

Conditions et conséquences d'un éventuel « Frexit » : entre inconnus constitutionnels et évolutions jurisprudentielles

Revenons quelques semaines en arrière, et imaginons. Le dimanche 23 avril 2017, à 20 heures, les rédactions annoncent, non sans une certaine stupéfaction, la victoire de l'élection présidentielle par François Asselineau dès le premier tour avec une majorité écrasante des suffrages exprimés. Une fois le Gouvernement nommé, le nouveau Président souhaite sans tarder engager la procédure de sortie de l'Union européenne prévue à l'article 50 du Traité sur l'Union européenne (TUE). La question juridique qui se pose est alors simple. Sur le plan du droit interne, quelle procédure constitutionnelle doit-elle être suivie afin que la sortie de la France de l'Union se fasse de façon licite ?

Retour à la réalité. Suite à l'élection d'Emmanuel Macron à la présidence de la République, la question d'une sortie de la France de l'Union européenne ne semble pas relever d'une actualité pressante. Ce n'est pas pour autant qu'il faut se désintéresser de la question. En effet, il n'est d'abord pas exclu qu'elle revienne sur le devant de la scène politique et juridique, et dans un tel cas il serait utile d'avoir une bonne connaissance des outils juridiques pour mettre en œuvre, sur le plan interne, l'article 50 du TUE. Mais au-delà, même si l'utilisation de cette disposition ne devait plus être envisagée par la France, une étude de la procédure interne à suivre pour déclencher et mettre en œuvre la sortie n'apparaît pas inutile. Connaître la procédure interne pour sortir de l'Union revient à connaître les sens possibles des énoncés normatifs¹ de la Constitution qui s'y rapportent, connaissance qui peut être mobilisée dans tous les cas où ces articles viennent à être utilisés. Et quand bien même ces connaissances sur le droit positif ne pourraient pas être mobilisées pour d'autres situations, leur connaissance n'en apparaît pas moins comme utile et pertinente, en ce que connaître le droit est une des fonctions principales de la doctrine. De plus, la connaissance de la procédure constitutionnelle de retrait de l'Union apporte une connaissance double : dans la mesure où l'article 50 du TUE fait référence aux règles constitutionnelles internes des États, la connaissance de ces règles constitutionnelles, du moins dans leurs grandes lignes, permet une connaissance par ricochet du droit de l'Union européenne.

La question du retrait d'un État de l'Union européenne n'est pas récente. La doctrine s'est interrogé sur ce point dès le début des communautés européennes, et le référendum britannique du 5 juin 1975 sur le maintien du Royaume-Uni dans les communautés aurait pu, s'il s'était soldé par

¹ Nous utiliserons indifféremment les termes de « dispositions » ou « d'énoncés normatifs » pour désigner les différents textes juridiques. Les dispositions se distinguent des normes, les normes étant la signification des dispositions.

une volonté de sortie, rendre la question factuelle dès cette époque. Aujourd'hui, la possibilité de sortir de l'Union pour un État membre est prévue à l'article 50 du TUE, qui reprend exactement les modalités de l'article I-60 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe (TECE). La possibilité pour un État de sortir de l'Union paraît donc impossible à contester aujourd'hui. Cette procédure de retrait a été maintes fois commentée², d'autant plus après le référendum relatif au Brexit et la mise en œuvre effective de cette disposition³. Si la disposition est lapidaire, elle n'en est pas pour autant limpide. Plus précisément, les deux premiers alinéas du texte de l'article 50, qui prévoient le principe de la sortie de l'Union, restent relativement vagues dans la mise en œuvre effective, et donc offrent un très large éventail d'interprétations possibles, même en ce qui concerne l'identification des interprètes authentiques⁴.

En effet, le début de l'article 50 du TUE est libellé comme suit : « 1. *Tout État membre peut décider, conformément à ses règles constitutionnelles, de se retirer de l'Union.* / 2. *L'État membre qui décide de se retirer notifie son intention au Conseil européen. [...]* ». La question du régime de la notification peut d'abord être soulevée⁵. S'agit-il d'une notification soumise aux dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des Traités de 1969 ou d'une terminologie autonome ? Il est possible de considérer les deux branches de l'alternative ; dans le premier cas la forme de la notification doit impérativement être écrite d'après l'article 67 de la Convention de Vienne. Cette notification est-elle révocable ? Là encore selon que l'on considère qu'il s'agit d'une notification obéissant à la Convention de Vienne ou d'une notification autonome, la réponse peut varier. L'article 68 de la Convention de Vienne prévoit que la notification de retrait est « *révocable à tout moment avant [qu'elle n'ait] pris effet* », et la question est alors ici de savoir à quel moment la notification « prend effet », soit dès que le Conseil européen commence les négociations du retrait, soit au moment où le retrait est effectif. Si au contraire il est considéré que la notification de l'article 50 du TUE est autonome par rapport au droit international, alors il est possible aussi bien de la considérer révocable comme irrévocable⁶.

2 Par ex. Jean-Victor Louis, « Le droit de retrait de l'Union européenne », *Cahiers de droit européen*, 2006, pp. 293-314. Raymond J. Friel, « Secession from the European Union: checking out from the proverbial “cockroach motel” », *Fordham International Law Review*, 2003, Volume 27, issue 2, article 4, pp. 590-641. Nadia Benredouane, « Les modalités du droit de retrait d'un État membre de l'Union européenne : qualification et régime contentieux de l'accord de retrait », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2016, n° 3-4, pp. 609-630.

3 Par ex. Claude Blumann, « Brexit : coup de tonnerre dans un ciel chargé », *JCP G*, 10 octobre 2016, n° 41, doct. 1085.

4 L'expression « interprète authentique » est utilisée ici dans son sens kelsenien. Elle désigne tout organe posant une norme juridique en appliquant, en concrétisant une autre norme juridique. Dans ce sens, le législateur est un interprète authentique de la Constitution lorsqu'il vote la loi, de même qu'en l'espèce le Conseil européen est un interprète authentique du TUE.

5 Sur les points suivant, v. Nadia Benredouane, *op. cit.*, p. 614 et s.

6 Notons que sur le plan politique, si les autres États acceptaient le retrait de la notification de sortie, la sortie serait avortée. La question ici n'est cependant pas la même : il s'agit de connaître le droit positif, quel que soit par ailleurs

Une autre question que pose l'article 50 du TUE est celle du retrait d'un État « *conformément à ses règles constitutionnelles* ». S'agit-il seulement des règles de compétences internes relatives à la conduite des relations internationales, où la prescription est-elle plus importante, et vise-t-elle également les « clauses européennes » au sein des constitutions, qui peuvent impliquer une consultation interne, ou même une révision de la constitution en question ? Le Royaume-Uni, grâce à la décision *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* du 24 janvier 2017 de la Cour Suprême, s'est prémuni *a priori* d'une contestation par les institutions de l'Union de telles procédures constitutionnelles. La question perdure cependant.

Dans ces deux points sus-évoqués, il est impossible de donner *une seule* interprétation définitive, *une seule* solution définitive, tout simplement parce qu'une telle « vraie » ou « bonne » solution n'existe pas⁷. Tout au plus, il est possible d'identifier le cadre posé par les énoncés, ce que nous avons sommairement tenté de faire pour l'article 50. Il est à la charge des interprètes authentiques de *choisir* une interprétation parmi le cadre, ces interprètes devenant parfois interprètes authentiques par leur décision même. En effet, en ce qui concerne l'article 50 du TUE, l'identification des interprètes authentiques n'est même pas évidente.

Sur le plan de l'Union, le contrôle de la notification semble pouvoir potentiellement être fait par le Conseil européen et par la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE). Le Conseil européen, destinataire premier de la notification de retrait, semble en effet pouvoir effectuer un premier contrôle de cette notification. Cette possibilité de contrôle n'est même pas garantie. En effet, l'article 50 du TUE est suffisamment vague pour permettre au Conseil de refuser d'opérer tout contrôle, renvoyant alors, le cas échéant, à la CJUE. S'il choisit d'effectuer un contrôle, sur la forme, d'abord, il peut choisir de refuser une notification non écrite en la soumettant aux formes des notifications de la Convention de Vienne, ou d'accepter une telle forme. Ensuite, dans le contenu, il peut choisir d'opérer un contrôle plus ou moins large des « *règles constitutionnelles* » propres à l'État en question. Le Conseil pourrait ainsi se contenter d'un contrôle de la compétence de l'organe à l'initiative de la notification. Dans le cas de la France, il pourrait ainsi refuser une notification qui émanerait du pouvoir législatif, quand seul le pouvoir exécutif est compétent pour la conduite des relations internationales. Il n'existe pas de différence fondamentale entre un tel contrôle ou un contrôle plus poussé des règles procédurales constitutionnelles internes relatives à

sont application politique, ou sa violation dans ladite application. Ce n'est pas parce que politiquement les États membres acceptent un retrait de la notification de sortie qu'une telle possibilité est juridiquement possible.

7 Sans adhérer aux théories réalistes de Ricardo Guastini, nous considérons à sa suite qu'« *à chaque disposition légale ne correspond pas une norme seulement, mais une multiplicité de normes disjointes, séparées : autant de normes que de possible interprétations différentes* » : Ricardo Guastini, « Interprétation et description des normes », in Amssele, Paul (dir.), *Interprétation et droit*, PUAM, 1995, p. 96.

une sortie de l'Union. Il s'agit, pour reprendre une expression consacrée, d'une différence de degré mais pas de nature. Dans les deux cas il s'agit en effet de connaître le droit constitutionnel d'un État membre. La différence réside dans le degré de connaissance nécessaire : il est en effet plus simple de vérifier simplement la compétence de l'organe à l'initiative de la notification que la possibilité même de cette notification sans procédure préalable. Il n'empêche qu'il n'est pas inenvisageable que le Conseil européen effectue un contrôle de la notification sur la base du premier alinéa de l'article 50 du TUE.

La question de la compétence de la CJUE pour interpréter ces dispositions pose plus de problèmes. En effet, la notification de retrait de l'État n'est pas un acte juridique de l'Union et ne peut donc pas être contesté devant la Cour. De plus, le Conseil européen, une fois notifié, n'a pas à prendre d'acte juridique « *[destiné] à produire des effets juridiques à l'égard des tiers* », pour reprendre la formulation de l'article 263 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Dans le cas du Brexit, l'acceptation a été implicite et n'a pas fait l'objet d'un acte juridique spécifique, ce qui rend impossible toute saisine de la CJUE. On peut cependant imaginer qu'en cas de refus de la notification, notamment pour incompetence, cet acte de refus pourrait être notifié à la Cour. Il est également possible d'imaginer une transmission de la notification en amont, *via* une question préjudicielle liée à un contentieux interne, pour que la CJUE se prononce sur son interprétation de l'article 50 et notamment de l'expression « *règles constitutionnelles* » mais dans un tel cas la Cour renverrait aux juridictions internes l'appréciation de ces règles.

En ce qui concerne le caractère rétractable de la notification, la possibilité de retirer la notification de l'article 50 du TUE peut de même être analysée par les deux organes. Ainsi, si un État ayant déjà notifié sa volonté de sortir au Conseil européen lui demandait le retrait de cette notification, le Conseil serait forcé de se prononcer, même par un refus tacite. Et en se prononçant explicitement⁸, la réponse pourrait être déférée à la CJUE qui se prononcerait alors. De même, la Cour de Justice pourrait être saisie de la possible réversibilité de l'article 50 du TUE par une question préjudicielle⁹.

On le voit donc, il est possible que l'Union contrôle la procédure constitutionnelle interne de l'activation de l'article 50 du TUE, bien qu'il faille admettre que sur le plan strictement politique

8 La question de la forme que devrait prendre un tel acte est d'ailleurs discutable. La notification initiale n'appelle pas de réponse particulière, et les États membres n'ont pas à se prononcer dessus. En revanche, il est possible de considérer que le retrait de la notification, s'il est possible, n'est pas acquis de plein droit. Les États membres devraient alors se prononcer avant d'accepter ou de refuser le retrait. Une telle interprétation s'écarterait de la Convention de Vienne, celle-ci prévoyant que le retrait de la notification de sortie est de plein droit.

9 Une affaire avait commencé à être construite en Irlande afin de provoquer une question préjudicielle à la Cour de Justice sur la question de la réversibilité de la notification de l'article 50. Elle a cependant été abandonnée.

un telle interprétation reste peu probable. La procédure constitutionnelle interne pour sortir de l'Union européenne est donc pertinente à étudier, même du point de vue du droit de l'Union.

Sur le plan du droit constitutionnel français, la question du retrait de la France de l'Union européenne implique de poser plusieurs séries de questions. Une première série, relativement simple, a trait à l'identification de l'organe compétent pour notifier au Conseil européen la volonté de sortir. Une seconde série, bien plus complexe et qui sera celle sur laquelle se concentrera le propos, a trait à la façon dont la France peut sortir de l'Union sans violer son droit constitutionnel interne¹⁰.

La première série de questions se résout sinon facilement, au moins pratiquement. Il s'agit de l'identification de l'organe compétent en droit interne pour notifier la volonté de sortir de l'Union européenne au Conseil européen. Afin de connaître l'organe constitutionnellement compétent pour effectuer cette notification, il convient de s'interroger sur la nature juridique de cette dernière. Une notification n'est pas un traité ou un accord international. Si pour ces derniers types d'actes, la constitution donne un cadre, même imprécis¹¹, elle ne dispose rien quant à la possibilité d'engager l'État sur le plan international par des actes autres que les traités ou les accords. Sur le plan politique, la question semble évidente : la compétence d'engager l'État sur le plan international appartient au pouvoir exécutif, plus spécifiquement au Président de la République. C'est ainsi la pratique de la V^e République depuis 1958. Même pendant les périodes de cohabitation, le Chef de l'État conserve un rôle prééminent sur le plan des relations internationales. On pourrait alors considérer qu'il s'agit d'une des « *règles constitutionnelles* » au sens de l'article 50 du TUE. Cette interprétation pourrait être confortée par l'article 5 de la Constitution même qui fait du Président le « *garant [...] du respect des traités* ».

Il ne s'agit cependant ici que d'une pratique politique. Sur le plan strictement juridique du texte de la Constitution, le Premier Ministre à travers le Gouvernement peut également être regardé comme compétent pour certains actes unilatéraux, puisque l'article 20 de la Constitution dispose que « *le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation* ». Une sortie de la France de l'Union européenne apparaît comme pouvant entrer dans la politique de la Nation aux vues des conséquences politiques et économiques d'un tel choix.

10 Évidemment, quoi que prescrivent les énoncés constitutionnels ou leur interprétation par les interprètes authentiques, une sortie est possible en allant à l'encontre de ceux-ci. Il ne sera cependant pas ici question de ce cas de figure ne respectant pas le droit positif. On s'intéressera simplement à la procédure à suivre pour sortir de l'Union européenne tout en respectant le droit constitutionnel interne.

11 Pour une étude récente de la question, v. Romain Le Boeuf, « La double nature de la ratification des traités : observations sur les discordances entre les procédures constitutionnelles et internationales », *RFDC*, 2016, n° 107, p. 601-632.

Cette question d'une compétence ambivalente du Président de la République ou du Gouvernement ne pose pas de problème en cas de concordance des majorités, ni en cas de cohabitation si les grandes lignes des orientations relatives à l'Union européenne du Président et de la majorité parlementaire sont similaires. Le problème se pose en cas de cohabitation et d'opposition de point de vue sur la question européenne. Ajoutons que si la structure politique française semblait exclure la cohabitation par la correspondance des mandats du Président de la République et des députés, le contexte actuel de recomposition des forces politiques pourrait aboutir à une forme de cohabitation, ou au retour des dissolutions de l'Assemblée Nationale qui pourrait alors porter une cohabitation franche.

Rajoutons en outre qu'en ce qui concerne le pouvoir du Président de la République d'enclencher l'article 50 du TUE, il n'est pas exclu de considérer qu'un tel acte est soumis à contreseing du Premier Ministre. En effet, l'article 19 de la Constitution énumère de façon limitative les actes juridiques du Président non soumis à contreseing, précisant que le principe est donc le contreseing ministériel des actes du Président. Il est donc possible de considérer que pour être valide, la notification du Président de la République doit être contresignée par le Premier ministre.

Deux possibilités existent alors en ce qui concerne la compétence de notifier la volonté de retrait. Le Président de la République et le Premier Ministre semblent tous les deux pouvoir être considérés comme habilités à utiliser l'article 50 du TUE, bien que la compétence du Président soit celle qui semble politiquement s'imposer. Si ces interprétations étaient retenues, la question de leur contrôle et donc de l'interprète authentique se pose. Sur le plan du droit de l'Union, l'on renvoie aux développements précédents sur la possibilité de contrôle par le Conseil européen ou la CJUE. Sur le plan interne, le contrôle ne pourrait échoir qu'au juge administratif, qui considérerait très probablement la notification comme un acte de gouvernement, selon une jurisprudence classique.

La seconde série de questions relative à la façon dont la France peut sortir de l'Union européenne sans violer son droit positif est celle qui nous intéressera dans les développements suivants. La France est membre de l'Union européenne et antérieurement des communautés depuis l'origine de la construction communautaire. Si la participation s'était globalement faite sans réformes constitutionnelles de principe, la naissance de l'Union européenne par le traité de Maastricht de 1992 emporta la nécessité, aux fins de ratification, de réviser la Constitution¹². Ainsi, la révision constitutionnelle du 25 juin 1992 a introduit dans la Constitution un titre XIV « Des Communautés européennes et de l'Union européenne », qui deviendra en 1993 le titre XV, et

12 Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992 *Traité sur l'Union européenne* du Conseil constitutionnel.

changera de nom en 2008 pour devenir « De l'Union européenne ». Ce titre a introduit les articles 88-1 et suivants afin de résoudre les inconstitutionnalités décelées par le Conseil constitutionnel pour ratifier le traité de Maastricht ainsi que certains traités qui suivront relatifs à l'Union européenne. Ces dispositions sont techniques, et visent à résoudre les problèmes spécifiques soulevés par le Conseil constitutionnel. Si l'on s'intéresse à la rédaction actuelle des articles 88-2 à 88-7, le constat est que ces normes ne sont applicables qu'en cas de participation de la France à l'Union européenne, mais n'imposent pas une telle participation et deviendraient sans objet si la France cessait de faire partie de l'Union européenne, soit par décision de retrait, soit par dissolution de l'Union européenne. Comme jadis les dispositions relatives à la communauté française entre 1961 et 1995, ces dispositions perdureraient dans le texte constitutionnel sans factuellement pouvoir s'appliquer. L'article 88-1, cependant, est différent. Pensé comme un article général servant à rappeler les principes généraux de l'Union européenne – « *adhésion en vertu d'un libre choix* », « *absence de structure fédérale : l'Europe communautaire demeure une communauté d'États* » et « *exercice en commun de compétences : cet exercice en commun ne saurait s'analyser comme un transfert à l'Europe communautaire de la souveraineté des États qui la composent*¹³ » – il dispose simplement, dans sa rédaction actuelle 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* ». Si la rédaction a été toilettée, elle conserve l'esprit original de l'article 88-1 initial, qui disposait en 1992 que « *la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences* ». L'idée était donc de poser une permission générale de ratification des traités communautaires et européens tout en rappelant les grands éléments liés à la construction européenne, particulièrement le maintien de la souveraineté et de l'identité des États.

Cet article est cependant le seul qui peut poser un quelconque problème sur le plan constitutionnel en ce qui concerne un possible Frexit. En effet, son caractère relativement vague sur le plan sémantique, avec l'emploi de l'indicatif « *participe* » rend l'article porteur de plusieurs sens possibles, sens qui seraient possiblement antinomiques et pourraient en cela rendre incertaine la procédure *juridique* de sortie de l'Union européenne.

La façon la plus simple de garantir le respect du droit serait évidemment une suppression *ab initio* de cette disposition, avant même une utilisation de l'article 50 du TUE. La révision

13 Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi constitutionnelle adopté par l'Assemblée nationale ajoutant à la Constitution un titre : « Des Communautés européennes et de l'Union européenne » par Jacques Larché, Sénat, n° 375, seconde session ordinaire de 1991-1992, J.O.R.F., Documents parlementaires, p 26.

constitutionnelle est cependant politiquement plus difficile à obtenir que la majorité à l'élection présidentielle ou aux élections législatives. Il serait alors envisageable d'avoir une majorité présidentielle ou législative ne disposant ni de la majorité qualifiée ni de la majorité populaire pour réviser la Constitution. La question qui se pose alors est de savoir si l'article 88-1 de la Constitution permet une sortie de l'Union européenne, ou bien s'il exige une révision de la Constitution et le cas échéant à quel moment du processus de sortie. Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'interroger les différentes interprétations possibles de l'article 88-1 ainsi que ses interprètes authentiques.

Cette détermination permet d'identifier plusieurs routes, selon les normes posées par l'article 88-1 et les interprètes authentiques. De ces différentes interprétations, une seule mène à une obligation de révision avant même l'utilisation de l'article 50 du TUE. Les autres, contrairement à ce qui pourrait sembler évident, n'entraînent que l'absence d'objet de l'article après une sortie de la France.

Mais au-delà, si la France sortait effectivement de l'Union, que se passerait-il sur le plan du droit constitutionnel ? Sur ce plan là une sortie de l'Union ne semble pas remettre en question beaucoup de points. Quelques dispositions perdraient leur objet ; d'autres seraient réactivées¹⁴. De façon plus importante, c'est la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui serait modifiée. Avec la fin de la jurisprudence *confiance dans l'économie numérique* et *DADVSI/loi relative au secteur de l'énergie*, l'obligation de transposition des directives de l'Union disparaîtrait permettant alors un contrôle des lois de transpositions sans que la directive ne puisse faire écran. La jurisprudence relative à l'identité constitutionnelle de la France disparaîtrait également, sans jamais avoir donné lieu à une quelconque censure.

Ainsi, en ce qui concerne la procédure de sortie de la France de l'Union européenne, c'est l'incertitude qui domine, tant dans le sens de l'article 88-1 de la Constitution et donc de la nécessité de la révision que dans la possibilité d'un interprète authentique de la disposition qui pourrait imposer une révision (I). Une fois la sortie effectuée, les interprétations du droit constitutionnel dispositionnel ne se verraient pas modifiées réellement, mais la jurisprudence constitutionnelle se verrait modifiée, purgée des exigences relatives au droit de l'Union européenne (II).

I. La procédure du Frexit : l'incertitude de la nécessité de réviser la Constitution

14 Toutes choses égales par ailleurs, c'est-à-dire sans révision constitutionnelle autre qu'une suppression du titre XV.

Le sens de l'article 88-1 de la Constitution détermine à lui seul la nécessité de la réviser ou pas pour enclencher la procédure de sortie de l'Union européenne, et le cas échéant le moment où doit intervenir la révision (A). Cependant, le choix de l'interprétation n'est pas certain, en ce que les interprètes authentiques de cet article ne sont pas clairement déterminés (B).

A – La multitude de sens portée par l'article 88-1 de la Constitution : l'absence de nécessité absolue d'une révision constitutionnelle ?

L'article 88-1 de la Constitution peut apparaître à première vue comme un obstacle à la sortie de la France de l'Union européenne. Il faudrait alors réviser la constitution afin que la sortie soit possible. Cependant, il ne s'agit pas de la seule interprétation possible de l'article, et plusieurs versions de cette interprétation existent également, n'impliquant pas nécessairement une révision au même moment.

Si « *la République participe à l'Union européenne* », encore faut-il déterminer ce que signifie l'indicatif « participe » ici. La controverse de 1986 relative à la signature des ordonnances¹⁵ par le Président de la République a montré que l'indicatif dans la constitution n'était pas synonyme d'un impératif. Ainsi, il est possible de considérer le terme « *participe* » soit comme une obligation de participation à l'Union européenne, soit comme une simple faculté de participation.

Compris comme une faculté de participation, l'article 88-1 de la Constitution signifie simplement que la France *peut* participer à l'Union européenne, sans y être obligée. Dans un tel cas, la révision de la Constitution et la suppression de l'article 88-1 ne sont pas nécessaires ni pour activer l'article 50 du TUE, ni pendant le processus de sortie de l'Union, ni même après la sortie effective. La disposition constitutionnelle conserverait alors son utilité pour une éventuelle réadhésion, de la même manière qu'après la révision de 1992 un refus de la France de ratifier le traité de Maastricht n'aurait pas rendu sans objet l'article 88-1¹⁶, l'habilitation étant générale à toute la construction communautaire (et maintenant européenne). La rédaction actuelle de l'article, ainsi que l'historique de ses révisions, semble cependant écarter cette interprétation. En effet, entre la révision constitutionnelle de 2008 et l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en 2009, l'article 88-1 de la Constitution comportait un alinéa supplémentaire qui précisait que la République *peut* participer à l'Union dans les conditions du traité de Lisbonne. Cette spécificité servait de permission constitutionnelle de ratification, et était vouée à disparaître dès son entrée en vigueur.

15 Pour une analyse de la controverse, Michel Troper, « La signature des ordonnances. Fonctions d'une controverse », *Pouvoirs*, 1987, n°41, pp. 75-91.

16 Voir dans ce sens François Luchaire, « L'Union européenne et la Constitution. Deuxième partie : la révision constitutionnelle », *RDP*, 1992, pp. 976-977.

Cela signifierait qu'*a contrario* l'article 88-1 tel que rédigé actuellement ne pose pas de permission, sauf à considérer que la disposition transitoire était inutile. D'un autre côté, il semble toujours possible de considérer que l'article 88-1 pose une permission de principe, que le Constituant a tenu à préciser spécifiquement pour le traité de Lisbonne.

L'article 88-1 de la Constitution peut également être compris comme une obligation de participation à l'Union européenne. Une telle obligation peut encore se comprendre de plusieurs façons, et il convient d'en déterminer l'étendue. Il est possible de considérer que l'obligation de participation ne s'applique qu'une fois la France membre des différents traités, sans pour autant imposer au niveau constitutionnel la ratification des traités. C'est l'interprétation que semble proposer François Luchaire en 1992 après la révision constitutionnelle, puisque s'il considère que « *cette participation a donc valeur constitutionnelle ; elle ne pourrait prendre fin sans qu'il soit contrevenu à la Constitution*¹⁷ », il considère également comme mentionné précédemment que la France pourrait refuser de ratifier le traité de Maastricht¹⁸. Il considère ainsi que l'article 88-1 n'oblige pas à l'adhésion au traité de Maastricht, mais qu'une fois la France membre de l'Union alors la participation devient obligatoire. À l'inverse cependant, on peut également considérer que l'obligation constitutionnelle de participation impose la ratification par la France du traité de Lisbonne de 2007, puisqu'il est expressément mentionné dans l'article. Une telle interprétation semble extrême. De plus, on peut également considérer que cette interprétation entre en conflit avec celle de l'article 53 de la Constitution, qui impose une intervention législative par le biais d'une loi de ratification dans certains domaines importants, domaine que recouvrent largement les traités européens. Toutefois, cela signifierait simplement que la Constitution pose une obligation de principe de ratification à l'article 88-1, et qu'elle impose une procédure de ratification dans l'article 53. Le législateur aurait alors une compétence liée lorsqu'il se prononce sur la ratification des traités relatifs à l'Union européenne. Comme on le mentionnait au paragraphe précédant, cette lecture de l'article 88-1 comme une obligation de ratification est problématique au regard des rédactions successives de l'article 88-1. Cependant, il est juridiquement possible que certaines des dispositions aient eu des significations contradictoires, contradictions ayant disparu avec la disparition du second alinéa de l'article 88-1.

Cette interprétation de l'article 88-1 de la Constitution comme obligeant la France à participer à l'Union européenne, que cette participation inclue ou non une obligation de ratification automatique, n'est cependant pas suffisante pour déterminer la procédure constitutionnelle de sortie de l'Union européenne. Il faut pour cela déterminer la signification de ce qui peut être

¹⁷ *Ibidem*, p. 957.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 976-977.

entendu comme *participer* à l'Union européenne. Pour le dire plus clairement, si la Constitution impose de participer à l'Union, encore faut-il savoir ce qu'il faut entendre par « participer ». En effet, l'article 50 du TUE pose la procédure de sortie par un État membre de l'Union européenne. Cette procédure de sortie est donc prévue par le droit de l'Union lui-même, et l'État qui notifie sa volonté de sortir reste membre à part entière de l'Union jusqu'à ce que la sortie soit effective. On pourrait donc considérer que l'activation de l'article 50, ainsi que la phase de négociation qui s'ensuit, est une pleine participation à l'Union européenne, qui ne contrevient pas à la règle posée par l'article 88-1 interprété comme une obligation. Dans un tel cas, la révision n'est par définition pas nécessaire tant que la France fait partie de l'Union, donc jusqu'au moment de la sortie effective. Si l'on considère que l'obligation de participation n'existe que tant que la France fait partie de l'Union, et que sortir reste une forme de participation, alors une fois la sortie de l'Union définitive, l'article 88-1 retrouve le rôle qu'il avait en 1992 avant que le traité de Maastricht ne soit ratifié et n'entre en vigueur : il n'a pas d'effet juridique autre que de permettre une réadhésion à l'Union et au traité de Lisbonne. Si l'on considère cependant que l'obligation de participation nécessite une obligation d'adhésion, alors il faut réviser la Constitution pour que l'article 88-1 soit supprimé au moment de la sortie effective au plus tard¹⁹ afin d'éviter la situation absurde politiquement d'une obligation de réadhésion qui s'active dès que la sortie est définitive²⁰. Il est également possible de considérer que l'obligation de participation de l'article 88-1 interdit toute sortie de la France de l'Union européenne. Si l'article 50 du TUE est utilisé, il est alors juridiquement impératif de réviser la Constitution afin de permettre la sortie. Une sortie de la France sans révision de la Constitution serait alors une violation de la Constitution, violation qui ne pourrait pas être sanctionnée²¹.

Si l'article 88-1 de la Constitution peut poser une obligation de participation, l'utilisation de l'article 50 peut être considérée comme allant à l'encontre de ladite participation. Ainsi, vouloir sortir de l'Union européenne ne serait plus participer à l'Union. Dans un tel cas, la notification de sortie de l'article 50 du TUE ne peut être obtenue qu'après une révision constitutionnelle²².

Parmi ces différentes interprétations, aucune n'est *la* bonne ou *la* vraie. Elles sont toutes également possibles sur le plan juridique ; elles ne sont pas toutes plausibles sur le plan du choix

19 On peut imaginer une révision de la même facture que celle du 4 février 2008, qui conditionne l'entrée en vigueur de la nouvelle rédaction à un événement spécifique.

20 Une telle situation ne pose cependant aucun problème sur le plan strictement juridique. Sur le plan politique, elle est évidemment absurde.

21 En effet, si la France sort de l'Union contre ses dispositions constitutionnelles, rien ne peut sanctionner l'irrégularité. Une révision de la Constitution ou une réadhésion n'y changeraient même rien, puisque la violation serait dû au seul fait de la sortie de l'Union.

22 Ici se pose toutefois un problème de contrôle de la notification. En effet, cette interprétation, pour avoir une quelconque efficacité, ne peut être retenue que lors d'un contrôle de la notification de sortie, ce qui est juridiquement possible mais politiquement peut être imaginable (voir *infra* I-B).

politique de l'interprète. En outre, ces différentes interprétations peuvent se « cumuler ». En effet, plusieurs interprètes authentiques – ou le même interprète authentique – peuvent choisir plusieurs interprétations à des moments différents du processus de sortie et des éventuels contrôles. On peut alors imaginer que différents organes fassent différents choix.

De façon générale, la jurisprudence permet d'anticiper l'interprétation qui sera le plus probablement retenue. Celle relative à l'interprétation de l'article 88-1 de la Constitution est en réalité assez peu développée. Le Conseil constitutionnel est la première juridiction à avoir mobilisé l'article, dans sa décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 *loi pour la confiance dans l'économie numérique*. Il considère qu'aux termes de l'article 88-1 « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution* ». Le Conseil modifiera légèrement cette jurisprudence à partir de 2006, en considérant que « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle* » mais que cette transposition « *ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti*²³ ». Quoiqu'il en soit, cette nouvelle rédaction ne change pas fondamentalement l'interprétation du Conseil constitutionnel. Ce dernier considère que l'article 88-1 de la Constitution pose une *obligation* de participation à l'Union européenne, puisqu'il déduit de cet article une obligation de transposition des directives, sauf si ces directives vont à l'encontre d'une règle constitutionnelle à laquelle le constituant n'a pas expressément dérogé. On ne peut cependant pas savoir si à travers cette interprétation le Conseil considère que l'article 50 du TUE est une forme de participation, ni même l'étendue de l'obligation de participation. Le Conseil d'État, dans sa décision *Arcelor* de 2007, adopte ce point de vue, en reprenant cette interprétation²⁴. Le Tribunal des conflits et la Cour de cassation retiennent une interprétation similaire, mais plus large quant aux conséquences, en considérant tous deux que le respect du droit de l'Union « *constitue une obligation, tant en vertu du Traité sur l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qu'en application de l'article 88-1 de la Constitution*²⁵ ».

23 Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 17 et 19.

24 Tout comme le Tribunal des conflits et la Cour de cassation, le Conseil d'État retient un double fondement au respect du droit de l'Union européenne : les traités et la Constitution. Cette différence peut s'expliquer par le rôle de l'article 55 de la Constitution, qui permet à ces juridictions l'application du droit international en général et donc du droit de l'Union en particulier, quand le Conseil constitutionnel ne se considère pas habilité par l'article 55 de la Constitution, ni même par l'article 88-1, à utiliser dans sa globalité le droit de l'Union comme paramètre de son contrôle. Pour le Conseil constitutionnel, l'article 88-1 « constitutionnalise » les directives, lui permettant de contrôler par rapport à elles les lois de transposition.

25 Tribunal des conflits, 17 octobre 2011, pourvois n° 11-03.829 et 11-03.828, *SCEA du Chêneau* ; Cour de cassation, Chambre sociale, 30 septembre 2013, pourvois n° 12-14.752 et 12-14.964.

Ces jurisprudences ne sont pas exactement identiques, mais elles se rejoignent dans leur interprétation de l'article 88-1 comme une obligation de participation à l'Union européenne, à travers la transposition des directives ou plus largement à travers le respect de l'ordre juridique de l'Union. L'étendue de cette obligation par rapport à une sortie de l'Union européenne et à la nécessité d'une révision constitutionnelle n'est cependant pas possible à déterminer.

En résumé, il est possible de voir plusieurs interprétations de l'article 88-1 de la Constitution. On peut d'abord considérer que l'article 88-1 n'est qu'une autorisation de participer à l'Union européenne, et dans ce cas aucune révision constitutionnelle n'est nécessaire. Ensuite, dans les interprétations qui considèrent que la participation est une obligation, il faut distinguer selon que la sortie institutionnalisée de l'Union est ou non une forme de participation. Si ce n'est pas une forme de participation, alors la révision constitutionnelle est nécessaire *ab initio* avant une notification de sortie. En revanche, si le processus de sortie entre toujours dans la participation, alors on peut considérer que la révision n'est pas nécessaire avant la sortie définitive. Dans ce cas, il est possible de considérer qu'il soit qu'il faut une révision avant la sortie effective, soit qu'une telle révision est inutile puisque dès que la France sera effectivement sortie elle ne participera plus à l'Union.

Le choix des éventuels interprètes authentiques sera déterminé par l'identité de ces interprètes. Si généralement identifier les organes ou juridictions qui se prononceront, dont celui ou celle qui se prononcera en dernier ressort, ne pose pas de difficulté, ici l'identité même des interprètes authentiques, et spécifiquement de l'interprète authentique dont l'interprétation s'imposera, se révèle complexe et presque aussi incertaine que la détermination des sens de l'article 88-1 de la Constitution.

B – L'interprète authentique de l'article 88-1 de la Constitution : l'incertitude de l'interprétation retenue.

Si une multitude d'interprétations possibles existent pour l'article 88-1 de la Constitution, on pourrait imaginer que l'identification de l'interprète authentique ayant le dernier mot permettrait de cerner un peu mieux l'interprétation qui a le plus de chance d'être retenue. Il n'est pas toutefois évident de déterminer l'identité même des différents interprètes de l'article 88-1, tant toutes les dispositions concernées peuvent être interprétées comme permettant l'intervention de plusieurs interprètes authentiques, notamment en ce qui concerne l'interprétation juridictionnelle.

L'interprétation authentique est celle faite par « *l'organe d'application du droit*²⁶ ». Cette interprétation « *créé du droit*²⁷ ». Les organes d'application ne se résument toutefois pas aux juridictions. Dans le cas du vote d'une loi, le législateur est interprète authentique de la Constitution, à plusieurs égards. Il concrétise les dispositions relatives à la procédure législative, au domaine de la loi, et souvent au préambule et aux droits fondamentaux. Cette interprétation peut être remise en cause par le Conseil constitutionnel, *a priori* ou *a posteriori*, par le contrôle de constitutionnalité de la loi. L'interprétation authentique du Conseil s'imposera alors sur celle du législateur, mais les deux organes sont néanmoins interprètes authentiques²⁸.

Dans la situation d'un Frexit, si l'on suit la ligne chronologique à partir de la notification de sortie, il est possible d'indiquer tous les interprètes authentiques possibles, avant de regarder plus en détail les différentes interprétations probables desdits organes. Le premier interprète à se prononcer sera la tête de l'exécutif en France compétente pour cela, en toute logique le Président de la République, en notifiant au Conseil européen la volonté de sortir de l'Union européenne. Il est possible d'imaginer un recours contre cette notification devant le Conseil d'État. Le Conseil européen peut ensuite formellement se prononcer sur cette notification par un acte juridique²⁹, qui pourrait alors être contrôlé par la Cour de justice. Une fois la procédure de l'article 50 du TUE lancée, il ne semble plus y avoir de possibilité de réellement se prononcer pour un interprète authentique sur les dispositions de l'article 88-1 de la Constitution. On peut cependant encore imaginer le Conseil constitutionnel saisi au moment de la signature de l'accord de sortie ou de sa ratification.

L'exécutif. Le premier interprète authentique est donc l'organe qui notifie la volonté de sortie de la France au Conseil européen. Qu'il s'agisse du Président de la République, du Premier ministre, ou même du ministre des affaires étrangères ou d'un ministre spécifique chargé des questions européennes, l'interprétation de l'article 88-1 de la Constitution sera nécessairement la même. En effet, et au-delà des questions de compétence, si le Président de la République notifie la sortie de la France (avant une révision de l'article 88-1 de la Constitution) c'est qu'il considère que cet article n'est pas un obstacle à la notification. Ainsi, soit il considère que l'article n'est qu'une simple autorisation de participation, soit qu'il pose une obligation de participation mais que la notification de sortie reste un part de la participation. Si cet interprète considère que l'obligation de

26 Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, 2^e éd., p. 461.

27 *Idem*.

28 Ici, c'est bien le Conseil constitutionnel qui serait le dernier interprète authentique. Même si le constituant révisait la Constitution pour aller à l'encontre de la décision du Conseil, son dernier mot serait politique. Il ne serait pas interprète authentique des dispositions constitutionnelles (autre que celles de l'article 89), il les modifierait. Il changerait les normes de références du Conseil.

29 Ce qu'il n'a pas fait pour le Brexit, voir *supra* en introduction.

participation rend impossible toute procédure de sortie, il doit alors enclencher une procédure de révision constitutionnelle.

Le Conseil d'État. Quelle que soit la partie de l'exécutif déclenchant la procédure, il est possible de voir dans cette notification un acte administratif déférable à la juridiction administrative. On pourrait alors voir le Conseil d'État saisi le cas échéant en référé de cette décision. Outre les questions constitutionnelles de compétences soulignées précédemment, la question qui se pose est celle du contrôle de l'interprétation par l'exécutif de l'article 88-1 de la Constitution. Sur ce point là, le Conseil considérerait probablement que la notification de sortie de l'Union européenne est un acte de gouvernement, en ce qu'elle « *n'est pas détachable de la conduite des relations internationales de la France ; qu'elle échappe, par suite, à la compétence de la juridiction administrative française*³⁰ ». Si jamais, cependant, le Conseil d'État se déclarait compétent pour contrôler effectivement la notification par rapport à l'obligation de participation qu'il tire de l'article 88-1 de la Constitution, la cohérence de sa jurisprudence voudrait qu'il conserve son interprétation. Mais comme démontré précédemment, même en tirant de l'article 88-1 de la Constitution une obligation de participation, l'étendue de cette obligation peut être interprétée comme n'imposant pas de révision au moment de l'enclenchement de la procédure de sortie. Cette interprétation pourrait d'ailleurs être favorisée par une lecture de l'article 50 du TUE rendant rétractable la notification. Ainsi, le Conseil d'État peut rester cohérent avec sa jurisprudence et exiger aussi bien une révision immédiate, en annulant la notification, ou alors considérer que la révision, si jamais elle doit intervenir, doit intervenir avant la sortie effective de la France.

Le Conseil européen. Quelle que soit la décision – toute hypothétique – du Conseil d'État, on peut d'abord s'interroger sur son impact sur la réception par le Conseil européen de la notification de sortie. En effet, la notification de sortie est un acte interne qui existe dès qu'il est transmis à l'Union européenne. Il est donc possible, bien qu'improbable, que le Conseil européen accepte la notification avant même une décision du Conseil d'État. Cette éventualité est improbable, dans la mesure où l'article 50 du TUE précise que la sortie doit obéir aux règles constitutionnelles internes des États membres. Le Conseil européen ferait donc probablement preuve de retenue, en attendant avant de se prononcer. Si le Conseil d'État se prononçait en faveur de la constitutionnalité de la notification, il est improbable que le Conseil européen aille à l'encontre de cette décision, bien qu'il puisse quand même procéder lui-même au contrôle des règles constitutionnelles par le truchement de l'article 50 du TUE. De même, si le Conseil d'État déclarait la notification nulle en raison de l'article 88-1, il est très probable que le Conseil européen se

30 Conseil d'État, 3^e et 8^e sous-sections réunies, 30 décembre 2015, n° 384321, cons. 4. Pour une étude récente de la notion, Élise Carpentier, « Permanence et unité de la notion d'acte de gouvernement », *AJDA*, 2015, p. 799 et s.

conformerait à cette décision en rejetant la notification, celle-ci devant être conformes aux « *règles constitutionnelles* » de l'État sortant³¹.

Sans saisine du Conseil d'État, ou en cas d'absence de décision au fond, le Conseil européen pourrait d'abord accepter implicitement la notification, comme il l'a fait pour le Brexit. Il pourrait également décider d'effectuer un contrôle du suivi des règles constitutionnelles internes, soit sur le plan de la stricte compétence en allant au-delà des règles classiques du droit international sur la compétence d'engager l'État, soit même en effectuant lui-même un contrôle formel de la procédure nécessaire à la notification. Si le contrôle de compétence reste possible, le contrôle de fond plus poussé reste assez peu probable, le Conseil européen n'étant pas une juridiction mais un organe politique. Cependant, l'article 50 du TUE peut être interprété comme lui donnant formellement cette compétence.

Identifier l'interprétation que le Conseil retiendrait s'il se prononçait semble difficile. En toute probabilité, il retiendrait une interprétation très extensive de la Constitution française, permettant la sortie sans révision de la Constitution. En effet, le Conseil est un organe politique de coopération des États. La sauvegarde d'une certaine souveraineté des États et d'une latitude importante pour les affaires politiques internes semble donc passer au premier plan de ses préoccupations.

En l'absence de décision expresse du Conseil européen, aucun recours devant la CJUE n'est possible. Cependant, si le Conseil rend une décision formelle en créant du droit, alors elle peut être déférée à la CJUE pour un contrôle.

La Cour de Justice de l'Union européenne. Sur la question de la notification de l'article 50 du TUE et des règles constitutionnelles de la France, la CJUE ne peut se prononcer que si le Conseil européen lui-même prend une décision expresse sur le sujet. Sa position d'interprète authentique n'est donc pas assurée, comme celle du Conseil européen.

Dans l'éventualité d'une décision antérieure du Conseil d'État sur le fond, il est probable que la Cour suivrait cette décision. En l'absence de décision au fond du Conseil d'État, la décision de la CJUE serait difficilement prévisible. Elle suivrait probablement la voie de la conciliation de la volonté de la France, considérant soit qu'elle n'est pas habilitée par l'article 50 du TUE à se prononcer sur le fond des dispositions constitutionnelles mais sur la forme, soit encore qu'il

31 On peut cependant imaginer un refus du Conseil européen de tenir compte d'une telle décision. En effet, sur le plan du droit international, la notification est valide dès qu'elle est émise. Malgré sa déclaration de nullité sur le plan interne, le Conseil européen pourrait la considérer comme engageant le processus de sortie. La situation ubuesque ne pourrait être résolue que par une révision constitutionnelle de l'article 88-1 de la Constitution ou un retrait de la notification de sortie.

appartient aux juridictions nationales de se prononcer sur ces questions³². Il est en effet improbable d'imaginer la Cour de Justice bloquer une procédure de sortie. Une telle décision, relative au contrôle de la Cour de l'article 50 du TUE, pourrait cependant être une occasion de préciser son point de vue sur le caractère réversible ou non de la notification de sortie.

Une fois que les interprètes précédant se sont prononcés le cas échéant, la sortie est définitive. Il faut noter d'ailleurs qu'il y a deux séries d'interprétations authentiques, l'une portant sur la validité de la notification sur le plan interne, l'autre portant sur la validité de sa réception dans le droit de l'Union. Le résultat pratique est cependant que si tant au niveau national qu'au niveau de l'Union le caractère irrégulier de la notification est retenue, la sortie sera impossible sans une révision constitutionnelle. Politiquement cependant, seule une irrégularité prononcée par les juridictions internes semble possible.

Le Conseil constitutionnel. Sur le plan du droit interne, le Conseil constitutionnel ne peut se faire interprète authentique de la Constitution et de l'article 88-1 en particulier que dans un cas spécifique : celui d'une saisine à propos de l'accord de sortie de l'Union européenne prévu par l'article 50 du TUE. Cette saisine ne serait pas automatique, mais serait très probable, d'autant qu'elle peut intervenir soit au moment de la négociation par le biais de l'article 54 de la Constitution, soit au moment d'une loi de ratification par le biais de l'article 61³³.

Il est également notable que si le Conseil était saisi, il ne le serait que de la conformité de l'accord international avec la Constitution. Même s'il déclarait celui-ci contraire à la Constitution en retenant une interprétation de l'article 88-1 obligeant la France à une participation et donc interdisant une sortie de l'Union, la seule conséquence juridique de cette interprétation serait la nécessité de réviser la Constitution pour ratifier l'accord. La sortie de l'Union n'est cependant pas conditionnée à cette ratification. Une fois la notification de sortie de l'Union transmise au Conseil européen, le principe de la sortie est acté et définitif sauf éventualité d'une rétractation, avec ou sans accord de sortie. L'accord ne permet que de régler les modalités de sortie ainsi que son moment.

Ainsi, si le Conseil constitutionnel interprétait l'article 88-1 de la Constitution comme posant une obligation de participation à l'Union européenne telle que cette obligation interdit une sortie et donc la ratification de l'accord réglant les modalités de sortie, la seule conséquence serait

32 Ce qui serait paradoxal en cas d'absence de saisine préalable du Conseil d'État, puisqu'il n'y aurait plus de recours interne pour contrôler

33 Le Conseil constitutionnel a interprété l'article 61 comme permettant le contrôle d'un traité par le biais de sa loi de ratification dans sa décision n° 80-116 du 17 juillet 1980 *Loi autorisant la ratification de la convention franco-allemande additionnelle à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959*, en considérant que sa saisine à propos d'une loi de ratification « entraîne, par voie de conséquence, l'examen de la convention ».

l'impossibilité pour le législateur de ratifier le traité avant de réviser la Constitution. L'interprétation authentique du Conseil constitutionnel, bien qu'elle consisterait à dire que la France ne peut sortir de l'Union européenne sans réviser sa constitution, ne pourrait empêcher cette sortie et imposer la révision. Sur le plan politique, certes, une telle décision pourrait aboutir à une révision constitutionnelle et à une demande auprès des États membres de l'Union d'une prorogation du délai de sortie. Toutefois, cette demande doit être acceptée à l'unanimité des membres, et n'est donc pas certaine. Dans ce dernier cas, la décision du Conseil pourrait aboutir, pour des raisons de délais, à un « hard Frexit », c'est-à-dire à une sortie brutale de l'Union européenne, sans aucune disposition transitoire ni mesure d'association à l'Union. Outre les conséquences politiques que cela aurait, sur le plan juridique on peut s'interroger sur le statut du Titre XV de la Constitution dans ce cas, et sur la Constitutionnalité de l'accord d'association avec l'Union. En effet, la France étant hors de l'Union, l'article 88-1 de la Constitution ne serait plus un obstacle à la ratification d'un accord d'association similaire à l'accord de sortie, sauf à considérer que l'article 88-1 impose à la France une réadhésion à l'Union. Outre ce cas, le « hard Frexit » permettrait alors la ratification du traité, faisant sauter la barrière constitutionnelle antérieure. C'est alors une violation ponctuelle du droit constitutionnel par la sortie sans révision qui permettrait cette ratification sans révision.

Notons pour finir que le Conseil constitutionnel pourrait aussi considérer que l'obligation posée par l'article 88-1 de la Constitution n'empêche pas une sortie de l'Union. Il resterait alors sur sa ligne jurisprudentielle initiée en 2004 en conservant une grande marge de manœuvre au pouvoir exécutif.

On le voit donc, le seul interprète authentique de l'article 88-1 de la Constitution à se prononcer de façon certaine dans le cadre d'une Frexit serait le pouvoir exécutif. En cas de cohabitation et d'absence d'accord sur la sortie, le Conseil d'État saisi de la notification s'attarderait peut-être sur les questions de compétence, mais sur le fond il considérerait très probablement qu'il s'agit d'un acte de gouvernement. À sa suite, si le Conseil européen et la Cour de justice étaient amenés à se prononcer, ce qui serait hautement improbable, ils suivraient très probablement l'avis de la juridiction interne. En l'absence de décision du Conseil d'État, il reste hasardeux d'imaginer un contrôle par les organes et juridictions de l'Union de la procédure constitutionnelle interne de la France, tant ce contrôle toucherait à la souveraineté de l'État, presque même à son identité. Pour finir, le Conseil constitutionnel pourrait se prononcer en faveur de la nécessité de réviser la Constitution, mais en raison du moment spécifique où il pourrait être amené à se prononcer, son interprétation pourrait être privée d'effets.

La sortie de la France de l'Union européenne pourrait donc très facilement intervenir sans révision constitutionnelle préalable. Le Conseil constitutionnel, organe le plus crédible pour exiger une telle révision, interviendrait à un moment de la procédure où la sortie serait définitive. Et même en imaginant la possibilité de retirer la notification de l'article 50 du TUE, le Conseil n'a pas le pouvoir de l'exiger. Politiquement, la révision serait probable, mais elle serait intrinsèquement tributaire des majorités parlementaires et populaires, ce qui, selon le contexte, la rendrait impossible en fait. Dans un tel cas, la Constitution resterait identique, le Titre XV devenant *de facto* caduque.

L'identification des interprètes authentiques aide donc à prévoir l'interprétation probable de l'article 88-1 de la Constitution. La sortie de la France de l'Union européenne ne semble alors pas sérieusement contestable par les différents interprètes qui interviennent à la suite du pouvoir exécutif, tant il s'agit d'une décision intrinsèquement politique et liée à la souveraineté. Si volonté politique il y a, Frexit il y aura, d'autant plus facilement que la révision constitutionnelle, si elle semble juridiquement possible, ne sera probablement pas exigée. Une telle sortie aurait des conséquences politiques, économiques et juridiques énormes. Rien que sur le plan du droit constitutionnel, elle entraînerait une modification constitutionnelle avec la caducité de certains articles, et nécessiterait plusieurs changements de jurisprudence du Conseil constitutionnel.

II Les conséquences du Frexit : entre adaptation constitutionnelle et changements jurisprudentiels

Si la France venait à sortir de l'Union européenne, la première conséquence évidente serait la fin de la validité en droit interne des normes issues de l'Union. Ainsi, le droit primaire et le droit dérivé cesseraient d'être applicable en France à la date de la sortie, et la CJUE n'aurait plus de compétence au regard de la France. Certaines dispositions Constitutionnelles seraient aussi affectées. Le titre XV, s'il n'était pas révisé, deviendrait évidemment caduque pour la majorité de ses dispositions. D'autres dispositions seraient également affectées (A). De même, les différentes jurisprudences relatives aux relations entre le droit de l'Union européenne et le droit interne se verraient affectées (B).

A – Le Frexit comme entraînant une relecture des dispositions constitutionnelles

La sortie de l'Union européenne n'entraîne donc pas nécessairement de révision de la Constitution. Si révision il y avait, le Constituant pourrait modifier toutes les dispositions relatives à l'Union européenne, afin de « purger » la Constitution du droit européen. Une telle révision serait d'ailleurs cohérente sur le plan politique avec le rejet de l'Union européenne. Cependant, n'étant pas nécessaire, une révision serait peut-être politiquement impossible, ou bien non souhaitée. Ainsi, certaines dispositions de la Constitution pourraient rester, et être alors sans objet, caduques. D'autres dispositions pourraient regagner une certaine importance politique.

Au premier titre de ces dispositions caduques l'on pourrait penser au Titre XV de la Constitution relatif à l'Union européenne. La France hors de l'Union, la majorité de ses dispositions serait sans objet. En effet, ces articles ne posent que des normes dont l'effet est conditionné à la participation à l'Union européenne. La majorité, car l'article 88-1 conserverait *a minima* un rôle de permission de réadhérer à l'Union tant qu'elle repose sur le traité de Lisbonne. Notons aussi le dernier alinéa de l'article 88-4 qui impose au sein de chaque assemblée une commission spécifique « *chargée des affaires européennes* ». En cas de sortie de l'Union, cette disposition resterait obligatoire, et imposerait donc toujours cette commission. Son intitulé étant cependant assez large, une telle commission pourrait se concentrer sur d'autres éléments relatifs à l'Europe de façon générale sans aller à l'encontre de l'obligation constitutionnelle.

Mais en dehors de ce titre XV, il faut également mentionner l'article 53-1 de la Constitution. Il dispose dans son premier alinéa que « *la République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées* ». Il ne s'agit donc que d'une simple habilitation, originellement introduite pour lever l'inconstitutionnalité de la ratification de la Convention de Schengen à cause de l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946.

Cet article ne vise pas spécifiquement l'Union européenne mais les « *États européens* », puisqu'il n'a pas été adopté dans le cadre de l'Union européenne mais des accords et de la convention de Schengen. Juridiquement, l'Espace Schengen est maintenant une partie intégrante du droit de l'Union européenne, et les États membres de l'Espace non membres de l'Union ont signé des accords d'association avec l'Union. Cela signifie que les traités Schengen originels (Accord de 1985 et Convention de 1990) sont juridiquement abrogés. Une sortie de l'Union signifierait donc, *de facto*, une sortie de Schengen. En tout état de cause, le lien éventuel entre la France et l'Union dans

ces domaines là serait réglé au sein de l'accord de sortie prévu par l'article 50 du TUE. Notamment, le règlement « Dublin III » cesserait de lier la France.

Puisque cet article ne pose qu'une simple habilitation, il ne perdrait pas son objet juridique. À la manière de l'article 88-1, il continuerait de poser une habilitation spécifique, ici dans le domaine du droit d'asile. Paradoxalement, cet article retrouverait même une partie de son utilité. En effet, l'inclusion des dispositions de Schengen dans le droit de l'Union européenne opérerait un changement de base constitutionnelle pour ces accords. Ils étaient alors couverts par l'article 88-1 de la Constitution³⁴. Une fois la France sortie de l'Union européenne, cet article retrouve donc une utilité pour les accords en matière d'asile avec les « *États européens*³⁵ ». Ainsi, leur constitutionnalité serait favorisée grâce à une disposition de principe.

Ici ce n'est pas l'objet de l'article qui est modifié, mais ses possibilités d'interprétations par rapports aux faits. Dans une perspective similaire, l'article 34 de la Constitution, en ce qu'il dispose que « *la loi fixe les règles concernant : [...] le régime d'émission de la monnaie* » pourrait voir son champ d'application étendu. Même avant l'entrée en circulation de l'Euro comme monnaie unique, cette disposition avait vu son champ d'application effectif réduit avec les politiques économiques et monétaires communes instituées par l'Union européenne. Ainsi la dévaluation de la monnaie était déjà impossible. Cependant, l'Euro et le rôle majeur de la Banque Centrale Européenne dans sa régulation ont diminué d'autant la marge de manœuvre du législateur. Dans ce contexte, la disposition pose tout de même un élément majeur : seul le législateur peut mettre en œuvre la politique monétaire, même si les dispositions édictées sont imposées par l'Union. Une sortie de l'Union, cependant, redonnerait toute latitude au législateur dans ce domaine.

Ce ne sont cependant pas ces changements qui seraient majeurs en cas de Frexit. La conséquence la plus importante, au niveau constitutionnel, serait le changement jurisprudentiel du Conseil constitutionnel dans son interprétation des dispositions de l'article 88-1 de la Constitution.

B – Le Conseil constitutionnel et l'article 88-1 : changement de circonstances et changement de jurisprudence.

En cas de Frexit, la jurisprudence du Conseil constitutionnel serait affectée. Si la Constitution était purgée de ses dispositions relatives à l'Union européenne, elles ne pourraient

34 On pourrait cependant arguer que l'article 53-1 permettrait de lever une inconstitutionnalité liée à l'identité constitutionnelle de la France (voir II-B).

35 Ce terme peut s'interpréter de plusieurs façons, et ainsi poser des problèmes à la marge, notamment en ce qui concernerait des États géographiquement aux frontières de l'Europe comme continent, tels que la Turquie ou la Russie.

évidemment plus servir de base aux décisions du Conseil. La jurisprudence serait alors modifiée, mais sous l'impulsion du constituant. Sans révision constitutionnelle, malgré la persistance de l'article 88-1 de la Constitution, le Conseil se verrait probablement également contraint politiquement de modifier sa jurisprudence.

La première modification évidente concerne aussi bien le Conseil constitutionnel que le Conseil d'État, et consiste en l'obligation de transposition des directives que tirent les deux conseils de l'article 88-1 de la Constitution. En effet, la France sortie de l'Union, l'obligation de transposer les directives ne pèse plus sur elle. Il est notable que si l'article 88-1 subsistait, les deux conseils seraient obligés d'opérer un changement d'interprétation de l'article. En effet, dans leur jurisprudence, l'obligation de transposition ne résulte pas de la participation de la France à l'Union, mais de l'article 88-1 lui-même. Plus précisément, le Conseil constitutionnel considère qu'il n'existe que ce fondement juridique, alors que pour le Conseil d'État il existe deux fondements redondants dont chacun seul emporte l'obligation de transposition : le droit de l'Union lui-même et l'article 88-1. En l'absence de révision de la Constitution, l'article 88-1, et donc le fondement de l'obligation de transposition, persisterait. Considérer que si la France est hors de l'Union l'obligation n'existe plus consiste en un changement de jurisprudence. Il semblerait toutefois pour le moins étonnant que les deux conseils continuent de tirer de l'article 88-1 de la Constitution une obligation de transposer les directives de l'Union après un Frexit. Cette jurisprudence serait donc vouée à disparaître. Évidemment, en cas de suppression de l'article 88-1, la suppression de l'obligation de transposition serait évidente et la question d'un changement de jurisprudence ne se poserait même pas.

En corollaire de la disparition de l'obligation de transposition des directives apparaît la disparition de la limite à cette obligation de transposition : l'identité constitutionnelle de la France³⁶. Cette jurisprudence est apparue en 2004 sous une forme légèrement différente, puis en 2006 sous sa forme actuelle, comme une limite à l'obligation de transposition des directives de l'Union, et en même temps que l'obligation elle-même. Sans entrer dans le détail de cette jurisprudence, on peut dire qu'elle visait à poser une limite de principe à l'obligation de transposition des directives de l'Union. Mais plus généralement, cette jurisprudence, par ailleurs récupérée par le droit de l'Union dans le traité de Lisbonne à l'article 4§2 du TUE, posait une limite de principe à la primauté du droit de l'Union sur le droit constitutionnel interne. Pour le Conseil constitutionnel, s'il existe une

36 Sur cette notion, voir not. Laurence Burgorgue-Larsen (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Cahiers européens n° 1, Paris, Ed. Pedone, 2011, 168 pages ; Jean-Philippe Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne. Étude comparée : Allemagne, France, Italie*, LGDJ, 2015, 626 pages ; François-Xavier Millet, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Paris, LGDJ, 2013, 365 pages ; Thierry De Montbrial, Sabine Jansen (dir.), *L'identité de la France et de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 128 pages.

habilitation générale de participation à l'Union posée par l'article 88-1 de la Constitution, cette habilitation n'est pas suffisante lorsque le droit de l'Union met en cause un principe essentiel de la Constitution. C'est dans ce cas le constituant qui doit expressément se prononcer dans une révision s'il souhaite que la France applique la norme de l'Union, en dérogeant dans une révision au principe fondant l'identité. Si la jurisprudence s'est développée autour des directives, c'est seulement parce que le Conseil constitutionnel n'est amené à se prononcer sur la conformité du droit de l'Union à la Constitution que dans le contexte de la transposition des directives. En effet, dans le cadre de la ratification de nouveaux traités, évoquer l'identité constitutionnelle est sans objet, puisque le Conseil ne contrôle pas le droit de l'Union par rapport à la Constitution mais le futur et éventuel droit de l'Union par rapport à celle-ci.

Le concept d'identité constitutionnelle peut subsister à une sortie de l'Union, mais son utilité pratique disparaît. En effet, le droit de l'Union semble être la seule forme d'intégration dont la structure rende utile ce type de limites. Un Frexit entraînerait donc en toute probabilité et la disparition de cette jurisprudence.

Ce n'est cependant pas le seul effet qu'aurait la suppression de l'obligation de transposition des directives. Les lois de transpositions ne bénéficieraient dans ce cas plus de l'écran constitutionnel que constitue la directive transposée, et ces lois pourraient alors être soumises à un contrôle de constitutionnalité plein et entier par la voie de la QPC. En effet, dans sa décision Kamel D. n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010 le Conseil avait considéré « *qu'en l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour contrôler la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne* ». Le Conseil conditionne ainsi les QPC à l'encontre des lois de transposition de directives à la violation de l'identité constitutionnelle de la France. Une sortie de l'Union européenne ouvrirait donc le stock des QPC possibles. Les lois de transposition jamais déférées pourraient alors l'être, et celles contrôlées uniquement par rapport à la violation des principes inhérents à l'identité constitutionnelle pourraient l'être à nouveau, la sortie consistant en un changement de circonstance au sens de l'article 23-2 de l'ordonnance organique de 1958 *portant loi organique sur le Conseil constitutionnel*. Elles ne pourraient néanmoins l'être que par rapport à des questions de droits et libertés que la Constitution garantit, mais cette limite ne semble pas rédhibitoire à un renouveau du contentieux.

Présenter les inconstitutionnalités potentielles des lois de transposition des directives qui seraient alors possibles de contester semble un travail complexe, et qui mériterait une étude

contentieuse séparée. Il faudrait analyser chaque disposition de chaque loi de transposition pour évaluer les arguments d'inconstitutionnalité possibles, à la lumière de la jurisprudence du Conseil. Même en ce qui concerne les lois de transposition que le Conseil a contrôlé, le travail n'est pas plus facile. En effet, dans la mesure où le Conseil constitutionnel se contente de refuser le contrôle, aucun indice quant à une éventuelle inconstitutionnalité n'est décelable. En tout état de cause, cette jurisprudence est peu fournie, puisque dès 2010 le Conseil avait précisé qu'il considérait que l'obligation de transposition des directives « ne relève pas des "droits et libertés que la Constitution garantit" et ne saurait, par suite, être invoqué dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité³⁷ ». Les QPC étaient donc exclues sur les lois de transposition.

Dans les décisions *a priori*, seules quatre décisions montrent un refus de contrôle du Conseil d'une loi par rapport aux droits et libertés constitutionnels³⁸. Dans tous les autres cas où l'article 88-1 était invoqué, il l'était par les saisissants dans le but de contrôler la loi de transposition par rapport à la directive transposée uniquement. Le Conseil ne se prononçait alors que sur ce point, soit contrôlant effectivement la loi par rapport à la directive, soit refusant d'opérer ce contrôle si la loi n'avait pas pour objet de transposer de la directive. Cette jurisprudence stricte a cependant verrouillé les QPC contre les lois de transposition, et un Frexit supprimerait ce verrou.

Un autre effet, peut être assez imprédictible quantitativement, pourrait également s'observer sur la QPC. Dans le contentieux des droits fondamentaux, le justiciable dispose de plusieurs moyens invocables de façon concurrente. Il peut soulever une QPC, soulever une incompatibilité entre le droit national et le droit de l'Union européenne au besoin jusqu'en soulevant une question préjudicielle, ou enfin soulever une incompatibilité générale avec le droit international des droits de l'Homme, en général avec la Convention européenne des droits de l'Homme. Dans l'hypothèse d'un Frexit, le deuxième voie évoquée ici disparaît. Certes l'invocabilité du droit de l'Union et notamment de sa charte des droits fondamentaux n'est possible que dans le champ du droit de l'Union, ce qui est restreint par rapport au domaine général du reste du droit international. Le mécanisme de la question préjudicielle à la CJUE bénéficie cependant d'un attrait supplémentaire pour le justiciable. Dans la mesure où la grande majorité des droits fondamentaux protégés au niveau de l'Union, au niveau national et au niveau de droit international général sont similaires, un Frexit pourrait voir se reporter sur la QPC une partie des recours qui étaient fondés

37 Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010 *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 19.

38 Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* ; Décision n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004 *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle* ; Décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004 *Loi relative à la bioéthique* ; Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*.

sur le droit de l'Union, l'autre partie se reportant en toute probabilité sur l'invocation de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Ces évolutions ne seraient cependant pas les plus importantes que causerait un Frexit. Certes, la QPC pourrait s'ouvrir contre les lois de transpositions de directives, qui bénéficiaient jusque-là d'un écran contre les droits et libertés que la Constitution garantit. Mais même en dehors des aspects politiques et économiques, c'est par le prisme des juridictions administratives et judiciaires que l'évolution de l'ordre juridique serait le plus important, avec la disparition de l'application du droit de l'Union, et donc des directives non transposées et des règlements. Le droit constitutionnel serait modifié à la marge, mais c'est le reste du système juridique qui serait quantitativement touché par une sortie de l'Union européenne.