

L'ORDRE CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS ET L'ORDRE CONSTITUTIONNEL
UE.
GUERRE DES CONSTITUTIONS, GUERRE DES JUGES ?*

FRANCK LAFFAILLE**

Sommario

1. Prologomènes. UE et révisionnisme constitutionnel. – 2. Le refus du Conseil constitutionnel de contrôler la conventionnalité des lois. – 3. De la spécificité du droit de l'UE, en droit UE et en droit français. – 4. La supériorité de la Constitution...dans l'ordre interne. – 5. L'obligation constitutionnelle de transposition des directives (1) : l'octroi d'un régime anormal aux directives UE. – 6. L'obligation constitutionnelle de transposition des directives (2) : l'identité constitutionnelle de la France. – 7. Transposition des directives UE et supériorité de la Constitution : à propos de la jurisprudence Arcelor du Conseil d'Etat. – 8. QPC, supériorité de la Constitution, supériorité du droit UE : à propos de la jurisprudence Melki. – 9. Epilogue. A propos d'une trilogie identitaire constitutionnelle : trois ordres juridiques, trois constitutions matérielles, trois juges constitutionnels.

Abstract

The political will to foster European integration led to the adoption of European acts that required constitutional modifications of the French Constitution. Since 1992 several modifications of our fundamental law were adopted. The Conseil constitutionnel played a central role in this process: it represents the authority to indicate if it is necessary - or not - to change the Constitution. At first reluctant to judge the normative relationship between constitutional norms and EU norms, the Conseil recently decided to innovate. In this sense, the "discovery" of the French Constitutional Identity was a crucial judicial moment: the Conseil constitutionnel ruled both that transposition of UE directives is a constitutional obligation, and that EU law can't affect the French Constitutional Identity (whose material substance is not clearly identified). Thus, two different kinds of constitutional law seem to coexist in France: one acting as a barrier to EU law (as, mutatis mutandis, the Italian "principi supreme") and thus superior to EU law, and a second one that can't be a limit EU law. At last, the French constitutional actors seem to understand that they can't dodge this issue: the normative supremacy of the EU material Constitution and the judicial supremacy of the European Court of Justice. How to find a legal compromise when two norms and two judges pretend to prevail? The French judges' implicit answer is logical and hypocritical: there is no conflict thanks to the theory of equivalency of values.

Suggerimento di citazione

F. LAFFAILLE, *L'ordre constitutionnel français et l'ordre constitutionnel UE. Guerre des constitutions, guerre des juges ?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2017. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Presentation at the Conference "The Implementation of EU Law in Member States", Free University of Bolzano/Bozen, 27-28 April 2017.

** Professeur de droit constitutionnel, Faculté de droit (Cerap)-Université de Paris 13 (Sorbonne-Paris-Cité).

1. Prolégomènes. UE et révisionnisme constitutionnel.

Avant 1992, l'Europe n'existait pas au regard de la Constitution française de 1958. Il existait alors un impensé constitutionnel quant au droit communautaire. Certes, le Conseil constitutionnel avait rendu quelques décisions (DC n°70-39 de 1970, DC n°76-71 de 1976, DC 91-293 de 1991, DC n°91-294 de 1991) au titre de l'article 54 C¹. Mais il faut attendre la révision du 25 juin 1992 (Traité de Maastricht) pour que l'Union européenne soit mentionnée au sein de la norme fondamentale française. Désormais figure un article 88- 1 C. promis à un bel avenir (cf. en aval la décision de 2006 du Conseil constitutionnel relative à l'Identité constitutionnelle de la France) nonobstant sa dimension fort générique : « *La République participe à l'Union européenne constituée d'Etats 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* » (version 2008). Diverses modifications constitutionnelles vont advenir par la suite, le plus souvent pour des raisons de non compatibilité entre norme UE et norme constitutionnelle. Si l'on observe toutes les révisions constitutionnelles effectuées depuis 1992, il est loisible d'opérer un constat quantitatif simple : la Constitution est révisée le plus souvent pour mettre en adéquation droit français et droit UE. Il en va ainsi de la révision du 25 novembre 1993 (Convention Schengen)...de la révision du 25 janvier 1999 (Traité d'Amsterdam)...de la révision du 25 mars 2003 (mandat d'arrêt européen)...de la révision du 1^{er} mars 2005 (Constitution pour l'Europe)...de la révision du 4 février 2008 (Traité de Lisbonne). Quant à la révision du 23 juillet 2008, elle ne vise pas spécifiquement et uniquement le droit de l'UE mais elle comporte deux dispositions qui regardent l'UE : les droits du Parlement national quant à son information des projets ou propositions d'actes de l'UE sont renforcés (article 88-4 C.); pour les traités d'adhésion, le référendum devient facultatif si le Parlement le décide (article 88-5 C.). On le voit, le révisionnisme constitutionnel de matrice européenne est important depuis 1992, à savoir depuis que la CEE est devenue l'UE et que le processus d'intégration tend à se renforcer, avec pour corolaire une exigence accrue de légitimité démocratique.

¹ Article 54 C. : « Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ».

2. Le refus du Conseil constitutionnel de contrôler la conventionnalité des lois

Le Conseil constitutionnel a toujours été réticent à se prononcer sur le droit supranational. Certes il rend des décisions sur le fondement de l'article 54 C. (nécessité de réviser la Constitution dans l'hypothèse où il existe un hiatus entre norme constitutionnelle et norme supranationale...si l'on souhaite donner plein effet juridique aux dispositions du traité). Mais le Conseil constitutionnel a posé, dès les années 70 (années de son émancipation), qu'il n'était pas compétent pour apprécier la compatibilité des lois au regard des engagements internationaux. Le Conseil constitutionnel refuse de devenir juge de la conventionnalité des lois, estimant que cette mission échoit aux juges ordinaires (CC, 1975, DC n°74-54, *IVG*). On ne saurait confondre – dit le juge constitutionnel – contrôle de constitutionnalité des lois (qui revient au Conseil constitutionnel en vertu de la Constitution) et contrôle de conventionnalité des lois. Le respect de l'article 55 C. – respect de la supériorité des traités sur les lois – n'a pas vocation à être effectué dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. Car les décisions adoptées sur le fondement de l'article 61 (contrôle de constitutionnalité) « revêtent un caractère absolu et définitif » tandis que la supériorité des traités (article 55 C.) sur les lois « présente un caractère à la fois relatif et contingent ». La supériorité des traités sur les lois est dite relative & contingente pour deux raisons : elle est limitée au champ d'application du traité, elle est subordonnée à la clause dite de réciprocité entre Etats. Cette décision *IVG* de 1975 n'a pas manqué de susciter critique dans la mesure où le Conseil constitutionnel se décharge du contrôle de la conventionnalité des lois sur le juge ordinaire. Outre qu'il est loisible de critiquer cette politique jurisprudentielle d'un point de vue théorique, il est aussi possible de la critiquer d'un point de vue pratique : cela peut générer des divergences de jurisprudence entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation quant à la puissance normative du droit UE (ce qui advint effectivement). Cette jurisprudence est confirmée par le Conseil constitutionnel, notamment dans la décision du 30 mars 2006 (DC n°2006-535, *Loi pour l'égalité des chances*) : le juge confirme son refus de contrôler – dans le cadre de l'article 61 C. – « la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international ».

3. De la spécificité du droit de l'UE, en droit UE et en droit français

Sous l'égide de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), le droit communautaire/UE va connaître un processus d'intégration et de « supériorisation ». La spécificité du droit UE est à ce point marquée par la CJUE qu'il est loisible de parler de mutation génétique normative. Il suffit de lire – et relire – l'arrêt *Costa/EEL* de 1964 de la CJUE : « à la différence des traités in-

ternationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres...et qui s'impose à leurs juridictions ». Par voie de conséquence, il est impossible – impensable dirait la CJUE – que les Etats osent « faire prévaloir contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait lui être opposable ». Dans l'arrêt *Simmenthal* (1978, n°106/77), la CJUE emploie des termes explicites et dépourvues d'ambivalence. En tant que juge protégeant les droits des particuliers au sein de l'UE, la CJUE impose aux Etats membres d'écarter toute loi nationale incompatible avec le droit UE ; tout raisonnement contraire reviendrait à rendre ineffective la primauté du droit UE et mettrait en péril les « bases mêmes de la communauté ». Cela vaut pour toute loi, qu'elle soit antérieure ou postérieure au texte UE, précision d'importance au regard des réticences du juge administratif français (cf. ci-après la position du Conseil d'Etat). La CJUE ajoute : « serait...incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national...qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire ». Cette formule – « toute disposition d'un ordre juridique national » - révèle combien la CJUE entend, dès lors, imposer la suprématie inconditionnée du droit UE, y compris en présence de normes constitutionnelles. Cela est confirmé par la décision du 17 décembre 1970 (*Internationale Handelsgesellschaft*, n°11/70). Face à cette révolution normative, les juges français sont divisés. La Cour de cassation accepte – dans sa décision *Sté des Cafés Jacques Vabres* de 1975 - les principes posés par la CJUE. La Cour de cassation reprend notamment l'idée que l'ordre juridique de l'UE est intégré à celui des Etat membres et en tire toutes les conséquences normatives. Tel n'est pas le cas du Conseil d'Etat qui applique sa « jurisprudence des Semoules » (1968, *Syndicat des fabricants de semoules de France*) : la loi nationale est supérieure au droit supranational lorsqu'elle lui est postérieure. Il faut attendre 1989 et l'arrêt *Nicolo* (20 octobre 1989, n°108243) pour que le Conseil d'Etat cesse cette résistance indue. Il accepte de contrôler la régularité des lois, y compris postérieures, avec les stipulations d'un traité ; est ainsi opérée une nouvelle lecture de l'article 55 C., euphémisme signifiant lecture enfin correct de l'article 55 C. Une fois l'aggiornamento opéré, le Conseil d'Etat a consacré la suprématie du droit UE : cela vaut pour les règlements (24 septembre 1990, *M.X.*, n°58657), les directives (28 février 1992, *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*, n°56776), les principes généraux dégagés par la CJUE (7 juillet 2006, *Société Poweo*, n°289012. Via une telle évolution, le Conseil d'Etat assume enfin la mission qui lui échoit : il est le « juge de droit commun d'application du droit de l'Union » (30 octobre 2009, *Mme C.*, n°298348) qui reconnaît – enfin ! – que l'ordre juridique UE est un « ordre juridique in-

tégré » à l'ordre juridique interne (23 décembre 2011, *M. Kandyrinede Brito Paiva*, n° 303678).

4. La supériorité de la Constitution...dans l'ordre *interne*

Si le juge ordinaire accepte désormais la supériorité inconditionnelle des lois sur les normes supranationales (relation loi/traité), qu'en est-il de la relation constitution/traité ? Dans un arrêt de 1998 (CE, *Sarran*) et un arrêt de 2000 (Cass., *Fraisse*), les deux cours suprêmes de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire opèrent ce constat : la Constitution est la norme suprême...dans l'ordre interne. Dans l'arrêt *Sarran*, le Conseil d'Etat estime que la suprématie accordée aux normes supranationales en vertu de l'article 55 C. ne saurait s'appliquer – dans l'ordre interne – aux normes constitutionnelles. Les dispositions de notre loi fondamentale ne sauraient être subordonnées aux normes internationales. La Constitution étant le pilier de l'ordre normatif français, elle ne peut être inféodée, en droit interne, à aucune autre norme. Il n'existe pas de supra-constitutionnalité...si l'on entend ici éventuelle supériorité d'une norme externe s'imposant à la norme interne suprême, la Constitution. Dans l'arrêt *Koné* (1996), le Conseil d'Etat avait certes déjà posé les linéaments de la supériorité naturelle de la Constitution mais l'arrêt *Sarran* vient mettre fin à toute discussion sur la position du juge administratif en la matière. Le Conseil d'Etat opère une lecture combinée des articles 54 C. et 55 C. favorable à la supériorité de la Constitution. La supériorité des traités (article 55 C.) existe bien mais elle ne vaut que par rapport aux lois, et non pas vis-à-vis de la Constitution. Quant à l'article 54 C., il prescrit – en cas de hiatus entre une norme constitutionnelle et une norme internationale – l'obligation de réviser la Constitution...si l'on souhaite que le traité produise ses effets dans l'ordre interne. De l'article 54 C. découle – selon le Conseil d'Etat – une lecture favorable à la thèse de la supériorité de la Constitution car le constituant n'est aucunement obligé de réviser la Constitution. Le constituant demeure souverain en sa décision de réviser – ou de ne pas réviser – la Constitution en cas de contradiction entre norme constitutionnelle et norme supranationale. A défaut de révision de la Constitution, le traité ne pénètre pas dans l'ordre interne ; cela peut entraîner la mise en jeu de la responsabilité de la France pour non-respect de ses engagements internationaux mais cela est une autre affaire. Il est même loisible de soutenir que l'engagement de la responsabilité de la France pour non-respect de ses obligations supranationales – aux fins de ne pas réviser la Constitution – constitue un acte de souveraineté, un choix de souveraineté normative. Aucune autorité supranationale ne peut contraindre le pouvoir constituant français à réviser la Constitution pour la mettre en conformité avec les dispositions d'un traité international. La thèse opposée – le traité est supérieur à la Constitution car le texte révisé

est la Constitution et non le traité - ne vaut guère, toujours à l'aune du même argument : le pouvoir constituant peut – souverainement – décider ne pas réviser la Constitution, jetant le traité dans la tombe du droit international. De plus, la décision du Conseil d'Etat est logique d'un point de vue organique et de la compétence des pouvoirs. Comment un organe constitué – le Conseil d'Etat - tirant son existence et sa compétence de la Constitution pourrait-il reconnaître, de son propre chef, la supériorité d'une autre norme ? D'un point de vue *interne*, la décision du Conseil d'Etat est logique.

Les propos évoqués en amont pourraient laisser croire que nous sommes favorables à la thèse défendue par le Conseil d'Etat. Il n'en est rien. La solution retenue par le Conseil d'Etat est certes logique mais elle ne veut rien dire dans la mesure où elle élude la spécificité du droit UE et la supériorité inconditionnée (sauf violation de l'identité constitutionnelle de la France) du droit UE. Avec le phénomène d'intégration normative qui est au cœur du processus communautaire, avec la jurisprudence implacablement prétorienne de la CJUE, les notions *d'ordre interne* et *d'ordre externe* ne signifient rien. Elles ne sont plus pertinentes ; elles ne sont plus opératoires. Cette césure « interne/externe » renvoie à une sémantique du XIX^{ème} siècle et de la première moitié du XX^{ème} siècle. L'Europe a inventé le 1^{er} empire démocratique pré-fédéral de l'histoire de l'humanité, avec une intégration normative sans équivalent. Dès lors que le système juridique UE est intégré à celui des Etats membres, dès lors qu'il existe une *constitution matérielle UE* protégée par un *juge constitutionnel UE*, que vaut la césure « ordre interne/ordre externe » ? Elle est un remugle sémantique complètement inadéquat au regard de la réalité juridique et juridictionnelle de l'UE. La Constitution n'est plus la norme suprême et il n'y a pas matière à regret ; le constituant a fait le choix souverain de déléguer une fraction de compétences substantielles à l'UE et a fait le choix souverain d'accepter la supériorité du droit UE. Le droit de l'UE est donc supérieur à la Constitution, sauf si demain le constituant en décide autrement, sauf s'il est porté atteinte à l'identité constitutionnelle de la France. La distinction « ordre interne/ordre externe » n'est qu'un masque pharisien destiné à concilier l'inconciliable.

5. L'obligation constitutionnelle de transposition des directives (1) : l'octroi d'un régime anormal aux directives UE

La spécificité du droit de l'UE et la jurisprudence prétorienne/intégratrice de la CJUE ne pouvaient pas ne pas avoir de conséquences sur la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel. La question de la transposition des directives dans l'ordre interne va conduire le Conseil constitutionnel à une évolution novatrice. Le Conseil constitutionnel est en effet juge de la régularité des lois de transposition des directives communautaires. Dans la

décision du 10 juin 2004 (*Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, DC n°2004-496), il estime que « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle ». Une telle exigence découle des dispositions de l'article 88-1 C. Il existe désormais une obligation *constitutionnelle* de transposition des directives communautaires ; cela implique que le juge constitutionnel refuse – en principe – de contrôler les lois de transposition des directives UE au regard de la norme constitutionnelle. Les lois de transposition des directives UE bénéficient ainsi d'un régime juridique anormal en raison de la spécificité ontologique du droit UE (processus d'intégration communautaire et supériorité intrinsèque du droit UE sur le droit national). Une catégorie particulière de lois – les lois de transposition des directives UE – bénéficie d'une forme d'immunité juridictionnelle. Cette immunité n'est pas absolue : elle ne vise que les lois transposant en droit interne « des dispositions inconditionnelles et précises » de directives UE. En d'autres termes, le Conseil constitutionnel refuse de contrôler des « dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises d'une directive ». Il existe cependant une réserve à cette immunité : l'immunité constitutionnelle visant les lois de transposition des directives ne vaut pas s'il existe une contrariété « en raison d'une disposition expresse contraire à la Constitution ». Avec cette clause de réserve, le Conseil constitutionnel institue un contrôle de constitutionnalité du droit UE : le droit UE ne pénètre pas dans l'ordre interne s'il heurte une disposition expresse contraire à la Constitution. Ce faisant, la place de la Constitution au sommet de la hiérarchie normative est (ré)affirmée. Quelques semaines plus tard, le 19 novembre 2004 (DC n°2004-505, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*), le Conseil constitutionnel rend une décision par laquelle il lève toute ambiguïté : le Traité dit constitutionnel « est sans incidence sur l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne ». Il ne saurait exister en droit français de normes supérieures à la Constitution, pilier normatif suprême. Le Traité constitutionnel ayant été repoussé par le peuple français, la question de l'articulation entre les deux normes ne mérite guère de développements ultérieurs.

6. L'obligation constitutionnelle de transposition des directives (2) : l'identité constitutionnelle de la France

La novation substantielle décisive advient avec la décision – désormais célèbre – du 27 juillet 2006 (DC n°2006-540, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*). Le Conseil constitutionnel abandonne la formule – jugée ambivalente – « d'exigence constitutionnelle ».

Désormais la relation « Constitution/droit UE » se juge à l'aune de l'équation suivante : « la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ». Cette « identité de la France » - constitutionnellement consacrée - peut représenter une barrière à la pénétration du droit de l'UE dans l'ordre interne. Ainsi, semblent émerger deux types de droit constitutionnel : un droit constitutionnel « identitaire » et un droit constitutionnel « non identitaire ». Le droit constitutionnel relatif à l'identité constitutionnelle de la France est *le* droit constitutionnel *suprême* en ce que le droit UE ne peut y porter atteinte ; le droit constitutionnel *non* relatif à l'identité constitutionnelle de la France est un droit constitutionnel inférieur au droit constitutionnel suprême (celui relatif à l'identité constitutionnelle de la France). Apparaît en droit français la si controversée notion de supra-constitutionnalité, entendue comme hiérarchie entre normes constitutionnelles. Si la transposition d'une directive ne peut aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, reste que le pouvoir constituant est souverain : par la formule « sauf à ce que le constituant y ait consenti », le Conseil constitutionnel rappelle que le pouvoir constituant – qu'il soit congressionnel ou populaire – demeure le maître du processus normatif et le pouvoir décisionnaire ultime. Il peut donc décider de réviser la Constitution pour mettre fin à un hiatus entre droit constitutionnel national et droit constitutionnel UE. L'identité constitutionnelle de la France est un contenant ; a-t-elle un contenu ? Quid du contenu matériel de cette troublante identité constitutionnelle de la France ? Le Conseil constitutionnel – logiquement et hypocritement prudent – ne répond pas à la question ; il ne donne aucun renseignement quant à la teneur substantielle de cette identité constitutionnelle de la France. Immédiatement, le lecteur français se tourne vers les articles 1^{er} et 3 C. Article 1^{er} C. : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée »... Article 3 C. : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret. Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques ». Résumons : indivisibilité de la République (temple conceptuel depuis 1789), principe de laïcité (laïcité dite « à la française » depuis la III^{ème} République), dimension démocratique et sociale de la République (à relier naturellement avec le principe d'égalité et la notion de souveraineté nationale, autres piliers

issus de 1789). Il convient également de se tourner vers l'article 89-5 C. : « *La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision* ». Cet article – héritier de la loi constitutionnelle de 1884 et ayant jadis donné lieu à un âpre débat entre Vedel et Favoreu – semble donner une touche supra-constitutionnelle au système français. Si l'on relie les articles 1^{er}, 3 et 89-5 C., il est loisible de soutenir que les valeurs républicaines – qui ne peuvent « *faire l'objet d'une révision* » - constituent cette identité constitutionnelle de la France. L'identité constitutionnelle de la France renvoie au particularisme constitutionnel français, à la spécificité constitutionnelle française ; par la négative, cela renvoie aux principes juridiques français qui n'existent pas dans l'ordre UE. Le Conseil constitutionnel pose les linéaments d'une jurisprudence connue dans d'autres Etats (Allemagne, arrêt *Solange II*, 1986...Italie, arrêt n°1146 de 1988...Espagne, arrêt du 13 décembre 2004)... Avec cette identité constitutionnelle de la France, avec les *valeurs* inhérentes à l'identité constitutionnelle de la France, nous sommes en présence d'une supra-constitutionnalité qui innerve la seconde moitié du XX^{ème} siècle. Ces principes supra-constitutionnels renvoient à une certaine idée de la démocratie libérale, à cette philosophie politico-juridique mettant au centre du système l'Individu en ses droits fondamentaux inaliénables. Les principes supra-constitutionnels renvoient à la dignité de la personne humaine ; ils ne sont rien d'autres que du droit naturel jus-positivisé dans les textes constitutionnels. L'identité constitutionnelle de la France comprend les principes de droit naturel jus-positivé que nous regardons – à tort ou à raison – caractéristiques de l'humus culturel/politique/juridique français.

Ajoutons que le Conseil constitutionnel estime que l'exigence de transposition des directives UE (sur le fondement de l'article 88-1 C.) ne figure pas au nombre des « droits et libertés que la Constitution garantit » (article 61-1 C.). En d'autres termes, il est impossible – dans le cadre de la QPC, contrôle de la constitutionnalité des lois a posteriori – de contester la régularité des lois de transposition des directives (CC, QPC n°2010-79). Sauf si est en jeu l'identité constitutionnelle de la France. Le Conseil d'Etat s'est prononcé le 10 mars 2017 (n°403916) sur le fait de savoir s'il devait – ou non – adresser au Conseil constitutionnel une QPC en raison d'une présumée atteinte à l'identité constitutionnelle de la France. Le Conseil d'Etat rappelle de prime abord le cœur de la position du Conseil constitutionnel : « *En l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, le Conseil constitutionnel juge qu'il n'est pas compétent pour contrôler la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne* ». Puis le Conseil d'Etat constate : le texte litigieux – certaines dispositions de la

loi du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de réutilisation des informations du secteur public du code de la propriété intellectuelle – se borne à tirer les conséquences nécessaires des dispositions précises et inconditionnelles de la directive 2003/98/CE...sans qu'il soit porté atteinte à une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Le juge administratif refuse de transmettre la QPC au Conseil constitutionnel puisqu'il ne voit pas – en l'espèce – un risque d'atteinte à l'identité constitutionnelle de la France.

7. Transposition des directives UE et supériorité de la Constitution : à propos de la jurisprudence *Arcelor* (Conseil d'Etat)

Il revient au juge administratif d'examiner les recours dirigés contre les décrets de transposition des directives UE. Concrètement, il échoit au Conseil d'Etat de poser les cadre structurants lorsqu'il s'agit de concilier *et* la suprématie de la Constitution dans l'ordre interne *et* les exigences inhérentes à la participation de la France à l'UE en vertu de l'article 88-1 C. (et en vertu de la jurisprudence de la CJUE posant la suprématie ontologique du droit UE...). Peut survenir – dans l'hypothèse de la transposition d'une directive – un conflit normatif. Les deux principes posés – suprématie de la Constitution, exigence constitutionnelle de transposition des directives – sont susceptibles d'entrer en conflit s'il est adopté une mesure réglementaire contraire à une règle ou un principe renvoyant à l'identité constitutionnelle de la France. Tel est le problème posé dans la décision du 8 février 2007 (Conseil d'Etat, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine*). Un décret transposait – au mot près – une directive UE (relative au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre institué par le Protocole de Kyoto). Redoutable question était posée : comment assurer la protection de la Constitution sans porter atteinte à l'exigence de primauté du droit communautaire ? Par le truchement du principe de l'équivalence des protections ! Le Conseil d'Etat recherche s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui garantit le respect du principe constitutionnel invoqué. Si tel est le cas, le Conseil d'Etat recherche s'il y a conformité de la directive avec cette règle ou ce principe général du droit communautaire. A défaut de difficulté sérieuse, le juge écarte le moyen soulevé ; cependant, s'il existe une difficulté sérieuse, le juge saisit la CJUE et procède à un renvoi préjudiciel. Dans l'hypothèse où il n'existe aucune règle ou aucun principe général du droit UE conférant une protection équivalente au droit national, la constitutionnalité des dispositions réglementaires litigieuses est examinée par le juge administratif. La jurisprudence *Arcelor* apparaît une subtile opération de contournement normatif pour concilier ce qui semble peu conciliable : la prétention à la supériorité du droit constitutionnel national, la prétention à la supériorité du constitutionnel droit UE. Ce

hiatus devient gérable si l'on postule l'existence de principes communs... que l'on va qualifier d'équivalents (ce qui n'est pas tout à fait la même chose...). Le pluralisme normatif est invoqué (versus la classique pyramide) pour étayer cette thèse. On évite ainsi les conflits normatifs et les conflits juridictionnels ; on évite ainsi une guerre des normes et une guerre des juges. Mais il existe deux apories dans ce raisonnement. La première : deux ordres ne peuvent prétendre chacun à une souveraine supériorité, or c'est ce que font l'ordre interne et l'ordre UE. La seconde : l'équivalence des protections est un masque pharisien car le mimétisme sémantique (ex. le principe d'égalité) ne signifie pas toujours mimétisme conceptuel (le contenu du principe d'égalité).

8. QPC, supériorité de la Constitution, supériorité du droit UE : à propos de la jurisprudence *Melki* (Cour de cassation)

La supériorité de la Constitution sur le droit UE est à ce point au centre des débats politiques et juridiques que le législateur organique – lorsqu'il adopte en 2009 les dispositions législatives nécessaires à la mise en œuvre du contrôle de la constitutionnalité des lois a posteriori adopté par le constituant en 2008 – qualifie le mécanisme nouveau de *prioritaire*. Prioritaire par rapport à quoi ? Par rapport au droit supranational, et en particulier au droit UE. Ainsi naît la QPC : question *prioritaire* de constitutionnalité sur le fondement de l'article 23-2 de la loi organique n°2009-1521. En vertu de cet article 23-2 LO, « la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation ». Il faut noter que le législateur organique ne mentionne pas le droit UE en tant que tel – alors que la dimension prioritaire de la QPC a été élaborée contre le droit UE – et se limite à évoquer seulement les *engagements internationaux de la France*. Cette formule générique ne trompe personne ; par le truchement de la logique prioritaire, c'est bien le droit UE qui est visé en raison de sa puissance normative qui met en péril la supériorité de la Constitution. Un des objectifs de la création d'un mécanisme incident de contrôle de la constitutionnalité des lois – il suffit de lire les travaux préparatoires de la révision constitutionnelle de 2008 – était d'ailleurs de réaffirmer la primauté de la Constitution ; le législateur organique emprunte naturellement le même chemin que le constituant. Reste que le caractère prioritaire du contrôle a posteriori de la constitutionnalité des lois est susceptible de remettre en cause la primauté du droit UE tel qu'affirmée avec force par la CJUE depuis des décennies. La Cour de cassation transmet en 2010 (cass., 16 avril 2010, n°10-40002, *Melki*) une question préjudicielle à la CJUE. Selon la Cour de cassation, la QPC mettrait en péril le contrôle de

conventionnalité opéré par le juge ordinaire, à la fois *avant* et *après*. En d'autres termes, la Cour de cassation estime que la QPC empêche le juge ordinaire de poser une question préjudicielle à la CJUE en amont (dans le cadre du contrôle classique de conventionnalité des lois) et en aval (si le Conseil constitutionnel se prononce). Ce faisant, la Cour de cassation instrumentalise le droit de l'UE à son profit, pour défendre sa position qu'elle estime menacée : le juge judiciaire est réputé hostile au mécanisme de la QPC en ce qu'il représente un danger pour elle, naturelle « gardienne de la liberté individuelle » (article 66 C.). La primauté et l'efficacité du droit UE sont mis en avant par la Cour de cassation pour contester la régularité – au regard du droit UE – de la QPC...en ce que cette dernière est censée assurer la priorité du contrôle de constitutionnalité... La Cour de cassation – censée appliquer la Constitution – met en cause *le* mécanisme (la QPC) assurant le caractère prioritaire du contrôle de la constitutionnalité des lois. L'argumentation de la Cour de cassation – dans cette décision de 2010 – est éminemment critiquable et ne manquera pas d'être critiquée, tant par le Conseil constitutionnel (DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*) que le Conseil d'Etat (14 mai 2010, *Rujovic*). La question préjudicielle prospère et la CJUE y répond dans sa décision du 22 juin 2010 (n°188/10). La CJUE n'invalide pas le mécanisme de la QPC – il n'était guère imaginable qu'elle déclare contraire au droit de l'UE un contrôle de constitutionnalité des lois voulu par le pouvoir constituant – mais apporte des réserves à mêmes de protéger l'ordre constitutionnel dont elle est le gardien, à même de protéger la primauté, l'homogénéité et l'efficacité du droit UE. La CJUE accepte l'idée que la QPC puisse empêcher le juge national « de laisser immédiatement inappliquée » une loi jugée contraire au droit UE ; cependant, le juge national doit rester - en vertu de l'article 267 TFUE – « libre d'une part, d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union et, d'autre part, de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, ladite disposition législative nationale, s'il la juge contraire au droit de l'Union ». De plus, la CJUE évoque la question du contrôle de constitutionnalité des lois de transposition par le juge constitutionnel national. Le propos est tranché et vise à rappeler que sa propre compétence juridictionnelle ne saurait être remise en cause. Aussi la CJUE déclare-t-elle que le mécanisme de la QPC « ne saurait porter atteinte à la compétence de la seule Cour de justice de constater l'invalidité d'un acte de l'Union, et notamment d'une directive, compétence ayant pour objet de garantir la sécurité juridique en assurant l'application uniforme du droit de l'Union ». Clairement, la CJUE évoque l'hypothèse où l'inconstitutionnalité d'une loi de transposition d'une directive (à la suite d'une décision du Con-

seil constitutionnel) empêcherait le juge ordinaire national d'opérer un renvoi préjudiciel. Cela empêcherait alors la CJUE de contrôler la validité de la directive en cause au regard du droit primaire de l'UE, chose impensable. Ce faisant, la CJUE affirme la potentielle dimension prioritaire de la question préjudicielle sur la QPC pour éviter la neutralisation de facto du mécanisme de la question préjudicielle pour les lois de transposition des directives. La CJUE en profite pour rappeler un principe fondamental du droit de l'UE et donne une leçon de droit communautaire au Conseil constitutionnel : « les juridictions nationales, dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne sont, en principe, tenues, en vertu de l'article 267, troisième alinéa, TFUE, d'interroger la Cour de justice sur la validité de cette directive ». Cette obligation tombe évidemment si le juge ordinaire avait - au cours de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité de la loi - lui-même saisi la CJUE d'une question préjudicielle. La décision de la CJUE est cohérente au regard de ce qu'elle est, au regard de la spécificité du droit UE : elle rappelle - de manière classique - qu'aucune norme interne, qu'aucun mécanisme procédural interne (fût-il de nature constitutionnel) ne peuvent porter atteinte à ces deux principes : l'ordre normatif UE possède une substance spécifique, la Cour de Luxembourg est l'unique interprète authentique du droit UE.

9. Epilogue. A propos d'une trilogie identitaire constitutionnelle : trois ordres juridiques, trois constitutions matérielles, trois juges constitutionnels

Bien souvent, un article sur la question de la conciliation entre ordre constitutionnel national et ordre constitutionnel UE se termine par un appel au merveilleux « dialogue des juges ». On avoue ne pas croire - au regard de la science du droit - à la pertinence d'une telle notion. S'il s'agit de dire que les juges constitutionnels nationaux et le juge constitutionnel UE communiquent entre eux et que les valeurs au sein de l'UE et des Etats membres sont les valeurs inhérentes à l'Etat de droit constitutionnel social et libéral, nul ne contestera une telle assertion tant elle relève de l'évidence. Cependant, le « dialogue des juges » semble souvent relever de la formule magique censé concilier l'inconciliable, tout comme le principe de l'équivalence des protections des droits fondamentaux. La promotion du dialogue ne permet en rien de résoudre l'équation conflictuelle première : la prétention de deux ordres constitutionnels à la primauté normative, la prétention de deux juges constitutionnels - le national et la CJUE - à la primauté juridictionnelle. Car si la CJUE est encline à reconnaître la spécificité constitutionnelle de certains principes, cela peut advenir seulement et seulement si le droit UE n'est pas atteint en sa substance, seulement et seulement si l'ordre UE n'est pas menacé en son essence. Apparaissent emblématiques les propos de M. Poiars

Maduro (conclusions in C-53/04 ; C-180/04, 20 septembre 2005). M. Poiares Maduro estimait indispensable de donner aux autorités nationales – notamment aux juges nationaux – « la possibilité de définir la nature des spécificités nationales pouvant justifier une (...) différence de traitement ». Ces autorités nationales – en vertu de l'application du principe de subsidiarité – semblent être les mieux à même de réaliser une telle tâche. Mais, cependant, néanmoins...il va de soi, ajoute l'alors avocat général, que « la Cour a pour devoir de vérifier que cette appréciation est conforme aux droits et objectifs fondamentaux dont elle assure le respect dans le cadre communautaire ». Chassez l'absence de hiérarchie et elle revient au galop. Si l'identité constitutionnelle nationale doit exister, elle ne peut représenter un danger pour l'identité constitutionnelle UE qui a vocation à prévaloir, tout comme le droit UE prévaut sur le droit national. La conciliation et le dialogue existent tant que la cohérence et la substance de l'identité constitutionnelle UE ne sont pas dénaturées par l'identité constitutionnelle nationale. L'ordre constitutionnel souverain UE est – en d'autres termes – supérieur à l'ordre constitutionnel souverain national.

La question que la doctrine et les acteurs politico-institutionnels doivent aujourd'hui traiter n'est pas seulement centrée sur la question des relations entre constitution nationale et droit UE, entre juges nationaux et CJUE. Il s'agit d'une relation à trois, d'un couple à trois : constitution nationale, constitution matérielle UE, constitution matérielle conventionnelle (Convention européenne des droits de l'homme)...juge national, CJUE, Cour européenne des droits de l'homme. Voici le grand défi normatif et juridictionnel présent et à venir : comment concilier la prétention à la supériorité des constitutions nationales avec la prétention à la supériorité de la constitution matérielle UE et la prétention à la supériorité de la constitution matérielle conventionnelle ? De la norme au juge de la norme : comment concilier la prétention à la supériorité juridictionnelle nationale avec la prétention à la supériorité juridictionnelle de la CJUE et la prétention à la supériorité juridictionnelle de la Cour EDH ? Tout commence et tout s'achève avec les rapports de système. La constitution matérielle UE et la constitution matérielle conventionnelles ont été présentées – c'est un constat, pas une critique – comme les normes constitutionnelles s'imposant aux constitutions nationales. Les juges constitutionnels UE et conventionnels ont depuis des années imposé – c'est un constat, pas une critique – leurs volontés aux juges nationaux, y compris aux cours constitutionnelles. Désormais, le débat se déplace. Il n'est plus seulement centré autour de la césure « droit national/droit supranational (UE + CEDH) » car la supériorité du droit supranational n'est plus guère contestée. Le débat est désormais centré autour de la relation « droit UE/droit conventionnel » et de la relation « CJUE/Cour EDH ». Que faire lorsque les

deux constitutions matérielles supranationales se croisent et que cela génère un hiatus normatif ? Que faire lorsque les politiques jurisprudentielles des 2 juges – CJUE et Cour EDH – se croisent et que cela génère un hiatus juridictionnel ? Désormais, une crainte semble surgir et elle frappe la CJUE, effrayée à l'idée de passer sous les fourches caudines de la Cour EDH, tout comme jadis les cours nationales sont passées sous les fourches caudines de la CJUE. Il suffit de lire et relire l'avis n°2/13 de la CJUE (18 décembre 2014) – en contradiction avec la thèse défendue par l'avocat général Madame Kokott – pour comprendre l'étendue du problème. Par cet avis, la CJUE estime – une nouvelle fois – que l'adhésion à la Convention EDH n'est pas actuellement possible au regard de la spécificité du droit UE et de la nécessité d'assurer sa cohérence, sa primauté et son efficacité. La CJUE craint que le droit conventionnel des droits de l'homme ne devienne le socle normatif de référence et que le droit UE soit jugé à l'aune de ce droit conventionnel. De la puissance des normes à la puissance des juges : la CJUE craint que le juge de Strasbourg ne devienne *le* juge supranational européen possédant la puissance de juger l'ensemble du droit européen, droit UE et droit conventionnel compris. Peut-être l'autonomie constitutionnelle des Etats et la puissance d'agir des juges nationaux dépendra-t-elle de la bataille normative et juridictionnelle à laquelle pourraient se livrer les cours de Luxembourg et de Strasbourg... Toutes les entités institutionnelles concernées (Etats, UE, CEDH) sont à la recherche de leur identité constitutionnelle. Cette dernière notion ne doit donc pas s'analyser à la seule lumière de la chose étatique ; elle doit aussi se juger à l'aune des identités européennes, UE et conventionnelle.