

## Le traité de Lisbonne devant le Conseil constitutionnel : *non bis in idem* ?

Les fins d'année sont propices aux décisions « communautaires » du Conseil constitutionnel, lesquelles semblent être une source d'inspiration inépuisable pour la doctrine constitutionnelle. La décision du 20 décembre 2007, *traité modifiant le traité de l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*<sup>1</sup>, produira sans doute la même inflation de commentaires doctrinaux<sup>2</sup>, à moins que son absence d'originalité ne fasse retomber l'engouement frénétique suscité par l'étude des rapports de systèmes. A l'instar de ce qui se passe pour le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 face au défunt traité de Rome du 29 octobre 2004, elle se situe dans l'ombre de celle qui l'avait précédée : la décision du 19 novembre 2004, *traité établissant une Constitution pour l'Europe*<sup>3</sup>. Selon une litanie propre au contrôle des traités communautaires, « l'autorisation de ratifier le traité de... » Lisbonne, qui, selon l'article 53 de la Constitution, ne peut être ratifié « par le Président de la République qu'en vertu d'une loi »<sup>4</sup>, « exige une révision de la Constitution »<sup>5</sup>.

L'examen du traité de Lisbonne place le Conseil constitutionnel dans une situation inédite, liée en partie à la destinée particulière du traité de Rome de 2004. Sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, les juges de la rue de Montpensier sont chargés de contrôler la conformité à la norme nationale suprême d'un traité, dont la parenté avec un traité antérieur ayant déjà fait l'objet d'un contrôle est indéniable. Le traité de Lisbonne reprend parfois littéralement les termes du traité établissant une Constitution pour l'Europe, comme c'est le cas, par exemple, pour la Charte des droits fondamentaux de l'Union<sup>6</sup>, parfois il adapte certaines de ces stipulations, parfois il innove. D'une manière plus globale, il préserve « les principaux acquis du traité constitutionnel »<sup>7</sup>. Dans le détail, on plaidera avec Laurence IDOT pour qu'« un effort de pédagogie et de

---

<sup>1</sup> C.C., n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité modifiant le traité de l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, JORF, 29 décembre 2007, p. 21813.

<sup>2</sup> Le site du Conseil constitutionnel recense 44 commentaires de la décision sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe, en plus du commentaire aux *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* (L. Favoreu, L. Philip, Dalloz, Grands arrêts, 14<sup>ème</sup> édition, 2007, G.D., n° 51), voir : [www.conseil-constitutionnel.fr/doctrine/2004505dc.btm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/doctrine/2004505dc.btm). Il n'est pourtant pas exhaustif sur ces commentaires. Qu'il nous soit à cet occasion permis de signaler l'existence de deux commentaires non mentionnés sur le site du Conseil constitutionnel : X. Magnon, D. Simon, « La jurisprudence communautaire du Conseil constitutionnel (juin 2004-novembre 2004) », *C.D.E.*, 2005, pp. 217-262 ; X. Magnon, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe devant le Conseil constitutionnel (A propos de la décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004) », *R.F.D.C.*, n° 62, 2005, pp. 330-357.

<sup>3</sup> C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *Rec.*, p. 173.

<sup>4</sup> Décision commentée, cons. n° 6.

<sup>5</sup> *Loc. cit.*, cons. n° 34.

<sup>6</sup> Même si techniquement le traité de Lisbonne ne fait que renvoyer à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, telle qu'elle a été adoptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg (JOUE, 14.12.2007, C-303/01). L'article 1<sup>er</sup> 8) du traité de Lisbonne modifie l'article 6 du traité sur l'UE dont la rédaction, pour ce qui nous intéresse, est la suivante : « 1 - L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités ».

<sup>7</sup> C. Blumann, « Traité modificatif : peut-être la sortie du tunnel », *La semaine juridique*, JCP-G, n° 48, 28 novembre 2007, Etude n° 209, p. 19.

Voir également en ce sens : J. Dutheil de la Rochère, F. Chaltiel, « Le traité de Lisbonne : quel contenu ? », *RMCUE*, n° 513, décembre 2007, p. 617.

présentation » soit fait au niveau communautaire par les services juridiques du Conseil et de la commission afin de proposer un tableau récapitulatif intégrant le texte original, celui prévu par le « traité Constitution » et le texte du traité de Lisbonne<sup>8</sup>. La complexité et l'absence de lisibilité du traité de Lisbonne font de l'appellation « traité simplifié », qui prévaut dans notre pays, une dénomination usurpée<sup>9</sup>. On ne peut d'ailleurs que louer les efforts accomplis par le service juridique du Conseil constitutionnel<sup>10</sup> qui a réalisé un travail non seulement de consolidation des traités<sup>11</sup> mais également de comparaison. La proximité des traités de Lisbonne et de Rome (de 2004) a rendu en effet nécessaire une comparaison entre ces deux traités afin, notamment, de pouvoir identifier ce qui, dans le premier, n'était que la simple reprise du « traité Constitution », était nouveau ou différent par rapport à ce traité.

Ce lien existant entre les deux traités renvoie à celui qui doit être fait entre les décisions du Conseil constitutionnel se rapportant à chacun d'entre eux. Dans la mesure où le traité de Lisbonne ne faisait que reprendre des stipulations du traité de Rome, l'autorité de chose jugée de la décision du 19 novembre 2004 devait-elle être opposée dans la décision du 20 décembre 2007 ? La situation est d'autant plus complexe que la décision du 19 novembre a été suivie d'une révision constitutionnelle à « double détente », prévoyant une nouvelle rédaction immédiate de la Constitution et une rédaction ultérieure, une révision « note de bas de page », après l'entrée en vigueur du « traité Constitution ». Cette entrée en vigueur ne venant pas, une partie de la révision constitutionnelle a perdu sa raison d'être, l'autre flotte dans les limbes de la Constitution du 4 octobre 1958, ce qui constitue également une situation inédite. Le choix sacrilège des conventionnels d'adopter un « traité Constitution » aura emporté en France son lot

<sup>8</sup> L. Idot, « Traité simplifié, traité réformateur ou traité de Lisbonne... ? », *Europe*, n° 11, novembre 2007, Repère 10.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Travail réalisé largement en amont puisque le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la conformité à la Constitution du traité de Lisbonne dans un délai record de sept jours.

A cette célérité du Conseil constitutionnel doit être désormais ajoutée celle de la doctrine pour commenter cette décision, dont on louera le sacrifice des fêtes de fin d'année au nom de l'intérêt constitutionnel supérieur, voir : F. Chaltiel, « La décision du Conseil constitutionnel relative au traité de Lisbonne : autorité de la chose jugée et contribution à la définition de l'Union », *L.P.A.*, 4 janvier 2008, n° 4, pp. 3-10 ; au titre explicite en ce sens, O. Gohin, « Conseil constitutionnel et traité de Lisbonne : vite, clair et bien », *La semaine juridique*, Adm. et Collect. Terr., n° 3, 14 janvier 2008, pp. 18-23.

Soulignons également la promptitude du secrétaire général qui, en tant que conseiller d'Etat, la magie du « dédoublement fonctionnel » opérant encore avec le nouveau secrétaire général, a réussi à publier un commentaire cinq jours après la décision du Conseil constitutionnel : M. Guillaume, « La Constitution et le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 (Cons. Const., 20 décembre 2007) », *L.P.A.*, 25-26 décembre 2008, n° 257-258, pp. 3-29. J. E. Schoettl de son côté n'avait pas fait mieux qu'un délai de dix jours, même si ce délai est tout à fait remarquable, pour le commentaire de la décision sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe (« La ratification du « traité établissant une Constitution pour l'Europe » appelle-t-elle une révision de la Constitution française ? », *L.P.A.*, 29 novembre 2004, n° 238, pp. 3-25 ; la décision ayant été rendue le 19 novembre). A quand le commentaire publié avant la décision ?

Remarquons enfin, si l'on se fie au site internet du Conseil constitutionnel, qu'il s'agit là du premier commentaire d'une décision du Conseil constitutionnel par le nouveau secrétaire général depuis sa nomination par le décret du 13 juin 2007.

<sup>11</sup> Voir, pour le traité U.E. consolidé : [www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2007/2007560/tue\\_conso.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2007/2007560/tue_conso.pdf) ; pour le traité C.E. consolidé, futur traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : [www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2007/2007560/tfue\\_conso.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2007/2007560/tfue_conso.pdf).

d'expérimentations constitutionnelles, dont le dernier prolongement se concrétise devant le Conseil constitutionnel avec la décision commentée<sup>12</sup>.

Le Conseil constitutionnel a suivi une approche pragmatique en reprenant les canons jurisprudentiels traditionnels relatifs au contrôle des traités communautaires<sup>13</sup>. La décision débute par la détermination du texte objet du contrôle, se poursuit par l'indication des normes de référence, porte ensuite sur l'examen du respect des droits fondamentaux par l'Union, pour s'achever par l'appréciation du respect des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale et des autres dispositions constitutionnelles.

L'indication de l'objet du contrôle n'appelle pas de remarque particulière. Le Conseil constitutionnel reprend la structure générale et les principes essentiels du traité de Lisbonne<sup>14</sup>. Ainsi, en particulier, l'Union européenne succède et se substitue à la Communauté européenne, le traité instituant la Communauté européenne devenant « traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ». La Charte des droits fondamentaux de l'Union du 7 décembre 2007, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007, se voit conférer la même valeur que les traités communautaires. L'engagement international est conclu pour une durée illimitée. Le Conseil constitutionnel rappelle incidemment que, parmi les onze protocoles aux traités sur l'Union européenne et sur le fonctionnement de l'Union européenne, plusieurs concernent le traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique<sup>15</sup>. L'existence de ce dernier traité peut permettre de préserver l'appellation de « droit communautaire »<sup>16</sup>, même si l'expression n'aura pas la même étendue puisqu'elle ne concernera que le droit applicable à la *Communauté* européenne de l'énergie atomique. L'expression de *droit de l'Union européenne* ou *droit de l'Union*, selon les termes du traité de Lisbonne, désigne désormais le droit issu des traités antérieurs sur l'Union et la Communauté européennes tels que modifiés par le traité de Lisbonne et le droit qui en est dérivé. Autre

---

<sup>12</sup> Et avec la révision constitutionnelle du 4 février 2008 qui reprend le principe d'une révision constitutionnelle à « double détente ». Une nouvelle saisine du Conseil constitutionnel concernant la loi autorisant la ratification du traité de Lisbonne, adoptée le 7 février, est encore envisageable au moment où ce commentaire est rédigé (8 février)...

<sup>13</sup> La structuration objet du contrôle, normes de référence, respect des droits fondamentaux, des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale et des autres dispositions constitutionnelles a été initiée dans la décision *Maastricht I* (n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Rec.*, p. 55). Elle a été reprise dans celle sur le *traité établissant une Constitution pour l'Europe* (n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *précitée*). La décision sur le *traité d'Amsterdam* apparaît un peu plus singulière dans la mesure où, en partie en raison du contenu du texte, l'objet du contrôle n'est pas identifié de manière explicite et il n'y a pas de développement consacré au respect des droits fondamentaux (n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Rec.*, p. 344). En revanche, cette décision reprend les considérants de principe sur les normes de référence du contrôle issus de la décision *Maastricht I* en les adaptant suite à l'insertion, par la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, d'un nouveau titre dans la Constitution sur l'Union et les Communautés européennes.

<sup>14</sup> Décision commentée, cons. n° 2.

<sup>15</sup> La succession et la substitution de l'Union européenne à la Communauté européenne est en effet sans incidence sur l'existence de la Communauté européenne de l'énergie atomique. Selon l'article 11 du traité de Lisbonne, insérant un article *1 bis* au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ancien traité C.E.) : « Le présent traité et le traité sur l'Union européenne constituent les traités sur lesquels est fondée l'Union ». Le protocole n° 2 au traité de Lisbonne, modifiant le traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique, rappelle « qu'il importe que les dispositions du traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique continuent de produire pleinement leurs effets juridiques ». D'autres protocoles font enfin référence « au traité sur l'Union européenne, au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et au traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique ».

<sup>16</sup> Voir sur cette question, suite à la substitution et à la succession de l'Union européenne à la Communauté européenne : L. Idot, « Traité simplifié, traité réformateur ou traité de Lisbonne... ? », *précité*.

conséquence, depuis la fin de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, il n'y a plus lieu d'utiliser la formule « Union et Communautés européennes » puisqu'il n'en existe plus qu'une. Il est désormais nécessaire d'employer la formule au singulier « Union et Communauté européenne ». La révision constitutionnelle du 4 février 2008<sup>17</sup> modifie cependant, dans la rédaction du texte constitutionnel consécutive à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'intitulé du titre XV de la Constitution en supprimant la référence aux Communautés européennes pour ne plus retenir que « l'Union européenne »<sup>18</sup> et écarte en conséquence de son objet la Communauté restante<sup>19</sup>.

L'indication des *normes de référence* est marquée par plusieurs singularités. L'essentiel de ce qui était déjà présent dans la décision *Maastricht I*, adapté et repris par les décisions sur les traités communautaires ultérieurs<sup>20</sup>, se retrouve dans la décision commentée. Les singularités se manifestent par une précision et deux nouveautés formelles.

L'échec du traité établissant une Constitution pour l'Europe a tout d'abord conduit le Conseil constitutionnel à neutraliser l'alinéa 2 de l'article 88-1 de la Constitution issu de la révision constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005 nécessaire à la ratification de ce traité. Cette disposition prévoyait en effet que la République « peut participer à l'Union européenne dans les conditions prévues par le traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004 »<sup>21</sup>. Le choix du pouvoir de révision constitutionnelle de prévoir deux modalités de rédaction du titre XV de la Constitution, avant et après l'entrée en vigueur du « traité Constitution », n'a toutefois obligé le Conseil constitutionnel qu'à neutraliser la révision constitutionnelle dans la seule partie en vigueur qui se référait au « traité Constitution »<sup>22</sup>. Il juge en effet que « les conditions dans lesquelles la République française participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne sont fixées par les dispositions *en vigueur* du titre XV de la Constitution, *hormis celles du second alinéa de l'article 88-1 qui est relatif au traité établissant une Constitution pour l'Europe* »<sup>23</sup>. Cette neutralisation ne soulève pas de difficulté dans la mesure où cette disposition ne visait, par une révision adjonction, qu'à permettre la ratification d'un traité. Ce traité n'ayant pas été ratifié par l'ensemble des Etats

<sup>17</sup> Loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008 modifiant le titre XV de la Constitution, *JORF*, 5 février 2008.

<sup>18</sup> Le pouvoir de révision constitutionnelle, avec l'une des révisions constitutionnelles du 1<sup>er</sup> mars 2005, avait retenu le même choix dans la rédaction du titre XV de la Constitution après l'entrée en vigueur du traité établissant une Constitution pour l'Europe. Ce dernier traité n'avait d'ailleurs pas non plus vocation à se substituer à celui sur la Communauté européenne de l'énergie atomique.

<sup>19</sup> A moins que l'on considère que le renvoi au traité de Lisbonne dans l'article 88-1 implique un renvoi à cette Communauté.

<sup>20</sup> Voir *supra*, note n° 12.

Voir plus précisément : C.C., n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, précitée, cons. n° 9 à 15 ; n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam*, précitée, cons. n° 1 à 8 ; n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, précitée, cons. n° 1 à 8 ; décision commentée, n° 3 à 10.

<sup>21</sup> Nous soulignons.

<sup>22</sup> De son côté, la rédaction constitutionnelle postérieure à l'entrée en vigueur du « traité Constitution » n'entrera jamais en vigueur.

<sup>23</sup> Décision commentée, cons. n° 7, nous soulignons.

membres et ne pouvant donc pas entrer en vigueur, l'alinéa 2 de l'article 88-1 devient sans objet. Si le pouvoir de révision constitutionnelle n'avait pas prévu deux rédactions du titre XV et, plus précisément, s'il avait retenu comme nouvelle rédaction celle qui devait s'imposer après l'entrée en vigueur du traité, il est difficile d'envisager quelle eût été la position du Conseil constitutionnel. La rédaction aurait été la 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'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences ». Le Conseil constitutionnel aurait-il pu seulement écarter la référence au « traité Constitution » et reprendre ainsi la rédaction constitutionnelle antérieure de l'article 88-1 de la Constitution ? D'un point de vue juridique, la nouvelle rédaction abroge la rédaction précédente. Le juge constitutionnel aurait-il eu la possibilité d'écarter une révision constitutionnelle devenue sans objet pour statuer en vertu d'une disposition antérieurement abrogée ? On serait tenté de répondre de manière positive. Dans la détermination des normes de référence de son contrôle, rien n'empêche le Conseil constitutionnel d'écarter une disposition constitutionnelle sans objet. Si cette disposition, devenue sans objet, a abrogé des dispositions constitutionnelles antérieures, il semble normal que celles-ci soient réactivées. Il ne s'agit pas pour le Conseil constitutionnel de se substituer au pouvoir de révision constitutionnelle, mais simplement de constater quelles sont les normes de référence dont il dispose. Cette analyse n'est toutefois valable que si l'abrogation trouve sa justification exclusive dans l'objet sur lequel repose la nouvelle rédaction. La perte de l'objet qui a présidé à la nouvelle rédaction autorise alors la remise en vigueur des dispositions antérieures.

Dans l'énoncé des normes de référence, la décision commentée rappelle ensuite la signification à retenir de l'article 88-1, dont l'énoncé est indéterminé et même a-normatif, telle qu'elle avait été posée dans la décision du 19 novembre 2004 à l'occasion de l'examen de l'article 6-I du traité posant la primauté du droit de l'Union européenne<sup>24</sup>. Par cette disposition, « le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international »<sup>25</sup>. Sans revenir sur ce qui a déjà été écrit sur cette formule<sup>26</sup>, nous devons tout de même avouer le secret espoir de voir un jour le Conseil constitutionnel intégrer la distinction entre un pouvoir originaire et un pouvoir dérivé, en ne qualifiant plus le « pouvoir de révision constitutionnelle » de « pouvoir constituant ». Le premier est un pouvoir dérivé du second ; il est donc « pouvoir de révision constitutionnelle ». Seul le second est originaire et donc constituant.

---

<sup>24</sup> C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, cons. n° 11.

<sup>25</sup> Décision commentée, cons. n° 7.

<sup>26</sup> Si l'analyse doctrinale peut parfaitement évoluer, ce qui est plutôt bon signe, il n'y pas d'« autorité de chose commentée », et si nous revendiquons le droit à l'erreur, nous n'avons rien, *a priori*, à ajouter ou à rectifier sur les remarques qui avaient déjà été faites sur cette formule, voir cette *Revue*, n° 62, 2005, p. 336.

Enfin, la question du rapport hiérarchique entre la Constitution et le droit communautaire ayant été d'abord implicitement<sup>27</sup> puis explicitement<sup>28</sup> résolue en faveur de la primauté de la Constitution, le Conseil constitutionnel a décidé d'intégrer l'explicitation de ce rapport dans l'exposé des normes de référence du contrôle. Après avoir rappelé les normes constitutionnelles pertinentes encadrant l'exercice de son contrôle, il précise en effet que « tout en confirmant *la place de la Constitution au sommet de l'ordre juridique interne*, ces dispositions constitutionnelles permettent à la France... »<sup>29</sup>. Sur cette question de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire, abondamment commentée, il y a lieu de préciser qu'elle n'est l'expression que d'une politique jurisprudentielle des juridictions nationales visant à maintenir de manière artificielle une prétendue primauté de la Constitution nationale. En opportunité, on doit remarquer que l'affirmation de la primauté constitutionnelle par le Conseil constitutionnel est intervenue tardivement, au moment où la primauté du droit communautaire était *formalisée* dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Pour le juge, cette affirmation de la *primauté du droit communautaire* ne remet pas en cause la *primauté de la Constitution*<sup>30</sup>. Cette position avait trouvé une opportune justification doctrinale *a posteriori* sous l'angle du droit communautaire<sup>31</sup>, sans que l'on soit convaincu ni par la démarche, ni par l'argumentation proposée. On peine d'ailleurs à comprendre pourquoi, avec le traité de Lisbonne, cette question de la primauté poserait de nouveau un problème d'ordre constitutionnel<sup>32</sup>. D'un point de vue juridique, peut-on encore aujourd'hui discuter sérieusement de la primauté du droit communautaire, alors que la question de la primauté du droit international avait déjà été résolue en 1932 par la Cour permanente de justice internationale<sup>33</sup> et que celle du droit communautaire l'a été 1964 par la Cour de justice des Communautés européennes<sup>34</sup> ? Certes, il nous sera reproché d'adopter une orientation théorique *moniste internationaliste* des rapports entre les ordres juridiques. Les critiques formulées ne seraient en conséquence valables que de manière relative, selon ce seul point de vue<sup>35</sup>. Il s'agit pourtant

<sup>27</sup> En posant le principe d'un contrôle de constitutionnalité indirect des directives communautaires : C.C., 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, *Rec.*, p. 101, cons. n° 7.

<sup>28</sup> C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *précitée*, cons. n° 13.

<sup>29</sup> Décision commentée, cons. n° 8, nous soulignons.

<sup>30</sup> C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, *précitée*, cons. n° 9 à 13.

<sup>31</sup> P. Cassia, « L'article 6-I du traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes », *Europe*, décembre 2004, n° 12, Etude 12.

<sup>32</sup> P. Cassia, E. Saunier-Cassia, « La primauté du droit de l'Union européenne dans le traité « modificatif » : ce qui change », *Europe*, décembre 2007, n° 12, Etude 23.

<sup>33</sup> C.P.J.I., A.C., 4 février 1932, *Traitement des nationaux polonais à Dantzig*, série A/B, n° 44.

<sup>34</sup> C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, Aff. 6/64, *Rec.*, 1964, p. 1149.

Voir pour une approche renouvelée, stimulante et singulière de la primauté du droit communautaire selon une orientation réaliste, c'est-à-dire s'inscrivant dans le courant de la théorie réaliste de l'interprétation développée par M. Troper : D. Alland, « A la recherche de la primauté du droit communautaire », *Droits*, n° 45, 2007, p. 121 et s., p. 125 pour la définition réaliste de la « primauté du droit communautaire ».

<sup>35</sup> Une analyse en termes de « primauté relative » a d'ailleurs été défendue selon des formulations différentes. Voir notamment : D. Alland, « Le droit international « sous » la Constitution de la V<sup>ème</sup> République », *R.D.P.*, 1998, p. 1658 ; « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *R.F.D.A.*, 1998, p. 1104 ; H. Gaudin, « Primauté « absolue » ou primauté « relative » ? », in *Droit constitutionnel droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel ?*, sous la direction de Hélène Gaudin, Colloque de La Rochelle, 6 et 7 mai 1999, P.U.A.M.-Economica, Collection Droit public positif, 2001, p. 99 ; D. Simon, « L'arrêt Sarran : dualisme incompressible ou monisme inversé ? », *Europe*, mars 1999, Chronique, n° 3, p. 6.

également du point de vue du droit positif international et du droit positif communautaire<sup>36</sup>. Or, à moins de ne pas y voir du « droit » ou de considérer qu'il y a un « droit mou » qui autoriserait ses destinataires à ne pas le respecter, ce qui n'est à l'évidence pas le cas du droit communautaire, le principe de primauté posé par les droits positifs international et communautaire s'impose au droit interne. En effet, « nier [leur] supériorité revient à nier [leur] existence »<sup>37</sup> ; « si le caractère obligatoire des traités internationaux repose uniquement sur la Constitution, il dépend d'elle qu'il cesse »<sup>38</sup>. Un ordre normatif qui permettrait à ses destinataires de ne pas respecter les prescriptions qu'il contient, ce respect dépendant en conséquence de leur seule volonté, est-il un *ordre juridique* ?

Pour les juridictions nationales, la défense de la primauté de l'ordre juridique auquel elles appartiennent relève d'une politique jurisprudentielle. D'un point de vue juridique, en cas de conflit entre le droit communautaire, futur droit de l'Union, et la Constitution c'est bien cette dernière qui doit céder. Il en va pour la France du respect des engagements internationaux auxquels elle a valablement souscrit. La question du fondement à partir duquel ce conflit doit être résolu en faveur du droit communautaire est sans importance. La France doit respecter les engagements internationaux souscrits, que ce soit sur le fondement de la règle internationale *pacta sunt servanda* ou de l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946. De plus, la France peut très bien choisir, par l'intermédiaire de son juge, de ne pas respecter ses obligations et donc de violer le droit international et/ou le droit communautaire ; le non respect de ces obligations n'en constitue pas pour autant du droit. Le droit communautaire, par l'intermédiaire de la Cour de justice des Communautés européennes, recherchera la primauté du droit communautaire dans la spécificité de l'ordre juridique communautaire, les juges nationaux dans la Constitution. Laissons ces derniers affirmer que c'est la Constitution qui autorise la primauté du droit communautaire face aux normes constitutionnelles, même si nous préférons le pudique silence antérieur<sup>39</sup>. Les conséquences juridiques de cette affirmation sont minimales : un contrôle exceptionnel, dans ses conditions de mise en œuvre, des directives communautaires. Ce contrôle est exercé lorsqu'une loi nationale tire les conséquences *nécessaires* de dispositions *inconditionnelles et précises* de celles-ci ; seuls les *principes ou règles inhérents à l'identité constitutionnelle de la France* pouvant alors être opposés à

<sup>36</sup> La jurisprudence ne pose certes pas des normes générales et abstraites mais la primauté du droit international conventionnel comme du droit communautaire, au-delà des affirmations jurisprudentielles rappelées, est une conséquence d'un principe de droit international public, dont la positivité est incontestable en tant que coutume internationale ou en tant que principe inscrit dans l'article 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 : le principe *pacta sunt servanda*.

<sup>37</sup> M. Virally, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in *Mélanges offerts à Henri Rollin, Problèmes de droit des gens*, Pedone, 1964, p. 497.

<sup>38</sup> H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1926, Tome IV, p. 294. Voir également en ce sens : D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica, Collection Droit public positif, 1996, p. 261 ; O. Pfersmann, « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la décentralisation : le cas de la supraconstitutionnalité », *Revue d'Allemagne*, T. 28, 2-1996, pp. 177-178.

<sup>39</sup> Laissons d'ailleurs également la Cour de justice des Communautés européennes, prochainement de l'Union européenne, s'appuyer sur la spécificité du droit communautaire, plutôt que sur la règle *pacta sunt servanda*, pour affirmer la primauté du droit communautaire. Une telle stratégie jurisprudentielle a porté ses fruits auprès des Etats d'inspiration « dualiste ».

la directive<sup>40</sup>. A-t-on d'ailleurs déjà pu relever auprès des différentes cours constitutionnelles européennes une seule censure effective du droit communautaire en vigueur au nom du respect de la Constitution ? Face à ces simples menaces nationales de contrôle, la Cour de justice des Communautés européennes a expressément écarté, à plusieurs reprises, des dispositions constitutionnelles nationales au profit de normes communautaires<sup>41</sup>. La Constitution est donc supérieure au droit communautaire, beau privilège, mais, en vertu de l'article 54 de ce même texte, elle *doit être* révisée si le pouvoir politique *souhaite* ratifier un engagement international dont la contrariété avec la Constitution a été constatée au préalable par le Conseil constitutionnel.

Après avoir exposé les normes de référence, le Conseil constitutionnel procède à *l'exercice du contrôle au fond selon un modèle éprouvé* (§ II). Celui-ci imposera une nouvelle révision constitutionnelle « communautaire ». Face au classicisme du contrôle au fond, la situation inédite dans laquelle se trouve le Conseil constitutionnel avec le traité de Lisbonne soulève des questions contentieuses de principe. *La détermination de l'étendue du contrôle* est en particulier *délicate* (§ I).

## I – La détermination délicate de l'étendue du contrôle

Le traité de Lisbonne, en tant qu'objet du contrôle de constitutionnalité, soulève une double question. Parce qu'il est un traité modificatif de traités antérieurs en vigueur, le contrôle exercé sur celui-là ne doit pas conduire à remettre en cause ceux-ci. Le Conseil constitutionnel maintient en effet son contrôle exclusivement *a priori* (A). Parce que le traité modificatif reprend parfois des stipulations du « traité Constitution », qui a déjà fait l'objet d'un contrôle de la part du Conseil constitutionnel, il met en avant la question de l'autorité de chose jugée de la décision du 19 novembre 2004 (B).

### A – Le maintien d'un contrôle exclusivement *a priori*

<sup>40</sup> Sur le principe du contrôle : C.C., 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique, précitée*, cons. n° 7.

Sur l'adaptation de cette jurisprudence et la référence aux règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : C.C., n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, *Rec.*, p. 88, cons. n° 19.

Voir sur cette évolution jurisprudentielle : « La directive communautaire comme paramètre du contrôle de constitutionnalité des lois : une exception d'interprétation stricte à la jurisprudence I.V.G. », *Dalloz*, 30 novembre 2006, n° 42, *Chron.*, pp. 2879-2880.

<sup>41</sup> Pour ne prendre qu'un exemple ancien et connu, le principe de la compétence directe reconnue par la Cour de justice des Communautés européennes au profit des juges internes pour écarter toute norme nationale contraire au droit communautaire dans l'arrêt *Simmenthal* (C.J.C.E., 9 mars 1978, *Simmenthal*, Aff. 106/77, *Rec.*, 1978, p. 629) a été posé pour faire échec à l'interprétation de la Constitution italienne par la *Corte costituzionale* (voir par exemple : C.C.I., n° 183, 27 décembre 1975, *R.U.*, Vol. XXXIX, p. 503). Il se heurtait donc directement à la Constitution telle qu'interprétée par la *Corte*. Celle-ci ne cédera que plus tard (plus rapidement toutefois que le Conseil d'Etat français sur la même question), mais... elle cédera (C.C.I., n° 170, 5 juin 1984, in *Giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. Decisioni e orientamenti fondamentali (1956-1984)*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1985, p. 884).



Dans son principe, la question du contrôle de constitutionnalité d'un traité en vigueur par l'intermédiaire d'un nouveau traité, transposition aux engagements internationaux de la jurisprudence *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie*<sup>42</sup>, a été résolue dans la décision du 9 avril 1992, *Maastricht I*<sup>43</sup>. Le Conseil constitutionnel, reprenant une formule inaugurée dans la décision du 19 novembre 2004 sur le « traité Constitution »<sup>44</sup>, juge en effet que dans l'exercice de son contrôle sur le traité de Lisbonne sont « soustraites au contrôle de conformité à la Constitution celles des stipulations du traité qui reprennent des engagements antérieurement souscrits par la France »<sup>45</sup>. Les engagements internationaux bénéficient d'une couverture constitutionnelle qui fait obstacle à leur remise en cause *a posteriori* au regard de la Constitution. Cette couverture prend deux formes. Elle peut être générale et implicite ou spéciale et explicite.

La couverture *générale et implicite* concerne tous les engagements internationaux qu'ils soient ou non d'origine communautaire. Le fondement constitutionnel de cette immunité contentieuse est toutefois renforcé pour le droit communautaire. Si l'on peut penser que pour tous les engagements internationaux l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946 et donc, indirectement au moins, la règle *pacta sunt servanda* s'opposent à une remise en cause d'un traité en vigueur au regard de la Constitution, s'ajoute au profit des traités communautaires l'article 88-1 de la Constitution. On pourrait toutefois considérer que le droit communautaire ne bénéficie que de la couverture de l'article 88-1 de la Constitution, et plus de celle de l'alinéa 14 du Préambule de 1946, puisque la spécificité constitutionnelle du droit communautaire a été reconnue. Selon le Conseil constitutionnel, l'ordre juridique communautaire est « distinct de l'ordre juridique international »<sup>46</sup>. En tout état de cause, seules ces deux dispositions, l'alinéa 14 du Préambule de 1946 et l'article 88-1 de la Constitution, par rapport à toutes celles que l'on trouve dans les normes de référence du contrôle<sup>47</sup>, semblent constituer une couverture au profit des traités en vigueur.

Le principe de l'immunité souffre cependant de deux tempéraments pour les engagements internationaux qui sont couverts par l'alinéa 14 et/ou l'article 88-1 de la Constitution : un tempérament lointain et à la portée incertaine pour les engagements internationaux classiques et un tempérament récent et incontesté pour le droit communautaire. Dans les deux cas, la remise en cause se concrétise formellement par la remise en cause de la loi nationale tirant les conséquences d'obligations internationales ou communautaires. Le contrôle est sur la forme

---

<sup>42</sup> C.C., n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, Rec., p. 43, cons. n° 3.

<sup>43</sup> C.C., n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, précitée, cons. n° 5 à 8. Du moins selon les commentaires alors autorisés : B. Genevois, « Le traité sur l'Union européenne et la Constitution », *R.F.D.A.*, 1992, pp. 379-381.

<sup>44</sup> C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, précitée, cons. n° 8.

<sup>45</sup> Décision commentée, cons. n° 9.

<sup>46</sup> *Loc. cit.*, cons. n° 7.

<sup>47</sup> A savoir le préambule de la Constitution de 1958, les articles 3 de la déclaration de 1789 et de la Constitution de 1958, l'alinéa 15 du Préambule de la Constitution de 1946 et l'article 53 de la Constitution.

toujours indirect, même si sur le fond, au-delà de la loi, ce sont bien des exigences internationales ou communautaires qui sont remises en cause au nom du respect de la Constitution.

Pour les *engagements internationaux classiques*, il y a lieu de rappeler la décision du 5 mai 1998, *Loi Réséda*<sup>48</sup>. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel avait jugé qu'il pouvait être dérogé à un principe constitutionnel « dans la mesure nécessaire à la mise en œuvre d'un engagement international de la France et sous réserve qu'il ne soit pas porté atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »<sup>49</sup>. Le respect des engagements internationaux autorisait la loi nécessaire à la mise en œuvre d'un engagement international à déroger à la Constitution sous réserve du respect des « conditions essentielles... ». La décision est ancienne, restée inédite et peu convaincante dans le rapport qu'elle pose entre la dérogation à la Constitution et la limite à cette dérogation tirée des « conditions essentielles... ». Elle n'en constitue pas moins le seul exemple d'une affirmation générale du principe d'un contrôle indirect d'un traité en vigueur par l'intermédiaire d'une loi.

Le tempérament concernant le *droit communautaire*, tiré de la jurisprudence *Confiance dans l'économie numérique*<sup>50</sup>, est autrement plus célèbre et moins discuté, du moins dans le principe de la soumission des directives communautaires à un contrôle de constitutionnalité par l'intermédiaire d'une loi de transposition. Un tel contrôle, lorsqu'il porte sur des dispositions de loi « nécessaires » à la transposition de dispositions d'une directive « précises et inconditionnelles », quelles que soient les critiques que l'on peut émettre à l'encontre de cette dernière expression<sup>51</sup>, conduit à remettre en cause la directive elle-même, même si ne lui seront opposées, dans cette situation, que les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. Un tel contrôle doit être interprété comme une remise en cause indirecte des stipulations du traité C.E., bientôt sans doute traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui garantissent l'applicabilité directe des directives communautaires. La couverture constitutionnelle de l'article 88-1 cède lorsqu'une directive remet en cause l'identité constitutionnelle de la France. On peut supposer que le respect de cette identité serait opposable à l'ensemble du droit communautaire dérivé<sup>52</sup>, à l'occasion du contrôle de lois nationales en tirant les conséquences dans l'ordre interne,

---

<sup>48</sup> C.C., n° 98-399 DC, 5 mai 1998, *Loi Réséda*, Rec., p. 245. La décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 (n° 93-325 DC, *Maîtrise de l'immigration*, Rec., p. 224) n'est en revanche pas pertinente sur cette question de la remise en cause d'un traité en vigueur alors que le juge constitutionnel examine la loi interne tirant les conséquences de la convention d'application de l'accord de Schengen, cette dernière ayant fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité (n° 91-294 DC, 25 juillet 1991, *Accord de Schengen*, Rec., p. 40). Aucune affirmation générale en ce sens n'est en effet contenue dans la décision. De plus, au moment du contrôle de la loi, la convention d'application de Schengen n'était pas entrée en vigueur. Enfin, la censure faite en 1993 de la loi d'application s'est faite sur une question qui était laissée libre aux Etats par la convention en question. Celle-ci n'était donc pas remise en cause.

<sup>49</sup> C.C., n° 98-399 DC, 5 mai 1998, *Loi Réséda*, précité, cons. n° 15.

<sup>50</sup> Voir *supra*, note n° 37.

<sup>51</sup> Sans reprendre ces remarques déjà formulées à plusieurs reprises, on peut rappeler que le critère déterminant qui conduit à ce que, au-delà de la loi déferée, c'est bien la directive qui est mise en cause dans le contrôle de constitutionnalité, ne réside pas dans le fait que les dispositions de la directive soient « précises et inconditionnelles » mais dans la circonstance que les dispositions de loi contrôlées sont *imposées* par la directive.

<sup>52</sup> Sous réserve du droit communautaire dérivé qui fait l'objet d'une couverture constitutionnelle spéciale et explicite, voir *infra*.

mais également au droit international conventionnel classique selon le schéma inauguré dans la décision du 5 mai 1998, *Loi Réséda*, à moins bien sûr que la spécificité constitutionnelle du droit communautaire ne se concrétise d'un point de vue contentieux par un traitement plus défavorable que celui qui est réservé au droit international conventionnel classique. Une chose paraît acquise : le droit communautaire originaire échappe à la jurisprudence *Confiance dans l'économie numérique* puisque, selon les principes établis depuis la décision *Maastricht I*, il n'est pas possible de remettre en cause lors de l'examen *a priori* d'un nouveau traité les stipulations déjà en vigueur d'autres traités antérieurs. On voit mal comment le régime contentieux du droit communautaire originaire en vigueur pourrait varier selon que sa remise en cause se fait d'un point de vue procédural par le biais d'un traité nouveau (*Maastricht I*) ou d'une loi d'application (*Confiance dans l'économie numérique*).

La couverture constitutionnelle revêt également une autre forme : elle peut être *spéciale* et *explicite*. Ce type de couverture est le résultat du choix du pouvoir de révision constitutionnelle. Ont été insérées dans la Constitution des dispositions spéciales pour permettre, dans chacun des domaines qui avait fait l'objet d'une déclaration de contrariété à la Constitution, la ratification des traités communautaires concernés. Dans cette situation, le pouvoir de révision constitutionnelle, le « pouvoir constituant » du Conseil constitutionnel, introduit dans la Constitution « des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle ; que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite »<sup>53</sup>. Le pouvoir de révision constitutionnelle a ainsi retenu le principe de dispositions constitutionnelles dérogatoires en fonction des différentes situations de contrariété à la Constitution constatées par le Conseil constitutionnel, dressant ainsi une liste de domaines spécialement visés. L'article 88-3 de la Constitution concerne le droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires aux élections municipales, l'article 88-2, dont la liste a eu tendance à s'allonger, l'établissement de l'union économique et monétaire européenne, la détermination des règles relatives à la libre circulation des personnes et aux domaines qui lui sont liés et le mandat européen<sup>54</sup>. Le Doyen FAVOREU parlait de « Constitution duale » impliquant une double lecture de ce texte : une lecture de droit commun et une lecture communautaire, intégrant les dérogations au droit commun rendues nécessaires par les développements de la construction communautaire. Les stipulations des traités communautaires ou les dispositions du droit communautaire dérivé intervenant dans les domaines visés par les dispositions constitutionnelles dérogatoires jouissent d'une couverture constitutionnelle spéciale et expresse qui s'oppose, sans aucune dérogation possible, à moins de méconnaître la volonté du pouvoir de révision constitutionnelle, à l'exercice d'un contrôle de

<sup>53</sup> C.C., n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Maastricht II*, *Rec.*, p. 76, cons. n° 19.

<sup>54</sup> Dans ce dernier domaine, ce n'est pas une déclaration d'inconstitutionnalité du Conseil constitutionnel qui est l'origine d'une telle référence, mais l'avis du Conseil d'Etat du 26 septembre 2002 constatant le risque d'incompatibilité de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne avec le principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel « l'Etat doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique » (C.E., Ass. gén., 26 septembre 2002, avis sur la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise aux Etats membres, *R.F.D.A.*, 2003, p. 465, *E.D.C.E.*, n° 54, p. 192). Ainsi, le principe fondamental inédit dégagé par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Koné* aura connu une destinée inespérée (C.E., Ass., 3 juillet 1996, *Moussa Koné*, *Leb.*, p. 255 ; révision constitutionnelle du 25 mars 2003).

constitutionnalité *a posteriori* y compris face à l'identité constitutionnelle de la France<sup>55</sup>. C'est d'ailleurs en ce sens qu'il faut interpréter la formule du Conseil constitutionnel selon laquelle : « appellent une révision constitutionnelle les clauses du traité qui transfèrent à l'Union européenne des compétences affectant les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale dans des *domaines* ou selon des *modalités autres* que ceux prévus par les traités mentionnés à l'article 88-2 »<sup>56</sup>. A l'occasion du contrôle d'un nouveau traité, tout ce qui est couvert par l'article 88-2 échappe, dans le prolongement d'ailleurs de la couverture générale et implicite, à l'exercice du contrôle de constitutionnalité.

## B – L'autorité de chose jugée en question

Quel qu'ait été l'avenir du traité établissant une Constitution pour l'Europe, il n'a aucune incidence sur l'existence de la décision du Conseil constitutionnel du 19 novembre 2004. Ce traité n'était pas un acte juridique en vigueur au moment du contrôle, le fait qu'il ne le soit jamais devenu ne change rien à l'exercice du contrôle de constitutionnalité dont il a fait l'objet. Lorsque le contrôle du Conseil constitutionnel porte sur des normes issues de stipulations d'un traité<sup>57</sup> (celui de Lisbonne) qui ont déjà fait l'objet d'un contrôle par l'intermédiaire d'un autre traité (celui de Rome de 2004), son exercice est limité, que les normes préalablement contrôlées aient été censurées ou qu'elles aient été déclarées conformes à la Constitution. Le fait qu'il s'agisse de stipulations d'un traité ou de dispositions de loi ne change rien sur cette question. D'un côté, en effet, « l'autorité attachée à une décision du Conseil constitutionnel déclarant inconstitutionnelles des dispositions d'une loi (...) peut être utilement invoquée à l'encontre d'une autre loi (...) lorsque ses dispositions (...), bien que rédigées sous une forme différente, ont, en substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution »<sup>58</sup> ; de l'autre, « il n'y a pas lieu de procéder à un examen de la constitutionnalité des dispositions de la loi (...) soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ayant une rédaction ou un contenu identique à ceux de dispositions déclarées conformes à la Constitution par »<sup>59</sup> une décision antérieure. Selon les termes de l'article 1351 du Code civil, l'autorité de chose jugée s'applique en cas d'identités d'*objet*, de *cause* et de *parties* agissant en la même *qualité*. Si cette dernière condition n'a pas de pertinence dans un

<sup>55</sup> A moins que l'identité constitutionnelle de la France soit également opposable au pouvoir de révision constitutionnelle. La jurisprudence du Conseil constitutionnel ne semble pas pouvoir suivre une telle voie. S'y engager conduirait d'ailleurs à la même impasse que celle dans laquelle se trouve la *Corte costituzionale*, dont la jurisprudence oppose au droit communautaire et aux lois de révision constitutionnelles les principes suprêmes de l'ordre juridique et les droits inaliénables de la personne humaine. En effet, si l'identité constitutionnelle est opposable au droit communautaire en vigueur et aux lois de révision constitutionnelle, alors, en cas de contrariété du droit communautaire avec cette identité, le pouvoir de révision constitutionnelle ne pourrait pas intervenir pour résoudre le conflit sous peine de violer à son tour cette même identité. Seule l'adoption d'une nouvelle Constitution permettrait de lever l'obstacle.

<sup>56</sup> Décision commentée, cons. n° 15.

<sup>57</sup> Nous supposons acquise la distinction entre l'énoncé (contenu dans une disposition ou dans une stipulation) et la norme, celle-ci étant la signification de celui-là, même si elle n'est pas toujours claire dans la jurisprudence constitutionnelle.

<sup>58</sup> C.C., n° 89-258 DC, 8 juillet 1989, *Loi d'amnistie*, *Rec.*, p. 48, cons. n° 13, nous soulignons.

<sup>59</sup> C.C., n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie*, *Rec.*, p. 43, cons. n° 5, nous soulignons.

contentieux objectif, tel n'est pas le cas des deux autres. Il y a identité d'*objet* à partir du moment où c'est la même norme qui est contrôlée ; identité de *cause* lorsque celle-ci a été contrôlée par rapport aux mêmes normes de référence. Parce que le contrôle de constitutionnalité des traités internationaux est un contrôle intégral, l'autorité de chose jugée de la décision du 19 novembre 2004 s'imposait au Conseil constitutionnel pour toutes les stipulations du traité de Lisbonne qui contenaient les mêmes normes que celles du « traité Constitution ».

En l'espèce, toutes les stipulations du traité de Lisbonne qui, selon la formule du Conseil constitutionnel, « ont, en substance, un objet analogue à celui des [stipulations du traité établissant une Constitution pour l'Europe] déclarées contraires à la Constitution », sont couvertes par l'autorité de chose jugée par la décision du Conseil constitutionnel du 19 novembre 2004. Un tel contexte a donc obligé les services juridiques du Conseil constitutionnel à apprécier la portée du nouveau traité, non seulement par rapport aux anciens traités en vigueur, mais également par rapport au « traité Constitution ». Seule la nouveauté, quelle qu'en soit l'étendue<sup>60</sup>, par rapport au « traité Constitution » et aux traités en vigueur autorisait l'exercice d'un contrôle. Sans mentionner, ni de manière générale par un considérant de principe, ni de manière spécifique lorsqu'il est fait référence à la décision du 19 novembre 2004, l'« autorité » de cette dernière décision, le Conseil constitutionnel s'inscrit pourtant dans cette perspective. La décision du 19 novembre 2004 est en effet citée à six reprises<sup>61</sup>, en dehors des visas.

A propos de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, le Conseil constitutionnel précise qu'« hormis les changements de numérotation, les stipulations de la Charte, à laquelle est reconnue la même valeur juridique que celle des traités, sont identiques à celles qui ont été examinées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 19 novembre 2004 susvisée »<sup>62</sup>. Il en conclut que « pour les mêmes motifs que ceux énoncés par cette décision, la Charte n'appelle [pas] de révision de la Constitution ». A l'inverse, pour constater que la stipulation contrôlée appelle une révision constitutionnelle, le Conseil juge que « le 2 de l'article 31 du traité sur l'Union européenne, tel que résultant du traité de Lisbonne, qui reprend l'article III-300 du traité établissant une Constitution pour l'Europe, et les articles 76, 82, 83, 85, 87 à 89, 133 et 329 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui reprennent respectivement les articles III-264, III-270, III-271, III-273, III-275 à III-277, III-191 et III-419 du traité établissant une Constitution pour l'Europe, appellent une révision de la Constitution pour les mêmes motifs que ceux énoncés par la décision du 19 novembre 2004 susvisée »<sup>63</sup>. A trois reprises encore le Conseil constitutionnel constate une contrariété à la Constitution d'une stipulation du traité de Lisbonne « qui reprend les dispositions » d'un article du traité « pour les

---

<sup>60</sup> Qu'elle concerne une stipulation originale, absente du traité de 2004, ou une stipulation apportant des modifications rédactionnelles à une stipulation existante en 2004.

<sup>61</sup> Décision commentée, cons. n° 12, 21, 24, 26, 27 et 29.

<sup>62</sup> *Loc. cit.*, cons. n° 12.

<sup>63</sup> *Loc. cit.*, cons. n° 21.

mêmes motifs que ceux énoncés par la décision du 19 novembre 2004 susvisée »<sup>64</sup>. Une dernière situation s'inscrit dans le même schéma sauf que les motifs de la décision du 19 novembre 2004 sont explicitement mentionnés. A propos du 6 de l'article 48 du traité sur l'Union qui institue une procédure de révision simplifiée, reprenant une stipulation du « traité Constitution », le Conseil précise que « comme l'énonce la décision du 19 novembre 2004 susvisée, la référence aux règles constitutionnelles des États membres renvoie, dans le cas de la France, à l'autorisation législative prévue par l'article 53 de la Constitution ». Il explicite ici une réserve d'interprétation *directive* à l'attention des pouvoirs publics nationaux, ce qui est neutre du point de vue communautaire, afin que la ratification d'un acte modifiant les traités selon une procédure simplifiée soit précédée d'une autorisation législative. Le renvoi aux règles constitutionnelles nationales autorise également, même si le Conseil constitutionnel ne l'a pas précisé, la mise en œuvre la procédure de l'article 54 de la Constitution.

Dans son volet « Charte des droits fondamentaux de l'Union », le renvoi à la décision de 2004 est le plus problématique. Il ne conduit en effet pas à une censure, mais à une déclaration de conformité selon les motifs d'une décision antérieure. Or, les motifs en question sont des interprétations nationales unilatérales de certaines stipulations de la Charte des droits fondamentaux qui s'analysent en des réserves d'interprétation. Il serait temps pour le Conseil constitutionnel d'admettre que lorsqu'il indique qu'une stipulation d'un traité n'est pas contraire à la Constitution parce qu'elle revêt telle ou telle signification, il pose bien une réserve d'interprétation : il « agit directement sur le contenu ou le substrat normatif [de stipulations issues d'un traité communautaire] de manière à le mettre en conformité avec la Constitution »<sup>65</sup>. L'utilisation de cette technique est problématique lorsque la portée de la réserve concerne des institutions communautaires, et pas des autorités internes. C'était précisément le cas de l'interprétation qu'a faite le Conseil constitutionnel de la liberté de manifestation de ses convictions religieuses<sup>66</sup> qui, non contente de s'appuyer sur un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme qui n'existe pas<sup>67</sup>, feint de croire que cette interprétation nationale sera reprise par la Cour de justice des Communautés européennes. Et si ce n'était pas le cas ? La position de la Cour de Luxembourg heurterait-elle l'identité constitutionnelle de la France puisqu'il s'agit en l'occurrence du principe de laïcité ? Quelles en seraient les conséquences ?

---

<sup>64</sup> *Loc. cit.*, cons. n° 24, 27 et 29.

<sup>65</sup> Th. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Economica-P.U.A.M., Collection Droit public positif, 1997, p. 19.

<sup>66</sup> Article II-70 du traité établissant une Constitution pour l'Europe ; C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, cons. n° 18. Article 10-1. de la Charte européenne des droits fondamentaux.

<sup>67</sup> Voir sur cette question la critique acérée, sans concession et roborative de F. Sudre, « Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel « sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union ». Réflexions critiques », *R.F.D.A.*, 2005, n° 1, pp. 34-39.

L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme mentionnée dans les visas (n° 4774/98, affaire *Leyla Sabin c. Turquie*, du 29 juin 2004) a en effet fait l'objet d'un arrêt de la grande chambre du 10 novembre 2005.

Si notre analyse s'inscrit dans la perspective de l'autorité de la chose jugée, telle n'est pas la position explicite du Conseil constitutionnel. Il ne s'y réfère pas. Il renvoie à la décision du 19 novembre 2004. A concéder qu'il ne s'agit pas d'un cas d'autorité de chose jugée, comment peut-on analyser un tel renvoi ? L'innovation, du moins dans son ampleur<sup>68</sup>, doit être relevée. Déjà, dans la décision du 6 décembre 2007, *Loi organique tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française*<sup>69</sup>, qui a précédé celle commentée, le Conseil constitutionnel a innové en prononçant la *conformité* de la loi contrôlée *aux réserves d'interprétation* qu'il avait émises dans une décision antérieure. Avec la décision commentée, il renvoie aux motifs d'une décision antérieure pour constater qu'il n'y a pas de contrariété à la Constitution. Le juge constitutionnel opère un contrôle de constitutionnalité par renvoi ou « par ricochet ». Il contrôle bien la conformité à la Constitution du traité de Lisbonne. Cependant, si l'on souhaite savoir pourquoi celui-ci n'est pas contraire à la Constitution, il est nécessaire de lire une autre décision. Le juge constitutionnel s'inspire de la pratique du législateur qui consiste à légiférer par renvoi, à l'instar d'ailleurs de ce qui a été fait par la traité de Lisbonne, selon un schéma du type « l'article 1<sup>er</sup> de la loi modifie le 1<sup>o</sup>), b, troisième paragraphe de l'article 180-2 » de telle loi ou de tel Code. On est loin des exigences constitutionnelles qui pèsent sur la loi : « le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques »<sup>70</sup>. *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Le renvoi à la décision de 2004 n'a pourtant de sens et de portée que s'il s'inscrit dans un cas d'autorité de chose jugée. L'alternative est simple : soit l'autorité de chose jugée est écartée et il appartient au Conseil constitutionnel d'exercer un nouveau contrôle, sans se référer à la décision de 2004 puisqu'elle n'est par hypothèse pas pertinente ; soit une telle autorité était reconnue et alors la référence à la décision

<sup>68</sup> Le secrétaire général du Conseil constitutionnel, s'appuyant d'ailleurs sur les travaux de l'un de ses illustres prédécesseurs (B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel : principes directeurs*, STH, 1988, n° 111), fait référence à des décisions du Conseil constitutionnel qui utilisent une « motivation par référence » ce qui « constitue l'un des moyens utilisés par le Conseil constitutionnel pour souligner l'autorité de ses décisions » (M. Guillaume, « La Constitution et le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 (Cons. Const., 20 décembre 2007) », *précité*). Quatre décisions sont citées : C.C., n° 59-4 DC, 24 juillet 1959, *Règlement de l'Assemblée nationale*, Rec., p. 61 ; n° 66-33 DC, 12 juillet 1967, *Statut de la magistrature*, Rec., p. 21 ; n° 97-373 DC, 9 avril 1996, *Autonomie de la Polynésie française*, Rec., p. 43 ; n° 2007-559 DC, 6 décembre 2007, *Loi organique tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française*, JORF, 8 décembre 2007, p. 19905.

La première décision concerne une rectification par l'Assemblée nationale de son règlement consécutive à une précédente censure du Conseil constitutionnel. Il n'est pas question de « motivation par référence ». Le législateur tire les conséquences d'une déclaration d'inconstitutionnalité antérieure et le Conseil constitutionnel relève, soulignant ainsi il est vrai l'autorité de ses décisions, que la disposition sur laquelle il exerce un contrôle tire bien les conséquences d'une décision antérieure qu'il a rendue. La deuxième décision porte la même situation de prise en compte par le législateur organique d'une décision antérieure du Conseil constitutionnel. Dans la troisième décision, il était bien question d'autorité de chose jugée dans la mesure où le Conseil constitutionnel exerçait un contrôle sur une loi organique modificative. Dans la dernière, il s'agissait de situations dans lesquelles le législateur organique avait tiré les conséquences de réserves d'interprétation formulées par le Conseil constitutionnel dans une décision antérieure, ce que le Conseil constitutionnel n'a pas manqué de relever de manière explicite (voir *infra* et les commentaires sous cette décision dans cette *chronique*).

<sup>69</sup> C.C., n° 2007-559 DC, 6 décembre 2007, *Loi organique tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française*, JORF, 8 décembre 2007, p. 19905.

<sup>70</sup> Pour un exemple récent, voir par exemple : C.C., n° 2004-509 DC, 13 janvier 2005, *Loi de programmation pour la cohésion sociale*, Rec., p. 33, cons. n° 25.

de 2004 s'imposait. La catégorie intermédiaire de la motivation par renvoi est pour le moins étonnante.

Les commentaires aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, repris sur ce point par le secrétaire général<sup>71</sup>, écartent sans ambiguïté le principe de l'autorité de chose jugée<sup>72</sup>. Il y est en effet considéré que le « Conseil constitutionnel n'a (...) pas fait jouer l'autorité de la chose jugée par sa décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 relative au TECE ». Trois arguments sont invoqués à l'appui de cette analyse ; aucun n'est convaincant<sup>73</sup>. Le traité de Lisbonne est « formellement un traité différent du précédent », mais le Conseil constitutionnel contrôle des normes quelle que soit la forme sur laquelle elles s'appuient. La jurisprudence de principe du Conseil constitutionnel sur l'autorité de chose jugée concerne bien des lois « formellement » différentes, par hypothèse, mais qui contiennent la même norme. Selon les commentaires « surtout, le TECE n'est jamais entré en vigueur » ; or, le fait qu'il ne soit jamais entré en vigueur ne change rien à l'inconstitutionnalité prononcée *a priori* et portant sur les normes contrôlées. Le seul argument qui mérite que l'on s'y attarde est le troisième : « cinq révisions de la Constitution du 4 octobre 1958 ont eu lieu depuis la décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, ce qui aurait obligé le Conseil constitutionnel à vérifier si ces changements ne réduisaient pas à néant l'autorité de la chose jugée ». Face à cet argument, qui est en partie d'ordre pratique, on doit opposer une interrogation, pratique elle-aussi : la difficulté était-elle plus grande de contrôler la régularité du traité de Lisbonne dans son ensemble, y compris dans ses stipulations reprenant celles du « traité Constitution » par rapport aux dispositions constitutionnelles nouvellement introduites (traité établissant une Constitution pour l'Europe, Charte de l'environnement, responsabilité pénale du Chef de l'Etat, interdiction de la peine de mort, définition du corps électoral en Nouvelle-Calédonie), que de vérifier dans quelle mesure le traité de Lisbonne apportait des éléments nouveaux au « traité Constitution », travail imposé par la démarche décrite du Conseil constitutionnel dans la décision commentée ? De plus, l'introduction de dispositions nouvelles ne réduit pas à néant l'autorité de chose jugée, elle ne fait

---

<sup>71</sup> M. Guillaume, « La Constitution et le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 (Cons. Const., 20 décembre 2007) », *précité*.

Malgré l'intitulé pourtant explicite de son commentaire, F. Chaltiel, est plus ambiguë, en raison semble-t-il de la position contraire des interprètes autorisés de la Constitution, pour reconnaître l'existence d'un cas d'autorité de chose jugée (« La décision du Conseil constitutionnel relative au traité de Lisbonne : autorité de la chose jugée et contribution à la définition de l'Union », *précité*).

<sup>72</sup> [www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc24/jurisp560.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc24/jurisp560.htm).

<sup>73</sup> Il convient également de répondre à un argument *original* du secrétaire général, c'est-à-dire que l'on ne retrouve pas dans les commentaires aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*. M. Guillaume considère que reconnaître l'autorité de chose jugée aurait conduit « à l'absence de tout contrôle en fonction de la règle posée dès la décision Maastricht I selon laquelle « sont soustraites au contrôle de conformité à la Constitution celles des stipulations du traité qui reprennent des engagements internationaux antérieurement souscrits par la France » » (« La Constitution et le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 (Cons. Const., 20 décembre 2007) », *précité*). Une telle analyse se méprend sur la signification de la formule du Conseil constitutionnel. D'une part, l'autorité de chose jugée n'interdit pas tout contrôle du traité de Lisbonne mais ne permet qu'un contrôle sur ses stipulations *nouvelles*, y compris sur celles qui modifient la rédaction de stipulations du traité de Rome de 2004. D'autre part, comme nous l'avons expliqué, la formule citée du Conseil constitutionnel interdit l'exercice d'un contrôle *a posteriori* de stipulations de traités en vigueur à l'occasion du contrôle *a priori* d'un nouveau traité, par hypothèse non encore entrée en vigueur. Elle doit être entendue comme concernant les « engagements internationaux antérieurement souscrits par la France »... « régulièrement entrés en vigueur ». Le « traité Constitution » n'étant jamais entré en vigueur, la question de l'interdiction du contrôle *a posteriori* ne se posait pas pour lui. Seule l'autorité de chose jugée s'opposait à un contrôle intégral du traité de Lisbonne dans les conditions déjà précisées.



qu'en limiter l'étendue. La décision *Maastricht II* doit être une nouvelle fois rappelée. L'autorité de chose jugée de la décision *Maastricht I* ne joue pas et l'exercice d'un nouveau contrôle sur le même texte est donc autorisé s'il est « inséré dans la Constitution une disposition nouvelle qui a pour effet de créer une incompatibilité avec une ou des stipulations du traité »<sup>74</sup> déjà contrôlé. Un contrôle des stipulations du traité de Lisbonne, reprenant celles du traité de Rome de 2004 déjà contrôlées, était possible au regard des seules normes constitutionnelles nouvelles, l'autorité de chose jugée jouant pour les autres. En opportunité, il y a lieu de préciser que peu de ces nouvelles dispositions constitutionnelles étaient susceptibles de se heurter potentiellement au traité. La difficulté posée au Conseil constitutionnel avec le traité de Lisbonne n'était donc pas nouvelle et la question de l'étendue de chose jugée aurait pu être résolue à partir de la jurisprudence existante, sans difficulté particulière. La seule difficulté, à laquelle le Conseil constitutionnel n'échappera d'ailleurs pas si une question préjudicielle est un jour instituée, réside dans la portée de l'autorité de la chose *implicitement* jugée. Dans quelle mesure le Conseil constitutionnel peut-il exercer un contrôle sur des dispositions ayant fait l'objet d'un brevet implicite de conformité à la Constitution sous la forme d'un « considérant balai » ? La question s'est posée à notre connaissance une fois pour une disposition de loi, à l'occasion de l'application de la jurisprudence *Etat d'urgence en Nouvelle Calédonie*, dans la décision du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*<sup>75</sup>. Le Conseil constitutionnel avait alors censuré une disposition qui, sans avoir fait l'objet d'un contrôle antérieur de constitutionnalité explicite, était toutefois couverte par un « considérant balai », selon lequel « il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office aucune autre question de conformité à la Constitution en ce qui concerne la loi soumise à son examen »<sup>76</sup>.

En conséquence, la situation dans laquelle se trouvait le Conseil constitutionnel justifiait l'énoncé d'un considérant de principe sur l'étendue de son contrôle. Si, en toute hypothèse, le contrôle du traité de Lisbonne ne pouvait aboutir à remettre en cause des stipulations de traités antérieurs en vigueur, l'autorité de chose jugée dans la décision du 19 novembre limitait également le contrôle sur le traité de Lisbonne aux seules stipulations nouvelles, mais autorisait un contrôle sur l'ensemble de ses stipulations au regard des dispositions constitutionnelles intervenues après la décision du 19 novembre 2004. Pour plus de clarté, le Conseil constitutionnel aurait pu, après ce considérant de principe, indiquer quelles étaient les stipulations du traité de Lisbonne conformes ou contraires à la Constitution au nom de l'autorité de chose jugée. Il lui aurait appartenu ensuite de contrôler au regard de la Constitution les stipulations nouvelles du traité de Lisbonne et, au regard des seules dispositions constitutionnelles nouvelles, c'est-à-dire intervenues après la décision du 19 novembre 2004, l'ensemble des stipulations de ce traité<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> C.C., n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Maastricht II*, précité, cons. n° 5.

<sup>75</sup> C.C., n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Loi organique sur la Nouvelle-Calédonie*, Rec., p. 51.

<sup>76</sup> C.C., n° 85-183 DC, 18 janvier 1985, *Redressement et liquidation judiciaires*, Rec., p. 32, cons. n° 17.

<sup>77</sup> A l'exclusion bien sûr, conformément à ce qui a été indiqué en début de paragraphe, des stipulations qui reprennent des stipulations de traités communautaires déjà en vigueur.

## II – L'exercice d'un contrôle selon un modèle éprouvé

Sur le fond, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel se délimite de manière visible autour des trois catégories de normes de référence identifiées dans le considérant de principe pertinent<sup>78</sup> : les droits fondamentaux (A) et le respect des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale et des autres dispositions constitutionnelles (B).

### A – Le respect des droits fondamentaux par l'Union

Le contrôle du respect des droits fondamentaux par le traité de Lisbonne, qui donne valeur de traité à la Charte européenne des droits fondamentaux du 7 décembre 2000 telle qu'adoptée le 12 décembre 2007, est en grande partie absorbé par la décision du Conseil constitutionnel du 19 novembre 2004. Comme nous l'avons vu, l'identité de contenu entre cette charte et celle qui était intégrée au « traité Constitution » justifie le renvoi à la décision de 2004. Le Conseil constitutionnel en déduit que « pour les mêmes motifs que ceux énoncés dans cette décision, la Charte n'appelle [pas] de révision de la Constitution ». Remarquons que le Conseil constitutionnel prend soin de mentionner que la charte n'est pas contraire à la Constitution « par ses effets sur les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »<sup>79</sup>. Les rédacteurs de la charte, comme c'était déjà le cas avec le « traité Constitution », avaient sous cet angle pris leurs précautions puisqu'ils ont précisé en particulier que « les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités ».

En dehors de l'examen par renvoi, qui autorise un commentaire par renvoi<sup>80</sup>, de la charte des droits fondamentaux au regard de la Constitution, la question du respect des droits fondamentaux appelle deux remarques : l'une sur une précision apportée par le Conseil constitutionnel, l'autre sur une omission.

Le Conseil constitutionnel consacre des développements relatifs à l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme, prévue par le 2 de l'article 6 du traité sur l'Union européenne. Cette stipulation reprend le principe posé par l'article I-9 II du traité établissant une Constitution pour l'Europe. Il n'est pourtant pas possible de renvoyer aux motifs de la décision du 19 novembre 2004 sur cette question : elle était muette. Le « traité Constitution » ne précisait toutefois pas la manière dont cette adhésion aurait lieu. L'article III-325, 6, a), ii) du traité de Rome de 2004, repris par l'article 188 N 6, a), ii) du traité sur le fonctionnement de l'Union

---

<sup>78</sup> Décision commentée, cons. n° 9.

<sup>79</sup> Décision commentée, cons. n° 12. Cette référence invite d'ailleurs à penser, contrairement à la présentation que nous avons retenue, que le Conseil constitutionnel n'examine pas le respect des droits fondamentaux par le traité de Lisbonne mais le respect de la Constitution par les stipulations de ce traité sur les droits fondamentaux.

<sup>80</sup> Laissons nous aller au mouvement initié par le Conseil constitutionnel en renvoyant, nous aussi, à la décision du 19 novembre 2004 et, plus précisément, à son commentaire dans cette *Revue*, n° 62, 2005, pp. 339-347 pour la question des droits fondamentaux.

européenne, stipulait seulement que l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme par une décision du Conseil exigeait l'approbation du Parlement européen. Aucun renvoi aux dispositions constitutionnelles nationales pour la ratification de cette adhésion n'était fait. Prenant acte des réticences évidentes de certains Etats à cette adhésion automatique les privant de tout pouvoir de décision, le traité de Lisbonne a prévu leur approbation « conformément à leurs règles constitutionnelles respectives ». Le Conseil constitutionnel émet une réserve d'interprétation *directive*, dans les conditions déjà évoquées, en précisant que « cette dernière référence renvoie, dans le cas de la France<sup>81</sup>, à l'autorisation législative prévue par l'article 53 de la Constitution »<sup>82</sup>. La ratification du chef de l'Etat devra être précédée d'une autorisation législative. La mise en œuvre d'une telle procédure pourrait permettre la saisine du Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 54 de la Constitution. Toutefois, l'éventuel contrôle de constitutionnalité exercé sur cette décision pourrait se voir opposer l'autorité de chose *implicitement* jugée dans la décision de 2004. Si les modalités de l'adhésion sont différentes entre les deux traités, le principe même de l'adhésion a été jugé implicitement mais nécessairement conforme à la Constitution par le juge constitutionnel : n'ayant pas examiné de manière explicite cette question, il avait jugé qu'« aucune des autres dispositions du traité soumis au Conseil constitutionnel au titre de l'article 54 de la Constitution n'implique de révision de celle-ci »<sup>83</sup>.

Dans l'examen du respect des droits fondamentaux, une omission est surprenante : l'absence de référence à la Charte de l'environnement. Cette charte a été intégrée après la décision du 19 novembre 2004 avec l'une des deux révisions du 1<sup>er</sup> mars 2005. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe n'a donc pas pu être apprécié par rapport à cette Charte. Aucun renvoi à la décision de 2004 n'était possible. Il est vrai que le Conseil constitutionnel avait déjà implicitement contrôlé la conformité du « traité Constitution » à la Charte sur l'environnement dans le cadre du contentieux pré-électoral avec la décision du 24 mars 2005, *MM. Hauchemaille et Meyet*<sup>84</sup>. Dans cette décision, le décret de convocation des électeurs pour le référendum portant sur le projet de loi autorisant la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe était contesté. Les célèbres auteurs de la requête, s'engouffrant dans la voie ouverte par la décision *Maastricht II*<sup>85</sup>, ont dénoncé, avec une ingéniosité contentieuse manifeste, la légalité du décret en arguant de l'inconstitutionnalité du traité au regard de l'article 5 de la Charte pour l'environnement. L'illégalité du décret est demandée par la voie de l'exception au motif que le traité n'est pas en état d'être ratifié car il demeure contraire à une disposition constitutionnelle nouvelle. Face à cette argumentation, le Conseil constitutionnel a refusé de se prononcer sur sa compétence pour examiner, par la voie de l'exception, la conformité à la Constitution d'un traité

---

<sup>81</sup> Les autres Etats membres de l'Union seront heureux de savoir que le Conseil constitutionnel ne leur impose rien quant aux modalités de ratification de la décision d'adhésion à la Convention.

<sup>82</sup> Décision commentée, cons. n° 13.

<sup>83</sup> C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, cons. n° 42.

<sup>84</sup> C.C., 24 mars 2005, *MM. Hauchemaille et Meyet, Rec.*, p. 56.

<sup>85</sup> Autorisant en particulier un double contrôle sur un même engagement international notamment lorsque, entre les deux contrôles, une nouvelle disposition constitutionnelle a été adoptée, susceptible de donner lieu à une nouvelle contrariété à la Constitution (C.C., n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Maastricht II, précitée*, cons. n° 5).

à l'occasion du contrôle d'un décret convoquant les électeurs pour un référendum portant sur le projet de loi autorisant la ratification de ce traité. Il a cependant évacué sur le fond l'éventuelle contrariété du « traité Constitution » en considérant « qu'en tout état de cause, le traité établissant une Constitution pour l'Europe n'est pas contraire à la Charte de l'environnement de 2004 »<sup>86</sup>. Alors que seul l'article 5 de la Charte était invoqué, le Conseil constitutionnel accorde un satisfecit général au « traité Constitution » au regard de l'ensemble de la Charte sur l'environnement. Si la formule « en tout état de cause » permet de se prononcer sur le fond sans pour autant préjuger de sa compétence pour examiner cette question au fond, on peut difficilement reconnaître l'autorité de chose jugée à une telle formule. Il n'y a là qu'un *obiter dictum*. La confrontation du traité de Lisbonne (dans ses stipulations nouvelles par rapport aux traités antérieurs en vigueur et, parmi celles-ci, toutes celles qui ont déjà été contrôlées dans la décision du 19 novembre 2004<sup>87</sup>) avec la Charte de l'environnement s'imposait donc. Même si l'on doit penser qu'un tel contrôle a été implicitement réalisé, on aurait sans doute préféré qu'un satisfecit explicite soit accordé au traité de Lisbonne.

## **B – Le respect des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale et des autres dispositions constitutionnelles**

Le contrôle du respect des « conditions essentielles... » est concentré autour de l'examen des compétences et du fonctionnement de l'Union (a) alors que celui du respect des autres dispositions constitutionnelles concerne les nouvelles prérogatives reconnues aux parlements nationaux dans le cadre de l'Union (b). La décision reprend ici le découpage qui avait été celui de la décision du 19 novembre 2004. La proximité des deux décisions empêche un commentaire véritablement original. Pour éviter de pénibles répétitions, nous nous contenterons d'exposer le raisonnement du Conseil constitutionnel accompagné de quelques brèves remarques, pour la plupart déjà formulées<sup>88</sup>.

### **a) Les compétences et le fonctionnement de l'Union face aux « conditions essentielles... »**

Sur le plan des principes, la décision de 2007 reprend ceux posés en 2004<sup>89</sup>. Seules les *modalités nouvelles d'exercice de compétences* déjà antérieurement transférées ou les *domaines de compétences nouveaux transférés* font l'objet d'un contrôle. Ils appellent une révision constitutionnelle s'ils affectent les

---

<sup>86</sup> C.C., 24 mars 2005, *MM. Hauchemaille et Meyet, précitée*, cons. n° 7.

<sup>87</sup> L'existence d'une nouvelle norme de référence du contrôle n'autorise qu'un contrôle *a priori* d'un traité antérieurement contrôlé. Le « traité Constitution » n'étant pas entrée en vigueur, il est possible de contrôler toutes les stipulations du traité de Lisbonne, y compris celles qui avaient déjà fait l'objet d'un contrôle dans la décision du 19 novembre 2004, au regard de la Charte pour l'environnement. Sur ce principe, voir *supra*, I B.

<sup>88</sup> Cette *Revue*, n° 62, 2005, en particulier pp. 348-357.

<sup>89</sup> Décision commentée, cons. n° 14 à 17 ; C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, cons. n° 23 à 28.

conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Dans les deux cas, la couverture constitutionnelle de l'article 88-2 de la Constitution ne joue pas. Le juge précise également que le principe de subsidiarité, en tant que principe de répartition des compétences entre l'Union et les Etats, au niveau central, régional et local, dans les domaines de compétence exclusive de l'Union, ne suffit pas à garantir le respect des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale<sup>90</sup>. Enfin, les principes impliqués par la procédure législative ordinaire, prévue par l'article 294 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, sont mentionnés : adoption des actes législatifs, sur proposition de la commission<sup>91</sup>, par le Conseil des ministres statuant à la majorité qualifiée et le Parlement européen. Cette procédure est celle de principe. Sauf exception, relèvent de cette procédure toutes les matières de la compétence de l'Union, y compris, souligne le Conseil constitutionnel, « celles qui intéressent l'« espace de liberté, de sécurité et de justice » »<sup>92</sup>, c'est-à-dire l'ancien troisième pilier.

Ces principes posés, le Conseil constitutionnel envisage dans un premier temps les « transferts de compétence intervenant dans des matières nouvelles ». Plusieurs compétences nouvellement transférées « inhérentes à l'exercice de la souveraineté nationale », relevant de la procédure législative ordinaire, impliquent une révision de la Constitution : lutte contre le terrorisme, contrôle aux frontières, lutte contre la traite des êtres humains, coopération judiciaire en matière pénale et civile ainsi qu'un certain nombre d'autres compétences. Une autre stipulation impose également une révision de la Constitution « eu égard à la portée que revêt une telle disposition pour l'exercice de la souveraineté nationale » : l'article 86 du traité. Ce dernier permet au Conseil de créer, à l'unanimité, un parquet européen « habilité à poursuivre les auteurs d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union et à exercer devant les juridictions françaises l'action publique relative à ces infractions ». Précision importante, car l'unanimité semble préserver « l'exercice de la souveraineté nationale », ce même article (alinéa 2 et s. du 1) organise les modalités supplétives pour la création d'un parquet européen lorsqu'il n'est pas possible de l'obtenir. Pour le Conseil constitutionnel, ce contournement de la règle de l'unanimité conduit à porter atteinte à la Constitution. Il semble néanmoins que la procédure prévue par l'article 86 n'écarte pas l'unanimité. En effet, si celle-ci n'est pas obtenue, une procédure spéciale intervient à l'issue de laquelle le projet est « renvoyé au Conseil pour adoption »<sup>93</sup>. Ce renvoi implique-t-il que le Conseil des ministres européen se prononce à la majorité qualifiée ou à l'unanimité ?

---

<sup>90</sup> Décision commentée, cons. n° 16.

Principe posé dès la décision sur le *traité d'Amsterdam, précitée*, cons. n° 22, repris dans la décision sur le *traité établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. n° 25.

<sup>91</sup> Rappelons toutefois que, selon l'article 225 nouveau du traité sur le fonctionnement de l'Union, ancien article 192 alinéa 2 du traité C.E. dont la rédaction a été adaptée et dans lequel la communication de la Commission n'était pas prévue : « Le Parlement européen peut, à la majorité des membres qui le composent, demander à la Commission de soumettre toute proposition appropriée sur les questions qui lui paraissent nécessiter l'élaboration d'un acte de l'Union pour la mise en œuvre des traités. Si la Commission ne soumet pas de proposition, elle en communique les raisons au Parlement européen ».

<sup>92</sup> Décision commentée, cons. n° 17.

<sup>93</sup> L'article 86 autorise également, en l'absence d'unanimité, la mise en place d'une coopération renforcée entre au moins neuf Etats.

Dans un second temps, ce sont les « modalités nouvelles d'exercice de compétences déjà transférées » qui sont examinées par le Conseil constitutionnel. Trois situations sont concernées dans les « matières inhérentes à l'exercice de la souveraineté nationale » : suppression de l'unanimité au profit de la majorité qualifiée au Conseil, ce qui prive « la France de tout pouvoir d'opposition », attribution d'un pouvoir de décision au Parlement européen, « lequel n'est pas l'émanation de la souveraineté nationale », et privation de tout pouvoir propre d'initiative de la France<sup>94</sup>. On retrouve ici les éléments mis en lumière par Louis DUBOIS concernant l'appréciation du standard de l'atteinte aux « conditions essentielles... » : « la *nature* de la compétence et l'*étendue* de l'abandon consenti », ainsi que « des *modalités* du dessaisissement de compétences »<sup>95</sup>. Si la perte du droit d'opposition et la suppression de toute initiative ne semblent pas devoir être discutées, tel n'est pas le cas du pouvoir de décision du Parlement. On ne voit pas pourquoi l'attribution d'un tel pouvoir nuit aux « conditions essentielles... » et encore moins pourquoi cette difficulté est liée au fait que le Parlement européen n'est pas « l'émanation de la souveraineté nationale ». Pour n'envisager que la procédure législative ordinaire, ce qui porte atteinte à la souveraineté dans son sens premier, mis en lumière par Carré de Malberg, en tant que « caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante »<sup>96</sup>, qui fait que l'Etat « ne peut être liée que de son propre consentement »<sup>97</sup>, c'est bien l'absence de décision du Conseil à l'unanimité et non l'association du Parlement européen à la procédure d'adoption de droit commun des actes communautaires. Si la capacité de s'opposer est déterminante, elle est maintenue dans la procédure législative ordinaire au profit du Conseil, même si elle passe par un vote à la majorité qualifiée. La nouveauté vient de ce que le Parlement européen est en mesure de le faire de manière plus significative. S'ajoute ainsi une possibilité nouvelle de faire obstacle à l'adoption d'un acte communautaire. En tout état de cause, l'absence de pouvoir de blocage ne se pose que devant le Conseil des ministres avec l'abandon du principe de l'unanimité dans la procédure de droit commun. Reconnaître comme problématique le pouvoir reconnu au Parlement européen revient en définitive à condamner le fait qu'un organe autre que celui qui regroupe les membres des gouvernements des Etats participe à la procédure de droit commun d'adoption du droit communautaire. La décision communautaire ne doit être que gouvernementale. En aucun cas un Parlement autre que celui de droit national ne peut y être associé : la souveraineté de la France ou peut-être celle du Parlement français s'y oppose. Il ne saurait y avoir de souveraineté parlementaire autre que nationale, toute exportation de ce modèle étant problématique. Au niveau communautaire ce sont les gouvernements qui doivent seuls décider, les représentants élus au suffrage universel direct en France au Parlement européen ne doivent être là que pour de la figuration sous peine de porter atteinte aux « conditions essentielles... ». Telle semble être la

---

<sup>94</sup> Décision commentée, cons. n° 20 ; C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, cons. n°29.

<sup>95</sup> L. Dubouis, « Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 217, nous soulignons.

<sup>96</sup> R. Carre de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, Tome premier*, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1920, réimpression aux Editions du CNRS., 1962, p. 79.

<sup>97</sup> G. Vedel, « Les racines de la querelle constitutionnelle sur l'élection du Parlement européen », *Pouvoirs*, n° 2, 1977, p. 27.

position défendue par le Conseil constitutionnel. La reconstruction paraîtra suffisamment excessive pour être réprouvée sur le plan des principes.

Une fois ces trois situations génériques explicitées (majorité qualifiée au Conseil, pouvoir de décision au Parlement européen, perte du droit d'initiative), le Conseil constitutionnel renvoie d'emblée à la décision du 19 novembre 2004 pour toutes les situations visées alors et qui se retrouvent dans le traité de Lisbonne. Il énumère toutes les stipulations du traité qui appellent une révision de la Constitution en ce qu'elles établissent des modalités nouvelles d'exercice de compétences déjà transférées. Ainsi, le Conseil constitutionnel a pu renvoyer aux motifs de la décision de 2004 pour « les articles 76, 82, 83, 85, 87 à 89, 133 et 329 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui reprennent respectivement les articles III-264, III-270, III-271, III-273, III-275 à III-277, III-191 et III-419 du traité établissant une Constitution pour l'Europe »<sup>98</sup>.

Du côté du pouvoir de décision attribué au Parlement européen, c'est l'extension des domaines dans lesquels l'accord du Parlement européen est nécessaire pour que le Conseil puisse approuver des accords internationaux<sup>99</sup> qui est examinée. Pour l'adoption des actes à la majorité qualifiée, le « passage à la majorité qualifiée en vertu d'une décision européenne ultérieure » adoptée à l'unanimité soulève une difficulté d'ordre constitutionnel<sup>100</sup>. Plusieurs stipulations sont concernées. Celles qui sont reprises du « traité Constitution », pour lesquelles le Conseil constitutionnel renvoie à la décision de 2004 et celle qui permet, après un vote à l'unanimité du Conseil, le recours à la procédure législative ordinaire pour intervenir sur certains aspects du droit de la famille ayant une incidence transfrontière<sup>101</sup>. Le Conseil constitutionnel justifie sa position par le fait que la décision à l'unanimité sur le choix du vote à la majorité qualifiée ne pourra pas faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, car elle n'exige pas la ratification par l'ensemble des Etats. Dans le cas où la France accepterait ce passage à la majorité qualifiée, la Constitution serait méconnue sans qu'une révision préalable ne soit possible. Aussi convient-il *a priori* d'imposer une révision de la Constitution pour autoriser un tel mécanisme car il ne sera plus possible ensuite de le faire. En ce qui concerne enfin la procédure de révision simplifiée, le Conseil constitutionnel, reprenant la réserve d'interprétation *directive* qu'il avait émise en 2004, rappelle que pour les politiques et actions internes de l'Union cette procédure, qui implique la ratification par l'ensemble des Etats membres, impose pour la France une autorisation législative de ratification<sup>102</sup>. Cette même procédure, pour la révision des traités, appelle également une

---

<sup>98</sup> Décision commentée, cons. n° 21.

<sup>99</sup> Décision commentée, cons. n° 22.

<sup>100</sup> *Loc. cit.*, cons. n° 23 à 25. Voir sur cette question : n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam, précitée*, cons. n° 24 ; C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, cons. n° 33 et 34.

<sup>101</sup> Décision commentée, respectivement cons. n° 24 et 25.

<sup>102</sup> Décision commentée, cons. n° 26 ; C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, cons. n° 36.

révision de la Constitution pour les mêmes motifs que ceux qui avaient été alors invoqués<sup>103</sup>. L'absence de renvoi aux procédures nationales internes pour la modification des traités, contrairement à ce qui est prévu pour les politiques et actions internes de l'Union, justifie la censure.

D'une manière plus large, il y a lieu de relever que le Conseil constitutionnel mentionne explicitement chacune des stipulations du traité qui soulèvent des questions de conformité à la Constitution, là où la décision du 19 novembre 2004 se contentait parfois d'énoncer « notamment » certaines de ces stipulations. La motivation et la lisibilité de la décision y gagnent<sup>104</sup>.

### **b) Les nouvelles prérogatives reconnues aux parlements nationaux face à la Constitution**

Alors que l'attribution d'un pouvoir de décision au Parlement européen, qui n'est pas l'émanation de la souveraineté nationale, porte atteinte aux « conditions essentielles... », on aurait pu penser que l'attribution de prérogatives « communautaires » au Parlement national, émanation de la souveraineté nationale, contribue à renforcer le respect de ces conditions. Comme c'était déjà le cas avec la décision de 2004, ce n'est pas l'orientation suivie par le Conseil constitutionnel<sup>105</sup>. La question que le Conseil constitutionnel se pose est de savoir « si ces prérogatives peuvent être exercées dans le cadre des dispositions actuelles de la Constitution ». Le dispositif prévu par le traité de Lisbonne est assez complexe. Il reprend pour partie celui qui était institué par le traité établissant une Constitution pour l'Europe et, d'une manière générale, renforce les pouvoirs des parlements nationaux. Ces derniers peuvent ainsi : s'opposer à la mise en œuvre d'une procédure de révision simplifiée des traités, comme ce qui était prévu par le traité « Constitution » ; formuler un avis motivé sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, ce qui a été repris sous réserve d'adaptations du « traité Constitution », les parlements nationaux disposant par ailleurs de prérogatives nouvelles dans l'application de ce principe en vertu du traité de Lisbonne ; s'opposer « à une décision du Conseil tendant à soumettre certains aspects du droit de la famille ayant une incidence transfrontière non plus à une procédure législative spéciale prévoyant l'unanimité au sein du Conseil après consultation du Parlement européen mais à la procédure législative ordinaire ». Une révision constitutionnelle doit intervenir pour autoriser l'exercice de ces différentes prérogatives. Le Conseil constitutionnel n'apporte pas de justification ou d'argumentation particulière. La seule attribution de compétence au parlement français en dehors de la Constitution exige une autorisation de cette dernière, même si l'exercice de cette

---

<sup>103</sup> Décision commentée, cons. n° 27 ; C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, cons. n° 35.

<sup>104</sup> Avec la décision sur le traité de Lisbonne, il n'est donc plus nécessaire, comme c'était le cas avec la décision sur le traité de Rome de 2004, de lire les commentaires du secrétaire général pour identifier quelles sont les stipulations du traité qui nécessitent une révision de la Constitution.

<sup>105</sup> Décision commentée, cons. n° 28 à 32 ; C.C., n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, précitée*, cons. n° 37 à 41.



compétence ne concerne pas, directement au moins, le droit national. Il n'y a pas de méconnaissance ponctuelle de telle ou telle autre disposition constitutionnelle, le Conseil constitutionnel n'en mentionne d'ailleurs aucune, par cette attribution communautaire de compétences aux parlements nationaux. Celle-ci se heurte seulement au principe, tel qu'il semble être défendu par le juge constitutionnel, selon lequel seule la Constitution est habilitée à conférer des compétences au Parlement national.

Au-delà des quelques difficultés d'ordre contentieux qui enchanteront les spécialistes de contentieux constitutionnel, la décision du Conseil constitutionnel sur le traité de Lisbonne frappe par sa banalité, notamment en raison de l'existence d'une décision antérieure sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe. La doctrine constitutionnelle, plus passionnée ces derniers temps par le chemin communautaire du Conseil constitutionnel que par le reste de sa jurisprudence en général, restera probablement sur sa faim. De là à prédire la fin de l'intérêt doctrinal pour cette jurisprudence communautaire, la course au commentaire déjà entamée n'invite pas à s'y risquer. Il revient sans doute au pouvoir de révision constitutionnelle, celui qui a le dernier mot, d'en finir avec cette jurisprudence de manière relativement simple en posant une clause générale d'ouverture au droit communautaire. Il semble plus que jamais nécessaire d'abandonner la pratique des révisions ponctuelles consécutives à des décisions du Conseil constitutionnel qui se ressemblent et qui sont de plus en plus techniques en raison de textes communautaires qui le sont plus encore. Le pouvoir de révision constitutionnelle s'est inscrit en partie dans cette voie avec la révision du 1<sup>er</sup> mars 2005 nécessaire à la ratification du « traité Constitution », du moins dans la rédaction du titre XV qui aurait suivi son entrée en vigueur. Il abandonne en effet la liste de l'article 88-2, pour poser, dans l'article 88-1, le principe de la participation de l'Etat à l'Union dans les conditions fixées par le traité du 29 octobre 2004. L'évolution est significative même s'il reste quelques lacunes. D'une part, la mention du traité de Rome suppose une éventuelle révision de la Constitution en cas d'adoption d'un nouveau traité. On objectera toutefois que la référence au « traité Constitution » pouvait éventuellement couvrir ses modifications ultérieures. D'autre part, l'article 88-2 maintient, et contient d'ailleurs seulement, la référence au mandat d'arrêt européen et, l'article 88-3, le droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires aux élections municipales. La seule existence de l'article 88-1 de la Constitution, sous réserve de la précision d'une loi organique pour la participation des citoyens européens aux élections municipales nationales (prévue par l'article 88-3), aurait suffi. L'absence de référence à un quelconque traité communautaire aurait renforcé la portée générale de l'ouverture au droit communautaire. Cette orientation a été maintenue avec la révision constitutionnelle du 4 février 2008 modifiant le titre XV de la Constitution afin de permettre la ratification du traité de Lisbonne<sup>106</sup> dans la partie consécutive à l'entrée en vigueur de ce traité. La référence à ce dernier dans l'article 88-1 impose toutefois, sans discussion possible, de nouvelles interventions du pouvoir de révision pour tout traité ultérieur.

---

<sup>106</sup> Loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008 modifiant le titre XV de la Constitution, *précitée*.

Cette position subjective défendue<sup>107</sup> en faveur de la clause générale d'ouverture et visant à mettre fin à cette jurisprudence communautaire banalisée et d'une utilité discutable mérite d'être complétée par des arguments d'opportunité. L'enjeu national de l'évolution de la construction communautaire se situe-t-il d'ailleurs sur le choix de réviser ou de ne pas réviser la Constitution ? Chaque traité communautaire ayant été déclaré contraire à la Constitution a conduit à la mise en œuvre d'une procédure de révision constitutionnelle. Celle-ci est devenue automatique. L'enjeu ne porte donc pas sur l'adaptation du texte constitutionnel à l'évolution du droit communautaire mais sur la volonté politique, qu'elle se manifeste par la voix du parlement ou du peuple, de poursuivre la construction communautaire. Quelle est alors l'utilité de révisions ponctuelles de l'article 88-1 de la Constitution indiquant que « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 » pour devoir inscrire plus tard la formule « selon le traité de Tallinn du 14 avril 2012 », plus tard encore « selon le traité de Ljubljana du 23 mai 2023 »... ? La formule selon laquelle « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » est suffisante. Le seul intérêt des révisions par traité communautaire modificatif réside dans le renforcement de la procédure de ratification des traités communautaires. L'autorisation de ratification, adoptée par voie parlementaire ou directement par le peuple, doit être précédée par une révision constitutionnelle. Que reste-t-il de cet intérêt alors précisément que les révisions constitutionnelles sont automatiques et que les autorisations de ratification ne soulèvent des difficultés que lorsqu'elles sont soumises au peuple et ce, d'ailleurs, aussi bien en France que dans les autres Etats membres de l'Union<sup>108</sup> ?

Il nous sera objecté que la clause générale d'ouverture écarte toute intervention du Conseil constitutionnel pour réguler sous l'angle constitutionnel l'évolution de la construction communautaire. On concédera peut-être que seules les interventions mineures du Conseil constitutionnel, comme celles sur le traité d'Amsterdam et sur le traité de Lisbonne du fait de l'existence antérieure du « traité Constitution », ne se justifient pas, à l'inverse de celles sur le traité de Maastricht ou de Rome de 2004. Il n'en reste pas moins que « le pouvoir [de révision constitutionnelle] est souverain »<sup>109</sup>.

Xavier Magnon

Professeur à l'Université *Via Domitia*

8 Février 2008.

---

<sup>107</sup> Même les normativistes kelséniens ne sont pas à l'abri.

<sup>108</sup> A cet égard, le maintien avec la révision de 2008 du principe d'une double modalité de rédaction de la Constitution antérieure et postérieure à l'entrée en vigueur d'un traité semble devoir être justifié par le risque d'un refus de ratification du traité par l'un des Etats membres de l'Union. Pour le traité de Lisbonne en l'occurrence, le référendum irlandais prévu pour la ratification fait peser à lui seul un risque sur l'avenir de ce traité.

<sup>109</sup> C.C., n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Maastricht II*, précitée, cons. n° 19.