

## **L'ENTRÉE DU DROIT EUROPÉEN DANS LE BLOC DE CONSTITUTIONNALITÉ : BILAN ET PERSPECTIVES**

**Charlotte Denizeau, Maître de conférences Université Panthéon Assas**

**Etude présentée lors du 8<sup>ème</sup> congrès de l'AFDC,  
16, 17 et 11 juin 2011, Nancy**

### **I. L'IMPERMÉABILITÉ FORMELLE DU BLOC AU DROIT EUROPÉEN**

A. 2010 : UN CONTEXTE PROPICE À L'ABANDON DE LA JURISPRUDENCE IVG

1°) *Les justifications de la jurisprudence IVG largement obsolètes*

2°) *La nouvelle donne institutionnelle et juridictionnelle*

B. 2010 : LE MAINTIEN FONDÉ DE LA JURISPRUDENCE IVG

1°) *L'occasion donnée par la Cour de cassation*

2°) *Le rappel à la Constitution du Conseil constitutionnel*

### **II. L'IMPRÉGNATION MATÉRIELLE DU BLOC PAR LE DROIT EUROPÉEN**

A. LES SIGNES DE L'IMPRÉGNATION

1°) *L'interdépendance des Cours*

2°) *La pénétration diffuse du droit européen dans le bloc de constitutionnalité*

B. LE FLOU DE L'IMPRÉGNATION

### **III. LA TROISIÈME VOIE : RECONNAÎTRE LA VALEUR INTERPRÉTATIVE DU DROIT EUROPÉEN**

A. UNE FORCE INTERPRÉTATIVE RECONNUE EN DROIT COMPARÉ

1°) *La force interprétation reconnue dans les constitutions nationales*

2°) *La force interprétative reconnue par le juge constitutionnel*

B. UNE SOLUTION POUR LA FRANCE

L'expression « bloc de constitutionnalité » est née en 1975<sup>1</sup> pour connaître un succès immédiat et durable.

Bien que le Conseil constitutionnel ne l'ait pas consacrée dans sa jurisprudence, elle est devenue l'expression doctrinale commode, imagée et courante pour désigner les normes de référence, utilisées par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois. Dans les mélanges Eisenmann I, L. Favoreu observait, à la lumière des décisions du 19 juin 1970, du 16 juillet 1971 et du 27 décembre 1973, que l'on voyait « apparaître un véritable bloc de constitutionnalité, révélateur d'une conception extensive de la notion de Constitution ». C'est également en 1975<sup>2</sup> que le Conseil constitutionnel posait – sans jamais s'en départir par la suite - que cette conception extensive ne joue pas en faveur des Traités. Dans la décision IVG, il affirmait que si l'article 55 affirme la supériorité du traité par rapport à la loi, il ne prescrit cependant pas que le contrôle du respect de ce principe doive être assuré dans le cadre de l'article 61 de la Constitution.

Au gré des progrès de l'Europe des droits fondamentaux, des avancées de la construction de l'Union européenne et de l'essor du contrôle de conventionalité de la loi, cette position du Conseil constitutionnel a-t-elle été ébranlée, sinon mise en doute ? Trente-six ans plus tard, qu'en est-il de l'entrée du droit européen et plus particulièrement du droit européen des droits fondamentaux (de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme) dans ce bloc ?

Cette question n'est pas nouvelle. Elle a été posée de façon récurrente depuis 20 ans : par D. Rousseau en 1990<sup>3</sup>, par E. Picard en 1993<sup>4</sup>, par D. de Béchillon en 1998<sup>5</sup>, G. Carcassonne et B. Genevois en 1999<sup>6</sup>, par G. Alberton en 2005<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges Eisenmann I*, 1975, p. 33. Dans cette contribution, le Doyen Favoreu s'intéresse au principe de constitutionnalité et s'interroge sur la signification de l'expression « conformité à la Constitution », telle qu'elle apparaît aux articles 46 et 61 de la Constitution. Avant lui, Claude EMERI, dans la *RDP* (1970, p. 678) avait observé que le Conseil constitutionnel construisait un « bloc de la constitutionnalité ».

<sup>2</sup> CC, n°74-54 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, dite IVG*.

<sup>3</sup> D. ROUSSEAU, « L'intégration de la Convention européenne des droits de l'homme au bloc de constitutionnalité », *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, Droits et libertés en Europe*, Editions STH, 1990, p. 117.

<sup>4</sup> E. PICARD, « Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n°92-312 du 2 septembre 1992 Traité sur l'Union européenne », *RFDA*, 1993, pp. 47-54.

<sup>5</sup> D. de BÉCHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution) », *RFDA*, 1998, p. 225 et s.

<sup>6</sup> B. GENEVOIS, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°7, décembre 1999. G. CARCASSONNE, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°7, décembre 1999.

<sup>7</sup> G. ALBERTON, « De l'indispensable intégration du bloc de conventionalité au bloc de constitutionnalité ? », *RFDA*, 1<sup>er</sup> mars 2005, pp. 249-268.

Certes la question n'est pas nouvelle, mais elle est renouvelée par les événements institutionnels et jurisprudentiels récents ; ceux-ci redonnent à ce débat une acuité particulière. Parmi les événements institutionnels, on compte l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité, l'introduction de la référence au Traité de Lisbonne à l'article 88-1 de la Constitution, l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1<sup>er</sup> décembre 2009 et la reconnaissance corrélatrice de valeur de droit primaire de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

De même, des jurisprudences récentes relatives à la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité ont réactualisé cette question : en témoigne le vif échange entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel au printemps 2010<sup>8</sup>.

Dans l'arrêt du 16 avril 2010, la Cour de cassation a estimé, posant une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, que les dispositions invoquées de l'article 67§2 TFUE interdisant les contrôles des personnes aux frontières intérieures ont valeur constitutionnelle par l'effet de l'article 88-1 de la Constitution. Elle a considéré qu'il appartiendrait au Conseil constitutionnel, si la QPC lui était renvoyée, de se prononcer sur la conformité de la disposition législative litigieuse au droit de l'Union européenne. Par sa décision n°2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, le Conseil constitutionnel a adopté une position opposée, en énonçant que même saisi au titre de l'article 61-1 de la Constitution, il ne lui appartient pas d'examiner la compatibilité d'une loi avec le TFUE. Le 14 mai 2010, dans l'arrêt *Rujovic*<sup>9</sup>, le Conseil d'Etat adoptait la même position.

La position de la Cour de cassation a été quasi-unanimement critiquée<sup>10</sup>. Sa démarche soulève pourtant des questions qui méritent d'être examinées avec soin. Le nouvel article 88-1 permet-il l'entrée du droit de l'Union européenne dans le périmètre de l'exception d'inconstitutionnalité ou du contrôle *a priori* ? Ne faudrait-il pas lui donner son plein effet ?<sup>11</sup> Ces questions se posent d'autant plus que le Conseil constitutionnel a énoncé depuis 2004 que les lois de transpositions de directives font l'objet d'un contrôle de constitutionnalité

---

<sup>8</sup> A. LEVADE, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité ne sont pas jeux de hasard : la réplique du Conseil constitutionnel à la Cour de cassation », *Recueil Dalloz Sirey*, 3 juin 2010, pp. 1321-1324 ; A. LEVADE, « Renvoi préjudiciel versus Question prioritaire de constitutionnalité : la Cour de cassation cherche le conflit », *Recueil Dalloz Sirey*, 27 mai 2010, pp. 1254-1258 ; P. CASSIA, E. SAULNIER-CASSIA, « Imbroglia autour de la QPC », *Recueil Dalloz Sirey*, 27 mai 2010, pp. 1234-1242.

<sup>9</sup> CE, 14 mai 2010, *Rujovic*, req. n°312305.

<sup>10</sup> V. notes 36, 37 et 38 *infra*.

<sup>11</sup> E. SAULNIER-CASSIA, « Pour une lecture actualisée de l'article 88-1 de la Constitution », *Tribune AJDA*, 2 août 2010, p. 1505.

spécifique<sup>12</sup> puisque « la *transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle* »<sup>13</sup>, posée à l'article 88-1 de la Constitution, à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution.

A l'aune de ces nouveaux éléments et en portant un regard sur le droit comparé, il sera tenté de faire le bilan de cette question de l'entrée du droit européen dans le bloc de constitutionnalité et de tirer quelques perspectives. Si l'on constate une résistance et une imperméabilité formelle du bloc de constitutionnalité au droit européen, résistance solidement ancrée **(I)**, il existe en revanche une perméabilité matérielle, notamment au regard du droit européen des droits fondamentaux, il en résulte une véritable imprégnation du bloc **(II)**. Cette perméabilité atteste à tout le moins de la reconnaissance d'un rôle interprétatif du droit européen des droits fondamentaux, mais cela n'augure pas de son entrée dans le bloc. On voit alors se dessiner une voie médiane : pourquoi le Conseil constitutionnel ne pourrait-il pas, à l'instar de ses homologues européens (allemand, belge ou italien) reconnaître la valeur interprétative du droit européen des droits fondamentaux ? **(III)**.

## **I. L'IMPERMÉABILITÉ FORMELLE DU BLOC AU DROIT EUROPÉEN**

Il est peu de dire que depuis 1975, le paysage juridique français a considérablement évolué, s'agissant tout particulièrement du contrôle de la loi. Celui-ci n'a rien de commun avec celui qui existait en 1975. Le développement du contrôle de conventionalité inexistant par définition en 1975 – puisque c'est la décision IVG qui a dévolu implicitement cette compétence aux juridictions ordinaires – a fait de la loi, une norme contrôlée, soumise au contrôle quotidien des juges civils et administratifs. Tel était d'ailleurs un des arguments majeurs de la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité : rendre à la Constitution son rang suprême et permettre au Conseil constitutionnel de veiller à ce contrôle. La coexistence nouvelle de ces deux contrôles, auxquels s'ajoute le classique contrôle de constitutionnalité des lois *a priori*, et les avancées de l'Europe des droits fondamentaux pouvaient offrir un contexte propice à l'abandon de la jurisprudence IVG, suggéré par certains, comme le Président du Conseil constitutionnel devant le Comité Balladur **(A)**. Mais en s'interposant entre la question préjudicielle posée par la Cour de cassation à la Cour de

---

<sup>12</sup> V. en ce sens, A. LEVADE, « La constitutionnalité des lois de transposition entre conformité et compatibilité : esquisse d'un bilan de la jurisprudence « européenne » récente du Conseil constitutionnel », *Mélanges L. Favoreu, Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, 2007, pp. 1291-1306.

<sup>13</sup> CC n°2004-496 DC, 10 juin 2004. CC, n°2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*.

justice et la réponse de celle-ci, le Conseil constitutionnel a refusé de s'engager dans cette voie, pour réaffirmer, tout en la réactualisant, la position défendue dans la décision fondatrice de 1975 (**B**).

#### **A. 2010 : UN CONTEXTE PROPICE À L'ABANDON DE LA JURISPRUDENCE IVG**

En 2010, le contexte pouvait sembler propice à un revirement de jurisprudence. Tout d'abord, de longue date, les arguments invoqués par le Conseil constitutionnel dans la jurisprudence IVG avaient été démantelés par la doctrine. Or l'évolution du droit européen, sa pénétration dans l'ordre interne et sa permanence (qu'il s'agisse de la Convention européenne ou du droit de l'Union européenne) n'ont fait que conforter et renforcer, au fil des ans, ces critiques anciennes (**1°**). Ensuite, la nouvelle donne institutionnelle et juridictionnelle, principalement liée à l'instauration de la QPC et à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, invitait à se demander si l'opposition exprimée en 1975 pouvait encore être fermement maintenue et si elle était fondée s'agissant de l'exception d'inconstitutionnalité (**2°**).

##### ***1°) Les justifications de la jurisprudence IVG largement obsolètes***

Nul besoin de revenir ici longuement sur les critiques très largement formulées par la doctrine, dès 1975<sup>14</sup>, rappelées sommairement ici.

- **Considérant 5** : « *Une loi contraire à un Traité ne serait pas pour autant contraire à la Constitution* »<sup>15</sup>. Deux arguments connus viennent invalider cette position de principe. En premier lieu, une loi contraire à un traité est au moins contraire à l'article 55 de la Constitution. En second lieu, si l'on s'en tient aux traités qui garantissent les droits fondamentaux (Convention européenne des droits de l'homme et aujourd'hui Charte des droits fondamentaux), du fait de l'analogie des droits fondamentaux protégés, il est plus que probable qu'une loi contraire à un traité, soit également contraire à la Constitution.

- **Considérant 4** : le Conseil constitutionnel refuse d'exercer le contrôle de conventionalité en raison du caractère absolu et définitif de ces décisions, mis en perspective avec le **caractère relatif et contingent de la supériorité des traités par rapport aux lois, lié notamment à la**

---

<sup>14</sup> J. RIVERO, Note sous CC, 15 janvier 1975, *AJDA*, 1975, p. 134 et s. Pour J. RIVERO, « *les conventions de protection des droits de l'Homme ne sont pas des traités comme les autres* ».

<sup>15</sup>CC n°74-54 DC du 15 janvier 1975.

**condition de réciprocité à laquelle elle est subordonnée**<sup>16</sup>. Cet argument a été le plus fortement contesté, et cela dès l'origine, notamment par J. Rivero<sup>17</sup>.

Le Conseil constitutionnel déduit de ce considérant 4 que le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61. Par conséquent, malgré le principe de primauté des traités sur les lois posé à l'article 55, il n'appartient pas au Conseil, saisi en application de l'article 61, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité international.

Cette position était en outre sous-tendue par un argument pratique. Le Conseil constitutionnel dispose d'un délai d'un mois pour rendre ses décisions. Il lui semblait difficile d'examiner dans un délai aussi bref la conformité des lois avec les très nombreux engagements internationaux souscrits par la France. L'introduction d'une gigantesque masse composée des normes communautaires originaires et dérivées aurait été un frein à son contrôle<sup>18</sup>.

Cet argument fait long feu<sup>19</sup>. Le Conseil constitutionnel a lui-même jugé que cette condition de réciprocité est sans objet pour les engagements internationaux relatifs aux droits de l'homme<sup>20</sup>, les conventions humanitaires ou le traité portant statut de la Cour pénale internationale<sup>21</sup>. La supériorité de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas conditionnelle ; elle présente un caractère absolu et définitif, qui permet en théorie d'envisager sa reconnaissance comme norme de référence dans le bloc. Cet argument n'est pas nouveau s'agissant de la CEDH, mais il vaut

---

<sup>16</sup> « *Considérant, en effet, que les décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif (...); qu'au contraire, la supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l'article 55, présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des Etats signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition* ».

<sup>17</sup> *Op. cit. supra*. Puis par la suite, voir la virulente critique de G. CARCASSONE, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *op. cit.*

<sup>18</sup> L. FAVOREU le confirmait en ces termes : « *Y ajouter une pression supplémentaire qui résulterait de l'incorporation des normes internationales dans le bloc de constitutionnalité conduirait à « faire exploser la machine* ». L. FAVOREU, *Mélanges Peiser*, PUG, 1996, 555 p., spec. p. 35.

<sup>19</sup> Pour une critique récente et récapitulative des termes du débat, v. O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue sans parole », *Mélanges Genevois, le dialogue des juges*, Dalloz, 2009, 1166 p., p. 403, spec. P. 406

<sup>20</sup> Cette Convention, pas plus que la Charte, n'est pas un contrat par lequel les parties échangeraient des droits subjectifs et réciproques, mais un traité-loi mettant à la charge des Etats une obligation objective et absolue, qui consiste à protéger et respecter les droits et libertés fondamentaux présentés dans ce texte. La convention de Vienne sur le droit des traités, dans son §5 article 60 ne dispose en effet que « *la condition de réciprocité est exclue en ce qui concerne les dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans les traités humanitaires* ». La CEDH a posé qu'à « la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. Elle crée des obligations objectives qui bénéficient d'une garantie collective », CEDH, 18 janvier 1975, *Irlande c/ Italie*.

<sup>21</sup> CC n°98-408 DC du 22 janvier 1999.

désormais pour la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui a valeur contraignante depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1<sup>er</sup> décembre 2009. Il vaut également pour les Traités de l'Union européenne, qui s'appliquent sans condition de réciprocité.

Par ailleurs, l'argument pratique peut aisément être réfuté s'agissant en particulier des droits et libertés présents dans la Convention ou la Charte : ils y sont listés et circonscrits. Ils n'ont rien de cette gigantesque masse aux contours flous, impossible à utiliser comme étalon de référence pour le juge constitutionnel.

### ***2°) La nouvelle donne institutionnelle et juridictionnelle***

La nouvelle donne, propice au revirement, résulte de l'interaction entre, d'une part, l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité et, d'autre part, l'article 88-1 de la Constitution, dans sa rédaction issue de la révision constitutionnelle du 4 février 2008<sup>22</sup> relative à la ratification du Traité de Lisbonne.

S'agissant des normes de référence utilisées pour exercer le contrôle de constitutionnalité a posteriori, les articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 créés par la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 prévoient qu'ils se rattachent « *aux droits et libertés que la Constitution garantit* ». L'article 88-1 de la Constitution prévoit que « *La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007* ».

On peut dès lors se demander si le Conseil constitutionnel, saisi au titre de l'article 61-1 de la Constitution, n'est pas habilité à confronter la loi litigieuse au droit de l'Union européenne ? Autrement dit, l'article 88-1 de la Constitution ne permet-il pas l'entrée du droit européen dans le bloc de constitutionnalité<sup>23</sup>, lors d'un contrôle *a posteriori* et par extension, cette solution ne pourrait-elle être retenue pour le contrôle *a priori*. Poser la question ne revient ni à nier la primauté de la Constitution dans l'ordre interne. Il s'agit simplement de donner son

---

<sup>22</sup> Loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008 *modifiant le titre XV de la Constitution*.

<sup>23</sup> Pour une position radicalement opposée, v. D. SIMON et A. RIGAUX, « La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010, n°29, spec. p. 71-72.

plein effet à l'article 88-1 de la Constitution<sup>24</sup>. En effet, une loi contraire au Traité de Lisbonne n'est-elle pas au moins contraire à l'article 88-1 de la Constitution<sup>25</sup> ?

C'est d'ailleurs bien par la technique du renvoi que le Conseil constitutionnel a reconnu en dans la décision du 16 juillet 1971 la valeur juridique du Préambule de 1946 et de la Déclaration de 1789, textes auxquels il était seulement fait mention dans le Préambule de 1958. Plus récemment, il en a fait de même, le 19 juin 2008<sup>26</sup>, avec la Charte de l'environnement, adossée à la Constitution, suivi par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Commune d'Annecy*<sup>27</sup>.

Le droit primaire de l'Union européenne ne pourrait-il pas être inclus dans le droit constitutionnel français ? Le Conseil constitutionnel a bien énoncé le 19 novembre 2004<sup>28</sup> que « *le constituant a consacré l'existence d'un ordre communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international* ».

Cette nouvelle donne ne concerne que le **droit primaire** : le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009 en France. Seuls le TUE, et en particulier la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et le TFUE, pourraient ainsi être utilisés et non pas le droit dérivé. Parce que seul le Traité de Lisbonne a fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité au titre de l'article 54 de la Constitution. Examinées par le Conseil constitutionnel, les stipulations du traité ne peuvent en principe contenir de dispositions contraires à la Constitution française. Si tel avait été le cas, il aurait alors fallu modifier la Constitution. En outre, pour reprendre l'argumentation de la jurisprudence IVG qui ici prend tout son sens, le droit dérivé a un caractère relatif et contingent, puisque les Etats peuvent librement les abroger, les modifier sans l'accord spécifique de la France lorsque le vote se fait à la majorité qualifiée ; ce caractère relatif et contingent se heurte au caractère absolu et définitif de l'intégration du droit dérivé dans le bloc de constitutionnalité.

---

<sup>24</sup> D'autant que depuis la décision *Economie numérique*, le Conseil constitutionnel considère que l'énoncé de la participation de la France à l'Union européenne a un contenu prescriptif, mais sans logique, il limite les obligations qui en découlent. Avec M. GAUTIER (« QPC et droit communautaire- Retour sur une tragédie en cinq actes », *DA*, oct 2010, étude 19, §11), on peut soutenir que le Conseil constitutionnel donne une interprétation de l'article 88-1 « *intrinsèquement contradictoire* ».

<sup>25</sup> Cette interprétation était en outre justifiée par une lecture combinée de l'article 88-1 de la Constitution, avec l'article 88-2, lequel ne comporte plus les deux premiers alinéas en vigueur avant le 1<sup>er</sup> décembre 2009 relatifs aux transferts de compétences de la République française vers l'Union.

<sup>26</sup> CC n°2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*.

<sup>27</sup> CE, 3 octobre 2008, n°297931, *Commune d'Annecy*.

<sup>28</sup> CC n°2004-505 DC, 19 novembre 2004, cons 11. *AJDA*, 2005, p. 211, note O. DORD et 219, note D. CHAMUSSY ; *D.* 2004, chron 3075, par B. MATHIEU, *RTDE*, 2005, V. CHAMPEIL-DESPLATS.



À ces éléments, s'ajoute une autre voix qui s'est élevée au moment des débats relatifs à l'instauration de la question de constitutionnalité : celle du Président du Conseil constitutionnel<sup>29</sup>, Jean-Louis Debré qui soutenait qu'il aurait alors fallu ouvrir le bloc au droit européen dans le cadre du contrôle *a priori* : « *Si une exception d'inconstitutionnalité était créée, elle devrait s'accompagner d'une modification du contrôle a priori (...). Ce contrôle devrait porter non pas seulement sur la conformité de la loi à la Constitution mais aussi sur la conformité aux traités relatifs aux droits et libertés fondamentaux, c'est-à-dire essentiellement à la Convention européenne des droits de l'homme, aux deux pactes de l'ONU et, demain, à la Charte européenne des droits fondamentaux. Ces traités ont une supériorité sur la loi qui n'est ni relative ni contingente. Leur application n'est pas soumise à la condition de réciprocité. En outre le Conseil constitutionnel a veillé depuis dix ans à éviter toute incohérence entre l'actuel bloc de constitutionnalité et ces traités fondamentaux. Au regard de tous ces éléments, le Conseil constitutionnel pourrait contrôler, lorsqu'il est saisi, dans le cadre de l'article 61, la conformité des lois à la fois à la Constitution et à ces traités relatifs aux droits et libertés fondamentaux. Un délai de jugement de six ou huit semaines, et non d'un mois, serait en l'espèce opportun* »<sup>30</sup>.

Pour le président du Conseil constitutionnel, il convenait d'enrichir le contrôle *a priori* des lois pour s'assurer de leur conformité tant à la Constitution qu'aux traités relatifs aux droits et libertés fondamentaux, afin de prévenir progressivement les contentieux futurs et réduire l'instabilité juridique.

Malgré cette proposition présentée par le président du Conseil lui-même devant le Comité Balladur, le Conseil constitutionnel en mai 2010 allait donner une réponse cinglante à ces questions et mettre un terme à la controverse (qui n'aura officiellement duré que du 16 avril au 12 mai 2010).

## **B. 2010 : LE MAINTIEN FONDÉ DE LA JURISPRUDENCE IVG**

La Cour de cassation n'a nullement interrogé le Conseil constitutionnel par une question prioritaire de constitutionnalité pour lui demander si le droit européen pouvait être inséré dans le bloc. C'est incidemment, à l'occasion d'un litige mettant en cause la conformité d'une loi

---

<sup>29</sup> Alors même que la doctrine constitutionnaliste a toujours été farouchement opposée à une telle évolution.

<sup>30</sup> Argumentation développée par J.-L. DEBRÉ, Président du Conseil constitutionnel devant le Comité Balladur : Intervention de Monsieur Jean-Louis DEBRE, Président du Conseil constitutionnel devant le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République le 19 septembre 2007 (p. 10 du rapport).

au droit de l'Union européenne, et donc en posant une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne que le débat a été soulevé. Sans attendre et sans avoir été saisi d'une requête en ce sens, le Conseil constitutionnel a profité de l'examen de la loi relative à l'ouverture à la concurrence des jeux d'argent pour énoncer clairement sa position.

### ***1°) L'occasion donnée par la Cour de cassation***

Alors que la question prioritaire de constitutionnalité était entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2010 dans un *satisfecit* général (tant des juges, des requérants que de la doctrine), la question posée par la Cour de cassation à la CJUE à l'occasion d'une QPC a assombri ce ciel clair.

La Cour de cassation avait été saisie par deux étrangers qui contestaient leur placement en rétention. Ils invoquaient l'illégalité de leur arrestation, fondée sur l'article 78-2 du Code de procédure pénale, estimant que cette disposition du Code était illégale à un double titre : parce qu'elle contrariait le principe communautaire du libre franchissement des frontières intérieures, mais aussi - et c'est ce qui nous intéresse spécifiquement - à la Constitution, du fait de la constitutionnalisation du droit de l'Union européenne par l'article 88-1 de la Constitution. Autrement dit, ils faisaient valoir que le Traité de Lisbonne, et notamment les stipulations relatives à la libre circulation des personnes, ont une valeur constitutionnelle au regard de l'article 88-1 de la Constitution<sup>31</sup>.

Pour la Cour, se posaient donc concomitamment un problème de conventionalité et de constitutionnalité. La Haute juridiction judiciaire estimait qu'elle ne pouvait saisir en priorité le juge constitutionnel (comme le prévoit la Constitution), au risque de ne pouvoir exercer son contrôle de conventionalité. Elle estimait que si le Conseil constitutionnel était saisi en premier et statuait dans un sens donné, elle ne pourrait alors plus saisir la Cour de justice de l'Union européenne, alors qu'elle y est tenue en tant que juge ordinaire du droit de l'Union européenne

Le 16 avril 2010<sup>32</sup>, elle a alors posé la question suivante à la Cour de justice de l'Union européenne : l'article 267 TFUE s'oppose-t-il à la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009, en ce qu'elle impose « *aux juridictions de se prononcer par priorité sur la transmission, au Conseil constitutionnel, de la question de constitutionnalité qui leur est*

---

<sup>31</sup> Selon la Cour : « *l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale qui autorise des contrôles aux frontières de la France avec les Etats membres est contraire au principe de libre circulation des personnes posé par l'article 67 du traité de Lisbonne qui prévoit que l'Union assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures ; qu'il en déduit que l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale est contraire à la Constitution* ».

<sup>32</sup> Pour une étude exhaustive sur cette jurisprudence et ses suites, v. M. GAUTIER, « QPC et droit communautaire. Retour sur une tragédie en cinq actes », *Droit administratif* n° 10, Octobre 2010, étude 19 ; D. SIMON, « Conventionalité et constitutionnalité », *Pouvoirs*, 2011, p. 137.

*posée, dans la mesure où cette question se prévaut de la non-conformité à la Constitution d'un texte de droit interne, en raison de sa contrariété aux dispositions du droit de l'Union ? ».*

Si la première partie de la question se posait effectivement<sup>33</sup> et pouvait mériter une saisine de la Cour de justice, nombre de commentateurs<sup>34</sup> ont jugé la seconde partie illogique, car fondée sur une lecture de l'article 88-1 contraire à la jurisprudence IVG<sup>35</sup>. Pourtant au regard des éléments présentés ci-dessus, la question n'était pas incongrue, elle était « *juridiquement raisonnable* »<sup>36</sup>. L'exclusion des normes internationales et *a fortiori* européennes des textes de référence du contrôle de constitutionnalité n'avait à ce stade été posée que pour le contrôle classique *a priori* et non pour le contrôle *a posteriori*<sup>37</sup>.

## **2°) Le rappel à la Constitution du Conseil constitutionnel**

Par la décision n°2010-605 DC du 12 mai 2010, rendue au titre de l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a pris soin d'énoncer très clairement sa position sur cette question. Pour désamorcer le conflit et éviter une censure du mécanisme de la QPC par la Cour de justice (car telle que la question était posée, la France risquait effectivement que soit constatée la contrariété au droit de l'Union européenne), le Conseil constitutionnel a pris les devants et exprimé sa position. Le Gouvernement français a ensuite utilisé cette décision pour donner, devant la Cour de justice, son interprétation de la loi, laquelle a été finalement jugée compatible avec les exigences du droit de l'Union européenne.

---

<sup>33</sup> Cette question pouvait se poser dans un contexte différent et plus « classique » : celui où une loi serait à la fois contraire à une disposition du Traité de Lisbonne ou de la Charte des droits fondamentaux et à un élément du bloc de constitutionnalité. Mais ici le Conseil constitutionnel s'était déjà prononcé sur la constitutionnalité de la disposition litigieuse lors du contrôle *a priori*.

<sup>34</sup> Pour les analyses portant sur ce point spécifique et les appréciations critiques de la décision, v. notamment G. CARCASSONE et N. MOLFESSIS, « La Cour de cassation à l'assaut de la question prioritaire de constitutionnalité », *Le Monde*, 22 avr. 2010 ; B. MATHIEU, « La Cour de cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de Luxembourg », *JCP G* 2010, 464 ; D. ROUSSEAU et D. LÉVY, « La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : pourquoi tant de méfiance ? », *Gaz. Pal.*, 27 avr. 2010, p. 12. ; A. LEVADE, « Renvoi préjudiciel versus question prioritaire de constitutionnalité : la Cour de cassation cherche le conflit ! », *D.*, 2010, p. 1254. Pour une appréciation plus nuancée, v. aussi A. RIGAUX et D. SIMON, « Drôle de drame : la Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité », *Europe* 2010, étude 5. Pour les commentaires approuvateurs, voir P. MANIN, *AJDA* 2010, p. 1023. Et également pour la défense de la décision de la Cour de cassation opérée par G. DRAGO, « La Cour de cassation, défenseur des libertés », *Le Monde* 4 mai 2010.

<sup>35</sup> Note 34 *supra*, en particulier les commentaires de G. CARCASSONE et N. MOLFESSIS, B. MATHIEU ou D. ROUSSEAU, lequel estimait que cette question risquait d'aboutir à conférer au Conseil constitutionnel un monopole en matière de contrôle de conventionalité.

<sup>36</sup> P. CASSIA et E. SAULNIER-CASSIA, « La QPC peut-elle être « prioritaire » ? », *D.* 2010, p. 1636.

<sup>37</sup> P. CASSIA et E. SAULNIER-CASSIA, « *Imbroglia* autour de la question prioritaire de constitutionnalité », *D.* 2010, p. 1234 (§13).

Sur l'entrée du droit européen dans le bloc de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a adopté une position radicalement opposée à celle de la Cour de cassation, en considérant que, même saisi au titre de l'article 61-1 de la Constitution, il ne lui appartient pas d'examiner la compatibilité d'une loi avec le TFUE. Il énonce, au considérant 10, que si l'article 55 de la Constitution confère aux traités, « *une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution* » ; puis au considérant 11 que « *le moyen tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux et européens de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité* ». Au considérant 16, le Conseil constitutionnel ajoute, sans qu'il en ait été besoin, que « *dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61 ou de l'article 61-1 de la Constitution, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les engagements internationaux et européens de la France ; qu'ainsi, nonobstant la mention dans la Constitution du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, il ne lui revient pas de contrôler la compatibilité d'une loi avec les stipulations de ce traité ; que, par suite, la demande tendant à contrôler la compatibilité de la loi déferée avec les engagements internationaux et européens de la France, en particulier avec le droit de l'Union européenne, doit être écartée* ».

Le 14 mai 2010, dans l'arrêt *Rujovic*, le CE a repris l'essentiel des considérants de la décision du Conseil constitutionnel, sans toutefois se prononcer sur le point qui retient notre attention ici : celui de l'entrée du droit européen dans le bloc de constitutionnalité. Il a principalement rappelé sa compétence dans le cadre du contrôle de conventionalité<sup>38</sup>.

Certains observateurs notent que le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat ont donc « *relégué le droit de l'Union européenne au rang infra-constitutionnel qu'il n'avait pas explicitement même avant le 16 avril 2010* »<sup>39</sup>. D'autres critiques sont plus sévères : la jurisprudence du Conseil constitutionnel serait un net rappel, « *voire une radicalisation de sa jurisprudence IVG* »<sup>40</sup>, dans la mesure où par le passé, le juge constitutionnel avait accepté de

---

<sup>38</sup> CE, 14 mai 2010, N°312305, *Rujovic*. « *Que, d'une part, ces dispositions ne font pas obstacle à ce que le juge administratif, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, en assure l'effectivité, soit en l'absence de question prioritaire de constitutionnalité, soit au terme de la procédure d'examen d'une telle question, soit à tout moment de cette procédure, lorsque l'urgence le commande, pour faire cesser immédiatement tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'Union ; que, d'autre part, le juge administratif dispose de la possibilité de poser à tout instant, dès qu'il y a lieu de procéder à un tel renvoi, en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne ;* »

<sup>39</sup> P. CASSIA et E. SAULNIER, « *Imbroglia...* », *op. cit.*, §15.

<sup>40</sup> F. CHALTIEL, *op. cit.* p. 3

contrôler la conformité de la loi à une directive européenne (CC, 20 mai 1998, dans laquelle il contrôle la conformité de la loi organique sur le droit de vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union aux élections européennes)<sup>41</sup>.

Mais ces critiques sont excessives. L'apport essentiel de la décision du Conseil constitutionnel est de mettre un terme à la confusion entre contrôle de conventionalité et contrôle de constitutionnalité qui découlait de la jurisprudence de la Cour de cassation.

On peut y voir la volonté de défendre la QPC devant la Cour de justice, en ne privant pas les juridictions ordinaires de la faculté d'exercer le contrôle de conventionalité, ni de la possibilité de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle. Telle est d'ailleurs la nouvelle et unique motivation exprimée par le juge constitutionnel. Pour justifier sa position, il ne fait plus appel au caractère relatif et contingent des traités, mais à la compétence des juridictions judiciaires et administratives<sup>42</sup> pour assurer ce contrôle, compétence bien établie aujourd'hui en France. Cette justification nouvelle de la jurisprudence IVG est fondée et solide.

C'est d'ailleurs grâce à cette interprétation constructive que la loi n'a pas été jugée contraire aux exigences du droit de l'Union européenne par la Cour de justice dans l'arrêt du 22 juin 2010 (aff. C-188/10 et C-189/10, *Melki et Abdeli*)<sup>43</sup> ; en revanche, elle constate dans un premier temps, que telle qu'elle était posée (et donc sans la lecture du Conseil constitutionnel, du Conseil d'Etat et du Gouvernement français), la question aurait assurément conduit à faire déclarer la loi contraire au droit de l'Union européenne: partir de la prémisse qu'une loi contraire au droit de l'Union européenne serait contraire à la Constitution et qu'il appartiendrait au Conseil constitutionnel d'exercer ce contrôle au regard du droit communautaire est contraire à l'article 267 TFUE<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Mais cette décision n'a concerné qu'une loi organique, jamais le Conseil constitutionnel ne l'a admis pour une loi ordinaire.

<sup>42</sup> « 12. Considérant que l'examen d'un tel grief, fondé sur les traités ou le droit de l'Union européenne, relève de la compétence des juridictions administratives et judiciaires »

<sup>43</sup> V. D. SIMON et A. RIGAUX, « La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010, n°29, p. 63.

<sup>44</sup> « 46 S'agissant des conséquences à tirer de la jurisprudence susmentionnée par rapport à des dispositions nationales telles que celles visées par la première question posée, il convient de relever que la juridiction de renvoi part de la prémisse que, selon ces dispositions, lors de l'examen d'une question de constitutionnalité qui est fondée sur l'incompatibilité de la loi en cause avec le droit de l'Union, le Conseil constitutionnel apprécie également la conformité de cette loi avec le droit de l'Union. Dans ce cas, le juge du fond procédant à la transmission de la question de constitutionnalité ne pourrait, avant cette transmission, ni statuer sur la compatibilité de la loi concernée avec le droit de l'Union ni poser une question préjudicielle à la Cour de justice en rapport avec ladite loi. En outre, dans l'hypothèse où le Conseil constitutionnel jugerait la loi en cause conforme au droit de l'Union, ledit juge du fond ne pourrait pas non plus, postérieurement à la décision rendue par le Conseil constitutionnel qui s'imposerait à toutes les autorités juridictionnelles, saisir la Cour de justice

Si la justification est solide et imparable pour le contrôle *a posteriori*, celle-ci est-elle valable pour le contrôle *a priori* ? La réponse est non car dans cette hypothèse, il n'y a pas de concurrence avec le contrôle de conventionalité. Donner au Conseil constitutionnel la possibilité d'exercer ce contrôle *a priori* aurait eu le mérite de désamorcer les conflits futurs, à la condition toutefois qu'il puisse saisir la Cour de justice de questions préjudicielles<sup>45</sup>. Comme l'avait suggéré le Président du Conseil constitutionnel devant le comité Balladur, la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 aurait pu inscrire dans la Constitution l'extension du contrôle *a priori* aux traités européens, sans qu'il en soit résulté une dépossession des juridictions ordinaires et une altération du contrôle de conventionalité, contraire au droit de l'Union européenne.

Mais il n'en a rien été et la jurisprudence IVG semble donc immuable. Ni le contrôle *a priori*, ni le contrôle *a posteriori* ne s'appuient sur le droit européen. Ce faisant, les ordres juridiques n'étant pas isolés et hermétiques, on observe sans mal une imprégnation matérielle du bloc de constitutionnalité par le droit européen.

---

*d'une question préjudicielle. Il en serait de même lorsque le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative est soulevé à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation.*

*47 Selon cette interprétation, la législation nationale en cause au principal aurait pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité que, le cas échéant, après la décision du Conseil constitutionnel sur cette question, les juridictions des ordres administratif et judiciaire nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation, prévues à l'article 267 TFUE, de saisir la Cour de questions préjudicielles. Force est de constater qu'il découle des principes dégagés par la jurisprudence rappelés aux points 41 à 45 du présent arrêt que l'article 267 TFUE s'oppose à une législation nationale telle que décrite dans les décisions de renvoi ».*

<sup>45</sup> La question est plus complexe s'agissant de la Convention européenne dans la mesure où la Cour européenne des droits de l'homme ne peut pas être saisie de questions préjudicielles. D. de BÉCHILLON observe cette proposition d'un oeil critique : « *Nombreux sont ceux qui pensent que si le Conseil constitutionnel pouvait manier à la fois les conventions internationales et la Constitution, il dirait harmonieusement le sort de la loi, une bonne fois pour toutes, à l'avantage de tous. On passera sur l'illusion propre à cette manière de voir : le fait même que l'examen de la loi soit dévolu aussi à deux Cours internationales en situation de pouvoir relancer la querelle juridique après que le Conseil constitutionnel a rendu une décision de conformité fait voler en éclats ab ovo cette ambition d'uniformité. (...). Dit autrement ce n'est pas parce que le Conseil constitutionnel acquerrait la capacité de juger de la conventionalité internationale de la loi que cela empêcherait en quoi que ce soit les Cours de Strasbourg ou de Luxembourg d'exprimer une position différente au sujet de la conformité de cette loi qu'aux traités dont elles sont les gardiennes, ni de prétendre en imposer le respect conformément à ces mêmes traités* », D. De BÉCHILLON, « *Cinq cours suprêmes ?* », *Pouvoirs*, 2011, n°137, pp. 33-45, p. 36

## II. L'IMPRÉGNATION MATÉRIELLE DU BLOC PAR LE DROIT EUROPÉEN

Il n'existe aucun mécanisme de coopération entre le Conseil constitutionnel et les deux Cours européennes : la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne. Il n'y a donc pas de voie de dialogue institutionnalisé, en particulier le Conseil constitutionnel ne peut pas saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle.

Pourtant le Conseil constitutionnel n'est pas sourd et isolé. Il doit nécessairement prendre en compte les jurisprudences des Cours européennes. Il serait gênant qu'une loi déclarée conforme à la Constitution, dans le cadre d'une QPC, par le Conseil constitutionnel, soit déclarée quelque temps plus tard inconstitutionnelle par la Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour de justice. On observe dès lors inévitablement des signes d'influence, d'imprégnation du bloc de constitutionnalité par le droit européen (**A**), mais leur perception est floue, parce que cette influence est diffuse et sa perception quasi-subjective dans la mesure où le Conseil constitutionnel ne cite ni les textes, ni la jurisprudence européens (**B**).

### A. LES SIGNES DE L'IMPRÉGNATION

#### 1°) L'interdépendance des Cours

Selon J.-C. Colliard, membre du Conseil constitutionnel de 1998 à 2007, le Conseil constitutionnel se livre **implicitement** à un contrôle de conventionalité. Il note que « *rien n'est pire pour une Cour « suprême » que d'être toisée par une autre, qui devient ainsi plus suprême encore, et rien ne serait pire pour le Conseil constitutionnel lui-même qu'une loi déclarée conforme à la Constitution soit déclarée quelques mois plus tard contraire à la Convention européenne des droits de l'homme* ». Le Conseil constitutionnel peut craindre de se voir stigmatisé pour ne pas avoir suffisamment protégé une liberté au regard de la protection garantie par les autres juges de la loi. Dès lors, il lui paraît évident « *que dans son examen de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel, pour prévenir ce risque, sera amené, au moins implicitement, à examiner la conventionalité* »<sup>46</sup>.

D. de Béchillon fait la même observation : « *la porte d'une forte émulation entre nos « Cours suprêmes » s'ouvre en grand (...). Il s'ensuit une tendance à l'harmonisation générale que l'on peut trouver heureuse* »<sup>47</sup>. Cette tendance à l'harmonisation ne se dément pas. Le

---

<sup>46</sup> J.-C. COLLIARD, « Un nouveau Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, 137, 2011, pp. 154-167, spec. P. 165.

<sup>47</sup> *Op. cit.* p. 41.

mécanisme est très simple : *« une Cour consciente de ce que la solution qu'elle pourrait adopter risque de demeurer en deçà de celle qu'une autre pourrait prendre préférera faire évoluer sa jurisprudence plutôt que de s'exposer à un désaveu ».*

Cela peut arriver parce que les corpus de référence sont différents ou parce que le niveau d'exigence est plus élevé à Strasbourg. Cela s'est vu en matière de validations législatives, dans la célèbre affaire *Zielinski-Pradal* (CEDH, 28 octobre 1999), qui avait placé le Conseil constitutionnel dans une position inconfortable. Alors qu'il avait conclu à la conformité à la Constitution d'une loi de validation en matière fiscale, quelques mois plus tard, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France, incitant le Conseil constitutionnel à adopter une position plus exigeante en matière de validations législatives.

Dans sa décision n°93-322 du 13 janvier 1994, le Conseil constitutionnel avait ainsi reconnu la constitutionnalité de l'article 85 de la loi du 18 janvier 1994, qui avait validé le montant d'une indemnité instituée en 1953 au profit des personnels des organismes de sécurité sociale des départements d'Alsace-Moselle. Pour le Conseil constitutionnel, le législateur pouvait user *« de son pouvoir de prendre des dispositions rétroactives afin de régler pour des raisons d'intérêt général les situations nées de divergences de jurisprudence »*. Or la Cour européenne des droits de l'homme, cinq ans plus tard, dans l'arrêt du 28 octobre 1999 a considéré que l'article 85 de la loi du 18 janvier 1994 était contraire à l'article 6 §1 de la Convention relatif au droit à un procès équitable<sup>48</sup>. La Cour a opéré un contrôle de proportionnalité entre l'intérêt général invoqué par le législateur et l'atteinte portée aux droits individuels. Le Conseil constitutionnel a immédiatement réagi : dans sa décision du 21 décembre 1999<sup>49</sup>, il modifiait sa jurisprudence pour l'adapter à celle de la Cour européenne. Il a posé que *« si le législateur peut, dans un but d'intérêt général suffisant valider un acte dont le juge administratif est saisi afin de prévenir les difficultés qui pourraient naître de son annulation, c'est à la condition de définir strictement la portée de cette validation, eu égard à ses effets sur le contrôle de la juridiction saisie ; une telle validation ne saurait avoir pour*

---

<sup>48</sup> La Cour a estimé que *« si, en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour motifs impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige ».*

<sup>49</sup> CC, n°99-422 DC du 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, cons. 64 : *« 64. Considérant que si le législateur peut, dans un but d'intérêt général suffisant, valider un acte dont le juge administratif est saisi, afin de prévenir les difficultés qui pourraient naître de son annulation, c'est à la condition de définir strictement la portée de cette validation, eu égard à ses effets sur le contrôle de la juridiction saisie ; qu'une telle validation ne saurait avoir pour effet, sous peine de méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs et le droit à un recours juridictionnel effectif, qui découlent de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, d'interdire tout contrôle juridictionnel de l'acte validé quelle que soit l'illégalité invoquée par les requérants ; »*



*effet, sous peine de méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs et le droit à un recours juridictionnel effectif, qui découlent de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, d'interdire tout contrôle juridictionnel, validé quelle que soit l'illégalité invoquée par les requérants* ». Comme la Cour, le Conseil constitutionnel s'est livré à une appréciation de la proportionnalité de la disposition législative. Cette position ferme de la Cour européenne a fait évoluer la jurisprudence du Conseil constitutionnel, lequel vérifie désormais en matière de validation législative si le motif d'intérêt général est suffisant<sup>50</sup>. C'est donc l'interprétation de l'article 6§1 par la Cour qui a permis au Conseil constitutionnel de dégager de nouvelles obligations du principe de séparation des pouvoirs. Il se crée ainsi une interdépendance entre les hautes juridictions, dont on peut se féliciter. Cette émulation entre les Cours contribue à renforcer la protection des droits fondamentaux, accordant ainsi une protection plus large et plus étendue aux justiciables. Cette interdépendance contribue à l'harmonisation des jurisprudences, laquelle passe en droit interne par la pénétration diffuse du droit européen dans le bloc de constitutionnalité.

### **2°) La pénétration diffuse du droit européen dans le bloc de constitutionnalité**

Cette pénétration diffuse du droit européen, et en particulier du droit de la Convention européenne, est rapportée par un ancien membre du Conseil constitutionnel (N. Lenoir) en ces termes : « *l'influence de la CEDH sur le juge constitutionnel est plus marquante que celle du Conseil d'Etat (...) même s'il ne l'avoue jamais, en ne faisant jamais – ou presque- référence aux arrêts dont il tient compte dans ses décisions* ». Le Conseil constitutionnel se montre « *réceptif à l'influence de la convention* »<sup>51</sup>. Il n'est d'ailleurs pas anodin que dans les dossiers documentaires, liés aux décisions rendues par le Conseil constitutionnel, on trouve le plus souvent les textes européens et la jurisprudence européenne relatifs aux droits constitutionnels invoqués pour invalider la loi litigieuse. De même les commentaires aux cahiers invoquent très fréquemment le droit européen pour expliciter les décisions du Conseil constitutionnel<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> CC, n°2002-458,7 février 2002, *Loi organique portant validation de l'impôt foncier sur les propriétés bâties en Polynésie française*, Recueil, p. 80

<sup>51</sup> N. LENOIR, « La jurisprudence de la CEDH, facteur d'actualisation de la DDHC de 1789 », *PA*, 22 décembre 2010, n°254, p. 26.

<sup>52</sup> V. à titre illustratif, le commentaire aux cahiers de la décision QPC du 30 juillet 2010 (n°2010-14/22 QPC), p. 17. Les commentateurs observent ainsi que « *le contrôle de l'autorité judiciaire sur les atteintes à la liberté individuelle a fait l'objet de décisions de la CEDH et du Conseil constitutionnel qui conduisent à des exigences qui, en pratique, sont analogues, bien que les normes de référence soient différentes* ».

On l'observe de plusieurs manières<sup>53</sup>. En premier lieu, le droit de la Convention peut **implicitement enrichir la conception de certains droits existants**, permettre d'en donner une **portée plus large, agrandir leur champ d'intervention**. Il en va ainsi de la liberté d'expression consacrée dans le bloc aux articles 10 et 11 de la Déclaration de 1789. Le Conseil constitutionnel a considéré qu'elle impliquait également, comme l'avait posé la Cour européenne dans l'arrêt *Handyside* du 7 décembre 1976, l'accès à des sources pluralistes d'information<sup>54</sup>. Le Conseil a ainsi élargi la notion de liberté d'expression à celle du pluralisme, pour être ensuite relayé par le constituant. En effet, depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, la Constitution, à son article 4 § 3, dispose que « *la loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation* ». Par ailleurs, la compétence du législateur a été étendue en la matière : à l'article 34, il est prévu désormais que la loi fixe les règles concernant « *les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* », mais aussi « *la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias* ».

En second lieu, la Convention européenne a contribué à **l'émergence de droits nouveaux**. Il s'agit de droits que le Conseil constitutionnel déduit des dispositions textuelles du bloc de constitutionnalité, qui correspondent à des droits déjà reconnus dans la Convention européenne et protégés par la Cour européenne. Quelques exemples l'illustrent.

Il en va ainsi du droit au respect de la vie privée : le Conseil constitutionnel a jugé dans la décision du 23 juillet 1999<sup>55</sup>, confirmée de nombreuses fois par la suite<sup>56</sup>, que la liberté proclamée comme un « *droit naturel et imprescriptible de l'homme à l'article 2 de la Déclaration de 1789 implique le respect de la vie privée* », élevée dès lors au rang des droits et libertés constitutionnellement garantis. On peut y voir l'influence de l'article 8 de la Convention qui consacre le droit de toute personne « *au respect de sa vie privée et familiale,*

---

<sup>53</sup> Sur le sujet, v. P. GAÏA, « Les interactions entre les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 28, 1996, p. 725.

<sup>54</sup> CC, n°86-217 du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication* : « 36. Considérant qu'en l'état, les dispositions des articles 39 et 41 de la loi ne satisfont pas, à elles seules, à l'exigence constitutionnelle de préservation du pluralisme, ni dans le secteur de la communication audiovisuelle, ni dans celui de la communication en général ; que par suite, les articles 39 et 41 de la loi doivent être déclarés non conformes à la Constitution ». V. aussi CC, n°89-271 du 11 janvier 1999.

<sup>55</sup> CC, n°99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*.

<sup>56</sup> CC n°2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure* ; CC, n°2002-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* ; CC, n°2005-532 du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*.

*de son domicile et de sa correspondance* ». Sur le fondement de cet article, la Cour a rendu de nombreux arrêts, donnant son plein effet au principe et en développement ses ramifications<sup>57</sup>.

De la même manière, on peut voir l'influence de l'article 8 de la Convention sur la consécration du droit de mener une vie familiale normale, dégagé sur le fondement du dixième alinéa du préambule de 1946<sup>58</sup>. Dans cette décision au considérant 3, le juge constitutionnel énonce que « *si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que s'ils doivent être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, figurent parmi ces droits et libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale* ».

Il en va ainsi également pour la liberté du mariage, protégée à l'article 12 de la Convention européenne<sup>59</sup>. Cette liberté n'existait pas dans le bloc de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel a posé dans sa décision la décision n°93-325 DC du 13 août 1993 (cons.107) que « *le principe de la liberté du mariage (...) est une des composantes de la liberté individuelle* ». Puis, dans sa décision du 20 novembre 2003<sup>60</sup>, pour lui trouver un fondement textuel et moins flottant que l'invocation de la « *liberté individuelle* », il énonce que la liberté du mariage est une « *composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789* ».

En matière pénale, l'influence est prégnante. Il suffit pour certains cas de mettre en parallèle les dispositions de la Convention avec les considérants du Conseil constitutionnel. Ainsi

---

<sup>57</sup> Du respect de la vie privée découlent le droit à l'image (CEDH, 24 juin 2004, *Von Hannover* ; CEDH, 15 janv. 2009, *Reklos et Davourlis c/ Grèce*), le droit à une vie privée sociale (droit d'exercer une activité professionnelle, CEDH, 27 juill. 2004, *Sidabras et Dziauta*), l'état des personnes (actes de l'état civil, mariage, nom et prénom, changement d'état civil des transsexuels), la protection de la vie affective et sexuelle, la protection du domicile et ce qui s'y rattache (adresse, numéro de téléphone), la protection de la fortune et du patrimoine, le respect des relations privées, des relations de travail, de la religion, de la santé... et même le droit à l'épanouissement personnel (CEDH, 28 mai 2009, *Bigaeva c/ Grèce*).

<sup>58</sup> Décision n°93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjours des étrangers en France*, cons 3, 69, 70 : « *considérant que la dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 dispose que « La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » ; considérant qu'il résulte de cette disposition que les étrangers dont la résidence en France est stable et régulière ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale* ».

<sup>59</sup> Article 12. Droit au mariage : « *A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit* ».

<sup>60</sup> CC, n°2003-484 du 20 novembre 2003, cons. 94.

l'article 5 §1 c) relatif à la sûreté de la Convention énonce que « *toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci* ». Le considérant 10 de la décision du 13 mars 2003 relative à la *Loi sur la sécurité intérieure* est quasi-identique : « *en dehors des cas où ils agissent sur réquisition de l'autorité judiciaire, les agents habilités ne peuvent disposer d'une personne que lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'elle vient de commettre une infraction ou lorsqu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher d'en commettre une* »<sup>61</sup>. Le texte de la Convention est textuellement repris par le Conseil constitutionnel.

Dans le même sens, l'influence de l'article 5 §1 c) en vertu duquel nul ne peut être privé de sa liberté, sauf « *s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent* » se mesure dans la décision du 21 février 2008<sup>62</sup> par laquelle le Conseil constitutionnel a refusé l'application rétroactive de la loi relative à la rétention de sûreté. Le Conseil constitutionnel énonce que « *la rétention de sûreté, eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction, ne saurait être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de la loi ou faisant l'objet d'une condamnation postérieure à cette date pour des faits commis antérieurement* ».

Ces quelques exemples attestent de cette influence diffuse du droit européen qui irradie le droit constitutionnel français ; mais comme l'onde radioactive, elle n'est pas visible à l'œil nu ; la perception de cette influence reste très empirique, basée sur des intuitions, observées sur la base de la congruence des jurisprudences et des textes. Dès lors, il n'est pas permis d'en tirer des conclusions irréfutables sur l'influence effective du droit européen sur le bloc de constitutionnalité.

---

<sup>61</sup> CC, n°2003-467 du 13 mars 2003, considérant 10.

<sup>62</sup> CC, n°2008-562, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, considérant 10.

## **B. LE FLOU DE L'IMPRÉGNATION**

Le poids réel de l'influence du droit de la Convention européenne des droits de l'homme et plus généralement du droit européen sur la composition du bloc de constitutionnalité est difficile à mesurer puisque tout est implicite. Il faut procéder comme un archéologue pour découvrir les éléments enfouis, cachés et même dissimulés dans les décisions du Conseil constitutionnel. Comme l'observait O. Dutheillet de Lamothe, l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Cour de Strasbourg sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel est donc « *purement intellectuelle* ». Elle tient seulement « *à l'autorité persuasive de la jurisprudence de la Cour et à l'inspiration que trouve le Conseil constitutionnel dans un catalogue de droits beaucoup plus récent que la Déclaration de 1789* »<sup>63</sup>.

En ce sens, la mesure réelle de l'imprégnation se dérobe à toute évaluation précise, dès lors que le Conseil constitutionnel est rétif à citer le texte de la Convention ou une jurisprudence européenne. Il s'obstine à refuser de lui reconnaître officiellement un rôle effectif, sinon interprétatif. Il ne l'a fait une fois : dans sa décision du 19 novembre 2004 (n°2004-505 DC) sur le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe, il s'est référé expressément à l'arrêt de la Cour européenne du 29 juin 2004 *Leyla Sahin c/ Turquie* : à la dernière ligne de ses visas : « *Vu l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme n° 4774/98 (affaire Leyla Sahin c. Turquie) du 29 juin 2004* ». Mais cette jurisprudence est restée isolée et si le Conseil constitutionnel cite l'affaire dans ses visas, il ne s'y réfère aucunement dans le corps de la décision. Il est donc impossible d'en tirer quelque conclusion.

Cette situation est inconfortable et n'est pas pleinement satisfaisante. Le Conseil constitutionnel prend le droit européen en considération, mais refuse de s'y référer explicitement. Il existe une voie médiane qui permettrait de palier les inconvénients d'une telle situation, sans pour autant faire entrer le droit européen dans le bloc et sans remettre en cause l'existence même du contrôle de conventionalité. Il s'agirait de reconnaître le rôle interprétatif du droit européen.

---

<sup>63</sup> O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue sans parole », *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président B. Genevois*, Dalloz, 2009, p. 403.

### **III. LA TROISIÈME VOIE : RECONNAÎTRE LA VALEUR INTERPRÉTATIVE DU DROIT EUROPÉEN**

Certains Etats voisins de la France ont choisi de donner une place privilégiée aux normes internationales dans le cadre du contrôle de constitutionnalité : celles-ci sont utilisées pour interpréter les droits fondamentaux (*A*). Ces méthodes pourraient être importées en France, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une révision de la Constitution (*B*).

#### **A. UNE FORCE INTERPRÉTATIVE RECONNUE EN DROIT COMPARÉ**

Certaines constitutions nationales accordent un statut privilégié aux normes internationales pour l'interprétation des droits fondamentaux<sup>64</sup>. Il en va ainsi notamment des Constitutions espagnoles, portugaise et roumaine (*1*<sup>o</sup>). Dans d'autres Etats, comme l'Allemagne, la Belgique ou l'Italie, c'est le juge constitutionnel lui-même qui a choisi de procéder de la sorte (*2*<sup>o</sup>).

#### **1<sup>o</sup> La force interprétation reconnue dans les constitutions nationales**

L'article 10 §2 de la Constitution espagnole de 1978 est connu : il consacre le rôle du droit international et européen en matière d'interprétation des droits fondamentaux internes. Cet article prévoit qu' « *on interprète les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés reconnues par la Constitution conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux en la matière ratifiés par l'Espagne* ». En ce sens, les dispositions constitutionnelles qui consacrent des droits et des libertés doivent être interprétées conformément aux Traités internationaux sur les droits de l'homme ratifiés par l'Espagne<sup>65</sup>. Cette ouverture aux traités peut inclure la jurisprudence des Cours qui ont été instituées pour les appliquer, ainsi que les règles émanant des institutions instaurées pour leur application et exécution. Cela signifie que le droit communautaire, tant primaire que dérivé, dans la mesure où il fait référence à des droits fondamentaux (ainsi la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>66</sup>), mais aussi la Convention européenne, peuvent être

---

<sup>64</sup> V. E. CARPANO, *Etat de droit et droits européens, L'évolution du modèle de l'Etat de droit dans le cadre de l'eupéanisation des systèmes juridiques*, L'Harmattan, 2005, p. 500.

<sup>65</sup> V. J. R. FERNANDEZ, « Contrôle du droit interne contraire au droit communautaire européen et portée de l'article 10.2 de la Constitution espagnole dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel espagnol », *Revue européenne de droit public*, 1993, p. 1991.

<sup>66</sup> Sur ce point, le Tribunal constitutionnel espagnol dans sa décision du 13 décembre 2004 relative à la ratification du Traité établissant une Constitution pour l'Europe énonce que la Charte européenne des droits

utilisés pour interpréter la Constitution espagnole (telle a été la procédure suivie par le Tribunal constitutionnel en matière de principe d'égalité, par exemple). De cette façon, le risque de conflits entre les droits protégés dans le droit européen et ceux garantis dans la Constitution se trouve réduit<sup>67</sup>.

Mais pour le Tribunal constitutionnel, il est clair que cet article est seulement un outil interprétatif des droits fondamentaux visés par la Constitution. Il ne transforme pas les traités internationaux en canon autonome de validité des normes. Le Tribunal constitutionnel ne se reconnaît pas compétent pour examiner les actes des pouvoirs publics espagnols au regard du droit communautaire. Un acte espagnol contraire au droit communautaire n'est pas, de ce fait, un acte contraire à la Constitution espagnole (STC 28/1991, Fundamento Jurídico 4). La Constitution est, et reste, la seule norme de référence pertinente pour le Tribunal. La présidente du Tribunal constitutionnel espagnol l'énonce en ces termes : les « *traités internationaux ont donc ainsi l'efficacité d'interprétation qualitative des préceptes constitutionnels* »<sup>68</sup>.

La Constitution portugaise prévoit un tel dispositif s'agissant de la Déclaration universelle des droits de l'homme. L'article 16 §2 de la Constitution portugaise énonce que « *les normes constitutionnelles et légales se rapportant aux droits fondamentaux doivent être interprétées et appliquées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme* ». Mais dans la pratique, le tribunal constitutionnel recourt très rarement à cette disposition, dans la mesure où le catalogue des droits fondamentaux portugais est suffisamment vaste et ouvert.

L'article 20 de la Constitution roumaine du 29 octobre 2003 s'inspire de ces exemples espagnols et portugais. Il est prévu que « *les dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés des citoyens seront interprétées et appliquées en concordance avec la*

---

fondamentaux doit être érigée, en application de l'article 10 §2 de la Constitution espagnole, en norme de référence pour l'interprétation des dispositions constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux et aux libertés. Cela ne devrait toutefois pas modifier le régime espagnol de protection des droits fondamentaux dès lors que « *le rôle interprétatif que la charte doit ainsi se voir attribuer ne causera à notre ordonnancement juridique pas plus de difficultés majeures que celles déjà provoquées par la convention européenne des droits de l'Homme dès lors, simplement, que tant notre propre jurisprudence constitutionnelle (...) que l'article II-112 (...) font de la convention européenne des droits de l'Homme et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme leur dénominateur commun* ».

<sup>67</sup> V. FERRERES COMELLA, « Souveraineté nationale et intégration européenne dans le droit constitutionnel espagnol », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 9 (Dossier : Souveraineté de l'Etat et hiérarchie des normes), février 2001.

<sup>68</sup> Maria Emilia CASAS BAAMONDE, « Le contrôle de constitutionnalité, l'expérience espagnole », *Colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel*, 3 novembre 2008.

*Déclaration universelle des droits de l'homme, avec les pactes et les autres traités auxquels la Roumanie est partie ».*

### **2°) La force interprétative reconnue par le juge constitutionnel**

L'Allemagne ou la Belgique<sup>69</sup>, dont les Constitutions ne contiennent pas de telles dispositions, se sont engagées dans cette voie. Ainsi la Cour constitutionnelle allemande a choisi d'utiliser la Convention européenne et la jurisprudence de la Cour européenne pour interpréter les droits fondamentaux listés dans la loi fondamentale<sup>70</sup>. La Cour de Karlsruhe n'hésite pas à se référer dans ses arrêts et aux textes de la convention pour interpréter les dispositions constitutionnelles allemandes<sup>71</sup>. En 1987, elle énonce que *« lors de l'interprétation de la loi fondamentale, le contenu et le niveau de développement de la Convention européenne des droits de l'homme sont également à prendre en compte, à moins que cela ait pour effet de limiter ou d'amoindrir la protection des droits fondamentaux de la loi fondamentale, une conséquence que la Convention elle-même prétend exclure. C'est aussi pour cela que la jurisprudence de la Cour européenne sert comme aide à l'interprétation du contenu et de la portée des droits fondamentaux et dans principes de l'Etat de droit de la loi fondamentale »*.

Citons enfin l'exemple italien. La Cour constitutionnelle italienne a posé depuis un arrêt des 12 et 19 janvier 1993 que le sens de certains principes constitutionnels italiens pouvait être éclairé par les Conventions internationales auxquelles l'Italie est partie. Plus encore, à la suite de la révision constitutionnelle de 2001 (Loi constitutionnelle n° 3 du 18 octobre 2001, modifiant le titre V de la seconde partie de la Constitution<sup>72</sup>), elle a en outre pu juger, dans deux arrêts de principe du 22 octobre 2007 (arrêts n°348 et 349<sup>73</sup>), que le contrôle de la

---

<sup>69</sup> La Cour d'arbitrage belge (appelée Cour constitutionnelle de Belgique depuis le 7 mai 2007) utilise la Convention européenne comme modèle d'interprétation depuis un arrêt du n°21/89 du 13 juillet 1989. Les normes européennes servent à interpréter et à compléter le cas échéant les droits fondamentaux consacrés dans la Constitution belge.

<sup>70</sup> Sur ce point, v. E. CARPANO, *op. cit.* p. 201 ; D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, 2001, p. 368.

<sup>71</sup> Arrêt du 26 mars 1987, BverfGE 75, p. 358, 379.

<sup>72</sup> Voir l'analyse de M. CALAMO SPECCHIA, « La réforme du 5<sup>ème</sup> titre de la Constitution italienne et la nouvelle discipline constitutionnelle des rapports avec l'Union européenne », 6<sup>ème</sup> congrès de droit constitutionnel, Montpellier, 9, 10 et 11 juin 2005.

<sup>73</sup> Par ces deux arrêts n°348 et 349 du 22 octobre 2007, la Cour constitutionnelle a posé la valeur de la Convention dans l'ordre juridique interne à la lumière de la nouvelle formulation de l'article 117, alinéa 1, de la Constitution. Cette disposition, résultant des modifications introduites par la loi constitutionnelle n°3 de 2001, indique que *« le pouvoir législatif est exercé par l'État et par les Régions dans le respect (...) des engagements nés (...) des obligations internationales »*. Dans l'arrêt no 349/2007, la Cour constitutionnelle a jugé que l'article 117 : *« renvoie à la norme conventionnelle applicable en l'espèce. De sorte que, [celle-ci] devient, par ricochet, un des critères de l'examen de constitutionnalité (...). Par conséquent, le juge interne doit interpréter les normes internes conformément à la disposition internationale, dans les limites fixées par leur libellé. Dans les cas où cela*



conformité des lois aux traités internationaux et notamment à la Convention européenne des droits de l'homme, relevait de sa compétence<sup>74</sup>. Dans ces arrêts 348 et n° 349, elle accepte de prendre en compte les dispositions de la Convention, lors de l'examen de la constitutionnalité de la loi interne.

Les méthodes des juridictions constitutionnelles des Etats européens voisins pourraient inspirer le Conseil constitutionnel. Pourquoi ne pourrait-il pas adopter une telle posture ?

## **B. UNE SOLUTION POUR LA FRANCE**

En Allemagne, il n'a point été besoin de réviser la Constitution pour y faire inscrire ce principe d'interprétation des droits constitutionnels à la lumière du droit européen des droits fondamentaux. En définitive, la France a choisi une position qui l'isole de ses voisins européens et nuit à l'harmonisation des droits. Pourtant « *rien n'est plus conforme à l'idéal partagé du constitutionnalité à la française et de la construction européenne que l'avènement d'un standard commun de protection des droits fondamentaux* »<sup>75</sup>.

La voie médiane, entre l'intégration du droit européen dans le bloc auquel le Conseil constitutionnel se refuse catégoriquement et cette imprégnation diffuse et insaisissable, serait la reconnaissance explicite de la possibilité d'interpréter les éléments du bloc de constitutionnalité à la lumière du droit européen, en particulier à la lumière de la Convention européenne et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cette solution ne représente en rien une menace pour le contrôle de conventionalité qui restera de la compétence exclusive des juridictions ordinaires.

Il suffirait que le Conseil constitutionnel s'empare d'une occasion fournie par les requérants pour reconnaître explicitement, sans ambiguïté, le rôle interprétatif des textes européens de protection des droits fondamentaux, il s'agirait « d'une prise en compte », d'une « prise en considération ».

---

ne serait pas possible, ou bien si le juge doute de la compatibilité de la norme interne avec la disposition conventionnelle, il lui incombe de saisir cette Cour d'une question de constitutionnalité sur le fondement de l'article 117 de la Constitution ».

<sup>74</sup> F. JACQUELOT, « La Cour constitutionnelle dans une redéfinition maîtrisée des rapports entre l'ordre juridique interne et la CEDH (commentaire des arrêts n° 348 et 349 de 2007) », *Annuaire international de Justice constitutionnelle* XXIII-2007, 2008, p. 826-829 et du même auteur, « La Cour constitutionnelle dans une redéfinition maîtrisée des rapports entre l'ordre juridique interne et la CEDH (commentaire des arrêts n° 348 et 349 de 2007) », *Annuaire international de Justice constitutionnelle* XXIII-2007, 2008, p. 826-829. V. également « Rapports entre l'ordre juridique italien et la CEDH : la Cour constitutionnelle réajuste sa position (les arrêts n° 311 et n° 317 de 2009) », *AJIC* XXV-2009, Economica-PUAM, 2010.

<sup>75</sup> D. DE BÉCHILLON, *op. cit.* p. 42.

Dès lors, à la question de l'entrée hypothétique du droit européen dans le bloc et à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel du 12 mai 2010, il est permis d'apporter une réponse claire : le droit européen n'entrera pas dans un avenir proche dans le bloc de constitutionnalité ni pour le contrôle *a priori*, ni pour le contrôle *a posteriori*. Le Conseil constitutionnel s'y refuse car un tel contrôle priverait les juridictions ordinaires d'exercer le contrôle de conventionalité et la France violerait alors ses obligations européennes ; en revanche, l'observation de l'influence du droit européen sur certaines décisions du Conseil constitutionnel laisse à penser que le juge constitutionnel pourrait accepter d'en reconnaître, à l'instar de ses homologues européens, le rôle interprétatif. La question est de savoir à quelle échéance.