



# **Petit bréviaire imaginaire des relations harmonieuses entre la Constitution française et l'intégration européenne**

Laurence Burgorgue-Larsen

## **► To cite this version:**

Laurence Burgorgue-Larsen. Petit bréviaire imaginaire des relations harmonieuses entre la Constitution française et l'intégration européenne. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2002, 1/2, pp.423-440. <hal-01743271>

**HAL Id: hal-01743271**

**<https://hal.science/hal-01743271v1>**

Submitted on 27 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.



HAL Authorization

### ***Références à mentionner en cas de citation :***

« Petit bréviaire imaginaire des relations harmonieuses entre la Constitution française et l'intégration européenne », *Numéro spécial sur la VI<sup>e</sup> République*, RDPub. 1/2 2002, pp.423-440.

*Laurence BURGORGUE-LARSEN*

La *France* sera-t-elle un jour véritablement *européenne* ? Dans ce qui serait la Constitution française des temps modernes – incarnée dans une nouvelle République – qu'elle pourrait être la place *idéale* faite au processus d'intégration européenne ? *Idéale* tant pour la préservation de l'intégrité de la souveraineté nationale, que pour la confirmation de l'engagement ferme et résolu de la France dans l'aventure européenne.

#### *Question périlleuse.*

Périlleuse tout d'abord d'un point de vue théorique. Inutile ici de rappeler la virulence et l'actualité des controverses doctrinales entre les représentants des disciplines constitutionnelle d'un côté et communautaire de l'autre<sup>1</sup>. Ces controverses académiques, qui sont loin de représenter une « exception » juridique française, sont le reflet d'une vive — et, devrait-on ajouter, légitime — inquiétude concernant les soubassements démocratiques de l'Etat. Jusqu'où et de quelle manière accepter l'engagement européen de la France sans abandonner, sur l'autel de l'intégration européenne, l'identité constitutionnelle française incarnée, en France sans doute plus qu'ailleurs, dans la notion de souveraineté ? Si l'interrogation existe depuis la création des Communautés<sup>2</sup>, elle n'en devient pas moins toujours plus aiguë et « existentielle » à mesure de l'approfondissement de la construction communautaire<sup>3</sup>. Partant, beaucoup a été dit, et fort bien dit, un ensemble foisonnant de

---

<sup>1</sup> L'ouvrage collectif publié sous la direction du professeur Hélène GAUDIN, résultat du colloque de La Rochelle des 6 et 7 mai 1999, qui avait la louable ambition de « jeter un pont » entre les tenants des deux disciplines, est révélateur des obstacles qui pavent encore leur chemin pour s'entendre et discuter avec les mêmes « paramètres de référence » : *Droit constitutionnel. Droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel ?*, H. GAUDIN (sous la dir.), Paris, Economica - PUAM, 2001, 393p. Le rapport introductif général (C. BLUMANN) et le rapport de synthèse (L. FAVOREU) attestent de cet état de fait.

<sup>2</sup> On se replongera avec un grand intérêt dans la querelle de 1954 à propos de la constitutionnalité du traité instituant la Communauté européenne de Défense (CED) qui avait opposé d'éminents professeurs de droit par articles interposés dans *Le Monde*. La revue *Droits* s'en est faite l'écho dans son n° 16 sur « l'Etat » (1992, pp.101-118). Suzanne BASTID, Georges BURDEAU, René CAPITANT, Charles EINSEMMANN, Pierre LAMPUE, Marcel SIBERT signaient le 2 juin 1954 un article qui avait pour objet de démontrer la nécessité de réviser la Constitution. André PHILIP d'un côté, puis Charles ROUSSEAU, Paul REUTER et Georges VEDEL de l'autre présentèrent leur désaccord (*Le Monde*, 9 juin 1954). Le doyen VEDEL récidivait dans un article du 15 juin 1954, tandis que George SCHELLE rédigeait, dans cette même *Revue* (1954), une analyse conséquente. On pourra également se reporter à l'allocution d'ouverture du Doyen VEDEL au colloque tenu sur *La Constitution et l'Europe* au Sénat le 25 mars 1992 (Paris, Montchrestien, 1992, pp.23-31), qui mentionne le contexte de la dite querelle en la situant dans la perspective de la ratification du Traité de Maastricht.

<sup>3</sup> En témoigne l'intense activité scientifique qui se déploie à chaque approfondissement de la construction communautaire. V. *La Constitution et l'Europe*, Colloque organisé à l'initiative de C. GOYARD, Paris, Montchrestien, 1992, 372p ; J-C. MASCIET, D. MAUS (sous la dir.), *Les Constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe*, Paris, La Documentation Française, 1993, 239p. ; « La Constitution française et le traité de Maastricht », *RFDC*, n°11 et 12, 1992 ; D. MAUS, O. PASSELECQ (sous la dir.), *Le traité d'Amsterdam face aux Constitutions nationales*, Paris, La Documentation française, 1998, 133p. ; *La Constitution face à l'Europe*, Paris, La Documentation française, 2000, 101p (Collection « Droit et démocratie »).

théories ont été avancées et défendues, tant pour expliquer et défendre une vision centrée sur l'Etat, sa Constitution et ses concepts<sup>4</sup>, qu'à l'inverse pour promouvoir une certaine prévalence européenne, à tout le moins pour prendre acte d'une métamorphose du système communautaire et d'en tirer les conséquences<sup>5</sup>.

Périlleuse ensuite d'un point de vue pragmatique. Réfléchir aujourd'hui à l'articulation idéale entre les strates constitutionnelle et communautaire est un exercice d'équilibriste. La raison en est simple : l'évolutivité des systèmes juridiques objets de l'étude. Evolutivité récente pour la France ; traditionnelle, mieux, structurelle pour l'Union.

Le système constitutionnel français est sujet depuis quelques années à des changements structurels majeurs, des modifications constitutionnelles — orchestrées d'ailleurs avec plus ou moins de bonheur — qui n'ont pas fini de le métamorphoser sans toutefois, loin de là, l'harmoniser, l'organiser. La République française est incontestablement transfigurée, mais rien n'est plus clair, tout s'entremêle et donne naissance à un « doux chaos » juridique dont seuls les spécialistes parviennent à démêler les liens et les subtilités. Concomitamment, la construction communautaire, fidèle à ses présupposés initiaux, n'est que transformation perpétuelle — l'intégration étant avant tout un *processus*. De la naissance des trois Communautés sectorielles (1951-1957), en passant par la signature de l'Acte Unique européen (1986), la création de l'Union européenne (1992) et la mise sur orbite programmée de l'euro ; en poursuivant avec les ajustements plus ou moins réussis d'Amsterdam (1997) et de Nice (2001)<sup>6</sup>, la proclamation de la Charte des droits fondamentaux<sup>7</sup>, et pour finir l'importante Déclaration de Laeken (Décembre 2001), qui place les acteurs de la construction communautaire face à leurs responsabilités politiques en 2004<sup>8</sup> — l'Europe n'arrête pas de vouloir avancer. Toutefois, à l'instar du système constitutionnel français, il n'est pas sûr qu'elle sache vers quels desseins et avec quels moyens<sup>9</sup>. A de nombreux égards, les effervescences française et européenne ressemblent à des fuites en avant<sup>10</sup>.

Malgré la difficulté de l'entreprise au regard de l'ébullition réformatrice du moment, ce petit exercice de prospective juridique a pour dessein de vouloir s'inscrire dans un courant constructif qui tente de dégager ce que pourraient être les 'relations harmonieuses' entre les systèmes juridiques, pour laisser de côté ce qui est trop souvent apparu comme des 'liaisons dangereuses'. On pourra ainsi avec toutes les libertés propres à une imagination vagabonde,

<sup>4</sup> L'analyse de F. DELPEREE in *Le fédéralisme en Europe*, Paris, 2000, 127p. (Collection Que sais-je), si elle témoigne d'une volonté d'harmonisation des ordres juridiques, plaide *in fine* pour la « non-abdication » du niveau constitutionnel. Pour une synthèse du point de vue des constitutionnalistes, v. FAVOREU, « L'euroceptique du droit constitutionnel », *Droit constitutionnel. Droit communautaire...*, op.cit., pp.379-390.

<sup>5</sup> Pour des études récentes, résultats de thèses de doctorat, v. D. BLANCHARD, *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, Rennes, Editions Apogée, 2001, 476p. F. CHALTIEL, *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'Etat membre*, Paris, LGDJ, 2000, 606p ; J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, Editions de l'ULB, 1997, 425p.

<sup>6</sup> J. RIDEAU (sous la dir.), *Union européenne. Commentaire des traités modifiés par le traité de Nice du 26 février 2001*, Paris, LGDJ, 2001, 511p.

<sup>7</sup> JOCE, n°C-364, 18 décembre 2000.

<sup>8</sup> 2004 sera une année particulièrement chargée en événements politiques majeurs. Elle verra tout d'abord la convocation de la Conférence intergouvernementale (CIG), telle qu'annoncée par le Traité de Nice (Déclaration n°24 sur l'avenir de l'Union) ; elle est ensuite censée voir s'achever les négociations d'adhésion, organiser les élections parlementaires européennes et nommer le nouveau Président de la Commission européenne.

<sup>9</sup> La doctrine communautariste, quant à elle, essaie de systématiser les évolutions en cours. Elle multiplie les études afin d'appréhender et de tenter de clarifier les transformations institutionnelles et politiques du système européen, on consultera notamment avec profit P. MAGNETTE (sous la dir.), *La Constitution de l'Europe*, Bruxelles, Ed. de l'ULB, 2000, 201p.

<sup>10</sup> D'aucuns toutefois présentent des propositions afin d'éviter la « fuite en avant ». On se reportera à l'éditorial de S. RODRIGUES qui redéfinit les objectifs du projet politique européen, « L'avenir de l'Union européenne en question (s) », *Cahiers de droit européen*, 2001, n°3-4, pp.303-311.

*plaider* pour une référence constitutionnelle moderne à l'intégration européenne (I) et *s'interroger* sur la nécessité d'une référence constitutionnelle *ad hoc* au droit de l'intégration (II).

## I. — POUR UNE REFERENCE CONSTITUTIONNELLE MODERNE A L'INTEGRATION EUROPEENNE

Il serait pour le moins étonnant, pour ne pas dire anachronique, que l'acte fondateur d'une VI<sup>e</sup> République n'accorde pas en son sein une « place » toute particulière à l'intégration européenne. La question qui se pose alors concerne tout à la fois l'endroit (A), mais aussi le libellé et le contenu (B) de la référence. En un mot, où et comment prendrait place la « dimension européenne » de la nouvelle Constitution ?

### A. — Il était une fois un « Titre II »

Tout exercice constituant est chargé de sens. Les mots, les expressions, les Titres et leur ordonnancement au sein d'une Charte constitutionnelle sont forts de symbole. « Dis-moi quelle place tu accordes au droit international et je te dirai si tu es ouvert au monde »...pourrait-on affirmer, sur le mode ludique, afin d'aborder la question. La place somme toute assez circonscrite du droit international dans la Constitution du 4 octobre 1958 démontre à l'envi le sort que les constituants de l'époque entendaient réserver à la sphère « extérieure ». S'il s'agissait, d'un côté, de reconnaître l'existence d'engagements internationaux et d'un certain idéal de paix (al.14, Préambule 1946)<sup>11</sup>, il ne fallait pas de l'autre s'inféoder à n'importe quel prix à toute structure supranationale (al.15, Préambule 1946)<sup>12</sup>. En plus des phrases datées du Préambule, on relève un Titre VI « *Des traités et accords internationaux* », très classique<sup>13</sup>, composé de seulement quatre dispositions à l'origine<sup>14</sup>. Non seulement il traduit une réserve certaine à l'égard du droit international, mais encore il passe entièrement sous silence l'innovation institutionnelle majeure du moment : la création des Communautés sectorielles en 1951 et en 1957. Ce mutisme est en soi un paradoxe inouï. Le texte fondateur du 9 mai 1950 est prononcé par un Français (Robert Schuman, Ministre des affaires étrangères), en France (dans le très fameux Salon de l'Horloge du Quai d'Orsay). Ses promoteurs sont des Français (Jean Monnet notamment) et son dessein n'est autre que la réconciliation franco-allemande et la paix sur le continent européen. Nonobstant, le constituant de 1958 ne dit mot de cette donne qui transfigure les relations internationales d'après-guerre. Il faut y voir les conséquences de la querelle de la ratification

<sup>11</sup> L'alinéa 14 du Préambule est rédigé comme suit : « *La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international. Elle n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple* ».

<sup>12</sup> La référence de l'alinéa 15 du Préambule à l'exigence de réciprocité est révélatrice de cet état de fait : « *Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix* ».

<sup>13</sup> Conformément à une tradition datant du XIX<sup>e</sup> siècle, les constituants de la V<sup>e</sup> République ont surtout perçu la thématique des relations internationales en termes de procédure. Ils se sont attachés à désigner dans la Charte constitutionnelle les autorités habilitées à représenter l'Etat *ad extra*, à attribuer le *treaty making power* et à déterminer le rang des traités internationaux dans l'ordonnement interne.

<sup>14</sup> Ces quatre dispositions originelles du Titre VI sont relatives aux pouvoirs du Président de la République en matière de relations internationales (article 52), à la classification des traités au regard de leur ratification ou approbation (article 53), au mécanisme préventif de contrôle par le Conseil constitutionnel et ses conséquences (article 54), enfin à la place des traités dans l'ordonnement juridique (article 55).

du traité CECA et du traité mort-né de la CED. Il faut dire que les trois traités institutifs, tous ratifiés sur la base des dispositions pertinentes de la Constitution de la IV<sup>e</sup> République liaient déjà la France depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1958. C'était déjà beaucoup pour le constituant de 1958, qui s'est bien gardé d'aller plus loin et de mentionner le « fait » européen, afin de ne pas donner prise à toute velléité fédérale, âprement combattue par les gaullistes.

La France n'a toutefois pas pu rester en marge du processus qui consiste à intégrer la construction communautaire dans le champ constitutionnel. Il aura fallu attendre 1992 pour qu'elle se résigne à intégrer l'Europe dans sa Constitution. L'adoption du Traité sur l'Union européenne (TUE) a été à cet égard le traité déclencheur<sup>15</sup>. Décidé et critiqué, il l'a été. En France, comme ailleurs. Il faut dire que le « pas » qu'il faisait franchir à la construction communautaire n'était pas que symbolique. Y était programmé, entre autres choses, le transfert à la Communauté européenne de l'exercice d'une compétence archétype de la souveraineté : « battre monnaie ». La Constitution française s'est donc « communautarisée » (loi constitutionnelle n°92-554 du 25 juin 1992), en intégrant, à la traîne du texte constitutionnel, conséquence de la technique de la *révision-adjonction*, un Titre XV. Un Titre qui est « re-touchable » à chaque approfondissement communautaire à partir du moment où le Haut Conseil a décidé que son envergure nécessitait une révision de la Constitution. C'est ainsi qu'avec la loi constitutionnelle n°99-49 du 25 janvier 1999, il sera tout à la fois amputé<sup>16</sup>, développé<sup>17</sup> et aménagé<sup>18</sup>. L'Europe est ainsi « constitutionnalisée » comme d'ailleurs l'évolutivité de l'intégration communautaire. Tant le traité du 7 février 1992 (article 88-2 et 3) que le traité du 2 octobre 1997 (article 88-2 2<sup>o</sup> alinéa) font en effet une entrée remarquée dans la partie « européenne » de la Constitution française. Après l'émergence d'un « droit constitutionnel international »<sup>19</sup>, prend corps au sein de la Charte constitutionnelle, un « droit constitutionnel communautaire », dont beaucoup estiment qu'il est largement suffisant et satisfaisant.

Or, si un tel processus prend acte de l'intégration communautaire, cette prise en compte n'est cependant guère convaincante, tant d'un point de vue symbolique (1) que d'un point de vue technique (2).

### 1. — La force du symbole.

Le texte fondateur d'une VI<sup>e</sup> République pourrait-il continuer de reléguer les « Communautés européennes et l'Union européenne » à ce qui est l'avant-dernier Titre de l'actuelle Constitution ? La première démarche symbolique sur l'engagement européen de la France, sur la prise en compte sans failles, ni tabou, de la réalité institutionnelle et politique française au sein du système européen, consisterait à placer, après le Titre I – De la

<sup>15</sup> M-F LABOUZ (sous la dir.), *Les Accords de Maastricht et la constitution de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 1992, 241p.

<sup>16</sup> La révision de 1999 a supprimé la dernière partie de la phrase de l'article 88-2 libellé comme suit « *ainsi qu'à la détermination des règles relatives au franchissement des frontières extérieures des Etats membres de la Communauté européenne* ».

<sup>17</sup> La révision de 1999 a ajouté un deuxième alinéa à l'article 88-2 ainsi rédigé : « *Sous la même réserve et selon les mêmes modalités prévues par le Traité instituant la Communauté européenne, dans sa rédaction résultant du traité signé le 2 octobre 1997, peuvent être consentis les transferts de compétences nécessaires à la détermination des règles relatives à la libre circulation des personnes et aux domaines qui y sont liés* ».

<sup>18</sup> Il est fait référence ici à l'aménagement de l'article 88-4 opéré afin de prendre acte notamment des actes des II<sup>o</sup> et III<sup>o</sup> piliers.

<sup>19</sup> Cette expression fait référence traditionnellement aux dispositions consacrées aux relations internationales et au droit international dans les Constitutions L. FAVOREU, « Le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht et le développement du 'droit constitutionnel international' », *RGDIP*, 1993, pp.39-65.

souveraineté, un *Titre II* consacré à l'Europe communautaire. Les constituants de la VI<sup>e</sup> République marqueraient ainsi l'attachement du pays à la souveraineté, tout en soulignant dans le même temps leur engagement européen. La France n'a-t-elle pas été l'une des inspiratrices de la construction communautaire et ne continue-t-elle pas — malgré moult vicissitudes<sup>20</sup> — à en être un des moteurs ? Il y aurait en quelque sorte conciliation, pour ne pas dire ré-conciliation, entre deux camps, deux visions, deux idéologies qui jusqu'à présent n'ont cessé de s'opposer, sans trouver les moyens de s'accorder. Il est grand temps que le droit reflète la réalité. Or, un Titre qui serait situé *après* celui concernant la souveraineté et *avant* ceux relatifs au Président de la République et aux pouvoirs constitués, démontrerait que la France entend, ni sacrifier ses fondements démocratiques, ni renier le fait qu'elle est partie prenante d'un processus politique et d'un système juridique qui ont, irrémédiablement, des conséquences sur la structure des pouvoirs constitués et leur agencement. Autant d'éléments qu'il serait vain ici de rappeler, tant ils ne sont plus guère contestés<sup>21</sup>, y compris, faut-il le souligner, par le Conseil d'Etat<sup>22</sup>.

Outre la force du symbole, l'existence d'un « Titre II » consacré à l'intégration européenne aurait l'avantage d'éradiquer la procédure de la révision-adjonction.

## 2. — Le poids des procédures

On pourrait se féliciter de l'existence du Titre XV qui est, à la suite de l'Allemagne (article 23 LF, dit « l'article Europe ») et du Portugal (article 7§6), un soubassement constitutionnel qui fasse expressément référence à l'« Union ». Le problème réside toutefois dans la procédure de la révision-adjonction dont il est le produit. Séparer les éléments classiques de la Constitution de sa « dimension européenne », marque une césure entre les affaires intérieures et communautaires qui n'est plus le reflet de la réalité et qui, en outre,rompt l'harmonie du texte constitutionnel. Ce dernier n'est plus un ; il n'est plus le reflet

<sup>20</sup> B. OLIVI, *L'Europe difficile. Histoire politique de l'intégration européenne*, Paris, Gallimard, 2001 (2<sup>e</sup> éd.), 900p.

<sup>21</sup> La littérature sur la question est particulièrement abondante. On citera sans souci d'exhaustivité : J. RIDEAU (sous la dir.), *Les Etats membres de l'Union européenne. Adaptations-Mutations-Résistances*, Paris, LGDJ, 1997, 540p. ; D. ROMETSCH, W. WESSELS (ed.), *The European Union and member states. Towards institutional fusion ?*, Manchester University Press, Manchester and New York, 1996. Pour une analyse d'ensemble récente sur la question, on se reportera à l'article très riche de F. FINES, « Les rapprochements entre les structures au double niveau national et communautaire », *Droit constitutionnel, Droit communautaire...*, *op.cit.*, pp.211-234. Pour une analyse axée sur le seul cas français, on pourra se reporter à d'imposantes études anciennes qui mettaient déjà en avant le phénomène d'adaptation des structures et d'imbrication des procédures : J. RIDEAU, R.M. CHEVALLIER, P. GERBET, (ed.), *La France et les Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 1975 ; J-C GAUTRON, « Influence des Communautés européennes sur les structures du pouvoir politique français depuis 1958 », *Mélanges G. Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, p.421. Le sujet n'a pas cessé d'intéresser la doctrine, qu'elle soit issue du rang des politologues — la thèse de C. LEQUESNE est à cet égard un « classique », *Paris-Bruxelles, comment se fait la politique européenne de la France*, Paris, Presses de la FNSP, 1993 — ou des juristes, v. H. OBERDORFF, « Les incidences de l'Union européenne sur les institutions françaises », *Pouvoirs*, n°69, 1994, pp.95-106 ; J-L. SAURON, *L'administration française et l'Union européenne*, Paris, La documentation française, 2000, 182p. Les appareils gouvernementaux ne sont pas les seuls à subir des adaptations majeures. Les Parlements et les entités infra-étatiques (spécifiquement dans les Etats composés) ont également été dans l'obligation de s'adapter. V. J-D. NUTTENS, *Le Parlement français et l'Europe : l'article 88-4 de la Constitution*, Paris, LGDJ, 2001, 420p. Pour les implications de l'intégration à l'égard d'un Etat composé, on se permet de renvoyer au cas espagnol et à notre thèse, *L'Espagne et la Communauté européenne. L'Etat des Autonomies et le processus d'intégration européenne*, Bruxelles, Ed.ULB, 1995, 472p. (Collection « Etudes européennes »).

<sup>22</sup> CONSEIL D'ETAT, Section du rapport et des études, *La norme internationale en droit français*, Paris, La documentation française, 2000, 190p.

d'une seule et même vision de l'organisation des pouvoirs. La Constitution duale marque en réalité la défiance du constituant dérivé à l'égard de l'Europe en continuant de la « cantonner » — pour ne pas dire la « contenir » — dans un endroit *à part*.

Or, à la « Constitution duale », qui rompt l'harmonie constitutionnelle, le Titre II imaginé plus haut, induirait l'imbrication des systèmes institutionnels nationaux et communautaires et postulerait des révisions globales qui garderaient intactes la colonne vertébrale du texte constitutionnel. La communautarisation des pouvoirs publics nationaux étant avérée, toute révision constitutionnelle en matière communautaire devrait affecter chaque disposition constitutionnelle relative au gouvernement, au parlement... Bref, il s'agirait de bannir le cloisonnement artificiel et d'opter clairement pour l'interférence avérée des affaires intérieures et communautaires. *Exit* donc, dans le « Titre II » imaginé et imaginaire, les références ponctuelles et regroupées, à l'Union économique et monétaire (article 88-2, 1<sup>o</sup> alinéa) à la libre circulation des personnes (articles 88-2, 2<sup>o</sup> alinéa), au droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales (article 88-3) et aux compétences du Parlement dans le cadre de l'élaboration du droit communautaire (article 88-4). Tous ces éléments seraient intégrés, aux endroits appropriés, dans le corps du texte constitutionnel afin d'en respecter l'homogénéité. Celle-ci serait également préservée dans la mesure où les dispositions constitutionnelles qui apparaissent contradictoires avec l'objet de la révision seraient remaniées afin de sortir du cercle vicieux de la contradiction structurelle<sup>23</sup>.

Reste à découvrir l'intitulé qui serait attribué à ce *Titre II*, mais aussi son contenu, afin de déterminer les contours « idéaux » le transfert de l'exercice des compétences effectué en faveur des institutions européennes.

B. — Il était une fois un « Titre II » intitulé :  
« *De l'intégration européenne* ».

Eradiquer les références expresses « aux Communautés et à l'Union » (Titre XV actuel) aurait comme premier avantage de ne pas dater la référence constitutionnelle. Elle serait en quelque sorte intemporelle. Ce point n'est pas à négliger quand on connaît l'évolutivité du système communautaire qui est passé des Communautés sectorielles à la création de l'Union — sans faire disparaître les premières — et qui est en train à l'heure actuelle de tenter de déterminer une nouvelle forme d'organisation politique et donc, éventuellement, une nouvelle dénomination. Or, quelles que soient les évolutions futures scandant le processus communautaire, il sera toujours question d'*intégration*. Un tel libellé permettrait d'anticiper l'aléa du processus de révision communautaire qui un jour (?), pourra prendre les allures un processus « constituant » communautaire<sup>24</sup>.

Le deuxième avantage d'une référence générique à l'intégration est plus technique. Elle permettrait d'échapper à la question existentielle qui tiraille le cercle des communautaristes. Quels sont les contours de l'entité « Union » créé à Maastricht, possède-t-elle la personnalité internationale<sup>25</sup>? Comment appréhender et stigmatiser les rapports entre

<sup>23</sup> M. TROPER a mis en évidence les contradictions consécutives au développement du droit international et de l'intégration européenne avec une vision classique de la souveraineté de l'Etat et de la hiérarchie des normes « Souveraineté de l'Etat et hiérarchie des normes dans la jurisprudence constitutionnelle », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°9, 2000, pp.93-98.

<sup>24</sup> *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2001. La « Convention » semble être devenue « l'enceinte » de tous les espoirs de ceux qui défendent l'idée d'une Constitution européenne.

<sup>25</sup> Parmi une littérature foisonnante, v. l'article d'A. TIZZANO qui expose très clairement la problématique et qui prend parti pour la thèse de l'existence de la personnalité juridique internationale de l'Union : « La

elle et les Communautés ? En un mot, cela permettrait de ne pas encombrer le texte constitutionnel de références susceptibles d'évolution et porteuses d'interrogations juridiques d'envergure<sup>26</sup>. On le voit, plus la référence serait ample et globale, plus l'ancrage constitutionnel français serait symbolique et intemporel ; en un mot : perpétuel.

Le « Titre II » pourrait se satisfaire d'une première série de deux dispositions.

*L'une* affirmerait l'engagement français dans l'aventure communautaire, au nom de l'exigence existentielle qui a été à l'origine du processus : la préservation de la paix sur le continent européen et le développement de la prospérité. Il s'agirait d'une « clause solennelle » qui donnerait du *sens* à l'engagement européen — dont il est affirmé partout qu'il fait défaut — en rappelant des évidences qui sont trop souvent escamotées voire galvaudées. On pourrait imaginer également d'y associer une référence plus contemporaine à la solidarité sociale, mettant en avant le visage « humain » de la construction communautaire, aujourd'hui marquée par un « fonds commun de valeurs »<sup>27</sup> dont la Charte des droits fondamentaux est le dernier avatar<sup>28</sup>. Première disposition du « Titre II », sa fonction serait d'ordre politique. Il serait question ne pas montrer de défiance à l'égard du processus communautaire. Il s'agirait d'une disposition qui témoignerait de la « loyauté européenne »<sup>29</sup> de l'Etat membre originaire qu'est la France et qui ne serait pas conditionnée par le fruit des évolutions jurisprudentielles des Cours constitutionnelles. Quel que soit le regard que l'on puisse porter sur la jurisprudence constitutionnelle des Etats en matière communautaire<sup>30</sup>, il est contestable qu'elle se retrouve en filigrane dans les « clauses » ou les « titres » Europe<sup>31</sup>, car ils ne sont alors le reflet que de visions « situées », tributaires des contraintes juridico-politiques du moment. Or, la loyauté est inscrite en droit communautaire ; elle prend les habits particuliers du « principe de coopération loyale » de l'article 10 T.CE<sup>32</sup>. Ciment de l'intégration, il induit

---

personnalité internationale de l'Union européenne », *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 169-204.

<sup>26</sup> J. RIDEAU avait par exemple pu relever l'incohérence qui consistait à intégrer au sein du Titre XIV (devenu XV) une référence aux « Communautés européennes » : « Si l'on comprend la valeur symbolique d'une référence aux Communautés européennes, qui sont à l'origine même de la construction européenne, il semble d'un point de vue rationnel que la mention de l'Union européenne suffisait largement à faire entrer l'Europe dans la Constitution. Il aurait en tout cas été plus logique de citer l'Union européenne en premier dans le titre retenu que les Communautés puisque le traité sur l'Union européenne fait des Communautés européennes une composante de l'Union », *Les Constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe*, sous la dir. de J-C MASCLET et D. MAUS, Paris, La Documentation française, 1993, pp.116-117.

<sup>27</sup> L'expression est de Guy BRAIBANT alors qu'il présentait la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Table ronde du 18 mai 2000 organisée par l'Université de Paris II-Panthéon-Assas. « Les enjeux pour l'Union. Vers une charte des droits fondamentaux de l'Union », *Regards sur l'actualité*, Paris, La Documentation française, n°spécial, 264, août 2000, p.11.

<sup>28</sup> *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*. Témoignage et commentaire de G. BRAIBANT, Paris, Seuil, 2001, 329p.

<sup>29</sup> D. BLANCHARD, *La Constitutionnalisation de l'Union européenne*, Rennes, Edition Apogée, 2001, 476p. *passim* et spéc. pp.68-78.

<sup>30</sup> On se permettra ici de mentionner qu'on a pu considérer qu'il y avait certaines « résistances », notamment celles des juridictions constitutionnelles, qui avaient été constructives pour l'intégration communautaire v. L. BURGORGUE-LARSEN, « Les résistances des Etats de droit », *De la Communauté de droit vers l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, sous la dir. de J. RIDEAU, Paris, LGDJ, 2000, pp.133-152.

<sup>31</sup> V. CONSTANTINESCO démontre que l'article 23 Loi Fondamentale de Bonn comme l'article 88-1 de la Constitution française, sont le reflet des jurisprudences constitutionnelles : « La constitutionnalisation de l'Union européenne », *De la Communauté de droit...op.cit.*, pp.133-152, spéc. p.146 et s.

<sup>32</sup> Il est l'incarnation communautaire du principe de *Bundestreue*, de fidélité fédérale, qui régit avec succès depuis 1949 les rapports entre le *Bundestag* et les *Länder* en Allemagne. H.A. SCHWARZ-LIBERMAN, VON WAHLENDORF, « La *Bundestreue* (fidélité fédérale) », *RDP*, 1979, p.769 ; v. également le très stimulant ouvrage de F. DELPEREE qui replace la question fédérale dans l'orbite communautaire, *Le Fédéralisme en Europe...*, *op.cit.*, 127p.



que le processus communautaire n'est tout simplement pas possible sans les Etats. Pourquoi ceux-ci ne feraient-ils pas de même à l'égard du système communautaire en rappelant qu'il est consubstantiel à leur engagement européen ? Le *fait européen* est une donne politique depuis plus de cinquante ans, et bien qu'il ait connu des périodes de flux et de reflux, de stagnation et d'embellie, la réalisation politique est là, sa matérialisation juridique aussi, sans parler de sa concrétisation monétaire. Il serait résolument moderne que la rédaction d'une nouvelle Constitution, démarche politique par essence, intègre cette donne, elle aussi ô combien politique, au travers d'une clause *fondamentalement* ouverte à l'égard du phénomène communautaire. Il s'agirait d'un symbole puissant qui, en outre, serait la manifestation ultime d'une souveraineté consolidée par un engagement accepté, mieux, revendiqué<sup>33</sup>.

L'autre disposition du « Titre II » concernerait le transfert de l'exercice des compétences en tant que tel. Or, aujourd'hui, deux clauses de cette nature cohabitent, pas forcément de la meilleure manière qui soit. Dispositions datées et contradictoires, elles ne participent guère à l'homogénéité souhaitable d'une Charte constitutionnelle. Datées, elles le sont par leur seul positionnement au sein de la Constitution. La première (alinéa 15 du Préambule de 1946) est le reflet des circonstances historiques d'élaboration de la Constitution de 1958, tandis que la seconde (article 88-1) est un des derniers avatars des révisions constitutionnelles à répétition. Contradictoires, elles le sont par leur contenu. Il est tantôt question de « *limitations de souveraineté* », tantôt de « *l'exercice en commun de certaines {...} compétences* ». Si on les replace en outre dans le cadre plus large de la jurisprudence constitutionnelle, il apparaît que la première a été utilisée, au final, pour ne pas entraver la construction communautaire<sup>34</sup>, tandis que la seconde a constitutionnalisé de façon restrictive la jurisprudence constitutionnelle en marquant très nettement une crispation à l'égard du phénomène du transfert<sup>35</sup>. Elles se rejoignent toutefois sur un point : les références appuyées au principe de réciprocité. Que ce principe soit intégré dans l'alinéa 15 en tant que tel ou qu'il suive l'article 88-1 (article 88-2 et 3), il témoigne d'une vision européenne de la France réductrice et fautive. Quand le constituant reconnaîtra t'il, à la suite de la Cour de Luxembourg<sup>36</sup> et de la Cour de cassation française<sup>37</sup>, que le principe de réciprocité est totalement inopérant en droit communautaire ?

Une nouvelle habilitation constitutionnelle devrait être en prise avec la réalité et reconnaître l'inéluctable *affectation de l'exercice de la souveraineté*. Une donne qui d'ailleurs, soit dit en passant, devrait forcément rejallir sur la définition de la souveraineté

<sup>33</sup> J-M. FERRY, « La référence républicaine au défi de l'Europe », *Pouvoirs*, n°100, 2001, pp.137-152.

<sup>34</sup> P. GAIA, « Le contrôle de constitutionnalité des normes communautaires », *Droit constitutionnel. Droit communautaire...*, op.cit., pp.39-70. « La démarche poursuivie depuis le début des années soixante-dix par le Conseil constitutionnel a donc consisté en tout premier lieu à étendre par une interprétation très constructive la « couverture constitutionnelle » offerte surtout par l'alinéa 15 du Préambule de 1946 » (spéc.p.55).

<sup>35</sup> P. GAIA, « France », *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, FIDE, Nomos, 1996, 499p, spéc. p.256. Le constituant préfère ne « s'engager qu'avec prudence et sans doute avec une certaine méfiance, dans le processus déclenché par le traité sur l'Union ».

<sup>36</sup> Très tôt, la Cour de justice a considéré que les Etats membres n'étaient pas admis à invoquer l'*exception d'inexécution*. Dit autrement, le manquement d'un autre Etat membre n'est pas une justification applicable à la non-exécution des obligations communautaires (CJCE, 26 février 1976, *Commission c. Italie*, Aff.52/75, Rec., 284). Du coup, l'exigence de réciprocité – inhérente aux relations inter-étatiques de type intergouvernementale – n'a pas de sens en droit communautaire. Elle en aura encore moins dans l'avenir. La *différenciation* va remplacer subrepticement ce qui était le principe de l'application du droit communautaire : son uniformité. Elle bénéficie déjà d'une « procédure » prête à fonctionner ; les « clauses de coopération renforcée » ont en effet été imaginées à cet effet.

<sup>37</sup> C. Cass., Ch. Mixte, *Jacques Vabre*, 24 mai 1975, *JDI*, 1975, p.801. « Les manquements d'un Etat membre de la CEE aux obligations qui lui incombent en vertu des traités du 25 mars 1957 étant soumis au recours prévu par l'article 170 dudit traité, l'exception tirée du défaut de réciprocité ne peut être invoquée devant les juridictions nationales ».

qui, à l'évidence, ne peut déjà plus être considérée comme appartenant au peuple. La démonstration de M. Troper est à cet égard éclatante : « la révision constitutionnelle a été nécessaire en France parce que le traité portait atteinte aux 'conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale'. Aux termes de l'article 3, c'est le peuple qui exerce la souveraineté nationale par ses représentants et par la voie du référendum. L'atteinte ne peut consister qu'à confier cet exercice à un autre être que le peuple ou à organiser l'exercice par le peuple de sa souveraineté par d'autres voies. La nouvelle disposition issue de la révision est donc contradictoire avec l'article 3. La circonstance qu'il s'agisse d'une exception rend la chose conforme à la Constitution, mais ne rétablit pas la cohérence du texte. *On ne peut plus comprendre en effet que le peuple exerce sa souveraineté par ses représentants et que les lois, qui sont l'expression de la volonté souveraine, puissent avoir une valeur inférieure à celle des actes dérivés des traités* »<sup>38</sup>. Si les politiques sont conscients du bouleversement majeur de l'intégration européenne sur l'exercice de la souveraineté<sup>39</sup>, un changement express de définition de la souveraineté relève encore aujourd'hui d'un pur exercice fictif, pour ne pas dire d'un exercice illusoire. Qu'on en juge : c'est le fondement même de l'Etat qui est en cause. Il s'agirait pourtant d'un exercice salutaire : il serait intelligible par les citoyens et conforme à la réalité politique et juridique.

## II. — POUR UNE REFERENCE CONSTITUTIONNELLE *AD HOC* AU DROIT DE L'INTEGRATION ?

La question de l'éventuel statut privilégié du droit communautaire au sein de la Constitution touche à l'un des thèmes les plus complexes et sensibles qui soit. Et pourtant. Si on veut être logique avec les développements présentés ci-dessus, la référence spécifique au « droit de l'intégration » se pose. Singulariser le phénomène de *l'intégration européenne* dans un « Titre II », implique que l'on réfléchisse à la singularité constitutionnelle corrélative du droit né de ce phénomène (A). Ceci posé, on doit immédiatement s'interroger. Singulariser pourquoi faire ? Pour proclamer la différence de nature qu'il y aurait entre le droit international et le droit communautaire et/ou pour y inscrire la prévalence du dernier sur...le droit constitutionnel ? Autant de questions difficiles auxquelles il est impossible d'échapper (B).

### A. — Il était une fois *l'autonomie* du droit communautaire

Est-ce être provocateur que de considérer la spécificité du *droit* communautaire ? Si la controverse perdure dans les milieux académiques où les internationalistes défendent avec conviction la thèse de la banalité de l'ordre juridique communautaire<sup>40</sup>, force est de constater que la démonstration a du mal à coïncider avec la réalité<sup>41</sup>. Si, à tout le moins, la question mérite encore discussion à l'égard du droit primaire en tant que tel, comment peut-il en aller de même à l'égard du droit dérivé ? Inutile ici de revenir sur des questions aussi connues que

<sup>38</sup> M. TROPER, *op.cit.*, p.96. (C'est nous qui soulignons).

<sup>39</sup> V. l'intervention de G. FUCHS sur « Le Parlement et l'Union européenne » et les débats qui ont suivi sau colloque sur *La Constitution face à l'Europe...*, *op.cit.*, pp.21-31.

<sup>40</sup> A. PELLET, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *Collected Course of the Academy of European Law*, Vol.V, Book 2, 193s.

<sup>41</sup> *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles* (SFDI, Colloque de Bordeaux), Paris, Pédone, 2000, 448p. On consultera l'analyse de D. SIMON qui, en plus de faire le point sur l'état des oppositions, présente un plaidoyer en faveur de l'autonomisation de l'ordre juridique communautaire, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire » (pp.208-249).

les caractéristiques des actes de droit dérivé (applicabilité immédiate et effet direct individuel) et leur statut contentieux. Avec la théorie de l'interprétation conforme, alliée aux effets de l'exclusion du droit national incompatible et du « découplage » de l'effet direct et de la responsabilité, pour finir avec la « communautarisation » de la fonction des juges nationaux — phénomène plus connu sous le nom d'encadrement communautaire de l'office du juge national — la possibilité pour les justiciables de se prévaloir des droits issus du droit communautaire devant les juridictions nationales est entièrement généralisée<sup>42</sup>. Si le constituant imaginaire d'une VI<sup>e</sup> République gardait à l'esprit qu'à côté de cette *singularité de l'application* du droit dérivé, la *singularité* de son *élaboration* est manifeste — est-il besoin de rappeler que le droit dérivé *en gestation* est déjà constitutionnalisé à l'article 88-4<sup>43</sup> — mentionner de façon *ad hoc* le droit communautaire dans la Constitution et opter pour un découplage avec le droit international ne serait pas en soi une hérésie juridique. On peut ainsi s'aventurer à penser la présence d'une référence au droit communautaire au sein de ce qui serait la troisième disposition du « Titre II », en mentionnant *expressis verbis* que les pouvoirs constitués sont partie prenante, tant de son élaboration (pouvoir exécutif et législatif) que de son application (pouvoir exécutif, législatif et judiciaire). Autant d'éléments qu'il serait judicieux dans le même temps d'intégrer dans les Titres et dispositions spécifiques relatifs aux dits pouvoirs constitués, toujours avec le double objectif d'assurer la cohérence du texte constitutionnel et de souligner le phénomène de l'imbrication des systèmes.

Si la spécificité constitutionnelle du droit communautaire peut parfaitement se concevoir — résultat d'une pratique avérée relevant du droit positif — peut-on en dire de même s'agissant du rang du droit communautaire dans la hiérarchie des normes ?

## B — Il était une fois le *rang* du droit communautaire

Revisiter la question du rang du droit communautaire à l'aune de perspectives futuristes n'est guère aisé. Il s'agit tout d'abord d'une question théorique d'envergure ; il s'agit ensuite d'une question qui affecte la répartition des compétences entre le juge ordinaire et le juge constitutionnel. Or, penser une VI<sup>e</sup> République, c'est aussi penser la place du Conseil constitutionnel dans l'ordre juridique français dont on sait qu'il est en situation délicate, menacé de toutes parts dans ses fonctions<sup>44</sup>.

En même temps, raisonner de façon prospective permet toutes les audaces. C'est dans le cadre de cette liberté intellectuelle inhérente au raisonnement *de lege ferenda*, que l'on se propose d'abandonner la théorie de la « hiérarchie des normes » qui n'est plus explicative de la réalité (1) et de revaloriser le rôle du Conseil, afin qu'il devienne une juridiction constitutionnelle « majeure » (2).

### 1. — L'abandon nécessaire de la théorie de la *hiérarchie* des normes.

<sup>42</sup> D. SIMON a parfaitement démontré la généralisation de l'invocabilité du droit communautaire dans son rapport sur « Les fondements de l'autonomie... », *op.cit.*, (spéc.pp.236-249), tandis que R. ABRAHAM mettait en avant l'originalité du droit communautaire par rapport au droit international dans la jurisprudence administrative en mentionnant notamment le cas des directives, « Les normes du droit communautaire et du droit international devant le juge administratif français », *Droit international et droit communautaire...*, *op.cit.*, pp.283-293 (spéc.290).

<sup>43</sup> L'imbrication des structures nationale (gouvernementale et parlementaire) et communautaire témoigne de la singularité du processus d'élaboration du droit communautaire.

<sup>44</sup> Le colloque de Montpellier du 16 mars 2001 organisé par le Professeur D. ROUSSEAU sur *Le Conseil constitutionnel en question(s)* a été particulièrement révélateur de cet état de fait. (Actes à paraître).

On connaît en France l'état actuel des rapports entre le droit international et le droit constitutionnel. Le primat constitutionnel brille de tous ses feux : l'article 55 est la disposition-chef d'orchestre. Elle scande les rapports entre les deux ordres juridiques qui sont marqués du sceau de la hiérarchie et de l'assimilation (droit international/droit communautaire). Or de tels présupposés mènent — dans le cadre de la logique qui est celle de l'intégration européenne — à une impasse insurmontable. Chaque ordre entend faire primer sa norme de référence, sous peine « d'auto-négation »<sup>45</sup>. La Cour de justice maintient une vision moniste et de primauté — après *Costa et Simmenthal*, cette vision a récemment pris le nom de *Tanja Kreil*<sup>46</sup> — tandis que l'article 55 de la Constitution entraîne les juridictions ordinaires à rendre intouchable la Constitution — le binôme *Sarran*<sup>47</sup> et *Fraisse*<sup>48</sup> en témoigne<sup>49</sup>. Il faut ici souligner immédiatement qu'il est assez difficile de reprocher aux juridictions françaises leur attitude de « survie », alors que la Cour de justice adopte la même solution à l'égard du droit international... ce que le Conseil d'Etat relevait avec une pointe de malice dans sa dernière étude<sup>50</sup>. Moniste s'agissant de l'intégration du droit communautaire dans les systèmes juridiques nationaux, la Cour de justice devient dualiste à l'égard de l'intégration du droit international dans l'ordre juridique communautaire !

Autrement dit, le « malaise », si bien décrit<sup>51</sup>, au sein de l'ordre juridique français consécutif aux bouleversements provoqués par l'emprise européenne, déclinée sous les modes communautaire et conventionnel, affecte également tous les rapports de systèmes (droit international/droit communautaire ; droit communautaire/droit conventionnel). Or, les études menées ces dernières années sur cette question démontrent *in fine* une chose : l'inanité de la logique kelsénienne de la hiérarchie normative<sup>52</sup>. Il faut se résoudre à l'abandonner et opter

<sup>45</sup> C. GREWE, H. RUIZ-FABRI, « La situation du droit international et du droit communautaire dans le droit constitutionnel des Etats », *Droit international et droit communautaire...*, op.cit., pp.251-282, spéc.pp. 274-275.

<sup>46</sup> CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil*, (aff. C-285/98).

<sup>47</sup> CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*.

<sup>48</sup> C. Cass, 2 juin 2000, *Pauline Fraisse*.

<sup>49</sup> Il faut quand même souligner que certains auteurs ont relevé, par un raisonnement *a contrario*, les signes existants dans l'arrêt *Fraisse* laissant présager une solution différente pour le droit communautaire V. A. RIGAUX, D. SIMON, « Droit communautaire et Constitution française : une nouvelle avancée significative de la Cour de cassation - A propos de l'arrêt *Fraisse* du 2 juin 2000 », *Europe*, août-septembre 2000, pp.3-6. D'ailleurs, R. ABRAHAM (op.cit., p.291) et le rapport du Conseil d'Etat sur *L'intégration de la norme internationale en droit français* (op.cit., p.35) prennent à chaque fois le soin de s'interroger sur le point de savoir si la solution retenue par les deux hautes juridictions est transposable *mutadis mutandis* au droit communautaire.

<sup>50</sup> Le Conseil d'Etat a en effet souligné que « la Cour {de justice} estime que les traités communautaires ont une valeur supérieure aux engagements internationaux de la Communauté. Ceux-ci ne peuvent donc prévaloir sur ceux-là. Cette analyse rejoint finalement et toutes choses égales par ailleurs celle faite sur le plan interne par les deux ordres de juridiction ». Et de citer en note (109) l'avis n°1/91 du 14 décembre 1991 sur le projet d'accord portant création de l'espace économique européen. Les professeurs GREWE et RUIZ-FABRI le relevaient également dans leur étude présentée à l'occasion du Colloque de Bordeaux de la SFDI : « On peut se demander si le droit communautaire n'a pas vis-à-vis du droit international le même parti pris dualiste que la plupart des droits constitutionnels conservent tant par rapport au droit international que par rapport à lui. » *Droit international et droit communautaire...*, op.cit., p.252. Pour une analyse critique de la question, v. P. KLEIN, « La Cour de justice des Communautés européennes et le droit international – De quelques incohérences », *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck, Vol.I*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp.3-44.

<sup>51</sup> C'est Denys de BECHILLON qui a rendu fameuse l'expression de « malaise » : « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution) », *RFD adm.*, 1998, p.225 ; du même auteur, « Conflits de sentences entre les juges de la loi », *Pouvoirs*, n°96, 2001, pp.107-122. L'étude déjà citée de M. TROPER est particulièrement révélatrice de l'impossibilité des théories classiques de rendre compte de ce qui est (*Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°9, 2000).

<sup>52</sup> On consultera les études d'H. GAUDIN et d'O. DORD dans l'ouvrage *Droit constitution. Droit communautaire...*, op.cit., (respectivement pp.97-120 et pp.121-140), révélatrices des impasses du principe de hiérarchie et de primauté.

pour autre chose. La « boussole » normativiste a vécu. Déjà, les auteurs raisonnant à partir des contraintes actuelles du droit positif ont pu ouvrir certaines voies. Ainsi, Constance Grewe et Hélène Ruiz-Fabri proposent dans le cadre d'une « tendance toute pragmatique, à assurer au droit communautaire non une primauté que le système ne peut lui reconnaître, mais une priorité d'application »<sup>53</sup>, tandis que le juge Françoise Tulkens a mentionné — alors qu'elle s'exprimait sur les rapports entre le droit communautaire et le droit né de la Convention européenne, plus spécifiquement entre les rapports de juge (communautaire) à juge (européen) — ce qui serait une théorie du « réseau ». <sup>54</sup>

La césure ainsi proposée, dans un élan résolument prospectif, est fondamentale car elle ne viserait pas uniquement l'ordre juridique constitutionnel dans son rapport avec le droit de « l'extérieur », mais l'ensemble des rapports de systèmes. Dans cette optique, les « sacrifices » — ils seront vus comme tels par certains — seraient les mêmes pour tous. L'ordre constitutionnel se résoudrait à abandonner un des présupposés de son existence ; l'ordre communautaire en finirait avec sa tentation hégémonique et l'ensemble se coordonnerait sous le mode d'une coopération judiciaire effective. Cette théorie du réseau, de l'entrelacs reste à inventer pour rendre compte de ce qui est, les outils classiques étant dépassés par l'accélération institutionnelle et la complexification normative. Dans cette optique, le Conseil constitutionnel devrait recouvrir un rôle de premier plan.

## 2. — La revalorisation du rôle du Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel est à l'heure actuelle dans une position particulièrement délicate<sup>55</sup>. Ses compétences sont tout d'abord *tronquées* et ne ressemblent en rien à celles que les Cours constitutionnelles européennes possèdent d'une manière générale. Elles sont tronquées, tant par les ressorts du système juridique interne, que par ceux des systèmes juridiques trans-nationaux. Elles l'ont été dès les origines par le propre constituant qui a enfermé son action dans le cadre rigide et restreint du contrôle *a priori* abstrait. Elles l'ont été ensuite de son propre fait quand en 1975, le Conseil constitutionnel faisait du juge ordinaire, le juge international de droit commun en lui permettant, notamment, de mettre en oeuvre un contrôle matériel de constitutionnalité en matière de droits fondamentaux<sup>56</sup>. Elles l'ont été enfin par l'emprise des ordres communautaire et conventionnel qui ont placé l'ordonnancement constitutionnel et partant l'activité du juge constitutionnel, sous l'étroite dépendance des juges européens. La Cour de justice a fixé sa théorie de la « primauté absolue », sans que le Conseil puisse réagir, rebondir, à tout le moins prendre position sur la question, avec les conséquences positives que le dialogue entre les juges constitutionnels et communautaire peut engendrer. Le juge européen pour sa part, en plus de faire primer la Convention européenne, sanctionne l'activité du juge constitutionnel (*Zielinski*), sans qu'il puisse ouvertement intégrer la Convention dans ses normes de référence, afin de minimiser au maximum les risques de condamnation.

<sup>53</sup> C. GREWE, H. RUIZ-FABRI, « La situation du droit international et du droit communautaire dans le droit constitutionnel des Etats », *Droit international et droit communautaire...*, op.cit., p.282.

<sup>54</sup> « Je crois que cette construction du modèle juridique sous la forme pyramidale n'est plus guère adéquate. Aujourd'hui, on assiste à une mutation dans les modèles de construction du droit, et je crois que c'est bien davantage le modèle du *réseau* qu'il faut prendre en considération. », Débats, N° spécial de la RUDH sur *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 15 septembre 2000, vol.12, n°1-2, p.65.

<sup>55</sup> V. les actes à paraître du colloque de Montpellier sur Le Conseil constitutionnel en question (s), (sous la dir. de D. ROUSSEAU) ; N. LENOIR, « Le métier de juge constitutionnel », *Le Débat*, n°114, mars-avril 2001, pp.178-192 ; H. ROUSSILON, « Le Conseil constitutionnel, une institution menacée ? », *Droit écrit-Revue de la Faculté de droit de Toulouse*, n°1, mars 2001, pp.136-148.

<sup>56</sup> J. ROBERT, « Droit administratif et droit constitutionnel », *RD pub.*, 4-1998, pp.971-978, spéc.p.976.

Ses compétences sont ensuite, logiquement, *partagées* essentiellement *ad intra* avec le juge ordinaire qui a investi le territoire constitutionnel. Ce dernier applique la Constitution à sa manière, tantôt en prenant de vitesse le Conseil constitutionnel (*Koné, Sarra, Fraisse*), tantôt en s'écartant de l'interprétation constitutionnelle, tantôt en étant habilité par le législateur pour dégager un « bloc de fondamentalité » qui, de façon concrète peut s'avérer plus crucial pour le justiciable que le « bloc de constitutionnalité » (v. le « référé-liberté fondamentale » de l'article L. 521-2 du Code de Justice administrative<sup>57</sup>.)

Le constituant de la VI<sup>e</sup> République devrait le transformer en Cour constitutionnelle majeure. Cela passerait notamment par une détermination précise de son rôle à l'égard du droit de l'intégration. Si la *théorie du réseau* arrivait à faire son entrée dans le texte fondateur d'une nouvelle République, il faudrait que le Conseil devienne un interlocuteur privilégié de la Cour de justice. Cela conduirait le constituant à réfléchir sur l'ambiguïté du dédoublement fonctionnel qui autorise le Conseil à opérer un contrôle de conventionnalité de la loi en tant que juge électoral et l'en empêche en tant que gardien de la Constitution. Et de se pencher également sur la question de l'attribution d'un chef de compétences au titre d'une protection directe des droits fondamentaux ; une procédure qui lui permettrait d'activer le mécanisme préjudiciel de l'article 234 T.CE, s'inscrivant en cela dans une relation de « coopération loyale », résolument développée par certaines Cours constitutionnelles<sup>58</sup>.

Pour reprendre une expression du professeur Delpérée, « le juge constitutionnel a vocation à être un juge carrefour » des ordres juridiques national et communautaire<sup>59</sup>. Il devrait à l'avenir, poursuit-il, « s'assigner une mission éminente ». Faut-il aller jusqu'à lui confier, comme le propose le constitutionnaliste belge, en plus des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité de la loi, ce qu'il appelle le « contrôle d'européanité », c'est à dire le contrôle des normes de droit communautaire ? Quelle que soit la réponse que l'on voudra bien formuler à cette dernière interrogation, une chose apparaît claire. Il faudrait trouver des procédures qui instituent le juge constitutionnel, juge de la « cohérence juridique »<sup>60</sup>. Le système constitutionnel français en a plus que jamais besoin.

L. BURGORGUE-LARSEN

Professeur de Droit public à l'Université de Rouen

Directeur du CREDHO-Rouen

---

<sup>57</sup> « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. ».

<sup>58</sup> Le 19 février 1997, la Cour d'arbitrage belge (Décision n°6/97) sollicitait la Cour de justice sur l'interprétation de la Directive 93/16/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant la libre circulation des médecins et la reconnaissance mutuelle de leurs diplômes. Aff. C-93/97. A peine deux mois plus tard, le 16 avril 1997, le Tribunal constitutionnel du *Land* allemand de Hesse, opérait un renvoi préjudiciel (aff. C-158/97). Dans le cadre de l'examen de la constitutionnalité d'une loi du *Land*, le Tribunal a saisi la Cour aux fins d'interprétation de la Directive 76/207/CEE du 9 février 1976 relative au principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes.

<sup>59</sup> F. DELPERÉE, *Le Fédéralisme en Europe*, Paris, PUF, 2000, p.108.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p.113.