

LA RÉCEPTION DU DROIT EUROPÉEN PAR LE DROIT FRANÇAIS: INTÉGRATION ET RESPECT DE LA SOUVERAINETÉ NATIONALE

Jacqueline MORAND-DEVILLER*

ABSTRACT: *France at the origins of the European construction. French law subjected to European law, but guaranteed of national sovereignty.*

I. Submission to European law: European “legal order”

1. “Legal order” of the European Order

“A community legal order integrated into the domestic legal order and distinct from the international order”

A. Time resistance: a Jacobin State Council

Manifestations of resistance: screen law, pre-legal matters, transposition of directives. A more respectful position of the Court of Cassation. Boosting the Constitutional Council

B. Integration by recognizing the specificity of Community law

The principle of integration constitutional (2004). Harmonization between the supreme courts. Preventing the conflict. Independence in interpretation

2. Integration of the European Convention on Human Rights

A. Safeguarding fundamental rights

Adapting French law and jurisprudence. Examples: phone-tapping; stakeout ...

B. Fair trial

French specificity put into debate: the famous trial of Government’s Commissioner before the administrative courts; advisory and contentious double function. Subtle arrangements.

II. Respect of national sovereignty

1. Statement of the Constitutional Council

A. Bloom of the constitutional review: first only a priori, the apparition of the a posteriori control with the priority issue of constitutionality.

B. A conventional constitutional and administrative law

Area of the judges’ power on the constitutional control and constitutional control: anything, except for the control of law’s constitutionality.

2. The superiority of the Constitution on the treaties

The importance of the Constitution and priority in examining the issue of constitutionality.

A. Constitutional rules and Community rules: translation

Migration of a rule to another. Sending from one jurisdiction to another of the pre-trial matters.

B. Constitutionality preventive control of treaties

* Professeur émérite à l’Université Paris I Panthéon-Sorbonne, FRANCE. Docteur honoris causa de l’Université Tîrgu-Mureş.

*The main issue of constitutionality: which is the way the priority should be managed?
Conclusion: The complexity in the service of harmony*

MOTS-CLÉS: *la réception du droit européen, transposition des directives européennes, intégration et respect de la souveraineté nationale*

CODE JEL: *KI*

1. INTRODUCTION

L'Université de Tîrgu-Mureş, à laquelle des liens particuliers nous unissent, poursuit sa volonté d'ouverture vers le monde et la 6^{ème} Conférence internationale de droit et administration publics, organisée par le doyen Lucian Chiriac et le professeur Dragos Chilea, a pour objet une réflexion sur les relations des droits nationaux avec celui de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme. La belle cité de Tîrgu-Mureş, au cœur de l'Europe et à un carrefour de civilisations et de cultures est un lieu idéal pour ce débat particulièrement adapté à la situation de la Roumanie, jeune membre de l'Union européenne à l'écoute de l'expérience des plus anciens. La France, plus isolée à une extrémité de l'Europe, a vécu près de 60 ans de vie communautaire et retracer son histoire c'est présenter une lente évolution cherchant à concilier intégration imposée et respect des identités nationales. Le droit européen est en constante progression et les nouveaux venus peuvent profiter d'une harmonisation difficilement obtenue. La Roumanie fait confiance à l'Union européenne, et si un euroscepticisme se manifeste ici et là, cette Union a la vie dure car, au-delà du grand marché économique élargi au social, c'est une aspiration politique et humaniste qui l'anime afin de mettre fin aux guerres fratricides qui n'ont cessé d'ensanglanter son sol.

La France a joué un rôle important dans la création des *Communautés européennes*: les Français Jean Monnet et Robert Schumann sont considérés comme les « pères de l'Europe » et la France fait partie des 6 membres fondateurs lors du Traité de Rome du 25 mars 1957. L'aspiration à l'union européenne est ancienne. Le négociateur du Congrès de Vienne (1814-1815), Talleyrand, prévoyait déjà la naissance d'un « droit public de l'Europe » qui mettrait fin aux chambardements napoléoniens et, avec lyrisme, Victor Hugo proclamait : « *Nous aurons ces grands Etats-Unis d'Europe, qui couronneront le vieux monde comme les Etats-Unis d'Amérique couronnent le nouveau* » (Message envoyé en 1872 aux délégués du Congrès de la paix réuni à Lugano).

La France joua aussi un rôle important dans l'adoption de la *Convention européenne des droits de l'homme*, signée à Rome le 4 novembre 1950, dont le texte doit beaucoup à René Cassin, conseiller d'Etat, juge puis président de la Cour européenne des droits de l'homme, prix Nobel de la Paix en 1968. Par la suite, la France, au nom de son identité nationale, mettra longtemps à la ratifier en 1974 et n'admettra le recours individuel qu'en 1981.

Le thème de la conférence s'intéresse aux relations entre les droits nationaux et le droit européen, droit communautaire et droit né de la Convention européenne des droits de l'homme. Deux expressions ont été choisies : l'*harmonisation* et la *compatibilité* qui conviennent fort bien aux relations parfois délicates entre ces systèmes juridiques différents.

L'harmonisation conduit à faire « aller de concert » les droits nationaux avec le droit européen et les droits nationaux entre eux. Le droit communautaire, celui des règlements, conduit à une véritable intégration des normes européennes aux droits nationaux et l'harmonisation sera recherchée dans l'interprétation des règles et dans un rapprochement entre les droits des différents pays. Quant à la compatibilité, il s'agit d'un rapport souple entre les normes, distinct de celui de conformité, et qui évoque plutôt des relations *de soft law*, le respect d'objectifs et d'orientations, comme c'est le cas des directives.

La position de la France à l'égard du droit européen peut être décrite comme une *soumission nécessairement acceptée* à l'égard de l'ordre juridique européen (I) avec la volonté de conserver une certaine indépendance au nom d'une tradition, d'une identité, d'un principe, celui *de souveraineté nationale* (II).

2. LA SOUMISSION AU DROIT EUROPÉEN: L' « ORDRE JURIDIQUE » EUROPÉEN »

2.1 L'« ordre juridique » de L'Union européenne

Dès les arrêts « *Van Gend* » (1963) et « *Costa* » (1964), la CJCE affirme que la Communauté constitue « *un nouvel ordre juridique de droit international* » mais la France mettra du temps à l'admettre sans réserve et il faudra attendre les suites des Traités de Maastricht (1992) et de Lisbonne (2006) pour qu'elle se décide enfin à consacrer officiellement cet « *ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre international* ». L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat est à cet égard significative.

2.1.1 Le temps de la résistance : un Conseil d'Etat nationaliste

La Constitution de 1946 (art. 26) avait donné « force de loi » aux traités, ce qui conduisit le Conseil d'Etat à les incorporer dans les sources de la légalité. La Constitution de 1958 (art. 55) se prononce de manière encore plus expresse en disposant que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve de (leur) application par l'autre partie* ».

Le développement du *droit communautaire dérivé* est à l'origine de la *résistance du Conseil d'Etat* à la soumission absolue de la loi aux conventions internationales. Comment justifier qu'un règlement des fonctionnaires de Bruxelles l'emporte sur une loi? Même si l'article 55 de la Constitution est sans ambiguïté et même si la CJCE a proclamé très tôt que « le droit né des traités ne pouvait, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit [...] sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même (arrêt « *Da Costa* », 15 juillet 1964) et que « tout juge national [...] a l'obligation d'appliquer, intégralement le droit communautaire » (arrêt « *Simmenthal* », 9 mars 1978) », le Conseil d'Etat, au prix d'un raisonnement par trop subtil, trouvait le moyen de faire valoir la *suprématie de la loi*.

L'application de la suprématie des conventions internationales ne posait aucun problème lorsque la loi était *antérieure* au traité: le traité pour entrer en application doit être ratifié par une loi qui abroge les lois antérieures.

En revanche, lorsque sur une même question la loi était *postérieure*, la question était plus délicate et Conseil d'Etat estimait qu'il était de son devoir de garantir le respect de la loi par les actes administratifs même si elle était contraire à une convention internationale. La loi, expression de la souveraineté nationale, fait « *écran* », selon lui, entre l'acte

administratif et le traité. C'est la jurisprudence dite « des semoules » (CE, 1er mars 1968, « *Syndicat des fabricants de semoules de France* »).

Cette position « nationaliste » n'emportait pas la conviction et était en contradiction avec la position de la Cour de cassation (cf. Ch. mixte, 24 mai 1975, « *Sté des Cafés Jacques Vabre* »), du Conseil constitutionnel (cf. décision du 3 septembre 1986 et du 21 octobre 1988: CC « *Elections du Val d'Oise* »), de la CJCE et de nombreuses cours suprêmes européennes acceptant sans difficulté la primauté du droit conventionnel sur celle des lois.

La Haute Juridiction céda enfin et, de manière laconique mais sans ambiguïté, dans l'important arrêt « *Nicolo* » du 20 octobre 1989 elle accepte *de faire prévaloir un traité sur une loi même postérieure*. Il s'agissait d'apprécier la conformité des dispositions d'une loi de 1977 fixant les modalités de la désignation des représentants de la France au Parlement européen, laquelle loi fut estimée compatible avec les dispositions du Traité de Rome.

2.1.2 *Le temps de la soumission: le Conseil d'Etat garant de la transposition des directives européennes*

Après la reddition de l'arrêt « *Nicolo* », le CE se montre exemplaire pour contraindre le législateur et le gouvernement français au respect du droit communautaire.

Les *règlements communautaires* posent peu de problèmes. Ils s'intègrent à la légalité dès leur publication au JO des Communautés. Dans l'arrêt « *Boisdet* » du 24 septembre 1990, le Conseil d'État décide que les lois doivent être compatibles avec les règlements communautaires.

La question la plus délicate est celle de *la transposition des directives dans les délais*. Les directives, en principe, ne fixent que des objectifs laissant aux instances nationales, qui ont l'obligation de les transposer, la liberté de choisir les modalités les mieux appropriées pour atteindre les résultats fixés par Bruxelles, modalités qui peuvent différer d'un pays à l'autre. Mais une contrainte est imposée aux États, celle de transposer, par une loi ou un règlement, ces directives *dans un certain délai*.

La France a longtemps été *l'un des plus mauvais élèves de l'Union européenne* pour se soumettre à cette obligation. Alors qu'elle était un modèle d'exemplarité dans les années 1990, en 2007, 95 procédures d'infraction étaient ouvertes contre elle et elle avait été citée plus de 250 fois devant la CJCE.

Devant l'incapacité à régler « en bloc » le problème, le Parlement a autorisé, en décembre 2000, le gouvernement à opérer cette transposition par *ordonnances* (art. 38 Const.), ce qui a donné de bons résultats permettant à la France, souvent menacée de sanctions par Bruxelles, de rattraper son retard.

La jurisprudence s'est montrée d'une grande subtilité pour, d'une part, assurer l'autorité des directives européennes, d'autre part, leur conserver leur rôle d'orientation.

S'agissant des *actes réglementaires*, un arrêt important, prenant acte des circonstances nouvelles créées par une directive, décide que d'une part *l'administration doit abroger les règlements illégaux*, notamment ceux qui sont incompatibles avec les prescriptions d'une directive, d'autre part *qu'une fois les délais de transposition expirés, l'administration ne peut laisser subsister des dispositions incompatibles*: CE Ass., 3 février 1989, « *Compagnie Alitalia* ».

Un pas décisif sera franchi lorsque, dans l'arrêt du 28 février 1992: CE Ass., « *SA Rothmans International France* », le Conseil d'État donne aux directives communautaires la *primauté sur les lois elles-mêmes*, par une extension maximale de la jurisprudence «

Nicolo ». Et, dans un arrêt du même jour: CE Ass., 28 février 1992, « Soc. Arizona Tobacco et *Société Philipp Morris* », la Haute Juridiction admet que *la responsabilité de l'État puisse être engagée du fait de la violation du droit communautaire*.

Cette jurisprudence s'inscrit dans la logique de la jurisprudence communautaire. L'arrêt CEDH, 19 novembre 1991, « *Francoovich* », fait obligation aux États de réparer les dommages causés par leurs manquements au droit communautaire et l'arrêt CJCE, 5 mars 1996, « *Brasserie du pêcheur* » précise que cette solution s'applique aux violations commises par le législateur lui-même, violations « suffisamment caractérisées. Et la *responsabilité sans faute* de l'État pourra ainsi être engagée du fait de l'inconventionnalité (non-respect de l'article 6 § 1 CEDH) d'une loi.: CE, Ass., 8 février 2007, « *Gardedieu* ».

S'agissant *des actes individuels*, revenant sur sa jurisprudence selon laquelle les directives ne sauraient être invoquées par un requérant pour obtenir l'annulation d'une décision le concernant: CE Ass., 22 décembre 1978, « *Cohn-Bendit*, le Conseil d'Etat, après bien des contorsions du raisonnement, autorise tout justiciable à faire valoir, par voie d'action ou d'exception, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel, les dispositions d'une directive non transposée. Une double condition est requise: que les délais de transposition soient expirés et que les dispositions invoquées soient précises et inconditionnelles: CE 30 octobre 2009, « *Perreux* »

On observera que le Parlement français est saisi par le gouvernement de tous les projets et propositions d'actes de l'UE et peut voter des résolutions. (V. art. 88-4 et suiv. issus de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008). Une commission chargée des affaires européennes est instituée au sein de chaque assemblée parlementaire. Par ailleurs, le Conseil d'Etat, dans son rôle consultatif, est informé de tous les actes communautaires dont il tiendra compte dans ses avis.

2.1.3 La spécificité du droit communautaire et son contrôle

Le contrôle par le juge du respect du droit communautaire pourrait se résumer ainsi:

- *Le Conseil constitutionnel*: contrôle la constitutionnalité des lois mais pas celle des conventions internationales. Cette mise à l'écart est due à un choix du Conseil constitutionnel qui, alors que son rôle restait encore modeste avait estimé que sa fonction se limitait au contrôle de constitutionnalité sans s'étendre au contrôle de conventionnalité: CC 15 janvier 1975, « *Interruption volontaire de grossesse (IVG)* », confirmé par CC 12 mai 2010, « *Jeux en ligne* » Une évolution est perceptible en ce qui concerne le seul droit communautaire.

- *Le juge administratif et le juge judiciaire*: contrôlent la conventionnalité de tous les textes, y compris les lois; ils contrôlent la constitutionnalité de tous les actes administratifs, mais ne contrôlent ni la constitutionnalité des lois, ni la constitutionnalité des conventions internationales. La formule revient souvent dans la jurisprudence « *Il incombe au juge national, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union, d'en assurer l'effectivité par tous les moyens dont il dispose* » CE 30 octobre 2009, « *Perreux* » précité. Le contrôle de conventionnalité de la loi par le Conseil d'État s'exerce aussi au regard de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) CE Ass., 30 novembre 2001, « *Ministre de la Défense c/Diop* ». La mission de veiller au respect par le législateur des normes internationales revient donc au juge administratif et judiciaire. Ils ne peuvent contrôler la conformité de la loi à la Constitution; mais il doivent contrôler la conformité de la loi aux conventions internationales afin d'en tirer les conséquences quant à la légalité de l'acte administratif.

La spécificité de l'ordre juridique européen Suite à la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, préalable à la ratification du traité de Maastricht, un titre particulier a été consacré à l'Europe dans la Constitution: le titre XV, intitulé « De l'Europe » qui contient 7 articles. Le droit de l'Union occupe donc une place à part à la charnière du droit international et national, du fait de sa forte intégration au droit national.

Dans sa décision du 9 avril 1992 relative au traité de Maastricht, précédée d'une décision du 10 juin 2004, le Conseil constitutionnel prend acte de l'incorporation du droit communautaire au bloc de constitutionnalité (art. 88-1 Constitution) et, de manière enfin claire et explicite confirme dans sa décision du 9 août 2012 que « le constituant a consacré l'existence d'un ordre juridique de l'Union européenne intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international ».

Le Conseil d'Etat fait de même et distingue lui aussi, le droit intégré de l'Union de l'ensemble du droit international: ici une intégration, là une conciliation consensuelle.

L'intégration constitutionnalisée du droit communautaire permet au Conseil constitutionnel d'assouplir l'interdiction qu'il s'était donné à lui-même de s'abstenir de contrôler la conventionalité de la loi. S'agissant du droit communautaire, il peut y avoir glissement d'un contrôle de constitutionnalité de vers un contrôle de conventionalité: ainsi lorsque le CC s'assure que la transposition par une loi ne contient aucune disposition « manifestement incompatible avec la directive ».

Dans deux décisions importantes, le Conseil d'Etat, résume les conséquences de la suprématie du droit communautaire et l'obligation pour les juridictions nationales d'en assurer le plein effet le plus efficacement possible. Il est précisé, d'une part que le juge national n'a pas à prendre une position particulière et qu'il peut s'en remettre à la position du juge communautaire dans la mesure où les droits fondamentaux invoqués sont effectivement protégés par le droit de l'Union: CE 8 février 2007, « Société Arcelor » (inspiré de la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe, « So Lange » du 29 mai 1974).

D'autre part, chaque ordre de juridiction dispose d'une plénitude de juridiction pour apprécier la conformité d'un acte au droit de l'Union sans avoir à renvoyer à l'autre ordre de juridiction: Tribunal des conflits, 17 octobre 2011 « Préfet de Bretagne c/ SCEA du Chêneau ». Confiance est faite à la capacité de chaque juge de se prononcer sur le respect du droit communautaire. Il s'agit de limiter les renvois préjudiciels d'une juridiction à l'autre, ce qui laisse évidemment ouvert le renvoi préjudiciel à la CJUE.

2. LE RESPECT DE LA SOUVERAINETÉ NATIONALE

2.1 La supériorité de la Constitution sur les traités

Le principe est posé en France de la *supériorité de la Constitution* dans l'ordre juridique interne, supériorité qui s'étend même aux traités lesquels sont supérieurs aux lois mais à l'exception de la loi constitutionnelle. Ce principe est consacré par le Conseil d'Etat: CE Ass. 30 octobre 1998, « Sarran » la Cour de cassation: C. cass Ass. plénière, 2 juin 2000, « Fraisse » et le Conseil constitutionnel qui place la Constitution française « au sommet de l'ordre juridique interne »: CC 19 novembre 2004. On a pu parler d'une théorie de la « Constitution-écran ». Cette supériorité est réservée à « l'ordre interne » et ne joue pas dans l'ordre international, le Conseil d'Etat ayant opté ici pour une conception dualiste de séparation des deux ordres.

L'un des arguments donnés à cette supériorité est que l'article 54 de la Constitution

permet de demander au Conseil constitutionnel de vérifier la conformité des traités à la Constitution avant leur ratification ou leur approbation. Si le CC constate que l'engagement qui lui est déféré comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de le ratifier ou l'approuver n'interviendra *qu'après révision* de la Constitution. Cette disposition, très opportune, permet d'éviter les conflits de norme car, une fois révisée, la Constitution demeure supérieure au traité. Par ailleurs, il n'y a pas d'obligation à cette révision et le Conseil peut ainsi paralyser l'application d'un traité et faire valoir la suprématie constitutionnelle.

Cette affirmation du principe selon lequel: un traité ne doit pas porter atteinte « aux conditions d'exercice de la souveraineté nationale » : CC, décision du 22 mai 1985 n'a jamais été remise en cause.

Dans le but de permettre l'adoption ou la mise en œuvre de traités, la Constitution a été *révisée sept fois de 1992 à 2008* au titre de l'article 54. Cinq révisions étaient relatives aux traités européens, elles ont permis la ratification du traité de Maastricht (1992), la pleine application de l'accord de Schengen (1993), la ratification du traité d'Amsterdam (1999) écarté ensuite par le référendum négatif du 29 mai 2005, la ratification du traité de Lisbonne (2008) dont les règles seront modifiées par la révision du 23 juillet 2008. L'adoption du traité instituant la Cour pénale internationale a exigé une révision en 1999.

A défaut de révision, le traité ne peut être adopté, un exemple peut être donné de cette situation avec la Charte européenne des langues régionales et minoritaires, adopté dans le cadre du Conseil de l'Europe qui, ayant été déclarée contraire à la Constitution: CC 15 juin 1999 ne put être adoptée le processus de révision n'ayant pas été engagé.

2.2 La liberté dans l'interprétation des accords communautaires

Le juge administratif est compétent pour interpréter l'ensemble des sources internes de la légalité. À l'égard des conventions internationales, lorsque se posait une difficulté sur leur sens ou leur portée, il renvoyait soit au ministre des Affaires étrangères pour les accords internationaux, soit à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) de Luxembourg pour les accords communautaires.

Le renvoi préjudiciel à la Cour n'est prévu qu'en cas d'obscurité manifeste. Si l'acte est « *clair* », le renvoi n'est pas nécessaire. L'évolution de l'attitude du CE quant au renvoi est intéressante à rappeler. Dans les premiers temps, il adopta une attitude de « *nationalisme contentieux* » se refusant à demander l'interprétation d'une disposition du droit communautaire en prétendant que les dispositions en cause ne présentaient pas de difficultés d'interprétation: CE, 19 juin 1964, « *Société des Pétroles Shell-Berre* ». Depuis, la Haute Juridiction saisit plus volontiers la CJUE de questions préjudicielles et le rythme des renvois est comparable à celui des autres cours européennes. Cette attitude est une manifestation de l'efficacité du « *dialogue des juges* » et de l'intérêt de se retourner vers une tierce autorité dans des contentieux délicats: ainsi des renvois sur la question de la commercialisation du maïs transgénique, de la rémunération des comptes bancaires, de la portée du principe d'égalité, de la réglementation des jeux de hasard.

À l'égard du renvoi pour interprétation au ministre des Affaires étrangères, un changement d'attitude important est intervenu. Mettant fin à un archaïsme qui n'avait pas d'équivalent dans les systèmes étrangers comparables, le Conseil d'État *reconnaît sa compétence pour interpréter des accords internationaux sans renvoyer au ministre des Affaires étrangères* estimant que, eu égard à la place croissante des conventions

internationales dans le contentieux administratif, des renvois systématiques empêcheraient le juge d'exercer pleinement son contrôle: CE, 29 juin 1990, « *Gisti* ». Rien n'interdit évidemment au Conseil d'État et à la Cour de cassation, qui a adopté la même attitude, de solliciter librement l'interprétation du Quai d'Orsay, ce qu'ils font de temps à autre, sans être liés par cet avis. Cette prise de position anticipait sur une éventuelle condamnation de la France par la CEDH qui constatera que l'intervention du ministre porte atteinte à l'indépendance du juge et à sa plénitude de juridiction: CEDH, 24 novembre 1994, « *Beaumartin c/France* ».

Le Conseil d'État se reconnaît le pouvoir d'apprécier la *régularité de la procédure de ratification ou d'approbation des traités* (art. 53 Constitution): CE Ass., 18 décembre 1998, « *SARL Parc d'activités de Blotzheim* ». Mais s'agissant de la condition de réciprocité par le pays étranger signataire, il estimait que seul le ministre des Affaires étrangères était compétent pour apprécier si cette condition était remplie: CE Ass., 9 avril 1999, « *Chevrol-Benkeddach* ». Dans cette même affaire, la CEDH, dans un arrêt du 13 février 2003, « *Chevrol* » (long contentieux portant sur l'équivalence d'un diplôme de doctorat en médecine délivré en Algérie) a condamné la France en estimant que le renvoi préjudiciel au ministre et le fait que le juge se sente lié par l'avis privent le requérant d'un procès équitable et d'un débat contradictoire. Le revirement attendu de jurisprudence est intervenu CE Ass., 9 juillet 2010, « *Cheriet- Benseghir* » qui décide qu' *il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier lui-même, après avoir recueilli les observations du ministre des Affaires étrangères, si la condition de réciprocité est remplie.*

De cette évolution de la jurisprudence il ressort qu'un bon équilibre a été trouvé entre la volonté du juge français de se rapprocher des juges européens tout en gardant sa liberté. Il renverra au juge européen à titre préjudiciel lorsqu'il l'estime utile mais restera libre de son interprétation et, par ailleurs, il assumera seul l'interprétation des conditions de mise en œuvre des traités sans se sentir lié par l'avis trop politique du ministre des Affaires étrangères.

2.3 Normes constitutionnelles et normes communautaires : la translation

Le droit français est peu à peu parvenu à établir une certaine harmonie entre des situations délicates nées des conflits entre l'obligation constitutionnelle de faire prévaloir le droit européen, le refus du Conseil constitutionnel de contrôler la conventionnalité des lois, l'interdiction pour les juges administratifs et judiciaires de contrôler la constitutionnalité des lois et l'introduction, en 2005, dans notre droit de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC).

Translation Comme il a été dit, « *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 du droit communautaire qui, eu égard à sa nature ou à sa portée [...] garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué* »: CE Ass., 8 février 2007, « *Arcelor* ».

Deux lignes directrices sont tracées: celle de la possibilité offerte au juge de faire une translation du droit constitutionnel vers le droit communautaire lorsqu'il y a équivalence des protections. Et deux hypothèses sont distinguées: celle où la translation est impossible car il n'y a pas de protection communautaire équivalente: dans ce cas le juge réglera le

litige au regard du droit constitutionnel et celle où la translation est possible car le droit communautaire assure une protection équivalente à celle du droit constitutionnel.

Dans le cas où le droit communautaire assure une protection équivalente à celle du droit constitutionnel, le juge opérera une « *translation* » d'un contrôle de constitutionnalité vers un contrôle de conventionnalité, opération qui a pour effet que le contrôle de constitutionnalité du décret (qui est en quelque sorte un décret-miroir puisqu'il se contente de reprendre les termes de la directive) devient, en partie, un contrôle de conventionnalité.

Incidences de la question prioritaire de constitutionnalité Longtemps limité à un contrôle *a priori* de la loi, juste après son adoption par le parlement, la France a admis en 2005 un contrôle *a posteriori* selon une procédure de saisine et filtrage réservées aux juridictions (la saisine directe par les citoyens n'est pas admise). Cette question prioritaire de constitutionnalité (QPC) qui connaît un grand succès impose au Conseil constitutionnel de traiter en priorité la conformité de la loi à la Constitution.

La priorité donnée par la QPC à l'examen de la constitutionnalité par rapport à celui de la conventionnalité pouvait causer des problèmes qui ont été peu à peu simplifiés sinon résolus. À la suite d'une attitude controversée de la Cour de cassation qui avait saisi à titre préjudiciel la CJUE sans se tourner d'abord vers le Conseil constitutionnel (C. cass., 16 avril 2010), l'ensemble des juridictions suprêmes se mobilisa en un temps record pour chercher à dégager des principes propres à apaiser les tensions.

Le Conseil constitutionnel intervint le premier en reconnaissant, dans une décision du 12 mai 2010, que « le juge saisi d'un litige dans lequel est invoquée l'incompatibilité d'une loi avec le droit de l'Union européenne doit faire, à tout moment, ce qui est nécessaire pour empêcher que des dispositions législatives qui feraient obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union soient appliquées ». Cette position sera reprise, peu après, par la CJUE en un arrêt de Grande chambre très attendu: CJUE, 22 juin 2010, « *Melki* ». Il prend acte de la priorité dans la procédure française de QSPC de l'examen de la constitutionnalité (« procédure incidente ») mais rappelle fermement la primauté du droit communautaire et le devoir des juges nationaux d'assurer la protection des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union. Le CE (v. notamment CE, 14 mai 2010, « *Rujovic* » et CE, 8 octobre 2010, « *Daoudi* »), suit le même raisonnement qu'il avait déjà esquissé dans l'arrêt « *Arcelor* ».

Priorité procédurale, l'examen de la constitutionnalité ne saurait paralyser ou retarder celui de la conventionnalité, le respect de l'article 88-1 Const. est à ce prix. Et s'il y a un doute sur l'interprétation à donner à un acte de l'Union, le renvoi à la CJUE s'impose. *Le temps des amours propres nationaux, arc-boutés sur de prétendus actes clairs, est passé.* La Cour de cassation et le Conseil d'État, s'ils cherchent, pour répondre aux exigences du procès équitable, à limiter les renvois préjudiciels dans l'ordre interne (cf. infra), sont de plus en plus familiers du renvoi préjudiciel à la CJUE.

Cette assistance précieuse est même recherchée par le CC qui, pour la première fois: « QPC du 4 avril 2013 » pose une question *préjudicielle à la CJUE* (il s'agissait du mandat d'arrêt européen lequel est évoqué à l'art. 88-2 de la Constitution). Une telle « première » mérite d'être signalée mais elle ne devrait intervenir que rarement dans les seules hypothèses des exceptions à la jurisprudence « IVG ».

3. L'INTÉGRATION DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

3.1 Les rapprochements entre la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'Union européenne : le droit public européen

Conçus à l'origine de manière séparée, les deux systèmes de droit *européen n'ont cessé de se rapprocher* ce qui s'observe dans la jurisprudence des deux juridictions suprêmes. Sans doute les deux Cours sont-elles différentes dans leur saisine et leur mode de fonctionnement. La CJUE ne peut être saisie que par les États, les institutions et, par voie préjudicielle, les juridictions (soit moins de 1 000 affaires par an) alors que la CEDH, par la voie du recours individuel, est ouverte à l'ensemble des habitants des 47 États (soit plus de 60 000 requêtes ces dernières années). La procédure devant la CJUE s'inspire de celle suivie devant le juge français, celle suivie devant la CEDH puise plutôt aux méthodes anglo-saxonnes (opinions divergentes, indication de la majorité recueillie).

Mais les jurisprudences des deux cours suprêmes n'ont cessé de se rapprocher et avant que le traité de Maastricht le confirme, la CJUE avait cherché à incorporer les droits fondamentaux garantis par la Convention.

L'adhésion de l'Union aux principes de la CEDH fait l'objet de déclarations solennelle: « *L'Union respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...] et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire.* » (Traité de Maastricht).

« *L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme... Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention EDH et tels qu'ils résultent des traditions communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux.* » (Traité de Lisbonne)

On assiste donc à l'émergence d'un « *droit public européen* » formé de *trois cercles*: celui du droit public de l'Union européenne, celui du droit de la Convention européenne des droits de l'homme et celui d'une synthèse des différents droits nationaux, qui ouvre le chemin d'un droit public européen », « la qualité et l'unité du droit public européen dépendant directement de la capacité des juges à mener ensemble ce travail partagé ».

3.2 Le respect de l'identité nationale: les frictions

Malgré des liens privilégiés (cf. René Cassin, vice-président du Conseil d'État entre 1944 et 1960 fut l'un des inspirateurs de la Convention et il présida la Cour à partir de 1965, présidence assurée jusqu'en 2011 par un autre Français, Jean-Paul Costa), les rapports entre les juridictions nationales suprêmes, tout spécialement le Conseil d'État et la Cour de Strasbourg sont parfois délicats.

Les mises en cause quant au respect des droits fondamentaux et du procès équitable

La France a longtemps battu le record des citations devant la Cour occupant le second rang derrière l'Italie. Elle a régressé ces dernières années avec une moyenne de 3 000 requêtes enregistrées chaque année dont 200 environ sont transmises à la Cour qui *a condamné la France 500 fois* depuis l'arrêt « *Bozano* » en 1986. Ces mises au point ont fait évoluer tant la législation (cf. loi sur les interceptions de sécurité en 1991, suite à l'arrêt « *Kruslin* »), que la jurisprudence nationale (cf. la Cour de cassation, en 1992, a

opéré un revirement en autorisant le changement d'état civil des transsexuels, suite à l'arrêt « *Lyne* »).

Les arrêts de la CEDH ont force obligatoire, l'État ayant l'obligation de se conformer à la décision de la Cour dans le litige en cause mais ce monisme est affaibli par le caractère seulement déclaratoire des arrêts qui laisse une assez grande liberté aux États pour choisir les meilleurs moyens pour parvenir à une conciliation. Tout en faisant application des dispositions de la Convention EDH: CE Ass., 21 décembre 1990, « *Conf. nationale des associations familiales catholiques* », la Haute Juridiction s'arroge un *large pouvoir d'interprétation* afin d'éviter une rupture brutale avec le droit national traditionnel: CE, 30 novembre 2001, « *Min. Défense c/Diop* ».

Il se rangera, avec plus ou moins de célérité, à l'interprétation de la Cour: cf., s'agissant du contrôle de la presse étrangère, CEDH, 17 juillet 2001, « *Ass. Ekin c/France* » ou adoptera une position nuancée maintenant des traditions nationales: cf., s'agissant des sanctions administratives prononcées par les autorités administratives indépendantes: CE Ass., 3 décembre 1999, « *Didier* ».

La question du respect du « délai raisonnable » ne posera pas de problèmes. Les condamnations par la Cour des longueurs excessives dans la prise de décision par l'administration ont incité, sans problème, le Conseil d'Etat à se montrer plus ferme à cet égard. Il en est de même quant à l'exigence faite aux juges nationaux de *ne pas dépasser un délai raisonnable* pour rendre leurs jugements, condamnation d'un tribunal administratif pour longueur excessive d'un contentieux sans difficulté particulière: CE, 28 juin 2002, « *Magiera* ».

L'agacement du Conseil d'Etat On comprend aisément que le Conseil d'Etat français ait marqué quelque irritation lorsque la Cour de Strasbourg s'est mêlée de lui donner des leçons quant à sa propre organisation, fruit d'une longue tradition et généralement estimée comme garante de son indépendance et de sa spécificité. Deux questions ont été l'objet d'une longue controverse. La première concernait *le commissaire du gouvernement* l'« *une des plus illustres spécificités de notre contentieux administratif* » (René Chapus), membre du Conseil d'Etat qui, s'exprimant en toute indépendance, fait le point du droit et propose aux membres de la juridiction *ses conclusions*, précieux outil de travail pour les juristes. Certains usages: non-communication de ses conclusions aux parties, dernier mot donné au commissaire avant la mise en délibéré et présence (« muette » au délibéré, étaient mis en cause devant la CEDH pour *non respect du « procès équitable* » Un long contentieux opposa le Conseil d'Etat à la Cour de Strasbourg: CE, 29 juillet 1998, « *Esclatine* » CEDH, 7 juin 2001, « *Kress* » et CEDH, 12 avril 2006, « *Martinie* », auquel des décrets de 2006 et 2009 ont mis fin par d'habiles compromis. Le commissaire du gouvernement (expression équivoque) est rebaptisé *rapporteur public*. Désormais, les parties pourront connaître, avant l'audience, le sens des conclusions qui seront présentées et elles pourront présenter de brèves observations orales après le prononcé des conclusions. La CEDH a estimé que ces réformes répondaient aux exigences européennes.

Plus préoccupante était la question du *cumul des fonctions consultatives et contentieuses* qui ont été l'objet de la mise en cause par la CEDH du Conseil d'Etat du Luxembourg: CEDH 28 septembre 1995, « *Procola* » à la suite duquel le Luxembourg limita le rôle de son Conseil d'Etat à la fonction consultative, le contentieux étant confié à une Cour administrative distincte. S'agissant du Conseil d'Etat français, des réformes sont intervenues en 2008 et 2011 prévoyant que *les membres ayant pris part à la délibération*

sur les avis ne peuvent participer au jugement des recours contre les actes pris après ces avis. Compte tenu de ces précautions, la CEDH a estimé que la dualité de fonctions du Conseil d'Etat français s'exerçait conformément aux exigences du procès équitable: CEDH 30 juin 2009, « UFC Que choisir ? » .

4. CONCLUSION

La connaissance et la maîtrise du droit sont devenus de plus en plus difficiles pour les juristes européens depuis qu'au droit national déjà fort complexe s'est ajouté un droit communautaire fortement intégré, et les autres droits nationaux dont l'influence ne peut manquer de se faire sentir. La situation de la France est plus complexe que celle d'autres pays voisins dans la mesure où elle reste fidèle à la dualité entre droit public et droit privé et où elle connaît depuis peu un essor considérable des sources constitutionnelles. « *Pas de gouvernement des juges, pas de guerre des juges mais un dialogue des juges* » a-t-on dit. En fait, il s'agit moins d'un dialogue que d'un « *choeur à plusieurs voix* » avec cinq *juridictions suprêmes* : Conseil d'Etat, Cour de cassation, Conseil constitutionnel, Cour de justice de l'Union européenne, Cour européenne des droits de l'homme dont il faut accorder les jurisprudences.

Ce bref exposé montre les difficultés de l'entreprise d'harmonisation et les risques d'une complexité qui pourrait faire douter du respect du principe constitutionnel de « *l'intelligibilité* » du droit, et de son *accessibilité* pour le citoyen. Comment faire autrement sauf à simplifier, épurer, tâche pour l'instant impossible.

Cette surenchère inflationniste des normes et des jurisprudences n'a pas que de mauvais côtés. La poussée du droit européen a été et est encore pour la France *une bienfaisante impulsion pour la mise en œuvre accélérée de réformes nécessaires*. Les autres traditions et langages du droit, empruntés aux pays voisins, ont contribué à une *fertilisation* efficace du droit français, sans précipitation et dans le respect des singularités nationales, comme par exemple l'admission du principe de sécurité juridique sans aller jusqu'à retenir celui de confiance légitime. Réciproquement le droit français aide à la fertilisation des autres droits.

Jamais sans doute dans la longue progression du droit, les mutations n'auront été aussi rapides et profondes et c'est à l'impulsion européenne qu'elles les doivent. La Roumanie est entrée dans ce « *choeur à plusieurs voix* » où les partitions sont déjà mises en harmonie. Elle fait partie de cette communauté des juristes, enrichissement et solidarité qui attestent que si l'Europe politique reste encore à faire, *l'Europe du droit est devenue réalité*.

RÉFÉRENCES

- MORAND-DEVILLER, J., *Droit de l'urbanisme*, 9^e édition, Dalloz – Mémentos, 2014
 MORAND-DEVILLER, J., *Droit administratif des biens*, 8^e édition, L.G.D.J, 2014
 MORAND-DEVILLER, J., *Droit administratif*, 13^e édition, L.G.D.J, 2013
 MORAND-DEVILLER, J., *La commune l'urbanisme et le droit*, L.G.D.J, 2010
 MORAND-DEVILLER, J., *Les idées politiques de Louis Ferdinand Céline*, Archipel, 2010
 MORAND-DEVILLER, J., *L'environnement et le droit*, L.G.D.J, 2010

MORAND-DEVILLER, J., *Droit de l'environnement*, Presses Universitaires France, 2009

MORAND-DEVILLER, J., *Cours de droit administratif: Cours, thèmes de réflexion, commentaires d'arrêt avec corrigés*, L.G.D.J, 2000

MATERNE T., *La procédure en manquement d'état. Guide à la lumière de la jurisprudence de la cour de justice de l'Union européenne*, 2012

