

Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles et droit européen - l'intuition d'une piste à explorer

Anne LEVADE - Professeur de droit public à l'Université Paris 12 (Université Paris-Est)

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 27 (DOSSIER : CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS CONSTITUTIONNELLES) - JANVIER 2010

Le droit européen impose-t-il le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles ?

I. Ainsi posée, la question paraît, en France, constitutionnellement iconoclaste et, plus généralement, européennement abracadabrante.

Constitutionnellement, d'une part, l'idée que le droit européen pourrait imposer le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles heurte de plein fouet deux jurisprudences clairement établies. En premier lieu, on le sait, le Conseil constitutionnel « ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle »⁽¹⁾. En second lieu, il a, à deux reprises, affirmé que la Constitution trouve « sa place au sommet de l'ordre juridique interne »⁽²⁾. Dès lors, on ne voit guère comment le droit européen, par nature extérieur à l'ordre juridique interne, pourrait, sans que le constituant y ait consenti, fonder une compétence du Conseil constitutionnel dont lui-même considère que la Constitution la lui dénie. Affirmer le contraire reviendrait à briser un double tabou et si, pour ce seul motif, l'idée pourrait séduire, on conviendra qu'elle serait, pour le moins, gage de désordre normatif !

Européennement, d'autre part, la question n'est pas davantage immédiatement évidente. En effet, entendu dans sa double dimension, le droit européen ne conduit ni par sa logique, ni par ses principes, à seulement imaginer qu'il puisse imposer une quelconque transformation du contrôle de constitutionnalité. Sans qu'il soit besoin de longuement argumenter, on évoquera les éléments de nature à le démontrer.

En premier lieu, la Convention européenne des droits de l'homme repose sur une logique de subsidiarité qui conduit à reconnaître aux États une marge d'appréciation. Ainsi, la Cour de Strasbourg a-t-elle, très tôt, considéré qu'elle « ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention, [l]es autorités nationales demeur[ant] libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention »⁽³⁾. Dès lors, outre qu'il n'est pas avéré que la Convention européenne des droits de l'homme impose le seul contrôle de constitutionnalité, on ne voit guère comment considérer qu'elle pût imposer le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles.

En second lieu, le droit de l'Union européenne n'apparaît, à cet égard, pas davantage prescriptif. Respectueuse de « l'identité nationale des ses États membres »⁽⁴⁾, l'Union est indifférente à leur organisation constitutionnelle, étant entendu que « les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit » – sur lesquels elle est fondée – sont « communs aux États membres »⁽⁵⁾. Le traité sur l'Union européenne, tel que modifié par le traité de Lisbonne, confortera l'analyse puisqu'il stipulera, de manière plus précise, que « L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles »⁽⁶⁾ ; on ne saurait douter que le contrôle de constitutionnalité en fit partie. Parallèlement, la Cour de Luxembourg a, très tôt, consacré l'autonomie institutionnelle et procédurale des États, considérant que, en l'absence de dispositions communautaires spécifiques, la mise en œuvre du droit communautaire « relève uniquement du système constitutionnel de chaque État membre »⁽⁷⁾. Outre le fait que l'on voit mal qu'une obligation communautaire ou européenne pût imposer un contrôle de constitutionnalité des lois, a fortiori constitutionnelles, on conviendra que le respect du à l'identité nationale autant que l'autonomie institutionnelle et procédurale des États excluent que la Cour de justice eût un jour la tentation de s'immiscer dans les modalités du contrôle de constitutionnalité.

Ainsi donc, la question serait tranchée et la piste se révélerait cul-de-sac aussitôt qu'empruntée ! Le droit européen n'impose pas le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles et, sans doute d'ailleurs, pas même le contrôle de constitutionnalité !

II. Pourtant, l'intuition demeure que la problématique n'est pas ainsi entièrement épuisée, au point que l'on est tenté de penser que, sans nullement l'imposer, le droit européen pourrait y inciter. L'approche serait alors tout autre qui consiste à considérer que, si le droit européen n'impose rien, la Constitution même pourrait y trouver intérêt. La piste mériterait alors d'être de nouveau explorée, guidée par l'idée que

Constitution et jurisprudence constitutionnelle, l'une et l'autre récemment mais indiscutablement européanisées, pourraient, sans déroger à l'excès, s'accommoder d'un contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles. C'est à cette nouvelle posture que l'on voudrait s'essayer.

Dès l'abord, il n'est guère contestable que, sans rien imposer, le droit européen a d'ores et déjà significativement influé sur le contrôle de constitutionnalité.

D'une part, bien sûr, parce que certaines Constitutions ont été révisées. Sans qu'il soit nécessaire, ni même utile, de retracer de manière exhaustive le processus d'européanisation des Constitutions, on peut affirmer qu'aucune ne fait plus aujourd'hui obstacle à la pleine participation de l'État aux systèmes européens de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'Union européenne. Heureuse évidence, dira-t-on ! Certes, mais non sans mal ! Si quelques Constitutions pouvaient, sans modification, s'articuler avec les traités, nombreuses furent celles qui, a priori ou a posteriori, durent, sous une forme ou sous une autre, incorporer une disposition spécifique et, compte tenu de la spécificité de l'Union européenne, une clause d'intégration. Face à ces transformations, le juge constitutionnel ne pouvait demeurer sans réaction.

C'est donc, principalement et d'autre part, de la jurisprudence constitutionnelle elle-même que résultent les plus importantes mutations. On peut, d'emblée, écarter les hypothèses marginales dans lesquelles le constituant lui-même a élevé le droit européen au rang de norme bénéficiaire du contrôle de constitutionnalité ; le travail du juge constitutionnel s'en trouvait évidemment facilité. À l'inverse, lorsque les constituants furent laconiques, les juges durent seuls trouver les clefs. Ainsi vit-on tour à tour consacrées des « identités » constitutionnelles auxquelles le droit européen ne saurait déroger⁽⁸⁾, une « exigence constitutionnelle » de transposition des directives communautaires⁽⁹⁾, des règles d'articulation entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité⁽¹⁰⁾, toutes choses difficilement imaginables il y a encore quelques années et que seul un contexte européanisé pouvait justifier.

On arguera que l'on s'éloigne du sujet. À voir, si l'idée est de montrer que loin d'être figée, la jurisprudence constitutionnelle est par nature évolutive. On savait, depuis longtemps déjà, que le droit européen n'était pas inconnu du Conseil constitutionnel⁽¹¹⁾ ; la preuve est désormais faite qu'il n'est pas tout à fait étranger au contrôle qu'il exerce⁽¹²⁾. Qu'en déduire puisqu'il est avéré que le droit européen n'impose pas le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles ? Que peut-être le juge constitutionnel, dans la ligne de la jurisprudence qu'il a récemment initiée, pourrait franchir un pas qu'en 2003 il n'avait pu imaginer. La question n'est alors plus tant celle du contrôle que celle de son objet.

La jurisprudence ayant évolué, le temps serait-il venu, désormais, d'y trouver des arguments en faveur du contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles ? Proches d'emporter l'entière conviction, deux éléments méritent d'être évoqués, a fortiori si l'on parvient à montrer que le fondement du contrôle serait, en définitive, bel et bien constitutionnel !

En premier lieu, on le sait, la participation de la France à l'Union européenne est constitutionnellement fondée. Le Conseil constitutionnel en déduit que, si, par nature, le titre XV de la Constitution a vocation à permettre qu'il soit dérogé à certains principes et règles constitutionnels – et si, notamment, l'article 88-1, par l'exigence constitutionnelle qu'il implique, recèle une habilitation constitutionnelle en ce sens – il existerait des règles et principes auxquels le constituant lui-même n'a pu entendre sciemment déroger. Gardien de la Constitution, le Conseil constitutionnel se doit de mettre en évidence et tirer les conséquences d'éventuelles contradictions ; pouvoir constitué, il est soumis à la volonté du constituant qui pourrait expressément consentir à ce qu'il y fût dérogé⁽¹³⁾.

Curieux argument en faveur du contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles, qui tendrait à démontrer que, tout au contraire, l'identité constitutionnelle même pourrait, par la seule volonté du constituant, se trouver amputée.

Renversons un instant l'hypothèse et imaginons que le Conseil constitutionnel soit saisi d'un texte dont l'objet ou l'effet serait de remettre en cause une règle ou un principe auquel, par l'un des articles du titre XV, le constituant a expressément consenti.

Si le texte est une loi ordinaire – et peut-être même une loi organique⁽¹⁴⁾ – il serait fort improbable que le Conseil constitutionnel renoncât à sa censure, sauf à considérer que, à raison de leur objet, les articles 88-1 à 88-5 (et bientôt 88-1 à 88-7) ne sauraient bénéficier pleinement du contrôle de constitutionnalité. Il y aurait alors rien moins qu'un paradoxe, puisque statuant ainsi le Conseil accrédirait l'idée que la Constitution comporte des dispositions constitutionnelles dont la valeur n'est pas identiquement constitutionnelle !

Si, en revanche, le texte est une loi constitutionnelle, il n'est pas certain que le Conseil constitutionnel pourrait, en toute hypothèse et sans argumenter, conclure, comme en 2003, à son incompétence. De deux choses l'une ! Soit la révision abroge ou modifie les termes de l'un des articles du titre XV de la Constitution, et l'on conçoit que le Conseil pourrait alors se déclarer, à peu de frais, incompétent, considérant que le

constituant ne peut à l'évidence méconnaître les incidences du texte voté sur les engagements pris dans le cadre des traités. Soit la révision abroge, modifie ou insère une disposition constitutionnelle hors titre XV et le Conseil constitutionnel devra alors faire un choix : maintenir sa jurisprudence, au prix d'une contradiction qu'il lui reviendra le cas échéant ultérieurement de réduire, et se déclarer incompétent ou, à l'inverse, y renoncer et alerter le constituant sur les conséquences de son choix, en symétrie inverse du contrôle qu'il exerce au titre de l'article 54 de la Constitution. Où l'on voit que ce n'est alors pas le droit européen qui imposerait au Conseil constitutionnel d'envisager de contrôler la constitutionnalité d'une loi constitutionnelle, mais la Constitution elle-même si l'on admet qu'en sa qualité de gardien, le Conseil se doit de veiller à sa cohérence, voire à son intelligibilité !

En second lieu, et si l'on convient que le cas est d'école, on ne peut se résoudre à exclure l'hypothèse dans laquelle une révision aurait pour objet ou pour effet de mettre en cause une règle ou un principe qui, inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, serait de ceux auxquels il n'est pas imaginable de renoncer, le constituant y eût-il même expressément consenti. Laissons sciemment de côté les arguments de principe selon lesquels, souverain et exprimant la volonté générale, le constituant ne saurait mal faire et, admettant – dans l'intérêt de la démonstration – que le pire est toujours possible, voyons comment le droit européen viendrait, en soutien de la Constitution, légitimer un contrôle qu'en l'état le juge constitutionnel s'interdit.

Sans nullement céder à la tentation du contrôle d'une incertaine fondamentalité, non plus qu'aux sirènes d'une hypothétique supra-constitutionnalité, on ne peut contester que le bloc de constitutionnalité recèle nombre de principes substantiels auxquels on ne saurait, sans sourciller, admettre que le constituant pût renoncer. On pense ici bien sûr, au premier chef, aux principes énoncés par la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946, ainsi qu'à certaines dispositions de la Constitution de 1958, tels les articles 66 et 66-1. Il ne fait guère de doute qu'il ne s'agit pas des règles et principes auxquels le Conseil constitutionnel a prioritairement songé lorsqu'il a, en juillet 2006, pour la première fois fait mention de l'« identité constitutionnelle de la France » ; l'affirmation relève du bon sens puisque les dits principes étant également consacrés par le droit de l'Union et la Convention européenne des droits de l'homme, il n'est pas d'exigence constitutionnelle d'inspiration européenne susceptible d'aller à leur rencontre.

Toutefois, une fois encore et par un raisonnement a contrario, on est tenté d'évaluer les potentialités du droit européen si, d'aventure, le Conseil constitutionnel s'estimait en position de ne pouvoir entièrement renoncer au contrôle d'une loi constitutionnelle à lui déférée. On pourrait ainsi imaginer que, se considérant, malgré les circonstances, lié par la solution dégagée en 2003, le Conseil tire argument de ce que, s'« il est loisible [au constituant] d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée »⁽¹⁵⁾, il n'est pas assuré qu'il pût, du même coup, déroger ensemble à l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946 et au titre XV de la Constitution de 1958. Où l'on voit poindre un paradoxe, car si l'on conçoit que l'identité constitutionnelle propre d'un État réside principalement dans des valeurs et principes qu'il est seul à consacrer, justifiant par là même qu'il ne puisse y être qu'expressément dérogé, son ultime garantie, y compris contre le pouvoir constituant constitué, pourrait en définitive résulter de ce qu'une part de cette identité est, à l'échelle européenne, partagée !

Il n'en demeure pas moins que, dans l'un et l'autre cas, le fondement possible du contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles serait rien moins que constitutionnel, le droit européen, sans formellement rien imposer, se révélant une incitation substantielle.

On n'aurait sans doute pas tort de conclure que, par sa décision de 2003, le Conseil constitutionnel s'est mis en position de renoncer définitivement au contrôle des lois constitutionnelles, sauf à ce que le constituant y consente ! Et le raisonnement serait alors, inévitablement, entamé. Mais on veut croire que, si besoin était, le Conseil constitutionnel, juge de la constitutionnalité des lois autres que constitutionnelles, saurait trouver, alternativement ou cumulativement, dans ses deux missions de protecteur des droits et libertés et de régulateur, dans l'ordre interne, des rapports de systèmes, la légitimité autant que le fondement, exclusivement constitutionnel, de sa compétence à l'égard des lois constitutionnelles.

(1) Cons. const., déc. no 2003-469 DC du 26 mars 2003, Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République, JORF 29 mars 2003, p. 5570, cons. 2.

(2) Cons. const., déc. no 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, JORF 24 novembre 2004, p. 19885, cons. 10 ; no 2007-560 DC du 20 décembre 2007, Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, JORF 29 décembre 2007, p. 21813, cons. 8. Par ces décisions, le Conseil constitutionnel confirmait et confortait une solution déjà consacrée par le Conseil d'État (CE Ass. 30 octobre 1998, MM. Sarrazin et Levacher et autres, nos 200286, 200287 ; 3 décembre 2001, Snip, rec. 624 ; 30 juillet 2003 Assoc. Avenir de la langue française, rec. 348).

(3) CEDH 27 juillet 1968, Affaire linguistique belge, série A, no 6, p. 34.

(4) Art. 6, § 3, TUE.

(5) Art. 6, § 1, TUE.

(6) Art. 4, § 2, TUE, dans sa version issue du traité de Lisbonne.

(7) CJCE 15 décembre 1971, *International Fruit Company*, aff. 51 à 64/71, rec. 1127.

(8) À titre d'illustration, on mentionnera la première décision par laquelle le Conseil constitutionnel considéra que l'exigence constitutionnelle de transposition des directives « ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti » (Cons. const., déc. no 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, JORF 3 août 2006, p. 11541, cons. 19) ou l'arrêt du 30 juin 2009 rendu par la Cour constitutionnelle allemande sur le traité de Lisbonne (BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, *Nep.*, pts. 211, 240 et 241).

(9) Cons. const., déc. no 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, JORF 22 juin 2004, p. 11182, cons. 7 (la formule fut plusieurs fois reprise ensuite).

(10) La Cour constitutionnelle belge considère que « lorsqu'une disposition d'un traité international liant la Belgique a une portée analogue à celle d'une des dispositions constitutionnelles dont le contrôle relève de la compétence de la Cour et dont la violation est alléguée, les garanties consacrées par cette disposition internationale constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles concernées » (Cour const. belge, 14 février 2008, arrêt no 12/2008, B.11.3.).

(11) En 1990 déjà, la délégation française à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes indiquait que « au niveau du Conseil constitutionnel, il est tenu compte de la jurisprudence dégagée par la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme » (RFDA 1990, p. 317).

(12) Si la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel en lien avec les Communautés et l'Union européennes en atteste pour ce qui est du droit de l'Union, certaines décisions montrent que la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas non plus négligée, soit que le Conseil ait jugé utile de viser un arrêt de la Cour (Cons. const., déc. no 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *op. cit.* ; on sait que l'hypothèse pourrait demeurer isolée), soit qu'il y ait trouvé une source d'inspiration (Cons. const., déc. no 2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, JORF 26 février 2008, p. 3272, cons. 13).

(13) Cons. const., déc. no 2006-540 DC, *op. cit.*, cons. 19. La situation n'a rien d'hypothétique si l'on songe à la révision constitutionnelle de 1993 relative au droit d'asile ou, toutes choses égales par ailleurs, à celle de 2003 relative au mandat d'arrêt européen.

(14) En ce sens, Cons. const., déc. no 98-400 DC du 20 mai 1998, *Loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, et portant transposition de la directive 94/80/CE du 19 décembre 1994*, JORF 26 mai 1998, p. 8003, cons. 4.

(15) Cons. const., déc. no 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*, JORF 3 septembre 1992, p. 12095, cons. 19.