigueur ! D'autres regretteront le problème de la visibilité de l'usage des conventions internationales et l'imprévisibilité du sens de la prise en compte. Faut-il encore préciser, mais les arguments tirés du respect du droit ont souvent peu de portée, que rien dans la Constitution n'habilite le Conseil constitutionnel à s'inspirer des conventions internationales dans l'interprétation des dispositions constitutionnelles. Certes, le respect des conventions internationales s'impose à l'Etat et donc au Conseil constitutionnel, mais la Constitution ne l'habilite pas à interpréter la Constitution conformément aux traités internationaux. La seule habilitation existante est celle de l'article 55 de la Constitution ; elle impose la sanction de la primauté des engagements internationaux sur les lois.

Le second mouvement étonne au premier abord. Comment le Conseil constitutionnel, qui refuse d'exercer un contrôle de conventionnalité des lois, pourrait-il être en mesure, en pratique, de soulever une question préjudicielle devant la Cour de justice[29] ? La situation concrète est intervenue dans le cadre de la QPC et le principe et l'explicitation des modalités de ce renvoi ont été explicitées.

---

26 Voir les commentaires en ligne sous la décision n° 2010-87 QPC, *http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/201087QPCccc_87qpc.pdf*, p. 6.

27 CC, n° 2014-453/454 QPC, 18 mars 2015, *M. John L. et autres [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié]*.

28 Voir pour une synthèse sur cette jurisprudence : C. Arnaud, « Le cumul des poursuites et des sanctions : divergences constitutionnelle et européennes », *RFDA*, 2015, pp. 1019-1029.

29 Voir pour une approche globale et comparée du renvoi préjudiciel devant la Cour de justice par les cours constitutionnelles : M. Blanquet, P. Esplugas-Labatut, « Quel(s) usage(s) de la question préjudicielle devant la Cour de justice par les cours constitutionnelles ? », in *L'office du juge constitutionnel face aux exigences supranationales*, *op. cit.*, pp. 195-231.

Dans la décision de principe du 4 avril 2013, *M. Jeremy F. [Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen - question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne]*[30], le Conseil constitutionnel était saisi de la conformité à la Constitution d'une loi tirant les conséquences dans l'ordre interne de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen. La question que posait cette situation contentieuse était celle de savoir quel était le lien existant entre la disposition législative contestée et cette décision-cadre. Si la disposition législative était imposée par le mandat d'arrêt européen, alors aucun contrôle ne pouvait être exercé par le Conseil constitutionnel, l'inconstitutionnalité potentielle étant couverte par l'habilitation spéciale de l'article 88-2 de la Constitution sur le mandat d'arrêt européen ; si la disposition législative intervenait dans la marge nationale d'appréciation laissée libre par le droit de l'Union, alors le contrôle de constitutionnalité exercé aurait pu être un contrôle normal. L'*extranéité européenne*, qui justifie le renvoi, ne provient donc pas de la norme de référence, on l'a vu, le droit de l'Union n'est pas *norme de référence* du contrôle[31], mais de la *norme objet du contrôle*, la loi, qui entretient un lien avec le droit de l'Union. Dans la décision *Jérémy F.*, c'est la question de l'appréciation de ce lien qui justifie le renvoi préjudiciel en interprétation avec d'autant plus de délectation, pour le gardien du respect de la Constitution, que la disposition législative contestée interdisait tout recours contre certaines décisions. La question posée à la Cour de justice revenait en substance à déterminer si cette négation de tout droit au recours, et donc cette violation manifeste du droit à un recours juridictionnel effectif, avait une origine européenne ou seulement nationale.

La décision du 23 janvier 2015, *M. Ahmed S. [Déchéance de nationalité]*[32], permet de synthétiser la situation dans le cadre de la QPC, le refus de renvoi préjudiciel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* ayant été réaffirmé depuis la décision *Jerémy F.*[33]. D'une part, il a rappelé « qu'un grief tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux et européens de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité » et donc que « l'examen d'un tel grief et la transmission de telles questions préjudicielles relèvent de la compétence des juridictions administratives et judiciaires »[34]. Le droit de l'Union européenne n'étant pas une norme de référence dans le cadre de la QPC, ce n'est pas à ce titre qu'il pourrait conduire à un renvoi préjudiciel. D'autre part, et il faut voir là une référence générique aux cas potentiels de renvoi, il précise « que l'appréciation de la conformité des dispositions contestées aux droits et libertés que la Constitution garantit n'implique pas qu'il

---

30 CC, n° 2013-314P QPC, 4 avril 2013, *M. Jeremy F. [Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen - question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne]*.

31 Ajoutons ici que les deux exceptions à la jurisprudence *IVG* déjà évoquée n'ont pas lieu d'être dans le cadre de la QPC au sein de laquelle seuls les « droits et libertés garantis par la Constitution » sont susceptibles d'être invoqués. Voir pour un rejet explicite de l'invocabilité de l'article 88-1 de la Constitution dans le cadre de la QPC : CC, n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 19.

32 CC, n° 2014-439 QPC, 23 janvier 2015, *M. Ahmed S. [Déchéance de nationalité]*.

33 Décision de principe avant *Jérémy F.* : implicitement : CC, n° 97-393 DC, 18 décembre 1997, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998*, cons. 16 ; explicitement : CC, n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 20. Pour une réaffirmation postérieure : CC, n° 2014-694 DC, 28 mai 2014, *Loi relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifié*, cons. 4.

34 CC, n° 2014-439 QPC, 23 janvier 2015, *précit.*, cons. 7.

soit préalablement statué sur l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union européenne »[35]. La formule est générique. Elle suppose l'existence de cas dans lesquels l'appréciation de la constitutionnalité d'une disposition législative implique un renvoi préjudiciel en interprétation ; sans expliciter les cas dans lesquels ce renvoi est possible.

La décision du 8 janvier 2016, *M. Vincent R. [Délit de contestation de l'existence de certains crimes contre l'humanité]*[36], ajoute une précision significative. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel était saisi d'une demande de renvoi préjudiciel en appréciation de validité d'une décision-cadre. Il répond que « la validité de la décision cadre précitée est sans effet sur l'appréciation de la conformité de la disposition contestée aux droits et libertés que la Constitution garantit »[37]. Autrement dit, un tel renvoi serait admis s'il produisait un effet sur l'appréciation de la régularité constitutionnelle de la disposition législative déférée. Le Conseil constitutionnel admet que l'exercice du contrôle de constitutionnalité dans le cadre de la QPC puisse impliquer un renvoi préjudiciel en appréciation de validité du droit de l'Union européenne.

De manière synthétique et certaine, le Conseil constitutionnel accepte le renvoi préjudiciel en appréciation de validité et en interprétation à la Cour de justice de l'Union européenne. L'illustration positive dans la mise en œuvre concrète de ces deux situations génériques ne porte que sur la seconde situation, l'interprétation, alors qu'il s'agissait d'apprécier le lien existant entre une disposition législative nationale et la norme européenne, la première intervenant en application de la seconde. Un autre cas mérite d'être mis en évidence. Il est possible de penser que, si une disposition législative est nécessaire à l'application d'une norme européenne, et si ce rapport ne soulève pas question, le Conseil constitutionnel pourrait procéder à un renvoi préjudiciel en appréciation de validité de la norme européenne pour neutraliser le conflit constitutionnel potentielle. La contestation de la régularité constitutionnelle d'une disposition législative nécessaire à l'application du droit de l'Union européenne revient à dénoncer l'irrégularité de ce dernier. En pratique, cette question ne peut se poser, en principe, il faut se souvenir de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, que pour les directives. Dans le cadre de la QPC, il est parfaitement possible d'opposer à une loi de transposition d'une directive, et donc indirectement à cette dernière, les règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France dès lors que ces règles et principes sont des droits et libertés[38]. Le renvoi préjudiciel en appréciation de validité serait utilisé comme un moyen de neutralisation potentielle d'un conflit d'ordre constitutionnel, même s'il implique une appréciation de l'identité nationale par la Cour de justice. Un tel renvoi pourrait être d'autant plus justifié que l'identité nationale est opposable en France à la directive et que le droit de l'Union lui-même, avec l'article 4 § 3 du TUE, admet cette limite. La jurisprudence de renvoi demeure aujourd'hui limitée, elle

---

35 Cons. 8.

36 CC, n° 2015-512 QPC, 8 janvier 2016, *M. Vincent R. [Délit de contestation de l'existence de certains crimes contre l'humanité]*.

37 Cons. 4.

38 CC, n° 2010-79 QPC, 17 décembre 2010, *M. Kamel D. [Transposition d'une directive]*, cons. 3 ; n° 2014-373 QPC, 4 avril 2014, *Société Sephora [Conditions de recours au travail de nuit]*, cons. 6.

n'en marque pas mois deux tendances significatives. Tout d'abord, l'inscription du Conseil constitutionnel dans le système juridictionnel européen. Ensuite, et de manière consécutive, la participation du Conseil constitutionnel à une procédure qui conduit à le soumettre à l'autorité de chose jugée par la Cour de justice de l'Union européenne. Ce dernier point est loin d'être neutre.

Ainsi, dans la première situation, lorsqu'il s'inspire du droit européen dans l'exercice de son contrôle, le Conseil constitutionnel est un acteur européen masqué ; dans la seconde, avec le renvoi préjudiciel à la Cour de justice, il est un acteur européen indiscutable, même s'il demeure un *acteur européen partiel* à défaut d'intégrer le droit de l'Union dans les normes de référence de son contrôle. Le premier mouvement concerne surtout le droit de la Convention européenne des droits de l'homme et présente une dimension substantielle ; le second, le droit de l'Union européenne avec une dimension procédurale essentielle.

§ II - Le juge constitutionnel, juge national : un acteur européen négatif malhabile

Le Conseil constitutionnel est également juge national, juge immédiatement protecteur de la Constitution nationale, et donc, potentiellement, acteur européen négatif, dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux, que celui-ci s'exerce directement sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, ou indirectement, par l'intermédiaire de loi d'application de tels engagements, sur le fondement de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution ou, potentiellement, sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution. Dans l'exercice de sa mission de juge national, le Conseil constitutionnel a accompagné le processus d'intégration européenne en guidant les pouvoirs publics dans la voie normative valable pour permettre la ratification des traités européens successifs[39]. C'est le pouvoir de révision constitutionnelle qui est apparu comme étant maître du processus d'intégration européenne et, dans ce cadre, celui-ci a accepté de modifier la Constitution pour permettre la ratification de chacun des traités européens « communautaires » dont la contrariété à la Constitution a été prononcée par le Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel peut apparaître en conséquence comme un acteur neutre : il ne fait qu'exercer un contrôle juridique de régularité constitutionnelle, la décision ultérieure de modifier la Constitution pour autoriser la ratification du traité appartient au pouvoir de révision constitutionnelle. Cette présentation mérite toutefois d'être soumise à un regard critique. Le contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux en général et du droit européen en particulier aurait et pourrait parfaitement être exercé selon d'autres modalités que celles qui s'imposent aujourd'hui, et ce dans un sens plus favorable au droit européen en particulier. Sur cette question, le Conseil constitutionnel n'a pas pleinement développé les potentialités de la Constitution européenne de la France. Ainsi, après voir mis en évidence les impasses auxquelles conduit le contrôle de constitutionnalité du droit européen (A), il conviendra de mettre en évidence les nouveaux possibles du contrôle de constitutionnalité du droit européen (B).

---

39 Sur cette question voir *supra*, « Souveraineté, identité et Constitution ».

A – Les impasses du contrôle de constitutionnalité du droit européen

L'exercice du contrôle de constitutionnalité du droit européen pose des difficultés dans deux des modalités de sa concrétisation. Sur le plan des habilitations constitutionnelles, dans le cadre du contrôle *a priori*, se pose la délicate question de la portée des normes constitutionnelles d'ouverture au droit européen. D'un point de vue substantiel, deux notions utilisées comme paramètre de contrôle posent question, celle des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »[40] et celle de l'identité constitutionnelle[41].

Sur le premier point, la Constitution du 4 octobre 1958, une fois que le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 lui a été intégré, présente une difficulté, renforcée sans doute avec l'introduction d'un titre consacré à l'Union européenne. Il existe, d'une part, des normes constitutionnelles générales d'ouverture au droit international public et au droit européen, les alinéas 14 et 15 du Préambule de la Constitution et l'article 88-1 de la Constitution et, d'autre part, un contrôle de constitutionnalité *a priori* des engagements internationaux, consacré par l'article 54 de la Constitution. Ainsi, les normes constitutionnelles d'ouverture sont des normes d'habilitation permettant de conclure certains engagements internationaux. L'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946, selon lequel « La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international », n'est sans doute pas une norme d'habilitation, mais elle marque la soumission de l'Etat au respect des règles du droit international public ; la formule « droit public international » faisant écho à la conception moniste des rapports entre les ordres juridiques, telle qu'elle a été défendue par Georges Scelle. Surtout, l'alinéa 15 du Préambule, en prévoyant que « Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix », habilite l'Etat à conclure des engagements internationaux impliquant des limitations de souveraineté en vue de la poursuite de ces objectifs. Cette habilitation est suffisamment large pour pouvoir couvrir l'ensemble du droit européen, droit de l'Union et droit de la Convention européenne des droits de l'homme dont les objectifs de défense de la paix sont explicites. De plus, l'article 88-1 de la Constitution, qui consacre la participation de la France à l'Union européenne, constitue un ancrage constitutionnel solide au profit du droit de l'Union européenne. Le pouvoir de révision constitutionnelle interprète d'ailleurs lui-même cette disposition en ce sens. En 2008, au moment de modifier la Constitution afin de permettre la ratification du traité de Lisbonne, la suppression des deux premiers alinéas relatifs à l'Union économique et monétaire et à la libre circulation des personnes, formalisant des habilitations spéciales, a été justifiée par le fait que ces domaines pouvaient être considérés comme couvert par l'article 88-1 de la Constitution[42].

---

40 CC, n° 70-39 DC, 19 juin 1970, *Traités des Communautés européennes*, cons. 9.

41 CC, n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 19.

42 Voir sur ce point *infra*, « Identité, souveraineté et Constitution ».

La question qui se pose est ensuite celle de savoir quelle est la portée de ces habilitations alors qu'il existe un contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux. Pour le dire autrement, en quoi ces habilitations permettent-elles d'éviter l'intervention du pouvoir de révision constitutionnelle pour autoriser la ratification d'un engagement international qui contiendrait des dispositions contraires à la Constitution ? La réponse apportée par le Conseil constitutionnel est radicale : ces dispositions n'ont aucune portée sur l'appréciation de la constitutionnalité d'un engament international. L'appréciation de la régularité constitutionnelle d'un engagement international intervenant dans le domaine d'application de l'alinéa 15 du Préambule de 1946 ou de l'article 88-1 de la Constitution est la même que celle qui serait portée sur un traité qui n'entrerait pas dans ce domaine. Le Conseil constitutionnel neutralise, en substance, ces habilitations, tout au plus sont-elles considérées comme des habilitations de la France à conclure des traités[43]. En effet, dans l'exposé des normes de référence du contrôle de constitutionnalité des traités européens, communautaires et de l'Union, on retrouve certes l'alinéa 15 du Préambule, puis l'article 88-1 de la Constitution, à partir du moment où il est intégré dans la Constitution, mais seulement pour en déduire que la France « peut » conclure des traités européens. La portée de ces normes est donc nulle. Précisément, la qualité d'Etat permet de conclure des engagements internationaux. Cette qualité d'Etat permet la conclusion de n'importe quel traité international. Aussi réduire la portée de l'alinéa 15 du Préambule et de l'article 88-1 de la Constitution à une habilitation à conclure des traités n'a-t-il pas de sens et se révèle-t-il tautologique.

Les traités pourtant couverts par ces dispositions constitutionnelles ne bénéficient donc d'aucun traitement privilégié dans le contrôle de constitutionnalité exercé sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, celui-ci étant exercé, selon la formule consacrée, elle aussi tautologique, au regard des droits fondamentaux, de la Constitution et des conditions essentielle d'exercice de la souveraineté nationale[44]. La portée normative de l'alinéa 15 et de l'article 88-1 est bien totalement nulle puisque les engagements internationaux pour lesquels aucune habilitation constitutionnelle n'existe seront appréciés dans leur constitutionnalité au regard des mêmes éléments. La solution du Conseil constitutionnel à propos de l'article 88-1 de la Constitution est sans aucun doute la plus choquante. Elle conduit à ne lui reconnaître qu'une portée dans le passé : l'article 88-1 de la Constitution valide et autorise la participation de la France à l'Union européenne uniquement au regard des traités en vigueur. Toute modification ultérieure des traités européens ne saurait être couverte, en principe, par cette disposition constitutionnelle, qui pourra imposer, en cas de déclaration d'inconstitutionnalité d'un nouveau traité européen modificatif, une révision préalable de la Constitution avant sa ratification.

---

43 Voir et comparer la première décision, de principe, synthétisant les normes de référence du contrôle de constitutionnalité des traités européens « communautaires » et la dernière, intervenue le plus récemment, à propos du traité de Lisbonne. Malgré certaines variations de rédaction, la portée des normes d'habilitation est réduite à une simple permission de conclure des traités : CC, n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Traité de Maastricht*, cons. 9 et s., spécial. cons. 13 ; n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne*, cons. 3 et s., spécial. cons. 8.

44 CC, n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Traité de Maastricht*, cons. 14 (contrariété Constitution ou atteinte aux « conditions essentielles »), la référence aux « droit et libertés constitutionnellement garantis » apparaît avec la décision sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe (CC, n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 7) et est reprise, en dernier lieu dans la décision portant sur la constitutionnalité du traité de Lisbonne (CC, n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne*, cons. 8).

De plus, en pratique, pour ce qui concerne les traités de l'union européenne, les résultats du contrôle sont toujours équivalents en substance, la souveraineté est affectée, des contrariétés ponctuelles à la Constitution sont constatées et le pouvoir de révision constitutionnelle intervient pour valider ces atteintes. La contrôle de constitutionnalité des traités européens est ainsi balisé et banalisé, sans surprise, puisque que ce sont le plus souvent les mêmes mouvements dont l'irrégularité constitutionnelle est prononcée. Chaque contrariété dans la Constitution conduit de manière automatique à l'ajout par le pouvoir de révision constitutionnelle d'une ligne dans la Constitution validant la contrariété à la Constitution précédemment constatée par le juge constitutionnel. Le processus d'insertion dans l'ordre juridique interne des traités européens fait appel à une même litanie qui, tout en imposant la mise en œuvre d'une procédure renforcée de révision constitutionnelle, n'en aboutit pas moins toujours au même résultat : la ratification du traité.

D'un point de vue substantiel, le contrôle de constitutionnalité du droit d'origine externe repose sur deux notions prétoriennes : les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale et les règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. La première est opposée dans le cadre du contrôle *a priori* aux engagements internationaux ; la seconde, indirectement, par le biais des lois qui en assurent la transposition, aux directives de l'Union européenne dans le cadre du contrôle *a priori* des lois, mais le contrôle indirect sur la directive est bien un contrôle *a posteriori*, ou dans le cadre du contrôle *a posteriori*, à savoir de la question prioritaire de constitutionnalité. Ces deux notions sont prétoriennes car elles ne sont pas consacrées par la Constitution. S'il est vrai qu'il est question de souveraineté dans la Constitution, la notion de conditions essentielles dépasse largement ce dont il est question dans le texte constitutionnel[45]. A cet égard, la formule du Conseil constitutionnel selon laquelle un traité ne saurait contenir « une clause contraire à la Constitution *ou* port(er) atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »[46] apparaît comme un remarquable lapsus : les « conditions essentielles… » étant donc en dehors de la Constitution. La référence à l'identité constitutionnelle, même si l'expression du Conseil constitutionnel est légèrement différente, renvoie à l'article 4 § 3 du Traité sur l'Union européenne et s'inscrit donc dans une logique d'habilitation vis-à-vis du droit de l'Union européenne. Si le droit de l'Union respecte l'identité nationale des Etats, chaque Etat est en mesure d'opposer au droit de l'Union le respect de cette identité. L'usage de ces notions, qui en elles-mêmes ne ressortent pas de la Constitution, soulève de redoutables difficultés pratiques.

A faire des conditions *essentielles* de la souveraineté nationale et de l'*identité* constitutionnelle des concepts normatifs disponibles au pouvoir de révision constitutionnelle, il en résulte, implicitement mais nécessairement, que celui-ci peut affecter ce qui pourtant relève de l'essence

---

45 Voir *supra*.

46 CC, n° 92-308 DC, cons. 14 (nous soulignons).

même de l'Etat, qu'il s'agisse du cœur de la souveraineté ou de son identité propre. En formalisant une limite tirée de la puissance de l'Etat, cette limite contribue à en affecter en substance la portée en permettant au pouvoir de révision constitutionnelle, pouvoir institué, de la remettre en cause. En voulant expliciter l'indépassable, l'on permet de le dépasser. De manière paradoxale, à vouloir protéger la souveraineté et l'identité, l'on en permet des atteintes valables grâce à la révision constitutionnelle. Mieux à chaque constat de la méconnaissance des conditions essentielles ou de l'identité, suivi d'une révision de la Constitution consécutive, est formalisé dans la Constitution, de manière explicite, un renoncement à ce qui est censé révéler les qualités premières de l'Etat. Les révisions constitutionnelles viennent ainsi stigmatiser la perte des qualités étatiques.

De telles critiques ne saurait aboutir qu'à se poser une question : comment pourrait-il en être autrement ? Quelle portée pourrait-être reconnue aux normes d'habilitation et, selon la portée qui leur serait reconnue, quelle serait alors le seuil d'inconstitutionnalité à reconnaître ? Que faire des « conditions essentielles… » et de l'identité nationale ? D'autres possibles sont envisageables.

B - Les nouveaux possibles du contrôle de constitutionnalité du droit européen

Face aux impasses du contrôle de constitutionnalité, deux orientations peuvent être suivies : l'une qui ne saurait poser de difficulté, à savoir la maximisation de l'interprétation des clauses constitutionnelles d'ouverture au droit international et européen, l'autre, plus discutable, celle de la formalisation du seuil d'inconstitutionnalité. A partir du moment où les clauses d'ouverture produisent pleinement leur effet, se pose la question d'établir le seuil d'inconstitutionnalité au-delà duquel ces clauses ne remplissent plus leur rôle.

A reconnaître une portée normative aux normes d'habilitation et, en particulier, à l'alinéa 15 du Préambule de 1946 et à l'article 88-1 de la Constitution, celle-ci ne saurait se limiter à une simple habilitation à conclure des traités portant sur les domaines couverts par ces habilitations. La portée normative à leur reconnaître consisterait à conférer aux traités entrant dans leur domaine d'application une capacité dérogatoire aux autres dispositions constitutionnelles en vigueur. Conclure un traité ayant pour but la défense de la paix, en vertu de l'alinéa 15 du Préambule, ne nécessiterait pas, en conséquence, de révision constitutionnelle pour pouvoir être ratifié, tout comme les traités modificatifs des traités de l'Union européenne seraient couverts par l'article 88-1 de la Constitution, sans intervention ponctuelle du pouvoir de révision constitutionnelle. Cette solution ne concernerait pas tous les traités, mais seulement ceux qui entrent dans leur domaine d'application. Elle impliquerait toutefois une certaine neutralisation du contrôle de constitutionnalité ou impliquerait au moins que ses modalités d'exercice soient modifiées, en particulier dans la formalisation du seuil d'inconstitutionnalité.

Il faut sans doute ici opposer la solution française à celle de l'Allemagne ou de l'Italie. Dans ces Etats, en l'absence de contrôle de constitutionnalité *a priori*, seul un contrôle *a posteriori* du droit

communautaire a été exercé, potentiellement conflictuel, et qui a été en partie neutralisé dans sa portée grâce aux clauses constitutionnelles d'ouverture, l'article 24 de la loi fondamentale allemande (aujourd'hui article 23) et l'article 11 de la Constitution italienne, interprétées comme autorisant, à propos du droit communautaire, une dérogation à la Constitution. Les cours constitutionnelles ont validé l'acquis communautaire grâce aux clauses européennes. Le contrôle *a posteriori* n'a pas pour autant été proscrit et il s'est porté sur d'autres objets : les limites au pouvoir de révision constitutionnelle ont été opposées au droit de l'Union, l'habilitation constitutionnelle a été interprétée de manière négative comme ne permettant pas aux institutions européennes d'aller au-delà de ce qui est prévu par les traités et qui est couvert par cette habilitation (*ultra-vires*), le maintien du niveau national de protection des droits fondamentaux a pu justifier un contrôle du respect des droits fondamentaux[47] ou la préservation de la qualité même de l'Etat a fait l'objet d'une vigilance accrue[48]. Au sein de ces différentes limites formalisant un seuil d'inconstitutionnalité, seule la première et la dernière s'imposent de manière logique.

Concernant les limites au pouvoir de révision transposables au droit de l'Union, l'on ne saurait admettre que ce qui est indisponible au pouvoir de révision constitutionnelle puisse être affecté par le droit de l'Union européenne. En France, cette limite renvoie en substance à la seule « forme républicaine du gouvernement », selon l'article 89 alinéa 5 de la Constitution. Sans doute, constitue également une limite au pouvoir de révision constitutionnelle le renoncement à la qualité d'Etat, nous y reviendrons, du fait en particulier de l'appartenance à une entité supranationale ayant vocation à devenir un Etat, qui imposerait un acte constituant. Pour le reste, la Constitution française ne contient aucune autre limite explicite susceptible d'être opposée. Sur ce point nous ne saurions préconiser qu'un strict respect de la Constitution de la part du juge constitutionnel, et donc l'absence de création prétorienne de celui-ci pour formaliser des limites constitutionnelles aux engagements internationaux qui n'existent pas dans le texte de la Constitution.

L'une des voies possibles consisterait à recourir à l'identité nationale pour le seul droit de l'Union européenne, en usant de l'article 4 § 3 du Traité sur l'Union européenne. Le contrôle de constitutionnalité *a priori* serait ainsi limité au contrôle du respect de l'identité nationale. Cette solution ne répond pourtant pas à une logique normative rigoureuse. Si le respect de l'identité nationale est une limite au droit de l'Union, autrement dit, si le droit de l'Union se retire face à l'identité nationale, rien ne justifie que le pouvoir de révision constitutionnelle dusse intervenir pour permettre au droit de l'Union de… porter atteinte à l'identité nationale de la France. De

---

47 Voir sur ces questions : « L'Union européenne vue du droit constitutionnel national. Principe et conséquences d'une lecture nationale par les cours constitutionnelles allemande, espagnole, française et italienne », *Annuaire de Droit Européen*, 2004, Volume II, 2006, pp. 119-147 ; « L'exigence d'un standard de protection des droits fondamentaux : un moyen de pacification des rapports entre les cours suprêmes ? », in *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ?*, sous la direction de M. Fatin-Rouge Stéphanini et G. Scoffoni, *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, n° 2, PUAM, 2013, pp. 61-69.

48 Voir sur cette question : « Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne ? Interrogation(s) autour d'une lecture de l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 30 juin 2009 sur « le traité de Lisbonne », *RFDC*, 2010, n° 82, pp. 433 et s.

plus, reconnaître que le pouvoir de révision constitutionnelle peut autoriser la remise en cause de l'identité nationale conduit, on l'a vu, à n'accorder qu'une valeur réduite à cette identité. Ce qui fait l'identité de l'Etat, c'est précisément ce à quoi l'on ne saurait renoncer sous peine de perdre cette qualité même.

De manière synthétique, à reconnaître une portée normative aux normes constitutionnelles d'habilitation, tout en respectant la Constitution, et donc en limitant le pouvoir créateur du juge constitutionnel au maximum, le contrôle des traités européens ne saurait porter que sur le respect de la forme républicaine du gouvernement, et la signification de cette notion ne saurait être que celle qu'a souhaité le constituant.

La seconde limite renvoie à la perte de la qualité d'Etat de la France, qui n'est pas sans lien avec la première limite. En tant que gardien du respect du cadre constitutionnel de l'Etat, le juge constitutionnel doit être vigilant à ce que le processus d'intégration européenne n'aboutisse pas à la perte de la qualité même d'Etat ; du moins doit-il veiller à ce que cette perte, si elle advenait, ne puisse être autorisée par le pouvoir de révision constitutionnelle. Dans ce dernier cas, seule l'intervention du constituant serait possible ; le juge constitutionnel n'étant alors qu'un lanceur d'alerte sur les limites du cadre constitutionnel en vigueur. Certes, cette solution soulève une difficulté pratique évidente et anéantit la portée de l'article 54 de la Constitution. Si le seuil d'inconstitutionnalité est constaté, le seul moyen d'y remédier consiste à changer de Constitution. L'article 54 de la Constitution qui impose une révision de la Constitution pour pouvoir autoriser la ratification d'un traité déclaré contraire à la Constitution est vidé de sa substance : si le seuil d'inconstitutionnalité est atteint, le pouvoir de révision constitutionnelle est impuissant à lever l'obstacle constitutionnel.

Cette dimension critique de la solution préconisée ne doit pas être surévaluée tant au regard de son domaine d'application que de sa portée. Cette solution n'est envisagée que pour les traités entrant dans le domaine d'application de l'alinéa 15 du Préambule et pour ceux couverts par celui de l'article 88-1 de la Constitution. Les autres traités, tous les autres traités, demeureraient potentiellement sous le coup de la jurisprudence classique du Conseil constitutionnel dans le cadre de l'article 54 de la Constitution, même si les « conditions essentielles » devraient disparaître. En pratique, seuls les traités européens modificatifs des traités sur l'Union européenne sont concernés. Ces traités ont systématiquement obtenu des pouvoirs publics la mise en œuvre de révisions constitutionnelles lorsque ces dernières étaient nécessaires à la suite de la mise en œuvre de l'article 54 de la Constitution. A chaque fois, la volonté politique était là. De plus, la place de ces traités dans la Constitution est éminente, précisément en raison de la volonté en ce sens du pouvoir de révision constitutionnelle, du fait de l'existence d'un titre spécifique dans la Constitution, formalisant une Constitution européenne de la France, et d'une clause générale d'ouverture à l'Union européenne, l'article 88-1 de la Constitution. Cette ouverture, non accompagnée de limites explicites, contrairement, par exemple, à la clause

d'ouverture de la loi fondamentale allemande[49], justifie un traitement particulier dans le cadre de l'article 54 de la Constitution, garantissant un équilibre entre le respect du cadre constitutionnel de la Vème République et son ouverture à l'Europe. La participation européenne de la France est acquise et il peut semble justifié que les limites de cette participation soient formalisées seulement lorsque cette participation exige un nouvel acte constituant. La solution est soutenable juridiquement ; elle se justifie politiquement.

Le Conseil constitutionnel est sans doute un acteur européen maladroit. Il se situe dans le système européen mais pas entièrement : le droit européen inspire son action, sans qu'il soit norme de référence du contrôle et la saisine préjudicielle de la Cour de justice est, pour cette raison, bancale. Il ne fait pas véritablement obstacle au droit européen dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité, mais ne facilite pas pour autant une intégration européenne sereine en exigeant, pour chaque évolution des traités européens communautaires, une révision de la Constitution. La portée des clauses constitutionnelles d'ouverture au droit européen est réduite à néant et les standards de protection de la souveraineté interne et de l'identité constitutionnelle sont inadaptés. Sans doute, le Conseil constitutionnel est-il prisonnier d'une conception interne et classique de la souveraineté, inadaptée à l'ouverture internationale et européenne de notre temps.

---

49 Art. 23 (1) de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 : « Pour l'édification d'une Europe unie, la République fédérale d'Allemagne concourt au développement de l'Union européenne qui est attachée aux principes fédératifs, sociaux, d'État de droit et de démocratie ainsi qu'au principe de subsidiarité et qui garantit une protection des droits fondamentaux substantiellement comparable à celle de la présente Loi fondamentale. A cet effet, la Fédération peut transférer des droits de souveraineté par une loi approuvée par le Bundesrat. L'article 79, al. 2 et 3 est applicable à l'institution de l'Union européenne ainsi qu'aux modifications de ses bases conventionnelles et aux autres textes comparables qui modifient ou complètent la présente Loi fondamentale dans son contenu ou rendent possibles de tels modifications ou compléments ».