

# ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

*On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :*

*Les Éditions Thémis*

*Faculté de droit, Université de Montréal*

*C.P. 6128, Succ. Centre-Ville*

*Montréal, Québec*

*H3C 3J7*

*Téléphone : (514)343-6627*

*Télécopieur : (514)343-6779*

*Courriel : [themis@droit.umontreal.ca](mailto:themis@droit.umontreal.ca)*

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite  
disponible à : [www.themis.umontreal.ca](http://www.themis.umontreal.ca)

# Droit constitutionnel comparé

## La révision du titre XV de la Constitution française et le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Une application partielle de la Loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005

**Sandrine PINA**

Docteur en droit, Observatoire des mutations étatiques européennes  
Université d'Auvergne

Le traité établissant une Constitution pour l'Europe, signé à Rome le 29 octobre 2004, constitue une nouvelle et importante étape de la construction européenne en remplaçant et abrogeant les traités antérieurs sur la Communauté européenne et l'Union européenne. Ce nouveau traité est composé d'un préambule, de quatre parties, de trente-six protocoles, deux annexes, cinquante déclarations et comporte 448 articles. La première partie du traité porte sur la définition de l'Union, ses valeurs et ses objectifs. Elle définit également les compétences de l'Union, le cadre financier et les coopérations renforcées. La seconde partie est composée de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La troisième

partie reprend les stipulations contenues dans les traités antérieurs relatives aux politiques de l'Union. Enfin, la quatrième partie est relative aux dispositions transitoires et finales. Ce traité vise à doter l'Union européenne d'un texte unique et procède à une véritable « refonte du droit originaire »<sup>1</sup>. Pour entrer en vigueur, il doit toutefois être ratifié par les vingt-cinq États membres.

Cette nouvelle étape de la construction européenne doit nécessairement être interprétée comme une question d'ordre constitutionnel en raison de l'imbrication qu'elle engendre entre l'ordre juridique des États membres et celui de l'Union européenne. La question de l'intégration d'un traité dans l'ordre juridique interne doit donc préalablement

---

<sup>1</sup> Jérôme ROUX, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe à l'épreuve de la Constitution française », (2005) 1 *R.D.P.* 59.

être analysée au regard de la norme juridique nationale la plus élevée : la Constitution.

Ainsi, le jour même de sa signature, le président de la République française a saisi le Conseil constitutionnel pour savoir si l'autorisation de ratifier ce traité devait être précédée d'une révision de la Constitution. Le Conseil a rendu sa décision le 19 novembre 2004, soit vingt et un jours après sa saisine, et a relevé plusieurs incompatibilités entre la Constitution française et le traité. Cette décision du Conseil, largement anticipée, s'inscrit dans la lignée de sa jurisprudence du 10 juin 2004 et de ses premières applications. Si le Conseil consacre la spécificité du droit communautaire en vertu du titre XV de la Constitution, et notamment de l'article 88-1, cette reconnaissance implique toutefois une conciliation avec la suprématie des règles constitutionnelles. Tout en tenant compte des impératifs liés à l'intégration européenne, le texte constitutionnel doit nécessairement être adapté afin de rendre possible la ratification du traité et ce, quelle que soit

l'issue de la consultation référendaire.

Dans ce cadre, la Loi constitutionnelle n° 2005-204, adoptée par le Congrès le 28 février<sup>2</sup> et promulguée le 1<sup>er</sup> mars 2005, vient modifier le titre XV de la Constitution et inscrit dans ce texte fondamental le traité de Rome établissant une Constitution pour l'Europe. Cette révision est la dix-huitième et la cinquième relative aux affaires européennes<sup>3</sup>.

La loi constitutionnelle est organisée en trois volets visant à lever les obstacles constitutionnels à la ratification du traité, à réécrire entièrement le titre XV de la Constitution pour permettre la mise en œuvre du traité et à prévoir le recours au référendum pour tout nouveau traité d'adhésion à l'Union européenne. Elle opère une révision en deux temps successifs : dans un premier temps, elle prévoit des dispositions d'application immédiate (l'ouverture du processus de ratification du traité par la France et l'instauration du référendum pour les futures adhésions à l'Union) ; dans un second temps, elle contient des dispositions d'application

<sup>2</sup> Le projet de loi constitutionnelle a été adopté, conformément à la Constitution, à la majorité des trois cinquièmes, en recueillant 730 suffrages favorables sur 796 suffrages exprimés. *Loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1<sup>er</sup> mars 2005 modifiant le titre XV de la Constitution*, J.O. 2 mars 2005, p. 3696.

<sup>3</sup> Le 25 juin 1992, avec le traité de Maastricht, un titre spécifique est inséré dans la Constitution pour consacrer la participation de la France aux communautés et à l'Union européenne et pour procéder aux transferts de compétences nécessaires (art. 88-2). Le Congrès a également adopté l'article 88-3 autorisant les ressortissants communautaires à participer aux élections municipales. Le 25 novembre 1993, les accords de Schengen nécessitent également une révision de la Constitution. L'article 53-1 est inséré dans la Constitution. La révision du 25 janvier 1999 est liée au traité d'Amsterdam. L'article 88-2 est complété pour autoriser de nouveaux transferts de compétences. Le 25 mars 2003, la Constitution est révisée par voie parlementaire pour intégrer le principe du mandat d'arrêt européen.

différée à l'entrée en vigueur du traité<sup>4</sup> en procédant à l'ensemble des modifications exigées par le Conseil constitutionnel.

L'instauration de ces deux dispositifs temporellement distincts prend en compte un éventuel échec du processus de ratification en France, mais aussi le délai nécessaire à la ratification par les vingt-cinq États membres. La loi constitutionnelle est une étape indispensable pour inscrire dans la Constitution les modifications exigées par la ratification du traité et permettre la tenue d'un référendum.

Or, le 29 mai 2005, le peuple français a rejeté par référendum le projet de loi autorisant la ratification du traité<sup>5</sup>. Avec le rejet de l'autorisation de ratification, la loi constitutionnelle ne peut trouver pleine application, même si elle a été menée selon une procédure conforme. En effet, seul le premier dispositif d'application immédiate de la loi constitutionnelle peut entrer en vigueur. Il s'agit d'un cas de figure inédit pour la Constitution de la V<sup>e</sup> République. Si auparavant, des révisions constitutionnelles ont été abandonnées en cours de procédure, pour la première fois, une révision adoptée conformément à la Constitution ne peut avoir plein effet juridique. Les dispositions

d'application différée sont en effet inapplicables. Cette situation s'explique par le mécanisme même de l'intégration des traités dans le droit interne.

Lorsque le Conseil constitutionnel considère qu'un traité comporte des clauses contraires à la Constitution, l'insertion de celui-ci dans l'ordre juridique interne suppose nécessairement une révision constitutionnelle (I). Il appartient dès lors au constituant d'adapter les dispositions constitutionnelles en fonction du traité non encore ratifié. Cette étape est indispensable pour consulter le peuple sur la base de l'article 11, afin d'accepter ou de refuser la ratification. Toutefois, l'échec de la ratification emporte des conséquences sur la lisibilité du texte constitutionnel et remet en cause l'avenir de ce traité (II). L'entrée en vigueur du traité impliquant une ratification de tous les États membres, l'absence de ratification par certains États peut entraîner un blocage aux plans interne et européen.

<sup>4</sup> L'entrée en vigueur d'un traité s'entend au sens du droit interne, c'est-à-dire lors de sa publication au Journal officiel.

<sup>5</sup> Après l'échec du référendum du 5 mai 1946, relatif au projet de Constitution du 19 avril 1946, et celui du 27 avril 1969, relatif à la régionalisation et à la rénovation du Sénat, le référendum du 29 mai 2005 est le troisième référendum négatif en France. Il s'agit également du troisième référendum relatif aux affaires européennes après les référendums du 23 avril 1972 et du 20 septembre 1992. Le référendum du 29 mai 2005 sur le projet de loi autorisant la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe a donné les résultats suivants : sur 41 789 202 électeurs inscrits, les suffrages exprimés s'élèvent à 28 257 778 dont 12 808 270 suffrages en faveur du « oui » et 15 449 508 pour le « non ».

**I. L'intégration du traité établissant une Constitution pour l'Europe dans l'ordre juridique interne : la décision du Conseil constitutionnel, préalable au processus de ratification**

Pour la troisième fois, le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur la compatibilité d'un traité européen avec la Constitution française. C'est seulement en 1992 que le Conseil a été saisi pour la première fois de la conformité d'un traité à la Constitution. Le traité de Maastricht du 7 février 1992 et, par la suite, le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 ont chacun donné lieu à une décision du Conseil et à une révision constitutionnelle avant leur ratification<sup>6</sup>. En 1992, le traité de Maastricht a été jugé non conforme à la Constitution au regard de trois éléments : la monnaie unique, la politique des visas et la citoyenneté. Ces trois éléments ont fait l'objet d'une révision constitutionnelle. En 1992, l'introduction de la mention d'un traité international dans la Constitution est inédite.

Même si la saisine du Conseil au titre de l'article 54 n'est que facultative, le Président est pratiquement obligé de lui soumettre les traités

ayant une incidence sur les institutions<sup>7</sup>. La saisine du Conseil par le Président de la République est préventive pour lever les obstacles constitutionnels à la ratification et pour éviter également le risque d'une saisine parlementaire ultérieure. En effet, depuis la révision du 25 juin 1992, la saisine du Conseil constitutionnel a été élargie dans le cadre de l'article 54 de la Constitution pour le contrôle des engagements internationaux. La saisine n'est plus limitée aux seuls Président de la République, Président de l'Assemblée nationale, Président du Sénat et Premier ministre. Cette modification de l'article 54 complète celle de l'article 61 de la Constitution. Le 21 octobre 1974, le Congrès avait modifié l'article 61 pour élargir la saisine du Conseil constitutionnel à 60 députés ou 60 sénateurs pour le contrôle des lois. Cette « révolution constitutionnelle »<sup>8</sup> par l'élargissement de la saisine confère un rôle plus important au Conseil constitutionnel et incite davantage le Président à saisir le Conseil au sujet des traités. La saisine du Conseil au sujet du second traité de Rome était donc politiquement inévitable.

La décision du Conseil du 19 novembre 2004 est une étape fonda-

<sup>6</sup> Cons. constit. n° 92-308 DC du 9 avril 1992 (J.O. 11 avr. 1992, p. 5354) et Cons. constit. n° 97-394 DC du 31 décembre 1997 (J.O. 3 janv. 1998, p. 165). Le traité de Nice, ratifié par voie parlementaire, n'a pas fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel. Ce traité porte essentiellement sur les institutions de l'Union et ne prévoit pas de nouveaux transferts de compétences : Florence CHALTIEL, « La ratification du traité de Nice par la France », (2001) *Revue du marché commun et de l'Union européenne* 442-446.

<sup>7</sup> Francis HAMON, Michel TROPER et Georges BURDEAU, *Droit constitutionnel*, 27<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 474.

<sup>8</sup> Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2001, p. 71.

mentale dans le processus de ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe. Le Conseil constitutionnel a mûrement anticipé cette décision (B) qui s'inscrit dans le sillage de sa jurisprudence de l'été 2004 (A).

### **A. La jurisprudence anticipatrice du Conseil constitutionnel de l'été 2004**

La décision du Conseil relative au traité établissant une Constitution pour l'Europe était très attendue compte tenu de la jurisprudence récente de la Haute juridiction. En effet, dans sa décision du 10 juin 2004 relative à la loi pour la confiance dans l'économie numérique<sup>9</sup>, le Conseil s'est prononcé sur sa compétence en matière de lois de transposition des directives. Cette décision est importante dans le sens où elle va reconnaître un nouveau fondement au droit communautaire avec l'article 88-1 de la Constitution (1) mais, en même temps, elle instaure une réserve de constitutionnalité envers le droit de

l'Union (2). Cette jurisprudence a été confirmée dans plusieurs autres décisions<sup>10</sup>.

#### **1. L'affirmation de l'article 88-1 comme fondement spécifique du droit communautaire**

Dans sa décision du 10 juin 2004 relative à la loi pour la confiance dans l'économie numérique, le Conseil devait se prononcer sur la conformité à la Constitution de la loi du 21 juin 2004, venant transposer tardivement la directive communautaire 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique<sup>11</sup>. Les requérants contestaient la conformité à la Constitution des dispositions de la loi relatives à la définition du courrier électronique, à la responsabilité des hébergeurs, au régime du droit de réponse et à la prescription applicable à la communication au public en ligne. Outre l'examen des dispositions contestées, le Conseil constitutionnel pose les bases du contrôle des dispositions législatives transposant une directive, lequel a été réaf-

<sup>9</sup> Cons. constit. n° 2004-496 D.C. du 10 juin 2004 sur la loi pour la confiance dans l'économie numérique, J.O. 22 juin 2004, p. 11 182.

<sup>10</sup> Cons. constit. n° 2004-497 DC du 1<sup>er</sup> juillet 2004 sur la loi relative aux communications électroniques et aux services de la communication audiovisuelle; Cons. constit. n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004 sur la loi relative à la bioéthique; Cons. constit. n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 sur la loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

<sup>11</sup> Cons. constit. n° 2004-496, précitée, note 9; directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive sur le commerce électronique), J.O.C.E., n° L178, 17 juillet 2000, p. 1-16.

firmé à plusieurs reprises par la suite<sup>12</sup>.

Contrairement à sa jurisprudence précédente où l'article 88-1 ne constituait qu'une norme de référence<sup>13</sup>, le Conseil constitutionnel utilise, dans les décisions précitées, l'article 88-1 de la Constitution comme fondement constitutionnel spécifique du droit communautaire dans l'ordre interne. Cet article selon lequel «La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences» définit les rapports entre les Communautés européennes, l'Union européenne et les États membres. Textuellement, cet article ne vise pas à l'établissement d'une hiérarchie des normes, il devient seulement la source du droit communautaire en donnant un fondement constitutionnel à l'engagement européen de la République française. Cet article

reflète donc la nature des relations entre la France et l'Union. Il peut être modifié à tout moment lorsque, justement, la nature de ces relations change (ce qui est le cas avec la révision constitutionnelle de mars 2005).

Les termes généraux de cet article habilitent le juge constitutionnel à une large interprétation. Sous couvert de l'article 88-1 inséré en 1992, le juge constitutionnel peut reconnaître l'existence de l'ordre juridique communautaire. Ce nouveau fondement est plus propice que celui de l'article 55 de la Constitution<sup>14</sup>, ancien «fondement constitutionnel du caractère obligatoire du droit européen»<sup>15</sup>. Le Conseil marque ici une distinction entre le droit communautaire et le droit international. Il consacre la spécificité de l'Union européenne. L'État est tenu de transposer les directives tant sur le plan communautaire que sur le plan constitutionnel.

La reconnaissance de l'article 88-1 comme fondement interne du droit

<sup>12</sup> Dans la décision n° 2004-497, précitée, note 10, les requérants contestaient notamment l'article 70 de la loi reprenant les dispositions de la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (J.O. 10 juil. 2004, p. 12506). Dans la décision n° 2004-498, précitée, note 10, les auteurs de la saisine contestaient l'article 17 de la loi transposant la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques (J.O. 7 août 2004, p. 14077). Dans la décision n° 2004-499, précitée, note 10, la loi contestée transposait la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (J.O. 7 août 2004, p. 14087).

<sup>13</sup> Cons. constit. n° 97-394, précitée, note 6.

<sup>14</sup> Avec l'article 55 de la Constitution, le Conseil constitutionnel devait se référer au traité CE pour reconnaître la primauté du droit communautaire dérivé : Xavier MAGNON, «Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire», (2004) 8-9 *Europe* 7.

<sup>15</sup> François LUCHAIRE, «Le Conseil constitutionnel devant la Constitution pour l'Europe», (2004) 59 *Rev. fr. dr. const.* 466.

communautaire<sup>16</sup> permet d'intégrer le droit communautaire dans l'ordre juridique interne et accentue le pouvoir du Conseil constitutionnel : l'autorité du droit communautaire est renforcée substantiellement, mais celui-ci ne doit pas être en contradiction avec une disposition constitutionnelle expresse. En d'autres termes, si le droit communautaire est constitutionnellement reconnu, cela ne signifie pas qu'il se place au-dessus de la Constitution<sup>17</sup>. Le Conseil constitutionnel admet une primauté du droit communautaire conditionnée au respect de la Constitution. Cette réserve de constitutionnalité mentionne les « dispositions expresses contraires de la Constitution ».

## **2. La réserve des dispositions constitutionnelles expresses contraires**

Le juge constitutionnel considère en l'espèce que « 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 »<sup>18</sup>. Il introduit ici une exception à l'exigence constitutionnelle de transposition des directives : l'existence d'une disposition constitutionnelle expresse contraire. En l'absence d'une telle disposition, il appartient exclusivement au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire des compétences définies par les traités et des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité de l'Union européenne. Ainsi, les compétences sont strictement séparées : lorsque des dispositions expresses et spécifiques de la Constitution sont opposables à la transposition d'une directive communautaire, le Conseil constitutionnel est compétent ; en l'absence d'une telle contrariété, la Cour de justice des Communautés européennes (C.J.C.E.) est compétente<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Avec l'article 88-1, le juge interne dispose d'un autre fondement pour résoudre les conflits normatifs. Le Conseil d'État, par exemple, s'est toujours référé à l'article 55 de la Constitution consacrant de façon générale la primauté des traités sur la loi. En donnant un nouveau fondement au droit communautaire par le biais de l'article 88-1, le Conseil constitutionnel attribue un fondement spécifique au droit communautaire conduisant ainsi les juges internes à utiliser cet article et à le combiner éventuellement avec l'article 55. Sur ce point : Baptiste BONNET, «Le Conseil d'État, la Constitution et la norme internationale», *Rev. fr. dr. adm.* 2005.1.56 ; Ghislaine ALBERTON, «De l'indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité», *Rev. fr. dr. adm.* 1995.2.249.

<sup>17</sup> Ceci rappelle les jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour de cassation considérant que les normes constitutionnelles demeurent les normes suprêmes de l'ordre juridique. (Cons. d'État. 30 oct. 1998, *Sarran et Levacher*, Rec. Lebon, 1998, p. 368 ; Ass. plén. 2 juin 2000, *Mlle Fraisse*, D. 2000.865).

<sup>18</sup> Cons. constit. n° 2004-496, précitée, note 10, considérant n° 7 ; Cons. constit. n° 2004-497, précitée, note 10, considérant n° 18 ; Cons. constit. n° 2004-498, précitée, note 10, considérant n° 4 ; Cons. constit. n° 2004-499, précitée, note 10, considérant n° 7.

<sup>19</sup> Bruno GENEVOIS, «Le Conseil constitutionnel et la primauté du droit communautaire», *Rev. fr. dr. adm.* 2005.2.240.



Sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution, l'ordre juridique communautaire reçoit une assise constitutionnelle sauf dispositions spécifiques<sup>20</sup> contraires dans la Constitution. Lorsque les dispositions législatives contestées tirent « les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises » des directives communautaires, le juge constitutionnel n'effectue pas en principe de contrôle. Un tel contrôle reviendrait à contrôler matériellement la constitutionnalité de la directive<sup>21</sup>. Or, de jurisprudence constante, le juge constitutionnel n'apprécie pas la constitutionnalité des directives car elles tirent leur force normative des traités communautaires. Ce faisant, le Conseil constitutionnel a « mis en évidence une obligation constitutionnelle pour les pouvoirs publics français d'exécuter fidèlement leurs

obligations communautaires »<sup>22</sup>. Mais, le juge garde toutefois la possibilité d'un contrôle si la loi transposant une directive contrevient à un énoncé explicite de la Constitution. Le droit communautaire bénéficie d'une certaine « immunité constitutionnelle » dans la limite du respect des dispositions spécifiques et expresses de la Constitution.

Cette jurisprudence s'oppose à la conception absolue de la primauté du droit de l'Union sur le droit interne dégagée par la Cour de justice européenne<sup>23</sup>. L'obligation de transposition est limitée par la présence d'une disposition constitutionnelle expresse, la transposition reste une exigence communautaire mais cesse alors d'être constitutionnelle. Cette interprétation pose toutefois le problème de la jurisprudence basée sur des principes à valeur constitutionnelle<sup>24</sup>. Cette

<sup>20</sup> Ces dispositions doivent être propres à l'ordre juridique français, c'est-à-dire sans aucun équivalent dans le catalogue communautaire des droits fondamentaux et principes généraux du droit communautaire.

<sup>21</sup> Marie GAUTIER et Fabrice MELLERAY, « Le refus du Conseil constitutionnel d'apprécier la constitutionnalité de dispositions législatives transposant une directive communautaire », *Act. jur. dr. adm.* 28.2004.1537.

<sup>22</sup> Paul CASSIA, « Le juge administratif, la primauté du droit de l'Union européenne et la Constitution française », *Rev. fr. dr. adm.* 2005.3.465.

<sup>23</sup> « Issu d'une source autonome, le droit né du Traité ne pourrait donc en raison de sa nature spécifique originale se voir opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté » : C.J.C.E. 15 juil. 1964, *Flamino Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64, Rec. 1964, p. 1141. Par l'arrêt C.J.C.E., 17 déc. 1970, *Internationale Handelgesellschaft*, aff. 11/70, Rec. 1970, p. 1135, l'ordre juridique communautaire s'impose même aux normes constitutionnelles des États. Dans l'arrêt *Kreil* du 11 janvier 2000, la Cour de justice des Communautés européennes considère que le respect d'une directive s'oppose à l'application de dispositions nationales (constitutionnelles ou législatives) : aff. C-285/98, Rec. 1998, p. I-95. La primauté concerne l'ensemble des normes communautaires, que celles-ci soient primaires ou dérivées (C.J.C.E. 14 déc. 1971, *Politi*).

<sup>24</sup> Cette question est soulevée notamment par rapport à l'arrêt *Koné* (Cons. d'Ét., ass. 3 juil. 1996) : Henri LABAYLE et Jean-Luc SAURON, « Les rapports entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique européen. 1- La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe », *Rev. fr. dr. adm.* 2005.1.10.

décision risque d'entraîner une hiérarchie entre les règles constitutionnelles expresses et les principes constitutionnels. Dans une note du 8 novembre 2004 des services du Conseil constitutionnel sur «La jurisprudence constitutionnelle française relative au droit communautaire à la veille de l'examen par le Conseil constitutionnel du traité établissant une Constitution pour l'Europe»<sup>25</sup>, il est précisé qu'une disposition expresse ne procède pas d'une construction jurisprudentielle, mais d'un énoncé explicite ancré dans le bloc de constitutionnalité, tel que la définition du corps électoral politique donnée par l'article 3 de la Constitution de 1958, ou encore la formule figurant à l'article 6 de la Déclaration concernant les critères d'accès aux emplois publics»<sup>26</sup>. Cette conception restrictive des dispositions spécifiques et expresses de la Constitution vient limiter la réserve émise par le juge constitutionnel.

Les décisions de l'été 2004 marquent la volonté du Conseil constitutionnel de reconnaître la spécificité

du droit communautaire, mais ne lui confèrent pas une réelle primauté. La détermination d'un fondement spécifique lui permet cependant d'appréhender plus aisément l'examen du traité établissant une Constitution pour l'Europe, lequel prône explicitement la primauté du droit de l'Union sur les droits des États membres.

### **B. Le Conseil constitutionnel et le traité établissant une Constitution pour l'Europe : une décision préparée**

Sur le fondement de l'article 54 de la Constitution<sup>27</sup>, le Président de la République a saisi le Conseil constitutionnel, dès la signature du traité établissant une Constitution pour l'Europe le 29 octobre 2004, pour vérifier sa compatibilité avec la Constitution française. Les neuf membres du Conseil ont rendu leur décision le 19 novembre suivant<sup>28</sup>, Valéry Giscard d'Estaing, membre de droit, ayant renoncé à siéger en raison de son implication dans l'élaboration du projet de traité<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Disponible sur le site du Conseil constitutionnel [<http://www.conseil-constitutionnel.fr>].

<sup>26</sup> Conseil constitutionnel, «La jurisprudence constitutionnelle française relative au droit communautaire à la veille de l'examen par le Conseil constitutionnel du traité établissant une Constitution pour l'Europe», 8 novembre 2004, p. 56.

<sup>27</sup> «Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le Président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution». L'article 54 permet ainsi de dénouer le conflit entre un traité non encore ratifié et la Constitution.

<sup>28</sup> Cons. constit. n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004.

<sup>29</sup> En effet, en vertu de l'article 56 de la Constitution, Valéry Giscard d'Estaing est membre de droit et à vie du Conseil en tant qu'ancien Président de la République. La présence des membres de droit a souvent été critiquée et le Comité consultatif pour la révision de la Constitution présidé par le doyen Georges Vedel en 1993 avait même proposé la suppression de cette catégorie. L'ancien Président de la République, président de la Convention à

Après un examen exhaustif du traité, la Haute juridiction a tout d'abord reconnu la compatibilité de certaines stipulations à la Constitution (1) avant d'analyser les clauses nécessitant une révision de la Constitution (2) pour préparer la voie à une éventuelle ratification par le peuple français<sup>30</sup>.

### 1. Des déclarations de conformité audacieuses du juge constitutionnel

Le Conseil précise que les dispositions du traité reprenant des engagements antérieurs ne sont pas soumises au contrôle de conformité. En effet, la Constitution européenne succède et abroge les traités anté-

l'origine du projet de traité, a participé à la campagne pour expliquer le traité et n'a pas siégé aux délibérations relatives au traité établissant une Constitution pour l'Europe dans un souci d'impartialité. L'obligation de réserve se limite, selon lui, au respect du secret des délibérations et des votes. René CHIROUX, «Et, inexorablement, le non au référendum européen l'emporta», *Rev. adm.*, 2005.346.441. Selon l'ordonnance du 7 novembre 1958, seuls les membres nommés du Conseil jurent d'exercer leurs fonctions «en toute impartialité dans le respect de la Constitution, de garder le secret des délibérations et des votes, et de ne prendre aucune position publique, de ne donner aucune consultation sur des questions relevant de la compétence du Conseil». Il faut signaler que les membres de droit ne prêtent pas serment et ne peuvent être sanctionnés. Par ailleurs, Simone Veil, membre nommée depuis 1998, a demandé, le 22 mai 2005, sa «mise en congé» pour pouvoir participer à la campagne. Elle a décidé de suspendre ses fonctions du 1<sup>er</sup> mai 2005 jusqu'à la proclamation des résultats du référendum du 29 mai suivant. La mise en congé a été accordée et vise pour la première fois un membre non candidat à une élection. La mise en congé est normalement prévue pour les candidats à un mandat électif. D'un point de vue juridique, il n'existe pas de mise en congé pour d'autre motif. L'article 4 du décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959 relatif aux obligations des membres du Conseil constitutionnel précise, en effet, que «[t]out membre du Conseil constitutionnel qui entend solliciter un mandat électif doit demander sa mise en congé pour la durée de la campagne électorale. La mise en congé est de droit». Dans une ordonnance en référé en date du 6 mai 2005, le Conseil d'État considère à ce propos que «le Conseil constitutionnel est seul juge du respect par ses membres des obligations qui s'imposent à eux; qu'il n'appartient donc pas à la juridiction administrative de connaître d'une contestation touchant aux conditions de mise en oeuvre de cette compétence». Toutefois, si Valéry Giscard d'Estaing n'a pas siégé pour la décision du 19 novembre et pour la proclamation des résultats du référendum, il faut signaler que Mme Veil a participé aux délibérations de la décision du 19 novembre.

<sup>30</sup> Cette décision a fait l'objet de nombreux commentaires notamment: Dominique CHAGNOLLAUD, «La Constitution française ne peut pas être révisée par voie de directives [...]», D.2.2005.chr.100-102; Florence CHALTIÉL, «Une première pour le Conseil constitutionnel: juger un traité établissant une Constitution», (2005) 484 *Revue du marché commun et de l'Union européenne* 5-10; Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, «Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe», (2005) 2 *Rev. trim. dr. eur.* 557-580; B. GENEVOIS, *loc. cit.*, note 19, 239-241; Anne LEVADE, «Le Conseil constitutionnel aux prises avec la Constitution européenne», (2005) 1 *R.D.P.* 19; François LUCHAIRE, «La Constitution pour l'Europe devant le Conseil constitutionnel», (2005) 1 *R.D.P.* 51; Jean-Claude RICCI, «Le traité établissant une Constitution pour l'Europe ou "le Conseil constitutionnel est nu". Libres propos sur la décision 2004-505 DC du 19 novembre 2004», (2004) 4 *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif* 2115-2118; J. ROUX, *loc. cit.*, note 1; Denys SIMON, «L'examen par le Conseil constitutionnel du traité portant établissement d'une Constitution pour l'Europe: fausses surprises et vraies confirmations», (fév. 2005) *Europe* 6-9.

rieurs pour donner à l'Europe une fondation unique. Les stipulations déjà intégrées dans le texte constitutionnel ne sont pas réexaminées. De jurisprudence constante, le juge constitutionnel considère qu'un traité ratifié ne peut être remis en cause. Il s'est ainsi livré à un examen attentif du traité, dont certaines stipulations pouvaient poser quelques problèmes d'appréciation au regard de leur compatibilité avec la Constitution. Tel est le cas de l'article I-6 du traité relatif à la primauté du droit communautaire (a) et de la seconde partie du traité relative à la Charte des droits fondamentaux (b).

#### **a. Sur la primauté du droit de l'Union européenne**

Tout d'abord, le juge constitutionnel s'est prononcé sur le sens à accorder à ce texte : s'agit-il d'une Constitution ou d'un traité ? Cette question est fondamentale : soit il s'agit de la Constitution d'un ordre juridique européen supérieur aux ordres juridiques nationaux, soit il s'agit d'un traité ne remettant pas en cause la primauté des Constitutions nationales. Il est vrai que la rédaction même du traité peut susciter de telles interrogations. Au-delà

de son intitulé (« *Traité* établissant une *Constitution* pour l'Europe »), plusieurs dénominations sont utilisées : les parties I et II font généralement référence à la « Constitution », la partie IV au « *Traité* ».

Le Conseil constitutionnel considère en l'espèce que le traité, signé le 29 octobre 2004 à Rome, n'est pas une Constitution au sens propre du terme<sup>31</sup>. Après un rappel des normes de références applicables<sup>32</sup>, il estime que ce texte demeure un traité au sens du droit international public<sup>33</sup> devant être ratifié par l'ensemble des États membres (les « Hautes Parties Contractantes ») pour entrer en vigueur au plus tôt le 1<sup>er</sup> novembre 2006. Il faut préciser par ailleurs que, d'un point de vue théorique, ce texte ne peut pas être considéré comme une Constitution au sens kelsénien du terme. Il ne fonde pas la validité des autres normes juridiques et notamment des Constitutions nationales.

Cette première constatation du juge constitutionnel donne déjà un indice : la dénomination du traité « est sans incidence sur l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne »<sup>34</sup>. Les États restent souverains de « son entrée en vigueur,

<sup>31</sup> Sur ce point : H. LABAYLE et J.-L. SAURON, *loc. cit.*, note 24, 3.

<sup>32</sup> Sont ainsi visés l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et l'article 3 de la Constitution, les 14<sup>e</sup> et 15<sup>e</sup> alinéas du préambule de 1946, l'article 53 de la Constitution, le titre XV, avec notamment l'article 88-1, mais aussi une référence à sa jurisprudence de juin et juillet 2004. Pour la première fois, le Conseil constitutionnel vise un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme en date du 29 juin 2004 (*Leyla Sahin c. Turquie*), même si celui-ci est frappé de renvoi devant la grande chambre de la Cour.

<sup>33</sup> Cons. constit. n° 2004-505, précitée, note 28, considérant n° 10.

<sup>34</sup> *Id.*

à sa révision et à la possibilité de le dénoncer»<sup>35</sup>. De surcroît, l'Union européenne ne dispose pas de la «compétence de sa compétence»; les États membres demeurent maîtres des traités et eux seuls peuvent définir les compétences de l'Union.

Le traité établissant une Constitution pour l'Europe ne remet donc pas en cause l'existence de la Constitution française. Le Conseil renforce son argumentation en se fondant sur l'article I-5 du traité selon lequel «[l]'Union respecte l'égalité des États membres devant la Constitution ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale».

Il constate également que le traité en question ne modifie pas la nature de l'Union – même s'il lui confère la personnalité juridique – et reconnaît implicitement qu'il ne crée pas un État fédéral<sup>36</sup>. Par conséquent, si un traité modifie la nature de l'Union, il faut nécessairement réviser la Constitution française. Le traité soumis à son examen n'est pas une Constitution d'un État fédéral européen venant se placer au-dessus du texte constitutionnel interne. La Constitution française – norme suprême de l'ordre juridique interne – prévaut toujours dans

l'ordre juridique interne et le traité doit lui être conforme. L'Union n'a qu'une compétence d'attribution (art. I-11). Elle ne peut agir que dans les limites des compétences attribuées par les États membres. Les autres compétences relèvent de ces États. Cette mesure est garantie, en outre, par la possibilité pour les États d'engager une révision ou, aux termes de l'article I-60, de se retirer volontairement de l'Union. Les États membres demeurent souverains de se délier de leur engagement.

Le traité pose explicitement le principe de la primauté du droit de l'Union sur le droit des États membres<sup>37</sup>. Aux termes de l'article I-6 intitulé «Le droit de l'Union», «La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des États membres». La déclaration additionnelle à l'article I-6 précise: «La Conférence constate que l'article I-6 reflète la jurisprudence existante de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance». Au sens de l'article I-6, la primauté vaut dans le domaine des compétences attribuées à l'Union<sup>38</sup>. Cet article reprend ici la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union qui proclame la primauté du droit de

<sup>35</sup> *Id.*, considérant n° 9.

<sup>36</sup> *Id.*, considérant n° 13. Également, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18, commentaire de la décision.

<sup>37</sup> Paul CASSIA, «L'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes», (décembre 2004) *Europe* 6-10.

<sup>38</sup> Le traité indique dans quels domaines l'Union a une compétence exclusive (art. I-13) ou une compétence partagée avec les États membres (art. I-14).

l'Union sur les droits nationaux<sup>39</sup>. La réponse du Conseil était très attendue sur ce point car cette clause peut remettre en cause la suprématie de la Constitution française. Le Conseil constitutionnel vise précisément à savoir si cette stipulation suppose une révision constitutionnelle. Le juge constitutionnel fait ici référence à ses décisions de l'été 2004 – marquant ainsi une continuité certaine dans sa jurisprudence – et reconnaît la primauté du droit communautaire sur le fondement textuel de l'article 88-1 de la Constitution considérant que « le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre international »<sup>40</sup>. Il rompt ainsi avec la jurisprudence des juridictions ordinaires qui ne différencient pas le droit communautaire du droit international général. Le juge constitutionnel réaffirme la spécificité du droit communautaire par rapport au droit international en lui conférant un fondement constitutionnel distinct (art. 88-1 et non art. 55)<sup>41</sup>.

Dans ce cadre, si le principe de la primauté du droit de l'Union est bien affirmé dans l'article I-6 du traité, il reste relativisé sur le plan constitutionnel lorsqu'il existe des dispositions spécifiques et expresses contraires de la Constitution. Par une lecture combinée des articles I-5 et I-6 du traité, le Conseil conclut que la révision de la Constitution est inutile. Le droit de l'Union ne remet pas en cause les dispositions constitutionnelles françaises relatives à ses structures fondamentales. Par conséquent, en droit français – même si le principe de la primauté du droit communautaire est compatible avec la Constitution – les dispositions constitutionnelles priment toujours. La jurisprudence de l'été 2004 rend superflue toute modification de la Constitution affirmant la primauté du droit communautaire. La Constitution française conserve sa place « au sommet de l'ordre juridique interne ». Sur ce point, la décision du juge constitutionnel fait écho à la jurisprudence des juges administratif et judiciaire. En effet, les deux juridictions ordinaires, dans leur formation la plus solennelle,

<sup>39</sup> Voir : C.J.C.E. 15 juil. 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, précité, note 23 ; C.J.C.E. 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, précité, note 23 ; C.J.C.E. 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, Rec. 1977, p. 64 ; C.J.C.E. 11 janv. 2000, *Kreil*, précité, note 23.

<sup>40</sup> Cons. constit. n° 2004-505, précitée, note 28, considérant n° 11.

<sup>41</sup> Christine MAUGÛE, « La décision n° 2004-505DC du 19 novembre 2004 du Conseil constitutionnel français », *Rev. fr. dr. adm.* 2005.1.31 ; également : Olivier DORD, « Le Conseil constitutionnel face à la Constitution européenne : contrôle des apparences ou apparence de contrôle ? », *Act. jur. dr. adm.* 2004.4.211-219.

avaient, chacune, mis en exergue la suprématie de la Constitution française sur le droit communautaire<sup>42</sup>. Ainsi, en termes de hiérarchie des normes, dans l'ordre interne, la Constitution occupe toujours la place suprême.

Cette interprétation audacieuse du Conseil constitutionnel évite une révision qui, si elle affirmait clairement la suprématie du traité, ôterait à la Constitution son caractère fondamental et réduirait considérablement le contrôle du juge.

#### **b. Sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union**

Le Conseil a également analysé la compatibilité de la Charte des droits fondamentaux avec la Constitution. La Charte, proclamée le 7 décembre 2000 au sommet de Nice, est reprise dans la deuxième partie du traité. Jusqu'à présent, elle n'avait aucune valeur contraignante. Son insertion dans le droit originaire de l'Union permettrait donc – en cas d'entrée en vigueur du traité – de lui conférer une valeur normative.

Selon le Conseil, la Charte n'entre pas en contradiction avec la Constitution. Il rappelle à ce propos que la Charte s'adresse aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union<sup>43</sup>. L'ar-

ticle II-111 paragraphe 2 précise d'ailleurs que « la présente charte n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union ». En outre, les droits reconnus résultent des traditions constitutionnelles des États membres et doivent donc être interprétés en harmonie avec ces traditions constitutionnelles. La proclamation de nouveaux droits et principes (par exemple, le droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante, le niveau élevé de protection des consommateurs, etc.) n'appelle pas de révision de la Constitution française car ils constituent seulement des objectifs ne pouvant être invoqués qu'à l'encontre d'actes de portée générale relatifs à leur mise en œuvre (art. II-112).

Le Conseil a examiné plus particulièrement l'article II-70 sur le droit d'exprimer sa conviction religieuse au regard du principe de laïcité proclamé à l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution. Cette question soulève un intérêt particulier en France eu égard à la loi du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics. En utilisant

<sup>42</sup> Le juge administratif affirme cette suprématie au regard du droit international (*Sarran*, précité, note 17) et également au regard du droit communautaire (Cons. d'Ét., 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, Rec. Lebon, 2001, p. 624). Il en est de même pour le juge judiciaire qui reprend quasiment mot pour mot la formulation du Conseil d'État selon laquelle « la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle » (*Fraisse*, précité, note 17).

<sup>43</sup> F. CHALTIEL, *loc. cit.*, note 28; Florence BENOIT-ROHMER, « Valeurs et droits fondamentaux dans la Constitution », (2005) 2 *Rev. trim. dr. eur.* 275.

les explications du *praesidium*<sup>44</sup>, la Haute juridiction a déclaré cet article conforme car la charte renvoie à la Convention européenne des droits de l'homme. Pour étayer son argumentation, le Conseil constitutionnel fait référence à l'arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* du 29 juin 2004 rendu par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans cet arrêt non définitif, la Cour européenne a jugé que l'interdiction du port du voile faite aux étudiantes turques n'est pas contraire à l'article 9 de la Convention. Par conséquent, la liberté religieuse proclamée par la Charte est conciliable avec le principe de la laïcité.

Les explications du *praesidium* sont également exploitées pour juger la conformité des articles II-107 sur le droit à un recours effectif et à un tribunal impartial (dont le champ d'application est beaucoup plus large que celui de l'article 6 de la CEDH puisqu'il ne se limite pas aux contestations relatives à des droits et obligations de caractère civil ou à des accusations en matière pénale) et II-110 selon lequel « nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou

condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif »<sup>45</sup>.

Ayant évité une révision constitutionnelle sur ces points relativement délicats, le juge a toutefois relevé plusieurs incompatibilités envers la Constitution française, qui se révèle soit inadaptée, soit silencieuse quant aux politiques et fonctionnement de l'Union.

## **2. La nécessité de la révision constitutionnelle sur les politiques et le fonctionnement de l'Union**

La révision constitutionnelle s'impose en ce que le traité transfère à l'Union certaines compétences affectant les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale (a) et attribue de nouvelles compétences aux Parlements nationaux (b).

### **a. Les transferts de compétences et leurs modalités d'exercice**

Le Conseil souligne dans sa décision que la révision constitutionnelle s'impose lorsque les traités « contiennent une clause contraire à la Constitution, remettent en cause

<sup>44</sup> Cons. constit. n° 2004-505, précitée, note 28, considérant n° 18. Le préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union précise en effet que « la Charte sera interprétée par les juridictions de l'Union et des États membres en prenant dûment en considération les explications établies sous l'autorité du *praesidium* de la Convention qui a élaboré la Charte et mises à jour sous la responsabilité du *praesidium* de la Convention européenne ». Les explications du *praesidium* de la précédente Convention qui a élaboré la Charte visent ainsi à éclairer le sens des différentes dispositions de la Charte mais ces explications n'ont aucune valeur juridique. Le *praesidium* de la Convention européenne, présidé par Valéry Giscard d'Estaing, a apporté des précisions compte tenu des adaptations qui ont été apportées au texte de la Charte en raison de son intégration dans le traité.

<sup>45</sup> L'article II-107 pose le principe de la publicité des audiences et l'article II-110 élargit le principe *non bis in idem*. Les explications du *praesidium* permettent de juger ces articles conformes à la Constitution.



les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale»<sup>46</sup> conformément à sa jurisprudence relative aux traités de Maastricht et d'Amsterdam.

Plusieurs clauses du traité sont en effet susceptibles d'affecter les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale car elles dépassent le cadre de l'article 88-2 de la Constitution permettant les « transferts de compétences nécessaires à la détermination des règles relatives à la libre circulation des personnes et aux domaines qui lui sont liés ».

En premier lieu, c'est le cas des transferts de compétences dans de nouvelles matières : contrôle des frontières (art. III-265), coopération judiciaire en matière civile (art. III-269), coopération judiciaire en matière pénale (art. III-270 et III-271) et création d'un Parquet européen (art. III-274). Ces dispositions font relever de la procédure législative ordinaire des compétences inhérentes à l'exercice de la souveraineté nationale.

En second lieu, c'est le cas des modifications des règles décisionnelles : substitution de la règle de la majorité qualifiée à celle de l'unanimité (art. III-270, 271, 273, 276 et 300), extension de la fonction décisionnelle du Parlement européen (art. III-191 et 419), substitution au pouvoir d'initiative de chaque

État membre d'une initiative conjointe d'un quart des États membres pour présenter un projet d'acte européen (art. III-273, 275 et 277), les clauses « passerelles » permettant, sur décision unanime du Conseil, le passage à la majorité qualifiée (art. III-269, 270, 271 et 300) et la clause « passerelle générale » de l'article IV-444 relatif à la procédure de révision simplifiée.

La révision est nécessaire pour inclure

*toute disposition du traité qui, dans une matière inhérente à l'exercice de la souveraineté nationale mais relevant déjà des compétences de l'Union ou de la Communauté, modifie les règles de décision applicables, soit en substituant la règle de la majorité qualifiée à celle de l'unanimité au sein du Conseil, privant ainsi la France de tout pouvoir d'opposition, soit en conférant une fonction décisionnelle au Parlement européen, lequel n'est pas l'émanation de la souveraineté nationale, soit en privant la France de tout pouvoir propre d'initiative.*<sup>47</sup>

Le Conseil reprend un raisonnement déjà utilisé à propos du traité d'Amsterdam où il considérait déjà que la modification des règles décisionnelles remettait en cause les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale<sup>48</sup> car elles n'imposent aucun acte de ratification ou d'approbation nationale susceptible de faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité sur le fondement de l'article 54 ou de l'article 61, al. 2 de la Constitution.

<sup>46</sup> Cons. constit. n° 2004-505, précitée, note 28, considérant n° 7, également considérant n° 24.

<sup>47</sup> *Id.*, considérant n° 29.

<sup>48</sup> Cons. constit. n° 97-394, précitée, note 6, considérant n° 9.

### **b. Les nouvelles compétences attribuées aux parlements nationaux**

Le traité établissant une Constitution pour l'Europe accorde directement aux Parlements de nouvelles compétences venant renforcer le rôle des représentants nationaux. Le juge constitutionnel doit vérifier si ces attributions sont conciliables avec les dispositions actuelles de la Constitution.

Il s'agit d'abord du pouvoir d'opposition du Parlement dans le cadre de la procédure de révision simplifiée de l'article IV-444. Le Parlement peut empêcher la révision simplifiée du traité lorsque le Conseil européen autorise le Conseil des ministres à statuer à la majorité qualifiée dans des matières requérant l'unanimité.

Le Parlement a, en outre, la possibilité de contrôler la mise en œuvre du principe de subsidiarité. Le Parlement national – ou l'une de ses chambres – peut adresser aux Présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, un « avis motivé » exposant les raisons pour lesquelles il estime qu'un projet d'acte législatif européen n'est pas conforme au principe de subsidiarité. Le projet devra alors être réexaminé si ces avis rassemblent un tiers des voix des Parlements nationaux (ou un quart de ces voix dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale ou dans celui de la coopération policière).

Enfin, un État membre peut saisir la Cour de justice de l'Union de toute décision communautaire qu'il estime contraire au principe de

subsidiarité. Ce recours est transmis par l'État membre « au nom de son Parlement national ou d'une chambre de celui-ci ».

L'ensemble de ces dispositions appelle à une révision de la Constitution française pour octroyer ces nouvelles compétences au Parlement et pour déterminer leur cadre procédural. En effet, si le Parlement peut adopter des résolutions (lesquelles n'ont qu'une valeur consultative), il ne peut le faire que dans le cadre de procédures strictement définies. La rédaction actuelle de la Constitution ne permettait pas au juge constitutionnel de déclarer ces stipulations conformes tout simplement parce que la Constitution reste silencieuse en ces domaines. Il importe donc de réviser la loi fondamentale pour permettre l'exercice de ces trois prérogatives.

Avant de soumettre l'autorisation de ratification au peuple français, il appartient au pouvoir constituant dérivé d'effectuer une révision de la Constitution prenant en compte les éléments d'inconstitutionnalité décelés par le juge.

## **II. Une révision constitutionnelle à géométrie variable**

La ratification du traité exige une révision constitutionnelle. Celle-ci ne doit pas préjuger de l'entrée en vigueur de l'engagement international en question. Le peuple, consulté sur la base de l'article 11 de la Constitution, a la liberté d'accepter ou de refuser la ratification et le traité doit également être ratifié par l'ensemble des États signataires. La révision vise un texte qui n'aura peut-être aucune application effec-

tive. Mais, parallèlement, la ratification n'est possible que si la révision constitutionnelle tient compte des griefs relevés par le Conseil constitutionnel. La révision est donc un « passage obligé » quel que soit l'avenir de l'engagement international.

La révision intervenue le 1<sup>er</sup> mars 2005 permet de lever les obstacles constitutionnels au processus de ratification. Cette révision – peu lisible en soi – est originale car elle va engendrer un dédoublement du texte constitutionnel. En effet, elle intègre deux niveaux de lecture en fonction des différents objectifs poursuivis.

La technique de révision utilisée a consisté à « élaborer deux dispositifs successifs, l'un transitoire et d'application immédiate, l'autre pérenne et applicable à compter de l'entrée en vigueur du traité »<sup>49</sup>. D'une part, la loi constitutionnelle prévoit des dispositions d'application immédiate qui devaient, en cas de ratification, subir de mineures modifications. Elles trouvent donc application quel que soit le résultat du référendum. D'autre part, la loi constitutionnelle intègre des dispositions d'application différée à l'entrée en vigueur du traité. Cette catégorie de dispositions ne trouvera finalement pas d'application en raison de l'échec du référendum. La loi constitutionnelle répond à différents objectifs : donner la possibilité de ratifier le traité, insérer de nouvelles dispositions une fois le traité entré en vigueur et enfin, instaurer un nouveau type de référen-

dum pour toute nouvelle adhésion à l'Union. Ce dernier objectif n'est pas lié aux deux précédents en ce qu'il ne répond pas à la nécessité de réviser la Constitution suite à la décision du Conseil constitutionnel. Il répond plutôt à une volonté politique.

Une révision constitutionnelle en deux temps s'avérait donc nécessaire pour répondre aux différents objectifs poursuivis mais elle engendre un véritable dédoublement du texte constitutionnel (A). Par ailleurs, l'absence de ratification du traité en France emporte des incidences tant au regard de la Constitution qu'au regard de l'avenir européen du traité (B).

## **A. Le dédoublement du texte constitutionnel**

La loi constitutionnelle est composée de quatre articles. Les deux premiers sont d'application immédiate (1) et le troisième d'application différée (2). L'article 4, quant à lui, vient seulement apporter des précisions sur la mise en œuvre du nouveau référendum relatif aux futures adhésions à l'Union européenne.

### **1. Les dispositions d'application immédiate**

La loi constitutionnelle introduit immédiatement deux modifications dans le titre XV de la Constitution. Elle rend possible la ratification du traité de Rome du 29 octobre 2004 (a). Elle inscrit également dans la Constitution l'obligation de référen-

<sup>49</sup> Pascal CLÉMENT, *Rapport de la commission des lois sur le projet de loi modifiant le titre XV de la Constitution*, n° 2033, Assemblée nationale, 19 janvier 2005, p. 30.

rendum autorisant la ratification d'un traité d'élargissement (b).

**a. L'article 88-1 ou la possibilité de ratifier le traité établissant une Constitution pour l'Europe**

L'article 1<sup>er</sup> de la loi constitutionnelle énonce la dérogation générale aux dispositions de notre Constitution qui pourraient être contraires aux stipulations du traité et rend possible l'adoption de la loi ordinaire autorisant la ratification du traité par le Président de la République. Dans le cadre du titre XV qui demeure intitulé « Des Communautés européennes et de l'Union européenne », il est ainsi inséré un second alinéa à l'article 88-1 selon lequel la République française « *peut* participer à l'Union européenne dans les conditions prévues par le traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004 ». Cette rédaction donne au traité un poids juridique important en l'intégrant hypothétiquement au plus haut niveau de la hiérarchie des normes française.

Cet article est très concis car, originellement, prévu seulement à titre transitoire. L'article 3 de la loi constitutionnelle prévoit une nouvelle rédaction de cet article « à compter de l'entrée en vigueur du traité établissant une Constitution pour l'Europe ». L'entrée en vigueur de cette nouvelle rédaction est conditionnée par l'entrée en vigueur du

traité. Le titre XV sera alors intitulé « De l'Union européenne » et l'article 88-1 sera rédigé de la façon suivante : « Dans les conditions fixées par le traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004, la République française *participe* à l'Union européenne, constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences ». L'article 88-1 marque toujours l'étendue de l'engagement français dans la construction européenne.

Les résultats négatifs du référendum empêchent, pour le moment, toute ratification du traité. La seconde version de l'article 88-1 subordonnée à l'entrée en vigueur du traité est, pour l'heure, sans objet. Seule la possibilité juridique de ratifier le traité subsiste<sup>50</sup>. Toutefois, cette possibilité, instaurée par la loi constitutionnelle, ne peut devenir une réalité juridique.

La rédaction actuelle et nouvelle de l'article 88-1 n'engendre sur le fond aucune rupture avec l'esprit de la Constitution. Depuis 1992, la Constitution fait référence à l'appartenance de la France à l'Union. Le nouvel alinéa de l'article 88-1 s'inscrit dans cette continuité en précisant que la France « *peut* » participer à l'Union dans les conditions prévues par la Constitution européenne. Il n'a toutefois pas de réelle force normative car « l'utilisation du verbe "pouvoir" montre que la participation à une Union régie par la Constitution européenne suppose, à

<sup>50</sup> Denys SIMON, « Constitution européenne et révision de la Constitution française », (fév. 2005) *Europe* 4.

l'évidence, que celle-ci entre en vigueur»<sup>51</sup>. La référence au traité européen subsiste, même si l'avenir de ce texte demeure incertain. À terme, si le second traité de Rome devient caduc, il faudra en supprimer la mention au sein de la Constitution.

Cette nouvelle rédaction de l'article 88-1 combinée à la lecture qu'en donne le Conseil constitutionnel peut avoir, en outre, des répercussions sur le contrôle effectué par le juge ordinaire. Cet article devient la norme de référence consacrant la primauté du droit communautaire dans la limite du respect des dispositions constitutionnelles expresses et spécifiques. Le juge ordinaire sera certainement amené à utiliser cet article plus fréquemment. Si, jusqu'à présent, l'utilisation de l'article 88-1 par le juge ordinaire reste marginale<sup>52</sup>, il pourra désormais viser à la fois les articles 55 et 88-1 de la Constitution. La mention de l'article 88-1 de la Constitution reflétant la spécificité du droit communautaire n'empêchera pas le juge de continuer à forger sa jurisprudence autour de l'article 55 en tant que règle de résolution des conflits normatifs.

**b. L'article 88-5 :  
l'instauration d'un  
référendum pour toute  
adhésion à l'Union  
européenne de nouveaux  
États**

Avant le 1<sup>er</sup> mars 2005, les projets de loi autorisant la ratification d'un traité pouvaient déjà être soumis au référendum en application de l'article 11. C'est dans ce cadre que les électeurs français ont été appelés à se prononcer le 23 avril 1972 pour autoriser la ratification du traité d'adhésion aux Communautés européennes du Royaume-Uni, de l'Irlande, du Danemark et de la Norvège<sup>53</sup>. La faculté du Président de la République de recourir au référendum fait partie de ses pouvoirs propres, c'est-à-dire dispensés du contreseing du Premier ministre et des ministres responsables (article 19 de la Constitution). Aux termes de l'article 11, le Président peut soumettre au référendum tout projet de loi autorisant la ratification d'un traité sur proposition du gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal officiel<sup>54</sup>. Seul le chef de l'État peut décider de soumettre le texte qui lui a été proposé au référendum.

<sup>51</sup> Roland BLUM, *Avis présenté au nom de la Commission des affaires étrangères sur le projet de loi constitutionnelle*, n° 2023, Assemblée nationale, 12 janvier 2005, p. 29.

<sup>52</sup> Par exemple, l'arrêt du Conseil d'État, *Parti nationaliste basque*, Rec. Lebon, 2000, p. 594.

<sup>53</sup> Ultérieurement, c'est le Parlement qui a permis la ratification des traités d'adhésion.

<sup>54</sup> Avec la révision constitutionnelle du 4 août 1995, le référendum sur proposition du gouvernement doit faire l'objet devant chaque assemblée d'une déclaration du gouvernement suivie d'un débat.

La loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005 instaure une nouvelle procédure référendaire. Cette nouvelle procédure, prévue à l'article 2 de la loi constitutionnelle, est également d'application immédiate. Le titre XV de la Constitution est complété par un article 88-5 selon lequel « tout projet de loi autorisant la ratification d'un traité relatif à l'adhésion d'un État à l'Union européenne et aux Communautés européennes est soumis au référendum par le Président de la République ». La référence aux Communautés européennes est maintenue.

Cet article est prévu pour s'appliquer même en cas de non ratification<sup>55</sup> et n'est aucunement lié aux obstacles constitutionnels liés à la ratification. Cette disposition concrétise la volonté du Chef de l'État de rendre obligatoire l'organisation d'un référendum pour la ratification de tout nouveau traité d'élargissement de l'Union à des États pour lesquels l'ouverture des négociations d'adhésion a été décidée après le 1er juillet 2004<sup>56</sup>.

La loi constitutionnelle vient modifier également la rédaction de l'article 60 qui devrait ainsi se lire comme suit : « Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum prévues

aux articles 11 et 89 et au titre XV. Il en proclame les résultats ». Cet article mentionne le référendum du titre XV et non de l'article 88-5 – alors que sont visés les articles 11 et 89 de la Constitution et non les titres II et XVI dans lesquels ils apparaissent. En faisant référence de manière globale au titre XV, le constituant a tenu compte de l'éventualité d'un référendum négatif et évite une modification de l'article 60.

La nouvelle procédure référendaire instituée par la loi constitutionnelle interdit l'adoption par la voie parlementaire d'un projet de loi autorisant la ratification d'un traité d'adhésion à l'Union européenne. Elle nécessite une initiative gouvernementale par l'élaboration d'un projet de loi et doit faire l'objet d'un contreseing du Premier ministre ou des ministres responsables en application de l'article 19 (lequel n'a pas fait l'objet de modification). Aucune condition de délai n'est prévue. La loi constitutionnelle n'impose pas une déclaration du gouvernement suivie d'un débat dans les assemblées. S'agissant de la compétence du Conseil constitutionnel en matière référendaire, il est consulté par le Gouvernement sur l'organisation des opérations de

<sup>55</sup> À l'entrée en vigueur du traité, cette nouvelle procédure référendaire figurera non plus à l'article 88-5 mais à l'article 88-7 (« Tout projet de loi autorisant la ratification d'un traité relatif à l'adhésion d'un État à l'Union européenne est soumis au référendum par le Président de la République »). Cette nouvelle rédaction supprime la référence aux Communautés européennes.

<sup>56</sup> La question de l'entrée de la Turquie était sous-jacente dans ce dispositif. Le Conseil européen du 17 décembre 2004 avait décidé d'engager les négociations avec la Turquie en vue d'une éventuelle adhésion à l'Union européenne. La loi constitutionnelle vise ainsi à dissocier la question de l'adhésion de la Turquie du débat sur la ratification du traité. Les vingt-cinq États membres se sont accordés pour ouvrir les négociations avec la Turquie le 3 octobre 2005.

référendum et est compétent pour examiner les réclamations relatives au contentieux des opérations préalables au référendum. Pendant le scrutin, il veille au bon déroulement des opérations électorales et désigne des délégués qui effectuent un contrôle sur place. À l'issue du scrutin, il assure le recensement général des votes, examine et tranche définitivement toutes les réclamations. En cas de graves irrégularités, il peut prononcer l'annulation (totale ou partielle) des opérations des bureaux concernés. En dernier lieu, il proclame les résultats du référendum. Le Conseil se déclare cependant incompétent pour juger de la constitutionnalité de la loi référendaire, quel que soit son objet. Par sa décision du 6 novembre 1962<sup>57</sup>, le Conseil ne se reconnaît pas compétent pour connaître de la conformité à la Constitution d'une loi adoptée par référendum, estimant qu'«il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics, que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale». Trente ans après, le Conseil a maintenu sa

jurisprudence. Dans sa décision du 23 septembre 1992<sup>58</sup>, il justifie son incompétence «au regard de l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution». Le Conseil constitutionnel a donc décliné sa compétence en matière de contrôle de la loi référendaire. Peut-être en serait-il encore de même s'il était à nouveau saisi de cette question, ou peut-être serait-il amené à infléchir sa jurisprudence.

Ce nouvel article envisage un référendum pour «tout projet de loi autorisant la ratification d'un traité relatif à l'adhésion d'un État à l'Union européenne». N'est pas expressément prévue la question de la ratification d'un traité d'adhésion pour plusieurs États sachant que lors du vote, les électeurs ne peuvent se prononcer en faveur de l'adhésion d'un État et contre celle de l'autre. La loi constitutionnelle vient préciser, dans son article 4, que ce nouveau type de référendum ne s'applique pas aux États pour lesquels la décision d'ouvrir les négociations d'adhésion est antérieure au 1<sup>er</sup> juillet 2004 (Bulgarie, Roumanie et Croatie)<sup>59</sup>. L'article 4 de la loi constitutionnelle ne figure pas matériellement dans le texte de la Constitution, mais il a valeur constitutionnelle sur le plan formel en raison de son inscription dans la loi constitutionnelle. Cet article per-

<sup>57</sup> La décision du 6 novembre 1962 porte sur la loi relative à l'élection du Président de la République adoptée par le référendum du 28 octobre 1962. (Cons. constit. n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, J.O. 7 nov. 1962, p. 10778).

<sup>58</sup> Cette décision porte sur la régularité de la loi référendaire autorisant le Président de la République à ratifier le traité de Maastricht (Cons. constit. n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, Rec. 1992, p. 94).

<sup>59</sup> Les projets de loi autorisant la ratification des traités d'adhésion de ces États pourront être adoptés par la voie parlementaire.

met seulement de définir provisoirement le champ d'application du référendum en établissant une dérogation applicable aux adhésions de la Roumanie, de la Bulgarie et de la Croatie. En effet, cet article s'applique jusqu'à l'adhésion des États concernés.

Le référendum de l'article 88-5, à l'initiative du chef de l'État, constitue une nouvelle catégorie de consultation populaire à côté de celles mentionnées aux articles 11 et 89 de la Constitution. La Constitution française prévoit donc dorénavant deux types de référendums obligatoires : le référendum de l'article 89 lorsque la révision constitutionnelle est d'initiative parlementaire et le référendum de l'article 88-5. Cette procédure inédite vient toutefois lier les futurs présidents français, sauf à réviser une nouvelle fois la Constitution dans le respect de l'article 89 de la Constitution. Dans ce cas, il faut supposer qu'un Président de la République veuille réaliser une telle révision et qu'il dispose d'une majorité suffisante au Congrès.

Il faut préciser enfin que ce type de référendum n'est pas prévu dans

les autres pays de l'Union européenne. Désormais, l'adhésion de tout nouvel État membre à l'Union suppose, au préalable, l'approbation du peuple français. Cette nouvelle disposition peut troubler le processus d'élargissement en cas de référendum négatif en France, même si l'État concerné remplit tous les critères d'adhésion<sup>60</sup>.

## **2. Les dispositions conditionnées par la ratification du traité**

L'article 3 de la loi constitutionnelle, qui constitue le cœur de la révision, procède à l'ensemble des modifications exigées par le Conseil constitutionnel et aux actualisations de la loi fondamentale au regard du traité. Tout en restant soumis à l'entrée en vigueur du traité établissant une Constitution pour l'Europe, cet article réécrit entièrement le titre XV de la Constitution, intitulé désormais « De l'Union européenne » et comportant des articles 88-1 à 88-7<sup>61</sup>. Cet intitulé actualisé supprime la mention « des Communautés européennes », laquelle devient sans objet puisque le traité opère une fusion entre les Communautés

<sup>60</sup> Selon les critères définis par le Conseil européen de Copenhague en 1993, l'Union requiert que les pays candidats aient des institutions stables garantissant la démocratie, la primauté du droit, les droits de l'homme, le respect et la protection des minorités, l'existence d'une économie de marché viable et la capacité de faire face aux pressions concurrentielles et aux forces du marché à l'intérieur de l'Union. Les pays candidats doivent accepter l'acquis communautaire et justifier de la bonne mise en œuvre de cet acquis.

<sup>61</sup> L'article 88-1 concerne la participation de la France à l'Union européenne dans les conditions fixées par le traité établissant une Constitution pour l'Europe ; l'article 88-2 fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen ; l'article 88-3 vise le droit de vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union européenne ; l'article 88-4 prévoit de soumettre aux assemblées les projets d'actes législatifs européens ou les autres projets ou propositions d'actes de l'Union comportant des dispositions qui sont du domaine de la loi et leur offrant la possibilité de voter des résolutions sur ces projets, propositions ou documents transférés ; l'article 88-5 porte sur le contrôle du respect du principe de subsidiarité par l'Assemblée nationale et le



et l'Union européenne. Cependant, avec le rejet du projet de loi autorisant la ratification du traité par le peuple français, cet article 3 ne peut entrer en vigueur. Il est, dès lors, voué aux « limbes juridiques »<sup>62</sup>.

Cette révision anticipatrice visait, d'une part, à constitutionnaliser le nouvel aménagement des compétences de l'Union (a) et, d'autre part, à intégrer le rôle nouveau des Parlements nationaux (b).

#### **a. Un nouvel aménagement des compétences de l'Union**

Le traité européen met en place une nouvelle structuration des compétences communautaires. Depuis la révision du 25 juin 1992, l'article 88-2 de la Constitution dresse la liste des compétences transférées à l'Union. La décision du Conseil a appelé à la nécessité d'une révision de la Constitution pour les clauses du traité « qui transfèrent à l'Union européenne des compétences affectant les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». La révision instaure une nouvelle étape dans les transferts de souveraineté. La rédaction de l'article 88-1 faisant référence aux « conditions fixées par le traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004 » assure la conformité de l'ensemble des clauses du traité à la Constitution sans mentionner précisément

les éléments censurés par le juge constitutionnel (c'est-à-dire le transfert de nouvelles matières et les nouvelles modalités d'exercice des compétences déjà transférées). La loi constitutionnelle n'établit pas de catalogue exhaustif des compétences transférées. Il faut préciser que le Conseil n'a relevé que les exemples d'inconstitutionnalité les plus importants (en employant souvent dans ses considérants les termes « notamment » et « en particulier » entraînant de ce fait une liste non exhaustive), ce qui complique la tâche du constituant. La loi constitutionnelle ne reprend pas minutieusement les dispositions du traité déclarées contraires à la Constitution. Le renvoi direct au traité est nouveau car les révisions de 1992 et de 1999 reprenaient précisément et clairement les éléments préalablement déclarés inconstitutionnels.

L'article 88-1 se substitue à l'article 88-2 sur la question des transferts de compétences. La référence générale au traité rend inutile le maintien des deux premiers alinéas de l'article 88-2 de la Constitution autorisant, sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues respectivement par le traité de Maastricht et celui d'Amsterdam, les transferts de compétences nécessaires à l'établissement de l'union économique et monétaire européenne et à la détermination

---

Sénat ; l'article 88-6 concerne la possibilité donnée au Parlement de s'opposer à la mise en oeuvre de la procédure simplifiée de révision du traité ; et enfin, l'article 88-7 prévoit l'obligation pour le Président de la République de recourir systématiquement au référendum pour l'adoption d'un projet de loi de ratification d'un traité autorisant l'adhésion d'un nouveau pays à l'Union.

<sup>62</sup> Expression empruntée à Roland BLUM, *op. cit.*, note 51, p. 32.

des règles relatives à la libre circulation des personnes et aux domaines qui lui sont liés. L'article 88-2, réduit à un seul alinéa, maintient seulement la référence au mandat d'arrêt européen. Cette référence accorde une base constitutionnelle aux dispositions législatives prises en application d'une décision-cadre dont le Conseil d'État avait estimé qu'elle dérogeait au principe constitutionnel interdisant toute extradition pour infraction de caractère politique. L'article 88-3 relatif au droit de vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union européenne aux élections municipales est également maintenu.

#### **b. La revalorisation des compétences du Parlement**

Les compétences du Parlement national prévues par la Constitution européenne doivent également figurer dans le texte constitutionnel français. Or, la rédaction de l'article 88-4 de la Constitution était insuffisante pour assurer l'exercice de ces nouveaux pouvoirs. Avec la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, l'article 88-4 associe les assemblées parlementaires à la préparation des décisions prises au plan communautaire. Dans ce cadre, le gouvernement doit soumettre à l'Assemblée nationale et au Sénat, dès leur transmission au Conseil de l'Union, les projets ou propositions d'actes des communautés européennes et de l'Union, s'ils comportent des dispositions de nature législative. En 1999, cet article a été complété pour donner la faculté au gouvernement de transmettre aux assemblées tout projet ou pro-

position d'acte ou tout document émanant d'une institution européenne qui ne comporte pas de dispositions de nature législative.

En 2005, l'article 88-4 est légèrement modifié et la loi constitutionnelle prévoit deux nouveaux articles (88-5 et 88-6) pour donner une assise constitutionnelle à ces nouvelles prérogatives. La loi constitutionnelle modifie la Constitution sur les éléments préalablement censurés par le juge constitutionnel. L'article 88-4 est simplement remodelé pour permettre la transmission au Parlement des « projets d'actes législatifs européens » ainsi que les autres projets ou propositions d'actes de l'Union comportant des dispositions qui sont du domaine législatif au sens de l'article 34 de la Constitution. Le gouvernement a également la possibilité de soumettre aux assemblées d'autres textes : les projets ou propositions d'actes ou tout autre document émanant d'une institution européenne. Le Parlement a toujours la possibilité d'adopter des résolutions selon les modalités fixées par les règlements des assemblées. Ces résolutions ne lient pas le gouvernement.

Le traité établissant une Constitution pour l'Europe prévoit, en outre, la possibilité pour les Parlements nationaux de faire obstacle à une révision simplifiée (art. IV-144), mais aussi de veiller au respect du principe de subsidiarité par les institutions européennes, et prévoit la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne pour se prononcer sur les requêtes formées pour violation de ce principe. La Cour de justice pourra ainsi exami-

ner un recours transmis par un État membre via le Parlement national. La loi constitutionnelle inscrit ces nouvelles procédures parlementaires dans la Constitution de la V<sup>e</sup> République laquelle ne confère qu'une compétence d'attribution au Parlement.

L'article 88-5 est ainsi rédigé :

*L'Assemblée nationale ou le Sénat peuvent émettre un avis motivé sur la conformité d'un projet d'acte législatif européen au principe de subsidiarité. L'avis est adressé par le président de l'assemblée concernée aux présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission de l'Union européenne. Le Gouvernement en est informé.*

*Chaque assemblée peut former un recours devant la Cour de justice de l'Union européenne contre un acte législatif européen pour violation du principe de subsidiarité. Ce recours est transmis à la Cour de justice de l'Union européenne par le Gouvernement.*

*À ces fins, des résolutions peuvent être adoptées, le cas échéant en dehors des sessions, selon des modalités d'initiative et de discussion, fixées par le règlement de chaque assemblée.*

Il définit ainsi les conditions dans lesquelles chaque assemblée du Parlement peut exercer son contrôle du respect du principe de subsidiarité par les institutions de l'Union. L'Assemblée nationale et le Sénat se trouvent sur un pied d'égalité. Les assemblées peuvent chacune, en leur propre nom, voter et adresser aux présidents des institutions européennes un « avis motivé » indiquant les raisons pour

lesquelles le principe de subsidiarité est méconnu. Cet article permet d'instaurer un dialogue entre les institutions européennes et nationales en conférant au parlement un pouvoir consultatif<sup>63</sup>. De plus, après l'adoption d'un texte par l'une des institutions de l'Union, chaque assemblée peut décider de saisir la Cour de justice de l'Union européenne.

Aux termes de l'article 88-6, « [p]ar le vote d'une motion adoptée en termes identiques par l'Assemblée nationale et le Sénat, le Parlement peut s'opposer à une modification des règles d'adoption d'actes de l'Union européenne selon la procédure de révision simplifiée du traité établissant une Constitution pour l'Europe ».

Cet article organise la procédure permettant au Parlement de s'opposer, par le vote d'un texte adopté en termes identiques par les deux assemblées, à la mise en œuvre par le Conseil européen de la procédure de révision simplifiée du traité (art. IV-444) pour l'Europe.

L'ensemble de ces prérogatives améliorent les pouvoirs des Parlements sur le plan européen en les associant davantage au fonctionnement de l'Union et en renforçant leur pouvoir d'opposition. Sur le plan interne, elles renforcent également la place du Parlement par rapport à l'exécutif, en donnant la possibilité aux assemblées d'agir sur l'action gouvernementale. Ces dispositions constituent donc de réelles avancées pour le Parlement

<sup>63</sup> Florence CHALTIEL, « Constitution française, Constitution européenne, vers l'osmose des ordres juridiques ? À propos de la révision constitutionnelle du 28 février 2005 », (mai 2005) *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 280, 286.

mais elles sont subordonnées à l'entrée en vigueur du traité.

**B. Les incidences  
de la non-ratification  
sur la Constitution française  
et sur le traité**

La révision de mars 2005 s'est déroulée conformément à la procédure de l'article 89. En effet, si le constituant reste souverain, il doit tout de même respecter les conditions de l'article 89. Aux termes de cet article, l'initiative appartient concurremment au Président de la République sur proposition du gouvernement et aux membres du Parlement. Par conséquent, la révision du 1<sup>er</sup> mars satisfait à cette première condition, l'initiative émanant du Président sur proposition du gouvernement. Ensuite, le projet de révision doit être voté en termes identiques par l'Assemblée nationale et le Sénat sans recours à la procédure de conciliation par une commission mixte paritaire. Le projet de loi constitutionnelle, présenté par le Gard des Sceaux le 3 janvier 2005 en Conseil des ministres, a été voté en termes identiques par l'Assemblée nationale le 1<sup>er</sup> février et par le Sénat le 17 février. Le décret du 18 février 2005

soumet le projet de loi constitutionnelle modifiant le titre XV de la Constitution au Parlement réuni en Congrès, lequel s'est prononcé à la majorité des trois cinquièmes le 1<sup>er</sup> mars afin de permettre l'organisation du référendum autorisant la ratification du traité<sup>64</sup>. Suite à la révision parlementaire, le Président de la République a choisi la voie du référendum de l'article 11 de la Constitution pour ratifier le traité constitutionnel écartant ainsi la possibilité de recourir au vote du Parlement<sup>65</sup>.

Les conditions de l'article 89 ont donc bien été remplies. L'avant dernier alinéa de l'article 89 interdit d'engager ou de poursuivre une procédure de révision lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. Cette interdiction n'a pas lieu de jouer dans le cas présent. Il est également impossible de réviser la Constitution en cas de vacance de la présidence de la République ou lorsque le Président de la République fait usage de l'article 16 de la Constitution<sup>66</sup>. Ceci n'est pas le cas en l'occurrence. Enfin, le dernier alinéa de l'article 89 pose une condition de fond : « la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision ». Cette

<sup>64</sup> Aux termes de l'article 89, la révision de la Constitution est définitive après avoir été adoptée par référendum. Cependant, lorsque la révision est d'origine gouvernementale, le Président de la République peut choisir de la soumettre au Parlement réuni en Congrès. Jusqu'à présent, une seule révision constitutionnelle a été adoptée définitivement par l'organisation d'un référendum en application de l'article 89, le 24 septembre 2000, pour la réduction du mandat présidentiel à cinq ans.

<sup>65</sup> Annoncé par le Président de la République dès le 14 juillet 2004.

<sup>66</sup> Le Conseil constitutionnel souligne, dans sa décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, que la Constitution ne peut pas être modifiée lorsque le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu.

formule caractéristique de notre patrimoine constitutionnel<sup>67</sup> vise à protéger l'organisation des pouvoirs publics et à maintenir une société de liberté, d'égalité et de fraternité. La révision du 1<sup>er</sup> mars ne remet nullement en cause cette condition. Elle respecte bien les termes de l'article 89 de la Constitution.

La loi constitutionnelle a été adoptée selon une procédure conforme mais elle ne peut trouver pleine application, étant partiellement conditionnée par l'entrée en vigueur du traité (1). Il reste donc à déterminer quel sera l'avenir du traité constitutionnel (2).

### **1. Une application partielle de la loi constitutionnelle**

L'échec du référendum du 29 mai 2005 engendre une application seulement partielle de la loi constitutionnelle. Le texte constitutionnel a subi essentiellement deux modifications : l'insertion d'un nouvel alinéa à l'article 88-1 de la Constitution et l'instauration d'un nouveau type de référendum pour tout traité d'adhésion. La nouvelle procédure référendaire, prévue à l'article 88-5, est sans lien avec le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Cette disposition devait s'appliquer dans tous les cas. En cas d'entrée en vigueur du traité, le texte constitutionnel ne subit sur ce point qu'un changement de numérotation. Cependant, la modification de l'article 88-1 relève d'une problématique différente. Cet article a été conçu simplement à titre

transitoire et semblait suffisant jusqu'à l'entrée en vigueur du traité. Or, ce qui a été prévu à titre transitoire semble devenir permanent et maintient une ambiguïté dans le texte constitutionnel. En effet, en l'état actuel, le titre XV de la Constitution reste intitulé « des Communautés européennes et de l'Union européenne » tout en mentionnant la possibilité de participer au traité établissant une Constitution pour l'Europe. Depuis 1992, l'appartenance de la France aux Communautés européennes et à l'Union européenne constitue une exigence constitutionnelle. Si bien que si la France souhaite quitter les Communautés et l'Union, une révision de la Constitution sera nécessaire. La loi constitutionnelle de 2005 s'inscrit dans une continuité certaine en maintenant cette exigence. Tant que le traité établissant une Constitution pour l'Europe n'entrera pas en vigueur, la Constitution maintient la formule utilisée en 1992. Toutefois, la mention du second Traité de Rome marque un certain anachronisme dans le texte constitutionnel car, si le traité entre en vigueur, Communautés et Union cèderont la place à l'Union européenne.

La loi constitutionnelle pose une autre difficulté : celle du statut à accorder à son article 3. Cet article n'a plus actuellement aucune raison d'être. L'absence d'autorisation de ratifier le traité empêche l'application de ces nouvelles dispositions. La nouvelle rédaction de l'article XV

<sup>67</sup> Cons. constit. n° 2003-469 DC du 26 mars 2003 sur la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République (J.O. 29 mars 2003, p. 5570).

est réduite à néant. Peut-on dire que ce titre tombe en désuétude ?

Il existe en particulier un cas de loi constitutionnelle tombée en désuétude : la loi constitutionnelle du 4 juin 1960 sur la communauté renouvée. L'ancien article 85 de la Constitution (figurant dans l'ancien titre XIII : « De la Communauté ») prévoyait une procédure de révision dérogatoire : « Par dérogation à la procédure prévue à l'article 89, les dispositions du présent titre qui concernent le fonctionnement des institutions communes sont révisées par des lois votées dans les mêmes termes par le Parlement de la République et par le Sénat de la Communauté ». Cette procédure a été utilisée pour permettre l'institution d'une Communauté renouvée entre la France et les États membres pour leur permettre un accès facilité à l'indépendance, tout en conservant quelques liens avec la France. La loi constitutionnelle n° 60-525 du 4 juin 1960, sur le fondement de cet article, révisé les articles 85 et 86. L'article 85 a été complété par l'alinéa suivant : « Les dispositions du présent titre peuvent être également révisées par accords conclus entre tous les États de la Communauté ; les dispositions nouvelles sont mises en vigueur dans les conditions requises par la constitution de chaque État ». L'indépendance se réalise ainsi au travers d'accords. L'alinéa en question ajoutait une nouvelle possibilité de révision dérogatoire. Avec l'indépendance des États africains au cours des années 1960, ce titre XIII n'avait plus aucun intérêt et n'a été abrogé que par la loi constitutionnelle du 4 août 1995. Il s'agit

là d'une loi constitutionnelle, qui, de par la disparition de la Communauté franco-africaine, est tombée en désuétude car étant devenue sans objet, elle est restée inappliquée. En tant que norme dépourvue d'effectivité, elle a perdu sa validité.

La révision de 2005 offre un schéma différent. En effet, la loi constitutionnelle de 1960 avait une raison d'être qui a disparu avec l'indépendance des États africains. Elle a cessé de s'appliquer en raison des événements et fut abrogée en 1995. Pour la révision de 2005, seule une partie de la loi constitutionnelle se retrouve dénuée de tout fondement. Or, on ne peut pas dire que les dispositions de l'article 3 cessent de s'appliquer. La désuétude se caractérise par une inapplication dans le temps. La désuétude suppose donc un temps assez long. Les dispositions de la loi constitutionnelle, liées à l'entrée en vigueur du traité, n'ont même pas eu le temps de s'appliquer. Rien ne sert de les abroger puisque, d'elles-mêmes, elles n'existent plus. La loi constitutionnelle contient indirectement une clause d'abrogation : l'absence d'entrée en vigueur du traité. À peine promulguée, une partie de la loi se révèle inadaptée. L'absence d'entrée en vigueur du traité entraîne une inapplication *ab initio* du nouveau titre XV, qui devient « lettre morte ». L'article 3 de la loi constitutionnelle ne peut trouver application que si le traité établissant une Constitution pour l'Europe est finalement ratifié par la France et que les vingt-cinq États membres le ratifient également.

Enfin, il faut signaler que, rétroactivement, le même problème aurait pu se poser pour le traité de Maastricht. Après révision de la Constitution, l'autorisation de ratifier le traité a été adoptée par référendum, en application de l'article 11. Si toutefois, le référendum s'était révélé négatif, alors dans ce cas, la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 ajoutant à la Constitution un titre « Des Communautés européennes et de l'Union européenne » n'aurait pas pu s'appliquer. Le traité n'est entré en vigueur que le 1<sup>er</sup> décembre 1993, une fois ratifié par chacun des autres États membres. Ceci a également différé l'entrée en vigueur des articles<sup>68</sup>. Contrairement à la loi constitutionnelle de mars 2005 qui ne préjugait pas du résultat du référendum, la loi constitutionnelle de 1992 ne prévoyait pas de solutions alternatives à un référendum négatif, même si, implicitement, elle était subordonnée à l'entrée en vigueur du traité. En cas de rejet, les dispositions relatives au traité de Maastricht se seraient trouvées sans objet.

## **2. L'avenir incertain du traité dans l'ordre juridique français et européen**

Les données constitutionnelles de l'article 3 deviennent inapplicables ou en suspens en cas de nouvelle tentative de ratification. La rédaction actuelle de l'article 88-1 laisse la possibilité de ratifier ultérieurement ce texte. Pour l'heure, les traités actuels continuent de s'appliquer.

À ce jour, treize États ont ratifié le traité<sup>69</sup> et deux ont rejeté cette ratification : la France par référendum du 29 mai et les Pays-Bas par référendum du 1<sup>er</sup> juin 2005. La décision des peuples français et néerlandais va susciter des difficultés juridiques pour la mise en œuvre du traité.

Aux termes de la déclaration n° 30 de l'Acte final relative à la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe, il est précisé qu'à l'issue d'un délai de deux ans à compter de la signature du traité, si les quatre cinquièmes des États membres (soit 20 États) ont ratifié le traité et qu'un ou plusieurs États membres ont rencontré des difficultés pour procéder à ladite ratification, alors, un Conseil

<sup>68</sup> Dans la décision Cons. constit. n° 93-324 DC du 3 août 1993 sur la loi relative au statut de la Banque de France et à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, le Conseil précise en effet qu'« à la date de la présente décision, il est constant que tous les instruments de ratification n'ont pas été déposés par les pays signataires ; que par suite, le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992 n'étant pas entré en vigueur, il n'y a pas lieu de contrôler la constitutionnalité de la loi déferée au regard des dispositions de l'article 88-2 de la Constitution » (J.O. 5 août 1993, p. 11014).

<sup>69</sup> Après le référendum consultatif du 20 février 2005, l'Espagne a ratifié le traité par voie parlementaire le 18 mai suivant. Le Luxembourg a également ratifié le traité par voie parlementaire le 28 juin et par voie référendaire le 10 juillet. L'Allemagne, Malte, l'Autriche, la Grèce, la Hongrie, Chypre, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, la Slovaquie et la Slovénie ont ratifié le traité par voie parlementaire.

européen doit se réunir pour « se saisir de la question ». Cette disposition implique seulement un devoir de se consulter pour analyser les refus de ratification. Il faudra alors trouver un accord entre les États puisque l'on ne peut contraindre unilatéralement un État à quitter l'Union actuelle. Par ailleurs, la clause de retrait prévue par le traité (art. I-60) n'est pas applicable si le traité n'entre pas en vigueur. En ce cas, lorsque les traités ne prévoient pas de clause de retrait, toutes les parties doivent consentir au retrait en application de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités<sup>70</sup>. Cependant, le référendum négatif ne signifie pas un « non » général à l'Europe. L'absence de ratification du traité ne saurait justifier un tel retrait<sup>71</sup>.

Lors du Conseil européen de Bruxelles des 16 et 17 juin 2005, les États ont affirmé leur volonté de poursuivre le processus de ratification même si le calendrier peut être réaménagé<sup>72</sup>. Les chefs d'État ou de gouvernement ont annoncé qu'ils souhaitaient la tenue d'un débat sur l'avenir du traité dans chaque État membre malgré le refus de la France et des Pays-Bas. La poursuite du processus de ratification n'est nullement remise en cause. Le Président de la République française a toutefois demandé la tenue

d'un sommet extraordinaire des vingt-cinq. Un nouveau Conseil devrait se réunir au premier semestre 2006 pour faire un état des lieux des ratifications. Au terme de ce processus en novembre 2006, un Conseil européen se réunira pour analyser l'avenir de ce texte et se prononcer sur une éventuelle renégociation. Une renégociation est toujours possible mais elle serait longue à aboutir. En vertu de l'article IV-447 du traité constitutionnel et de l'article 48 du traité sur l'Union européenne, le traité doit être ratifié par tous les États membres afin de pouvoir entrer en vigueur. Il faut donc attendre que tous les États membres se prononcent selon leurs règles constitutionnelles respectives, soit par l'organisation d'une consultation populaire, soit par la voie parlementaire.

Selon la lettre même du traité, la non ratification par deux États membres interdirait son entrée en vigueur. Si, à terme, le traité devient caduc, inexistant, les traités précédents seront toujours applicables entre les parties contractantes et les institutions européennes continueront à fonctionner (avec des risques de dysfonctionnements potentiels liés aux élargissements).

En aucun cas, le traité ne pourra fonctionner parallèlement aux trai-

<sup>70</sup> Patrick DAILLIER, Alain PELLET et Quoc Dinh NGUYEN, *Droit international public*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2002, p. 589.

<sup>71</sup> Thierry CHOPIN, « Les conséquences du non », *Lettre de la fondation Robert Schuman*, n° 214, 30 mai 2005, p. 3 [<http://www.robert-schuman.org>].

<sup>72</sup> Plusieurs États ont décidé de reporter le processus de ratification, notamment le Danemark, la Pologne, la Suède. Un report est également envisagé en République Tchèque, en Irlande et au Portugal. L'organisation d'un référendum sur la ratification du traité est actuellement suspendue au Royaume-Uni.



tés actuellement en vigueur. Il est impossible sur le plan juridique de faire coexister deux systèmes incompatibles. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe succède aux traités antérieurs et les abroge. En effet, d'un point de vue purement technique, le traité apporte un certain nombre de modifications dont l'application suppose que tous les États membres soient soumis à une règle commune. Citons par exemple la composition de la commission, le système de présidence et les pouvoirs du conseil. Le traité instaure, en outre, un ministre des Affaires étrangères de l'Union et rend la Charte des droits fondamentaux obligatoire. Ces quelques exemples suffisent à montrer l'impossible coexistence des systèmes. Le traité ne prévoit aucune solution pour les États non participants<sup>73</sup>.

Reste la voie d'un protocole séparé pour les États n'ayant pas ratifié comme ce fut le cas pour le Danemark et l'Irlande pour les traités de Maastricht et de Nice. Cette dernière solution semblerait la plus appropriée en trouvant un accord limitant certains effets non essentiels au fonctionnement général du système instauré par le nouveau traité et pour définir les nouvelles modalités de la participation de la France. Cela permettrait d'exclure les États en question du respect de certaines obligations du traité ou d'en limiter certains effets.

Si le traité est réaménagé – en étant modifié ou limité par exemple

aux deux premières parties (excluant la partie III relative aux politiques de l'Union) –, tous les États membres devraient à nouveau se prononcer sur ce texte. En France, il faudrait revenir éventuellement sur tous les stades du processus de ratification: saisine du Conseil constitutionnel pour analyser le nouveau texte, utilisation de l'article 89 pour réviser la Constitution et ratification par le peuple français ou par le Parlement. Cet aménagement semble toutefois difficile à mettre en œuvre. Le traité est déjà le fruit d'un long compromis (plus de deux ans) et le vote négatif français revêt de multiples facettes. Par ailleurs, si les autres pays se sont prononcés majoritairement en faveur du traité, il est délicat de remettre en cause la légitimité démocratique du texte.

Une autre possibilité résiderait enfin dans l'organisation d'une nouvelle tentative de ratification en France. Les dispositions actuelles de la Constitution précisent, comme nous l'avons vu, que la France «peut» participer au traité établissant une Constitution pour l'Europe. Cet article laisse la porte ouverte à une telle tentative. La ratification de traités européens dans d'autres États membres a parfois nécessité un autre référendum après la mise en place de dérogations suite au premier rejet. Le résultat négatif du référendum danois en juin 1992 concernant le traité de Maastricht avait retardé le processus de ratification. En l'espèce, un nouveau réfé-

<sup>73</sup> Lucia Serena ROSSI, «En cas de non ratification... Le destin périlleux du "Traité-Constitution"», (2004) 4 *Rev. trim. dr. eur.* 621.

rendum avait été organisé l'année suivante avec cette fois un résultat positif. De même, en juin 2001, après le rejet du Traité de Nice par les citoyens irlandais, une nouvelle consultation en 2002 a vu la victoire du « oui ». Dans le même cadre, il ne faut pas exclure la possibilité d'une nouvelle tentative de ratification du traité établissant une Constitution par la France, même si cette solution semble délicate sur le plan politique. Peut-on demander une seconde fois au peuple souverain de se prononcer sur le même texte ? Le référendum du 29 mai respectant strictement les conditions de l'article 11 de la Constitution, une nouvelle consultation sur le même texte remettrait en cause une volonté populaire clairement manifestée et serait choquante sur le plan démocratique. La solution d'une ratification parlementaire semble également difficilement envisageable puisque cela reviendrait à nier la portée décisionnelle du référendum du 29 mai et à instituer une

« procédure d'appel » contre le vote du peuple souverain.

Jusqu'à présent, les révisions constitutionnelles relatives à l'Europe ont, à chaque fois, ajouté de nouvelles dispositions au sein de la Constitution sans rien supprimer. La loi constitutionnelle promulguée le 1<sup>er</sup> mars 2005 n'échappe pas à ce constat. Les dispositions d'application immédiate viennent compléter une fois de plus le texte constitutionnel. Seul le volet d'application différée opère une refonte du titre XV, mais il reste lié à l'avenir incertain du traité établissant une Constitution pour l'Europe. La révision de la Constitution s'avère donc minimale et tend plutôt à obscurcir le texte constitutionnel. Quant au traité, quel que soit le résultat du processus de ratification, et même s'il n'entre jamais en vigueur, ses dispositions constituent une avancée majeure dans la construction européenne et pourront être reprises dans d'autres textes.