

489. Voir F. Hamon et C. Wiener, *La Loi sous surveillance*, Odile Jacob, 1999.

490. La volonté des auteurs de la Constitution de 1958 de définir un domaine de la loi posait *ipso facto* la question du maintien du législateur dans le cadre de la compétence ainsi définie par la Constitution : la délimitation d'une frontière, fût-elle normative, ne va pas, en effet, sans poser la question du franchissement, licite ou illicite, de la frontière. Sous cet aspect, les constituants avaient craint que le Parlement n'outrepassât son rôle, sa compétence, d'autant plus qu'en vertu de l'art. 37 C., il y avait désormais des domaines répartis entre la loi et le règlement, en ce que le domaine normatif du Parlement se trouvait limité. Il paraissait donc logique de surveiller les actes du Parlement, aussi bien du point de vue de la forme que du point de vue du fond (étant rappelé que, dans le système juridique français, les actes du président de la République et ceux du gouvernement sont soumis à un juge administratif dont l'instance suprême est le CE) et d'instituer un gardien de la frontière normative. Telle est la raison d'être de la création du Conseil constitutionnel (titre VII C.) qui, comme l'a bien indiqué Michel Debré dans son discours de présentation du projet de Constitution devant l'Assemblée générale du CE, le 27 août 1958, « manifeste la volonté de subordonner la loi, c'est-à-dire la décision du Parlement, à la règle supérieure édictée par la Constitution ».

Mais la conditionnalité de la loi ne tient pas seulement à sa subordination à la Constitution. Dans la mesure, en effet, où cette dernière précise aussi que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie » (art. 55), elle suggère en conséquence un autre type de contrôle de la loi, qui n'interviendra ni au même moment, ni au profit des mêmes juridictions.

De fait, la conditionnalité de la loi, telle qu'organisée par C. 1958, s'entend d'un contrôle de constitutionnalité de la loi et de ce qu'il est convenu désormais d'appeler, en dépit de l'impropriété de l'expression, un « contrôle de conventionnalité » de la loi par référence aux conventions ou traités internationaux.

A . Le contrôle de constitutionnalité de la loi

491. Cette question sera plus amplement développée dans le chapitre suivant sous l'étude du Conseil constitutionnel.

492. Le contrôle de constitutionnalité de la loi s'organise autour des modalités de saisine du Conseil constitutionnel. Mais il importe de préciser, bien au-delà des mécanismes visibles de saisine du juge constitutionnel et des modalités d'exercice du contrôle de constitutionnalité de la loi, que celui-ci possède une dimension latente dont l'importance et l'efficacité sont telles aujourd'hui qu'elles ne mènent pas nécessairement à une saisine du Conseil constitutionnel. Dans la mesure, en effet, où le gouvernement influence le processus législatif, c'est dès le stade de la préparation des projets de loi qu'il sera amené à se préoccuper, à titre préventif, de la question de la constitutionnalité de la loi. Cette préoccupation vaut désormais aussi, depuis la révision constitutionnelle de 2008, pour les propositions de loi, à l'initiative du président de l'assemblée concernée. Tel est notamment le rôle du CE, lors de son avis sur les projets de loi préalablement à leur délibération en Conseil des ministres et, éventuellement, les propositions de loi avant leur examen en commission, lequel ne manquera pas de stigmatiser les éventuels risques d'inconstitutionnalité qu'un projet de loi est susceptible de receler, bien que ses avis ne fassent normalement pas l'objet d'une publication. Au reste, le gouvernement a lui-même intégré cette préoccupation tout au long de la procédure législative, comme en témoigne une circulaire du Premier ministre Michel Rocard adressée aux membres de son gouvernement (25 mai 1988) : « Il convient de tout faire pour déceler et éliminer les risques d'inconstitutionnalité susceptibles d'entacher les projets de loi inscrits à l'ordre du jour. Cette préoccupation doit être la nôtre même dans les hypothèses où une saisine du Conseil constitutionnel est peu vraisemblable ».

493. À partir de là, trois situations peuvent se présenter : celle, tout d'abord, de la saisine obligatoire du Conseil constitutionnel de certains textes avant leur promulgation ou leur entrée en application (art. 61 C., al. 1).

Celle-ci concerne d'abord les LO, à propos desquelles le Conseil constitutionnel examine surtout le fond du droit, c'est-à-dire si ces textes sont conformes à la Constitution ; ensuite les règlements des assemblées parlementaires, à propos desquels le Conseil constitutionnel opère, là aussi, un contrôle de fond. Sans nul doute, le contrôle de constitutionnalité des règlements des assemblées parlementaires représente l'une des principales innovations de la Constitution de 1958 en ce qui concerne le Parlement. Celle-ci ne se comprend que si l'on mesure véritablement l'importance des règlements des assemblées parlementaires avant 1958 : « En réalité, c'est un instrument redoutable aux mains des partis ; il a souvent plus d'influence que la Constitution elle-même sur la marche des affaires publiques » (E. Pierre, *Traité de Droit politique, électoral et parlementaire*, op. cit., t. 1, p. 490). L'on comprendra, dès lors, que les constituants de 1958 aient pu justifier ce contrôle obligatoire par « l'idée [...] qu'il ne faut pas que la Constitution puisse être contrecarrée ou déformée par le biais du règlement des assemblées » (R. Janot, « Commentaires sur la Constitution »,

art. cit., p. 190), ces dernières pouvant être tentées de réintroduire via leur propre règlement des prérogatives que leur ôtait le texte même de la Constitution. Le Conseil constitutionnel a, d'ailleurs, dès ses premières décisions, annulé une grande partie des règlements de l'Assemblée nationale et du Sénat, notamment les dispositions relatives à l'interpellation (CC, déc. n° 59-2 DC des 17, 18 et 24 juin 1959, *Rec.*, p. 58). L'on précisera enfin que la conformité des règlements des assemblées parlementaires ne s'apprécie pas seulement par rapport à la Constitution, mais aussi aux LO prévues par elle (CC, déc. n° 66-28 DC du 8 juillet 1968, *Rec.*, p. 15), ce qui situe par là même leur propre place dans la hiérarchie des normes. La saisine obligatoire du Conseil constitutionnel concerne enfin les propositions de loi mentionnées à l'art. 11 C. avant qu'elles ne soient soumises au référendum. Il s'agit d'un texte d'initiative parlementaire et populaire, plus précisément émanant d'un cinquième des membres du Parlement, soutenus par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales (art. 11 C., al. 3, loi constitutionnelle du 23 juillet 2008).

La deuxième situation se rapporte à la saisine facultative du Conseil constitutionnel, laquelle concerne les lois définitivement votées par le Parlement, mais non encore promulguées (art. 61 C., al. 2), y compris les lois portant ratification des traités internationaux, voire les amendements, dans la mesure où le Conseil constitutionnel a lui-même admis d'examiner dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de la loi votée (art. 61 C.) la régularité de la procédure d'irrecevabilité de l'article 41 C. (CC, déc. n° 93-329 DC du 13 janvier 1994, *Rec.*, p. 9), irrecevabilité de tout amendement que le gouvernement estime ne pas être du domaine de la loi.

Dans ce dernier cas, le Conseil constitutionnel est surtout chargé des questions de compétence parlementaire sur la base de l'article 34 C. et il dispose de huit jours pour rendre sa décision. Cette procédure a peu fonctionné en pratique.

Toutefois, et lorsque la loi est définitivement votée par le Parlement ou lorsqu'une loi en vigueur « porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit » (art. 61-1, loi constitutionnelle du 23 juillet 2008), il ne s'agira plus d'une question de compétence, mais d'une question de fond : c'est pourquoi celle-ci doit faire l'objet d'un examen à part (voir chapitre suivant).

La troisième situation est celle de la saisine du Conseil constitutionnel en application de l'art. 37 C., al. 2, 2^e phrase. La première phrase donne une compétence de principe au gouvernement pour modifier par décret pris après avis du CE les lois votées avant 1958 et qui relèvent désormais, après l'entrée en vigueur de la Constitution, de la compétence du pouvoir réglementaire au sens de l'art. 37, al. 1. En d'autres termes, la Constitution « délégalise » ces textes, le gouvernement pouvant les modifier par

décret, sauf à prendre préalablement l'avis du CE. La deuxième phrase du deuxième al. de l'art. 37 concerne les lois qui interviendraient, par omission ou par calcul politique, après l'entrée en vigueur de C. 1958, dans une matière qui n'est pas législative : soit qu'il y ait eu une erreur, soit que le gouvernement ait laissé faire pour des raisons politiques.

C'est notamment au titre de ces dernières raisons que s'est développée la procédure dite des « validations législatives », que l'on peut définir comme une « procédure juridique consistant à recourir à la loi afin de neutraliser les effets découlant de l'annulation d'un acte réglementaire qui remet en cause des situations personnelles acquises » dans le cas, par exemple, d'un concours administratif (P. Avril et J. Gicquel, *Lexique de droit constitutionnel, op. cit.*). Si le Conseil constitutionnel a pu admettre le procédé, c'est à titre très exceptionnel compte tenu des situations de fait, étant en effet entendu qu'« il n'appartient ni au législateur ni au gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence » (CC, déc. n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Rec.*, p. 46).

Mais ultérieurement, le gouvernement souhaite modifier ces textes par décret, soit qu'il se soit rendu compte de son erreur, soit que la situation politique le lui permette. Il ne pourra le faire qu'après en avoir obtenu l'autorisation du Conseil constitutionnel, lequel se bornera alors à indiquer si la loi relève ou non de la compétence législative, procédant à ce qu'il appelle lui-même un « déclassement » de tout ou partie des dispositions de la loi, en vue de restituer la nature réglementaire des dispositions législatives prises hors du domaine de la loi (voir, par exemple, CC, déc. n° 2000-190 L. du 7 novembre 2000, *Rec.*, p. 162).

En dépit de l'évolution du domaine législatif sous la V^e République tel qu'interprété par le juge constitutionnel, cette procédure reste relativement fréquente, cela s'expliquant par le fait qu'elle permet, en tout état de cause, au gouvernement de conserver l'initiative par rapport au Parlement, en pouvant toujours reprendre ce qu'il avait dû, volontairement ou non, concéder au Parlement. L'on rappellera aussi que le juge constitutionnel s'est reconnu la compétence de constater, dans le cadre de la procédure du contrôle de la constitutionnalité des lois de l'art. 61 C., le caractère réglementaire de dispositions de la loi soumise à son examen (déc. du 21 avril 2005 précitée), mais sans en tirer d'autre conséquence.

494. En revanche, le Conseil constitutionnel n'est jamais compétent à l'égard des lois référendaires de l'art. 11 C. Cela n'était pas une certitude, en 1958, mais le Conseil constitutionnel en a lui-même décidé ainsi, le 6 novembre 1962, dans une célèbre décision rendue sur saisine du président du Sénat en vue de faire prononcer

l'inconstitutionnalité de la loi relative à l'élection du président de la République adoptée par le peuple lors du référendum du 28 octobre 1962.

Le Conseil se trouvait ainsi placé devant une situation très grave : il lui était demandé d'annuler la décision prise par le peuple, avec par ailleurs de forts arguments en faveur de l'inconstitutionnalité. Le Conseil constitutionnel a alors choisi de se déclarer incompétent pour connaître des lois référendaires. Il s'est, pour cela, fondé sur deux arguments : le premier, c'est que les textes ne lui permettaient pas de contrôler la constitutionnalité d'une loi référendaire ; le second, c'est qu'il ne pouvait pas être saisi de ce qui représentait l'expression directe de la souveraineté nationale : « [...] il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser dans son art. 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale » (CC, déc. n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Rec.*, p. 27). Cette décision a été très critiquée par les juristes, qui se sont demandés si elle ne permettait finalement pas au peuple de violer par référendum tous les principes constitutionnels. Mais le Conseil constitutionnel a réitéré son incompétence lors de sa saisine de la conformité à la Constitution de la loi autorisant la ratification du TUE (traité de Maastricht), adoptée par référendum le 20 septembre 1992 (CC, déc. n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, *Rec.*, p. 94).

Cette incompétence s'étend désormais aux lois de révision constitutionnelle adoptées par le Parlement réuni en Congrès sur le fondement de l'art. 89 C. (CC, déc. n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *préc.*).

B . Le contrôle de « conventionnalité » de la loi

495. Voir D. Alland, « Le droit international “sous” la Constitution de la V^e République », *RDP*, n° 5/6-1998, p. 1649.

496. Ce type de contrôle, dont le principe est suggéré par l'art. 55 C., mais sans que les modalités de la garantie de la supériorité des conventions internationales sur les lois nationales françaises soient pour autant précisées, a connu d'importants développements depuis un quart de siècle. Cela tient, pour l'essentiel, à deux raisons principales : la première procède de l'intensification des relations internationales, qui donne lieu à une augmentation corrélative de l'activité normative internationale. Cela concerne plus particulièrement le droit de l'UE, dont la « nature spécifique originale », « à la différence des traités internationaux ordinaires », en fait l'armature d'un « ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres

» (CJCE, *Costa c. Enel*, aff. n^o 61 à 64 du 15 juillet 1964, *Rec.*, vol. 10, p. 1161). Au reste et faisant écho à cette jurisprudence, le juge constitutionnel reconnaît également « l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international » (déc. n^o 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *Rec.*, p. 173). Il n'en déduit pas pour autant le caractère obligatoire du droit de l'UE de sa « nature spécifique originale », selon la jurisprudence de la CJUE, mais de l'art. 88-1 C., c'est-à-dire du droit constitutionnel national.

La seconde raison, qui dérive de la précédente, se rapporte à l'internationalisation de la protection des droits de l'homme. Cette internationalisation s'explique elle-même par la mise en évidence de la dimension universelle des droits de l'homme consécutive à la Deuxième Guerre mondiale en tant que droits inhérents à la condition humaine, selon l'art. 1 de la DDHC de 1789, que relaie l'art. 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

La Constitution française de 1958 exprime à l'origine une vision strictement interétatique des relations internationales, en ce que seul l'État souverain est au principe des relations internationales et du droit international. Il s'agit là de la dimension externe de cette exclusivité de l'État-nation, thème majeur de la pensée politique du général de Gaulle, c'est-à-dire la nation avec sa forme juridique que représente l'État, qui aboutit à affirmer la nécessité de préserver l'unité nationale contre toutes les formes d'internationalisme, fussent-ils de type politique (ONU), militaire (OTAN), ou européen, considérés comme autant de dissolvants de l'unité nationale. Si, en ce sens, le général de Gaulle a particulièrement dénoncé la mystique, à son sens, de l'intégration européenne, il ne s'agit pas pour autant de s'isoler : seulement, les relations internationales doivent être fondées uniquement sur l'égalité souveraine des États.

L'art. 55 C., au plan normatif, traduit cette conception, en subordonnant la supériorité des traités sur les lois nationales à une condition de réciprocité tenant à l'application du traité considéré par le ou les autres États parties. Cette condition de réciprocité avait été réitérée plus spécialement à propos de l'intégration européenne, en 1992 : « Sous réserve de réciprocité, et selon les modalités prévues par le TUE signé le 7 février 1992, la France consent aux transferts de compétences nécessaires à l'établissement de l'Union économique et monétaire européenne » (art. 88-2 C., al. 1), mais aussi en 1999. C'est cette condition de réciprocité que le Conseil constitutionnel a notamment mise en avant pour estimer que « le contrôle du respect du principe énoncé à l'art. 55 C. ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu

à l'art. 61, en raison de la différence de nature de ces deux contrôles » (CC, déc. n^o 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Rec.*, p. 19).

En réalité, tout dépend de la nature et de l'objet du traité considéré : dans la première hypothèse, l'ordre juridique de l'UE exclut une telle condition de réciprocité, dans la mesure où il organise lui-même la sanction de l'inexécution nationale des obligations qu'il induit sous la forme du recours en manquement, permettant à la Commission ou aux États membres de demander à la CJUE de constater qu'un État membre a manqué à ses obligations (art. 258 à 260 du Traité sur le fonctionnement de l'UE). La seconde hypothèse vise particulièrement les conventions internationales humanitaires, dont les objectifs ne pourraient jamais être réalisés s'ils se trouvaient à la portée d'une condition de réciprocité, fût-elle inscrite dans un texte constitutionnel. Au reste et sur ce point, la jurisprudence constitutionnelle française a dissipé ses ambiguïtés initiales dans sa décision relative au Traité portant statut de la Cour pénale internationale : « eu égard à cet objet [de favoriser la paix et la sécurité du monde et d'assurer le respect des principes généraux du droit public international], les obligations nées de tels engagements s'imposent à chacun des États parties indépendamment des conditions de leur exécution par les autres États parties ; qu'ainsi, la réserve de réciprocité mentionnée à l'art. 55 C. n'a pas lieu de s'appliquer » (CC, déc. n^o 98- 408 DC du 22 janvier 1999, *Rec.*, p. 29).

497. Le Conseil constitutionnel n'en a pas moins décidé, dans sa décision du 15 janvier 1975 préc., que l'économie de l'art. 55 C. justifiait « qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution » et qu'en conséquence il ne lui appartenait pas, « lors- qu'il est saisi en application de l'art. 61 C., d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international ». Sauf à ce que la Constitution elle-même vise explicitement un traité international, auquel le juge constitutionnel, dans l'exercice de son contrôle au sens de l'art. 61, pourra alors se référer : tel est le cas de l'article 88-3 C., qui dispose que le droit de vote et d'éligibilité des citoyens de l'UE résidant en France est accordé « selon les modalités prévues par le TUE signé le 7 février 1992 ». Tel est aussi le cas de la jurisprudence relative au contrôle de compatibilité entre les lois nationales de transposition et les directives communautaires, fondée sur l'art. 88-1 C, bien qu'elle ne remette pas fondamentalement en cause la jurisprudence du 15 janvier 1975. Cette dernière est, en effet, réitérée dans les décisions n^o 2006-535 du 30 mars 2006 et n^o 2010-605 DC du 12 mai 2010.

C'est dire que la garantie de la supériorité des traités sur les lois, faute d'être assurée par le Conseil constitutionnel en dehors des cas pour lesquels il estime être constitutionnellement habilité à cette fin, devait l'être par les juges du fond, c'est-à-

dire les juges devant lesquels pouvait être soulevée une exception de non-conformité d'une loi nationale française par rapport à un traité international à l'occasion de son application à un procès en cours. Le Conseil constitutionnel en donna lui-même exemple en acceptant d'examiner, en tant que juge du fond, en l'occurrence électoral (*infra* chap. 3), la conformité de la loi du 11 juillet 1986, déterminant le mode de scrutin pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale, avec les dispositions du Protocole n° 1 additionnel à la CEDH (CC, déc. n° 88-1082 AN du 21 octobre 1998, *Rec.*, p. 183). Et de rappeler en conséquence « que, dans le cadre de leurs compétences respectives, il incombe aux divers organes de l'État de veiller à l'application des conventions internationales » dans la mesure où, « s'il revient au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'art. 61 C. de s'assurer que la loi respecte le champ d'application de l'art. 55, il ne lui appartient pas en revanche d'examiner la conformité de celle-ci aux stipulations d'un traité ou d'un accord inter- national » (CC, déc. n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, *Rec.*, p. 110).

C'est précisément ce que fit la Cour de cassation, quelques semaines à peine après la décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975, en écartant l'application d'une loi nationale postérieure au traité de Rome instituant la CEE (C. cass., Ch. mixte, 24 mai 1975, *Sté Cafés J. Vabre*, D., 1975, p. 497, concl. Touffait). Cette solution fut rapidement étendue à tous les traités internationaux (C. cass., Civ. 1^{re}, 15 février 1977, *Dame Jam c. Épx Coulet*, Bull. civ. I, n° 83), *a fortiori* à la CEDH (C. cass., Crim., 27 novembre 1996, *Commandos anti-IVG*, RGDIP, 1998, p. 205).

Le CE mettra plus de temps à œuvrer dans le même sens. Pour le juge de la légalité des actes administratifs, en effet, la loi figurait en quelque sorte un horizon indépassable. Compte tenu de cette mission, mais aussi pour des raisons tenant à la psychologie de l'institution, il paraissait *a priori* exclu de porter ainsi atteinte à une loi nationale postérieure, même s'il ne s'agissait en théorie que d'en écarter l'application à un cas d'espèce. Le pas sera néanmoins franchi le 20 octobre 1989 avec l'arrêt *Nicolo* (CE, Ass., 20 octobre 1989, *Rec.*, p. 190, concl. Frydman). Rendu sur une question de compatibilité d'une loi avec le droit communautaire, l'arrêt n'en est pas moins un arrêt de principe, concernant l'ensemble des traités internationaux. Par la suite, le juge administratif devait déployer un activisme considérable dans cette nouvelle mission, qu'il interpréta comme consistant davantage à rechercher la compatibilité entre les normes nationale et internationale qu'à examiner la conformité de la loi nationale au traité (CE, Sect., 9 juillet 1997, *Ass.*, *Ekin*, *Rec.*, p. 300).

498. En tout état de cause une loi incompatible avec un traité inter- national ne disparaît pas pour autant de l'ordre juridique : elle ne sera pas annulée, les juges du fond n'ayant pas ce pouvoir, mais son applica- tion écartée en l'espèce. Mais les

développements du contrôle de la loi appliquée par les juges du fond vont désormais bien au-delà et tendent à démontrer que la frontière entre l'annulation de la loi et sa « déclaration d'inapplication » est fort ténue. Ainsi le CE admet-il que le gouvernement puisse refuser de prendre les mesures réglementaires d'application d'une loi contraire à une convention internationale, la loi étant en l'occurrence incompatible avec les objectifs d'une directive communautaire, alors même qu'il est dans l'obligation de prendre les règlements nécessaires à l'application des lois (CE, 24 février 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique et autres*, *Rec.*, p. 29).

Il convient, enfin, de souligner une dernière conséquence des développements du contrôle de la loi appliquée, en ce qu'il peut conduire le juge administratif ou judiciaire à écarter l'application de lois pourtant déclarées auparavant conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle au titre de l'art. 61 C. (CE, 5 mai 1995, *SARL « Der »*, *Rec.*, p. 192 ; C. cass., Soc., 25 avril 2001, *Ass. « Être enfant au Chesnay »*, *RFDA*, 2001, p. 1189). Si ces différences d'appréciation posent la question de la supériorité des traités par rapport à la Constitution, elles n'en sont pas moins inévitables eu égard à la différence de nature entre le contrôle de la loi votée et le contrôle de la loi appliquée.