

De quelques interférences entre procédure de révision constitutionnelle et procédure ■ de révision ■ des traités de l'Union, autour des articles 54, 88-1, 88-5 et 89 de la Constitution

FRANÇOIS-VIVIEN GUIOT

Maître de conférences, Université Toulouse 1 Capitole

Pour tout un courant de la science juridique, « la base du droit constitutionnel, du constitutionnalisme démocratique en général, est le conflit politique¹ ». Ainsi, si l'on s'accorde avec Maurice Duverger pour entendre la politique comme une question de pouvoir, on pourra dire du pouvoir en jeu dans l'intégration européenne qu'il « est à double visage : à la fois oppresseur et intégrateur² ». Cette force, qui se matérialise dans l'Union européenne, n'est toutefois ni une puissance originelle, ni une puissance originale en Europe. Elle doit, dans son expression ambivalente, composer avec les ordres politiques nationaux qui sont donc autant de pouvoirs à « double visage ».

En outre, l'architecture du pouvoir au sein de l'espace européen ne se construit pas seulement comme un « double horizon dual », comme une superposition de pouvoirs. Elle se complique d'interactions verticales. D'une part, certes, les ordres politiques nationaux existent par et pour eux-mêmes. Mais, d'autre part, ils forment les parties d'un « tout », d'un ensemble qui

1. E. Guillén López, « La crise économique et le gouvernement : réflexions sur les concepts de "besoin/nécessité" et de libre choix dans la théorie constitutionnelle », in F. Blaguer Callejón, S. Pinon et A. Viala (dir.), *Le droit constitutionnel européen à l'épreuve de la crise économique et démocratique de l'Europe*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, 2015, p. 112.

2. M. Duverger, *L'introduction à la politique*, Paris, Gallimard, 1964, p. 24.

prend la forme d'une communauté. Ils sont en ce sens les structures fondatrices et formatrices de l'« exercice en commun du pouvoir ». Maîtres des traités, ceux-ci doivent s'efforcer d'être et de rester des agents propulsifs de cette construction, tout en maîtrisant l'élan ainsi donné et aussitôt prolongé par les acteurs institutionnels de la communauté incarnant ce pouvoir politique européen. Le schéma vertical se révèle également dual : facteur d'ordre et de mouvement, d'inter-actions donc, le processus européen s'insère en retour au niveau politique de l'État pour y poser la question du pouvoir européen.

Cette compénétration des niveaux, des lieux et des enjeux de l'expression du pouvoir en Europe se traduit sur le plan juridique jusque dans les constitutions des États membres — expressions normées de leur souveraineté. Incarnation totémique de ce rapport de force — fait tout à la fois d'entraînement et de résistance — l'article 54 de la Constitution française projetée et apaisée dans le même temps le conflit de fondamentalité entre les normes constitutionnelles nationales et européennes. Dans la continuité des principes des alinéas 14 et 15 du préambule de 1946, l'ambiguïté du mécanisme de contrôle *a priori* adopté en 1958 permet à chacun de trouver, dans les dispositions relatives au pouvoir constituant et à sa relation avec le pouvoir de conclure des traités, les conditions d'une pacification des rapports de systèmes.

Une pacification qui tient cependant pour beaucoup au caractère « habile et souple³ » du texte. Son ambivalence⁴ tient peut-être à ce que l'on cherche à trouver dans ces dispositions un principe hiérarchique⁵ et à l'« amphibologie⁶ » d'un mécanisme qui ne répond pas parfaitement du principe hiérarchique quant à ses conséquences. Alors qu'on ne pouvait tirer de l'article 54 que la certitude qu'en cas de contrariété « [l]e dernier mot appartient au pouvoir constituant⁷ », la perspective européenne pousse à s'interroger sur la liberté que celui-ci conserve dans le recours à la révision constitutionnelle...

3. P. Pactet, *Institutions politiques — Droit constitutionnel*, 9^e éd., Masson, p. 496.

4. En faveur de la supériorité des traités : P.-H. Teitgen, in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, La Documentation française, 1987, vol. I, p. 133 ; R. Pinto, « Commentaire de l'article 55 », in F. Luchaire et G. Conac (dir.), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 1987, p. 1069 (« si le constituant avait admis ou cru pouvoir consacrer la supériorité de la Constitution sur le traité une telle procédure n'aurait pas été nécessaire ») ; C. Rousseau, « La Constitution de 1958 et les traités internationaux », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, p. 468 (« la notion de traité inconstitutionnel est un nonsens en elle-même »). Mais *contra* : C. Maugüé, « L'arrêt Sarra, entre apparence et réalité », *Cah. Cons. const.* 1999, n° 7, p. 104 s. ; ainsi que les auteurs cités par C. Blaizot-Hazard, « Les contradictions des articles 54 et 55 de la Constitution face à la hiérarchie des normes », *RD publ.* 1992. 1298-1299.

5. Pour une distinction entre le traité source matérielle du droit (article 54) et le traité source formelle du droit (article 55) : *ibid.*, p. 1305-1306.

6. D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, thèse dactyl., Pau, 1993, p. 108.

7. C. Maugüé, *op. cit.*, p. 104 s.

Malgré le choix du constituant en faveur d'un système préventif, destiné à éviter la réalisation d'un risque de conflit et permettant d'échapper à l'impératif d'ordonnancement, ces interrogations ne sont pas seulement conceptuelles. Le mécanisme d'examen prévu par la Constitution n'est pas automatique⁸. Il existe donc des hypothèses dans lesquelles peut se révéler une contradiction entre le pouvoir constituant, tel qu'il s'est exprimé antérieurement, et le pouvoir de conclure des traités, tel qu'il a été exercé postérieurement. Or, chaque fois que la problématique est directement ou indirectement abordée par les juridictions nationales, celles-ci affirment la supériorité sur la norme internationale de la Constitution dont elles estiment détenir leur titre à juger. C'est ainsi que le juge constitutionnel, dans le cadre du contrôle de compatibilité du traité de Lisbonne a affirmé que l'article 88-1, alinéa 1 permettait à la France de prendre part à l'intégration européenne « tout en confirmant la place de la Constitution au sommet de l'ordre juridique interne⁹ ».

Est-ce à dire qu'il existe finalement bien une hiérarchie, et que la révision préalable en cas de contrariété décelée par le Conseil ne serait que la marque de la souveraineté du pouvoir constituant? Du point de vue interne et juridictionnel, certainement. Mais ce seul prisme est-il tenable dans un espace européen intégré, dans une analyse ouverte au rapport de force politique? Sans chercher à adopter le solipsisme opposé du droit de l'Union, sans chercher non plus à questionner l'effectivité de la suprématie constitutionnelle revendiquée ou le sens exact du principe de primauté du droit de l'Union, il est possible avec le droit constitutionnel européen¹⁰ de s'interroger de manière globale et compréhensive.

Tel est le sens de la démarche qui consiste à regarder dans la perspective ouverte par la « Constitution européenne de la France » les interférences entre procédure de révision constitutionnelle et procédure de révision des traités. Pour ce faire, il convient de lire les dispositions pertinentes de la Constitution à la lumière des articles du titre XV, véritable « Constitution européenne à l'intérieure de la Constitution de la France¹¹ », et d'y chercher les manifestations du « conflit politique¹² » nourri de cette confrontation des ordres juridiques.

Dans cette perspective, l'étude du « pouvoir constituant européen » dévoile une dialectique juridico-politique entre l'ordre et le mouvement, entre

8. Le Conseil constitutionnel peut être saisi, dans le cadre de l'article 54, par le président de la République, le Premier Ministre, le président de l'une ou l'autre assemblée parlementaire, ainsi que par soixante députés ou soixante sénateurs depuis la loi constitutionnelle du 25 juin 1992.

9. Cons. const. 20 déc. 2007, *Traité de Lisbonne*, n° 2007-560 DC, cons. 8.

10. Pour une définition du droit constitutionnel européen : H. Gaudin, « Faire émerger une nouvelle discipline. Peut-il exister un droit constitutionnel européen? », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, p. 895-904, spéc. p. 897.

11. D. Rousseau et A. Viala, *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2004, p. 464.

12. E. Guillén López, *op. cit.*, p. 112.

l'expression d'une souveraineté protégée et d'une souveraineté projetée dans l'espace européen. Pour révéler cette tension, il faut — autour du point d'orgue qu'a représenté le virage jurisprudentiel pris par le Conseil constitutionnel en 2004¹³ — mettre en regard une lecture synchronique et une lecture diachronique des interactions entre les procédures désignées par les articles 54, 88-1, 88-5 et 89 de la Constitution française¹⁴. Dans la perspective ouverte par la science politique, on sera alors tenté d'opposer à la figure de l'« État oppressé » celle de l'« État intégré ».

I. L'APPROCHE SYNCHRONIQUE : L'« ÉTAT OPPRESSÉ »

L'« État oppressé » peut chercher à opposer au processus d'intégration un mécanisme de protection de son ordre constitutionnel. En France, celui-ci prend la forme du contrôle de compatibilité entre les traités et la Constitution. L'article 54 permet, en principe, d'assurer la préservation des conditions « normales » d'exercice de la souveraineté. Toutefois, la faculté d'opposition qui s'exprime dans un premier temps laisse ensuite place à une opération de révision constitutionnelle, destinée à permettre la ratification du traité européen. Au final, si en cas de contrariété le consentement du pouvoir constituant doit intervenir préalablement à toute application des dispositions conventionnelles, cette révision constitutionnelle provoquée peut être comprise comme un exercice contraint de la souveraineté.

A. LE TRAITÉ CONTRÔLÉ : DE LA PRÉSERVATION DES CONDITIONS D'EXERCICE DE LA SOUVERAINETÉ...

Selon le caractère moniste ou dualiste de la doctrine internationale de l'État membre, le contrôle de la constitutionnalité du droit primaire sera direct ou indirect¹⁵. Il résulte des choix du constituant français à cet égard, que l'examen de la compatibilité des traités est effectué — pour l'essentiel —

13. Tournant initié par la jurisprudence fondant l'existence — sauf « dispositions expresses contraires de la Constitution » — d'une obligation de transposition des directives sur l'article 88-1 (Cons. const. 10 juin 2004, n° 2004-496 DC ; Cons. const. 1^{er} juill. 2004, n° 2004-497 DC et Cons. const. 29 juill. 2004, n°s 2004-498 DC et 2004-499 DC), et explicité avec la décision sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe qui fait de cet article la source et l'horizon de la primauté du droit de l'Union en droit interne (Cons. const. 19 nov. 2004, *TECE*, n° 2004-505, cons. 13).

14. Alors que Gaëlle Marti souligne très justement « la difficulté à appréhender la "constitution" européenne dès lors qu'elle exige une analyse dynamique [...] là où la constitution au sens traditionnel est liée à un "moment constituant" » (« La métaphore constitutionnelle », *ADE* 2014. 174), dans l'identification d'une « constitution européenne de la France » la difficulté résulte de la nécessité d'allier analyses synchronique et diachronique.

15. X. Magnon, « L'Union européenne vue du droit constitutionnel national », *ADE* 2004. 137 s.

par la voie directe¹⁶ et nécessairement *a priori*, avec pour objectif premier d'assurer le respect des conditions d'exercice de la souveraineté garanties par la Constitution¹⁷.

Son caractère facultatif amène cependant certains auteurs à déplorer les faiblesses du mécanisme préventif, et à craindre au regard du caractère « mal assuré » de la « hiérarchie des normes supra-législatives¹⁸ » que la souveraineté nationale soit elle-même mal protégée. Il faut souligner cependant que, lorsqu'il est saisi par les autorités politiques compétentes, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle « complet », dans lequel l'ensemble des dispositions conventionnelles sont examinées à l'aune de l'ensemble des dispositions constitutionnelles — ce qui assurerait une « compatibilité "absolue"¹⁹ ».

En réalité, le caractère « absolu » n'est pas uniquement fonction de l'étendue du contrôle. La préservation de la souveraineté dépend également de la sévérité du juge constitutionnel.

À cet égard, le Conseil constitutionnel avait d'abord considéré que « les transferts de tout ou partie de la souveraineté nationale » étaient contraires à la Constitution, à l'inverse des « limitations nécessaires »²⁰ à la coopération internationale. Cette distinction manichéenne paraissait peu intelligible. La décision *Maastricht I* a donc mis fin à cette « jurisprudence byzantine²¹ » en identifiant une double condition : « la France peut conclure des engagements internationaux induisant des transferts de compétence, mais ces engagements sont considérés comme incompatibles avec la Constitution s'ils contiennent une disposition directement contraire à la Constitution ou si leurs stipulations portent atteinte aux "conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale"²² ». Si, en conséquence, les transferts de compétences ne sont plus nécessairement contraires à la souveraineté nationale : ils peuvent porter atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté, en raison des domaines concernés ou des modalités d'exercice de ces compétences.

Cette nouvelle approche n'est cependant pas univoque : alors qu'elle admet en principe la compatibilité des transferts de compétences, tout *progrès significatif* de l'intégration européenne risque en réalité d'être encore perçu comme

16. Le contrôle indirect, prenant la forme d'un examen de la constitutionnalité de la loi de ratification, n'a plus de raison d'être depuis 1992, puisque les parlementaires peuvent désormais saisir le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 54.

17. L'article 54 fut d'ailleurs introduit dans la Constitution à la suite de l'expérience de la Commission européenne de défense, dont l'inconstitutionnalité manifeste aux yeux de la doctrine du projet de traité n'avait pas empêché l'initiation d'un processus de ratification, finalement interrompu par le Parlement.

18. O. Gohin, « Conseil constitutionnel et Constitution européenne : trois contradictions », *JCP A* 2004, n° 57, p. 1847.

19. X. Magnon, *op. cit.*, p. 141.

20. Cons. const. 30 déc. 1976, *Décision du Conseil des Communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, n° 76-71 DC, cons. 2.

21. M. Gautier, « La décision du Conseil constitutionnel relative au traité établissant une Constitution pour l'Europe est-elle une grande décision? », *JCP A* 2005, n° 3, 1025.

22. *Id.*

une atteinte à la souveraineté. C'est ainsi que lors du contrôle du traité d'Amsterdam, qui prévoyait une modification des règles de décision au sein du Conseil de l'Union européenne²³, l'unanimité est apparue comme « la pierre angulaire de la constitutionnalité²⁴ » contestée des transferts de compétence.

La stabilité du considérant de principe n'est par ailleurs pas certaine. Le juge constitutionnel semble en effet faire preuve de pragmatisme en s'adaptant aux enjeux du moment.

Ainsi, une exigence supplémentaire sera posée à l'occasion du contrôle du *Traité établissant une constitution pour l'Europe* (TECE). Afin d'écartier une polémique relative au principe constitutionnel de laïcité et au droit à la vie, susceptible d'entraver le processus de ratification, le Conseil constitutionnel a développé une nouvelle condition de compatibilité : appelle désormais également une révision, un engagement international dont les stipulations « remettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis²⁵ ». C'est donc désormais à une triple condition que sont soumis les traités européens. Tel fut le cas dernièrement pour le *Traité sur la stabilité, la coordination, et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire* (TSCG)²⁶.

De plus, il est arrivé qu'au détour d'un motif, la juridiction laisse à penser que le critère antérieur — tenant à l'interdiction de tout transfert de souveraineté — n'a pas nécessairement été abandonné. Dans la décision relative au TSCG, il semble qu'une différence est faite entre, d'une part, le constat selon lequel les nouvelles dispositions relatives à la discipline budgétaire « ne procèdent pas à des transferts de compétences en matière de politique économique ou budgétaire et n'autorisent pas de tels transferts » et, d'autre part, la condition tenant au fait qu'elles ne portent pas « atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »²⁷. À l'image de son homologue allemand, le juge français considérerait-il que l'intégration est arrivée à un stade où tout nouveau transfert de compétence est en soi une atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté²⁸? Ou faut-il simplement y voir un argument *a fortiori*, destiné à construire une rhétorique favorable à la ratification du traité budgétaire²⁹?

Quoi qu'il en soit de la signification de cette formulation, l'évolutivité de la motivation employée montre que la réaction de l'État membre face aux

23. Cons. const. 31 déc. 1997, *Traité d'Amsterdam*, n° 97-394 DC.

24. M.-F. Christophe-Tchakaloff et O. Gohin, « La Constitution est-elle encore la norme fondamentale de la République? », *D.* 1999. 120.

25. Cons. const. 19 nov. 2004, *TECE*, n° 2004-505 DC, cons. 7.

26. Cons. const. 9 août 2012, *TSCG*, n° 2012-653 DC, cons. 9 et 10.

27. Cons. const. 9 août 2012, *TSCG*, n° 2012-653 DC, cons. 16.

28. Une telle analyse pourrait par ailleurs se prévaloir de la formulation dernièrement adoptée pour l'article 88-1 (*infra*).

29. En faveur de cette lecture : D. Simon, « Déminage par le Conseil constitutionnel de la ratification du TSCG, ou comment échapper à la constitutionnalisation de la prétendue "règle d'or"... », *Europe* 2012, n° 8-9, p. 3 ; A. Levade, « TSCG et Constitution française : quand l'interprétation fait la compatibilité! », *Constitutions* 2012. 575.

traités varie dans le temps. En fonction des rapports de force, de l'intensité du conflit politique, le débat constituant sera tour à tour mobilisé ou évité selon que l'« État opprimé » entende manifester ou non sa faculté de résister. L'évitement est en effet parfois préférable, tant cette faculté expose ses limites.

B. LE TRAITÉ RATIFIÉ : ... À UN EXERCICE CONTRAINT DE LA SOUVERAINETÉ

Dans la perspective qu'ouvre le constat d'une incompatibilité, la souveraineté de l'État ne paraît pas moins « opprimée³⁰ » : que le pouvoir constituant embrasse ou empoigne le droit européen, la souveraineté qu'il exprime reste soumise au déterminisme de la politique européenne. La question européenne est en effet son champ d'adversité : c'est par elle que, quantitativement du moins, le pouvoir constituant a été le plus sollicité sous la V^e République et c'est donc en ce sens par elle qu'il se définit.

Le président de la République affirmait dès janvier 1992, avant toute saisine du juge constitutionnel, la nécessité d'une « adaptation³¹ » de la Constitution préalablement à la ratification du traité de Maastricht. Plus récemment, Bertrand Mathieu concédait encore, à propos du traité de Lisbonne, que si du point de vue interne la « révision de la Constitution n'obéit pas à des contraintes substantielles », il convenait à l'inverse que soient prises en compte « les exigences du droit conventionnel »³². Puisque la Constitution peut être adaptée sans réserve au contenu d'un traité³³, c'est donc bien lui qui sur le plan matériel détermine l'exercice du pouvoir constituant. Certes, l'expression de son consentement peut être vue comme une marque de souveraineté, mais il s'agit au demeurant d'une lettre en blanc dès lors qu'une fois ratifié le traité fait écran au contrôle de constitutionnalité du droit dérivé³⁴.

Hélène Gaudin souligne en outre que la « symétrie dans le temps » accompagne la « symétrie au fond »³⁵ : le rythme de révision des traités européens

30. En imposant, en cas d'incompatibilité, une révision de la Constitution, le mécanisme de l'article 54 renforce au final l'autorité du traité européen qui bénéficiera finalement d'« une onction constitutionnelle, d'une habilitation expresse et explicite » (X. Magnon, *op. cit.*, p. 138).

31. Cité par F. Luchaire, « L'Union européenne et la Constitution », *RD publ.* 1992. 587.

32. B. Mathieu, « Le Traité de Lisbonne et la Constitution. Ou comment régler le passif du "Traité constitutionnel" », *JCP* 2008, n° 7. Doc. 116, § 12.

33. Absence de réserve qui résulte de la combinaison de la jurisprudence *Maastricht II* (Cons. const. 2 sept. 1992, *Maastricht II*, n° 92-312 DC) et de la décision relative à l'acte II de la décentralisation (Cons. const. 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, n° 2003-469 DC).

34. Cons. const. 30 déc. 1977, « Affaire dite de l'isoglucose », n°s 77-89 DC et 77-90 DC ; et pour un contrôle indirect du droit dérivé, Cons. const. 17 déc. 2010, *Kamel D.*, n° 2010-79, cons. 4.

35. H. Gaudin, « Révision des traités communautaires, révision des constitutions nationales », *op. cit.*, p. 542.

dicte en effet celui des révisions constitutionnelles. Au titre de la temporalité, il faut ajouter aussi que la loi constitutionnelle peut se trouver contrainte par le « temps européen » au stade de son application. En effet, le caractère préalable de l'opération constitutionnelle par rapport à l'entrée en vigueur des nouveaux traités conduit à adopter des dispositions transitoires. Ainsi, en 2005 et 2008, a-t-on procédé à une « révision "deux en une" ». Cette modalité a pour effet « d'accentuer le caractère conjoncturel des dispositions de la Constitution qui [non seulement] s'inscrivent dans le court terme » en renonçant « à la permanence et à la stabilité » inhérentes à son statut fondamental³⁶, mais peuvent également passer de provisoires à obsolètes en cas d'interruption du processus de ratification. L'effet de la loi constitutionnelle se révèle de fait « conditionné³⁷ » par le sort du texte européen.

En définitive, la réforme de la Constitution apparaît donc comme une révision provoquée et comme le fait d'un pouvoir constituant convoqué.

Pour être exact, il faut toutefois circonstancier la situation de l'« État opprimé ». Tout d'abord, on concédera que face aux traités et à la mise en œuvre d'un contrôle de compatibilité, l'État ne cède pas systématiquement à l'invocation de son pouvoir constituant. Dans une première hypothèse, au prix d'une interprétation des prévisions constitutionnelles — mais aussi de manière plus discutable des stipulations conventionnelles³⁸ — l'incompatibilité pourra être écartée par le juge constitutionnel. Dans une seconde hypothèse, le constat d'une incompatibilité ne sera pas évité, mais il va conduire à l'abandon du processus de ratification sans que la révision constitutionnelle ne soit envisagée. Ainsi, s'agissant de la *Charte européenne sur les langues minoritaires*, c'est la stabilité de la norme fondamentale qui a prévalu. Un tel choix peut certes être vu comme une « marque contemporaine de souveraineté³⁹ », mais cette faculté d'opposition du pouvoir constituant n'a jamais été mise en œuvre contre la Communauté ou l'Union.

On notera, enfin, que la contrainte qui pèse sur la souveraineté ne s'exprime pas uniquement dans le champ du pouvoir constituant. Elle s'exerce encore dans le domaine du pouvoir législatif. Alors que depuis 1985 la loi « n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution⁴⁰ », le respect des conventions a également été imposé à la « souveraineté législative ». Au-delà

36. L. Guilloud, « Les révisions constitutionnelles induites par l'intégration européenne : l'introduction d'un désordre normatif dans la Constitution de 1958 », VII^e congrès de l'AFDC, Paris, sept. 2008, p. 4-5.

37. *Ibid.*, p. 5.

38. Le cas de la décision du Conseil constitutionnel sur le TSCG en est une bonne illustration : J. Roux, « Le Conseil constitutionnel et le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire : Busiris, rue de Montpensier », *RTD eur.* 2012. 855.

39. F. Chaltiel, « Le pouvoir constituant, marque contemporaine de souveraineté », *D.* 2002. 225.

40. Cons. const. 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, n° 85-197 DC, cons. 27.

du contrôle de conventionnalité, il en va ainsi dans le cadre de l'article 61 pour l'« exigence constitutionnelle » de transposition des directives fondée sur l'article 88-1 dont toute méconnaissance manifeste est un motif d'inconstitutionnalité⁴¹, mais aussi de manière plus spécifique pour le droit de vote des citoyens européens inscrit à l'article 88-3⁴².

Espace-temps d'une possible résistance, la confrontation des traités européens à la Constitution conduit donc en pratique à « la perte de l'autonomie constitutionnelle de l'État » et à la « soumission »⁴³ systématique de son pouvoir constituant. L'approche synchronique, s'arrêtant sur chacune des étapes de cette confrontation, amène à souligner la contrainte qui pèse sur différents modes d'exercice de la souveraineté *dans l'État*. Situation paradoxale, face à une intégration européenne qui est pourtant communément admise comme une manifestation de la volonté souveraine *de l'État*.

II. L'APPROCHE DIACHRONIQUE : L'« ÉTAT INTÉGRÉ »

Ce paradoxe pourrait-il être élucidé par l'adoption d'une autre perspective, celle s'intéressant non plus à l'image, mais au mouvement qui d'une révision à une autre construit l'histoire de l'intégration européenne? Dans cette approche diachronique, se révèle la figure d'un « État intégré⁴⁴ », qui n'est pas réduit, de l'extérieur et par à-coups, à une alternative entre résister ou s'adapter. La « perméabilité de son ordre juridique » qui caractérise l'« État communautaire »⁴⁵ favoriserait en ce sens une réaction continuée et intériorisée dans l'espace constitutionnel européen, une prise de position : par la transformation du sens de sa norme constitutionnelle — résultant de

41. Cons. const. 30 nov. 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n° 2006-543, cons. 7-9 (contrôle que le juge se refuse cependant à exercer dans le cas d'une saisine *a posteriori* : Cons. const. 12 mai 2010, « *Jeux d'argent* », n° 2010-605 QPC, cons. 19 ; Cons. const. 3 févr. 2012, *Mohammed Alki B.*, n° 2011-217 QPC, cons. 3).

42. Cons. const. 2 sept. 1992, *Maastricht II*, n° 92-312, cons. 28 et Cons. const. 20 mai 1998, *Droit de vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union européenne*, n° 98-400 DC ; O. Dord, « La primauté du droit communautaire procède de la Constitution », in *Droit constitutionnel. Droit communautaire*, *op. cit.*, p. 128 : par un jeu « de miroirs entre traité et Constitution, le contenu et la portée de l'article 88-3 sont donc bien globalement déterminés par le droit communautaire ».

43. H. Gaudin, « Révision des traités communautaires, révision des constitutions nationales », *op. cit.*, p. 551.

44. H. Gaudin, « L'État vu de la Communauté et de l'Union européennes », *ADE* 2004. 249 ; J.-D. Mouton, « Introduction : Présentation d'une proposition doctrinale », in J.-C. Barbato et J.-D. Mouton (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 16 ; et J. Gerkrath, « La figure de droit constitutionnel de "l'État intégré" : le cas du Grand-Duché de Luxembourg », in *Europe(s), droit(s) européen(s). Une passion d'universitaire. Liber Amicorum en l'honneur du professeur V. Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 695.

45. V. Constantinesco et S. Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Paris, Puf, 2011, p. 297.

l'évolution du texte et/ou de son interprétation⁴⁶ —, l'État fait en effet de sa Constitution le siège d'une intégration synonyme de projection au sein du processus communautaire.

L'État membre exerce ainsi une volonté, il exprime son choix pour l'ouverture⁴⁷. L'étendue de cette dernière devient alors la mesure de cette projection dans cet espace normatif partagé. La construction d'un discours constitutionnel relatif à l'intégration apparaît donc, malgré ou en raison de sa dualité⁴⁸, comme un pouvoir à « prendre au sérieux » : si, d'un côté, la marche européenne implique que « l'exercice du pouvoir constituant apparaisse de façon croissante comme conditionné par l'ordre supranational⁴⁹ », il semble, de l'autre, qu'en s'évertuant à maîtriser les modalités de son intégration l'État favorise une interdépendance des ordres constitutionnel et conventionnel. Ainsi, même si elle passe par la désacralisation ou l'instrumentalisation de la parole constituante, l'édification d'une « Constitution européenne de la France » pourrait dans le même temps être la cause ou le siège d'une interdépendance entre le pouvoir constituant national et un pouvoir de constitutionnalisation d'un ordre commun reposant notamment sur le pouvoir de conclure des traités.

A. L'OUVERTURE DE LA CONSTITUTION : DE L'INSCRIPTION CONSTITUTIONNELLE DE LA PARTICIPATION À L'UNION EUROPÉENNE...

Durant une première période, c'est l'abstention du constituant qui a favorisé la participation de la France au processus communautaire. La première révision suscitée par l'intégration européenne n'intervient effectivement qu'en 1992, soit quarante ans après les débuts de la Communauté européenne du charbon et de l'acier. Cette latence a été permise par la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui refuse de contrôler, dans le cadre de la procédure de l'article 54, la constitutionnalité d'obligations déjà présentes parmi les dispositions internationales régulièrement ratifiées par la France⁵⁰. Qu'elles aient ou non été examinées par le Conseil constitutionnel, elles bénéficient dès leur ratification d'une immunité constitutionnelle en vertu du principe *pacta sunt servanda* auquel renvoie l'alinéa 14 du préambule

46. Sur le rôle de l'interprétation : J. Rideau, « L'intégration de la construction européenne dans les constitutions nationales », in *Droit constitutionnel. Droit communautaire, op. cit.*, p. 267 s.

47. Sur les mobiles de ce choix et ses modalités d'expression dans l'« Europe des quinze » : *ibid.*, p. 260-270.

48. En effet, l'intégration, à la fois acquiescement et acte de résistance, « n'est pas sans équivoque » (*ibid.*, p. 259).

49. J. Gerkrath, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 278.

50. Cons. const. 19 juin 1970, « Ressources propres de la Communauté », n° 70-39 DC, cons. 5.

de 1946⁵¹. Ce principe fondateur du droit international, une fois constitutionnalisé, peut donc être compris comme les prémices implicites d'une « ouverture⁵² » de l'ordre constitutionnel dont a bénéficié le droit européen.

La portée de cette protection constitutionnelle de l'intégration n'est pas seulement génésiaque : elle a produit des effets contradictoires au cours de la seconde période qui débute quelque part entre la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 et la jurisprudence « *économie numérique*⁵³ ».

Premièrement, elle a continué à favoriser une dissociation dans le rythme et le contenu des révisions constitutionnelles et conventionnelles. C'est ainsi que le juge constitutionnel a pu désamorcer — par une lecture que l'on qualifiera, au choix, de volontariste, restrictive ou « contextuelle⁵⁴ » — l'impact de l'article I-6 du TECE en affirmant qu'il ne faisait qu'explicitier la pratique en vigueur du principe de primauté⁵⁵. Une même « *bénévolence*⁵⁶ » de la juridiction constitutionnelle a encore bénéficié au TSCG⁵⁷. Si ces décisions tentent de minimiser les conséquences de l'intégration, elles ont toutefois pour effet direct de faciliter la participation de la France à ce processus.

Mais, deuxièmement, cette jurisprudence protectrice pourrait finalement avoir favorisé la construction du lien entre le temps constitutionnel et conventionnel, en poussant le constituant à adopter à l'occasion de la ratification du traité de Lisbonne une formulation restrictive de l'article 88-1⁵⁸. Cette disposition complète désormais l'alinéa 14 du préambule de 1946, utilisé par le Conseil constitutionnel dès 1992 comme fondement de la participation de la France à l'intégration européenne⁵⁹. Bien qu'elle ait été initialement présentée comme une déclaration de nature symbolique et politique, le juge a reconnu à cette « clause européenne » une valeur juridique dans sa jurisprudence *Traité d'Amsterdam*⁶⁰. Source de l'acceptation, au moins partielle⁶¹,

51. Cons. const. 20 déc. 2007, *Traité de Lisbonne*, n° 2007-560 DC, cons. 9.

52. H. Gaudin, « Primauté "absolue" ou primauté "relative" ? », in H. Gaudin (dir.), *Droit constitutionnel. Droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel ?*, Presses universitaires d'Aix-Marseille-Economica, 2001, p. 109 : la notion désigne « une acceptation constitutionnelle qui peut être soit implicite, soit explicite, et qui peut intervenir soit sans contrôle, soit après contrôle juridictionnel ».

53. Cons. const. 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, n° 2004-496 DC.

54. T. Papadimitriou, « Constitution européenne et constitutions nationales : l'habile convergence des juges constitutionnels français et espagnol », *Cah. Cons. const.* n° 18, p. 162 ; et dans le même sens, H. Labayle, « La constitution française à l'épreuve de la Constitution européenne », *RFDA* 2005. 1.

55. Cons. const. 19 nov. 2004, *TECE*, n° 2004-505, cons. 9-13.

56. G. Canivet, « Éloge de la bénévolence des juges », *RSC* 2005. 799.

57. Cons. const. 9 août 2012, *TSCG*, n° 2012-653 DC, cons. 16.

58. Article issu de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992.

59. Cons. const. 9 avr. 1992, *Maastricht I*, n° 92-398 DC, cons. 13.

60. Cons. const. 31 déc. 1997, *Traité d'Amsterdam*, n° 97-394 DC, cons. 5.

61. Pour une discussion de cette spécificité : J. Roux, « Quel statut pour le droit communautaire dans l'ordre juridique national ? », *ADE* 2007. 141 s.

de la spécificité du droit de l'Union⁶², elle fonde depuis 2004 une exigence constitutionnelle de transposition des directives et la « prévalence⁶³ », exception faite de l'identité constitutionnelle, du droit communautaire sur le droit constitutionnel — ce qui matérialise explicitement l'ouverture du constituant au processus européen.

Il n'est toutefois pas certain que l'inscription d'un fondement constitutionnel propre à l'intégration européenne puisse être comprise comme la consécration d'une « clause générale d'ouverture ».

Une proximité de forme a certes existé, de 1992 jusqu'à la révision de 2008⁶⁴, entre les dispositions françaises et les clauses d'ouverture adoptées par certains des États membres⁶⁵. Cependant, l'article 88-1 ne s'est jamais vu reconnaître la même portée que l'article 23, alinéa 1 de la Loi fondamentale allemande qui, dans le respect de la clause d'éternité de l'article 79, alinéa 3, autorise *a priori* tout transfert de compétences⁶⁶.

Il n'a en effet jamais été compris comme une clause *générale* d'ouverture⁶⁷, puisque le Conseil considérait que les nouveaux traités européens pouvaient faire l'objet d'un contrôle de compatibilité, et qu'ils restaient subordonnés à une décision expresse du constituant s'ils mettaient en cause les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté.

Depuis le 1^{er} septembre 2009, il est même possible de s'interroger sur la qualification de « clause d'ouverture ». La loi constitutionnelle du 4 février 2008 a en effet supprimé l'engagement de portée générale de l'ex-alinéa 1, pour lier directement dans le seul alinéa restant la participation de la France aux

62. Selon la formule désormais employée, en adoptant l'article 88-1 « le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique de l'Union européenne intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international » (Cons. const. 9 août 2012, *TSCG*, n° 2012-653 DC, cons. 8).

63. B. Mathieu, « Réflexions sur le rôle de l'État en tant que pouvoir constituant de l'Union européenne », *ADE* 2004. 109.

64. Selon l'article 88-1 en vigueur depuis le 26 juin 1992, « 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 ». À compter de la révision adoptée en vue du processus de ratification du TECE, ces dispositions ont été reprises par l'alinéa 1^{er} de l'article, tandis qu'un second alinéa autorisait la France à « participer à l'Union européenne dans les conditions prévues par le TECE », limitant de ce fait la portée de l'affirmation précédente.

65. Pour une analyse comparative : X. Magnon, *op. cit.*, p. 119-122.

66. R. Arnold, « La Loi fondamentale de la RFA et l'Union européenne : le nouvel article 23 de la Loi fondamentale », *RID comp.* 1993 673-675.

67. Au contraire, l'ex-article 88-2 aurait bien pu constituer une clause « générale » de transfert de compétences dans le champ spécifique de l'union économique et monétaire, de la circulation des personnes et du mandat d'arrêt européen (P. M. Mabaka, « Remarque sur la loi constitutionnelle relative au mandat d'arrêt européen », *LPA* 24 juill. 2003, n° 147, § 16). Le Conseil constitutionnel avait en effet affirmé que c'est seulement en dehors des champs couverts par cet article qu'il convenait de vérifier si les compétences transférées, par leur domaine ou leur modalité d'exercice, appelaient une révision de la Constitution (Cons. const. 20 déc. 2007, *Traité de Lisbonne*, n° 2007-560 DC, cons. 15).

TUE et TFUE « tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 ». Avec cette « formulation [qui] n'isole plus le principe de participation des conditions de son exercice »⁶⁸, il semble que le dessein du pouvoir constituant ait été d'éviter tout développement de l'intégration européenne sans consentement exprès⁶⁹. Avec cette « clause Europe », attachée à un état déterminé de la construction européenne, un lien nécessaire devrait s'imposer entre révisions européenne et constitutionnelle.

Le Conseil constitutionnel a pourtant affirmé, à propos du TSCG⁷⁰, qu'une révision de la Constitution ne doit pas systématiquement précéder l'autorisation de ratifier les « engagements souscrits [afin de permettre à la France de participer à la création et au développement d'une organisation européenne permanente] ou en étroite coordination avec cette fin ». Au moment où le constituant cherchait à vider l'article 88-1 de toute dimension anticipative, n'est-il pas curieux que le Conseil ait étendu son bénéfice aux traités adoptés seulement en « étroite coordination » avec la participation de la France à l'Union? Peut-être pouvait-il tirer argument du fait que le TSCG ne modifie pas formellement le traité de Lisbonne, ni ne procède au transfert de nouvelles compétences, mais cette décision témoigne surtout de ce que l'interprétation authentique de la Constitution est devenue le siège de sa politique européenne.

B. L'INSTRUMENTALISATION DE LA CONSTITUTION : ... À LA CONSTRUCTION D'UNE RELEVANCE DES ORDRES CONSTITUTIONNELS

L'instrumentalisation révélée par l'interprétation juridictionnelle revêt une double dimension. Elle est liée tout d'abord à la fonction conférée de manière pragmatique à la Constitution dans la définition des modalités de la participation française à l'intégration européenne. L'existence d'un fondement constitutionnel a ensuite pour corollaire de faire de la Constitution le motif d'une revendication, par le pouvoir national, d'une faculté de définition de cette intégration européenne. Elle se présente ainsi comme le support d'un exercice dual de définition, mêlant acceptation et contestation.

Cette revendication d'une faculté d'interprétation du droit de l'Union s'exprime à travers la participation du juge constitutionnel au dialogue des juges. Celle-ci a pu emprunter les formes directes de la coopération juridictionnelle comme dans l'affaire *Jérémy F.*⁷¹, mais elle s'exprime généralement

68. B. Mathieu, « Le Traité de Lisbonne et la Constitution », *op. cit.*, § 15.

69. En faveur d'une solution analogue à la suite de la décision *Maastricht I* : F. Luchaire, *op. cit.*, p. 592.

70. La décision n° 2011/199/UE du 25 mars 2011, portant révision de l'article 136 TFUE, et le traité instituant le Mécanisme européen de stabilité ont eux été ratifiés sans que le Conseil ne soit saisi.

71. Cons. const. 4 avr. 2013, *Jérémy F.*, n° 2013-314P QPC.

de manière indirecte comme ce fut le cas lors du contrôle du *Traité de Lisbonne*. La lecture qui est faite par le Conseil constitutionnel de l'article 1-6 du TECE prend en effet la forme d'une véritable réserve d'interprétation du traité.

Réserves de souveraineté et clauses d'identité sont ainsi invoquées comme les raisons d'une exigence d'homogénéité imposée à l'Union⁷². Elles sont au cœur du processus dialogique qui a favorisé la congruence et l'harmonisation des valeurs dans l'Union de droit. Elles constituent donc non seulement les conditions de l'intégration européenne, mais également ses limites.

La constitutionnalisation du fondement de l'intégration a amené la doctrine à parler de « Constitution duale⁷³ », de « Constitution éclatée⁷⁴ », ou encore de « Constitution suspendue⁷⁵ » pour décrire, voire pour dénoncer, l'impact des procédures de révision motivées par l'intégration européenne. Alors que le texte constitutionnel devient, dans la perspective de la « Constitution européenne de la France », le lieu d'une intrication entre les systèmes juridiques national et européen, l'ouverture décrite ci-dessus interroge sur la capacité de la Constitution à rester — même du point de vue interne — la norme fondamentale de ce poly-système. En ce sens, pour reprendre les mots d'Enrique Guillén López, on doit se demander si le « conflit » européen n'a pas révolutionné les « bases du droit constitutionnel » français.

Premièrement, l'adoption des traités européens passe depuis 1992 par un usage de plus en plus fréquent du pouvoir constituant — usage qui pourrait même devenir systématique avec la dernière version de l'article 88-1. Le pouvoir de réviser la Constitution est en conséquence perçu comme désacralisé par la fréquence de son emploi, mais aussi par le fait qu'il est mobilisé *au service* de l'intégration européenne et du pouvoir de conclure des traités⁷⁶. Et l'on peut penser qu'il y a dans cette surmobilisation par les questions européennes de la « technique constituante⁷⁷ » une de ces « hybridations révélatrices de l'émergence de nouvelles manières de dire le droit et de décliner le politique⁷⁸ ». Le « dédoublement constitutionnel⁷⁹ »

72. H. Gaudin, « Révision des traités communautaires, révision des constitutions nationales », *op. cit.*, p. 548-549.

73. L. Favoreu, « Le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht et le développement du droit constitutionnel international », *RIDP* 1993, n° 97, p. 49.

74. D. Rousseau et A. Viala, *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2004, p. 463.

75. A. Bonn, cité par J. Gerkrath, *op. cit.*, p. 708.

76. En ce sens : M.-F. Christophe-Tchakaloff et O. Gohin, *op. cit.*, p. 120. On trouvera dans le droit constitutionnel autrichien une reconnaissance expresse de ce renversement au profit du droit de l'Union (H. Gaudin, « Révision des traités communautaires, révision des constitutions nationales », *op. cit.*, p. 556-557).

77. P. Gaïa, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC* 1998. 156 : désormais, en effet, « le pouvoir constituant [est] directement impliqué d'une manière ou d'une autre pour chaque nouvelle étape à franchir ».

78. F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 76.

79. J. Gerkrath, *op. cit.*, p. 733.

qui atteint tous les organes de l'« État intégré », touche en effet le pouvoir constituant⁸⁰, qui exerce désormais, au-delà de son ordre interne, également une fonction européenne de légitimation ou de fondation de l'ordre constitutionnel européen.

Deuxièmement, en renversant la perspective, le pouvoir de conclure des traités paraît réciproquement élevé au rang de question constitutionnelle : l'usage du pouvoir constituant semble devenir sinon un préalable nécessaire à la ratification, du moins un standard pour la ratification des nouveaux traités. À moins qu'il ne soit devenu dans le cadre de la « Constitution européenne de la France » un attribut du pouvoir constituant ?

C'est, troisièmement, ce que semble confirmer le régime réservé à la ratification des traités d'adhésion des futurs États membres : l'article 88-5 renvoie à la procédure de l'article 89, alinéa 3 et favorise l'intervention du Congrès⁸¹. Le consentement de la France à l'élargissement de l'Union s'exprime donc par la mise en œuvre d'un pouvoir tout à fait analogue du point de vue procédural et institutionnel à celui impliqué par la révision constitutionnelle⁸².

En définitive, il y a donc tout lieu de s'interroger sur une possible « fusion » ou sur l'existence d'une « parité⁸³ » entre le pouvoir constituant et le pouvoir de faire les traités — mouvement qui participerait sans aucun doute à la constitutionnalisation de l'Union en conférant un « double fondement » à l'« espace normatif » commun⁸⁴. Ce phénomène de « relevance⁸⁵ » des ordres juridiques, visible dans la réciprocité ou la symétrie des pouvoirs de révision, pourrait donc être autant un élément d'identification du « droit constitutionnel européen » en tant que discipline scientifique, qu'un élément de l'identité de cet « espace constitutionnel commun⁸⁶ » qu'il a pour objet d'étudier.

80. En ce sens : H. Gaudin, « Révision des traités communautaires, révision des constitutions nationales », *op. cit.*, p. 546 ; et W. Sabete, « La question du pouvoir constituant en droit constitutionnel européen », *ADE* 2008. 46.

81. À la différence près que, dans le cadre de l'article 88-5, c'est par une « motion adoptée en termes identiques par chaque assemblée à la majorité des trois cinquièmes » que le Congrès est convoqué.

82. Le rapport du « comité Balladur » opère sans ambages cette assimilation : « Une V^e République plus démocratique », 29 oct. 2007, p. 60.

83. H. Gaudin, « Révision des traités communautaires, révision des constitutions nationales », *op. cit.*, p. 554 s.

84. H. Gaudin, « Primauté "absolue" ou primauté "relative" ? », *op. cit.*, p. 114-115 : ce qui, selon l'auteur, « devrait avoir [comme] conséquence principale, celle de la symétrie et de la réciprocité des questions juridiques » de sorte que si la primauté ne sera plus « seulement un problème communautaire mais aussi constitutionnel », réciproquement « la violation d'un principe constitutionnel se trouvera non seulement au cœur du débat constitutionnel mais aussi communautaire ».

85. S. Romano, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2002 (1975), p. 145.

86. H. Gaudin, « Révision des traités communautaires, révision des constitutions nationales », *op. cit.*, p. 546.

Aux côtés d'une interrogation sur les modes d'existence d'un pouvoir constituant au niveau européen⁸⁷, cette approche a le mérite de montrer que la révision des traités ainsi que leur ratification sont devenues des modes d'expression du pouvoir constituant national. Derrière la figure de l'« État intégré », on observe ainsi une projection de la souveraineté dans le périmètre constitutionnel européen⁸⁸, tout autant qu'une intégration de la politique européenne au sein de l'ordre constitutionnel national. Parce que ce mouvement n'est toutefois pas suffisamment conscientisé, ni assumé, il s'opère bien souvent clandestinement et se condamne à l'ambiguïté de toute chose qui tait son nom et donc son être.

87. G. Marti, *Le pouvoir constituant européen*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 832 p.

88. Le contrôle de constitutionnalité des traités européens et les éventuelles révisions induites seraient en ce sens « [l]a clé de déclenchement » d'une « procédure constituante commune » (H. Gaudin, « Révision des traités communautaires, révision des constitutions nationales », *op. cit.*, p. 552).