



HAL
open science

“ Le Conseil constitutionnel, infidèle aux traditions républicaines, n’entend plus se conformer aux règles du droit public international ”. Libres propos à l’occasion de la décision du 2 octobre 2020, M. Geoffrey F. et autre [Conditions d’incarcération des détenus]

Xavier Magnon

► **To cite this version:**

Xavier Magnon. “ Le Conseil constitutionnel, infidèle aux traditions républicaines, n’entend plus se conformer aux règles du droit public international ”. Libres propos à l’occasion de la décision du 2 octobre 2020, M. Geoffrey F. et autre [Conditions d’incarcération des détenus]. *Revue française de droit constitutionnel*, 2021, n° 127, pp. 175-191. hal-03790493

HAL Id: hal-03790493

<https://amu.hal.science/hal-03790493v1>

Submitted on 28 Sep 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Le Conseil constitutionnel, infidèle aux traditions républicaines, n'entend plus se conformer aux règles du droit public international ».

Libres propos à l'occasion de la décision du 2 octobre 2020, *M. Geoffrey F. et autre* [Conditions d'incarcération des détenus]

Xavier MAGNON

Professeur de droit public

Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour,

CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

L'interprétation conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et, plus largement, l'interprétation de la loi « qu'impose sa conformité aux engagements internationaux de la France », ne sauve pas une disposition législative de son irrégularité constitutionnelle éventuelle, mais elle peut faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Telles sont les deux propositions à déduire de la décision commentée sous l'angle des rapports de systèmes. Si la première n'appelle pas de commentaire sévère, il en est autrement de la seconde qui apparaît comme la dernière manifestation d'une jurisprudence constitutionnelle de plus en plus restrictive sous l'angle de l'ouverture au droit européen et, plus largement, au droit international public. Le Conseil constitutionnel accepte en effet, sur le principe, de remettre en cause, sous l'angle de la régularité constitutionnelle, « l'interprétation » d'une disposition législative « qu'impose sa conformité aux engagements internationaux de la France » (§ 9)¹. Il admet ainsi un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* d'une interprétation de loi tirant les conséquences nécessaires d'un engagement international² ce qui conduit, indirectement mais nécessairement, à la remise en cause de celui-ci. Cette possibilité, large, de remise en cause d'engagements internationaux est toutefois « compensée » par des modalités relativement strictes de mise en œuvre : il doit exister une interprétation conforme de la loi à ces engagements par le juge de droit commun. Dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), les obligations supranationales ne sont susceptibles d'être remises en cause que si elles ont été mobilisées par le juge *a quo* à l'appui d'une interprétation conforme de la loi à ces exigences. Ce n'est donc pas tant la loi qui marque le lien instrumental à travers lequel l'engagement international sera contesté, mais l'interprétation qui en est faite à l'aune de cet engagement. Sous l'angle du contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux, il convient de mettre en évidence quelques éléments, d'ordre généalogiques, sur

¹ La question de l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme n'est donc pas véritablement posée, même si, en l'espèce, l'interprétation en question était une recommandation de la Cour (CEDE, 30 janvier 2020, *J.M.B. et autres c. France*, n° 9671/15, § 316). Pour le dire autrement, les éléments interprétatifs pris en compte par la Cour de cassation dans sa jurisprudence ne s'imposaient pas à elle en vertu de l'article 46 de la Convention européenne. Pour autant, le Conseil constitutionnel évoque une interprétation de loi « imposée » par un engagement international.

² Voir, plus largement, sur la question du contrôle de constitutionnalité en France des engagements internationaux, voir nos obs. sous l'article 54 de la Constitution in *Code Constitutionnel*, sous la direction de T.S Renoux, M. de Villiers et X. Magnon, LexisNexis, 10^{ème} édition, 2021, pp. 1202 et s.

L'évolution de la jurisprudence constitutionnelle, la transposabilité de la jurisprudence « DC » à la QPC étant supposée, sous réserve des spécificités procédurales de cette dernière.

Le texte de la Constitution du 4 octobre 1958 règle de manière simple la question du contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux. En vertu de l'article 54 de la Constitution, il existe un contrôle *a priori* de constitutionnalité des engagements internationaux nécessitant une autorisation de ratification, sur saisine restreinte, qui intervient, précisément, avant cette autorisation de ratification. Une fois ce contrôle enclenché, en cas de déclaration d'inconstitutionnalité, l'autorisation de ratifier devra être précédée d'une révision constitutionnelle. Tel est le seul contrôle de constitutionnalité des traités prévu par la Constitution. Il ne peut être exercé qu'*avant* que la France ne s'engage sur le respect d'un traité par la ratification et, en cas d'incompatibilité, il faudra modifier la Constitution pour que la France puisse valablement s'engager. S'il existe une volonté politique de ratifier un traité jugé contraire à la Constitution, celle-ci est adaptée aux contraintes de l'engagement par une révision constitutionnelle. Après une révision constitutionnelle ou à défaut de saisine du Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, aucune autre procédure de contrôle n'est prévue par la Constitution. Une fois l'engagement international ratifié et, le cas échéant, entré en vigueur, le rapport entre celui-ci et le droit interne est régi par l'article 55 de la Constitution qui pose le principe de primauté des engagements et des accords internationaux sur les lois.

Cette construction favorable aux engagements internationaux est renforcée par les alinéas 14 et 15 du Préambule de la Constitution de 1946, qui constituent des clauses d'ouverture au droit international public en général et aux engagements internationaux nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix, et, pour le droit de l'Union européenne, de manière plus récente, par l'article 88-1 de la Constitution, constitutionnalisant la participation spécifique de la France à l'Union européenne³ ou, pour le dire autrement, assurant une réception constitutionnelle des engagements européens de la France⁴.

Les choses sont simples. Le contrôle de constitutionnalité des traités est exercé *avant* l'autorisation de la ratification, une fois en vigueur, le traité prime sur les lois et il ne peut plus faire l'objet de contrôle de constitutionnalité. Cette architecture ne dit rien sur les rapports existants entre la Constitution et les engagements internationaux, mais elle régit les modalités d'entrée en vigueur des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne.

Ce schéma a été perturbé, de manière accidentelle, pour combler l'oubli du pouvoir de révision constitutionnelle, en 1974, d'étendre la saisine législative du Conseil constitutionnel à 60 députés

³ Pour le Conseil constitutionnel, avec cette disposition constitutionnelle, le pouvoir de révision constitutionnelle « a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique de l'Union européenne intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international » (CC, n° 2017-749 DC, 31 juillet 2017, *AECG*, § 9)

⁴ Voir sur cette question : « Peut-il exister une pluralité de fondements à la primauté ? Ajouter au fondement européen des fondements nationaux. D'une impossible résolution normative au relativisme des réponses théoriques » in *Primauté et clause la plus protectrice, le nouveau paradigme des droits fondamentaux en Europe*, sous la direction d'H. Gaudin, à paraître.

ou 60 sénateurs, nouvellement ouverte sur le fondement de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution, à l'article 54 de la Constitution⁵. Pour réparer cet oubli, et avant qu'il ne le soit par la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, le Conseil constitutionnel s'est reconnu compétent, en 1976, pour exercer un contrôle de constitutionnalité indirect des traités, à partir de la loi qui en autorise la ratification, sur le fondement de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution⁶. Ce contrôle indirect d'un engagement international, que l'on pouvait juger, au mieux, opportun, suite à l'oubli de 1974, n'en est pas, pour autant, prévu par la Constitution. D'autant qu'il ouvre la voie à un autre contrôle indirect, portant non plus sur une loi de ratification, le contrôle de constitutionnalité demeurant *a priori*, mais sur une loi tirant les conséquences dans l'ordre juridique interne d'un engagement international ratifié et, le cas échéant, en vigueur, et donc à un contrôle *a posteriori* potentiel. S'il est possible de contester indirectement un traité par une loi qui entretient un lien avec celui-ci, l'article 61 alinéa 2 de la Constitution devient un instrument potentiel de contrôle de constitutionnalité d'engagements internationaux en vigueur.

Une autre voie de contrôle *a posteriori*, potentielle, a toutefois été fermée par le Conseil constitutionnel, dans la décision du 9 avril 1992 sur le Traité de Maastricht⁷, à savoir la transposition de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* aux engagements internationaux. Le Conseil a jugé qu'il n'était pas possible, à l'occasion du contrôle d'un nouveau traité, sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, de remettre en cause les traités antérieurs en vigueur, affectés par le premier. L'article 54 de la Constitution ne permet pas un contrôle *a posteriori* des traités en vigueur par l'intermédiaire d'un nouveau traité qui présenterait un lien avec des traités antérieurs qu'il a pour objet de modifier. À l'appui de cette incompétence, le Conseil constitutionnel témoigne de l'ouverture de la France au droit international public et au droit « communautaire » alors : « le quatorzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, auquel se réfère le préambule de la Constitution de 1958, proclame que la République française « se conforme aux règles du droit public international » ; qu'au nombre de celles-ci figure la règle *Pacta sunt servanda* qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ; que l'article 55 de la Constitution de 1958 dispose, en outre, que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie »⁸. Après la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, ce considérant de principe d'ouverture aux droits international et européen, constamment intégré dans le contrôle *a priori* des traités de l'Union européenne, sous réserve de la

⁵ Voir en ce sens : R. Abraham, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Hachette, Collection P.E.S., 1989, p. 51 ; L. Favoreu, « Le Conseil constitutionnel et le droit international », *AFDI*, 1977, p. 104.

⁶ Implicitement annoncée dans la décision du Conseil constitutionnel du 30 décembre 1976, *Assemblées européennes* (n° 76-71 DC, cons. 4), cette nouvelle voie de contrôle a été pour la première fois mise en œuvre dans la décision du 29 avril 1978, *Fonds monétaire international* (n° 78-93 DC).

⁷ CC, n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, voir en particulier cons. 5 et s. et l'interprétation alors autorisée de B. Genevois en ce sens (« Le traité sur l'Union européenne et la Constitution », *RFDA*, 1992, pp. 379-381).

⁸ CC, n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, *précit.*, cons. 7.

référence à *pacta sunt servanda* qui n'est pas systématique⁹, s'enrichira de la référence à l'article 88-1 de la Constitution¹⁰.

Le contrôle *a posteriori* par voie d'exception dans le cadre de l'article 54 de la Constitution écarté, la première procédure évoquée de contrôle indirect d'un engagement international par l'intermédiaire d'une loi qui en tire les conséquences nécessaires dans l'ordre juridique interne, n'aura donné lieu qu'à deux décisions pour le moins isolées, contingentes et/ou sujettes à controverses¹¹.

La première décision est celle du 13 août 1993 alors qu'il appartient au législateur de tirer les conséquences de la Convention d'application du 19 juin 1990 de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 dans l'ordre juridique interne¹². Cette convention avait fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, par la loi d'approbation de cette convention, dans une décision antérieure du 25 juillet 1991, concluant à la conformité à la Constitution¹³ ; or, dans la décision de 1993, la loi est déclarée contraire à la Constitution alors qu'elle met en œuvre une obligation issue de la convention, jugée conforme à la Constitution en 1991. La contrariété, constatée en 1993, rendra d'ailleurs nécessaire, après un avis en ce sens du Conseil d'État¹⁴, une révision constitutionnelle¹⁵, pour garantir la mise en conformité de la Constitution avec les engagements internationaux de la France. Si l'interprétation et l'articulation des deux décisions ont pu poser question à propos de la remise en cause d'engagements internationaux en vigueur dans la décision de 1993¹⁶, il est possible de

⁹ Qui n'en apparaîtra pas moins à l'occasion du contrôle d'autres engagements internationaux, internationaux (CC, n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, cons. 32) ou européens, même si, dans ce dernier cas, selon un désormais nouvel usage, l'intelligibilité et l'accessibilité des décisions du Conseil constitutionnel semblant l'imposer, la formulation latine a disparu (CC, n° 2017-749 DC, 31 juillet 2017, *AECCG*, § 44 : « Dès lors que la France aura ratifié l'accord et que celui-ci sera entré en vigueur, les règles qui y figurent s'imposeront à elle. La France sera liée par ces stipulations qu'elle devra appliquer de bonne foi en application des « règles du droit public international ». L'accord aura, en application de l'article 55 de la Constitution, une autorité supérieure à celle des lois »).

¹⁰ À partir de la décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam*.

¹¹ Les décisions du 19 juin 1970, *Ressources propres* (n° 70-39 DC, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les communautés européennes et du traité instituant un conseil unique et une commission unique des Communautés européennes et décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970, relative au remplacement des contributions des Etats membres par des ressources propres aux Communautés*) et du 30 décembre 1976, *Élection du Parlement européen au suffrage universel direct* (n° 76-71 DC, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*), pourraient être lues comme témoignant d'un contrôle *a posteriori* d'engagements internationaux dans la mesure où ces décisions matérialisent l'exercice d'un contrôle d'un traité intervenant pour concrétiser un principe prévu par un traité antérieur, qu'il s'agisse des ressources propres des Communautés européennes ou de l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct. En effet, ces deux principes avaient été prévus par un traité antérieur, qui renvoyait à un acte ultérieur le soin d'en fixer les modalités d'application, ce qui n'a pas empêché le Conseil constitutionnel d'exercer un contrôle sur cet acte concrétisant une obligation antérieure. Il est toutefois possible de considérer qu'un tel contrôle ne remet pas en cause l'obligation même, prévue par un traité antérieur, le passage à des ressources propres ou l'élection du Parlement au suffrage universel direct, mais qu'il porte seulement sur leurs modalités d'application. En tout état de cause, ce contrôle par voie d'exception, contrôle d'un traité en vigueur à partir d'un traité nouveau en lien avec le premier, a été exclu ultérieurement dans la décision *Maastricht I*, du 9 avril 1992 (voir *infra*).

¹² CC, n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*.

¹³ CC, n° 91-294 DC, 25 juillet 1991, *Accord de Schengen*.

¹⁴ Avis du Conseil d'État du 23 septembre 1993, *RFDA*, 1993, pp. 899-890.

¹⁵ Révision constitutionnelle du 25 novembre 1993 qui ajoute un article 53-1 à la Constitution et consacre, non sans un paradoxe certain, l'interprétation du Conseil constitutionnel de 1991.

¹⁶ Voir les différentes notes sous les décisions et, spécialement, sur les différentes lectures de ces décisions et leur articulation : D. Alland, « Note sous C.C. 13 août 1993 », *RGDIP*, 1994, p. 225 ; L. Favoreu, « Chronique constitutionnelle » sous C.C. 13 août 1993, *RFDC*, n° 15, 1993, p. 598 ; M. Fromont, « Le droit d'asile en France », *REDP*, Vol. 7, n° 3, 1995, p. 745 ;

procéder à une lecture, si ce n'est neutralisante, pour le moins restrictive, quant à la portée réelle de la décision de 1993¹⁷. La pierre d'achoppement réside dans la question de savoir si l'alinéa 4 du Préambule de 1946 sur le droit d'asile constitutionnel impose, dans le schéma prévu par l'accord de Schengen de traitement unique des demandes d'asile au sein de l'espace éponyme, que la France ait la *faculté* ou qu'elle ait l'*obligation* de réexaminer les demandes d'asile constitutionnel. Dans la décision de 1991, le Conseil constitutionnel consacre une *obligation* de réexamen¹⁸ ; or, la loi de 1993 ne reprend pas cette obligation et se contente de prévoir une *faculté*. La loi de 1993 est donc censurée en ce qu'elle ne respecte pas la lecture du Conseil constitutionnel proposée en 1991¹⁹. Cette lecture s'apparente, même si l'usage de la technique à propos de traités internationaux apparaît pour le moins discutable, à une réserve d'interprétation constructive. Cette réserve pouvait toutefois être lue comme une mise en garde à l'attention du législateur qui, dans la mise en œuvre du dispositif de Schengen, devait poser une obligation de réexamen, même si une telle pratique pouvait être considérée comme contraire à la logique Schengen. En d'autres termes, le contrôle de 1993 en application de la réserve formulée en 1991 pouvait être considéré comme une remise en cause de Schengen et imposer alors une révision de la Constitution ou comme un rappel, à destination du législateur, de prévoir une obligation de réexamen laissée ouverte par le dispositif Schengen. En 1991, le traitement unique prévu par le système Schengen n'est conforme à la Constitution que si la France est en mesure de réexaminer toutes les demandes d'asile constitutionnel qui lui sont déposées ; la loi de 1993 n'oblige pas à ce réexamen et elle n'est donc pas conforme à la Constitution.

L'autre décision, du 5 mai 1998, *Loi Réséda*²⁰, apparaît non seulement isolée, mais la logique qu'elle consacre peine à convaincre. De manière synthétique, dans cette décision, le Conseil admet qu'une

P. Gaïa, « Droit d'asile et Constitution (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993) », *RBDC*, 1994, n° 1-2, pp. 211 et s.

¹⁷ Voir : *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italien*, Thèse de doctorat, Faculté de droit d'Aix-en-Provence, 30 novembre 2002, dactylographiée, pp. 486-492.

¹⁸ « Considérant que la détermination de l'État responsable du traitement d'une demande d'asile résulte des règles objectives stipulées à l'article 30 de la convention ; qu'en vertu de l'article 32, la Partie contractante responsable du traitement de la demande d'asile assure celui-ci conformément à son droit national ; que, toutefois, le paragraphe 4 de l'article 29 réserve le droit de toute Partie contractante « pour des raisons particulières tenant notamment au droit national » d'assurer le traitement d'une demande d'asile même si la responsabilité incombe à une autre Partie ; que ces dernières stipulations sont appelées à recevoir application au profit des personnes susceptibles de bénéficier du droit d'asile en vertu du quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 » (cons. 31).

¹⁹ « Considérant en quatrième lieu que le huitième alinéa du même article dispose que : « Les dispositions du présent article ne font pas obstacle au droit souverain de l'État d'accorder l'asile à toute personne qui se trouverait néanmoins dans l'un des cas mentionnés aux 1° à 4° du présent article » c'est-à-dire aux quatre cas de refus d'admission au séjour prévus par cet article ; que comme le Conseil constitutionnel l'a relevé par sa décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, la détermination d'un autre État responsable du traitement d'une demande d'asile en vertu d'une convention internationale n'est admissible que si cette convention réserve le droit de la France d'assurer, même dans ce cas, le traitement d'une demande d'asile en application des dispositions propres à son droit national ; que le quatrième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 fait obligation aux autorités administratives et judiciaires françaises, de procéder à l'examen de la situation des demandeurs d'asile qui relèvent de cet alinéa c'est-à-dire de ceux qui seraient persécutés pour leur action en faveur de la liberté ; que le respect de cette exigence suppose que les intéressés fassent l'objet d'une admission provisoire de séjour jusqu'à ce qu'il ait été statué sur leur cas ; que le droit souverain de l'État à l'égard d'autres parties contractantes à des conventions doit être entendu comme ayant été réservé par le législateur pour assurer le respect intégral de cette obligation ; que ce n'est que sous cette stricte réserve d'interprétation que la disposition sus-analysée peut être regardée comme conforme à la Constitution » (cons. 88).

²⁰ C.C., n° 98-399 DC, 5 mai 1998, *Loi Réséda*.

loi nécessaire à un engagement international puisse déroger à un principe constitutionnel sous réserve qu'il ne soit pas porté atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale²¹. Tout en admettant qu'un traité puisse déroger à la Constitution, cette formule sous-entend qu'un contrôle indirect et *a posteriori* des traités, par le biais d'une loi qui en tire les conséquences nécessaires, peut être exercé au regard des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Cette dernière catégorie de normes constitutionnelles prétoriennes²² opposables aux traités internationaux serait alors la seule opposable à la fois *a priori* et *a posteriori*, la contrariété, selon la formule consacrée, directe à la Constitution ou aux droits fondamentaux étant réservée au contrôle *a priori*²³. La cohérence de cette décision peut être mise en doute au point qu'elle est demeurée isolée dans la jurisprudence constitutionnelle.

Ces exceptions marginales et contingentes laisseront la place à de véritables exceptions, d'abord ouvertes à l'encontre des directives de l'Union²⁴, puis aux engagements internationaux mixtes conclus par l'Union européenne²⁵ et, en dernier lieu, aux règlements²⁶. Dans chacune de ces situations, le droit de l'Union en vigueur est remis en cause par le contrôle de constitutionnalité et, en cas de censure, il verra son application mise en échec en application de la Constitution. Toutefois, les normes constitutionnelles opposables sont réduites, il ne s'agit que des règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. Cette catégorie de normes constitutionnelles trouve cependant une couverture européenne dans l'article 4 § 2 du traité sur l'Union européenne et donc une habilitation dans le droit de l'Union européenne. De plus, la voie d'un recours *a posteriori* ne vaut, *expressis verbis*, que pour le droit dérivé de l'Union, mais celui-ci est entendu de manière de plus en plus large, au point qu'il n'est pas interdit de penser que le droit de l'Union primaire puisse se voir, à terme, opposer le respect de l'identité constitutionnelle ; la remise en cause constitutionnelle du droit dérivé conduisant, indirectement, à une remise en cause des stipulations des traités qui fondent l'autorité de ce dernier. Dans le prolongement de cette tendance, il n'était pas interdit de penser qu'elle pouvait, un jour ou l'autre, s'étendre au droit international conventionnel classique ou au droit de la Convention européenne des droits de l'homme, d'autant que ceux-ci ne bénéficient pas d'une clause constitutionnelle spéciale de couverture comme le droit de l'Union avec l'article 88-1 de la Constitution. D'une manière générale, l'exercice d'un contrôle

²¹ « qu'il peut, toutefois, être dérogé à ce principe (constitutionnel) dans la mesure nécessaire à la mise en oeuvre d'un engagement international de la France et sous réserve qu'il ne soit pas porté atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ; » (cons. 15).

²² Voir pour une approche critique : « Souveraineté, identité, et Europe : autour des articles 1, 2 et 3 de la Constitution. De l'échec d'une formalisation d'une souveraineté interne à une reconnaissance inévitable d'une souveraineté internationale de l'État », in *La Constitution européenne de la France*, sous la direction de H. GAUDIN, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2017, pp. 53-71.

²³ Voir, par exemple, distinguant ces trois catégories de norme dans le cadre du contrôle de constitutionnalité exercé sur le fondement de l'article 54 de la Constitution : CC, n° 2017-749 DC, 31 juillet 2017, *AECG, précit.*, § 11.

²⁴ CC, n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, explicité en 2006 : CC, n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

²⁵ CC, n° 2017-749 DC, 31 juillet 2017, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*.

²⁶ CC, n° 2018-765 DC, 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles*.

de constitutionnalité *a posteriori* du droit d'origine externe apparaît, compte tenu de l'ouverture constitutionnelle à ce droit, comme une limite à cette ouverture.

La décision commentée nourrit la réflexion dans un contexte particulier. Les dispositions législatives contestées, les articles 137-3, 144 et 144-1 du code de procédure pénale, avaient été interprétées par la Cour de cassation, dans les deux arrêts de renvoi, comme ne prenant pas en compte des recommandations de la Cour européenne des droits de l'homme formulées dans un arrêt de condamnation de la France²⁷. Était ainsi contestée la constitutionnalité d'une omission législative, le législateur n'ayant pas suivi les recommandations de la Cour. La situation contentieuse est cependant plus complexe dans la mesure où, dans deux arrêts au fond rendus le même jour sur les mêmes affaires, en application de l'article 23-5 alinéa 4 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958, la Cour de cassation a interprété les dispositions contestées à la lumière des recommandations de la Cour de Strasbourg, réparant, ainsi, l'omission législative²⁸.

De cette situation naissent deux problèmes. Le premier porte sur l'examen de la constitutionnalité d'une disposition législative déjà jugée inconstitutionnelle par une juridiction supranationale ; le second, sur le contrôle de constitutionnalité d'une disposition législative telle qu'interprétée par la Cour de cassation en conformité avec le droit de la Convention.

Sur le premier point, la situation est claire. L'autonomie des deux contrôles, de conventionnalité et de constitutionnalité, comme le refus pour le Conseil constitutionnel d'exercer le premier, laissent toute autonomie à celui-ci pour censurer ou ne pas censurer une disposition législative déjà jugée inconstitutionnelle. En l'espèce, en l'occurrence, le Conseil constitutionnel censurera les dispositions législatives contestées, en s'inscrivant ainsi dans le prolongement des recommandations de la Cour européenne, tout en leur conférant ainsi l'autorité absolue et l'autorité

²⁷ CEDH, 30 janvier 2020, *J.M.B. et autres c. France*, n° 9671/15, § 316.

« la Cour recommande à l'État défendeur d'envisager l'adoption de mesures générales. D'une part, de telles mesures devraient être prises afin de garantir aux détenus des conditions de détention conformes à l'article 3 de la Convention. Cette mise en conformité devrait comporter la résorption définitive de la surpopulation carcérale. Ces mesures pourraient concerner la refonte du mode de calcul de la capacité des établissements pénitentiaires (paragraphes 124 à 126 et 205 ci-dessus) et l'amélioration du respect de cette capacité d'accueil. La Cour note également que la loi de programmation 2018-2022 comporte des dispositions de politique pénale et pénitentiaire qui pourraient avoir un impact positif sur la réduction du nombre de personnes incarcérées. Par ailleurs, devrait être établi un recours préventif permettant aux détenus, de manière effective, en combinaison avec le recours indemnitaire (paragraphe 167 ci-dessus), de redresser la situation dont ils sont victimes et d'empêcher la continuation d'une violation alléguée ».

²⁸ Elle a ainsi jugé, à propos des recommandations de la Cour, que « 20. Les recommandations générales que contient cette décision s'adressent, par leur nature même, au gouvernement et au Parlement. Cependant, il appartient au juge national, chargé d'appliquer la Convention, de tenir compte de ladite décision sans attendre une éventuelle modification des textes législatifs ou réglementaires » et que « lorsque la description faite par le demandeur de ses conditions personnelles de détention est suffisamment crédible, précise et actuelle, de sorte qu'elle constitue un commencement de preuve de leur caractère indigne, il appartient alors à la chambre de l'instruction, dans le cas où le ministère public n'aurait pas préalablement fait vérifier ces allégations, et en dehors du pouvoir qu'elle détient d'ordonner la mise en liberté de l'intéressé, de faire procéder à des vérifications complémentaires afin d'en apprécier la réalité. Après que ces vérifications ont été effectuées, dans le cas où la chambre de l'instruction constate une atteinte au principe de dignité à laquelle il n'a pas entre-temps été remédié, elle doit ordonner la mise en liberté de la personne, en l'astreignant, le cas échéant, à une assignation à résidence avec surveillance électronique ou à un contrôle judiciaire ».

générale de la déclaration d'inconstitutionnalité²⁹. Si l'interprétation conforme ne saurait empêcher l'exercice du contrôle de constitutionnalité, l'inconventionnalité de la loi constatée par la Cour européenne des droits de l'homme ne fait pas obstacle, non plus, à une inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel dans le droit fil de la condamnation par la Cour. L'inconstitutionnalité peut donc parfaitement succéder à une inconventionnalité, ce qui n'a rien d'ailleurs rien d'original³⁰.

Sur le second problème, l'on retrouve la question du « droit vivant » dans le cadre de la QPC et donc de la possibilité de contester une disposition législative selon l'interprétation constante qui en est faite par une Cour suprême. En l'espèce, la situation est complexe car il existe deux interprétations de la Cour de cassation, l'une, celle qui est retenue dans les arrêts de renvoi, consiste à interpréter la loi comme ne respectant pas les recommandations de la Cour européenne, l'autre, soutenue dans les arrêts au fond du même jour, tirant les conséquences de cette recommandation. Il semble logique de penser que seule la première interprétation pouvait faire l'objet d'un contrôle, puisque c'est en vertu de celle-ci que les dispositions législatives étaient contestées ; la seconde ne devant être entendue que comme une compensation de l'omission législative. Toutefois, l'on peut également penser que cette seconde interprétation n'en est moins une interprétation consolidée des dispositions législatives contestées et, qu'à ce titre, elle devait être prise en compte par le Conseil constitutionnel. En tout état de cause, c'est le Premier ministre qui s'est appuyé sur cette seconde interprétation pour considérer que cette inconventionnalité étant réparée, il n'y avait pas lieu de juger de l'inconstitutionnalité de la loi. Autrement dit, pour le chef de gouvernement, l'interprétation conforme à une recommandation de la Cour de Strasbourg d'une disposition législative préserve cette dernière de toute censure constitutionnelle.

Face à cet argument, le Conseil constitutionnel répond autour de deux affirmations. D'une part, une interprétation de la loi conforme à de tels engagements ne saurait exclure l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité ; d'autre part, cette même interprétation peut être soumise à un contrôle de constitutionnalité. Ainsi, si *l'interprétation conforme au droit conventionnel ne saurait préserver une disposition législative de l'inconstitutionnalité* (A), *l'interprétation conforme au droit conventionnel peut être remise en cause au regard de sa régularité constitutionnelle* (B). Le fondement normatif de cette solution réside dans les articles 23-2 alinéa 5 et 23-5 alinéa 2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 et donc dans la priorité d'examen du moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi sur le moyen tiré de l'inconventionnalité. De cette priorité, le Conseil en dégage un rappel, car il s'agit bien d'un rappel, la formule avait déjà été utilisée à l'occasion de l'examen de la loi organique du 10 décembre 2010³¹,

²⁹ Voir sur cette dimension de la décision la Chronique pénale de cette *Revue* sous la décision commentée, voir également, la seconde partie de la note de J. Roux, « Conditions indignes de détention (provisoire) : le Conseil constitutionnel est-il devenu europhobe ? », *Rec. Dalloz*, 2021, p. 57.

³⁰ Il suffit de se souvenir de l'une des premières QPC : CC, n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*.

³¹ CC, n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, cons. 14.

Il faut encore rappeler la formule employée par le Conseil constitutionnel à l'occasion du contrôle de constitutionnalité du Traité établissant une Constitution pour l'Europe et, en particulier, de la consécration par celui-ci du principe de primauté

celui de la place de la Constitution « au sommet de l'ordre juridique interne » (§ 8). La Constitution prime sur les engagements internationaux dans l'ordre interne ; elle dispose d'une portée *constitutive* quant à la place de ceux-ci dans cet ordre juridique et elle en assure une *réception constitutionnelle*.

§ I - L'interprétation conforme au droit conventionnel ne saurait préserver une disposition législative de l'inconstitutionnalité

Un tel constat présente une double dimension : devant le juge *a quo*, tout d'abord, qui ne saurait faire obstacle à un renvoi ou à une transmission d'une QPC en procédant à une interprétation conforme à des exigences internationales ; devant le juge constitutionnel, ensuite, qui ne prendra pas en compte une telle interprétation conforme pour conclure à la conformité à la Constitution de la disposition législative. Sur le plan juridique, dans son principe, cette double affirmation convainc³². Quelle que soit la proximité matérielle des stipulations des engagements internationaux de protection des droits fondamentaux avec les dispositions de droit constitutionnel substantiel, il n'en reste pas moins que, d'un point de vue formel, chacune de ces dispositions relève de catégories normatives distinctes appelant à l'exercice d'une voie de droit différente pour en sanctionner le respect. Les questions de régularité constitutionnelle sont distinctes et autonomes par rapport aux questions de régularité conventionnelle. Cette caractéristique est d'autant plus significative que si, en principe, le Conseil constitutionnel refuse d'exercer un contrôle de conventionnalité, celui-ci relevant de la compétence des juges de droit commun, ces derniers n'exercent pas de contrôle de constitutionnalité. Chaque catégorie de norme fait intervenir un juge différent. Il paraît donc tout à fait pertinent, pour le Conseil constitutionnel, de refuser de voir dans une interprétation conforme à un engagement international un moyen de préserver une loi d'un éventuel contrôle de constitutionnalité et, le cas échéant, d'une possible censure constitutionnelle.

Devant le juge *a quo*, l'on doit d'abord s'interroger sur la configuration contentieuse pratique d'une situation d'interprétation conforme à un engagement international. Trois situations sont envisageables. En premier lieu, un grief d'inconventionnalité est soulevé par les parties dans le procès principal. Toutefois, dans une telle situation, l'examen de la QPC prime sur l'examen de l'inconventionnalité, ce qui impose une dissociation des deux questions, et l'on voit alors mal comment une interprétation conforme serait possible. En deuxième lieu, la partie en défense dans le procès QPC, qu'il s'agisse de l'autre partie dans le litige principal ou du Premier ministre, peut invoquer la possibilité d'une interprétation conforme pour échapper soit au renvoi ou à la transmission, soit au jugement de constitutionnalité. C'est précisément cette situation à laquelle la décision commentée du Conseil constitutionnel fait barrage. En dernier lieu, c'est le juge *a quo* qui, lui-même, interprète d'office la loi en conformité avec les engagements internationaux de la France.

du droit de l'Union. Il avait jugé que la dénomination de ce traité « est sans incidence sur l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne » (CC, n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 10).

³² Voir cependant, *contra* : J. Bonnet, P.-Y. Gahdoun, « Le Conseil constitutionnel déclare la guerre aux interprétations supranationales de la loi », *AJDA*, 2020, p. 2158.

Quelles que soient les configurations contentieuses, les situations dans lesquelles le juge *a quo* procéderait à une interprétation conforme semblent relativement improbables. En l'espèce, précisément, face à une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation n'a pas procédé à une interprétation conforme dans ses arrêts de renvoi, alors qu'elle l'a fait dans les arrêts rendus au fond dans les mêmes affaires. Ainsi, la Cour de cassation, dans ses arrêts de renvoi, ne retient pas l'interprétation conforme rendue dans les arrêts au fond, même s'il ne s'agit que d'une interprétation conforme à une recommandation de la Cour européenne des droits de l'homme ; bien au contraire, elle constate l'omission du législateur. À cet égard, le Conseil constitutionnel prend soin de préciser que l'interprétation conforme proposée peut tout à fait être antérieure à la décision du juge *a quo* ou simultanée (§ 9), comme c'est le cas en l'espèce. Le fait que les arrêts au fond aient été rendus le même jour que les arrêts de renvoi, en application de l'article 23-5, alinéa 4, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, explique cette dernière précision.

Au-delà de l'espèce, l'on peut même penser que toutes les situations d'inconventionnalité de la loi ne généreront évidemment pas d'interprétation conforme, le juge *a quo*, dans une situation d'inconventionnalité, ayant tout intérêt à faire produire des effets *erga omnes*, par l'intermédiaire d'une QPC, plutôt qu'à retenir une interprétation conforme aux exigences internationales. Il n'en est pas moins vrai, qu'en doctrine, sans d'ailleurs que les arrêts invoqués à l'appui d'une telle lecture soient totalement convaincants³³, l'hypothèse selon laquelle une disposition législative jugée conforme à des obligations conventionnelles pouvait faire obstacle à la transmission ou au renvoi d'une QPC a été envisagée³⁴. Une interprétation conforme à une stipulation conventionnelle dont la substance serait la même que celle d'une disposition constitutionnelle pourrait ainsi motiver un refus de transmission ou de renvoi. Il semble cependant que cette situation se heurte à la dimension pratique de la QPC qui fait que le juge *a quo* n'a aucun intérêt à faire obstacle à une QPC en procédant à une interprétation conforme à un engagement international.

Il n'en est pas moins vrai, qu'aussi bien la Cour de cassation que le Conseil d'État procèdent à des revirements jurisprudentiels ou des interprétations conformes afin de faire échec au renvoi d'une QPC en adaptant ainsi l'interprétation qu'ils retiennent d'une disposition législative pour en

³³

³⁴ Voir : « Le réflexe constitutionnel au service du réflexe conventionnel ? Quelle place pour la conventionnalité face au contrôle de constitutionnalité a posteriori », in *Question sur la Question : le réflexe constitutionnel*, sous la direction de X. Magnon, X. Bioy, W. Mastor et S. Mouton, Bruylant, 2013, pp. 173-176.

Voir, encore, de manière plus affirmative : A. Roblot-Troizier, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi », *RFDA*, 2011, p. 691.

Voir encore : P. Gaïa, « Le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et les normes internationales : duel ou duo ? », *RFDC*, 2021/1, n° 125, pp. 140-141 et les arrêts cités notes 214 et 215.

Voir, cependant, pour un arrêt clair en ce sens : Crim. 14 mai 2019, n° 19-81.408.

proposer une conforme à la Constitution³⁵. Néanmoins, dans ces situations, ce n'est pas l'exigence d'une interprétation conforme à des exigences internationales qui motive ce choix mais, plutôt, soit la volonté d'éviter une censure d'une interprétation jurisprudentielle dont on est à l'origine, soit la considération qu'une interprétation conforme à la Constitution est préférable à un contrôle de constitutionnalité. Ces revirements ou interprétations conformes ne semblent donc pas devoir renvoyer à la volonté de garantir le respect d'obligations internationales

Il faut enfin préciser, alors que les juges *a quo* ont désormais connaissance de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, que ceux-ci ne procéderont pas, en principe, à une interprétation conforme à un engagement international pour refuser de transmettre ou de renvoyer. Du moins, s'ils le faisaient, ils se heurteraient frontalement à la solution retenue par le Conseil constitutionnel. En revanche, il sera possible aux juges *a quo* de transmettre ou de renvoyer une QPC portant sur une disposition législative interprétée conformément à un engagement international pour en contester la constitutionnalité.

§ II - L'interprétation conforme au droit conventionnel peut être remise en cause au regard de sa régularité constitutionnelle

La solution retenue par le Conseil constitutionnel semble faire échos à la fois au dernier état de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur le contrôle de l'*ultra vires* européen avec l'arrêt du 5 mai 2020³⁶ et à la révision constitutionnelle du 1^{er} juillet 2020 intervenue en Russie³⁷. Au regard des normes susceptibles de faire l'objet d'un contrôle, elle garantit un contrôle

³⁵ Voir par exemple : Crim. 5 oct. 2011, n° 11-90.087 ; Crim. 12 avr. 2012, n° 12-90.004 ; Crim. 26 juin 2012, n° 12-80.319 ; Civ. 2e, 10 juill. 2014, n° 13-25.985 ; Soc. 14 sept. 2012, n° 11-28.269 ; CE 19 mai 2010, Théron, req. n° 331025 ; CE 14 sept. 2011, req. n° 348394.

Démarche d'interprétation conforme qui semble, en l'occurrence, encouragée par le Conseil constitutionnel même s'il apparaît pour le moins difficile d'en dégager une obligation générale compte tenu des circonstances de l'espèce : CC, n° 2011-120 QPC, 8 avr. 2011, *M. Ismaël A. [Recours devant la Cour nationale du droit d'asile]*, cons. 9 (« Considérant, en dernier lieu, que, si, en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition, la jurisprudence dégagée par la Cour nationale du droit d'asile n'a pas été soumise au Conseil d'État ; qu'il appartient à ce dernier, placé au sommet de l'ordre juridictionnel administratif, de s'assurer que cette jurisprudence garantit le droit au recours rappelé au considérant 87 de la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 »). Voir néanmoins en ce sens et sous cette décision : P. Deumier, « La jurisprudence des juges du fond et l'interprétation constitutionnelle conforme des Cours suprêmes », *RTD civ.*, 2011, p. 495.

³⁶ Sur ce dernier arrêt : D. Simon, « Nouvelle guerre des juges : « bras d'honneur » ou « bras de fer » ? », *Europe*, n° 6, 1^{er} juin 2020, pp. 1-2 ; R. Weber, « L'arrêt BCE : tension dans la relation de coopération entre la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour de justice de l'Union européenne », blog, JusPoliticum, (<http://blog.juspoliticum.com/2020/05/13/larret-bce-tension-dans-la-relation-de-cooperation-entre-la-cour-constitutionnelle-federale-et-la-cour-de-justice-de-lunion-europeenne-par-ruth-weber/>).

Sur les différentes étapes de cette affaire : O. Joop, « Le dialogue des juges et la politique monétaire de la Banque centrale européenne : nouvelle étape entre les juges de Karlsruhe et ceux de Luxembourg », *RTDE*, 2018, n° 1, pp. 173-178 ; O. Joop, « Contester par un recours constitutionnel la violation de normes du droit de l'Union ? Cela dépend, répond la Cour constitutionnelle fédérale allemande ; Note sous *Bundesverfassungsgericht* (Cour constitutionnelle fédérale allemande), première Chambre, 6 novembre 2019, affaire 1 BvR 16/13 ; *Bundesverfassungsgericht* (Cour constitutionnelle fédérale allemande), première Chambre, 6 novembre 2019, affaire 1 BvR 276/17 », *RTDE*, 2020, n° 1, pp. 164-167 ; C. Langenfeld, « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne », *Titre VII*, n° 2, avril 2019 (en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-jurisprudence-recente-de-la-cour-constitutionnelle-allemande-relative-au-droit-de-l-union>).

³⁷ En vertu du nouveau b) de l'article 125 de la Constitution : « La Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie : (...) b) conformément à la loi constitutionnelle fédérale, se prononce sur l'exécution des décisions des organes interétatiques

de constitutionnalité extrêmement large qui marque une rupture forte avec l'ouverture constitutionnelle de la Constitution au droit international public en général et au droit de l'Union européenne en particulier, même si les modalités procédurales de son exercice tendent à en restreindre l'étendue.

La formule du Conseil est large « l'interprétation de la disposition législative contestée qu'impose sa conformité aux engagements internationaux de la France » et, surtout, elle marque d'emblée le lien existant entre l'interprétation de la loi et la conformité aux engagements internationaux. Il s'agit d'une interprétation « qu'impose » la « conformité aux engagements internationaux »³⁸, en vertu de la règle *pacta sunt servanda* aurait pu ajouter un Conseil constitutionnel, assumant à la fois l'usage du latin³⁹ et l'ouverture internationale de la Constitution. Exercer un contrôle sur une telle interprétation implique une remise en cause d'une obligation internationale de la France. Le caractère conflictuel est assumé. Nous sommes ici très loin de la formule originelle utilisée à propos du contrôle des lois de transposition des directives, quelque peu euphémisante, selon laquelle « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution »⁴⁰, même si cette formule est désormais plus directe⁴¹. Le contrôle de constitutionnalité est susceptible d'être exercé contre les obligations internationales de la France.

Reste à expliciter quelles sont les obligations internationales en question. Potentiellement, il peut s'agir de n'importe quelle obligation internationale, toute la question de la spécificité du droit de l'Union se posant, toujours est-il que le droit de la Convention européenne des droits de l'homme est couvert par cette nouvelle jurisprudence. Ce qui semble, cependant, exclure le droit de l'Union européenne, à moins de voir, dans la décision commentée, un large revirement jurisprudentiel, réside dans l'absence de référence aux règles et aux principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. À moins, encore, de considérer que la possibilité de remettre en cause la constitutionnalité une interprétation de la loi imposée par une obligation internationale annoncée dans la décision n'est mentionnée que de manière générique et que, selon les obligations internationales en question, issues de l'Union européenne ou d'autres obligations internationales, les normes constitutionnelles opposables seront variables. Aussi, aucune interprétation ne semble

adoptées sur la base des dispositions des traités internationaux conclus par la Fédération de Russie, si leur interprétation contredit la Constitution de la Fédération de Russie, ainsi que sur l'exécution d'une décision d'un tribunal étranger ou international, d'un tribunal d'arbitrage étranger ou international imposant des obligations à la Fédération de Russie, si cette décision contredit les principes fondamentaux de l'ordre public de la Fédération de Russie ».

³⁸ Nous soulignons.

³⁹ Usage abandonnée dans la décision n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017, *AECG, précit.*, § 44.

⁴⁰ « Considérant qu'aux termes de l'article 88-1 de la Constitution : « La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences » ; qu'ainsi, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution », CC, n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, cons. 7.

⁴¹ « La transposition d'une directive ou l'adaptation du droit interne à un règlement ne sauraient aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti », voir par exemple : CC, n° 2019-810 QPC, 25 octobre 2019, *Société Air France [Responsabilité du transporteur aérien en cas de débarquement d'un étranger dépourvu des titres nécessaires à l'entrée sur le territoire national]*, § 7.

devoir d'imposer sur la question de savoir si le droit de l'Union est ou n'est pas exclu de cette jurisprudence.

En tout état de cause, l'orientation du Conseil constitutionnel permet d'exercer un double contrôle qui peut apparaître opportun dans une perspective visant à verrouiller l'ouverture au droit international au nom du respect de la Constitution.

Le premier contrôle porte sur les interprétations potentielles par les organes internationaux d'application d'un traité, à l'instar de ce qui se passe dans l'arrêt commenté. Le juge constitutionnel peut ainsi porter un regard sur une concrétisation d'obligations internationales produite par un organe international habilité à opérer cette concrétisation. L'on pense ici aux obligations déductibles d'arrêts de juridictions supranationales, mais il faut également penser à d'autres organes, qu'il s'agisse du conseil de sécurité de l'Organisation des Nations-Unies ou, à supposer que le droit de l'Union soit concerné, d'arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. L'inclusion du contrôle de constitutionnalité des arrêts de la Cour de justice sous cette jurisprudence peut d'ailleurs se déduire de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les *discriminations à rebours* en droit de l'Union, dans laquelle une disposition législative est contrôlée selon l'interprétation retenue par le Conseil d'Etat, celle-ci ne faisant elle-même que reprendre une interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne. Le contrôle de la loi selon l'interprétation du juge national et en réalité un contrôle de la loi selon les exigences du droit de l'Union explicitées par la Cour de justice et reprise par le Conseil d'État⁴².

En tout état de cause, dans ces différentes hypothèses, l'on peut voir une transposition de l'*ultra vires* allemand, le juge constitutionnel pouvant censurer toute concrétisation externe d'une obligation internationale qui dépasserait le cadre de l'obligation qu'elle est censée concrétiser. En définitive, c'est moins la violation en elle-même et directe de la Constitution qui serait sanctionnée, que le non-respect par un organe externe de concrétisation des obligations internationales qu'il est censé appliquer. Le défaut de régularité ne porte pas sur l'obligation internationale elle-même, mais plutôt sur la manière dont celle-ci a été appliquée par un organe extérieur habilité à le faire. Une telle lecture permet de ne pas remettre en cause l'engagement international de la France mais, en définitive, de l'honorer, en écartant toute remise en cause extérieure de la portée d'un engagement international tel qu'il a été conclu, signé et ratifié par la France. En d'autres termes, il s'agirait de préserver la pureté originelle de l'engagement de la France à être lié par un traité. Les normes constitutionnelles d'ouverture de l'ordre juridique français au droit international et au droit européen pourraient constituer un fondement normatif à l'exercice d'un tel contrôle.

⁴² Voir par exemple, illustrant une telle situation : CC, n° 2018-699 QPC, 13 avril 2018, *Société Ljfe Sciences Holdings France [Application de la quote-part de frais et charges afférente aux produits de participation perçus d'une société établie en dehors de l'Union européenne]*.

Voir, pour une lecture en ce sens de cette décision : *Code constitutionnel*, 10^{ème} édition, 2021, LexisNexis, sous art. 54 C., § 17.

Ce premier contrôle peut également porter sur les obligations provenant des engagements internationaux eux-mêmes, à l'exclusion, faut-il le supposer, des engagements internationaux qui ont déjà fait l'objet d'un contrôle et qui, à plus forte raison, ont imposé une révision de la Constitution. L'autorité de chose jugée par le Conseil constitutionnel s'opposerait à un double contrôle du Conseil constitutionnel. Il n'en reste pas moins que la jurisprudence commentée, par sa formulation générale et générique, ouvre ainsi la voie à un contrôle *a posteriori* général des engagements internationaux et, plus largement, de toutes les obligations qui en découlent, et, en particulier, de celles qui résulteraient du droit dérivé de ces traités. La seule limite, instrumentale, sur laquelle nous reviendrons, concerne l'existence d'une interprétation de la loi conforme à des obligations internationales.

Le second contrôle peut porter sur la manière dont les juridictions internes interprètent des obligations internationales. La portée du contrôle est alors purement interne. Ce ne sont pas des concrétisations extérieures qui font l'objet d'un contrôle, mais des concrétisations internes. Le Conseil constitutionnel serait ainsi en mesure de contrôler les interprétations de la loi produites par les juridictions internes au nom du respect des engagements internationaux. Il exercerait ainsi un certain droit de regard sur le contrôle de conventionnalité pratiqué par les juridictions de droit commun. Ce n'est pas l'obligation internationale qui est remise en cause, ni même sa concrétisation éventuelle pour un organe externe, mais la concrétisation interne de cette obligation ou de cette concrétisation externe. Le Conseil trouve ainsi un moyen indirect de contrôler les concrétisations internes du droit international et, en particulier, du droit de la Convention européenne des droits de l'homme.

Reste encore à identifier les normes constitutionnelles susceptibles d'être mobilisées. S'il ne peut s'agir que des droits et libertés que la Constitution garantit, l'on peut s'interroger sur l'étendue de ces droits. Toutefois, en dehors du cas où des obligations issues du droit de l'Union pourraient faire l'objet d'un contrôle, cas dans lequel seuls les droits et libertés qui relèvent de l'identité constitutionnelle de la France seraient, en principe, mobilisables, tous les droits et libertés semblent pouvoir être opposables. Il est cependant possible de mettre à l'abri du contrôle, on l'a vu, tous les engagements internationaux ayant déjà fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité.

Ces différentes considérations doivent enfin être lues au regard des modalités procédurales d'exercice de ce contrôle, qui impliquent la mise en cause non pas de la *loi* qui tire les conséquences nécessaires d'obligations internationales, mais de l'*interprétation de celle-là* à l'aune de celles-ci. Ce n'est donc pas la loi elle-même qui est mise en cause, mais son interprétation jurisprudentielle. En cas de censure, il suffit que les juridictions adoptent une nouvelle interprétation pour réparer l'irrégularité éventuelle. Le Conseil contrôle ainsi d'avantage la concrétisation interne, par la voie d'une interprétation conforme, d'obligations internationales que ces obligations elles-mêmes, même si la remise en cause de l'interprétation conforme peut déboucher, on l'a vu, sur une remise en cause des obligations internationales ou de leur concrétisation externe. Cette dimension procédurale contribue, en pratique, à considérablement limiter la portée comme l'étendue du

contrôle. En définitive, la portée pratique de cette jurisprudence dépendra de l'attitude du juge *a quo* de transmettre une QPC portant sur une interprétation conforme de la loi à un engagement international.

La portée de cette jurisprudence paraît plus concrète encore si cette dernière était appliquée au droit de l'Union européenne alors qu'il existe, à la charge des juges nationaux, une obligation d'interprétation conforme au droit de l'Union⁴³. À chaque fois qu'une loi entre dans son domaine d'application, celle-ci *doit* être interprétée conformément au droit de l'Union européenne si une telle interprétation est nécessaire, ce qui pourrait conduire à ce que le droit de l'Union et, en particulier, la situation est encore originale mais envisageable, un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne puisse faire indirectement l'objet d'un contrôle de constitutionnalité.

L'étendue du contrôle *a posteriori* des obligations tirées d'engagements internationaux telle qu'elle est envisagée par la décision commentée permet au Conseil constitutionnel de disposer du *dernier mot* en matière de respect des droits fondamentaux dans un système concurrentiel de protection des droits fondamentaux. La portée d'une condamnation de la France, par la Cour européenne des droits de l'homme ou par la Cour de justice de l'Union européenne, qui impliquerait une interprétation d'une juridiction de droit commun, ne sera pas définitive ; elle pourra encore faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Alors que les conflits potentiels entre les cours constitutionnelles et les juridictions supranationales se développent, la question du dernier mot demeure une question de *pouvoir*, décisive dans un contexte de rapports de systèmes concurrentiels. Sous cet angle, la décision commentée apparaît comme une décision de principe, à la portée symbolique forte malgré une portée pratique réduite. Non seulement l'on ne peut qu'entrevoir peu de cas dans lesquels le juge *a quo* procédera à des interprétations conformes à des engagements internationaux, mais tout aussi peu de cas dans lesquels il sera procédé à une telle interprétation conforme pour, précisément, en contester la régularité constitutionnelle : *much ado about nothing* pourrions-nous dire, encore, au risque de se répéter, et de considérablement réduire la portée du titre radical de ce commentaire.

⁴³ Voir par exemple, pour un arrêt récent : CJUE, 21 janvier 2021, *Whiteland Import Export*, aff. C-308/19, § 63 (« La question de savoir si une disposition nationale, dans la mesure où elle serait contraire au droit de l'Union, doit être laissée inappliquée ne se pose que si aucune interprétation conforme de cette disposition ne s'avère possible (arrêt du 7 août 2018, *Smith*, C-122/17, EU:C:2018:631, point 41) »).

Voir encore : V. Bouhier, « Interprétation « conforme » en droit de l'Union et réserves d'« interprétation » du Conseil constitutionnel : regards croisés », *Constitution*, 2013, p. 195.