

LA CONSTITUTION DE 1958
ET L'EUROPE :
DE L'UNION LIBRE AU PACS

De 1789 à la V^e République, la souveraineté de la loi a été l'une des rares constantes de la quinzaine de régimes que la France a connus. Depuis la Révolution, la loi avait pu se voir transposer l'adage de l'Ancien Régime selon lequel « le roi ne peut mal faire ». Étant l'expression de la volonté générale, aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la loi ne pouvait pas davantage mal faire.

De cette philosophie rousseauiste, nos Constitutions successives s'étaient transmis deux principes. D'une part, il ne peut exister de contrôle de la loi, ni par un juge constitutionnel ni par les juridictions administratives et judiciaires. D'autre part, un tel contrôle est d'autant plus inutile qu'il n'existe en réalité pas de hiérarchie des normes ; seules des formes particulières doivent être réunies pour adopter certaines lois, les lois constitutionnelles. Par ailleurs, la primauté des traités sur les lois, par exemple, posée à l'article 26 de la Constitution du 27 octobre 1946, avait seulement vocation, dans l'ordre international, à permettre le respect des engagements du pays.

Les traités de Rome du 25 mars 1957 et la Constitution du 4 octobre 1958 ont en la matière créé les conditions de changements profonds. Ces textes ont respectivement et quasi concomitamment mis en place la Cour de justice des Communautés européennes et le Conseil constitutionnel. La Cour a progressivement posé la primauté du droit communautaire. Instrument du parlementarisme rationalisé, le Conseil

1. Le présent article n'exprime que le point de vue de son auteur.

s'est, quant à lui, imposé comme le gardien de la Constitution et des libertés fondamentales. Le Conseil a eu à connaître de la conformité à la Constitution de divers traités internationaux et européens. Dans le même temps, les juges judiciaires et administratifs ont développé un contrôle de conventionnalité assurant la suprématie de ces traités sur les lois ordinaires. Au fil des années 1970 à 1990, à la suite d'une révolution juridique tranquille, la France a, pour la première fois, connu une hiérarchie des normes effective et contrôlée.

Cet équilibre semblait être devenu le nouveau paradigme de l'État de droit. Depuis quelques années, il est pourtant questionné. La primauté du droit européen fait face à la place première de la Constitution dans l'ordre interne. L'office des juges, tant constitutionnels qu'administratifs, évolue pour assurer la réception du droit communautaire. Ainsi l'équilibre ancien est en cours de renouvellement.

72

Cette situation en mouvement n'est pas stabilisée. La distinction entre le droit international et le droit européen n'a pas encore produit tous ses effets. Chaque juge examine le contrôle qu'il développe à l'aune de celui engagé par les autres juges. Un nouvel équilibre est en gestation tant en ce qui concerne la hiérarchie des normes que l'action des juges. Pour le connaître, il faudra aller au-delà du cinquantième anniversaire de la Constitution de 1958.

UNE HIÉRARCHIE DES NORMES EFFECTIVE ET CONTRÔLÉE

La place première de la Constitution

La place première de la Constitution est au cœur de l'équilibre qui s'est mis en place dans les années 1970 à 1990. Conseil constitutionnel, Conseil d'État et Cour de cassation ont chacun eu l'occasion d'affirmer cette suprématie constitutionnelle.

À l'occasion de l'examen du traité établissant une Constitution pour l'Europe, le Conseil constitutionnel a indiqué la « place, au sommet de l'ordre juridique interne, de la Constitution française » (n°2004-505 DC du 19 novembre 2004). Il a repris cette formulation dans sa décision sur le traité de Lisbonne (n°2007-560 DC du 20 décembre 2007).

Le Conseil d'État avait montré la voie, quelques années auparavant (CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran*). Pourtant les requérants l'invitaient alors à écarter l'application de la Constitution comme contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et au Pacte des Nations unies sur les

droits civils et politiques. Le Conseil d'État a rejeté cette argumentation en rappelant les termes de l'article 55 de la Constitution² et en jugeant que « la suprématie ainsi conférée (par l'article 55) aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ». Il en va également ainsi pour le droit communautaire (CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*).

La Cour de cassation s'est également prononcée en ce sens. Elle avait à connaître à la fois de l'article 77 de la Constitution et de la loi organique du 19 mars 1999 prise sur son fondement, textes relatifs à la Nouvelle-Calédonie et au corps électoral sur ce territoire. La Cour a refusé d'exercer un contrôle de conventionnalité tant de la Constitution que de la loi organique (C. cass., Ass. plén., 2 juin 2000, *Mlle Fraisse*).

Au total, la hiérarchie des normes comporte sous la V^e République un sommet : c'est la Constitution elle-même. Les trois Cours suprêmes ont, chacune, affirmé cette suprématie.

73

Le Conseil constitutionnel, gardien de la suprématie de la Constitution

Le Conseil constitutionnel a pour mission de faire respecter cette place première de la Constitution. Il a ainsi à connaître, dans le cadre de l'article 54, des traités internationaux et européens qui peuvent inclure des dispositions non conformes à la Constitution. Il apprécie, dans le cadre de l'article 61, la conformité des lois à la Constitution.

En confiant ces compétences au Conseil constitutionnel, la Constitution a exclu qu'un contrôle de constitutionnalité des traités ou des lois soit exercé au stade de leur application. C'est ce que jugent avec constance la Cour de cassation et le Conseil d'État qui refusent depuis longtemps d'exercer un contrôle de constitutionnalité des lois. La Cour estime qu'une telle exception « ne peut être portée devant les tribunaux de l'ordre judiciaire » (C. cass., civ. 2^e, 20 décembre 1956). Le Conseil d'État avait opposé le même refus dès 1936 (CE, section, 6 novembre 1936, *Sieur Arrighi*). Il a encore récemment réitéré ce refus en s'appuyant directement sur les termes de la Constitution de 1958 (CE, 5 janvier 2005, *Deprez et Baillard*) : « Considérant que l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958 a confié au Conseil

2. 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. »

constitutionnel le soin d'apprécier la conformité d'une loi à la Constitution; que ce contrôle est susceptible de s'exercer après le vote de la loi et avant sa promulgation; qu'il ressort des débats tant du Comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'État lors de l'élaboration de la Constitution que les modalités ainsi adoptées excluent un contrôle de constitutionnalité de la loi au stade de son application. » Le Conseil d'État a également confirmé l'impossibilité qui est la sienne de contrôler la constitutionnalité des traités (CE, 8 juillet 2002, *Commune de Porta*).

Depuis 1958, le Conseil constitutionnel a, pour sa part, exercé les deux missions que lui confient les articles 54 et 61 de la Constitution.

74 L'essentiel du contrôle opéré dans le cadre de l'article 54 a porté sur la conformité de traités européens à la Constitution, même si cela a également été le cas pour des traités internationaux comme celui relatif à la Cour pénale internationale (n°98-408 DC du 22 janvier 1999). Pour les traités européens, le Conseil n'a pas eu à se prononcer sur les traités de Rome signés le 25 mars 1957 antérieurement à sa création. Par la suite, il a jugé que le traité modifiant certaines dispositions budgétaires des traités européens n'était pas contraire à la Constitution (n°70-39 DC du 19 juin 1970). Il en a été de même pour la décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct (n°76-71 DC du 30 décembre 1976). Ultérieurement, le Conseil n'a été saisi ni de l'Acte unique européen du 27 février 1986, ni du traité de Nice du 26 février 2001. Enfin, et surtout, il a rendu des décisions sur le traité sur l'Union européenne et les traités communautaires tels qu'issus de la rédaction du traité de Maastricht du 7 février 1992 (Maastricht I, n°92-308 DC du 9 avril 1992; Maastricht II, n°92-312 DC du 2 septembre 1992), sur le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 (n°97-394 DC du 31 décembre 1997), sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe du 29 octobre 2004 (n°2004-505 DC du 19 novembre 2004) et sur le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 (n°2007-560 DC du 20 décembre 2007).

La décision Maastricht I du 9 avril 1992 a permis au Conseil de renoncer à la distinction qu'il avait esquissée en 1976, à propos de l'élection du Parlement européen, entre limitations de souveraineté (autorisées) et transferts de souveraineté (prohibés). Il a alors jugé qu'est contraire à la Constitution un traité :

- qui contient une clause directement contraire à une norme ou à un principe de valeur constitutionnelle, ou

– qui affecte les « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ».

Sur la base de cette jurisprudence, le Conseil constitutionnel a identifié en 1992, 1997, 2004 et 2007 diverses clauses non conformes à la Constitution dans les traités européens qui lui étaient soumis. Chaque fois, la Constitution a été modifiée. L'effectivité de la hiérarchie des normes a ainsi été assurée, de même qu'elle l'est chaque fois qu'une loi ordinaire est déférée dans le cadre de l'article 61 de la Constitution. L'élargissement en 1974 de la saisine du Conseil à soixante députés ou soixante sénateurs a conduit à une quasi-systématisation du recours au Conseil sur les lois significatives. Le Conseil a ainsi été saisi en moyenne, entre 2003 et 2007, d'une vingtaine de lois chaque année.

La supériorité des traités sur les lois

À cette effectivité de la supériorité de la Constitution sur les traités et sur les lois, s'est ajoutée l'effectivité de la supériorité des traités sur les lois. Ce mouvement a été engagé par le refus du Conseil constitutionnel, « lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international » (n° 75-54 DC du 15 janvier 1975, décision dite *IVG*).

Immédiatement, la Cour de cassation a estimé qu'il revenait par conséquent aux juridictions de droit commun d'assurer le respect de l'article 55 de la Constitution et la supériorité des traités sur les lois (C. cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*). Le Conseil d'État a retenu la même orientation quinze ans plus tard (CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*). Il a, encore récemment, rappelé pédagogiquement que « pour la mise en œuvre du principe de supériorité des traités sur la loi énoncé à l'article 55 de la Constitution, il incombe au juge, pour la détermination du texte dont il doit faire application, de se conformer à la règle de conflit de normes édictée par cet article » (CE, 5 janvier 2005, *Deprez et Baillard*). Le Conseil constitutionnel retient la même orientation lorsqu'il statue comme juge électoral (n° 88-1082/1117 du 26 octobre 1988, AN, Val-d'Oise, 5^e circ.).

Depuis quinze ans, le contrôle de conventionnalité s'est fortement développé. Il a montré toute sa puissance, donnant aux juges administratifs et judiciaires un levier d'action nouveau de contrôle de la loi. Ainsi le moyen de la conformité à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme est désormais soulevé dans environ 40 % de l'ensemble des affaires jugées par le Conseil d'État.

Au terme de cette révolution juridique tranquille des années 1970 à 1990, la Constitution de 1958 semblait avoir produit son plein effet, avec une hiérarchie des normes claire et, pour la faire respecter, des compétences distinctes attribuées au Conseil constitutionnel et aux deux ordres de juridiction. Néanmoins cet équilibre est, depuis quelques années, questionné sous l'effet de la construction européenne. Il est en cours de renouvellement.

SOUS L'INFLUENCE EUROPÉENNE,
UN ÉQUILIBRE EN COURS DE RENOUVELLEMENT

76 La construction européenne pose le principe de la primauté du droit communautaire et implique un contrôle de la transposition des actes de droit dérivé. Ces deux impératifs remettent en cause l'équilibre précédent.

La primauté du droit communautaire

Le principe de primauté du droit communautaire a été dégagé par la Cour de justice des Communautés européennes. Comme le souligne l'avis du service juridique du Conseil du 22 juin 2007 compris dans la déclaration 17 annexée à l'acte final du traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 : « Il découle de la jurisprudence de la CJCE que la primauté du droit communautaire est un principe fondamental dudit droit. Selon la Cour, ce principe est inhérent à la nature particulière de la Communauté européenne. À l'époque du premier arrêt de cette jurisprudence constante (arrêt du 15 juillet 1964 rendu dans l'affaire 6/64, *Costa c. ENEL*), la primauté n'était pas mentionnée dans le traité. Tel est toujours le cas actuellement. Le fait que le principe de primauté ne soit pas inscrit dans le futur traité ne modifiera en rien l'existence de ce principe ni la jurisprudence en vigueur de la Cour de justice. »

La jurisprudence de la CJCE est constante. Un État membre ne peut exciper, pour se soustraire à ses obligations d'application ou de transposition du droit communautaire dans les délais prescrits par les actes communautaires, ni de ses règles législatives et réglementaires, ni même de son droit constitutionnel (17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70 ; 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77). Le « défunt » traité établissant une Constitution pour l'Europe avait repris cette règle jurisprudentielle en son article I-6 (« La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celles-ci, priment le droit des

États membres»). Le traité de Lisbonne n'a pas repris cet article I-6 du TECE; le principe de primauté demeure donc jurisprudentiel.

Le Conseil constitutionnel reconnaît cette primauté du droit communautaire mais lui donne une portée différente de la Cour de justice. Dans sa décision sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe, le Conseil a eu à connaître de la conformité à la Constitution française de l'article I-6 du traité. Il a jugé que cet article n'appelait pas de révision constitutionnelle. Il résulte en effet de l'ensemble des stipulations du traité qu'il ne « modifie (pas) la portée du principe de primauté du droit de l'Union ». Or celle-ci résulte, pour le Conseil, des dispositions de l'article 88-1 de la Constitution³ (n°2004-505 DC du 19 novembre 2004). Si, sur ce fondement, le droit communautaire prévaut sur la législation nationale (n°2004-496 DC du 10 juin 2004), il n'en va donc pas de même face à la Constitution qui a « sa place au sommet de l'ordre juridique interne ».

77

La CJCE et les Cours suprêmes françaises ont ainsi une conception naturellement différente de la hiérarchie des normes. Pour la première, au sommet de celle-ci, figure le droit communautaire, originaire et dérivé, qui prévaut sur tout, y compris les Constitutions des États membres. Pour les secondes, l'ordre juridique interne, issu de la Constitution, est fondé sur celle-ci qui conserve la place première. Face à cette irréductible différence de point de vue, deux réponses sont possibles.

La première revient à transposer la formule de Raymond Aron « Paix impossible, guerre improbable ». D'une part, la réconciliation des approches n'est pas possible car celles-ci sont la conséquence naturelle de la position respective des Cours européennes et nationales. Il n'y aurait là que le prolongement d'une problématique internationale classique (voir CPJI, avis consultatif, 4 février 1932, *Traitement des nationaux polonais à Dantzig*). Mais, d'autre part, tout devrait être fait pour éviter un conflit communautaro-constitutionnel qui demeure ainsi hypothétique. Le dialogue des juges pourvoirait à l'antagonisme des primautés. Le dialogue serait d'autant plus nécessaire que les traités font des juges administratifs et judiciaires des juges communautaires de droit commun qui doivent faire prévaloir la primauté de ce droit.

3. Article 88-1 de la Constitution: « La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences. »

Une autre approche souligne au contraire que des divergences communautaro-constitutionnelles sont possibles. La CJCE a ainsi déjà jugé que les dispositions communautaires d'effet direct devaient prévaloir sur une disposition expresse de la Constitution allemande ; elle a en conséquence écarté cette dernière lorsqu'elle limitait l'accès des femmes aux emplois militaires de la Bundeswehr (11 janvier 2000, *Tanja Kreil c. RFA*, aff. C-285/98). Cette jurisprudence pourra, le cas échéant, se reproduire face à d'autres spécificités constitutionnelles nationales. On sait par exemple que le principe constitutionnel de laïcité est très largement propre à la France. Dans cette situation, au regard de dispositions des traités européens, ceux-ci prévaudront toujours. L'affirmation de la place première de la Constitution nationale est alors purement théorique. L'équilibre des années 1970 à 1990 relatif à la hiérarchie des normes étant ainsi instable, il devait être renouvelé.

La réception du droit communautaire dérivé

L'équilibre existant n'assurait pas suffisamment la réception en droit interne des actes de droit communautaire dérivé. Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont en conséquence récemment renouvelé leur approche de cette problématique.

Depuis 2004, le Conseil constitutionnel a développé une nouvelle jurisprudence relative aux lois de transposition. Il fonde celle-ci sur l'article 88-1 de la Constitution et considère désormais que « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle » (n° 2004-496 DC du 10 juin 2004). En conséquence, lorsqu'il est saisi dans les conditions de l'article 61 de la Constitution d'une loi ayant pour objet de transposer une directive communautaire, il veille au respect de cette exigence. Il contrôle alors la conformité de la loi de transposition à la directive. Ce contrôle est néanmoins soumis à une double limite précisée en 2006 (n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 ; n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006) :

– En premier lieu, « la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ».

– En second lieu, le Conseil doit statuer dans un délai d'un mois et ne peut donc saisir la CJCE d'une question préjudicielle d'interprétation d'une directive. Dès lors, le Conseil ne peut annuler une disposition législative, comme non conforme à l'article 88-1, que si elle est

« manifestement » incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer.

En 2007, le Conseil d'État a repris ce raisonnement du Conseil constitutionnel et jugé qu'il « découle » de l'article 88-1 de la Constitution « une obligation constitutionnelle de transposition des directives » (CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*). Sur cette base, le Conseil d'État a défini des modalités de contrôle de la mesure nationale de transposition des directives respectueuses tant de cette exigence constitutionnelle que de l'ordre juridique communautaire. D'une part, le juge administratif doit exercer un contrôle propre portant notamment sur la constitutionnalité de l'acte réglementaire. Les modalités traditionnelles de ce contrôle subsistent toutes les fois que la directive laisse aux autorités nationales une marge d'appréciation pour cette transposition. Par ailleurs, s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées. En revanche, toutes les fois que le principe constitutionnel dont la violation est invoquée a son équivalent dans l'ordre juridique communautaire, et en cas de difficultés sérieuses, il incombe au juge administratif de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle.

79

Cette nouvelle jurisprudence, sous un aspect technique, traduit une approche différente des équilibres définis dans les années 1970 à 1990. Elle écarte en effet le terrain de la hiérarchie des normes entre droit constitutionnel et droit communautaire. Elle pose la difficulté de l'appréciation de l'équivalence entre un principe constitutionnel et un principe communautaire. En tout état de cause, en cas d'équivalence, elle fait surtout place à une compétence unique du juge communautaire pour apprécier la validité de la directive. Si la CJCE conclut, sur renvoi préjudiciel, à l'absence d'invalidité de l'acte de droit dérivé au regard des traités, le juge administratif ne pourra alors plus qu'écarter le moyen d'inconstitutionnalité ayant le même contenu que le traité. En revanche, si la CJCE déclare l'acte de droit dérivé invalide, le juge administratif sera tenu d'annuler l'acte réglementaire de transposition pour violation du principe constitutionnel équivalent à celui contenu dans les traités européens.

Frédéric Lénica et Julien Boucher soulignent l'effet de cette jurisprudence: « Le conflit entre la Constitution et l'acte de transposition se résorbe en un conflit entre le droit communautaire primaire et la

directive que... le Conseil d'État laisse à la CJCE le soin de trancher. L'issue du litige, y compris dans son aspect de pur droit interne, est donc remise entre les mains de cette dernière⁴. » Dans le même sens, Bertrand Mathieu ajoute que : « Au-delà de son rôle fondateur qui la place nécessairement au sommet de la hiérarchie des normes nationales, la Constitution se trouve subordonnée dans le cadre de ce qu'on pourrait appeler une hiérarchie pratique ou opérationnelle qui se différencie de la hiérarchie théorique ou de principe sans les remettre en cause⁵. »

80 Ces nouvelles orientations du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État ne font demeurer sous leur contrôle que les principes propres à l'ordre juridique constitutionnel national. Ces jurisprudences renouvellent les équilibres précédemment dégagés. Elles posent à nouveau la question du rapport entre Constitution et Europe. Elles n'ont pour autant pas encore produit tous leurs effets. Diverses questions restent à trancher. De nouvelles évolutions sont devant nous.

QUELS ÉQUILIBRES POUR DEMAIN ?

Constitution et droit communautaire

La Constitution du 4 octobre 1958 traitait pareillement le droit international et le droit communautaire à peine naissant. Il ne pouvait en aller autrement alors que les traités de Rome avaient un an lorsque la nouvelle Constitution française vit le jour. Cinquante ans après, la situation a bien changé. Le droit communautaire n'est plus du droit international classique. Du fait même des traités européens successifs, qui sont des traités internationaux, la construction européenne a progressivement manifesté une nature particulière. Celle-ci s'est traduite dans la Constitution de 1958 qui a dû être modifiée à plusieurs reprises pour prendre en compte ces étapes européennes renouvelées. L'article 88-1 de la Constitution dispose depuis 1992 que : « La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences. » Le Conseil constitutionnel en a déduit que « le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire

4. *AJDA*, 2007, p. 577.

5. « Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national », *RFDC*, n° 72, 2007, p. 675 *sq.*

intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international » (n°2004-505 DC du 19 novembre 2004).

Cette « existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne » n'a pas encore produit tous ses effets sur la hiérarchie des normes et les contrôles effectués sur les lois et règlements. Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont bâti des jurisprudences relatives aux actes de transposition du droit communautaire qui seront précisées dans le futur. D'une part, leur jurisprudence semble, pour l'instant, limitée respectivement aux lois « ayant pour objet de transposer en droit interne une directive communautaire » et aux « actes réglementaires assurant directement cette transposition ». D'autre part, ces jurisprudences renvoient à deux critères que leur utilisation déterminera davantage. Pour le Conseil constitutionnel « la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ». Pour le Conseil d'État, le juge doit rechercher s'il existe un principe général de droit communautaire équivalent au principe constitutionnel dont la méconnaissance est alléguée. Ces jurisprudences soulignent que deux situations doivent être distinguées.

81

La première situation est celle dans laquelle droit communautaire et droit constitutionnel comportent un principe équivalent. Les orientations dégagées tendent à ce que le droit constitutionnel s'efface devant le droit communautaire. C'est là la reprise de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande qui n'exerce plus son contrôle au regard de la Loi fondamentale si la CJCE exerce un contrôle du respect des droits fondamentaux analogue au niveau européen. Dans cette hypothèse, la primauté de la Constitution apparaît largement fictive puisque le juge n'exerce plus de contrôle à son égard. Le Conseil d'État estime même qu'alors c'est « la règle ou le principe général du droit communautaire qui [...] garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué ».

La seconde situation est celle dans laquelle intervient un conflit entre droit constitutionnel et droit communautaire. Le Conseil constitutionnel mentionne l'éventuelle atteinte à un « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ». Le Conseil d'État laisse entière cette hypothèse, en cas d'absence de renvoi préjudiciel du juge administratif, faute d'équivalence des principes européen et constitutionnel. L'acte de transposition de l'obligation communautaire pourrait alors être annulé pour non-respect d'une exigence constitutionnelle propre. En outre, existe toute la difficulté d'identification

de l'équivalence des principes constitutionnel et européen. Dans sa décision *Arcelor*, le Conseil d'État a ainsi recherché l'interprétation du principe d'égalité dans la jurisprudence de la CJCE qui peut s'avérer différente de la conception constitutionnelle du principe d'égalité.

Dans cette seconde situation de conflit juridique, la primauté de la Constitution, si elle n'est plus fictive, est largement théorique. Sauf à ce que l'acte communautaire dont la transposition est inconstitutionnelle disparaisse, la seule issue apparaît la révision de la Constitution. C'est ce qu'a connu l'Allemagne dans son contentieux sur les femmes dans les armées.

82 Au total, face à l'Union européenne, la place première de la Constitution apparaît remise en cause. Certes il demeure le contrôle de l'article 54 qui implique, si nécessaire, la modification de la Constitution à chaque nouvelle étape de la construction de l'Europe. Mais, indépendamment de cette occurrence, la primauté du droit communautaire développe désormais pleinement ses effets.

L'action des juges

Le nouvel équilibre futur ne portera pas seulement sur la hiérarchie des normes. Il concernera aussi l'action des juges pour faire respecter cette hiérarchie. Il a été rappelé qu'aujourd'hui le juge constitutionnel est seul compétent pour faire respecter la conformité des lois à la Constitution et que les juges judiciaires et administratifs exercent le contrôle de conventionnalité. Le débat d'idées et de projets, qui fait parfois fi du nécessaire dialogue des juges et de l'indispensable cohérence de leur action réciproque, n'a jamais été aussi aigu pour faire éventuellement évoluer ces équilibres existants.

Le constituant est, comme il a été dit, le seul à même de faire évoluer le contrôle de constitutionnalité. Olivier Schrameck rappelle que « techniquement, une décision d'assemblée [du Conseil d'État] pourrait évidemment faire [un contrôle de constitutionnalité]. Mais il est clair que ce serait là, sous le régime de la Constitution de 1958, sans doute une modification du rôle respectif des institutions et que le juge prendrait une responsabilité qui n'est pas la sienne⁶ ». Cette appréciation trouve également à s'appliquer, comme l'a souligné Matthias Guyomar dans ses conclusions dans l'affaire *Arcelor*, si une loi s'interpose entre une directive communautaire et un décret de transposition, empêchant le

6. « Rapport de la commission Balladur: libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », *RDJ*, n° 1, 2008, p. 3-49.

juge administratif d'exercer un contrôle de constitutionnalité sur la loi à travers le décret.

Comme l'a proposé le comité présidé par Édouard Balladur, la mise en place par le constituant du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception viendrait renforcer la hiérarchie des normes et la place de la Constitution. Cette réforme remédierait à la situation actuelle dans laquelle le contrôle de conventionnalité, et donc les traités, prennent dans l'ordre interne plus de place que le contrôle de conventionnalité et donc que la Constitution. Une telle orientation doit, comme l'avaient proposé M. Badinter en 1989, le comité Vedel en 1993 et le comité Balladur en 2007, tout à la fois conduire à confier au Conseil d'État et à la Cour de cassation un rôle de saisine du Conseil constitutionnel et ne conférer qu'à ce dernier le pouvoir de censurer une loi au motif qu'elle est non conforme à la Constitution. C'est l'orientation reprise, pour les lois postérieures à 1958, dans le projet du gouvernement.

83

D'autres options constitutionnelles apparaissent radicales. Ainsi le président Pierre Mazeaud avance que « plutôt que de rentrer dans un véritable système nouveau, enlevons au juge le contrôle de la conventionnalité et donnons-le, en modifiant la Constitution, au Conseil constitutionnel⁷ ». Olivier Dutheillet de Lamothe souligne qu'un tel retour en arrière n'est pas envisageable : « Le juge administratif comme le juge judiciaire ont pris goût au fruit défendu. Personne ne les chassera du paradis juridique où, poussés par le Conseil constitutionnel, ils ont pénétré... Qu'on le déplore ou qu'on l'approuve, cette situation est irréversible⁸. »

À la réforme sur l'exception d'inconstitutionnalité peuvent en revanche s'ajouter d'autres évolutions jurisprudentielles. Ainsi certains, avec Guy Carcassonne⁹, incitent le Conseil constitutionnel à revenir sur sa jurisprudence dite *IVG* de refus de contrôle de la conventionnalité de la loi. D'autres soulignent au contraire, avec Bruno Genevois¹⁰, les inconvénients qu'aurait un tel revirement de jurisprudence. Les premiers mettent en avant l'apport à l'effectivité de la hiérarchie des normes de cette évolution qui pourrait s'appuyer sur la proximité des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité. Les seconds

7. *Ibid.*

8. « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 315 *sq.*

9. Voir « La Constitution, le traité et la loi : contribution au débat sur la hiérarchie des normes », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, n°7.

10. *Ibid.*

redoutent que celle-ci ne soit source de rigidités alors que le contrôle *a priori* n'offre pas les marges de manœuvre du contrôle diffus de conventionnalité. En outre, le Conseil constitutionnel pourrait, le cas échéant, se retrouver en porte à faux face aux Cours de Luxembourg et de Strasbourg.

Au regard de ces deux analyses, la nécessité de distinguer le droit international et le droit européen apparaît, en tout état de cause, nécessaire. La France est en effet liée par 7 400 traités dont 1 700 accords multilatéraux. Il apparaît impossible que le Conseil constitutionnel vérifie leur respect, *a priori*, dans le cadre de l'article 61 de la Constitution. La conformité des lois au droit européen ne pose pas les mêmes problèmes. C'est pourquoi le Conseil constitutionnel a pu censurer une disposition législative transposant une directive communautaire contraire à cette dernière (n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006).

84

Cette diversité de points de vue souligne l'actualité de la réflexion relative à l'effectivité du contrôle de la hiérarchie des normes. La V^e République n'a pas, contrairement à ce qui avait pu être pensé dans les années 1970 à 1990, atteint son équilibre en ce domaine. Des évolutions se produiront encore à l'avenir. Il paraît important qu'elles respectent trois principes simples. Le premier est celui de l'effectivité de la hiérarchie des normes, qui ne peut être fictive mais doit être effective avec à son sommet une Constitution vivante que s'approprient les citoyens-requérants. Le deuxième est la spécificité du droit européen, qui appelle des réponses distinctes du droit international. Le troisième est le nécessaire dialogue des juges. La France compte trois Cours suprêmes. Aucune solution favorable à l'État de droit ne se bâtera au détriment de cet équilibre. Le dialogue des juges, et donc la cohérence des compétences respectives, est la condition d'une évolution fructueuse des systèmes de contrôle. Dans le cas contraire, comme le souligne Anne Levade, l'uniformité du contrôle de constitutionnalité exercé par ces Cours suprêmes serait menacée, notamment pour les actes de transposition des directives communautaires¹¹.

Dans le présent numéro de *Pouvoirs*, les contributions de Guy Carcassonne et Yves Mény soulignent qu'à certains égards la V^e République est immuable ou que ses mœurs semblent irréformables. Au

11. « Constitution et transposition des directives communautaires », *RFDA*, mai-juin 2007, p. 564 *sq.*

regard de ces constantes du régime depuis cinquante ans, il faut, en sens contraire, relever l'évolution profonde de la Constitution face aux normes européennes et internationales. Ces évolutions se sont faites avec l'accord du constituant lors des réformes successives du texte de 1958. Un équilibre semblait avoir été progressivement atteint tant dans la hiérarchie des normes que dans le contrôle des juges. Cependant cet équilibre n'est pas pérenne. Il est déjà renouvelé. L'union libre qui gouvernait les rapports entre droit constitutionnel et droit européen cède la place à des rapports organisés, proches du PACS mais pas encore du mariage. Cette situation appelle d'autres évolutions. Celles-ci doivent veiller, autour de la suprématie du pacte social, à organiser la cohérence des contrôles.

R É S U M É

Avec la V^e République, à la suite d'une révolution juridique tranquille, la France a connu, pour la première fois, une hiérarchie des normes effective et contrôlée. Sous l'influence européenne, du fait tant de la primauté du droit communautaire que de la nécessaire transposition des actes de droit dérivé, cet équilibre est en cours de renouvellement. Il appelle d'autres évolutions qui doivent veiller, autour de la place première de la Constitution, à la cohérence des contrôles.