
Que faut-il penser de la décision 2004-496 du Conseil constitutionnel français ?¹

Olivia TAMBOU, Maître de conférences en droit public de l'Université d'Angers, membre du Centre de Recherches Européennes de Rennes- CEDRE (IODE, UMR-CNRS 6050) Université de Rennes I, Pôle européen Jean Monnet

A l'heure où la France commémore ses temps glorieux rendant d'autant plus cuisant le sentiment du déclin de son influence en Europe², le Conseil constitutionnel vient de rendre une décision³ qui semble participer à ce psychodrame national. Dès sa publication cette décision a fait l'objet de commentaires aussi nombreux⁴ que contradictoires. Instrumentalisée par les uns pour sonner le glas de la Constitution française car elle consacrerait la primauté du droit communautaire sur la Constitution⁵. Elle est défendue par d'autres comme « *l'aboutissement logique de sa jurisprudence traditionnelle. Loin de reconnaître la*

¹ Article publié en espagnol sous le titre **El Consejo constitucional francés y la relación del derecho comunitario con la constitución francesa. A propósito de la importante sentencia del Consejo constitucional francés del 10 de junio 2004**, Revista española de derecho europeo n°12 octobre-décembre 2004

² V. J. Floch, informe de la Asamblea Nacional N°1594, 12 de Mayo 2004, La présence et l'influence de la France dans les institutions nationales, V. <http://www.assemblee-nat.fr/12/europe/rap-info/i1594.asp#TopOfPage>; Amiral Jacques LANXADE, Organiser la politique européenne et internationale de la France, Commissariat Général au Plan, décembre 2002, 222 paginas. http://www.ladocumentationfrancaise.fr/cgi-bin/brp/telestats.cgi?brp_ref=024000641&brp_file=0000.pdf. En reacción V. M. Barnier, Cessons de nous dénigrer, Le Figaro 26 de agosto 2004, Véase también nuestro artículo Francia y el debate sobre el futuro de la Union Europea, REDE número 6 2003, y el informe de Pierre Lequiller, de la Asamblea Nacional, 01/07/2004, La constitution européenne, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/europe/rap-info/i1710.asp#TopOfPage>, que constan una cierta influencia de Francia en el contenido del proyecto final de la Constitución europea

³ Conseil constitutionnel, décision 2004-496 DC, 10 de Junio 2004, sur la loi pour la confiance dans l'économie numérique, V. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004496/index.htm>

⁴ Anne Levade, Les Sages ne disent pas ce qu'on voudrait leur faire dire ! Le Figaro, 18 de junio 2004 ; Hervé Gattegno et Christophe Jakubyszyn, Le droit européen prime désormais sur la Constitution française, Le Monde, 17 de Junio 2004 ; Jean Luc Sauron, Fabrice Claireau, Le contrôle de la constitutionnalité en débat, Le Figaro, 28 de Junio 2004 ; Bernard Mathieu, Le Conseil constitutionnel conforte la construction européenne en s'appuyant sur les exigences constitutionnelles nationales, Recueil Dalloz 2004, n°25, p. 1739 ; Jean Eric Schoettl, Les Petites Affiches(adelante LPA) 7 de Julio 2004 n°135 p.-6-14 ; Florence Chaltiel, Le Conseil constitutionnel au rendez vous de la Constitution européenne, à propos de la décision du 10 juin 2004 dans un contexte constitutionnel européen) LPA 14-15 julio 1004 n°140-141, p. 3-7 ;La Constitution, toute la Constitution, rien que le droit communautaire (remarques à vif à propos de la décision du conseil constitutionnel du 10 juin 2004 n°2004-496) , LPA 12de agosto 2004 n°135 p.16-22

⁵ V. Philippe de Villiers, Un commissaire Stewart pour la France, Le Figaro 26 de agosto 2004 « Cet eurocamouflet s'inscrit dans une suite logique, une logique d'abandon. La cueillette estivale est révélatrice : le 15 juin, le secrétaire général du Conseil constitutionnel annonce que notre Cour suprême vient de décider que le «*droit européen primerait désormais sur la Constitution française*» ; et il s'abandonne à une confiance vite ravalée comme une gaffe : «*la décision date du 10 juin*». Les élections européennes ayant lieu le 13 juin, le choix a été fait d'annoncer cette révolution juridico-politique le 15 juin seulement, pour éviter que «*certaines souverainistes n'exploitent cet argument, ce qui aurait été fâcheux*». Si je comprends bien, «*il eût été fâcheux*» que le peuple fût informé. Car il faut que le peuple continue à se croire souverain pour que nos élus continuent à faire croire qu'ils le représentent et qu'ils le gouvernent. »

*primauté du droit européen sur le droit national le juge constitutionnel ouvre la voie à un renforcement de son propre contrôle. ».*⁶

Faut-il entendre par-là que la décision 2004-496 reflète l'ambiguïté originelle de la position du juge constitutionnel français au regard de la construction et du droit communautaire? La création du Conseil constitutionnel est postérieure aux Traités fondateurs qui ont été adoptés en France sans aucun contrôle préventif de leur constitutionnalité. Les décisions prises par la suite par le Conseil constitutionnel en matière communautaire ont toujours été contrastées⁷.

Jusqu'à présent le juge constitutionnel français avait toujours rendu des décisions en parfaite orthodoxie avec l'ordre juridique communautaire lorsqu'il était saisi dans le cadre de l'article 61 de la Constitution pour vérifier la constitutionnalité des lois. Sa décision du 15 janvier 1975 dite IVG⁸ avait été capitale pour faire évoluer la position des juridictions ordinaires françaises⁹ qui se déclaraient incompétentes pour reconnaître la suprématie des normes internationales y compris communautaires sur les lois nationales postérieures¹⁰. En affirmant qu'écarter une loi au profit d'un traité ne revenait pas à exercer un contrôle de la constitutionnalité de cette loi, le juge constitutionnel français invita les juges ordinaires à sanctionner eux même la primauté du droit communautaire sur les lois internes. L'acceptation complète de la primauté du droit communautaire sur les lois françaises par les juridictions ordinaires n'avait été rendue possible qu'après cette intervention salutaire de la juridiction constitutionnelle¹¹.

Les décisions rendues par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle préventif de la constitutionnalité des Traités¹² comportaient souvent des affirmations maladroites restées sans conséquences. Dans sa décision du 30 décembre 1976, le juge constitutionnel français avait par exemple souligné que « *Si le Préambule de 1946, confirmé par celui de 1958, dispose que sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix, aucune disposition de nature constitutionnelle n'autorise les transferts de tout ou partie de la souveraineté nationale à quelque organisation internationale que ce soit* ».¹³ La doctrine française s'est épuisée à essayer de comprendre la distinction entre limitations de souveraineté considérées comme licites (c'est à dire ne supposant pas une révision constitutionnelle) et transfert de souveraineté nécessitant une

⁶ Anne Levade, op.cit.

⁷ V. nuestra tesis, Les rapports entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques français et allemand

⁸ V. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1974/7454dc.htm>

⁹ V. CE 1^{er} mars 1968, Syndicat général des fabricants de semoules en France, Lebon p.149, AJDA 1968 p.235, concl. Mme Question.

¹⁰ El principio Lex posteriori derogat lex priori permitió la consagración de la primacía del derecho comunitario sobre las leyes anteriores

¹¹ V. Cour de Cassation, 24 de mayo 1975, Société des cafés Jacques Vabre, D. 1975.497 ; Conseil d'Etat 20 de octubre 1989 - Nicolo - Rec. Lebon p. 190

¹² Art . 54 de la constitución

¹³ Conseil constitutionnel, Sentencia 76-71, V. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1976/7671dc.htm>

adaptation constitutionnelle de l'ordre juridique français. L'approche conceptuelle du juge constitutionnel semblait renvoyer à la différence entre les organisations dites de coopération et celle d'intégration niant ainsi toute spécificité aux Communautés européennes¹⁴. Cette distinction a finalement été abandonnée en 1992 lors du contrôle de la constitutionnalité du Traité de Maastricht. Désormais le juge constitutionnel français entend simplement vérifier si le Traité communautaire que l'on s'apprête à ratifier comporte des dispositions contraires à la Constitution ou mettant en cause les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

La finalité spécifique du contrôle de la procédure de l'article 54 explique sans doute pour une large part les débordements verbaux du juge constitutionnel. Il s'agit de permettre l'adaptation préventive de la Constitution aux Traités que la France souhaite ratifier. Les décisions relatives au Traité de Maastricht et d'Amsterdam ont ainsi conduit à la constitutionnalisation de l'engagement de la France dans la construction communautaire¹⁵.

Saisi dans le cadre de l'article 61 de la Constitution, le juge constitutionnel français peut avoir à assurer l'application effective des normes communautaires tout comme les juges ordinaires. Ce dédoublement fonctionnel était au cœur de la décision 2004-496. Le juge avait été saisi de la loi pour la confiance légitime dans l'économie numérique venant transposer la directive 2000/31 du Parlement européen et du Conseil. Les députés et sénateurs requérants estimaient que les dispositions relatives à la responsabilité des hébergeurs en raison des contenus portaient atteinte à la liberté de communication proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et à l'article 66 de la Constitution, aux droits de la défense ainsi qu'au droit à un procès équitable. Le juge constitutionnel français se devait donc de préciser jusqu'où son contrôle de la constitutionnalité de cette loi pouvait aller sans remettre en cause l'engagement communautaire de la France.

La décision 2004-496 semble marquer les limites de l'acceptation par le juge constitutionnel des implications de ce dédoublement fonctionnel lorsqu'il est saisi dans le cadre de l'article 61 de la Constitution. (I) L'ambiguïté des propos du juge constitutionnel français cristallise l'état actuel des épineuses questions liées au processus de constitutionnalisation de l'UE en France. Elle permet ainsi d'anticiper le débat français autour de la ratification de la Constitution européenne (II)

¹⁴ V. C. Blumann, RGDI 1978, p. 591 ; R. Kovar, D. Simon, RTDE 1977 p. 689

¹⁵ V. Título XIV « Des Communautés et de l'Union ». art. 88-1 hasta 88-4.

I- Le dédoublement fonctionnel du juge constitutionnel français

Dans sa décision 2004-496, le juge constitutionnel se déclare incompétent pour examiner la constitutionnalité de l'article 6 de loi sur l'économie numérique parce qu'il transpose strictement les termes de l'article 14 de la directive communautaire 2000/31. C'est ce que certains ont appelé la « *théorie de la directive écran* »¹⁶. Cette position finale pourrait à laisser penser que le juge constitutionnel se pose en garant de l'ordre juridique communautaire si elle n'était pas assortie de réserves visant à rappeler que le Conseil constitutionnel est avant tout garant de l'ordre juridique constitutionnel français.

A- Le CC garant de l'ordre juridique communautaire ?

Dans sa décision le juge constitutionnel français ne se contente pas de constater qu'il est incompétent pour examiner la constitutionnalité d'une disposition législative qui serait le décalque exact d'une disposition d'une directive. Il rappelle que seule la CJCE peut examiner la validité d'une directive au regard du droit communautaire notamment au regard des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du TUE. Le juge constitutionnel français souligne que ce contrôle direct des directives peut d'ailleurs être l'objet d'une coopération judiciaire. Il appartient aux juridictions nationales dans le cadre d'un recours préjudiciel de saisir la CJCE d'une telle question. Cette position est en parfait accord avec la jurisprudence de la CJCE¹⁷. Sur le plan procédural, la possibilité pour les cours constitutionnelles des Etats membres de poser des questions préjudicielles à la CJCE soulève des problèmes délicats¹⁸. Il n'est pas certain que le Conseil constitutionnel français constitue une juridiction au sens de l'article 234 du TCE lorsqu'il statue comme ici dans le cadre de l'article 61 de la Constitution. La jurisprudence constante de la CJCE¹⁹ exige la présence d'un litige devant l'institution en cause²⁰. Or ce critère fait défaut lorsque le juge constitutionnel est saisi par les députés et sénateurs français pour vérifier la constitutionnalité d'une loi avant sa promulgation, ce qui est le principe de la procédure prévue à l'article 61 de la Constitution. Il faut donc en déduire que les propos du juge constitutionnel s'adressent avant tout aux juridictions ordinaires, en particulier aux Cours suprêmes que sont le Conseil d'Etat et Cour de Cassation.

¹⁶ V. Bernard Mathieu, *op.cit.* D. 2004, p. 1739.

¹⁷ V. TJCE 22 de octobre 1987 Foto Frost

¹⁸ V. Jacques Pertek, *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire, coopération entre CJCE et juges nationaux*, Paris, Litec 2001, p.105.

¹⁹ V. TJCE 30 de Junion 1966 Vaasen Goebbels, as. 61/65, Rec. P.377

²⁰ V. P.Y. Monjal, LPA, *op.cit.* p. 18-19.

L'incompétence de principe du juge constitutionnel pour vérifier la constitutionnalité d'une loi transposant une directive s'inscrirait dans la logique de sa jurisprudence²¹. Dans sa décision 77-90 du 30 décembre 1977²² dite isoglucose, le Conseil constitutionnel avait renoncé à sanctionner l'inconstitutionnalité d'une loi de finances qui tirait les conséquences d'un règlement communautaire. Les parlementaires qui avaient saisi le Conseil constitutionnel critiquaient le fait que la loi de finances se bornait à leur demander de régler les modalités de recouvrement non fixées par le règlement communautaire. Ils invoquaient une violation de l'article 34 de la Constitution selon lequel le parlement est compétent pour fixer les règles relatives à l'assiette et au taux des impositions. Le juge constitutionnel considéra que l'engagement communautaire souscrit par la France s'imposait aux parlementaires. Ils ne pouvaient pas invoquer utilement l'article 34 de la Constitution. Le règlement communautaire faisait ainsi écran à l'application habituelle des compétences du Parlement français telle qu'elle découlait de la Constitution. Certains commentateurs avaient alors déduit que le juge constitutionnel français paraissait avoir accepté la primauté des règlements communautaires y compris sur les normes constitutionnelles telles que l'article 34²³.

La position du juge constitutionnel français au regard du contrôle de la constitutionnalité du droit communautaire dérivé était loin d'être parfaitement arrêtée. Ainsi dans sa décision 78-100 du 20 décembre 1978²⁴, il avait accepté de vérifier la constitutionnalité de dispositions d'une loi de finances relatives à l'adaptation de la législation sur la TVA à la 6^{ème} directive du Conseil des Communautés. Certes, il avait au fond rejeté tout motif d'inconstitutionnalité, mais il ne semblait pas remettre en cause ses possibilités de contrôle.

Dans sa décision 2004-496, le Conseil constitutionnel affirme cette fois-ci que la transposition d'une directive ne peut en principe être mise en échec par un contrôle de la constitutionnalité de la loi de transposition. Il s'agit de tirer toutes les conséquences y compris constitutionnelles de l'engagement communautaire de la France. Le juge constitutionnel en 2004 s'appuie d'ailleurs sur l'article 88-1 de la Constitution pour affirmer que la transposition des directives est une « exigence constitutionnelle »²⁵.

²¹ V. Comentario de los propios servicios del Conseil constitutionnel, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc17/jurisp496.htm>

²² V. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1977/7790dc.htm>

²³ V. Pierre Avril et Pierre Gicquel, Pouvoirs n°8 1979 y P; Gaïa, Le Conseil constitutionnel et l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique français », Paris Economica, p. 56-57

²⁴ V. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1978/78100dc.htm>

²⁵ Cabe recordar que Francia es el último estado miembro en la transposición de directivas del mercado interior aunque el gobierno y el parlamento intentaron de tomar medidas para mejorar esta situación. V. C. Philip, informe Asamblea Nacional n°1709, 01/07/2004, La transposition des directives européennes, V. <http://www.assemblee-nat.fr/12/europe/rap-info/i1709.asp#TopOfPage>

Cela pose alors la question de savoir jusqu'à quel point, le Conseil constitutionnel peut-il se porter garant de l'ordre juridique communautaire en se fondant sur cette exigence constitutionnelle ? Peut-il aller jusqu'à vérifier la manière dont le législateur français accompli sa tâche de transposition ? Si la transposition est considérée comme une exigence constitutionnelle, le juge devrait pouvoir vérifier si le législateur respecte cette exigence.

Jusqu'à présent, le juge constitutionnel ne s'est livré à un tel contrôle que dans sa décision 98-400.²⁶ Le contexte était très spécifique. Le juge avait été saisi de la loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales et portant transposition de la directive 94/80 CE du 19 décembre 1994. Dans cette décision, le juge français se fondant sur l'habilitation constitutionnelle de l'article 88-3 s'est livré à un examen minutieux de la compatibilité de la loi organique au regard du droit communautaire notamment de la directive 94/80.

Au-delà de cette habilitation spécifique de l'article 88-3, l'article 88-1 comporterait-il une habilitation générale permettant au juge constitutionnel de vérifier la compatibilité des lois aux directives qu'elles entendent transposer ? La question mérite d'être posée car elle remettrait en cause au moins partiellement la jurisprudence traditionnelle précitée dite IVG. Selon cette décision, *« il n'appartient pas au 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 »*.²⁷ Ce possible revirement jurisprudentiel est évoqué à demi-mot par certains. *« Ne pourrait-on imaginer qu'un jour le Conseil constitutionnel soit tenté de considérer qu'une loi opérant une mauvaise transposition d'une directive est, par ce seul fait, contraire à la Constitution en ce qu'elle porte atteinte à l'exigence constitutionnelle de participation aux Communautés et l'Union européenne énoncée par l'article 88-1 ? »*²⁸

L'avenir de la jurisprudence IVG a souvent fait l'objet de controverses doctrinales²⁹ qui pourraient bien se raviver. Une telle remise en cause ne manquerait pas d'avoir des implications importantes dans les relations entre le Conseil constitutionnel et les juridictions

²⁶ V. Bruno Genevois, Le droit de vote des citoyens de l'Union européenne aux élections municipales : un contrôle à quadruple détente, RFDA 1998 p. 672.

²⁷ V. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1974/7454dc.htm>

²⁸ V. Anne Levade, op.cit.

²⁹ V. Guy Carcassonne Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975, Les cahiers du Conseil constitutionnel n°7 1999, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc7/carcassonne.htm> Bruno Genevois, Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 ?; Les cahiers du Conseil constitutionnel n°7 1999, p. 101, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc7/genevois.htm>

ordinaires administratives et judiciaires françaises. Ces juridictions ordinaires ont encore pour l'instant le monopole du contrôle de la conventionalité des lois.

Si le juge constitutionnel se pose en garant de l'ordre juridique communautaire, en s'appuyant sur une exigence constitutionnelle nationale il rappelle également qu'il est avant tout le garant de l'ordre juridique constitutionnel français.

B- Le CC garant de l'ordre juridique constitutionnel français

L'affirmation selon laquelle la transposition des directives constitue une exigence constitutionnelle sans qu'il soit précisé qu'il s'agit aussi voire avant tout d'une exigence communautaire n'est guère surprenante. Le juge constitutionnel français comme d'ailleurs l'ensemble des Cours suprêmes françaises n'a jamais été très enclin à reconnaître la spécificité des Communautés européennes. Certes, le juge constitutionnel ne considère plus que les Communautés sont des organisations internationales quelconques comme dans sa décision de 1976. Depuis sa décision de Maastricht de 1992, il assimile la Communauté à une « *organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décisions par l'effet de transferts de compétences consenties par les Etats membres.* »³⁰ Cette formulation est assez proche de celle retenue par la CJCE dans son célèbre arrêt *Costa C/ Enel*³¹. Selon la CJCE, les Traités communautaires ont institué « *Une Communauté de durée illimitée, dotée (...) de la personnalité juridique, (...) et de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des Etats membres à la Communauté* ». Toutefois, dès lors qu'il s'agit d'affirmer la primauté du droit communautaire l'ensemble des juridictions françaises se fonde sur l'article 55 de la Constitution française et non sur la spécificité de l'ordre juridique communautaire et la jurisprudence de la CJCE. Ces divergences conceptuelles entre la CJCE et les juridictions françaises sont anciennes. Elles témoignent de l'impossibilité pour les juridictions françaises de s'affranchir de leur ordre juridique de rattachement d'une part et d'autre part de la difficulté pour l'ordre juridique communautaire de s'affranchir de son origine internationale.

Dans ce contexte, seul l'ordre juridique constitutionnel peut offrir une reconnaissance spécifique de la construction communautaire légitimement utilisable par les juridictions nationales. Ainsi dans sa décision 2004-496, le juge constitutionnel prend acte des conséquences de la constitutionnalisation de l'engagement communautaire de la France

³⁰ V. Considerando nº13 de la Sentencia 92-308 del 9 de Abril 1992 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/divers/nn/92308dc.htm> como el Considerando nº 6 de la Sentencia 97-394 del 31 de diciembre 1997 relativa a la ratificación del Tratado de Amsterdam, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1997/97394dc.htm>

³¹ TJCE Sentencia de 15.7.1964 *Costa c. Enel*, asunto 6/64

en se fondant sur l'article 88-1 de la Constitution. L'insertion de cette disposition dans la Constitution française a transformé la transposition en une exigence constitutionnelle.

Mais le juge constitutionnel français estime que cette exigence bien que constitutionnelle n'est pas inconditionnelle. Elle pourrait être suspendue « *en raison d'une disposition expresse contraire à la Constitution* ». Il s'agit là d'une réserve constitutionnelle de taille dont il n'est pas facile de comprendre la portée.

S'agit-il simplement de rappeler que l'engagement communautaire de la France n'est pas illimité et que ce qui a été fait par le peuple souverain français peut être défait par lui? En d'autres termes, il s'agirait de souligner la primauté de la volonté de constituant. L'insertion d'une disposition constitutionnelle contraire à une norme communautaire pourrait faire échec à la transposition d'une directive. La transposition des directives constitue une exigence constitutionnelle aussi longtemps que le constituant français ne s'y oppose pas.

Faut-il alors y voir une volonté du juge constitutionnel français de se rallier des années après à la célèbre et désormais traditionnelle jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande ? Si une directive remet en cause une disposition constitutionnelle expresse, le juge constitutionnel français pourrait s'opposer clairement à la transposition de cette directive. Une telle approche est contraire à la jurisprudence constante de la CJCE qui considère qu'un « *Etat membre ne saurait exciper de difficultés internes ou de dispositions de son ordre juridique national, même constitutionnel justifier le non-respect des obligations et délais résultant de directives communautaires.* »³²

De son côté le juge constitutionnel allemand a eu l'occasion de nuancer sa jurisprudence. Dans sa décision Solange I du 29 mai 1974 , il s'est déclaré compétent pour vérifier si le droit communautaire secondaire respecte la protection inaliénable des droits fondamentaux de la Grundgesetz tant que la protection des droits fondamentaux au niveau communautaire n'était pas suffisamment élaborée. Ce type de contrôle a posteriori s'exercerait à travers les lois de ratification des Traités qui permettent la pénétration du droit communautaire dans l'ordre interne allemand.

Dans sa décision Solange II du 22 octobre 1986, le juge constitutionnel allemand a inversé sa formule au vu de l'évolution de la jurisprudence de la CJCE en matière de droits fondamentaux. La Cour constitutionnelle allemande (CCF ci-après) a en conclut que tant que la protection des droits fondamentaux serait suffisamment assurée par la CJCE, elle accepterait de ne plus exercer sa compétence de contrôle de la constitutionnalité du droit

communautaire au regard des droits fondamentaux de la Grundgesetz. La suspension de la compétence de la Cour allemande est liée au niveau global de la protection des droits fondamentaux dans la Communauté. Ce niveau doit être comparable à celui garanti par la Grundgesetz (ci-après G.G) c'est à dire que la substance ou le noyau dur des droits fondamentaux allemands doit être protégé au niveau communautaire.

Dans sa décision du 12 octobre 1993 relative à la ratification du Traité de Maastricht, la CCF tout en consacrant a priori la constitutionnalité du Traité maintient toujours sa compétence de principe pour contrôler le respect du noyau dur de l'ordre constitutionnel allemand et en particulier le respect des droits fondamentaux. Bien que la position de la CCF soit ambiguë, elle doit s'analyser à l'aune de la jurisprudence antérieure Solange II et non comme un Solange III. Toutefois dans cette décision la CCF semble beaucoup plus disposée à vérifier si l'UE, et la CJCE assurent une garantie du standard de protection indispensable aux droits fondamentaux tels que l'exigent la G.G. Contrairement à la décision Solange II, la CCF ne donne aucun satisfecit à propos de la protection communautaire des droits fondamentaux.

En outre en s'appuyant sur le principe de démocratie, le juge constitutionnel s'est déclaré compétent pour vérifier si « *les actes juridiques des institutions ou des organes européens se tiennent dans les limites des droits de souveraineté concédés à eux ou s'ils s'en écartent* » Autrement dit, la CCF revendique le droit de vérifier si les actes de droit communautaire dérivé restent dans les limites des compétences transférées à la Communauté : sorte de contrôle de l'excès de pouvoir des organes communautaires. Mais la manière dont devrait s'exercer cette compétence susceptible d'être partagée avec les juridictions ordinaires n'a pas été véritablement précisée.

D'une manière générale la décision du 12 octobre 1993 a été rendue dans un contexte politique très eurosceptique. L'objectif de la CCF a bel et bien été de rappeler son rôle d'encadrement du processus de l'intégration communautaire et la nécessité pour ce processus de respecter l'identité allemande. C'est sans doute la raison pour laquelle la CCF a été amenée à préciser la portée de cette décision récemment.

Dans sa décision du 7 juillet 2000 relative au règlement du marché de la banane, la CCF se livre à une interprétation de sa décision de 1993 marquée par le souci d'apaisement de ses relations avec la CJCE. Sans doute l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux, initiative allemande peut-elle expliquer ce changement de politique jurisprudentielle. Dans cette nouvelle décision la CCF s'emploie à marquer la continuité de sa jurisprudence entre sa décision Solange II et sa décision Maastricht. Elle estime notamment que les recours

³² TJCE 06.05.1980, Comisión c/ Belgique, Asunto 102/79, Rec. P. 1473.

constitutionnels et les renvois préjudiciels ayant pour objet de lui faire contrôler la constitutionnalité du droit communautaire dérivé sont « *d'emblée irrecevables, sauf si leur motivation démontre que le droit européen notamment la jurisprudence de la CJCE se situe en dessous du niveau requis de protection des droits fondamentaux fixés à la suite de la décision Solange II* ». D'une manière générale la CCF montre dans cette dernière décision sa volonté de mieux coopérer avec la CJCE.

Ainsi on peut affirmer que le droit communautaire en vigueur bénéficie d'une simple présomption de constitutionnalité au sein de l'ordre juridique allemand. Il s'agit d'une présomption simple puisque le juge constitutionnel allemand s'est ménagé la possibilité d'examiner ultérieurement la constitutionnalité du droit communautaire. Même si l'on peut penser que l'activation de la compétence de la CCF demeure hypothétique. Cette jurisprudence peut s'analyser comme une sorte de leitmotiv ayant avant tout un rôle pédagogique. Toutefois la position de la CCF tend à placer l'intégration communautaire sous contrôle perpétuel.

C'est bien également ce que le juge constitutionnel semble vouloir faire à travers cette récente décision. Mais la compétence de contrôle du conseil constitutionnel français ne semble pas limitée à l'examen du respect des droits fondamentaux par les directives communautaires à travers leur loi de transposition. Le juge constitutionnel évoque simplement l'existence d'une disposition constitutionnelle contraire sans autre précision. Si l'hypothèse devrait être pratiquement exceptionnelle, elle semble aller bien au-delà des propos de son homologue allemand. En outre, il a été prétendu que les propos du juge constitutionnel français pourrait s'analyser comme une sorte d'habilitation lancée aux juges ordinaires³³. L'argument mérite d'être développé. Examiner la constitutionnalité d'une loi qui serait le décalque d'une directive communautaire, ce serait en réalité examiner la constitutionnalité de cette directive. Or les juridictions ordinaires considèrent que suprématie des engagements internationaux telle qu'elle découle de l'article 55 de la Constitution « *ne s'applique pas dans l'ordre interne aux dispositions de nature constitutionnelle* »³⁴. Autrement dit, il est possible d'imaginer que les juridictions ordinaires décident de déclarer inapplicable une loi transposant fidèlement une directive en raison de l'inconstitutionnalité même de cette directive.

³³ V. Pierre-Yves Monjal, *op.cit.* LPA p. 20 et s.

³⁴ V. Conseil d'Etat, 30/10/1998, Sarran Levacher, L. Favoreu, H. Oberdorff, *Droit constitutionnel, et droit communautaire*, RMC 2000 P. 94 ; Grands arrêts de la jurisprudence administrative n°108, p. 789 ; L'accord de Nouméa, l'arrêt Sarran et ses suites, RFDA 1999, p. 57 ; Conseil d'Etat, 3 décembre 2001 Syndicat national de l'industrie pharmaceutique, A. Rigaux, D. Simon, *Summus jus, summa injuria*, Europe avril 2002 p.3 ; F. Chaltiel, *La boîte à Pandore des relations entre la constitution française et le droit communautaire*, RMUE 2002 p. 595 ; Cour de Cassation 2/06/2000, Fraisse V. X. Prétot, *La Cour de Cassation, la Constitution et les Traités*, RDP 2000, p. 1037

La décision 2004-496 pourrait alors avoir des implications particulièrement importantes. Dans l'hypothèse où les juridictions suprêmes françaises laisseraient inappliquée une directive communautaire en raison de son inconstitutionnalité, la responsabilité de l'Etat français pourrait être engagée³⁵. La France pourrait également faire l'objet d'un recours en manquement. Demeurer pendant longtemps une hypothèse d'école, la CJCE a récemment admis implicitement la possibilité d'un recours en manquement du fait de la jurisprudence d'une juridiction nationale³⁶.

Dans sa décision 2004-496, le juge constitutionnel français n'a envisagé que l'hypothèse où les dispositions législatives reproduisaient fidèlement une directive communautaire. Ces dispositions législatives étaient présentées comme les « *conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises* » de disposition de la directive communautaire. Il est assez curieux que le juge constitutionnel emprunte ici largement aux critères de l'effet direct. En droit communautaire l'obligation de transposition s'étend à l'ensemble des directives sans distinction. Seule la condition relative à la clarté fait défaut. Le juge constitutionnel se garderait donc le soin de déterminer lui-même le sens des dispositions des directives. Cela trancherait avec les propos précités relatifs à la compétence de la CJCE en ce qui concerne le renvoi préjudiciel. Certes le juge constitutionnel évoquait essentiellement le renvoi en appréciation de la validité.

Rendue quelques jours plus tard, la décision 2004-497³⁷ va un peu plus loin. Le juge constitutionnel se déclare compétent pour contrôler la constitutionnalité de la loi de transposition dans ses dispositions qui ne sont pas le décalque de la directive. En l'espèce, le juge constitutionnel avait été saisi afin de contrôler la constitutionnalité de la loi relative aux communications électroniques, loi servant à la transposition de la directive 2002/19 du Conseil du 7 mars 2002. Le juge a alors isolé les dispositions de l'article 70 de cette loi qui ne se bornaient pas à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de la directive en reprenant les mêmes considérants que dans sa décision 496. Il a ensuite examiné la constitutionnalité des dispositions détachables de la directive qu'il a finalement considérées comme ne portant pas atteinte au principe de la liberté d'expression, ni à la liberté d'entreprendre, ni à la liberté contractuelle.³⁸

Ainsi dans une telle hypothèse, le conseil constitutionnel retrouve complètement son rôle de garant de l'ordre constitutionnel français. Le contrôle du juge constitutionnel porte sur la

³⁵ V. TJCE 30.09.2003, Köbler, Asunto 224/01

³⁶ V. TJCE, 9.12.2003, Comisión c. Italie, asunto 129/00, D. Simon, La condamnation indirecte du "manquement judiciaire": le juge national doit être asservi par le législateur au respect du droit communautaire, Revue Europe Marzo 2004, p. 8.

³⁷ V. Sentencia 01.07.2004, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004497/2004497dc.htm>

³⁸ V. considerando 20

manière dont les autorités législatives ont exercé la marge de manœuvre laissée par la directive pour assurer les obligations de résultat qu'elle comporte. Tout au plus ce contrôle pourrait amener le législateur à adapter les dispositions législatives censurées par le juge constitutionnel avant l'expiration du délai de transposition afin de permettre une transposition entière de la directive. Tel n'était pas le cas dans le cadre de la décision 497 car la disposition en cause ajoutait une obligation qui ne figurait pas réellement dans la directive. Mais cet exemple jurisprudentiel amène à se demander comment le juge constitutionnel réagira lorsqu'il s'agira d'une disposition nationale qui sera la conséquence nécessaire d'une disposition non inconditionnelle et précise d'une directive qui fera partie intégrante de l'obligation de transposer. On pense à une disposition qui laisse une alternative aux autorités nationales compétentes mais qui serait nécessaire pour la transposition de la directive. Le juge constitutionnel se déclarera-t-il également compétent pour contrôler la constitutionnalité d'une telle disposition législative de transposition ?

La décision 2004-496 laisse son lecteur à bien des égards perplexe. Que peut donc signifier les propos du juge constitutionnel français au moment même où les chefs d'Etat et de gouvernement viennent d'adopter le projet de Traité portant Constitution européenne ? Faut-il y voir un avertissement lancé par les Sages au gouvernement français ou à la CJCE ? Faut-il y voir la volonté du juge constitutionnel de renforcer ses pouvoirs de contrôle sur la construction communautaire ? Peut-être s'agit-il tout simplement d'un moyen pour le Conseil constitutionnel d'anticiper les enjeux du débat autour de la ratification de la Constitution européenne.

II- L'anticipation du débat autour de la ratification de la Constitution européenne

La décision 496 du Conseil constitutionnel relance la question du statut du droit communautaire dérivé en France. En soulignant que les directives pourraient comporter des dispositions contraires à une disposition expresse de la Constitution française, le juge constitutionnel ouvre de nouveau le débat sur la nécessité d'un contrôle de la constitutionnalité du droit communautaire dérivé. (A) Mais bien au-delà, en s'appuyant sur l'article 88-1 de la Constitution pour fonder une présomption de primauté du droit communautaire dérivé sur la Constitution, le juge constitutionnel nous amène à nous interroger sur l'avenir de la constitutionnalisation du droit communautaire en France. (B)

A- La nécessité d'un contrôle de la constitutionnalité du droit communautaire dérivé

La question du contrôle de la constitutionnalité du droit communautaire dérivé a été abordée à plusieurs reprises en France lors de débats relatifs à la révision de la Constitution.

Ainsi dans le cadre de la procédure de révision de juin 1992 relatif à l'adaptation de la Constitution au Traité de Maastricht, Mme Nicole Catala avait proposé un amendement tendant à soumettre tous les actes de droit dérivé, communautaire ou international à un contrôle de la constitutionnalité par voie de question préjudicielle soulevée par toute juridiction judiciaire ou administrative. Cette proposition avait été rejetée sans que l'idée d'un contrôle ne soit abandonnée. Il s'agissait de mettre un terme à « l'immunité constitutionnelle »³⁹ du droit communautaire dérivé sans qu'un tel contrôle ne remette en cause la stabilité, l'unité et la primauté du droit communautaire. La doctrine s'est également fait l'écho à plusieurs reprises de cette question.⁴⁰

Dans ce contexte, les propositions de révisions constitutionnelles faites par l'ancien président la délégation pour l'Union européenne de l'Assemblée nationale, devenu récemment Président du Conseil constitutionnel, M. P. Mazeaud, pourraient retrouver toute leur actualité. La plus récente d'entre elle prévoyait l'instauration d'un contrôle préventif de la constitutionnalité des propositions des actes communautaires et de l'Union européenne aménagé sur le modèle de l'article 54 de la Constitution⁴¹. Dès lors que le Conseil constitutionnel estime que le projet d'acte communautaire qui lui est soumis est contraire à la constitution, le gouvernement français ne peut l'approuver au Conseil de l'UE qu'après une révision de la Constitution. Ce mécanisme devait être assorti d'une réserve d'examen constitutionnel au sein du Conseil de l'UE. Il s'agissait de permettre au gouvernement français de s'appuyer sur le compromis de Luxembourg afin d'amener les autres gouvernements des Etats membres à imaginer des solutions lui permettant de respecter ses obligations constitutionnelles internes. Le gouvernement français devrait alors négocier pour éliminer toute contradiction de la proposition d'acte avec sa constitution ou demander à ce qu'un délai suffisant lui soit accordé pour assurer la révision avant l'adoption de l'acte.

La décision 496 doit-elle s'analyser comme la volonté d'obtenir du gouvernement la prise en compte de cette ancienne proposition de révision constitutionnelle ? C'est fort probable. Mais comment alors ne pas partager la critique des partisans de cette intéressante interprétation qui soulignent que le mécanisme proposé tient de la « *Ligne Maginot* »⁴². On peut en effet mettre en doute l'efficacité d'une telle procédure dans tous les cas où les

³⁹ P. Mazeaud, informe de la delegación sobre los asuntos europeos de la Asamblea Nacional n°2630 « Droit communautaire, et constitutions nationales » p. 29

⁴⁰ V. numero especial de los Cahiers du Conseil Constitutionnel n°4, 1997, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc4/cc4somm.htm>

⁴¹ V. propuesta constitucional n°2641 del 13.03.1996 para la introducción del siguiente art. 88-5 en la Constitución « Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier Ministre, par le Président de l'une ou l'autre des Assemblées ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a constaté qu'un projet ou une proposition d'acte des Communautés ou de l'Union européenne comporte une disposition contraire à la Constitution, le gouvernement ne peut l'approuver qu'après la révision de la Constitution. »

⁴² V. J.L. Sauron et Fabrice Claireau, op.cit.

actes de droit dérivé doivent être adoptés à la majorité qualifiée. Or le projet de Constitution européenne a fortement augmenté le champ d'application de la majorité qualifiée.

On voudrait aller un peu plus loin en se demandant si la décision 496 ne doit pas se comprendre comme une revendication du Conseil constitutionnel pour être le seul titulaire légitime du mécanisme de contrôle préventif de la constitutionnalité du droit dérivé.

L'affaire dite du mandat d'arrêt européen est à cet égard très éclairante⁴³. La décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen (MAE) a ouvert la voie en France à la première révision de la constitution en raison d'une contradiction avec un acte de droit dérivé, non d'un acte communautaire de droit dérivé mais d'un acte secondaire de l'Union européenne. C'est le Conseil d'Etat qui a estimé que cette norme de l'Union européenne était contraire à un principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière d'extradition ayant valeur constitutionnelle. L'avis du 13 juillet 2002 de la Haute juridiction administrative est donc à l'origine de la révision constitutionnelle.

Cette affaire a conduit à s'interroger sur la capacité du Conseil d'Etat à se livrer dans le cadre de la procédure de l'article 88-4 de la Constitution à un contrôle de la constitutionnalité du droit dérivé de l'Union et des Communautés. L'article 88-4 organise la transmission des propositions d'actes de droit dérivé de la Communauté et de l'UE aux Assemblées parlementaires afin qu'elles puissent adopter des résolutions. Il s'agit d'un mécanisme permettant la participation des parlementaires à la formation de la position du gouvernement français au Conseil de l'Union européenne. Les résolutions adoptées par les Assemblées ne sont en aucun cas obligatoires pour le gouvernement⁴⁴.

La mise en œuvre de la procédure de l'article 88-4 a été précisée par plusieurs circulaires notamment la circulaire du 13 décembre 1999⁴⁵ qui encadre les modalités d'intervention du Conseil d'Etat⁴⁶. Dans un premier temps la compétence du Conseil d'Etat s'est principalement limitée à contrôler si les propositions d'actes en cause comportaient des dispositions de nature législative. Il s'agissait de déterminer sur la base cet avis l'autorité interne compétente pour la future transposition. Saisi une première fois de la décision cadre MAE, le Conseil d'Etat va dans un premier temps rendre un avis se contentant « *de souligner*

⁴³ V. Henri Labayle, Le contrôle de la constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne. L'entraide judiciaire européenne au Palais Royal, RFDA 2003, p.442-469 ; Pierre Yves Monjal, La décision-cadre instaurant le mandat d'arrêt européen et l'ordre juridique français : la constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne sous le contrôle du Conseil d'Etat, Revue du Droit de l'Union Européenne, 1/2003, p.109-187 ; Informe de la Asamblea Nacional n°469 presentado por P. Lequiller, Le mandat d'arrêt européen, 11/12/2003, http://www.assemblee-nat.fr/12/europe/rap-info/i0469.asp#P131_21546

⁴⁴ V.J.D. Nuttens, le Parlement français et l'Europe : l'article 88-4 de la Constitution, Paris LGDJ 2001

⁴⁵ JORF 17/12/1999, p.18800-18802

⁴⁶ V. J.L. Sauron, L'administration française et l'Union européenne, La documentation française, Paris, 2000, p.108 y s.

l'importance et le caractère particulièrement délicat de la proposition de la décision cadre instaurant le mandat d'arrêt européen au regard des principes traditionnels du droit d'extradition »⁴⁷ A la suite de cet avis rendu en vertu de la procédure 88-4, le gouvernement décida d'utiliser la possibilité offerte par l'article 23 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 de saisir le Conseil d'Etat d'une question de droit. Le Conseil d'Etat rendra un avis consacrant l'inconstitutionnalité de la décision cadre.

A la suite de cette révision constitutionnelle, il a été décidé de clarifier la position du Conseil d'Etat en le rendant explicitement compétent pour vérifier dans le cadre de la procédure de l'article 88-4 la constitutionnalité du droit communautaire et de l'Union dérivé⁴⁸

Le Conseil d'Etat a donc été placé au cœur d'un mécanisme d'alerte précoce pour prévenir des inconstitutionnalités du droit dérivé des Communautés et de l'UE. Le contrôle de la constitutionnalité du droit primaire étant réservé au Conseil constitutionnel dans le cadre de l'article 54 de la Constitution.

Ce mécanisme serait sans doute perfectible. En l'état actuel seul le gouvernement est susceptible de saisir le Conseil d'Etat dans le cadre de l'article 88-4 afin de faire contrôler la constitutionnalité du droit dérivé. Cette possibilité vient s'ajouter à la capacité des ministères de demander un avis du Conseil d'Etat afin de pouvoir évaluer l'impact juridique de la transposition d'une directive⁴⁹. Plusieurs études récentes se sont émues de l'absence de prise en compte de cette obligation d'étude d'impact juridique de la transposition des directives par les Ministères concernés⁵⁰. C'est ainsi l'ensemble du traitement administratif des questions liées à l'Union européenne qui semble devoir être amélioré afin de permettre à la France de répondre correctement à ses engagements communautaires.⁵¹

Dans ce contexte la décision 496 ne se contente pas de relancer la nécessité de prévoir un mécanisme précoce pour éviter les risques futurs d'inconstitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne. Il s'agit d'une invitation lancée au gouvernement afin qu'il décide dans le cadre du débat sur la ratification de la Constitution européen comment s'articulera la prise en charge de cette tâche entre le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel.

⁴⁷ V. Informe X. Roux, presentado a la Asamblea Nacional n°463, mandat d'arrêt européen, p. 22 http://www.assemblee-nat.fr/12/rapports/r0463.asp#P223_42071

⁴⁸ circulaire non publiée du Premier Ministre en date du 30 janvier 2003

⁴⁹ V. circulaire 9/11/1998, relative à la procédure de suivi de la transposition des directives à en droit interne, art.1.2. V. <http://www.admi.net/jo/19981110/PRMX9803266C.html>

⁵⁰ V. Conseil d'Etat, la norme internationale en droit communautaire, La documentation française, Paris 2000 p. 87 ; Christian Philip, Informe de la Asamblea nacional n°1709, La transposition des directives communautaires, 01/07/2004, p. 20 http://www.assemblee-nat.fr/12/europe/rap-info/i1709.asp#P357_25845

⁵¹ V. informen citados en Nota 1.

Certains se sont déjà prononcés en faveur du renforcement du rôle du Conseil d'Etat. La légitimité de son action ne saurait être remise en cause. Il assumerait là aussi sa fonction de conseil de l'Etat et du gouvernement⁵².

Au-delà de l'identification du juge interne compétent, la question de la participation des parlementaires à ce mécanisme d'alerte précoce se pose. Le projet de Constitution européenne procède à une meilleure prise en compte du rôle des parlements nationaux. Outre le rôle des parlements nationaux dans le contrôle du respect du principe de subsidiarité, un second protocole renforce le droit à l'information des parlementaires. Ces derniers se verront désormais transmettre directement l'ensemble des projets d'actes législatifs des institutions voire même d'un groupe d'Etats membres sans que cela ne passe par leurs gouvernements respectifs. Les parlementaires recevront également directement les ordres du jour et les procès verbaux des réunions du Conseil de l'Union lorsqu'il statue sur des projets d'actes communautaires législatifs.

Dans ces conditions, il est difficilement envisageable que les parlementaires ne disposent pas du droit de saisir la juridiction qui sera compétente pour contrôler la constitutionnalité d'un projet d'acte communautaire. Cette éventualité avait été prévue dans la proposition de révision constitutionnelle précitée du Président P. Mazeaud. Elle devrait logiquement être introduite auprès du Conseil d'Etat si la compétence de celui dans le cadre de l'article 88-4 était renforcée. Les parlementaires ont déjà par le passé été à l'origine de la saisine du Conseil d'Etat du projet d'accords entre l'UE et les Etats Unis d'Amérique en matière d'extradition et d'entraide judiciaire. Ils avaient à l'époque attiré l'attention du gouvernement sur la nécessité de clarifier les enjeux de cet accord dont la négociation avait été achevée au regard des exigences constitutionnelles⁵³. Si cette solution était retenue elle pourrait prendre la forme d'une révision de l'article 88-4 de la Constitution

L'affaire du mandat d'arrêt européen qui a aboutit à une quatrième révision de la Constitution française du fait de la construction européenne en dix ans⁵⁴ permet également de s'interroger sur l'avenir de la constitutionnalisation du droit communautaire en France. Va-t-on s'engager sur la voie d'une adaptation constitutionnelle approfondie et non plus comme les dernières fois vers une simple révision adjonction ?

B- L'avenir de la constitutionnalisation du droit communautaire en France

⁵² V. Henri Labayle, op.cit. p. 450.

⁵³ V. Henri Labayle, op.cit. p. 447

La constitutionnalisation du droit communautaire en France a dès l'origine posée une question de méthode. Devait-on réviser chaque disposition de la Constitution contraire au Traité ou pouvait-on introduire des dispositions constitutionnelles particulières levant l'inconstitutionnalité constatée sur les différents points du Traité que l'on souhaitait ratifier ?

Dans sa décision 92-312 dite Maastricht II⁵⁵, le Conseil constitutionnel a rappelé que le pouvoir constituant était en principe souverain, entérinant ainsi la possibilité de révision adjonction plutôt qu'une adaptation complète de la Constitution française. Depuis lors c'est cette méthode qui a été constamment utilisée, non seulement pour les révisions constitutionnelles découlant de la construction communautaire mais encore pour l'adaptation de l'ordre juridique constitutionnel français à l'institution de la Cour pénale internationale. Cette méthode qui de par sa simplicité comporte des avantages est aujourd'hui largement critiquée. Les constitutionnalistes dénoncent la dénaturation de la Constitution qui s'en suit. Celle-ci aurait perdu son unité pour devenir une « Constitution duale » comportant des dispositions purement nationales complétées par un ensemble de règles régissant les rapports avec l'Union européenne. Les communautaristes ne semblent pas moins mécontents de ces « révisions à jet continu ». ⁵⁶

La ratification de la future Constitution européenne pourrait être l'occasion de remettre en cause cette méthode. Elle pourrait opérer une profonde révision constitutionnelle permettant de supprimer toutes les références explicites à des Traités antérieurs (Traité de l'Union européenne, Traité de d'Amsterdam) voire la référence au mandat d'arrêt européen⁵⁷. Il s'agirait alors d'introduire une véritable clause d'intégration permettant un mécanisme d'adaptation automatique de l'ordre constitutionnel français à l'ensemble des transferts découlant de la Constitution européenne. Une telle clause aboutirait à l'acceptation d'une présomption irréfragable de la constitutionnalité des engagements communautaires de la France.

⁵⁴ Ley 92-554 del 25/06/1992 por la ratificación del Tratado de Maastricht, ley 93-1256 del 25/11/1993 por la aplicación de los acuerdos de Schengen, Ley nº99-49 del 25/01/1999 por la ratificación del Tratado de Amsterdam, y finalmente, Ley constitucional del 25/03/2003 por la transposición de la orden de detención europea

⁵⁵ V.Sentencia 02/09/92, « ... le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ; qu'ainsi rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle ; que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite ; <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1992/92312dc.htm>

⁵⁶ V. Claude Blumann et Louis Dubouis, Droit institutionnel de l'Union européenne, Litec Paris 2004, p. 465.

⁵⁷ Eso supone la supresion de los articulos 88- 2 et 88-3 actual que dicen: " Sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, la France consent aux transferts de compétences nécessaires à l'établissement de l'union économique et monétaire européenne.Sous la même réserve et selon les 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 lui sont liés.La loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris sur le fondement du Traité sur l'Union européenne. Art. 88-3 : « Sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France. Ces citoyens ne peuvent exercer les fonctions de maire ou d'adjoint ni participer à la désignation des électeurs sénatoriaux et à l'élection des sénateurs. Une loi organique votée dans les mêmes termes par les deux assemblées détermine les conditions d'application du présent article. »

Au-delà de la méthode, la ratification du Traité constitutionnel portant Constitution européenne devrait être l'occasion de réfléchir plus largement sur l'impact de ce projet sur les juridictions nationales françaises.

La future constitution européenne consacre désormais de façon expresse la primauté du droit communautaire sur le droit des Etats membres dans son article I-5 bis. Certains ont souligné à juste titre que ce principe avait déjà été formellement admis en 1997 par le Protocole 7§2 annexé au Traité d'Amsterdam⁵⁸. En effet ce protocole rappelait que les rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux étaient fondés sur « *les principes mis au point par la CJCE* ». Or il est de jurisprudence constante que la CJCE s'est toujours prononcée pour une primauté absolue de l'ensemble du droit communautaire sur l'ensemble du droit national y compris les normes constitutionnelles.⁵⁹

Cela n'a pas empêché le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation de se considérer incompétent pour assurer dans l'ordre interne la primauté du droit international sur la Constitution sur la base de l'article 55. Certes la position de la Cour de Cassation pourrait selon certains être plus nuancée à l'égard du droit communautaire qu'il n'y paraît⁶⁰. Dans son arrêt Fraisse, elle aurait pris le soin de préciser que l'affaire en cause ne rentrait pas « *dans le champ d'application du droit communautaire* » avant d'affirmer que l'article 55 ne s'applique pas aux dispositions de nature constitutionnelle. Il est possible qu'elle admette une certaine spécificité du droit communautaire par rapport au droit international comme elle a pu le faire dans sa jurisprudence J. Vabre⁶¹. Aucun doute ne subsiste en ce qui concerne le Conseil d'Etat. Dans son arrêt SNIP du 3 décembre 2001, il a clairement opté pour l'application de cette solution à l'ensemble du droit international y compris au droit communautaire alors même que la question ne présentait aucun intérêt en l'espèce.⁶²

Les jurisprudences des juridictions ordinaires tout comme celle du Conseil constitutionnel seront désormais intenable face à la clarté du texte de l'article I-5 bis de la Constitution européenne.

L'adoption de la Constitution européenne devrait emporter le renforcement très net de l'interdépendance entre les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique communautaire.

⁵⁸ V. Michel Clapié, Traité ou Constitution ? A propos du projet de Constitution de l'Union européenne, Dalloz 2004 n°17, p.1177.

⁵⁹ V. TJCE 17/12/1970, Internationale Handelsgesellschaft, Asunto 11/70, Rec. p.1125

⁶⁰ V. Florence Chaltiel, op.cit.

⁶¹ En esta sentencia, la Cour de Cassation admitió una cierta especificidad del Tratado de Roma diciendo que el Tratado « a institué un ordre juridique propre intégré à celui des Etats membres » pero después se apoyo sobre el artículo 55 de la constitución francesa para consagrar la primacía del derecho comunitario.

⁶² V. art.citado A. Rigaux, D. Simon, Europe abril 2003 p. 3

L'absence de lien hiérarchique organique entre d'une part les juridictions nationales et d'autre part la nouvelle Cour de justice de l'Union européenne pourrait apparaître de plus en plus théorique.

La coexistence entre ces deux niveaux d'ordres juridiques devra sans doute être mieux organisée. Certains évoquent l'aménagement d'une voie permettant au Conseil constitutionnel de poser réellement une question préjudicielle à la Cour de Justice⁶³. D'autres s'interrogent sur la pertinence de la création d'une procédure de révision automatique des décisions juridictionnelles rendues par les juridictions françaises en violation du droit communautaire⁶⁴.

L'adoption de la future constitution européenne en France comme dans d'autres Etats membres n'est cependant pas acquise. Le dernier referendum sur la ratification de Maastricht avait laissé un souvenir amer tant le « oui » l'avait emporté avec une très faible avance sur le « non ». Le choix inévitable de recourir de nouveau à un referendum pour l'adoption de la constitution européenne en France n'est donc pas sans risque. On peut déjà s'attendre à ce que la décision 496 soit instrumentalisée par les souverainistes dans leur campagne pour le non. Elle pourrait également être utilisée par d'autres que l'on pourrait appeler les « euro-exigeants » pour rappeler la force des engagements communautaires une fois conclus. Ces partisans du « non », qui estiment que le projet constitutionnel ne va pas assez loin notamment en matière sociale contre les délocalisations, pourraient créer la surprise⁶⁵. Il est à craindre que la future campagne aura bien du mal à s'élever des enjeux politiques purement internes. Le résultat obtenu risque d'être très éloigné du but recherché et semer la confusion dans l'esprit des citoyens français. La France qui jusqu'à présent se voyait moteur de l'avant garde, acteur actif d'un futur noyau dur pourrait bien s'exclure d'elle-même de la dynamique de l'intégration communautaire. Pour éviter de détourner de la campagne référendaire par des enjeux de politique nationale, il pourrait être judicieux de procéder à des référendums le même jour ou du moins à des périodes rapprochées dans le plus grand nombre d'Etats membres possibles⁶⁶ et d'européaniser ainsi le débat public sur la ratification de la Constitution européenne.

⁶³ V. Bastien François, Pour une 6^{ème} République européenne, européaniser les institutions françaises : un chantier pour la C6R, décembre 2003, http://www.c6r-fr.org/article.php?id_article=298

⁶⁴ D. Simon, op.cit. Revue Europe Marzo 2004, p.9

⁶⁵ V. Constitution européenne : Laurent Fabius pose ses conditions, Le monde 10/09/04

⁶⁶ En septembre 2004, 11 de los 25 estados miembros han decididos de hacer un referéndum (Portugal, Polonia, Reinado Unido, Francia, Italia, España, Irlanda, Dinamarca, Luxemburgo, Bélgica, Holanda. En Alemania, los verdes y el SPD piden una reforma de la Constitución para permitir un referéndum.