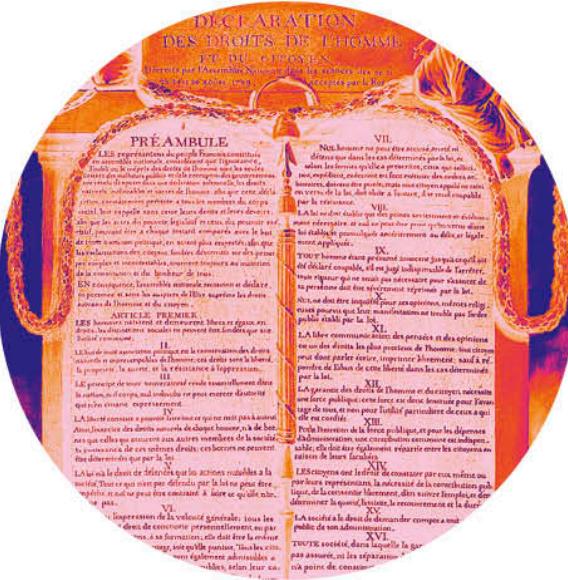


Actu' CONCOURS

2026
2027

Droit public



- ▶ **Les connaissances en chapitres synthétiques**
- ▶ **L'actualité la plus récente**
- ▶ **Perspectives et débats**

CONCOURS ADMINISTRATIFS / SCIENCE PO / LICENCE

Julien Sorin
Fabrice Bretéché
Guillaume Thobaty
Eddy Fougier (QCM)



Droit constitutionnel

1

Les imperfections institutionnelles de la V^e République

La V^e République est un régime mixte, mi-présidentiel, mi-parlementaire. Elle a assuré la stabilité institutionnelle voulue par le général de Gaulle, tout en faisant l'objet de critiques récurrentes, en raison notamment de la relative faiblesse du Parlement. Le « rapport Balladur » a fait de nombreuses propositions de réformes pour remédier à ces insuffisances, par un exécutif mieux contrôlé, un parlement renforcé et des droits nouveaux pour les citoyens. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a été l'occasion d'une importante révision de la Constitution sans pour autant conduire à un changement de régime. Si la loi organique du 22 janvier 2014 interdit, à compter de 2017, le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur, des améliorations substantielles de nos institutions sont encore envisageables à l'heure où la séquence politique et parlementaire associée à la réforme des retraites a conduit certains à évoquer en France l'existence d'une situation de « crise démocratique ».

Historique

1958 – De la IV^e à la V^e République

La crise d'Alger et la constitution, le 13 mai 1958, d'un Comité de salut public, conduisent au retour du général de Gaulle, investi le 1^{er} juin par l'Assemblée nationale. Le 29 juillet, le Comité consultatif constitutionnel créé par la loi du 3 juin est saisi de l'avant-projet de Constitution préparé par le Gouvernement. Le projet de Constitution est présenté le 4 septembre aux Français par le général de Gaulle et soumis au référendum. Michel Debré et plusieurs membres du Conseil d'État ont participé à la préparation de ce projet.

Le 28 septembre 1958, la nouvelle Constitution est approuvée par le peuple français par référendum. Elle entre en vigueur le 4 octobre 1958.

1962 – Élection du président de la République au suffrage universel direct

Le 21 octobre 1958, Charles de Gaulle est élu président de la République par un collège élargi, regroupant environ 80 000 grands électeurs. Pour parachever le nouveau régime constitutionnel issu de la Constitution du 4 octobre 1958, il propose que le Président soit élu non plus par un tel collège, mais par le peuple français dans son ensemble, au suffrage universel direct. Ainsi directement légitimé par les suffrages populaires, le Président, seul représentant de la nation tout entière, verrait confirmé son rôle de « clé de voûte » (Michel Debré) des institutions. Cette proposition est soumise au peuple par référendum. Normalement, la Constitution prévoit, pour sa révision, une procédure spécifique, définie par l'article 89, article unique du titre XVI (« De la révision »). Cette procédure suppose cependant l'accord des assemblées, et notamment du Sénat, pour mener à bien un projet de révision constitutionnelle. Or, le Sénat

est, à cette époque, farouchement hostile à l'élection du Président au suffrage universel direct. C'est pourquoi, le général de Gaulle décide de soumettre le projet à référendum sur le fondement de l'article 11 de la Constitution, aux termes duquel « *Le président de la République [...] peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics* ». Le recours à cet article a été particulièrement controversé à l'époque, le président du Sénat, Gaston Monnerville, n'hésitant pas à parler de « *forfaiture* ». La réforme est cependant adoptée, après avoir obtenu 62 % des suffrages exprimés lors du référendum du 28 octobre.

1971 et 1974 – Extension du contrôle de constitutionnalité

La Constitution de la V^e République met en place un organe spécifiquement en charge, avec d'autres attributions, notamment en tant que juge électoral, du contrôle de constitutionnalité des lois : c'est le Conseil constitutionnel, régi par le titre VII de la Constitution.

Initialement, le Conseil constitutionnel se définit lui-même comme un « *organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics* » (Conseil constitutionnel 6 novembre 1962, Élection du président de la République au suffrage universel direct, n° 62-20 DC). Sa mission principale consiste à faire respecter le partage de compétences entre domaines de la loi et du règlement, posé aux articles 34 et 37 de la Constitution.

L'affirmation du Conseil constitutionnel comme véritable juge constitutionnel s'effectue ensuite en deux étapes principales :

- En 1971, dans sa décision du 16 juillet 1971 (n° 71-44 DC), dite « *Liberté d'association* », il procède à une extension des normes de référence de son contrôle, qui va le transformer non seulement en un juge de la procédure vérifiant le respect du partage de compétences entre domaines de la loi et du règlement, mais en véritable juge du fond. En effet, dans cette décision, le Conseil constitutionnel fait référence au préambule de la Constitution de 1958. Or, celui-ci mentionne lui-même la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (DDHC) et le préambule de la Constitution de 1946, lequel fait référence aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR), tout en listant les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps (PPNT). À compter de cette décision, le Conseil constitutionnel incorpore ainsi les libertés publiques au « *bloc de constitutionnalité* ». Ce bloc est constitué de la Constitution, de la DDHC, des PFRLR, des PPNT, enrichis par les principes et objectifs de valeur constitutionnelle consacrés par la jurisprudence et complétés, enfin, avec la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005, par la Charte de l'environnement adossée à la Constitution.
- En 1974, le constituant réforme la saisine du Conseil constitutionnel, ce qui conduit à un contrôle quasi systématique de la constitutionnalité des lois. La loi constitutionnelle du 29 octobre 1974 permet en effet à soixante députés ou à soixante sénateurs de saisir le Conseil constitutionnel, tandis

qu'auparavant, la saisine était réservée au président de la République, au Premier ministre, au président de l'Assemblée nationale et au président du Sénat. Cette réforme ouvre, de fait, le droit de saisine du Conseil constitutionnel à l'opposition parlementaire, laquelle va largement utiliser ce droit de déférer les lois devant le juge constitutionnel. C'est un pas important vers le « Gouvernement de la Constitution », pour reprendre l'expression du doyen Georges Vedel.

1992-2008 – Modernisation des institutions et construction européenne

- La période comprise entre 1992 et 2008 est la période la plus intense de révision de la constitution puisqu'en seulement dix-sept ans dix-neuf des vingt-quatre révisions totales qu'aura connues la Constitution sont menées alors que la période 1958-1992 n'en avait connu que cinq et que la dernière, de portée mineure, liée à la question de l'intérim du président de la République, remontait à 1976.
- Deux grands mouvements peuvent être schématiquement décrits : l'accompagnement de l'approfondissement de la construction européenne et la modernisation des institutions avec la poursuite du mouvement de décentralisation.

L'approfondissement de la construction européenne

- Les grandes avancées de l'intégration européenne ont nécessité des révisions de la constitution pour pouvoir ratifier les traités les plus importants (Traité de Maastricht, 1992 ; Traité d'Amsterdam, 1999 ; Traité établissant une constitution pour l'Europe, 2005 ; Traité de Lisbonne en 2008 suite au référendum du 29 mai 2005 à l'issue duquel 54, 87 % des Français se sont opposés au projet de constitution européenne).

L'approfondissement de la décentralisation et la modernisation des institutions

- Sur le plan interne, la Constitution est modernisée avec plusieurs révisions, sur le plan institutionnel, de portée moyenne, (création de la Cour de justice de la République, 1993 ; réduction de la durée du mandat du président de la République de sept à cinq ans, 2000) et importantes sur le plan sociétal (égalité entre les femmes et les hommes, 1999 ; insertion de la Charte de l'environnement dans le bloc de constitutionnalité, 2005 ; interdiction de la peine de mort, 2007) avant la réforme issue de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République qui introduit plusieurs modifications dont la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). L'autre mouvement c'est l'approfondissement de la décentralisation. L'« acte I », le plus important, s'était déroulé sous le premier septennat de François Mitterrand, à droit constitutionnel constant. L'acte II est lui constitué, dans son volet constitutionnel, par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 qui modifie notamment l'article

1^{er} du texte de la Constitution en insérant la mention de l'organisation décentralisée de la République. La dernière révision a permis, par la loi du 8 mars 2024 votée par le Congrès et la modification de l'article 34 au terme de la procédure prévue par l'article 89, la constitutionnalisation du droit à l'interruption volontaire de grossesse (IVG), faisant de la France le premier pays à inscrire un tel droit dans sa loi fondamentale.

Connaissances de base

Un régime à l'équilibre singulier

Un régime mi-présidentiel, mi-parlementaire

Le régime politique institué par la Constitution de 1958 est un régime mixte, mi-présidentiel, mi-parlementaire. La définition présidentielle du régime a été formulée par le général de Gaulle dans sa conférence de presse du 31 janvier 1964. Le Président y est la clé de voûte du système. Seul élu direct de la Nation tout entière, il dispose en outre d'importantes prérogatives :

- c'est lui qui nomme le Premier ministre et, sur proposition de celui-ci, les autres membres du Gouvernement (article 8 de la Constitution) ;
- il peut soumettre au référendum les projets de loi portant sur les champs énumérés à l'article 11 de la Constitution ;
- il peut dissoudre l'Assemblée nationale (article 12 de la Constitution) ;
- il signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres et nomme aux emplois civils et militaires de l'État (article 13) ;
- en vertu de la tradition, il dispose d'un large « domaine réservé » en matière de politique étrangère et de défense nationale ;
- l'article 16 de la Constitution lui ouvre des pouvoirs exceptionnels en temps de crise.

Dans le même temps, la V^e République est aussi une République parlementaire. En effet, si le Premier ministre et les membres du Gouvernement tirent leur existence et leur légitimité de leur nomination par le président de la République (article 8), le Gouvernement est « responsable devant le Parlement » (article 20). Le Premier ministre peut engager devant l'Assemblée nationale la responsabilité du Gouvernement sur son programme, sur une déclaration de politique générale, ou sur le vote d'un texte, et l'Assemblée nationale peut mettre en cause la responsabilité du Gouvernement par le vote d'une motion de censure (article 49).

Un exécutif bicéphale

La V^e République se distingue des principales démocraties libérales par son exécutif bicéphale.

Le droit constitutionnel comparé distingue deux principaux types de régimes: soit un régime clairement présidentiel à exécutif unique, dont l'exemple-type est donné par les États-Unis. Soit des régimes parlementaires, où le chef de gouvernement est à la tête du pouvoir exécutif. Le chef de l'État est alors principalement doté de prérogatives symboliques et ne dispose que de manière résiduelle d'attributions politiques et juridiques, qu'il s'agisse d'un président dans les républiques (comme c'est le cas en Allemagne, en Italie ou au Portugal), ou d'un roi ou d'une reine dans les monarchies parlementaires (comme en Belgique, en Espagne ou en Grande-Bretagne par exemple).

La Constitution de 1958 procède, quant à elle, à un partage subtil d'attributions entre le président de la République et le Premier ministre:

- le Premier ministre exerce ainsi le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires, sous réserve des dispositions de l'article 13 (article 21 de la Constitution);
- de même, il contresigne, le cas échéant avec les ministres responsables, les actes du président de la République mentionnés à l'article 19 de la Constitution.

L'apogée du parlementarisme rationalisé

La Constitution de 1958 est née de l'échec des Républiques antérieures, incapables de faire face aux crises de l'Histoire. Or, tant la troisième que la quatrième Républiques étaient des Républiques parlementaires, marquées par la prédominance, non seulement du Parlement, mais des partis politiques, dont les alliances faisaient et défaisaient les gouvernements et étaient source d'une instabilité gouvernementale chronique.

C'est dans ce contexte que les constituants de 1958 ont mis en place des mécanismes caractéristiques du « parlementarisme rationalisé ». Le Gouvernement y est présent et influent à tous les stades de la procédure:

- « l'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement » (article 39 de la Constitution), mais « l'ordre du jour des assemblées comporte, par priorité et dans l'ordre que le Gouvernement a fixé, la discussion des projets de loi déposés par le Gouvernement et des propositions de loi acceptées par lui » (article 48, alinéa 1), seule une séance par mois étant réservée par priorité à l'ordre du jour fixé par chaque assemblée (article 48, alinéa 3). En pratique, environ 90 % des lois sont d'origine gouvernementale sous la V^e République. De plus, contrairement aux propositions de lois (pour lesquelles ce n'est qu'une faculté depuis la révision constitutionnelle de 2008), émanant des parlementaires, les projets de lois, d'origine gouvernementale, sont obligatoirement soumis à l'avis du Conseil d'État (article 39 de la Constitution), expertise juridique analysée comme un gage de qualité des textes;

- les propositions de lois, de même que les amendements parlementaires, doivent respecter certaines règles, sous peine d'irrecevabilité : irrecevabilités financières (article 40 de la Constitution), irrecevabilités pour empiétement sur le domaine réglementaire ou méconnaissance d'une délégation conférée au Gouvernement pour légiférer par ordonnances (article 41) ;
 - avant 2008 l'ancien article 42 prévoyait que « la discussion des projets de loi porte, devant la première assemblée saisie, sur le texte présenté par le Gouvernement » (article 42), sans prise en compte des travaux effectués au sein des commissions parlementaires ;
 - le Gouvernement peut recourir au vote bloqué sur tout ou partie d'un texte, en ne retenant que les amendements déposés ou acceptés par lui (article 44) : c'est la logique du « à prendre ou à laisser » (Guy Carcassonne) ;
 - le Premier ministre peut engager la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale sur son programme ou sur une déclaration de politique générale (article 49 alinéa 1) : c'est la question de confiance, à laquelle la réponse n'a jamais été négative depuis 1958 ;
 - le Premier ministre peut aussi engager la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale sur une loi de finance ou, une fois par session, sur le vote d'un texte, qui est alors considéré comme adopté, sauf si une motion de censure est votée (article 49-3). Le texte est donc réputé adopté, à moins que les députés ne décident d'ouvrir une crise politique majeure pouvant, le cas échéant, mener à la dissolution de l'Assemblée. Ici encore, aucune motion de censure n'a été adoptée dans ce contexte depuis 1958.
- Il convient enfin d'ajouter :
- que le Gouvernement peut demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances des mesures qui sont normalement du domaine de la loi (article 38) ;
 - que la possibilité pour le président de la République de dissoudre l'Assemblée nationale renforce la subordination de celle-ci à l'exécutif (article 12).

De nouveaux équilibres établis dans la période récente

Les cohabitations ont marqué un retour à une lecture littérale et parlementaire de la Constitution

Le bicéphalisme revêt deux significations différentes selon que la majorité présidentielle et la majorité parlementaire coïncident ou non. En cas de coïncidence, le Premier ministre et son Gouvernement dépendent étroitement du président de la République, qui les a nommés, qui est, en fait sinon en droit, le véritable chef de la majorité parlementaire, et qui peut à tout moment le contraindre à démissionner. Les périodes de cohabitation (F. Mitterrand et J. Chirac de 1986 à 1988 ; F. Mitterrand et É. Balladur de 1993 à 1995 ; J. Chirac et L. Jospin, de 1997 à 2002), donc d'absence de coïncidence des majorités, marquent un retour à une lecture plus parlementaire de la Constitution. Le Président est plus en retrait, investi de la mission d'« arbitrage » définie par l'article 5 de la Constitution. Le Gouvernement détermine et conduit effectivement

la politique de la Nation, conformément aux dispositions de l'article 20. Il est en outre davantage responsable devant le Parlement, de la majorité dont il est l'émanation, que devant le président de la République, désavoué par le suffrage.

Le quinquennat fait évoluer les rapports entre les pouvoirs publics et accentue la présidentialisation du régime

La loi constitutionnelle n° 2000-964 du 2 octobre 2000 réduit la durée du mandat du président de la République de sept à cinq années. Mise en œuvre pour adapter le temps présidentiel à la modernité et pour minimiser les risques de cohabitation en faisant coïncider la durée du mandat présidentiel avec la durée du mandat des députés, cette réforme a eu, avec par ailleurs l'inversion du calendrier électoral, d'importants effets sur les rapports des principaux pouvoirs publics. Elle accélère le rythme de la vie politique. Surtout, alors que le régime politique institué par la Constitution peut être qualifié de mi-présidentiel et mi-parlementaire, le quinquennat accentue sa présidentialisation en renforçant la prééminence du président de la République au détriment du Premier ministre. Pourtant, cette présidentialisation ne s'est pas accompagnée de l'émergence de contrepoids au pouvoir présidentiel.

La décentralisation conforte les collectivités territoriales dans le cadre d'une République une et indivisible dont l'organisation est décentralisée

Après l'échec du référendum de 1969 sur le projet de loi relatif à la création des régions et à la réforme du Sénat, il a fallu attendre le début des années quatre-vingt pour voir le lancement de la décentralisation (voir, en particulier, la loi n° 82-213 du 2 mars 1982). En 2003, est ensuite intervenu ce qu'il est convenu d'appeler « l'acte II de la décentralisation », qui se matérialise d'abord par la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République. Cette loi constitutionnelle s'organise autour de cinq grands principes : le principe de subsidiarité, le droit à la spécificité, le droit à l'expérimentation, l'autonomie financière, la participation. Ces principes font l'objet d'analyses détaillées dans le chapitre relatif aux collectivités territoriales (chapitre 6). Principalement, cette révision constitutionnelle :

- complète l'article 1^{er} de la Constitution, qui dispose désormais au sujet de la République que « son organisation est décentralisée » ;
- constitutionnalise l'existence des régions, incluses dans l'énumération des collectivités territoriales à laquelle procède l'article 72.

L'« acte II » se traduit ensuite en une série de lois, organiques et simples, votées à la suite de cette révision constitutionnelle :

- deux lois organiques en date du 1^{er} août 2003, respectivement relatives à l'expérimentation et au référendum local ;
- la loi organique du 29 juillet 2004 relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales, prise sur le fondement de l'article 72-2 de la Constitution ;

- la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales. Il s'agit non pas d'une loi portant sur les principes généraux de la décentralisation, mais d'un texte d'une grande technicité, qui organise concrètement les nouvelles compétences des collectivités territoriales.

De 1982 à 2003, la décentralisation était entrée progressivement dans le droit positif et dans les mœurs politiques. Il est notable que cette évolution institutionnelle de fond se soit faite à droit constitutionnel constant, illustrant ainsi la réelle plasticité de notre norme fondamentale. La réforme de 2003 a, quant à elle, constitutionnalisé la décentralisation, tant dans son principe même que dans ses modalités concrètes. Aux termes des dispositions de l'article premier de la Constitution, la France est aujourd'hui une République « indivisible » dont « l'organisation est décentralisée ». La recherche d'un équilibre entre État unitaire et décentralisation renforcée est sans conteste un aspect institutionnel essentiel de la Ve République aujourd'hui.

C'est toujours dans cette perspective qu'est, enfin, intervenu « l'acte III de la décentralisation », avec une série de réformes adoptées à partir de 2013, destinées à renforcer l'efficacité de l'action publique et la qualité des services publics au niveau national et local. Celles-ci s'inscrivent dans plusieurs textes législatifs, parmi lesquels :

- les lois organiques et ordinaires du 17 mai 2013, qui réforment les modes de scrutin des élections municipales et cantonales (rebaptisées « départementales »), et le mode de désignation des conseillers intercommunaux ;
- la loi du 27 janvier 2014, qui entend notamment clarifier les compétences des collectivités territoriales en créant un système de chef de file, pour les compétences dont l'exercice nécessite le concours de plusieurs collectivités, et un organe de concertation entre celles-ci, baptisé « conférences territoriales de l'action publique ».
- la loi du 16 janvier 2015, qui ramène le nombre de régions de 22 à 13, à compter du 1^{er} janvier 2016. La question de la suppression des départements reste quant à elle ouverte (voir chapitre 6).

Des propositions récurrentes pour changer de République

Les insuffisances, réelles, et les ambiguïtés, nombreuses, des institutions mises en place par le constituant de 1958 font l'objet de critiques récurrentes, qui s'inscrivent d'ailleurs dans la lignée du réformisme constitutionnel français, plus prompt à vouloir changer de régime qu'à tenter d'améliorer concrètement le fonctionnement des pouvoirs publics à cadre constitutionnel constant.

C'est ainsi que sont régulièrement conceptualisés des changements de Constitution, qui tendent alternativement à affirmer plus clairement la nature présidentielle du régime ou à conforter sa nature parlementaire, en renforçant les pouvoirs du Parlement en tant que législateur, mais aussi en tant qu'instance de contrôle du travail gouvernemental. Pourtant, le changement de République ne semble guère réaliste :

- l'on constate, en premier lieu, l'absence de consensus politique. Dès lors, ces projets de réforme ne se traduiront pas, du moins à court terme, de manière concrète, par le biais du vote d'une révision constitutionnelle ;
- l'on doit noter, ensuite, que la Constitution de 1958, confortée par les alternances politiques, a conféré à la Ve République une stabilité institutionnelle évidente, lui permettant de faire face à des crises majeures. En outre, la décentralisation, conduite à droit constitutionnel constant jusqu'en 2003, et les cohabitations successives, non imaginées par le constituant, ont montré la réelle plasticité de la Constitution et sa capacité à permettre tant le fonctionnement régulier des pouvoirs publics que la mise en œuvre de réformes de fond ;
- enfin, il convient toujours de proportionner les réformes proposées au but poursuivi. En l'occurrence, certaines insuffisances institutionnelles de la Constitution de 1958 sont notoires et incontestées. Pourtant, pour y remédier, des réformes concrètes et opérationnelles peuvent avoir le même effet, sans présenter les inconvénients liés à la lourdeur de toute révision constitutionnelle et aux bouleversements de l'édifice institutionnel. C'est dans cet esprit que s'est inscrit le « rapport Balladur », tout comme la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

Le « rapport Balladur », prélude de la dernière grande révision générale de la constitution

Par décret du 18 juillet 2007, le président de la République a institué un « Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République ». Présidé par l'ancien Premier ministre Édouard Balladur, ce comité était constitué de personnalités politiques, de membres du Conseil d'État, de professeurs de droit et d'autres personnalités d'horizons divers. Il a remis en octobre 2007 un rapport intitulé « Une Ve République plus démocratique » et comportant 77 propositions de réforme, empruntant souvent, mais non systématiquement, la voie d'une révision constitutionnelle. Les réformes proposées par le comité étaient significatives, tout en se situant « dans le cadre du régime actuel, caractérisé par la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale ».

Le rapport était structuré autour de trois grands thèmes : un pouvoir exécutif mieux contrôlé ; un Parlement renforcé ; des droits nouveaux pour les citoyens. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, présentée ci-dessous, a mis en œuvre bon nombre de ces propositions.

La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a procédé à une importante révision de la Constitution sans remettre en cause le cadre général des institutions de la Ve République

La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, accompagnée de nombreux textes d'application (lois organiques, lois, décrets, modification des règlements des assemblées parlementaires), a procédé à une réforme significative des institutions

de la Ve République sans pour autant s'analyser comme un changement de régime. 47 articles de la Constitution ont été modifiés ou créés. La révision encadre certains pouvoirs propres du président de la République sans aller au terme d'une clarification des compétences au sein de l'exécutif. Elle accroît les pouvoirs du Parlement, même si elle n'apporte pas de nouvelles limitations au cumul des mandats. Elle renforce les organes juridictionnels sans consacrer de « pouvoir judiciaire ». Et elle apporte un certain nombre de droits nouveaux aux citoyens dans le cadre d'une démocratie représentative.

Les réformes concernant le pouvoir exécutif

- les mandats consécutifs du président de la République sont désormais limités à deux (article 6) ;
- les pouvoirs du Président sont encadrés : les nominations aux emplois ou fonctions déterminés par une loi organique s'exercent « après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée », et le Président « ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions » (article 13). En outre, la mise en œuvre des pouvoirs prévus à l'article 16 est encadrée : après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, pour examiner si les conditions de leur mise en œuvre sont toujours réunies ; au terme de soixante jours et à tout moment au-delà de cette durée, le Conseil constitutionnel procède de plein droit à cet examen. Enfin, le droit de grâce ne peut plus désormais s'exercer qu'« à titre individuel » (article 17), ce qui interdit les grâces collectives ;
- le Président peut désormais prendre la parole devant le Parlement réuni à cet effet en Congrès, et sa déclaration peut donner lieu, hors sa présence, à un débat qui ne fait l'objet d'aucun vote (article 18) ; ce nouveau mode de communication avec le Parlement s'ajoute aux messages que le Président peut faire lire devant chaque assemblée et qui ne donnent lieu à aucun débat.

Les réformes concernant le Parlement

- le rôle du Parlement est précisé à l'article 24 : il vote la loi, contrôle l'action du Gouvernement et évalue les politiques publiques. « La Cour des comptes assiste le Parlement dans le contrôle de l'action du Gouvernement » (article 47-2), et pour l'exercice de ces missions de contrôle et d'évaluation, « des commissions d'enquête peuvent être créées au sein de chaque assemblée » (article 51-2) ;
- une nouvelle catégorie de lois, les « lois de programmation », définissent les orientations pluriannuelles des finances publiques. En outre, le domaine de la loi est étendu, la loi fixant les règles concernant « la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias » ;
- « les assemblées peuvent voter des résolutions », sauf si le Gouvernement estime que leur adoption ou leur rejet serait de nature à mettre en cause

sa responsabilité ou qu'elles contiennent des injonctions à son égard ; les assemblées pourront ainsi s'exprimer sur des sujets politiques sans pour autant donner forme de loi à de telles expressions (nouvel article 34-1) ;

- le contrôle du Parlement sur les interventions des forces armées à l'étranger est étendu (alinéas 2 à 4 de l'article 35) : le Gouvernement informe le Parlement de sa décision de faire intervenir les forces armées à l'étranger, au plus tard trois jours après le début de l'intervention, et précise les objectifs poursuivis. Cette information peut donner lieu à un débat qui n'est suivi d aucun vote. Lorsque la durée de l'intervention excède quatre mois, le Gouvernement soumet sa prolongation à l'autorisation du Parlement ;
- pour limiter la tendance au recours abusif aux ordonnances et remédier à une forme de déficit démocratique dans l'élaboration de la norme, l'article 38 dispose que les ordonnances « ne peuvent être ratifiées que de manière expresse » ;
- l'opposition se voit reconnaître des droits. D'une part, « la loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation » (article 4). D'autre part, plus concrètement, le nouvel article 51-1 dispose que « le règlement de chaque assemblée [...] reconnaît des droits spécifiques aux groupes d'opposition de l'assemblée intéressée ainsi qu'aux groupes minoritaires ».
- enfin, la procédure législative est réformée et, à ce titre, une vingtaine d'articles sont modifiés ou créés :

1. L'ordre du jour est désormais en principe fixé par les assemblées.

Deux semaines sur quatre sont réservées par priorité à l'examen des textes dont le Gouvernement a demandé l'inscription à l'ordre du jour ; une semaine de séance sur quatre est réservée par priorité au contrôle de l'action du Gouvernement et à l'évaluation des politiques publiques ; un jour de séance par mois est réservé à l'ordre du jour arrêté par chaque assemblée à l'initiative des groupes d'opposition et des groupes minoritaires ;

2. Au moment du dépôt des projets et propositions de textes : d'une part, l'article 39 dispose qu'une loi organique détermine les conditions de présentation des projets de loi et que le Conseil constitutionnel peut être saisi par le président de l'assemblée intéressée ou le Premier ministre pour veiller au respect de ces conditions. Prise en application de cet article, la loi organique du 15 avril 2009 généralise notamment, sous réserves, les études d'impact, qui « définissent les objectifs poursuivis par le projet de loi, recensent les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et exposent les motifs du recours à une nouvelle législation ». D'autre part, le dernier alinéa de l'article 39 dispose que « le président d'une assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'État, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose ».

3. Au cours de la procédure législative : en plus du Gouvernement, le président de chaque assemblée peut désormais opposer l'irrecevabilité à une proposition ou à un amendement, au titre de l'article 41. Surtout, « la discussion des projets de loi porte, en séance, sur le texte adopté par la commission », et non plus sur le projet déposé par le Gouvernement (article 42) : le rôle des commissions parlementaires est ainsi renforcé et la discussion en séance plénière recentrée sur les questions de fond et les débats politiques ; dans le même temps, le nombre maximal des commissions parlementaires permanentes est porté de six à huit (article 43). Le droit d'amendement est, en outre, réformé (article 44 et 45) et les délais pour l'examen des lois sont fixés (article 42). Enfin, le recours à l'article 49 alinéa 3, qui permet au Gouvernement de faire adopter un texte sans vote, est fortement encadré. En effet, dans le souci de « limiter l'exercice de la Grosse Bertha » (Jean Gicquel), ces dispositions ne peuvent plus être utilisées que sur le vote d'un projet de loi de finances ou de financement de la sécurité sociale et « pour un autre projet ou une proposition de loi par session ».

Des droits nouveaux pour les citoyens

- la loi est désormais chargée de favoriser l'égal accès des femmes et des hommes « aux responsabilités professionnelles et sociales », et plus seulement aux « mandats électoraux et fonctions électives » (nouvel article 1^{er}) ;
- les référendums de l'article 11 peuvent désormais être organisés à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenus par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales : à défaut d'un authentique référendum d'initiative populaire, les référendums d'initiative « mixte » sont ainsi introduits dans le texte constitutionnel ;
- la composition et les compétences du Conseil supérieur de la magistrature sont réformées. Le président de la République ne le préside plus, le garde des Sceaux, ministre de la Justice n'en assure plus la vice-présidence. La formation compétente à l'égard des magistrats du siège est présidée par le premier président de la Cour de cassation, la formation compétente à l'égard des magistrats du parquet est présidée par le procureur général près la Cour de cassation. Le CSM peut, enfin, être saisi par un justiciable ;
- est créé un Défenseur des droits (nouveau titre XI bis, et son article unique, 71-1), dans les conditions prévues par la loi organique. Aux termes de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, celui-ci remplace plusieurs AAI (le Médiateur de la République, le Défenseur des enfants, la Commission nationale de déontologie de la sécurité – CNDS – et la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité – HALDE). Il peut être saisi par toute personne et se saisir d'office (pour plus de développements sur le Défenseur de droits, voir le chapitre 17 consacré aux droits fondamentaux – aspects procéduraux) ;

- le Conseil économique et social devient le Conseil économique, social et environnemental. Il est réformé, avec notamment l'ouverture d'une saisine « par voie de pétition »;
- enfin, le Conseil constitutionnel, dont les membres sont désormais nommés selon la procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 (cf. *supra*), connaît une réforme majeure, avec l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (« QPC », articles 61-1 et 62), qui permet de saisir le Conseil, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, lorsqu'il est soutenu qu'une disposition législative en vigueur porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Il s'agit d'une réforme majeure, destinée à compléter le contrôle de constitutionnalité *a priori* et à renforcer l'État de droit (pour un développement sur les QPC, voir le chapitre 3 sur l'avenir de la hiérarchie des normes).

D'importantes avancées ont été réalisées en matière de limitation du cumul des mandats

La pratique du cumul des mandats conduit à une moindre disponibilité des députés et des sénateurs pour leurs missions de parlementaires. Comme le notait le Rapport Balladur, la France est « *seule parmi les grandes démocraties occidentales* » à connaître – « *une situation de cumul important des mandats. En dépit des législations en vigueur [...], le cumul des mandats, même limité, demeure la règle et le non-cumul l'exception* : 259 des 577 députés sont maire, 21 sont présidents de conseil général, 8 sont présidents de conseil régional ; 121 des 331 sénateurs sont maires, 32 sont présidents de conseil général, 3 sont présidents de conseil régional ; et pratiquement tous les parlementaires sont, à tout le moins, conseillers municipaux ou généraux ». De plus, « *les établissements publics de coopération intercommunale ne sont pas dans le champ des interdictions de cumul* ».

Partant du postulat que « le mandat unique est la seule mesure qui corresponde vraiment aux exigences d'une démocratie parlementaire moderne », le rapport n'allait certes pas jusqu'à interdire le cumul entre un mandat de parlementaire et des fonctions locales non exécutives. Était cependant proposé de proscrire le cumul avec des fonctions exécutives locales, y compris pour ce qui concerne les établissements publics de coopération intercommunale, l'idée étant que l'« acheminement vers le mandat parlementaire unique [...] s'accomplisse de manière progressive à la faveur de chacune des élections municipales, cantonales et régionales à venir, à l'issue desquelles les parlementaires élus lors de ces scrutins seraient tenus de choisir entre leur mandat national et leur mandat exécutif local ». La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 n'a pas suivi les préconisations du rapport sur ce point.

Le Rapport de la commission de rénovation et de déontologie de la vie publique (« Pour un renouveau démocratique », remis au président de la République en novembre 2012) a quant à lui préconisé de « rendre incompatible le mandat de parlementaire avec tout mandat électif autre qu'un mandat local simple à compter des prochaines élections locales ».

Dans ce contexte, la loi organique du 22 janvier 2014, traduisant un engagement de campagne du président de la République, interdit le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur. Entrent dans le champ de cette interdiction : les fonctions de maire, de maire d'arrondissement, de maire délégué et d'adjoint au maire ; les fonctions de président et de vice-président d'un établissement public de coopération intercommunale ; les fonctions de président et de vice-président de conseil départemental ; les fonctions de président et de vice-président de conseil régional ; les fonctions de président et de vice-président d'un syndicat mixte ; les fonctions de président, de membre du conseil exécutif de Corse et de président de l'assemblée de Corse ; les fonctions de président et de vice-président des collectivités d'outre-mer, les fonctions de président et de vice-président de l'organe délibérant de toute autre collectivité territoriale créée par la loi ; les fonctions de président de l'Assemblée des Français de l'étranger, de membre du Bureau de l'Assemblée des Français de l'étranger et de vice-président de conseil consulaire.

En outre, une loi du même jour interdit le cumul de fonctions exécutives local avec le mandat de représentant au Parlement européen.

Bilan de l'actualité

Le premier quinquennat d'Emmanuel Macron ou les occasions manquées des révisions constitutionnelles

La réforme constitutionnelle dans sa version 2018 a été abandonnée

Le 9 juillet 2018 le Parlement (Assemblée nationale et Sénat) avait été réuni en Congrès à Versailles pour une déclaration du Président tel que le prévoit l'article 18 de la constitution dans sa rédaction issue la révision constitutionnelle de 2008.

Ce projet de loi constitutionnelle baptisée « Pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace », examiné par le Conseil d'État le 3 mai 2018, présenté en conseil des ministres le mercredi 9 mai 2018 et dont l'examen avait débuté à l'Assemblée nationale le 26 juin était la clé de voûte d'un ensemble comprenant d'autres textes de niveau infra-constitutionnel : un projet de loi organique et un projet de loi ordinaire.

Comme en 2008 il s'agissait non pas d'une modification unique à valeur symbolique ou institutionnelle forte mais d'un ensemble de mesures destinées à moderniser le fonctionnement institutionnel.

Le projet de loi constitutionnelle comportait les principales mesures suivantes : non cumul des fonctions ministérielles et de chef d'exécutif local ; accélération de la procédure législative ; renforcement du contrôle parlementaire ; extension du rôle du Conseil Supérieur de la Magistrature (CSM) sur les nominations des juges du parquet ; transformation du CESE qui deviendrait la « Chambre de

la société civile»; suppression de la Cour de justice de la république et passage à une responsabilité pénale des ministres de droit commun devant la cour d'appel de Paris; suppression de la présence de droit des anciens présidents de la République au Conseil constitutionnel, inscription de la lutte contre les changements climatiques à l'article 34; reconnaissance du statut particulier de la Corse; droit à la différenciation pour les collectivités.

Le projet de loi organique prévoyait lui la réduction du nombre de parlementaires et la limitation du cumul des mandats dans le temps au-delà de 3 mandats consécutifs.

Le dispositif était enfin complété par un projet de loi ordinaire introduisant une dose de proportionnelle dans le scrutin législatif et procédant au redécoupage des circonscriptions.

Le projet de loi constitutionnelle pour un « renouveau de la vie démocratique », qui reprenait en partie le projet de 2018, aurait dû être soumis à l'examen des assemblées à la fin de l'année 2019

Le projet de loi constitutionnel pour un renouveau de la vie démocratique a été examiné par la section de l'intérieur du Conseil d'État le 20 juin 2019¹ et soumis au conseil des ministres du 28 août 2019.

Le projet de loi constitutionnelle, comportant 13 articles, conçu en partie comme une réponse à la contestation sociale de la fin de l'année 2018 et des conclusions du Grand débat national était articulé autour de trois axes principaux :

- le renforcement de la participation citoyenne;
- la proximité territoriale par une nouvelle étape de la décentralisation;
- un renforcement, relatif, de l'autorité judiciaire.

La lutte contre la pandémie de Coronavirus et l'approche de la fin du quinquennat n'ont pas permis à ce projet d'aboutir. Dans les deux cas la majorité de droite au Sénat rendait hasardeuse l'issue des deux réformes.

L'abandon du projet de modification de l'article 1^{er} de la Constitution et de création d'une « garantie environnementale »

Présenté en Conseil des ministres le 20 janvier 2021 par le ministre de la Justice le projet de texte introduisait à l'article 1^{er} de la Constitution le principe selon lequel la France « garantit la préservation de l'environnement et de la diversité biologique et lutte contre le dérèglement climatique ».

L'inscription de l'obligation de défense de l'environnement dans la Constitution de 1958 faisait partie des 149 propositions des membres de la Convention citoyenne pour le climat, remises au président de la République le

1. Voir avis du Conseil d'État n° 397908 : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/derniers-avis-publies/avis-sur-un-projet-de-loi-constitutionnelle-pour-un-renouveau-de-la-vie-democratique>.

21 juin 2020. Après deux lectures les Députés et les Sénateurs n'ont pu s'accorder sur un texte identique, notamment en raison de la portée juridique à conférer au terme « garantir », issu de la proposition des conventionnels, qui pouvait faire craindre une inflation de contentieux, notamment indemnитaires. Le texte ne sera donc pas soumis à référendum.

À ce titre, dans son avis du 14 janvier 2021, le Conseil d'État a estimé que l'usage du verbe « garantir » aurait des effets « potentiellement puissants », en ce qu'il imposerait aux pouvoirs publics une « quasi-obligation de résultat dont les conséquences sur leur action et leur responsabilité risquent d'être plus lourdes [que celles découlant de la charte] ».

Le Conseil d'État a cependant nuancé cette analyse en soulignant que, dans certains cas, d'une obligation de « garantir » ne découle qu'un objectif à valeur constitutionnelle dont peut se prévaloir le législateur pour apporter des limitations à l'exercice de droits constitutionnels, mais qui ne crée pas en principe à son égard d'obligation d'agir. Le Conseil constitutionnel déduit lui le plus souvent d'une obligation de « garantir » des exigences constitutionnelles opposables au législateur, sans que celles-ci aient nécessairement l'intensité d'une obligation de résultat.

Le texte, une fois adopté, aurait dû être soumis au référendum conformément à l'engagement du chef de l'État du 14 décembre 2020 devant la Convention citoyenne pour le climat. Toutefois, les deux Assemblées n'ayant pas réussi à voter le texte dans des termes identiques au bout de deux lectures, le Premier ministre a annoncé, le 6 juillet 2021, l'abandon du processus de révision constitutionnelle et donc du référendum. La majorité, relative pour le gouvernement, issue des élections législatives de juin 2022 rend plus qu'hypothétique une révision constitutionnelle d'ici 2027.

La réforme des retraites promulguée en 2023 a relancé le débat sur l'avenir des institutions

Marquée par des débats parlementaires difficiles et des manifestations syndicales inédites par leur ampleur et leur maintien dans le temps, la réforme des retraites promulguée par le président de la République le 14 avril 2023, a donné l'occasion au Conseil constitutionnel, de se prononcer, par une décision n° 2023-849 DC du même jour, sur le recours cumulé à plusieurs mécanismes constitutionnels permettant au gouvernement d'accélérer et de contraindre l'issue de la procédure parlementaire d'adoption de la loi. Si le Conseil a censuré certains « cavaliers sociaux » (dispositions sans lien suffisamment direct avec les éléments obligatoires ou facultatifs d'une loi de financement, initiale ou rectificative, de la sécurité sociale) il a validé d'une part, tout en soulignant qu'elle aurait pu tout aussi bien faire l'objet d'une loi ordinaire, la faculté d'utiliser le vecteur d'une loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour adopter la réforme du système de retraites et, d'autre part, considéré que le recours cumulé à la procédure accélérée autorisée par le régime des lois de financement de la sécurité sociale et à l'article 49-3 de la Constitution n'avait pas été de nature à porter en soi une atteinte inconstitutionnelle à la clarté et à

la sincérité des débats parlementaires, validant ainsi une procédure d'adoption de la loi qui a optimisé les ressources procédurales de la Constitution de 1958. Le recours répété à l'article 49-3, objet de critiques récurrentes, a suscité également l'interrogation du Conseil de l'Europe dont l'une des instances consultatives, la commission de Venise, a, dans un avis du 13 juin 2023, considéré qu'il constituait une « ingérence significative de l'exécutif dans les pouvoirs et le rôle du pouvoir législatif » et une forme de « pouvoir législatif autonome entre les mains de l'exécutif ».

La réforme des retraites a donné lieu également à deux décisions du Conseil portant sur des propositions de référendums d'initiative partagée (RIP) présentées sur le fondement de l'article 11 de la Constitution par plus d'un cinquième des Parlementaires.

Dans sa décision n° 2023-5 RIP du 3 mai 2023, la cinquième de ce type rendue par le Conseil, ce qui illustre en soi le faible rendement démocratique du dispositif introduit en 2008, le Conseil a considéré que la proposition d'interdire un âge légal de départ à la retraite supérieur à 62 ans et de modifier le financement des retraites par une augmentation de la CSG sur les revenus du patrimoine, ne constituait pas une réforme sociale de la Nation au sens de l'article 11 de la Constitution dès lors notamment que la proposition de modification de l'article 161-17-2 du code de la sécurité sociale qui lui était soumise ne modifiait en réalité pas l'état du droit positif et que la proposition de financement ne revenait qu'à jouer sur un paramètre fiscal déjà existant. Dans sa décision, la 6^e, n° 2024-6 RIP du 11 avril 2024 portant sur un projet de loi constitutionnelle visant notamment à introduire une durée de séjour régulier sur le territoire national avant de pouvoir bénéficier des prestations sociales le Conseil constitutionnel, s'il a retenu qu'une telle réforme entrail bien dans le champ de l'article 11 a rejeté comme contraire à la Constitution, notamment les 10^e et 11^e alinéas du préambule de la constitution de 1946 qui impliquent la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des personnes défavorisées, une condition de séjour d'une durée de 5 ans.

Si, à l'issue de cette séquence, qualifiée par certains de « crise démocratique », voire de « crise de régime », le président de la République a annoncé qu'il souhaitait ouvrir, en lien avec les oppositions et le Sénat, une discussion sur certaines évolutions institutionnelles (introduction d'une dose de proportionnelle dans les élections législatives, nouvel approfondissement de la décentralisation, rétablissement du cumul des mandats, améliorations de la procédure parlementaire, participation des citoyens...), ces réflexions, qui devaient notamment avoir lieu dans le cadre d'une commission transpartisane à l'Assemblée nationale n'ont pas abouti. Dans son discours du 4 octobre 2023 à l'occasion des 65 ans de la Constitution le président de la République a redéfini le champ des modifications possibles : approfondissement de la décentralisation et clarification des compétences entre collectivités, réforme des statuts de la Nouvelle-Calédonie et de la Corse, droit à l'IVG, extension du RIP et du champ de l'article 11, protection du climat. En juin 2024 seule la constitutionnalisation de l'IVG était adoptée.

Perspectives

Au-delà des débats entourant ces projets, de nombreux chantiers institutionnels demeurent ouverts dans un pays qui a déjà connu pas moins de quinze constitutions depuis la Révolution, sans parler des constitutions non appliquées. Si d'importantes avancées ont été réalisées en matière de limitation du cumul des mandats pour les parlementaires, d'autres axes de réformes existent aujourd'hui, en particulier l'ouverture du chantier de la réforme du Sénat et la poursuite de la modernisation du Conseil constitutionnel.

Le Sénat pourrait être réformé pour permettre une représentation équilibrée des collectivités territoriales en son sein

Aux termes de l'article 24 de la Constitution, le Sénat « assure la représentation des collectivités territoriales de la République ». Si cette institution est parfois hâtivement, voire injustement caricaturée, elle ne peut cependant échapper au mouvement de fond de modernisation des institutions. Aujourd'hui, sa mission de représentation des collectivités territoriales est en partie faussée, dans la mesure où les délégués des conseils municipaux représentent près de 95 % du corps électoral et que les petites communes sont surreprésentées par rapport aux réalités démographiques de la France contemporaine. Sans prétention à l'exhaustivité, trois scénarios peuvent être esquissés :

- la régionalisation des élections sénatoriales, dans le cadre d'une montée en puissance de l'échelon régional (Guy Carcassonne) ;
- la suppression des élections actuelles, le Sénat devenant essentiellement composé, sur le modèle allemand, de membres de droit (les présidents des conseils régionaux et généraux, les maires des villes de plus de 100 000 habitants), auxquelles pourraient s'ajouter une centaine de sénateurs élus dans chaque région, par exemple par l'ensemble des autres maires (Guy Carcassonne) ;
- sans aller aussi loin dans les propositions de réforme, le rapport Balladur préconisait l'adaptation du collège des « grands électeurs » aux évolutions démographiques, par l'introduction d'un critère démographique dans la mission de représentation des collectivités territoriales à l'article 24.

En tout état de cause, une réforme demeure d'actualité et semble opportune pour garantir l'avenir et la légitimité du bicamérisme français.

Le Conseil constitutionnel doit être modernisé, au vu de la place nouvelle qu'il occupe au sein de nos institutions

La mise en place de la QPC conduit à des évolutions fondamentales dans le rôle du Conseil constitutionnel au sein de nos institutions. De moins en moins « conseil », de plus en plus juridiction, voire Cour Suprême, il ne peut que donner lieu, dans les années à venir, à des réflexions importantes. Plusieurs pistes de réforme peuvent être avancées :

- l'article 56 de la Constitution pourrait être révisé, pour mettre fin à la présence des anciens Présidents de la République en qualité de membres de droit à vie du Conseil constitutionnel; le projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique le prévoyait d'ailleurs expressément;
- conformément à ce que l'on constate en droit comparé, notamment dans les principaux pays européens, un critère de compétence juridique pourrait être exigé pour toute personne nommée au Conseil constitutionnel;
- la procédure devant le Conseil constitutionnel pourrait être réformée et surtout codifiée. Il s'agit là d'une question importante dans le cadre de la juridictionnalisation accrue du Conseil, notamment afin d'assurer le respect des exigences du procès équitable rappelées notamment par l'article 6 § 1 de la CEDH;
- À constitution constante des modifications pourraient être retenues : introduction d'une procédure d'urgence en QPC; création de rapporteurs publics; introduction de formations restreintes en QPC.
- enfin, sur un plan plus matériel, les services du Conseil constitutionnel pourraient être étoffés, à l'instar de ceux de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, pour faire face à la charge de travail croissante engendrée par le développement des QPC, même si la procédure de renvoi par le Conseil d'État et la Cour de cassation relativise l'intérêt immédiat d'une telle évolution.

Ouvrages et articles récents

- ▶ Jean-Jacques Chevallier, Guy Carcassonne, Olivier Duhamel, *Histoire de la Ve République 1958-2012*, 14^e édition, Dalloz, septembre 2012.
- ▶ Guy Carcassonne, Marc Guillaume, *La Constitution introduite et commentée*, 16^e édition, Seuil, coll. « Points », 2022.
- ▶ Simon-Louis Formery, *La Constitution commentée article par article*, 16^e édition, Hachette Supérieur, 2021.
- ▶ *Une Ve République plus démocratique*, Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation des institutions de la Ve République (« comité Balladur »), La Documentation française, 2007.
- ▶ *La Constitution en questions*, site du conseil constitutionnel: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution#questions>
- ▶ Mathieu Carpentier, Maurice Hauriou, *Réformer le conseil constitutionnel*, AJDA, 2024.
- ▶ Philippe Blachère, Jean Garruigues, Jean-Louis Debré, Laurent Fabius, *La Constitution de 1958 à nos jours*, 2023.

Exemples de sujets

- ▶ Les révisions de la Constitution.
- ▶ Faut-il envisager une sixième République ?
- ▶ Le Parlement fait-il la loi ?
- ▶ La cohabitation.
- ▶ L'exception d'institutionnalité.
- ▶ Le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour Suprême ?

Les transformations de la souveraineté nationale

La multiplication des normes d'origine internationale dans l'ordre juridique français caractérise l'évolution juridique des 60 dernières années. Or le principe démocratique inscrit dans l'article 3 de la Constitution est que « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». Cet alinéa sur la souveraineté nationale précède celui sur le droit de vote : « Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret ».

La démocratie et la souveraineté sont ainsi indissociablement liés dans la Constitution elle-même.

Toute souveraineté a pour légitimité un mandat confié par le peuple et un peuple non souverain n'est pas gouverné selon un principe démocratique. Les transferts de souveraineté en faveur de l'Union européenne résultent d'un acte souverain du peuple français, seule source normative et démocratique, et n'ont pas un fondement autonome dans une souveraineté européenne qui n'a pas de support juridique et encore moins démocratique.

Les traités de l'Union européenne ne confèrent à celle-ci qu'une compétence d'attribution. Mais en pratique, la CJUE s'est attribuée un monopole de la délimitation de la compétence de l'Union européenne en interdisant aux Cours nationales de sanctionner les infractions de la violation de la compétence limitée de l'UE, même si des cours suprêmes nationales comme la Cour fédérale allemande affirment leur compétence pour faire respecter la compétence d'attribution de l'UE au nom du respect du principe démocratique.

Connaissances de base

I. La souveraineté est à la fois au fondement de l'État moderne et de la démocratie

Dans le contrat social, Jean-Jacques Rousseau déclare que la souveraineté appartient non au roi, mais au peuple, entendu comme l'ensemble des citoyens. La seule source de pouvoir légitime est la souveraineté du peuple qui est la manière d'être d'un peuple caractérisée par le souci partagé de l'intérêt général. Mais comme les intérêts particuliers l'emportent le plus souvent, la souveraineté du peuple ne serait qu'une fiction politique si l'intérêt général n'était institué, c'est-à-dire s'il ne trouvait à s'exprimer dans des organisations publiques, symboliques et administratives, et notamment dans l'institution du gouvernement. « Je dis donc que la souveraineté n'étant que l'exercice de la volonté générale ne peut jamais s'aliéner, et que le souverain, qui n'est qu'un être collectif, ne peut être représenté que par lui-même ; le pouvoir peut bien se transmettre, mais non pas la volonté ».

Chaque citoyen est ainsi détenteur d'une parcelle de souveraineté. Dans cette logique, les citoyens ont une relation étroite avec la politique et exercent ce pouvoir de décision par la voie de la participation directe. Le souverain s'incarne dans la collectivité des citoyens conçue comme un tout et réuni dans la Nation.

La philosophie politique de Rousseau est directement traduite à l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789: « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ». Mais si la Constitution de la République a maintenu la possibilité d'une expression directe de la souveraineté par la voie du référendum, en pratique la souveraineté est déléguée à des représentants qui ne sont pas liés par le mandat impératif de Rousseau donné par les citoyens. L'article 3 de la Constitution prévoit « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».

Dans son étude annuelle sur la souveraineté publiée en septembre 2024, le Conseil d'État a défini la souverainement comme « historiquement et juridiquement la capacité d'exercer le “dernier mot”, la liberté de choisir. Est souverain, celui qui dispose du “dernier mot” pour une population et un territoire donnés, sans dépendre d'aucune autorité supérieure ».

La souveraineté associe deux éléments sa dimension interne qui implique un monopole de la norme et de la contrainte et une dimension externe traduite par l'indépendance de l'État souverain dans les relations internationales.

1. La souveraineté dans l'ordre interne

Dans l'ordre interne, la souveraineté se caractérise par la supériorité, le caractère suprême du pouvoir du souverain, qui n'admet en théorie aucun autre pouvoir ni au-dessus de lui, ni en concurrence avec lui selon la définition donnée par R. Carré de Malberg dans sa Contribution à la théorie générale de l'État. Pour le juriste allemand Jellinek, le souverain a la compétence de sa compétence, c'est-à-dire qu'il dispose de « la capacité exclusive de déterminer l'étendue de son propre ordre juridique » (Georg Jellinek, L'État moderne et son droit). La souveraineté renvoie à la maîtrise par l'État de ses compétences. Le juriste médiéval Jean Bodin, qui a recours à cette notion pour définir celle de République, l'exprime en ces termes : la République (*res publica*) est « *le droit Gouvernement de plusieurs ménages et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine* ». Autrement dit, « *la souveraineté est la Puissance absolue et perpétuelle d'une République* ». La République est définie comme une communauté qui transcende ses composantes en ce que, seule, elle dispose d'un pouvoir de contrainte et de sanction suprême, qu'il exprime la notion de « puissance souveraine ». La souveraineté est ainsi « *la qualité d'un être qui n'a pas de supérieur* » (M. Troper). Juridiquement, l'une des traductions de cette conception de la souveraineté est la maîtrise par l'État de ses propres compétences et l'indivisibilité du pouvoir normatif : nulle autre entité ne saurait, de façon générale et permanente, exercer un tel pouvoir sur le territoire national.

Cette souveraineté interne comporte des attributions exclusives dans :

- la protection de la société contre des processus de violence et de vengeance illimitées,
- la sécurité, les relations avec les autres États et la guerre et la paix;
- la définition des normes et des obligations et leur sanction par la justice;
- le monopole de l'émission et de la valeur de la monnaie.

L'État dispose d'un « *monopole de la violence légitime* ».

La souveraineté ne se partage donc pas. Elle s'exprime, d'abord, par l'exercice du pouvoir constituant, puis, de façon habituelle, par celui du pouvoir normatif de droit commun, exercé par le peuple, directement ou par l'intermédiaire de ses représentants. L'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 prévoit : « *Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la nation* ».

Aux termes de l'article 3 de la Constitution : « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum* ». La souveraineté, telle qu'elle est définie par la Constitution du 4 octobre 1958 demeure donc le pilier de l'ordre constitutionnel contemporain en France. Le peuple se caractérise par son unicité : il repose sur la citoyenneté et s'inscrit dans un territoire donné, dont l'intégrité doit être garantie. La notion de souveraineté est associée en France à celle d'État-nation, c'est-à-dire à un État dans lequel se combinent unité politique et sentiment d'appartenance commune à une même Nation.

La souveraineté nationale, indissoluble du principe selon lequel tout pouvoir réside dans l'expression majoritaire du peuple souverain, est exprimée soit par l'expression directe, soit indirectement par la voie de la démocratie représentative sans hiérarchisation des deux modes d'expression de souveraineté démocratique. D'une part, le peuple s'exprime par la voix de ses représentants, investis d'un mandat national de représentation, qui représentent la Nation toute entière. D'autre part, la Constitution de la Ve République permet l'expression directe des citoyens sur une loi constitutionnelle ou législative en vertu des articles 11 et 89 de la Constitution qui en définissent les champs respectifs. Initialement réservée au seul « Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux Assemblées, publiées au Journal Officiel », l'initiative du référendum a été élargie par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 à un cinquième des membres du Parlement, soutenu par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales (soit environ 4,7 millions d'électeurs).

La Constitution confie au Conseil constitutionnel le soin de « veiller à la régularité des opérations de référendum prévues aux articles 11 et 89 et au titre XV et d'en proclamer les résultats ». Le Conseil constitutionnel s'est, à ce titre, reconnu compétent pour connaître d'un recours contre le décret convoquant un référendum (décision n° 2000-21 REF, 25 juillet 2000, Hauchemaille). L'acte adopté par la voie du référendum n'a pas de valeur supérieure à celui

adopté par la voie parlementaire et le Parlement peut toujours défaire ce que le référendum a décidé et vice-versa, mais la légitimité d'un vote du peuple souverain est supérieure, comme l'illustrent les critiques formulées contre le choix de la voie parlementaire pour procéder à la ratification du traité de Lisbonne, auquel il a été reproché de contourner le « non » opposé par référendum au traité constitutionnel en 2005.

Par ailleurs, il résulte de la Constitution que la souveraineté nationale ne peut se déléguer par la loi aux autorités territoriales et que, aux termes de l'article 4 de la Constitution, « [l]es partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage [et] doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie. »

Dans l'ordre juridique interne, le constituant dispose du pouvoir du « dernier mot » puisque la Constitution est le sommet de l'ordre juridique. Par le contrôle de la constitutionnalité des lois, établi par la Constitution de 1958 et renforcé par le constituant en 1974 (saisine par 60 députés ou 60 sénateurs) et en 2008 (création de la question prioritaire de constitutionnalité), la Constitution s'est véritablement imposée comme la norme juridique suprême, le juge constitutionnel exerçant le rôle de garant de cette suprématie, y compris du Préambule de la Constitution, qui renvoie lui-même au préambule de celle de 1946 et à la déclaration de 1789 (DC n° 71-44 du 16 juillet 1971) ainsi qu'à la charte de l'environnement depuis la révision constitutionnelle de 2005.

2. La souveraineté dans l'ordre international

Sur le plan international, la souveraineté de l'État exprime l'idée selon laquelle il ne saurait être lié sans son consentement. L'État est le premier sujet de droit international, il a la personnalité morale internationale, ne se trouve au-dessus de lui aucune autorité dotée à son égard d'une puissance légale. La souveraineté, c'est ici, en fait, l'indépendance. Selon Carré de Malberg « *dans l'expression souveraineté externe, le mot souveraineté est [...] au fond synonyme d'indépendance* ». Il n'y a pas de législateur international, il n'existe aucune instance supranationale chargée de veiller au respect de leurs engagements internationaux par les États.

Cette souveraineté n'exclut pas les limitations consenties de souveraineté, en particulier pour protéger la paix. Le 14^e alinéa du préambule de la Constitution de 1946 dispose que la France « *se conforme aux règles du droit public international* ». Le 15^e considérant du Préambule du 27 octobre 1946, auquel se réfère expressément celui de la Constitution de 1958 et qui est donc toujours en vigueur, dispose ainsi que : « *Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix.* ». L'article 55 de la Constitution, dispose quant à lui que les traités « *régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois* ».

L'article 23 de la convention de Vienne du 23 mai 1969, codifiant la coutume internationale relative au droit des traités internationaux, oblige les États à

respecter les traités qui les lient, notamment à les faire appliquer par les pouvoirs internes : il s'agit du principe « *pacta sunt servanda* ». La méconnaissance de cette obligation peut être sanctionnée par l'engagement de la responsabilité internationale de l'État. Mais en l'absence d'autorité apte à contraindre l'État à réparer sa faute, la seule sanction d'une condamnation non satisfaite ne peut être que d'ordre politique. En outre, le droit international public ne réglemente pas les relations entre le droit interne et le droit international ; il revient à chaque État de déterminer les modalités d'introduction du droit international en droit interne (le plus souvent dans leurs Constitutions).

II. Les rapports entre le droit national et le droit international

1. La réception et les effets des normes internationales en droit français

Deux conceptions des rapports entre droit international et droit interne existent : le dualisme, qui établit une stricte séparation entre les deux ordres juridiques, juxtaposés : l'État qui veut faire produire un effet au droit international doit d'abord le « *nationaliser* », c'est-à-dire le réceptionner (ratification, autorisation) et reprendre dans ses normes internes (loi, règlement) le contenu des normes internationales (Allemagne). Le dualisme traduit une fermeture de l'ordre interne aux règles internationales et une protection marquée de la souveraineté interne. À l'opposé, le monisme établit une continuité entre droit interne et droit international, qui produit ses effets directement. On distingue deux types de monisme : le monisme à primauté du droit international, dans lequel l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international ne font qu'un et les traités l'emportent toujours sur les règles internes (Pays-Bas) et le monisme à primauté du droit interne, qui établit une procédure particulière de réception du droit international en droit interne, qui prime en principe le droit international.

La France est un État moniste à primauté du droit interne. Cela signifie qu'en présence de deux normes, une interne et l'autre internationale, la seconde l'emporte dès lors qu'elle a été régulièrement réceptionnée dans l'ordre juridique interne. Les normes internationales ont, selon l'article 55 de la Constitution, « une autorité supérieure à celle des lois ». Mais la portée de ce principe n'est pas absolue. Pour qu'un traité puisse produire directement des effets dans l'ordre interne, plusieurs conditions cumulatives sont nécessaires :

- Une ratification régulière : selon l'article 52 de la Constitution, c'est le président de la République qui ratifie, le cas échéant après autorisation du Parlement pour les traités les plus importants (définis à l'article 53 : traités de paix, de commerce, ceux qui engagent les finances de l'État, qui modifient des dispositions de nature législative, ceux relatifs à l'état des personnes notamment). Une simple approbation gouvernementale suffit pour les accords de moindre importance (CE 13 juillet 1965, Société Navigator). La ratification est toujours un acte du pouvoir exécutif (le Parlement ne ratifie pas, il autorise la ratification) susceptible de faire l'objet d'un recours juridictionnel (depuis la décision CE 18 décembre 1998,

Parc d'activités de Blotzheim, revirant la jurisprudence Sieur Villa de 1956). Ainsi, une ratification sans autorisation du Parlement, lorsqu'elle est exigée (article 53), est illégale : le traité ne peut produire d'effet (CE 23 février 2000, Bamba Dieng ; confirmation par CE 5 mars 2003, Aggoun, qui admet que la question soit invoquée par la voie de l'exception, puis par CE 9 juillet 2010, Fédération nationale de la libre-pensée). Le Conseil d'État a développé une jurisprudence – encore récente et en voie de formation – sur les domaines de l'article 53 : ainsi un traité modifiant des dispositions de nature législative est-il défini comme l'engagement dont les stipulations touchent à des matières réservées à la loi par la Constitution ou énoncent des règles qui diffèrent de celles posées par des dispositions de forme législative (décision Fédération nationale de la libre-pensée précitée) ; les traités engageant les finances de l'État sont ceux qui créent une charge financière certaine et directe pour l'État et qui excèdent, par leur nature et leur montant, les dépenses de fonctionnement incomptant normalement à l'administration (CE 12 juillet 2017, M. Durbano). Précisons enfin que le contrôle du juge sur l'acte de ratification connaît des limites : d'une part, les moyens tirés de la méconnaissance de la méconnaissance de la Constitution ou d'autres traités sont inopérants à l'appui d'un recours dirigé contre un décret de ratification et, d'autre part, le Conseil d'État ne contrôle pas la validité des réserves d'interprétation accompagnant l'accord international (CE 12 octobre 2018, SARL Super coiffeur).

- Une publication au *Journal officiel* : elle est nécessaire mais pas suffisante. Par un arrêt CE 21 mai 1990, Confédération nationale des associations familiales catholiques, il est jugé que la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, publiée mais non ratifiée, ne produit pas d'effet en droit interne. La publication n'est parfois pas nécessaire : ainsi des actes de l'Union européenne de droit dérivé publiés au JOUE (CE 10 février 2016, Comité de défense des travailleurs frontaliers du Haut-Rhin).
- Une réciprocité effective : à l'exception de certains traités (importants : Union européenne, ConvEDH, traités relatifs aux droits de l'homme en général), il faut que l'autre État respecte lui-même les engagements nés du traité. Le ministre des Affaires étrangères a longtemps été seul compétent pour apprécier cette condition de réciprocité (CE 29 mai 1981, Rekhou ; CE 9 avril 1999, Chevrol-Benkeddach). Par un arrêt Chevrol contre France du 13 février 2003, la CEDH, si elle a reconnu la légitimité du recours au ministre des Affaires étrangères, estime que l'attitude du juge administratif qui se considère lié par l'avis du ministre est contraire à l'article 6 § 1. Il faut que la partie puisse éventuellement répondre aux observations du ministre et que le juge tranche. Le Conseil d'État s'est aligné sur cette solution par une décision CE 9 juillet 2010, Mme Cheriet-Benseghir, par laquelle il juge que s'il lui appartient de recueillir les observations du ministre des Affaires étrangères, c'est sous réserve qu'il les soumette au débat contradictoire entre les parties et qu'il tranche, *in fine*, la question de l'application par l'autre État (voir, imposant la recherche de la réciprocité en matière d'échange de

permis de conduire : CE 16 mai 2012, M. Claiman-Versini). L'appréciation de la condition de réciprocité est en pratique assez rare. Le Conseil d'État y a toutefois été confronté dans l'arrêt CE 10 juillet 2019, Association des Américains accidentels, à propos de l'accord conclu le 14 novembre 2013 entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale – condition remplie en l'espèce.

- Un effet direct : pour être applicables directement, les stipulations d'un traité doivent enfin être suffisamment précises et avoir pour objet de créer des droits au profit des particuliers (un traité qui ne crée d'obligations qu'entre États n'a donc pas d'effet direct ; un justiciable ne peut l'invoquer). L'application de ce critère n'est pas identique s'agissant du droit international classique et du droit de l'Union européenne.
 - s'agissant du droit international, le principe est que les stipulations d'un accord international ne peuvent être invoquées à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir, dirigé contre un acte réglementaire ou individuel, que si elles ont un effet direct, c'est-à-dire, d'une part, si elles n'ont pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et, d'autre part, si elles ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers (CE 11 avril 2012, GISTI). Seules les stipulations reconnues d'effet direct d'un traité peuvent utilement être invoquées à l'appui d'une demande tendant, par voie d'action, à ce que soit annulé un acte administratif (individuel ou réglementaire) ou, par voie d'exception, à ce que soit écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatible avec la norme juridique qu'elles contiennent. Ainsi jugé par exemple que l'article 3 de la convention internationale du travail n° 87 de 1948 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical, relatif à la liberté d'organisation des syndicats, crée des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir (CE 18 février 2019, CGT-FO). À l'inverse, les stipulations de l'article 25 de la convention relative aux droits des personnes handicapées signée à New-York le 30 mars 2007, qui consacrent à croit à la santé de ces personnes, requièrent l'intervention d'actes complémentaires pour produire des effets à l'égard des particuliers et sont, par suite, dépourvues d'effet direct (CE 17 juin 2019, Association des accidentés de la vie). Ces critères nouveaux sont plus souples que ceux qui présidaient auparavant et qui exigeaient que les stipulations en cause soient suffisamment précises et inconditionnelles (CE 23 avril 2007, GISTI). Au-delà de l'assouplissement de sa formulation, on relèvera que le critère de l'effet direct, d'utilisation souple, peut être invoqué par le juge désireux d'éviter d'éarter une norme interne au profit d'une norme internationale. La Cour de cassation avait ainsi refusé d'appliquer en bloc la Convention internationale relative aux droits de l'enfant par l'arrêt Lejeune du 10 mars 1993. Le Conseil d'État, plus nuancé, a reconnu cet effet direct pour son article 4-1 par l'arrêt GISTI du 23 avril 1997, pour son article 12 par l'arrêt Mme E. du 27 juin 2008 et pour son article 20

par l'arrêt Unicef France du 5 février 2020. Mais, pratiquant ce que la doctrine appelle parfois le « dépeçage » du traité, il l'a refusé aux articles 2, 9, 20, 29 (CE 6 juin 2001, Mme Mosquera – revirement sur l'article 20 par l'arrêt Unicef France précité) et 19 (CE 24 août 2011, M. Z.). La Cour de cassation a, elle, reviré sa jurisprudence Lejeune et reconnu l'effet direct de la Convention par un arrêt Civ. 1^{er}, 22 novembre 2005. S'agissant de la charte sociale européenne, si le Conseil d'État a jugé d'effet direct les stipulations de son article 24 (CE 10 février 2014, Fischer), la Cour de cassation a jugé le contraire par un arrêt du 11 mai 2022, Société Pleyel. Le Conseil d'État a cependant précisé que, même lorsque des stipulations internationales sont dépourvues d'effet direct, elles peuvent être prises en considération pour l'interprétation des dispositions de droit national qui les mettent en œuvre. Ainsi en va-t-il, par exemple, des stipulations de l'accord de Paris du 12 décembre 2015 relatives à la lutte contre le changement climatique (CE 19 novembre 2020, Commune de Grande-Synthe). Il faut mesurer la portée de cette jurisprudence: ainsi que le relève Sarah Cassella, « *nul ne peut s'y tromper: interpréter les textes nationaux au regard des traités internationaux revient à vérifier si l'action – ou l'inaction – du gouvernement est bien compatible avec ces derniers* » (L'effet indirect du droit international: l'arrêt Commune de Grande-Synthe, AJDA 2021, p. 226);

- s'agissant du droit de l'Union européenne, le raisonnement est plus nuancé:
 - les stipulations suffisamment précises des traités (et elles seules) ont un effet direct;
 - les règlements ont toujours un effet direct, quelle que soit leur précision, en vertu du traité lui-même qui prévoit cet effet;
 - l'effet direct d'une directive non transposée (avant la transposition, l'État est encore libre, après, ce sont les dispositions internes qui s'appliquent) est toujours reconnu, même si elle est imprécise, et peut fonder l'annulation d'un acte réglementaire ou la mise à l'écart, par la voie de l'exception, d'une loi qui méconnaîtrait ses « objectifs » (CE 3 février 1989, Cie Alitalia). En revanche, le critère de la précision et de l'inconditionnalité retrouve à s'appliquer s'agissant des recours dirigés contre les actes non réglementaires, notamment individuels: CE 30 octobre 2009, Mme Perreux, arrêt marquant l'abandon de la jurisprudence Cohn-Bendit de 1978 – cf. *infra*. Ce n'est que si la directive est précise et inconditionnelle que l'acte individuel la méconnaissant pourra être annulé. Le Conseil d'État a ainsi refusé de reconnaître un effet direct à certaines prescriptions de la directive du 17 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, « en raison de leur imprécision » (CE 17 mars 2010, Alsace nature).

2. Le contrôle de constitutionnalité des traités avant leur ratification

Si le Conseil constitutionnel déclare « qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution », une révision de celle-ci doit précéder la ratification ou l'approbation dudit engagement international. L'article 54 de la Constitution prévoit : « 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 ».

Ainsi dans sa décision du 20 décembre 2007, le Conseil constitutionnel a jugé que le traité de Lisbonne en partie contraire à la Constitution. Une révision constitutionnelle a été nécessaire pour pouvoir déposer une loi de ratification de ce traité. Selon l'article 89 de la Constitution, le projet de révision devait alors être voté en termes identiques par les deux assemblées et soumis ensuite au Parlement convoqué en Congrès, qui devait alors l'approuver par une majorité des trois cinquièmes. Il aurait été également possible de soumettre la révision au vote des citoyens par la voie du référendum. Réuni le 4 février 2008 en Congrès à Versailles, le Parlement a approuvé la révision.

Le contrôle de la compatibilité des normes internationales avec la Constitution (sur le fondement de son article 54) a évolué. Par une décision CC 30 décembre 1976, Élections de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct, le Conseil constitutionnel avait distingué les limitations des transferts de souveraineté, autorisant les premières et interdisant les seconds.

À partir de 1985, le Conseil constitutionnel a abandonné cette distinction et veille à ce que les traités signés par la France ne remettent pas en cause « *les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* » (CC 22 mai 1985, 6^e Protocole additionnel à la ConvEDH). Portent atteinte à ces conditions les stipulations internationales qui empêcheraient « *d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et libertés des citoyens* ». Saisi d'un recours concernant la conformité à la Constitution du Traité de l'Union européenne signé le 7 février 1992, le Conseil constitutionnel a confirmé que « *le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que la France puisse conclure des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les États membres* » (CC 9 avril 1992, Maastricht I). Ont ainsi été déclarées inconstitutionnelles les seules stipulations susceptibles de « *porter atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté* » : droit de vote attribué à tout citoyen de l'Union européenne pour les élections municipales, établissement d'une union économique et monétaire et détermination des règles de franchissement des frontières extérieures de l'Union européenne. En revanche, et plus récemment, saisi par le président de la République sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, le Conseil a estimé

que le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire signé le 2 mars 2012 à Bruxelles ne comportait pas de clause contraire à la Constitution (CC 9 août 2012, Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire). Il en va de même de l'accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part (dit « traité CETA » : CC 31 juillet 2017).

Les limitations de souveraineté consentis par la France au sens du 15^e alinéa du même préambule ont contribué à une évolution, sinon de la notion, du moins de l'exercice de la souveraineté nationale : « *Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix* ». Une double condition est posée : celle de la réciprocité, et celle liée à la préservation de la paix : les limitations de souveraineté ne sont acceptées que dans la mesure où elles contribuent à l'instauration d'un ordre international pacifié.

3. La place croissante du droit international en droit interne

Aujourd'hui, ce sont plus de 7 000 traités qui lient la France, dont plus de 4 800 bilatéraux. S'agissant du droit de l'Union européenne, plus de 9 000 règlements consolidés et 4 000 directives consolidés sont actuellement en vigueur. Souveraineté nationale n'est donc pas confondue, avec action unilatérale. La France multiplie la conclusion de traités internationaux depuis la Seconde Guerre mondiale. La participation à l'Union européenne peut s'analyser comme un exercice en commun de souveraineté ou comme une modalité de mise en œuvre de cette souveraineté. Le fait que l'État se lie au plan international est d'ailleurs analysé par les internationalistes non comme un abandon mais comme un acte de souveraineté : « l'autolimitation » de l'État, c'est-à-dire sa faculté de réduire volontairement, en s'engageant juridiquement sur la scène internationale, l'étendue de sa souveraineté, « est une limitation réelle de la liberté légale de l'État et, loin d'être logiquement incompatible avec sa souveraineté, elle procède du postulat qui fait de la souveraineté même une institution de droit » (Jean Combacau). Après contrôle du Conseil constitutionnel et une déclaration d'inconstitutionnalité partielle, la France a modifié à plusieurs reprises sa Constitution pour permettre l'application en droit interne des nouveaux traités, notamment : monnaie unique, vote aux élections municipales des ressortissants communautaires, accès à la fonction publique des ressortissants communautaires, rôle du Parlement dans le cadre du respect du principe de subsidiarité depuis le traité de Lisbonne, mandat d'arrêt européen, droit d'asile.

La question de la place du droit international en droit interne peut être appréhendée de deux façons : quelles sont les normes internationales qui peuvent produire des effets en droit interne ? Quelles normes internes sont tenues de les respecter ?

L'article 55 de la Constitution prévoit : « 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 ».

- Les normes internationales s'imposant en droit interne sont nombreuses. Sous réserve du respect des conditions citées *supra*, s'imposent : les stipulations issues des traités internationaux, les normes de l'Union européenne primaires et dérivées (le Conseil d'État accepte d'éarter la loi contraire à un règlement de l'Union (CE 24 septembre 1990, Boisdet), à une directive non transposée dans les délais impartis (CE 28 février 1992, SA Rothman), ainsi qu'à un principe général du droit de l'Union (CE 3 décembre 2001, SNIP)). En revanche, les principes généraux du droit international (CE 28 juillet 2000, Paulin) et la coutume internationale (CE 6 juin 1997, Aquarone) ont une valeur infra-législative, malgré le 14^e alinéa du préambule de la Constitution de 1946, aux termes duquel la France « se conforme aux règles du droit public international ». Relevons que la coutume est en réalité une norme supplétive, c'est-à-dire qu'elle s'applique quand aucune autre norme n'existe : par un arrêt de sa chambre criminelle du 13 mars 2001, la Cour de cassation reconnaît l'existence d'une coutume internationale selon laquelle un chef d'État ne peut être poursuivi devant les juridictions pénales d'un autre État. La CIJ a confirmé et étendu cette jurisprudence par un arrêt du 15 février 2002 : cette immunité bénéficie aussi au chef du Gouvernement et au ministre des Affaires étrangères. Ces principes n'interdisent toutefois pas l'engagement de la responsabilité de l'État pour méconnaissance d'une règle coutumière qu'aucune disposition législative n'écarte : CE 14 octobre 2011, Mme S.

À l'exception de la Constitution, toute norme interne doit être conforme aux normes internationales : la loi organique (CE 6 avril 2016, Blanc, à condition toutefois que la loi organique ne se borne pas à tirer les conséquences nécessaires de dispositions constitutionnelles), la loi ordinaire (Cass. 24 mai 1975, Jacques Vabre, CE 20 octobre 1989, Nicolo, CC 21 octobre 1988, AN, 5^e circonscription du Val d'Oise, le Conseil d'État a d'ailleurs précisé que l'administration était tenue de ne pas appliquer une loi contraire à une règle communautaire : CE 30 juillet 2003, Association avenir de la langue française), ainsi que les actes administratifs (CE 28 mai 1937, Decerf, à propos d'un décret d'extradition ; CE 30 mai 1952, Dame Kirkwood) et les circulaires impératives (CE 2 juin 2006, Chauderlot). Le Conseil d'État s'assure que les décrets de transposition d'une directive respectent ses dispositions (CE 28 septembre 1984, Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France) et annule les dispositions d'un décret contraires aux objectifs d'une directive non transposée (CE 7 décembre 1984, Fédération française des sociétés de protection de la nature). Il a précisé que l'administration ne pouvait laisser dans l'ordre juridique interne des actes contraires au droit de l'Union (CE 3 février 1989, Alitalia) et que des dispositions législatives qui auraient pour objet ou pour effet de soustraire

au contrôle du juge des actes administratifs contraires au droit de l'Union seraient elles-mêmes incompatibles avec les exigences qui découlent de l'application de ce droit (CE 8 avril 2009, Alcaly).

S'agissant des lois, le Conseil d'État exerce en principe un contrôle abstrait de la conventionnalité, en confrontant le texte de la loi à celui de la norme internationale invoquée. Il peut toutefois, « dans certaines circonstances particulières », estimer que l'application d'une loi jugée conventionnelle entraînerait une atteinte disproportionnée aux droits de l'intéressé (contrôle *in concreto*). Dans un tel cas, il est alors possible d'écartier la loi interne au profit de la norme internationale : CE 31 mai 2016, Mme Gonzalez Gomez (l'interdiction de l'insémination artificielle post-mortem ne méconnaît pas, par principe, la ConvEDH, mais peut être regardée, dans les circonstances de l'espèce, comme portant une atteinte disproportionnée aux droits qu'elle garantit (droit au respect de la vie privée et familiale en l'espèce)). Cette décision d'Assemblée n'aura peut-être pas la portée qu'on aurait pu lui prêter : elle n'a pas connu de nouvelles applications positives, le Conseil d'État l'ayant au contraire expressément écartée à propos de la disposition relative à l'anonymat des donneurs de gamètes : dans une telle hypothèse, « aucune circonstance particulière propre à la situation d'un demandeur [de levée de l'anonymat] ne saurait conduire à regarder la mise en œuvre des dispositions législatives relatives à l'anonymat du don de gamètes » comme méconnaissant la ConvEDH (CE 28 décembre 2017, M. Molénat). Le moyen tiré de la méconnaissance des droits garantis par ce texte est ainsi inopérant. Il en va de même s'agissant de l'impossibilité pour le juge de moduler le montant d'une amende fiscale (CE 4 décembre 2017, Société Edenred France). Il semble qu'il faille en réalité comprendre de cette architecture subtile que lorsque le législateur aura entendu régir entièrement une situation et trancher une fois pour toutes la question (anonymat du don de gamète), l'appréciation *in concreto* ne sera pas possible ; en revanche, lorsqu'il apparaîtra que le législateur a posé un principe sans nécessairement avoir entendu couvrir l'ensemble des hypothèses particulières pouvant potentiellement en relever, une telle appréciation redevient possible. La Cour de cassation semble avoir adopté une position similaire, qui refuse d'exercer un contrôle *in concreto* s'agissant de l'indemnisation d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, dont le montant fait l'objet d'un barème, au regard des stipulations de l'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT (Cass. Civ. 11 mai 2022, Société Pleyel).

En revanche, la Constitution conserve, dans l'ordre interne, un niveau supérieur à celui des normes internationales.

La loi nationale doit respecter le droit international, mais il arrive aussi que celui-ci impose, plus ou moins explicitement, l'adoption d'un comportement déterminé au législateur. La CEDH a ainsi forgé le concept d'« obligations positives », qui sont celles reposant sur les États de prendre les mesures nécessaires à la préservation des droits protégés par la ConvEDH (y compris dans les relations interindividuelles : CEDH 13 août 1981, Young, James et Webster). Il

ne suffit donc pas que l'État s'abstienne de porter atteinte aux droits protégés ; encore faut-il qu'il organise les conditions de leur respect. La France a ainsi dû faire évoluer sa législation :

- sur les gardes à vue à la suite de l'arrêt CEDH 27 août 1992, Tomasi (loi du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale), puis de l'arrêt CEDH 14 octobre 2010, Brusco (loi du 14 avril 2011 relative la garde à vue) ;
- sur les écoutes téléphoniques à la suite de l'arrêt CEDH 24 avril 1990, Huvig et Kruslin (loi du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications, créant notamment la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité) ;
- sur les différences de traitement entre les enfants adultérins et les enfants légitimes au regard des droits à la succession à la suite de l'arrêt CEDH 1^{er} février 2000, Mazurek (loi du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins) ;
- sur la procédure de contestation juridictionnelle des ordonnances judiciaires autorisant le droit de visite et les saisines dans les locaux commerciaux à la suite de l'arrêt CEDH 21 février 2008, Ravon (loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie) ;
- sur le droit à la dignité des détenus à la suite de l'arrêt CEDH 30 janvier 2020, J.M.B. et autres contre France (loi du 8 avril 2021 tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention, qui crée un recours juridictionnel spécifique au profit du détenu estimant indignes ses conditions de détention).

La jurisprudence communautaire peut aussi être à l'origine de l'obligation pour le Parlement de modifier la loi nationale ; ainsi de la modification du droit de la fonction publique pour en permettre l'accès à des ressortissants de l'Union européenne, ou encore des évolutions fréquentes du droit de la commande publique (obligation de publicité et de mise en concurrence).

La perte de vigueur du principe de souveraineté est liée à l'entrelacs toujours plus complexe que tissent les différents niveaux normatifs, national, européen, international, dans un secteur donné. L'exemple de la régulation financière est éclairant : la loi nationale prise indépendamment des normes externes n'est d'aucune efficacité. Pour Marie-Anne Frison-Roche, « *il ne s'agit [pourtant] plus tant d'une remise en cause destructrice des souverainetés mais d'un partage du pouvoir entre espaces normatifs poreux entre eux, entre l'espace national, communautaire, international et global* » (*Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences-Po-Dalloz, série « Droit et économie de la régulation », 2004, p. 154).

III. L'impact de la participation à l'Union européenne

1. De nouveaux transferts de compétence impliqués par la construction de l'Union européenne...

La construction européenne est caractérisée par le transfert croissant de compétences au profit des institutions de l'Union. Il peut s'agir, selon la

terminologie retenue par le traité de Lisbonne, de compétences exclusives, exercées par l’Union seule, auquel cas le transfert de souveraineté est total : les États perdent leur pouvoir normatif dans les domaines concernés (union douanière, établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur, politique monétaire pour les États membres dont la monnaie est l’euro, conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche, politique commerciale commune). Il peut s’agir de compétences partagées, pour lesquelles s’applique le principe dit de subsidiarité : l’Union européenne n’intervient que dans la mesure où son action est plus efficace que celle des États pris séparément. La plupart des compétences exercées par l’Union relèvent de cette catégorie dont l’article 4 du TFUE dresse une liste non exhaustive qui comprend le marché intérieur, la politique sociale, la cohésion économique, sociale et territoriale, l’agriculture et la pêche, l’environnement, la protection des consommateurs, les transports, les réseaux transeuropéens, l’énergie, l’espace de liberté, de sécurité et de justice et les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique. Enfin, l’Union peut appuyer ou coordonner l’action des États membres dans certains domaines où ils demeurent totalement compétents (culture, tourisme, éducation, sport). Il s’agit des compétences d’appui.

Si le traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l’Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne signé le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009 n’octroie pas de nouvelles compétences exclusives à l’Union (qui, dotée de la personnalité juridique, remplace désormais les deux communautés existantes), de nouvelles compétences partagées sont consacrées (espace, énergie), ainsi que de nouvelles compétences d’appui (protection civile, propriété intellectuelle, coopération administrative).

Plus révélatrice des transferts de souveraineté opérés à l’occasion de la construction européenne, l’extension des domaines dans lesquels la décision est adoptée au sein du Conseil des ministres à la majorité qualifiée est une caractéristique importante du traité de Lisbonne. Le système de la majorité qualifiée a été remplacé en 2017 par celui de la double majorité : pour qu’un acte communautaire soit adopté, il faut la réunion de 55 % des États membres représentant 65 % de la population. Une minorité de blocage doit inclure au moins quatre États membres.

Le traité de Lisbonne « communautarise » le troisième pilier « justice et affaires intérieures », jusqu’à présent régi par des procédures intergouvernementales, et qui le sera dorénavant, en principe, par la procédure de droit commun d’adoption des actes de l’Union (vote à la majorité au sein du Conseil des ministres dans le cadre de la procédure législative ordinaire). Dans ces domaines, un « parquet européen » pourra être créé, étape importante d’une communautarisation de la matière pénale. De façon générale, la procédure législative ordinaire avec vote à la majorité au sein du Conseil devient la procédure de droit commun d’adoption des actes de l’Union. Cette procédure est étendue à près de 50 nouveaux domaines et la majorité qualifiée à 33 nouvelles matières dont

certaines sont particulièrement sensibles (contrôle aux frontières extérieures, asile, immigration, fonctionnement d'Eurojust et d'Europol, etc.). Le traité de Lisbonne reprend une innovation du traité établissant une Constitution pour l'Europe instituant un droit de retrait des États membres, leur permettant le cas échéant de recouvrer une souveraineté totale hors de l'Union, alors que les traités antérieurs ne prévoyaient pas ce droit de retrait (article 35 nouveau).

2. L'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne

D'un point de vue juridique, la supériorité formelle de la Constitution peine à masquer l'influence croissante du droit de l'Union dont l'autonomie s'affirme de plus en plus clairement.

D'abord, parce qu'il constitue un ordre juridique propre, distinct de l'ordre juridique international et « intégré au système juridique des États membres » (CJCE 15 juillet 1964, Costa c/ENEL). La CJUE a précisé que les traités « *ont institué un ordre juridique au profit duquel les États ont limité dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains* » (CJCE 14 décembre 1991, Espace économique européen). L'objectif de la construction de l'Union n'est pas la simple coopération des États membres mais leur intégration dans un ordre juridique autonome produisant directement ses effets en leurs seins. Ainsi, le droit dérivé n'a pas besoin de procédure de ratification pour produire ses effets. Directement invocable et primant le droit interne, le droit de l'Union relève en fait d'une logique fédérale, ce que la CJUE illustre d'ailleurs par l'emploi d'expressions habituellement réservées aux États : les traités constituent ce qu'elle appelle une « charte constitutionnelle » (CJCE 10 juillet 2003, Commission c/BEI), elle évoque le « pouvoir législatif de la Communauté » (CJCE 9 mars 1978, Simmenthal) ou encore le « législateur communautaire » (CJCE 27 octobre 1992, RFA c/Commission). Par un avis CJUE 30 avril 2019, Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne et ses États membres, elle énonce que le droit de l'Union est « *issu d'une source autonome, constituée par les traités, par sa primauté par rapport aux droits des États membres ainsi que par l'effet direct de toute une série de dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes. De telles caractéristiques ont donné lieu à un réseau structuré de principes, de règles et de relations juridiques mutuellement interdépendantes liant, réciproquement, l'Union elle-même et ses États membres, ainsi que ceux-ci entre eux* », rappelant ainsi l'ordre constitutionnel de l'Union.

Cette nature particulière du droit de l'Union explique l'absence de la condition de réciprocité pour son application (il existe cependant des mécanismes permettant aux États de s'assurer que leurs pairs respectent leurs obligations) ; elle explique également que le juge administratif contrôle le respect des PGD de l'Union (CE 5 juillet 2001, FNSEA), alors, on l'a vu, qu'il ne déduit pas de l'article 55 de la Constitution la supériorité sur les lois internes des normes de droit international non écrites.

Ensuite, les modalités d'adoption des normes de droit de l'Union dérivé sont caractérisées par le recours croissant à des procédures de décision à la majorité

qualifiée. Ce trait est particulièrement renforcé par le traité de Lisbonne, qui étend la procédure législative ordinaire à 40 nouveaux articles, portant à 73 le nombre d'articles désormais concernés par cette procédure. La concordance procédure législative ordinaire/majorité qualifiée se retrouve dans les principaux domaines d'intervention de l'Union européenne. Les États membres peuvent donc se voir imposer des normes qu'ils n'ont pas souhaitées. L'influence sur la souveraineté nationale est ici certaine, manifestée par la dissociation entre souveraineté territoriale et souveraineté normative : la norme applicable à l'intérieur du territoire d'un État est imposée par un pouvoir normatif extérieur à cet État auquel il ne fait que participer.

Cette particularité du droit de l'Union, les transformations profondes de l'exercice de la souveraineté nationale qu'il implique, a conduit le pouvoir constituant français à modifier la Constitution afin de permettre la pleine participation de la France à la construction européenne, révélant le caractère formel de l'affirmation de la suprématie de la Constitution au regard de l'article 54. En effet, si cette suprématie peut être déduite théoriquement de cet article, en pratique, la Constitution a été modifiée à chaque étape de la construction européenne depuis le Traité sur l'Union européenne de 1992, en dernier lieu le 4 février 2008 pour permettre la ratification du traité de Lisbonne.

La loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008 a créé un titre XV intitulé De l'Union européenne (Articles 88-1 à 88-7). L'article 88-1 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 ». Le Conseil constitutionnel fonde ainsi désormais l'application du droit de l'Union en droit interne non plus sur l'article 55 de la Constitution relatif aux traités internationaux, mais exclusivement sur l'article 88-1.

Dernière manifestation de la particularité du droit de l'Union et de l'influence qu'il exerce sur l'exercice de la souveraineté nationale, la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux lois de transposition des directives illustre encore un peu plus la relativité de l'affirmation de la supériorité formelle de la Constitution sur le droit de l'Union. Par une décision CC 27 juillet 2006, Loi relative aux droits d'auteur, le Conseil refuse d'exercer un contrôle de la constitutionnalité d'une loi de transposition des stipulations claires et précises d'une directive au motif que cela reviendrait à contrôler la conformité à la Constitution de cette directive, laquelle n'est justiciable que de la seule CJUE. Si le Conseil ne juge pas formellement que la directive revêt ainsi une valeur supérieure à la Constitution, cette quasi-immunité qui lui est conférée (réserve doit être faite de l'hypothèse où elle méconnaîtrait une disposition inhérente à la tradition constitutionnelle française ne trouvant pas d'équivalent en droit européen) restreint la portée pratique de la supériorité affirmée de la Constitution. On relèvera d'ailleurs qu'à l'issue du feuilleton juridique autour de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne et ses États membres, qui comprenait des stipulations relevant des compétences exclusives de l'Union

et d'autres relevant des compétences partagées, que, pour éviter la nécessaire ratification par l'ensemble des Parlements nationaux imposées par la présence de ces dernières stipulations, les ministres du Commerce de l'Union ont validé en mai 2018 une nouvelle approche consistant à scinder les accords en deux, permettant ainsi l'entrée en vigueur des stipulations portant sur des matières relevant de la compétence exclusive de l'Union, sans attendre la ratification par l'ensemble des Parlements nationaux ni prendre le risque d'essuyer un éventuel refus.

C'est ainsi principalement la construction de l'Union qui cristallise les débats autour de la « perte de souveraineté » de la France, nourrissant le discours de ses opposants, cependant que ses partisans insistent sur la nécessité, dans un environnement mondialisé, de mettre en commun des parcelles de souveraineté qui sont moins abandonnées que différemment exercées.

3. Influence sur la répartition des compétences entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif

La tradition française de la conduite des relations internationales a été reprise à l'article 52 de la Constitution, qui confère au pouvoir exécutif la responsabilité de la conduite des négociations internationales. La ratification du traité signé peut être autorisée par le Parlement (pour les traités les plus importants énumérés à l'article 53 de la Constitution), mais dans la grande majorité des cas, son intervention n'est pas nécessaire. En outre, le Parlement a longtemps été démunie face aux actes dits de droit dérivé dont l'importance en droit de l'Union européenne n'a cessé de s'accroître. Illustrant la prédominance du pouvoir exécutif dans la définition et la conduite des relations internationales, le Conseil d'État avait estimé, dans un avis du 24 mai 1964, que même quand un règlement communautaire nécessitait des mesures d'application relevant de l'article 34, le Gouvernement pouvait être compétent pour les prendre (un avis du 22 mars 1973 opère un retour à la distinction 34/37).

Absent de la conception de la politique étrangère, le Parlement est en outre contraint, dans son activité normative, d'une part de transposer certaines normes d'origine internationale (c'est le cas des directives de l'Union, qui ont valu en 1989 au député Alain Lamassoure ce mot aussi désabusé que révélateur: « *nous ne légiférons plus, nous ratifions* »), d'autre part de respecter, dans son activité normative autonome, les normes internationales en vigueur en droit interne.

Le mécanisme prévu à l'article 88-4 de la Constitution visait à associer le Parlement en prévoyant que: « Le Gouvernement soumet à l'Assemblée nationale et au Sénat, dès leur transmission au Conseil de l'Union européenne, les projets d'actes législatifs européens et les autres projets ou propositions d'actes de l'Union européenne./Selon des modalités fixées par le règlement de chaque assemblée, des résolutions européennes peuvent être adoptées, le cas échéant en dehors des sessions, sur les projets ou propositions mentionnés au premier alinéa, ainsi que sur tout document émanant d'une institution de l'Union européenne./Au sein de chaque assemblée parlementaire est instituée une commission chargée des affaires européennes ».

En réalité les résolutions que peut adopter le Parlement sur les projets d'actes législatifs européens sont de simples déclarations d'intention dépourvues de portée juridique et n'ont aucun effet sur la commission européenne qui n'a pas à justifier de leur non prise en compte. En pratique, ce sont les commissions des affaires européennes des assemblées qui examinent les quelque 1 600 projets et propositions d'actes européens dont elles sont saisies chaque année et sur lesquels elles peuvent rendre des « conclusions ». Le nombre des conclusions adoptées par la commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale sur des documents soumis par le Gouvernement au titre de l'article 88-4 demeure relativement faible, en moyenne 70 par an. S'agissant des résolutions, le cas échéant adoptées par l'Assemblée à la suite des conclusions de la commission des affaires européennes, l'Assemblée nationale en a adopté 74 sous la X^e législature, 51 sous la XI^e législature, 41 sous la XII^e législature, 60 sous la XIII^e législature et 79 sous la XIV^e législature, 34 sous la XV^e législature (source : site internet de l'Assemblée nationale).

Le traité de Lisbonne prend acte de la volonté exprimée par les Parlements nationaux des États membres de mieux contrôler l'exercice par l'Union européenne de ses compétences. Il consacre ainsi un article reconnaissant la contribution des parlements nationaux « au bon fonctionnement » de l'Union, en étant informés par les institutions de l'Union et en recevant notification des projets d'actes législatifs européens, en prenant part aux procédures de révision des traités, en étant informés des demandes d'adhésion, en participant à la coopération entre parlements nationaux et avec le Parlement européen, et en veillant au respect du principe de subsidiarité. S'agissant de ce dernier point, un système « d'alerte précoce » est instauré, permettant aux parlements nationaux de contrôler le respect par les institutions de l'Union du principe de subsidiarité : si une majorité simple des parlements nationaux conteste, au nom de ce principe, l'intervention normative de l'Union, et si la Commission décide de maintenir sa proposition, le Conseil et le Parlement européen doivent se prononcer sur la compatibilité du projet avec le principe de subsidiarité.

La révision de la Constitution pour permettre la ratification du traité de Lisbonne traduit en droit interne ces compétences nouvelles au profit du Parlement national. L'article 88-6 précise les conditions dans lesquelles chaque assemblée peut adopter un avis motivé par lequel elle porte à la connaissance des institutions européennes les raisons pour lesquelles elle estime que le projet est susceptible, s'il est adopté, de méconnaître le principe de subsidiarité. Elle pourra également, si un tel acte est adopté, demander son annulation à la CJUE (par le biais du Gouvernement chargé de transmettre le recours à la CJUE). L'article 88-7 permet au Parlement de s'opposer à la modification des procédures d'adoption d'actes de l'Union dans les cas prévus par le traité de Lisbonne en matière de révision simplifiée des traités et de la coopération judiciaire civile. L'objectif de ces mesures est une meilleure association du Parlement à l'exercice de ses missions par l'Union européenne. On relève qu'en guise d'association, il s'agit principalement de développer des pouvoirs de contrôle de cet exercice, afin qu'il n'empêche pas sur les compétences conservées par les États membres. Ce

sont bien des considérations liées à la préservation de la souveraineté nationale qui ont motivé l'inscription dans le traité de Lisbonne de ces pouvoirs reconnus aux parlements nationaux. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, le Sénat a adopté 31 résolutions portant avis motivé contestant la conformité d'un projet d'acte législatif au principe de subsidiarité, dont 4 en 2018 portant par exemple sur le marché intérieur du gaz naturel ou sur les technologies de la santé, et 1 en 2020 portant sur la neutralité climatique. L'Assemblée nationale est moins active, avec 5 résolutions portant avis motivés adoptées au cours de la XIV^e législature (2012-2017), et 2 sous la XV^e législature (2017-2022). La CJUE n'a en revanche été saisie à ce jour d'aucun recours.

On relèvera par ailleurs que depuis janvier 2003, un débat en séance publique est systématiquement organisé avant chaque réunion du Conseil européen, qu'une séance sur quatre réservée au contrôle de l'action du Gouvernement et à l'évaluation des politiques publiques est consacrée par priorité aux questions européennes et que la commission des affaires européennes peut apporter un éclairage européen à l'occasion de l'examen des projets et propositions de loi nationale portant sur un domaine couvert par l'activité de l'Union.

IV. Une protection théorique de la souveraineté nationale par des mécanismes à l'effectivité non établie

1. Reconnaissance d'une compétente d'attribution à l'Union européenne par le traité de Lisbonne, mais sans contrôle des empiètements à la souveraineté de principe des États membres

Après le rejet par le peuple français du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, le traité de Lisbonne intitulé Traité modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité sur la Communauté européenne (le premier conservant son nom, le second devenant Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – TFUE), ne fait plus référence à des symboles de la souveraineté européenne tel que la Constitution. La Charte des droits fondamentaux ne fait plus l'objet que d'une annexe à laquelle renvoie le texte principal. La primauté du droit communautaire sur le droit interne n'est pas inscrite dans le traité de Lisbonne, mais dans la déclaration annexée n° 17 qui rappelle que « selon une jurisprudence constante de la Cour de Justice de l'UE, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des États membres ». Les domaines les plus sensibles, tels que la sécurité sociale, la fiscalité, la politique étrangère, la défense commune demeurent quant à eux régis par la règle de l'unanimité.

S'agissant de l'attribution des compétences, l'article 5 du TUE dans sa rédaction antérieure au traité de Lisbonne stipulait que « *la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité* ». Le traité de Lisbonne comporte une formule plus stricte quant à la limitation de la compétence de l'UE : l'article 5 stipule dorénavant qu'« *en vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites* ».

des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres » (nous soulignons). La négation introduite témoigne de la volonté des États à exercer un contrôle plus strict sur l'exercice de ses compétences par l'Union.

S'agissant de l'exercice des compétences de l'Union, l'article 5 § 3 du TUE, relatif au principe de subsidiarité, fait l'objet d'une nouvelle rédaction, plus restrictive, conformément à l'exigence de certains États membres d'une interprétation stricte des compétences de l'Union : « en vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union. Les institutions de l'Union appliquent le principe de subsidiarité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Les parlements nationaux veillent au respect du principe de subsidiarité conformément à la procédure prévue dans ce protocole » (nous soulignons). Le traité de Lisbonne prévoit également la possibilité de restituer aux États membres des compétences exercées par l'Union. La déclaration n° 52 annexée au traité de Lisbonne affirme que le drapeau européen, l'hymne (Ode à la joie de Beethoven), l'euro, le 9 mai « *continueront d'être pour eux les symboles de l'appartenance commune des citoyens à l'Union européenne et de leur lien avec celle-ci* ». Les Pays-Bas demeurent le seul État fondateur à ne pas l'avoir signée.

2. Le Conseil constitutionnel a réaffirmé la suprématie de la Constitution

S'il est vrai que la Constitution est modifiée à chaque nouvelle étape de la construction communautaire (elle a ainsi été révisée le 4 février 2008 pour permettre la ratification du traité de Lisbonne, laquelle a été autorisée par la loi du 13 février 2008), c'est après que le Conseil constitutionnel, saisi sur le fondement de l'article 54, s'est prononcé sur la conformité de ces évolutions à la norme suprême, illustration du souci, même formel, des autorités publiques successives de conserver à la Constitution ce caractère. À l'occasion des deux dernières étapes de la construction communautaire, le Conseil constitutionnel a réaffirmé un certain nombre de principes dont la pérennité n'allait pas de soi compte tenu du contenu normatif de ces étapes, et précisé ce que recouvrait la notion de « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ».

Dans sa décision du 19 novembre 2004 Traité instituant une Constitution pour l'Europe, le Conseil constitutionnel a d'abord réaffirmé le principe de primauté de la Constitution sur toute norme de droit communautaire, alors même que l'article I-6 du traité constitutionnel stipulait que « *La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union [...] priment le droit des États membres* ». Selon le Conseil, cet article n'avait pas pour effet de conférer au principe de primauté du droit communautaire une portée autre que celle qui

était antérieurement la sienne, laquelle résultait du respect affiché par les États membres des traditions constitutionnelles nationales et de leur absence de volonté de créer un État fédéral, l'État-nation, et sa Constitution, demeurant un horizon politique indépassable. Cette conception conduisait à reconnaître la supériorité des Constitutions nationales sur le droit communautaire. En l'absence de manifestation en sens contraire à l'occasion de l'élaboration du projet de traité constitutionnel, ces mêmes considérations ont été regardées comme ayant présidé à la rédaction de l'article I-6, lequel ne pouvait donc avoir pour effet d'entraîner la suprématie systématique du droit communautaire sur toute norme de droit interne quel que fût son niveau. Une telle lecture était pourtant audacieuse compte tenu, d'une part, de la jurisprudence de la CJCE, qui a reconnu explicitement la primauté du droit communautaire sur toute norme interne, et, d'autre part, de l'absence d'ambiguïté de l'article I-6, qui ne prêtait guère à interprétation : le Conseil aurait tout aussi bien pu prendre acte de la supériorité ainsi consacrée du droit communautaire, un principe bien établi de l'interprétation des textes étant, justement, qu'il n'y a pas lieu d'interpréter lorsque le texte est clair, ce qui semblait être le cas en l'espèce.

La position qu'a retenue le Conseil constitutionnel est donc motivée moins par une lecture strictement juridique des textes que par la volonté de préserver la primauté de la Constitution en droit interne et, *in fine*, la souveraineté nationale, dont la dimension normative est ainsi mise en avant. À défaut d'une stipulation du traité de Lisbonne comparable à l'article I-6, le Conseil n'a pas eu l'occasion de confirmer cette lecture dans la décision CC 20 décembre 2007, Traité modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne. Il a toutefois pris soin de confirmer « *la place de la Constitution au sommet de l'ordre juridique interne* », et l'on ne voit pas bien ce qui aurait pu être de nature à faire évoluer sa position.

Le Conseil constitutionnel a par ailleurs, à l'occasion des décisions de novembre 2004 et décembre 2007, confirmé, malgré une nouvelle rédaction du principe de subsidiarité plus contraignante pour l'Union, que sa mise en œuvre « *pourrait ne pas suffire à empêcher que les transferts de compétence autorisés par le traité revêtent une ampleur ou interviennent selon des modalités telles que puissent être affectées les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* ».

S'agissant de ces dernières, le Conseil a jugé, par ces décisions de 2004 et de 2007, que nécessitait une modification de la Constitution les quatre domaines suivants :

- Les transferts de compétence intervenant dans des matières nouvelles (en l'espèce : contrôle aux frontières, coopération judiciaire en matière civile et pénale).
- Les modalités nouvelles d'exercice de compétences déjà transférées (passage à la codécision, au vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil des ministres notamment).

- Le passage à la majorité qualifiée en vertu d'une décision européenne ultérieure (technique dite des « clauses passerelles » : un tel passage pourra être décidé sans révision du traité, par simple décision unanime des États membres).
- Les procédures de révision simplifiée.

Au-delà de ces jurisprudences relatives à la construction communautaire, on relèvera également que, de façon générale, le refus persistant du Conseil constitutionnel d'exercer un contrôle de conventionnalité des lois (rappelé à propos de la QPC par la décision CC 12 mai 2010 Loi relative à l'ouverture à la concurrence des jeux d'argent en ligne) trouve en partie son fondement dans une forme – négative – de protection de la souveraineté : en refusant d'exercer un tel contrôle, le Conseil admet implicitement l'entrée en vigueur d'une loi potentiellement contraire à une norme internationale, mais qui n'en produira pas moins ses effets tant qu'un juge ordinaire n'aura pas écarté son application à l'occasion d'un litige.

Enfin, l'introduction du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC – voir le chapitre sur la hiérarchie des normes), qui impose au juge, lorsqu'il est saisi simultanément de moyens tirés de la méconnaissance par la loi d'une disposition constitutionnelle et d'une stipulation conventionnelle, de statuer par priorité sur la première, traduit la volonté de remettre la Constitution au cœur des systèmes juridique et juridictionnel français. Conférant une pleine portée à ce principe de priorité, le Conseil constitutionnel a jugé par une décision QPC du 2 octobre 2020, M. Geoffrey F., que le juge appelé à se prononcer sur le caractère sérieux d'une QPC ne peut, pour réfuter ce caractère sérieux, se fonder sur l'interprétation de la disposition législative contestée qu'impose sa conformité aux engagements internationaux de la France, que cette interprétation soit formée simultanément à la décision qu'il rend ou l'ait été auparavant. Il n'appartient pas non plus au Conseil constitutionnel saisi d'une telle question prioritaire de constitutionnalité de tenir compte de cette interprétation pour conclure à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit. Autrement dit, la conformité d'une loi à une convention internationale ne suffit pas à lui conférer un brevet de constitutionnalité : la loi doit, dans tous les cas, être confrontée à la Constitution, même si elle est conforme à une norme internationale garantissant une protection des droits équivalente.

3. Les techniques limitées visant à assurer la protection de la souveraineté nationale

La question de la primauté du droit de l'Union européenne est fondée sur des oppositions et des paradoxes.

D'un côté, la CJUE considère que le droit de l'Union prime toute norme de droit interne, quel que soit son niveau membre (CJCE 15 juill. 1964, aff. C-6/64, *Costal c/ENEL*) y compris constitutionnelles (CJCE 17 déc. 1970, aff. C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*). « *En vertu du principe de la primauté du droit communautaire, les dispositions du traité et les actes des institutions*

directement applicables ont pour effet, dans leurs rapports avec le droit interne des États membres, non seulement de rendre inapplicable de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute disposition contraire de la législation nationale existante, mais encore – en tant que ces dispositions et actes font partie intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des États membres – d'empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec des normes communautaires. En effet, le fait de reconnaître une efficacité juridique quelconque à des actes législatifs nationaux empiétant sur le domaine à l'intérieur duquel s'exerce le pouvoir législatif de la communauté, ou autrement incompatibles avec les dispositions du droit communautaire, reviendrait à nier, pour autant, le caractère effectif d'engagements inconditionnellement et irrévocablement assumés par les États membres, en vertu du traité, et mettrait ainsi en question les bases mêmes de la communauté (CJCE 9 mars 1978, aff. C-106/77, Simmenthal). Dans ce même arrêt, la CJCE considère que le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliqué, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel».

Le paradoxe est que l'Union européenne et la CJUE ne sont pas détenteurs d'un pouvoir originaire et ne peuvent exercer une attribution que si et seulement si, les États membres qui détiennent le pouvoir originaire, la souveraineté, l'ont investi d'une compétence. Les juridictions nationales ne peuvent logiquement puiser dans leur Constitution le fondement d'une primauté absolue du droit de l'Union européenne, dès lors que « le principe de la supériorité d'une norme ne saurait dépendre de l'énoncé d'une norme de rang inférieur » (D. Alland, Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international, RFDA 1998. 1094) et affirment logiquement et conformément au principe démocratique « la place de la Constitution au sommet de » l'ordre juridique interne (CE, ass., 30 oct. 1998, n° 200286, Sarran et Levacher).

Les juges administratif et constitutionnel ont cherché à réduire les effets de ce paradoxe et concilier ces divergences par un dialogue des juges. Le juge administratif refuse de reconnaître à la coutume internationale et aux principes généraux du droit international une valeur supra-législative. Il juge inopérant le moyen tiré de ce que la loi aurait été adoptée à l'issue d'une procédure méconnaissant la norme internationale (CE 27 octobre 2015, Allenbach : le moyen tiré de ce que la loi du 16 janvier 2015 fixant la nouvelle délimitation des régions aurait été adoptée en méconnaissance des stipulations de l'article 5 de la Charte européenne de l'autonomie locale imposant la consultation préalable des collectivités locales est inopérant). Il juge également que le moyen tiré de la méconnaissance par l'acte attaqué d'une norme internationale n'est pas d'ordre public (CE 11 janvier 1991, Morgane, confirmé par CE 6 décembre 2002, Maciolak), et, en matière de référé, que cette méconnaissance, même invoquée, ne peut fonder une suspension de l'acte attaqué (CE 30 décembre 2002, Carminati – à

moins que l'inconventionnalité de la loi en cause ait déjà été reconnue par le juge administratif). La jurisprudence Carminati n'est plus applicable en ce qui concerne le droit de l'Union européenne : les ordonnances Dociev (du 6 mars 2008) et Diakité (du 16 juin 2010) ont autorisé le juge des référés, en cas d'« incompatibilité manifeste » de la disposition nationale avec le droit de l'Union, à contrôler la conventionnalité de la loi applicable. Par une décision CE 18 décembre 2015, Société routière Chambard, le Conseil d'État synthétise sa jurisprudence : « *eu égard à son office, et en l'absence de décision juridictionnelle ayant statué sur ce point, rendue soit par le juge administratif saisi au principal, soit par le juge compétent à titre préjudiciel, il n'appartient pas au juge des référés d'apprécier la conformité de dispositions législatives à des engagements internationaux, sauf lorsqu'est soulevée l'incompatibilité manifeste de telles dispositions avec les règles du droit de l'Union européenne. En revanche, il lui appartient d'apprécier, lorsqu'elles sont utilement portées devant lui, les contestations relatives à la conformité de dispositions réglementaires avec de tels engagements, notamment avec les règles du droit de l'Union européenne* ». La possibilité d'écartier une loi « manifestement incompatible » avec les engagements européens ou internationaux de la France a enfin été reconnue au juge des référés-liberté (mais pas au juge du référé-suspension, pour lequel la jurisprudence Carminati/Chambard continue de s'appliquer) par la décision n° 396848 du 31 mai 2016, Mme Gonzalez-Gomez, quelle que soit la norme internationale en cause (en l'espèce il s'agissait de la ConvEDH) : « *Eu égard à son office, qui consiste à assurer la sauvegarde des libertés fondamentales, il appartient au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, de prendre, en cas d'urgence, toutes les mesures qui sont de nature à remédier aux effets résultant d'une atteinte grave et manifestement illégale portée, par une autorité administrative, à une liberté fondamentale, y compris lorsque cette atteinte résulte de l'application de dispositions législatives qui sont manifestement incompatibles avec les engagements européens ou internationaux de la France, ou dont la mise en œuvre entraînerait des conséquences manifestement contraires aux exigences nées de ces engagements* ».

Dans son dernier état issu de la décision n° 393099 FRENCH DATA NETWORK du 21 avril 2021, le Conseil d'État juge que : « 4. Le respect du droit de l'Union constitue une obligation tant en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qu'en application de l'article 88-1 de la Constitution. Il emporte l'obligation de transposer les directives et d'adapter le droit interne aux règlements européens. En vertu des principes de primauté, d'unité et d'effectivité issus des traités, tels qu'ils ont été interprétés par la Cour de justice de l'Union européenne, le juge national, chargé d'appliquer les dispositions et principes généraux du droit de l'Union, a l'obligation d'en assurer le plein effet en laissant au besoin inappliquée toute disposition contraire, qu'elle résulte d'un engagement international de la France, d'une loi ou d'un acte administratif 5. Toutefois, tout en consacrant l'existence d'un ordre juridique de l'Union européenne intégré à l'ordre juridique interne, dans les conditions mentionnées au point précédent, l'article 88-1

confirme la place de la Constitution au sommet de ce dernier. Il appartient au juge administratif, s'il y a lieu, de retenir de l'interprétation que la Cour de justice de l'Union européenne a donnée des obligations résultant du droit de l'Union la lecture la plus conforme aux exigences constitutionnelles autres que celles qui découlent de l'article 88-1, dans la mesure où les énonciations des arrêts de la Cour le permettent. Dans le cas où l'application d'une directive ou d'un règlement européen, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne, aurait pour effet de priver de garanties effectives l'une de ces exigences constitutionnelles, qui ne bénéficierait pas, en droit de l'Union, d'une protection équivalente, le juge administratif, saisi d'un moyen en ce sens, doit l'écartier dans la stricte mesure où le respect de la Constitution l'exige ».

La protection de la souveraineté nationale passe aussi par le refus persistant de considérer que les traités internationaux, quelle que soit leur importance, ont une valeur supérieure à celle de la Constitution. Son article 54 dispose qu'en cas de conflit entre un traité et la norme suprême, celui-là ne peut être ratifié qu'après une modification de celle-ci. Le traité ne s'impose donc pas à la Constitution, qui demeure la norme suprême. Le Conseil constitutionnel, saisi en ce sens, apprécie la conformité du traité avec la Constitution. Le Conseil d'État a également affirmé la supériorité de la Constitution sur les traités par deux décisions Koné du 10 juillet 1996 et Sarran du 30 octobre 1998. La Cour de cassation aussi, par un arrêt Fraisse du 2 juin 2000. Le Conseil constitutionnel enfin, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois de transposition des directives, a jugé que ne peut entrer en vigueur une telle loi qui méconnaîtrait une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France (CC 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur), c'est-à-dire qui n'aurait pas d'équivalent au niveau européen (il en va ainsi de l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la force publique : CC 15 octobre 2021, Société Air France). Cette jurisprudence a été étendue à l'hypothèse où le Conseil constitutionnel est saisi sur le fondement de l'article 54 d'un accord conclu par l'Union européenne (CC 31 juillet 2017, Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne et ses États membres).

Dans le cadre de la réponse à un moyen tiré de la méconnaissance par un décret, qui se borne à reprendre, à l'identique, le contenu d'une directive du 13 octobre 2003, de principes à valeur constitutionnelle, le Conseil d'État transposé la jurisprudence du Conseil constitutionnel en droit administratif par sa décision n° 287110 du CE 8 février 2007, SOCIÉTÉ ARCELOR ATLANTIQUE ET LORRAINE qui oblige le juge à opérer une gymnastique extrêmement compliquée qui le conduit à comparer les garanties accordées par le droit de l'UE et les garanties effectives d'une exigence constitutionnelle : « Il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la

disposition ou du principe constitutionnel invoqué ; que, dans l'affirmative, il y a lieu pour le juge administratif, afin de s'assurer de la constitutionnalité du décret, de rechercher si la directive que ce décret transpose est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit communautaire ; qu'il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écartier le moyen invoqué, ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudiciable, dans les conditions prévues par l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne (devenu l'article 167 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) ; qu'en revanche, s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées ».

Dans l'affaire 393099 FRENCH DATA NETWORK du 21 avril 2021, il ne s'agissait pas d'examiner comme dans Arcelor la conformité à la Constitution d'un décret retranscrivant une directive européenne, mais d'examiner un moyen tiré de la contrariété d'un décret à une directive européenne et de répondre au moyen de défense présenté par le gouvernement tiré de ce que le décret contesté ne saurait être écarté au motif qu'il serait contraire au droit de l'Union européenne sans priver de garanties effectives les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions pénales et de lutte contre le terrorisme. Il s'agissait de dispositions réglementaires imposant aux opérateurs de communications électroniques, aux fournisseurs d'accès à internet et aux hébergeurs de contenus de conserver de façon généralisée et indifférenciée, pour une durée d'un an, les données de trafic et de localisation de l'ensemble de leurs utilisateurs ainsi que leurs données d'identité civile et certaines données relatives à leurs comptes et aux paiements qu'ils effectuent en ligne. Le gouvernement invoquait des principes constitutionnels qui justifiaient une éventuelle entorse au droit communautaire et soutenait que la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, la prévention des atteintes à l'ordre public, notamment celle des atteintes à la sécurité des personnes et des biens, la lutte contre le terrorisme, ainsi que la recherche des auteurs d'infractions pénales constituent des objectifs de valeur constitutionnelle, nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de même valeur, qui doivent être conciliés avec l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figurent la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée.

Dans ce cadre le Conseil d'État a jugé que : « lorsqu'il est saisi d'un recours contre un acte administratif relevant du champ d'application du droit de l'Union et qu'est invoqué devant lui le moyen tiré de ce que cet acte, ou les dispositions législatives qui en constituent la base légale ou pour l'application desquelles il a été pris, sont contraires à une directive ou un règlement européen, il appartient au juge administratif, après avoir saisi le cas échéant la Cour de justice d'une question préjudiciable portant sur l'interprétation ou la validité de la disposition

du droit de l'Union invoquée, d'écartier ce moyen ou d'annuler l'acte attaqué, selon le cas. Toutefois, s'il est saisi par le défendeur d'un moyen, assorti des précisions nécessaires pour en apprécier le bien-fondé, tiré de ce qu'une règle de droit national, alors même qu'elle est contraire à la disposition du droit de l'Union européenne invoquée dans le litige, ne saurait être écartée sans priver de garanties effectives une exigence constitutionnelle, il appartient au juge administratif de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit de l'Union européenne qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge de l'Union, garantit par son application l'effectivité de l'exigence constitutionnelle invoquée. Dans l'affirmative, il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse justifiant une question préjudiciable à la Cour de justice, d'écartier cette argumentation avant de faire droit au moyen du requérant, le cas échéant. Si, à l'inverse, une telle disposition ou un tel principe général du droit de l'Union n'existe pas ou que la portée qui lui est reconnue dans l'ordre juridique européen n'est pas équivalente à celle que la Constitution garantit, il revient au juge administratif d'examiner si, en écartant la règle de droit national au motif de sa contrariété avec le droit de l'Union européenne, il priverait de garanties effectives l'exigence constitutionnelle dont le défendeur se prévaut et, le cas échéant, d'écartier le moyen dont le requérant l'a saisi ».

Dans cette décision French Data Network, le Conseil d'État a jugé que la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infraction pénale et la lutte contre le terrorisme ne bénéficiaient pas, en droit de l'Union, d'une protection équivalente à celle que garantit la Constitution.

Dans l'affaire n° 437125 17 décembre 2021, M. Bouillon, le Conseil d'État a jugé que la Constitution garantit la nécessaire libre disposition de la force armée, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel par ses décisions n° 2014-432 QPC du 28 novembre 2014 et n° 2014-450 QPC du 27 février 2015. À la lumière des exigences constitutionnelles inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, au premier rang desquels figurent l'indépendance nationale et l'intégrité du territoire, qui en sont la finalité, cette libre disposition de la force armée implique que soit assurée la disponibilité, en tout temps et en tout lieu, des forces armées. Il a estimé qu'en dépit de la portée que la Cour de justice a ainsi conférée aux stipulations de l'article 4, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne en ce qui concerne l'application du droit de l'Union dans les forces armées et malgré les exclusions qu'elle en a déduites, les exigences constitutionnelles, qui s'appliquent à des domaines relevant exclusivement ou essentiellement de la compétence des États membres en vertu des traités constitutifs de l'Union, ne sauraient être regardées comme bénéficiant, en droit de l'Union, d'une protection équivalente à celle que garantit la Constitution et qu'il incombe d'abord au juge administratif, saisi de conclusions dirigées contre le rejet d'une demande tendant à la transposition d'une directive susceptible de limiter la disponibilité des forces armées, de vérifier si les militaires concernés ne sont pas exclus du champ de cette directive en raison de leurs activités. S'ils en

sont exclus, il rejette les conclusions dont il est saisi. Dans l'hypothèse inverse, il lui revient de vérifier si le droit national est compatible avec les objectifs de la directive. À supposer, enfin, qu'il constate l'incompatibilité du droit national avec ces objectifs et qu'il soit saisi d'un moyen en défense en ce sens, il lui appartient de s'assurer que l'application du droit de l'Union ne conduirait pas à ce que les limites fixées à la disponibilité des forces armées privent de garanties effectives l'exigence constitutionnelle de nécessaire libre disposition de la force armée, aux fins d'assurer la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, et, le cas échéant, d'écartier le moyen tiré de la méconnaissance du droit de l'Union dont le requérant l'a saisi. Mais le Conseil d'État a écarté les moyens de la requête au motif que la réglementation nationale n'était pas contraire à la directive sans avoir à examiner la question le contrariété de la directive avec les exigences constitutionnelles du principe de libre disposition de la force armée.

La protection dont bénéficie ainsi la souveraineté nationale souffre toutefois de limites. La première est liée, on l'a vu, à la conception couple des «*conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale*» adoptée par le Conseil constitutionnel. La deuxième résulte de l'absence de saisine obligatoire du Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, qui n'offre aux pouvoirs publics qu'une possibilité de saisine. Peuvent ainsi être ratifiés et produire leurs effets en droit interne des traités dont le Conseil constitutionnel ne se sera pas assuré de la conformité à la Constitution. Le Conseil constitutionnel refuse également d'exercer un contrôle de constitutionnalité des traités déjà ratifiés (CC 9 avril 1992, Maastricht I), contrairement à ce qu'il en est pour les lois.

Concernant plus spécifiquement le droit de l'Union, si chaque modification des traités fondateurs fait l'objet d'une transmission au Conseil constitutionnel, ce dernier n'exerce aucun contrôle sur la très importante production normative dérivée issue des institutions de l'Union et incarnée, principalement, par les règlements et les directives. Il considère en effet que le droit dérivé n'est que «*la conséquence d'engagements internationaux souscrits par la France*» (en l'occurrence le traité de Rome). La crainte est donc moins celle d'une contradiction entre traité et Constitution qu'entre celle-ci et une norme de droit dérivé, voire une jurisprudence de la CJUE.

Selon Kelsen, la constitution juridique internationale l'emporte sur les Constitutions des États, ces derniers devant seulement détenir une « sphère de compétence » déterminée qui doit remplacer le concept de souveraineté. Ainsi écrivait-il dès 1920 que « le concept de souveraineté doit être radicalement éliminé ». S'il n'a pas été suivi dans son analyse ni dans son vœu, sa critique de la souveraineté incarnée exclusivement au sein du modèle de L'État-nation connaît, avec la construction européenne, une destinée remarquable : cet effort conduit par un nombre croissant d'États est en effet caractérisé par des transferts toujours plus importants de « parcelles » de souveraineté au profit d'une organisation supranationale dépourvue de légitimité démocratique. Mais dans le même temps, les cours constitutionnelles rappellent à l'UE et à la CJUE