



HAL
open science

Souveraineté, identité, et Europe: autour des articles 1, 2 et 3 de la Constitution. De l'échec d'une formalisation d'une souveraineté interne à une reconnaissance inévitable d'une souveraineté internationale de l'Etat

Xavier Magnon

► **To cite this version:**

Xavier Magnon. Souveraineté, identité, et Europe: autour des articles 1, 2 et 3 de la Constitution. De l'échec d'une formalisation d'une souveraineté interne à une reconnaissance inévitable d'une souveraineté internationale de l'Etat . La Constitution européenne de la France, 2017. hal-01725289

HAL Id: hal-01725289

<https://hal.science/hal-01725289>

Submitted on 7 Mar 2018

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

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

Souveraineté, identité, et Europe : autour des articles 1, 2 et 3 de la Constitution

De l'échec d'une formalisation d'une souveraineté interne à une reconnaissance inévitable d'une souveraineté internationale de l'Etat

Xavier MAGNON

Professeur de droit public

Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

Après avoir posé dans son article 1^{er} les caractéristiques générales de la République française, la Constitution du 4 octobre 1958 consacre son titre premier à la souveraineté. Des trois articles que celui-ci contient, le contenu donné à cette notion semble pour le moins réduit : l'article 2 s'intéresse à la langue et aux symboles de La République ; l'article 3 au titulaire de la souveraineté dans l'Etat et l'article 4 aux instruments institutionnels de la démocratie, à savoir les partis politiques. Ce dernier article apparaît d'ailleurs comme relativement hors de propos sous un titre relatif à la souveraineté. Au regard de la multitude de sens susceptibles d'être retenus du terme souveraineté, que celle-ci désigne une puissance suprême de l'Etat, les compétences dont celui-ci dispose, ou les titulaires du pouvoir dans l'Etat, selon la définition lexicale proposée par Carré de Malberg¹, qu'elle soit interne ou externe² ou qu'elle soit une qualité qui lui soit reconnue par le droit international public, nous parlerons alors de souveraineté internationale, le titre 1^{er} de la Constitution étonne. La souveraineté dans la Constitution renvoie au symbolisme étatique, au titulaire du pouvoir dans l'Etat et aux partis politiques. La dimension symbolique n'est pas pour autant anecdotique. L'inscription de la langue française dans la Constitution est consécutive à la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, nécessaire à la ratification du traité de Maastricht à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 9 avril 1992³. Elle marque précisément une dimension identitaire face au développement de l'intégration européenne. Les objectifs poursuivis par le pouvoir de révision constitutionnelle étaient double : « la volonté de défendre la langue française à l'échelle européenne, le souhait de promouvoir, à travers la francophonie, une autre forme de solidarité entre les peuples »⁴.

La souveraineté est toutefois à rechercher ailleurs dans la Constitution. Elle est d'abord une condition ontologique de la qualité d'Etat et, à ce titre, elle n'a pas à être affirmée de manière

¹ 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, souligné par nous.

² La souveraineté s'affirme aussi bien à l'intérieur de l'Etat qu'à l'extérieur de celui-ci, on parlera dans le premier cas de *souveraineté interne* et dans l'autre de *souveraineté externe*. La souveraineté interne recouvre l'hypothèse dans laquelle le pouvoir « n'a point d'égaux mais seulement des subordonnés » selon la formule du doyen Vedel (G. Vedel, « Les racines de la querelle constitutionnelle sur l'élection du Parlement européen », *Pouvoirs*, n° 2, 1977, p. 27)². L'Etat dispose ainsi d'un pouvoir qui s'impose à tous, aussi bien aux individus qu'aux groupements ou collectivités infra-étatiques. Il s'agit de la formulation positive de la souveraineté selon Carré de Malberg. La souveraineté externe tend à affirmer la puissance de l'Etat vis à vis de l'extérieur. En ce sens, elle est « un pouvoir qui ne peut être lié que de son propre consentement » (*ibid.*).

³ CC, n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*.

⁴ Voir en ce sens : R. Debbasch, « La reconnaissance constitutionnelle de la langue française », *RFDC*, 11, 1992, p. 462.

explicite par la Constitution, elle est consubstantielle à la qualité d'Etat et elle lui est reconnue, même si déjà ici l'on s'inscrit dans une certaine conception du droit, par le droit international⁵. La souveraineté est alors extérieure à l'Etat car, juridiquement, il s'agit d'une qualité qui lui est conférée par l'ordre juridique international et donc d'une *souveraineté internationale* du fait de son fondement⁶. Cette dimension n'est pas pour autant totalement absente de la Constitution, mais elle apparaît en dehors du titre 1^{er} de la Constitution.

D'une part, les alinéas 14 et 15 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 témoignent de l'ouverture de la France au droit international. Le premier marque le respect par la République des « règles du droit public international » et donc en particulier de la coutume internationale ; le second, l'ouverture aux organisations internationales relatives « à l'organisation et à la défense de la paix », en consentant, à cette fin, aux « limitations de souveraineté » qui y sont nécessaires. La France est un Etat au sein de l'ordre juridique international : il respecte les règles du droit international public et conclut des traités susceptibles de limiter sa souveraineté. En outre, le titre VI de la Constitution, *Des traités et accords internationaux*, doit être ajouté. En termes de compétences, l'article 52 de la Constitution, qui prévoit notamment que le Président de la République négocie et ratifie les traités, et l'article 53 du même texte, qui précise les cas dans lesquels une autorisation de ratification parlementaire est exigée, inscrivent également la France en tant qu'Etat au sein de la communauté internationale. Enfin, sans anticiper sur une question qui sera abordée ailleurs dans l'ouvrage, les articles 54 et 55 de la Constitution témoignent de l'ouverture internationale de la France.

D'autre part, et de manière plus spécifique, il existe une « Constitution européenne », limitée cependant à l'Union européenne, dans le titre XV de la Constitution française. L'article 88-1 pose le principe de la participation de la France à cette organisation d'intégration quand les autres articles ont, soit permis d'adapter la Constitution en vue de la ratification de traités européens dont certaines des stipulations avaient été déclarées contraires à la Constitution par le Conseil

⁵ Il est nécessaire ici de noter que, selon une approche normativiste et formelle du droit, les rapports Etat/ordre juridique international sont, d'un point de vue théorique, les mêmes qu'entre l'Etat et les ordres juridiques européens, de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme, ces derniers n'étant que des ordres juridiques partiels de l'ordre juridique international. Aussi sera-t-il souvent question de droit international, au sein duquel nous intégrons les droits européens. Selon cette même perspective, le droit de l'Union, comme celui d'ailleurs de la Convention européenne des droits de l'homme, ne présentent de spécificité vis-à-vis de l'ordre juridique international que technique dans le sens où ils présentent un degré de décentralisation dynamique et statique beaucoup plus fort que l'ordre juridique international au point, du moins pour le droit de l'Union, que l'ordre juridique qu'il constitue est proche, techniquement, d'un ordre juridique étatique.

⁶ Cette lecture est une conséquence d'une approche moniste internationaliste des rapports entre l'ordre juridique international et les ordres juridiques internes.

Elle se rapproche ainsi de l'approche kelsénienne de la souveraineté selon laquelle « l'Etat n'est dit souverain que de façon toute relative, dans la mesure où en dehors de l'ordre juridique international, aucun ordre n'est supérieur à l'ordre juridique étatique : l'Etat n'est directement soumis qu'au seul droit international » (H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, 1945, traduit par B. Laroche et V. Faure, Bruyant-LGDJ, 1997, p. 430, souligné par nous).

Elle s'inscrit également dans la lecture qu'en fait George Scelle qui préfère l'expression de « compétence discrétionnaire » ou de « compétence exclusive » (G. Scelle, *Manuel élémentaire de droit international public*, Les éditions Domat-Montchrestien, 1943, p. 77. Selon lui, la souveraineté est forcément absolue : soit elle est ; soit elle n'est pas. En conséquence, « si elle est limitée ; elle ne subsiste qu'à l'état résiduel, dans les cas de compétence discrétionnaire » (*ibid.*).

constitutionnel ou jugées contraires à ce même texte par le Conseil d'Etat, soit qui relèvent du libre choix du pouvoir de révision constitutionnelle. Plus ponctuellement encore, deux dispositions constitutionnelles, les articles 53-1 et 53-2 de la Constitution, témoignent d'une révision constitutionnelle consécutive à une déclaration d'inconstitutionnalité de deux engagements internationaux particuliers : les accords de Schengen et le statut de Rome de la Cour pénale internationale.

Ainsi, la souveraineté internationale de l'Etat, c'est-à-dire la dimension extérieure de cette notion, est en dehors du titre de la Constitution relatif à la souveraineté, qui ne l'intègre qu'au regard de ceux qui en sont titulaires. Autrement dit, la Constitution française consacre une ouverture forte à l'ordre juridique international et européen, plutôt qu'une résistance à cet ordre juridique. D'un point de vue quantitatif, la souveraineté dont il est question dans la Constitution est la souveraineté internationale de l'Etat qui, loin de l'éloigner ou de l'isoler vis-à-vis de l'ordre juridique international, l'intègre dans cet ordre, en faisant de l'Etat un acteur de la scène internationale.

Cette lecture favorable au droit international et européen des dispositions constitutionnelles relatives doit toutefois être combinée avec l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux prévu par l'article 54 de la Constitution et exercé par le Conseil constitutionnel. Ce contrôle peut certes être jugé comme étant neutre et même favorable aux engagements internationaux. Il est un contrôle *a priori* des engagements internationaux, avant la ratification par la France mais après la signature, alors que les contraintes internationales pesant sur l'Etat au cours de cette période sont faibles⁷, et il permet d'adapter la Constitution aux exigences d'engagements internationaux, en neutralisant ainsi tout conflit normatif ultérieur. Il n'en reste pas moins que ce contrôle met en lumière des conflits qui, s'ils n'en sont pas moins potentiels, l'engagement international contrôlé n'est pas encore en vigueur, demeurent des conflits, entre les engagements internationaux et la Constitution. Est ainsi formalisée une dimension conflictuelle des rapports entre les ordres juridiques qu'il appartient au pouvoir politique d'arbitrer, lorsque des stipulations d'un engagement international ont été déclarées contraires à la Constitution par le Conseil constitutionnel, soit en refusant de ratifier cet engagement, soit en initiant la mise en œuvre d'une procédure de révision constitutionnelle. C'est dans ce conflit qu'apparaît une expression prétorienne de la souveraineté à travers l'expression, construite par le Conseil constitutionnel, des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Ce n'est plus ici la souveraineté internationale de l'Etat, mais bien son volet interne dont il est question, c'est-à-dire la souveraineté dans les trois sens classiques qui lui sont reconnus et, en particulier et de manière décisive, en tant qu'expression d'une puissance suprême. Cette dimension est d'autant significative qu'une révision de la Constitution, expression

⁷ En vertu de l'article 18 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 : « Un Etat doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but :

a) Lorsqu'il a signé le traité (...) tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité ».

normative formellement la plus élevée dans l'ordre juridique, est susceptible de lever l'obstacle à l'inconstitutionnalité constatée sur ce motif.

De plus, et il est bien ici question de conflit normatif, le contrôle de constitutionnalité intervenant *a posteriori* pour les directives de l'Union, la mise en évidence des règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France⁸, même si l'on ne saurait contester la filiation de l'expression avec celle contenue dans l'article 4 § 3 du Traité sur l'Union européenne, comme obstacle à l'obligation constitutionnelle de transposition des directives européennes, tirée de l'article 88-1 de la Constitution, et donc comme étant indirectement opposables aux directives, est tout aussi caractéristique d'une résistance constitutionnelle au droit de l'Union. Il est bien question ici d'une formalisation jurisprudentielle des *contrelimites*⁹ au droit de l'Union européenne.

Autrement dit, face à la neutralité constitutionnelle dispositionnelle, c'est-à-dire des dispositions constitutionnelles textuelles, et même favorable à l'ordre juridique international et européen, le Conseil constitutionnel a développé des concepts conflictuels de résistance constitutionnelle. Non sans un certain paradoxe, parce que l'appréhension doctrinale du droit constitutionnel est avant tout jurisprudentielle, la dimension « jurisprudentiellement » visible de la *souveraineté* est *interne* et apparaît comme une souveraineté de résistance quand la dimension dispositionnelle « masquée » est une *souveraineté internationale*, simple expression de la qualité étatique de la France en vertu de l'ordre juridique international et qui renvoie à l'aménagement procédural interne des modalités de participation de celle-là à celui-ci. Toutefois, en substance, derrière une dynamique de préservation de la Constitution et de la souveraineté interne avec le contrôle de constitutionnalité du droit international et européen se révèle une transformation profonde de la souveraineté de l'Etat consécutive au processus d'intégration européen. Ainsi, face au *visible*, à savoir *la persistance de la souveraineté interne* (§ I), doit être mise à jour un mouvement plus profond, *invisible*, aboutissant à un changement de nature de la souveraineté, cette dernière devenant une souveraineté déléguée, ce qui marque une simple *subsistance de la souveraineté internationale* (§ II). L'affichage d'une souveraineté de l'Etat en tant que puissance suprême masque mal une conception de la souveraineté qui n'apparaît que comme une qualité attribuée de l'extérieur par l'ordre juridique international. La thèse défendue consiste donc à montrer que la souveraineté interne de l'Etat n'est pas un concept opératoire permettant de guider, du point de vue interne, les rapports entre le droit interne et le droit international et européen ; seule la souveraineté internationale permettant d'expliquer de manière satisfaisante ces rapports.

§ I – Le visible : la persistance de la souveraineté interne

⁸ CC, n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 19.

⁹ Expression que l'on doit à la doctrine italienne, l'expression de « *controlimitazioni* » a été utilisée pour la première fois par P. Barile (« *Il cammino comunitario della Corte* », *Giur. Cost.*, 1973, p. 2416), qui formalise les limites internes au droit européen. Si le droit de l'Union constitue une *limite* à la souveraineté de l'Etat, celle-ci peut réapparaître en tant que *contre-limite* au droit de l'Union européenne. En Italie, aux limitations de souveraineté seraient ainsi opposables des « contrelimites » tirées du respect des principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel et des droits inaliénables de la personne humaine.

Il est pour le moins difficile de nier les expressions de la souveraineté telles qu'elles apparaissent dans l'usage de l'article 54 de la Constitution pour les pouvoirs publics. En dégagant, un seuil d'inconstitutionnalité des engagements internationaux par l'intermédiaire des « atteintes aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté », le Conseil constitutionnel s'est montré défenseur de la souveraineté dans ses différentes expressions (A). A chaque constat d'une atteinte, le pouvoir de révision constitutionnelle a préservé sa compétence en intervenant de manière explicite pour lever l'obstacle constitutionnel à la ratification identifié par le Conseil constitutionnel. L'essentiel est sauf : le pouvoir de révision constitutionnelle garde le dernier mot. Il maîtrise les atteintes à la souveraineté (B).

A – La défense de la souveraineté par le Conseil constitutionnel

Là où la Constitution n'envisage de manière explicite que la souveraineté interne sous l'angle de son titulaire et la souveraineté internationale de l'Etat, le Conseil constitutionnel dégage un standard général d'appréciation de la souveraineté par le prisme des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », formule apparue dans la décision du 19 juin 1970, portant sur la conformité à la Constitution de différents traités communautaires¹⁰. La jurisprudence qu'il a construite témoigne d'une vigilance significative dans la volonté de préserver les différentes manifestations de la souveraineté dans les trois sens mise en évidence par Carré de Malberg¹¹ et, en particulier, dans le sens premier, de puissance suprême, caractéristique de ce que nous avons qualifié de souveraineté interne. Sans être exhaustif sur les différents cas dans lesquels le juge constitutionnel s'est prononcé, il est toutefois possible d'illustrer la protection de la souveraineté par le juge constitutionnel¹².

L'on sait que celui-ci apprécie, en cas de transfert de compétences à une organisation internationale, l'atteinte « aux conditions essentielles... » en fonction de « la *nature* de la compétence et l'*étendue* de l'abandon consenti », ainsi que « des *modalités* du dessaisissement de

¹⁰ CC, n° 70-39 DC, 19 juin 1970, *Traités des Communautés européennes*, cons. 9.

¹¹ Voir *supra*, note n° 1.

¹² Nous ne reviendrons pas ici sur des débats qui n'ont plus lieu d'être aujourd'hui et en particulier sur la distinction entre transferts et limitations de souveraineté et sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, éphémère, qui a entendu expliciter le contenu des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, voir sur ces questions : *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italien*, Thèse de doctorat, Faculté de droit d'Aix-en-Provence, 30 novembre 2002, respectivement pp. 611 et s., § 659 et s. et pp. 617-618, § 667.

Sur le second point, Dans la décision du 22 mai 1985, *Protocole n° 6*, le Conseil a jugé que l'engagement international qui lui était déféré n'était pas « incompatible avec le devoir pour l'Etat d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la Nation et la garantie des droits et libertés des citoyens » et que, « dès lors », il ne portait pas « atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » (CC, n° 85-188 DC, 22 mai 1985, *Protocole n° 6*, respectivement cons. 2 et 3). Cette formule a été interprétée comme érigeant les critères d'appréciation de l'atteinte « aux conditions essentielles... ». Cette analyse a été confirmée par la décision du 25 juillet 1991, *Accord de Schengen*, dans la mesure où la décision du Conseil constitutionnel reprend formellement, pour apprécier la conformité du traité examiné aux « conditions essentielles... », chacune des trois composantes énoncées en 1985 (CC, n° 91-294 DC, 25 juillet 1991, *Accord de Schengen*, cons. 9 à 18), même si certains ont pu noter que le Conseil ne faisait de cette manière que reprendre la structure de la lettre de saisine qui lui était adressée. Cette présentation ne revêt plus aujourd'hui qu'un intérêt historique, la décision du 9 avril 1992, *Maastricht I*, l'ayant abandonné (n° 92-308 DC).

compétences »¹³. A l'évidence, la souveraineté est envisagée en tant que *compétence*. De plus, en elle-même, cette appréciation marque dans cette triple dimension l'atteinte à la souveraineté de l'Etat en tant que *puissance suprême*. La puissance suprême de l'Etat est d'autant plus affectée que la nature de la compétence transférée relève, par exemple, du domaine régalien de l'Etat, que l'étendue du transfert est importante et *a fortiori* total, et que les modalités de dessaisissement conduisent à une perte totale de la capacité de l'Etat, au sein même de l'organisation internationale en question et de ses organes de décision, de participer à l'exercice de cette compétence. Il est d'ailleurs tout à fait significatif que, dans la décision du 9 avril 1992, à propos de l'Union économique et monétaire, le Conseil constitutionnel relève que « la mise en œuvre d'une politique monétaire et d'une politique de change uniques suivant des *modalités* telles qu'un Etat membre se trouvera *privé de compétences propres* dans un *domaine* où sont en cause les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »¹⁴. Il est ici question d'une compétence régaliennne de l'Etat, la monnaie, l'Etat perdant à la fois sa monnaie nationale et toute maîtrise sur la politique monétaire à venir et donc sur la future monnaie.

Le premier sens du terme souveraineté est encore présent au moment d'examiner, en 1992, le droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires aux élections du Parlement européen, de manière négative. La reconnaissance de ce droit est censée ne pas heurter le droit de vote réservé par l'article 3 de la Constitution aux nationaux dans la mesure où le Parlement européen « n'appartient pas à l'ordre institutionnel de la République française ». Autrement dit, le droit de vote n'est réservé aux nationaux que pour la désignation des institutions qui relèvent de l'ordre institutionnel français. Le considérant de principe du Conseil mérite d'être reproduit dans son ensemble : « le traité sur l'Union européenne, n'a pas pour conséquence de modifier la nature juridique du Parlement européen ; que ce dernier ne constitue pas une assemblée souveraine dotée d'une compétence générale et qui aurait vocation à concourir à l'exercice de la souveraineté nationale ; que le Parlement européen appartient à un ordre juridique propre qui, bien que se trouvant intégré au système juridique des différents Etats membres des Communautés, n'appartient pas à l'ordre institutionnel de la République française »¹⁵. La souveraineté de l'Etat, en tant que puissance suprême, n'est pas affectée par le Parlement européen. Ce dernier n'est ni une assemblée souveraine dotée d'une compétence générale – faut-il voir dans cette indication une référence à un critère d'identification d'un éventuel Etat fédéral européen futur ? -, ni une assemblée contribuant à exercer la souveraineté nationale. La souveraineté interne est d'autant plus préservée que, de manière négative, il n'existe pas de souveraineté concurrente.

C'est d'ailleurs toujours à propos du droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires, mais pour les élections municipales, qu'il est possible d'identifier une atteinte à

¹³ Voir pour une synthèse en ce sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel : 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.

¹⁴ CC, n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, cons. 43 (souligné par nous).

¹⁵ *Loc. cit.*, cons. 34.

la souveraineté en son sens trois, de titulaire du pouvoir. Dans la décision du 9 avril 1992¹⁶, *Maastricht I*, ce n'est pas le seul article 3 de la Constitution qui conduit à une censure de la reconnaissance de ce droit par le traité de Maastricht mais les articles 24 et 72 de la Constitution qui font que le Sénat assure la représentation des collectivités territoriales. La reconnaissance de ce droit de vote et d'éligibilité fait ainsi entrer des étrangers dans le corps électoral susceptible de désigner les sénateurs : les titulaires du pouvoir seraient donc désignés par des étrangers. Il faut voir ici le titulaire national du pouvoir dépossédé de son exercice du fait de l'intrusion dans le corps électoral de non nationaux.

En outre, la concrétisation du premier sens du terme de souveraineté est également marquée par l'affirmation de la primauté de la Constitution sur le droit de l'Union européenne, même si une telle affirmation est totalement indépendante des « conditions essentielles... ». Si le fondement du droit de l'Union européenne est à rechercher dans la Constitution, et non pas dans l'ordre juridique international avec le principe *pacta sunt servanda* ou dans les traités européens eux-mêmes, c'est bien de la seconde que dépend le premier : dans l'ordre interne, la Constitution prime sur le droit de l'Union européenne. Sans doute, déjà, reconnaître le fondement de la primauté des traités internationaux dans l'article 55 de la Constitution augurait d'une telle lecture, dès la décision du 15 janvier 1975, *IVG*¹⁷. Il faudra toutefois attendre beaucoup plus longtemps pour que cette primauté soit reconnue d'abord de manière implicite, en 2004, le Conseil constitutionnel se reconnaissant compétent pour contrôler sous certaines conditions et selon des modalités spécifiques la constitutionnalité de directives¹⁸, puis de manière explicite, la primauté du droit de l'Union reconnue par le traité établissant une Constitution étant subordonnée à la Constitution¹⁹, pour intégrer aujourd'hui, depuis 2007, cette primauté dans le considérant de principe consacré aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité *a priori* des traités européens : il est désormais fait référence à « la place de la Constitution au sommet de l'ordre juridique interne »²⁰.

Le Conseil constitutionnel dispose ainsi, grâce au standard des « conditions essentielles... », d'un outil efficace pour mettre en évidence toutes les atteintes potentielles à la souveraineté susceptibles d'être identifiées dans un engagement international. Conformément à l'équilibre du contrôle, tel qu'il est organisé par l'article 54 de la Constitution, la formalisation de ces atteintes à la souveraineté par le Conseil constitutionnel renvoie en second lieu à l'intervention du pouvoir de révision constitutionnelle pour lever l'obstacle constitutionnel ainsi identifié.

B – La maîtrise des atteintes à la souveraineté par le pouvoir de révision constitutionnelle

¹⁶ *Loc. cit.*, cons. 21 et s.

¹⁷ CC, n° 74-54-DC, 15 janvier 1975, *IVG*.

¹⁸ En posant le principe d'un contrôle de constitutionnalité indirect des directives communautaires : CC, 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, cons. 7.

¹⁹ CC, n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 13.

²⁰ CC, n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne*, cons. 8.

La formule du Conseil constitutionnel est sans équivoque, à défaut d'être correctement formulée : « le pouvoir constituant – lire « le pouvoir de révision constitutionnelle » - est souverain »²¹. Elle est précisément contenue dans la décision du 23 avril 1992, *Maastricht II*, alors que le pouvoir de révision constitutionnelle a introduit un nouveau titre dans la Constitution, consacré à l'Union et aux Communautés européennes, afin de lever l'obstacle constitutionnel à la ratification du traité de Maastricht précédemment constaté par la décision du 9 avril 1992. Cette souveraineté passe par les interventions du pouvoir de révision constitutionnelle pour adapter la Constitution afin de permettre le développement de la construction européenne. Le pouvoir de révision est souverain car c'est lui qui décide d'autoriser la ratification d'engagements internationaux dont la contrariété à la Constitution a été préalablement identifiée par le Conseil constitutionnel.

L'évolution du processus d'intégration européenne a été marquée par l'intervention du pouvoir de révision constitutionnelle qui a autant accompagné le processus qu'il en a juridiquement permis de produire les pleins effets dans l'ordre juridique interne. Sans doute la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, consécutive à la décision du Conseil constitutionnel du 9 avril 1992 sur le Traité de Maastricht, constitue-t-elle une étape majeure dans ce processus. Déjà, elle marque la première intervention explicite du pouvoir de révision constitutionnelle pour autoriser la ratification d'un engagement international dont les stipulations ont été déclarées contraires à la Constitution par le Conseil constitutionnel. Il s'agit donc d'une première révision permettant, en substance, à un engagement international de déroger à la Constitution. Sur la forme en effet, le choix du pouvoir de révision constitutionnelle, pour cette révision comme pour celles ultérieures, a toujours été le même : ce ne sont pas les dispositions constitutionnelles directement méconnues par l'engagement international contrôlé qui ont été modifiées, mais des dispositions constitutionnelles spécifiques, dérogoires aux premières, ont été intégrées dans le texte constitutionnel. Cette démarche tend moins à adapter les dispositions constitutionnelles internes aux exigences tirées d'engagements internationaux que d'introduire des dispositions constitutionnelles dérogoires à portée externe dans la Constitution.

La Constitution européenne de la France qui en résulte, c'est-à-dire une Constitution française adaptée à l'intégration européenne, est d'autant plus visible à l'issue de cette première révision que, désormais, il existe un titre XIV dans la Constitution, intitulé « Des Communautés européennes et de l'Union européenne », dont le premier article, l'article 88-1 de la Constitution, inscrit dans le texte constitutionnel le principe de la participation de la France à ces organisations internationales régionales. En substance, la révision est encore significative au regard de l'ampleur des renoncements à la souveraineté, qu'il s'agisse de la participation à l'Union économique et monétaire et donc à l'abandon de la monnaie nationale, ou à la reconnaissance du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales des ressortissants communautaires et donc à l'attribution de droits politiques au profit d'étrangers. L'ajout, dans ce qui était alors le premier alinéa de l'article

²¹ CC, n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Maastricht II*, cons. 19.

2 de la Constitution, de ce que la langue de la République est le français, est, on l'a vu, d'un point de vue symbolique, la marque d'une réaction à l'ampleur de l'atteinte à la souveraineté.

Six révisions constitutionnelles interviendront encore, soit suite à une déclaration d'inconstitutionnalité d'un engagement international²² (révisions constitutionnelles du 25 janvier 1999, *Traité d'Amsterdam*, du 1^{er} mars 2005, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, 25 janvier 1999, *Dispositions permettant de ratifier le Traité d'Amsterdam* et du 4 février 2008, *modifiant le titre XV de la Constitution*) ou d'une loi d'application d'un tel engagement (révision constitutionnelle du 25 novembre 1993, *Droit d'asile*²³), soit, de manière plus originale, après un avis du Conseil d'Etat dans le même sens à propos d'un acte de droit dérivé (révision constitutionnelle du 25 mars 2003, *Mandat d'arrêt européen*)²⁴. Chaque évolution significative formalisée par un traité de la construction européenne, à l'exception du Traité de Nice, a ainsi fait l'objet d'une censure du juge constitutionnel et d'une intervention du pouvoir de révision constitutionnelle consécutive pour lever l'obstacle constitutionnel, quand ce n'est pas le droit dérivé lui-même qui a conduit à une telle révision. La construction européenne demeure maîtrisée par le pouvoir de révision qui intervient, à chaque fois que cela est nécessaire, pour adapter la Constitution française à l'Europe.

En l'état du droit positif constitutionnel, le bilan européen synthétisé dans ce qui est aujourd'hui le titre XV de la Constitution, « De l'Union européenne », est marqué par la reconnaissance de la participation de la France à l'Union européenne (art. 88-1 C.), par l'affirmation d'une compétence spéciale au profit du législateur national de fixer les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application du droit de l'Union (art. 88-2 C.), par la reconnaissance du droit de vote et d'éligibilité des ressortissants de l'Union européenne aux élections municipales (art. 88-3 C.), par une explicitation des modalités d'information du Parlement sur l'adoption d'actes européens et sa compétence pour adopter des résolutions sur ces actes (art. 88-4 C., qui formalise dans la Constitution un droit d'information des parlements nationaux reconnu par l'article 2 du protocole n° 1 sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne), par une explicitation de la procédure nationale permettant au Parlement de contrôler le respect du principe de subsidiarité au niveau européen (art. 88-6 C., participation des Parlements nationaux

²² Les décisions concernées sont les suivantes : CC, n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I* ; n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, *Traité d'Amsterdam* ; n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* ; n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne*. Elles ont respectivement donné lieu aux révisions constitutionnelles suivantes : Loi constitutionnelle n° 92-554, du 25 juin 1992, *Dispositions permettant de ratifier le Traité de Maastricht* ; loi constitutionnelle n° 99-49 du 25 janvier 1999, *Dispositions permettant de ratifier le Traité d'Amsterdam* ; loi constitutionnelle n° 2005-204, 1^{er} mars 2005, *modifiant le titre XV de la Constitution* ; loi constitutionnelle n° 2008-103, 4 février 2008, *modifiant le titre XV de la Constitution*.

²³ L'accord de Schengen n'est toutefois entré dans le domaine communautaire qu'après cette date, en 1997, avec le traité d'Amsterdam. Il fait depuis partie de l'acquis communautaire.

La loi constitutionnelle n° 93-1256, 25 novembre 1993, *relative aux accords internationaux en matière de droit d'asile*, est intervenue suite à la décision du Conseil constitutionnel : CC, n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, voir en particulier, cons. 82 et s., selon l'interprétation retenue par le Conseil d'Etat dans un avis du 23 septembre 1993.

²⁴ CE, 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, *RFDA*, 2003, p. 465, *EDCE*, n° 54, p. 192. Avis qui a donné lieu à la loi de révision constitutionnelle n° 2003-267, 28 mars 2003, *relative au mandat d'arrêt européen*.

prévue par l'art. 69 du TFUE, complété par le protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité) et par une procédure de référendum ou d'autorisation de ratification renforcée pour l'adhésion d'un nouvel Etat membre à l'Union européenne (art. 88-5 C.).

En dehors de l'affirmation de principe de l'appartenance à l'Union européenne, la souveraineté de l'Etat apparaît affectée en tant que compétence, pour le mandat d'arrêt européen, que titulaire du pouvoir, avec la reconnaissance de droits politiques au profit de ressortissants de l'Union européenne et en tant que puissance suprême, avec l'affirmation du principe de la participation de la France à l'Union européenne et, sans doute également, à la fois en tant que puissance suprême et que titulaire, avec la procédure renforcée en cas d'adhésion d'un nouvel Etat membre.

L'évolution de la rédaction des dispositions constitutionnelles européennes fait sens. Si l'on s'en tient aux habilitations constitutionnelles spéciales, c'est -à-dire aux énoncés constitutionnels qui visent de manière explicite à lever un obstacle constitutionnel identifié par le Conseil constitutionnel... ou par le Conseil d'Etat, ne demeurent aujourd'hui que les références au mandat d'arrêt européen et au droit de vote et d'éligibilité des ressortissants de l'Union européenne aux élections municipales. En 2008, après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne²⁵, ont ainsi disparu de l'article 88-2 de la Constitution, la référence à l'Union économique et monétaire et au traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992 et celle à la libre circulation des personnes et aux domaines qui sont liés et au traité instituant la Communauté européenne dans sa rédaction résultant du traité signé le 2 octobre 1997, dont la formulation a été modifiée en 1999. Si l'on s'en tient au rapport parlementaire de Jean-Luc Warsman²⁶, « le contenu des deux premiers alinéas [de l'article 88-2 de la Constitution] sera *de jure* embrassé par la nouvelle rédaction de l'article 88-1, les acquis des traités de Maastricht et d'Amsterdam étant intégralement repris par les traités sur l'Union européenne et sur le fonctionnement de l'Union européenne dans leur rédaction issue du traité de Lisbonne ». La rédaction de l'article 88-1 de la Constitution, qui renvoie à la participation générale de la France à l'Union européenne, ne rendrait plus nécessaire la référence aux transferts spécifiques issus du Traité de Maastricht et du traité d'Amsterdam. Autrement dit, l'article 88-1 est lu comme une habilitation constitutionnelle générique de l'acquis européen sous réserve, ce qui pourrait étonner, du mandat d'arrêt européen et du droit de vote et d'éligibilité des ressortissants européens aux élections municipales, qui imposeraient une disposition spéciale. L'extension de la portée de l'ouverture à l'Union de l'article

²⁵ Sa disparition était également prévue en 2005 après l'entrée en vigueur du Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

²⁶ Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle, n° 561, modifiant le titre XV de la Constitution, par J.-L. Warsmann, Assemblée nationale, 13^{ème} législature, n° 568, 9 janvier 2008, P. 58.

Voir également dans le même sens : au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée nationale, modifiant le titre XV de la Constitution, par P. Gélard, Sénat, session ordinaire de 2007-2008, 23 janvier 2008, p. 28.

88-1 de la Constitution n'en remet pas pour autant en cause la maîtrise par le pouvoir de révision constitutionnelle du processus d'intégration européenne.

Dans cette présentation tournée vers l'Union européenne, il convient d'ajouter, avec une certaine singularité, la révision constitutionnelle du 23 février 2007 sur l'abolition de la peine de mort²⁷, qui marque, selon une formule de Philippe Houillon, la « consolidation du choix abolitionniste »²⁸. Dans la décision du 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, le Conseil constitutionnel était saisi, sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, de la conformité à la Constitution du deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, du 15 décembre 1989 et du protocole n° 13 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances du 3 mai 2002. Si ce dernier n'est pas jugé contraire à la Constitution, le premier exige, pour pouvoir être ratifié, une révision de la Constitution. Le droit de la Convention européenne des droits de l'homme n'est donc pas immédiatement concerné par la révision constitutionnelle, cette dernière permet seulement la ratification du deuxième protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, tout au plus cette révision renforce-t-elle l'engagement de la France à proscrire la peine de mort.

Cette expression de la souveraineté du pouvoir de révision constitutionnelle dans l'admission des atteintes à la souveraineté de l'Etat rencontre toutefois, peut-être, ses limites dans la systématisme des interventions du pouvoir de révision face au développement de l'intégration européenne. Certes, rien ne lui imposait, en droit, d'accepter ces limitations de souveraineté, mais, de fait, chaque constat d'inconstitutionnalité des traités européens a été accompagné d'une révision constitutionnelle permettant d'en autoriser la ratification. De plus, les révisions constitutionnelles ne sont pas seulement intervenues pour permettre la ratification de traités jugés contraires à la Constitution, mais également pour assurer la compatibilité de la Constitution avec des actes de droit dérivé. De fait, le pouvoir de révision constitutionnelle a validé sans réserve toutes les révisions constitutionnelles nécessaires à l'évolution du processus d'intégration européenne ou, plus ponctuellement, au bon fonctionnement de l'Union, comme ce fut le cas pour le mandat d'arrêt européen. Les atteintes à la souveraineté interne ont ainsi toutes été admises par le pouvoir de révision constitutionnelle au point que l'on peut s'interroger sur la pertinence de cette protection, en elle-même comme dans ses modalités de mise en œuvre par le Conseil constitutionnel.

§ II – L'invisible : la subsistance d'une souveraineté internationale

²⁷ Loi de révision constitutionnelle n° 2007-239, 23 février 2007, *relative à l'interdiction de la peine de mort*.

²⁸ Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle, n° 3596, *relatif à l'interdiction de la peine de mort*, par Ph. Houillon, Assemblée nationale, 12^{ème} législature, n° 3611, 24 janvier 2007, p. 45.

Le choix²⁹ du Conseil constitutionnel de formaliser de manière générique dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux les atteintes à la souveraineté n'est pas sans conséquence dans le processus constitutionnel accompagnant les différentes étapes de la construction européenne. En validant et donc en acceptant les atteintes aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, le pouvoir de révision constitutionnelle tend à diluer la souveraineté interne et à en faire une souveraineté internationale, déléguée par le droit international public (A). Juridiquement la souveraineté n'est plus un attribut interne, mais une compétence conférée par l'ordre juridique international. A ce premier mouvement s'en ajoute un second. La consécration, tout aussi prétorienne, de l'existence de *contrelimites* aux directives européennes énoncées sous la forme de « règles ou principes inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » marque une substantialisation de la souveraineté et ainsi à une transformation de celle-ci (B). Sans doute les deux mouvements se complètent-ils, à défaut d'une souveraineté interne formelle, seule une substantialisation de la souveraineté à travers l'identité de l'Etat permet de maintenir une limite constitutionnelle opératoire au droit de l'Union européenne. Il n'en demeure pas moins que pour les conditions essentielles comme pour l'identité nationale, le pouvoir de révision constitutionnelle est en mesure d'en autoriser les atteintes, ce qui renforce le caractère délégué de ces limites.

A – L'acceptation constitutionnelle des atteintes aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale... La dilution de la souveraineté interne

Le raisonnement est simple. Si le droit de l'Union porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'intervention du pouvoir de révision constitutionnelle n'y changera rien. Celle-ci ne fait qu'autoriser l'atteinte, qui ne disparaît pas. L'atteinte aux conditions essentielles devient régulière sous l'angle juridique, elle est couverte par une habilitation constitutionnelle ; mais les conditions essentielles demeurent affectées en substance par le droit de l'Union. Que reste-il alors des conditions essentielles s'il est possible d'y porter atteinte ? Pour le dire autrement, permettre, comme le fait le pouvoir de révision constitutionnelle, d'affecter les conditions essentielles ne conduit-il pas à banaliser celles-ci au point qu'elles n'ont plus rien d'essentielles ou même que la souveraineté qu'elles sont censées protéger soit vidée de sa substance. Le pouvoir de révision constitutionnelle dispose-t-il ainsi du pouvoir suprême de l'Etat ou gère-t-il simplement le volet interne de la compétence étatique qui lui est attribué par l'ordre juridique international ? Préserve-t-il la qualité d'Etat ou met-il seulement en œuvre les procédures internes, indifférentes au droit international public, permettant de garantir le respect des engagements internationaux valablement souscrits par l'Etat ? S'il protège la qualité d'Etat, celle-ci souffre, par définition, de chacune de ses interventions qui conduisent à l'affecter. Admettre les atteintes aux conditions essentielles par l'intermédiaire de révisions de la Constitution conduit à directement remettre en cause la qualité même de la puissance étatique. Aussi, sans doute, ne faut-il voir dans l'intervention du pouvoir de révision que l'existence d'une

²⁹ Voir sur cette question du choix du Conseil constitutionnel, infra, « Le Conseil constitutionnel, acteur européen ».

procédure de ratification renforcée pour l'introduction dans l'ordre juridique interne de certains engagements internationaux. Le pouvoir de révision n'intervient alors que dans la marge de compétence discrétionnaire qui lui est laissée par le droit international public.

De plus, si le concept de « conditions essentielles... » concrétise la souveraineté en tant que puissance suprême, il paraît pour le moins contradictoire de reconnaître que l'on puisse renoncer à cette puissance suprême. Il faut voir ici une expression du paradoxe de la toute-puissance. Peut-on renoncer au caractère suprême de son pouvoir ? S'il est possible de le faire, alors il n'y a plus de puissance suprême ; s'il n'est pas possible de le faire, alors la puissance n'est pas suprême. Sans entrer dans les débats classiques et contemporains autour de ce paradoxe, celui-ci peut être résolu, pour la question qui nous occupe, sous un angle juridique. En vertu de l'article 54 de la Constitution et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le pouvoir de révision constitutionnelle est en mesure de lever l'obstacle juridique tiré de ce qu'un engagement international porte atteinte aux « conditions essentielles... » et donc, indirectement, de l'habiliter à le faire. Le pouvoir de révision constitutionnelle n'est pourtant pas un pouvoir souverain, car il est un pouvoir institué, qui n'intervient que dans le cadre normatif qui est fixé par la Constitution. Réviser la Constitution et adopter une (première) Constitution sont deux opérations différentes ; alors que la première intervient dans le cadre juridique d'une Constitution en vigueur qui en régit la procédure de production et qui s'impose à elle, la seconde n'intervient dans aucun cadre juridique, elle surgit d'un fait, et n'est soumise au respect d'aucune règle juridique. Renoncer au caractère de puissance suprême ne pourrait donc se faire que par un acte constituant et non par un acte de révision, car renoncer à ce caractère revient non pas à modifier la Constitution mais à en changer.

Se pose alors la question à la fois du sens mais également de la pertinence de formaliser une limite constitutionnelle liée à la souveraineté en tant que puissance suprême. N'importe quelle conclusion d'un engagement international est à la fois expression de la souveraineté, en tant que capacité juridique d'un Etat à conclure un engagement international, et limite de la souveraineté, en tant que puissance suprême. Le fait même de conclure un traité avec un autre Etat et donc de s'engager aboutit à une limitation de sa liberté d'action. Pourquoi alors consacrer une limite constitutionnelle tenant à la souveraineté interne dans la mesure où celle-ci sera susceptible d'être heurtée par chaque engagement international ? Certes, l'on objectera que ce ne sont pas les atteintes banales à la souveraineté qui sont retenues mais seulement celles qui présentent un certain seuil, il est question de conditions « essentielles ». Cependant, ce seuil ne résout précisément pas la difficulté, bien au contraire. Si la formalisation du seuil d'inconstitutionnalité est marquée par, nous nous autorisons ici un raccourci illustratif, l'essence même de la souveraineté, l'on ne voit pas très bien comment il est possible d'admettre, d'un point de vue juridique, que l'on renonce à cette essence, sous peine alors de perdre sa qualité même d'Etat, et, à plus forte raison, que le seul pouvoir de révision, et non pas le pouvoir constituant, puisse permettre un tel renoncement.

Le seul fait d'être un Etat permet à celui-ci de conclure n'importe quel engagement international, y compris celui qui lui ferait perdre sa qualité d'Etat, l'engagement international devenant alors un acte constituant. Reconnaître des limites liées au respect de la souveraineté interne à cette capacité n'a pas de sens et crée plus de difficultés qu'elle n'en résout. Il ne faut pas voir ici une critique du contrôle de constitutionnalité *a priori* des engagements internationaux, mais seulement de la formalisation dans l'exercice de celui-ci d'une limite tirée du respect de la souveraineté interne. Dans le cadre de la Constitution du 4 octobre 1958, et plus précisément au sein du Préambule de la Constitution de 1946, il était d'ailleurs parfaitement possible pour le juge constitutionnel d'utiliser les alinéas 14 et 15 comme des normes d'ouverture à l'ordre juridique international n'imposant aucune formalisation de la souveraineté interne³⁰.

La seule formalisation pertinente de la souveraineté interne, et c'est en l'occurrence le choix de la Cour constitutionnelle allemande³¹, réside dans la qualité même d'Etat. Seule une intégration européenne faisant perdre à l'Etat sa qualité même d'Etat est en mesure d'être identifiée. Dans un tel cas, ce n'est plus une compétence du pouvoir de révision constitutionnelle qu'appellerait un tel constat mais celle du pouvoir constituant. Comme la souveraineté interne ne serait être absolue, dans une logique du tout ou rien, sa formalisation en tant que limite constitutionnelle ne saurait embrasser que les mêmes contours : soit elle n'est pas atteinte, et il n'y a rien à faire ; soit elle est affectée et il faut changer de Constitution.

Le processus d'intégration européenne dans sa dimension constitutionnelle aboutit à anéantir la pertinence d'une protection de la souveraineté interne, en ne préservant de la souveraineté que son caractère délégué. La multiplication des interventions du pouvoir de révision constitutionnelle validant les atteintes aux « conditions essentielles » tend à en dénaturer la substance, de sorte que la souveraineté ne saurait plus apparaître que comme une souveraineté internationale. D'un point de vue logique, confirmé par la pratique institutionnelle, la souveraineté interne n'apparaît pas comme un concept efficient.

B – De la souveraineté à l'identité constitutionnelle... La substantialisation de la souveraineté

Aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », visibles dans le cadre du contrôle *a priori* des engagements internationaux, ont succédé « les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France », dans le contrôle *a priori* et *a posteriori* des lois de transposition des directives européennes. Les deux domaines du contrôle sont certes différents mais le second concept semble aujourd'hui quantitativement et même qualitativement dominer dans la doctrine juridique³². Les deux ont vocation à s'appliquer dans la jurisprudence

³⁰ Voir *infra* sur cette question.

³¹ Voir sur ce point : « Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne ? Interrogation(s) autour d'une lecture de l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 30 juin 2009 sur « le traité de Lisbonne », *RFDC*, 2010, n° 82, pp. 433 et s.

³² En témoigne avec force le nombre de thèses de doctorat consacrées à ce sujet, voir : D. Bailly, *La notion d'identité constitutionnelle de l'Etat membre de l'Union européenne. Etude de droit constitutionnel européen*, Montpellier 1, 2014, dact., ; M.

constitutionnelle mais la formulation doctrinale, en échos, il est vrai, à la nouveauté jurisprudentielle, des rapports de systèmes et des *contrelimites*, passe plus aujourd'hui par l'usage de l'identité constitutionnelle que par celui de la souveraineté. Toutefois, il faut en convenir, la place accordée à l'identité par la doctrine paraît quelque peu en disproportion avec celle qu'elle occupe dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, puisque seule celle relative aux lois de transposition des directives est concernée, soit, en pratique, une vingtaine de décisions du Conseil constitutionnel. Quelles que soient ces données quantitatives, il convient de mesurer la portée de ce changement de termes, ce changement de paradigme d'expression de la qualité étatique, diraient certains.

Il faut d'ailleurs d'emblée relever que la référence à l'identité apparaît dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel après que le Traité établissant une Constitution pour l'Europe³³ et, à sa suite, le traité de Lisbonne, ont consacré le terme. D'où une autre question, alors que la doctrine s'est emparée de l'identité : le droit positif est-il en mesure d'affecter les concepts politiques traditionnels ? Telle est la question que l'on peut se poser alors que l'on constate que l'identité nationale des Etats membres de l'Union européenne, telle qu'elle est consacrée par l'article 4 § 3 du Traité sur l'Union européenne, semble avoir déplacé le regard de la doctrine et même, plus profondément, affecté l'acuité de son regard sur ce qu'il est convenu d'appeler la « souveraineté » de l'Etat. Le droit de l'Union imposerait, telle est sans doute l'hypothèse à éprouver, de réinterroger, voire de renouveler les concepts d'analyse de l'Etat et, en particulier, son attribut premier, à savoir la souveraineté.

Il reste que l'origine européenne du terme tend à en faire un concept délégué aux juridictions nationales par le droit de l'Union européenne et non un concept national autonome. L'identité n'est pas un concept seulement national, il est reconnu au niveau européen, le niveau européen se plaçant ainsi dans une logique d'habilitation des ordres juridiques nationaux à revendiquer contre lui le respect de l'identité nationale. Certains ne verront qu'une reconnaissance pour les Etats de la possibilité de faire obstacle à l'application du droit de l'Union au nom de leur identité, et donc un triomphe de l'Etat ; d'autres, un pouvoir conféré aux Etats par le droit de l'Union et donc une hiérarchisation, selon le rapport de production, en faveur du droit de l'Union et non pas du ou des droits internes.

Pour autant, l'identité remplace-t-elle la souveraineté ? Elle en transforme au moins la nature. La souveraineté n'apparaîtrait plus alors comme un concept formel (puissance suprême, compétence, titulaire), mais comme un concept substantiel. Ce n'est plus le pouvoir qui est visible derrière la souveraineté, mais des valeurs que l'on perçoit derrière l'identité et, pour être plus

Guerrini, *L'identité constitutionnelle de la France*, Aix-Marseille Université, 2014, dact. ; F.-X. Millet, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres*, LGDJ, 2013, 365 p. ; M. Quesnel, *La protection de l'identité constitutionnelle de la France*, Dalloz, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2015, 538 p. ; J. Sterck, *Identité constitutionnelle des Etats membres et primauté de l'Union européenne. Etude comparée de l'Irlande et de la France*, Bordeaux IV, 2013, dact.

³³ Article I-5 1. du Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

précis, des valeurs qui marquent la spécificité d'un Etat déterminé et non pas les valeurs qui le rapprochent des autres Etats : il est question d'identité *ipse* et non de l'identité *idem*. L'identité dilue ainsi la question des pouvoirs, celle de la hiérarchie, pour se concentrer sur le contenu, les valeurs essentielles qui caractérisent un Etat. La prétention à la primauté de l'Etat en tant que force ou que pouvoir laisse la place à une revendication identitaire, « communautariste » de l'Etat. L'identité marquerait ainsi un processus de substantialisation de la souveraineté.

Toutefois, elle ne saurait être confondue avec celui-ci précisément parce que chacun des deux concepts ne renvoie pas à la même chose. Pour le dire autrement, ce n'est parce que l'usage du terme identité tend à supplanter celui de souveraineté que les deux concepts ne sont pas tous deux utiles. Le premier pour renvoyer à une nouvelle approche substantielle de l'Etat ; le second pour décrire une appréhension plus classique, formelle, de l'Etat. Cependant la vision interne de la souveraineté, en tant que puissance suprême surtout³⁴, semble s'essouffler et ce n'est qu'en tant que compétence déléguée par l'ordre international qu'elle peut prétendre à une capacité explicative pertinente. Ainsi perçue, la reconnaissance par l'ordre juridique européen de l'identité des Etats en tant que limite au respect du droit de l'Union s'inscrit dans la même dimension de délégation, tout en s'éloignant de la dimension ontologique de la souveraineté. La souveraineté déléguée n'est que la reconnaissance de la qualité d'Etat d'une entité particulière par le droit international³⁵. Pour paraphraser une célèbre formule, dire qu'un Etat est souverain est une tautologie car s'il existe un Etat, il est forcément souverain. L'identité n'a aucun rapport avec la qualité d'Etat, du moins ce n'est pas l'adhésion à certaines valeurs spécifiques qui fait sa qualité juridique d'Etat, tout au plus marque-t-elle sa singularité. L'identité n'est pas propre ni constitutive de l'Etat, elle en est la marque de sa spécificité substantielle. L'on pourrait avancer que cette dimension identitaire de l'Etat prend le pas sur la dimension formelle de l'identité nationale dans la mesure où celle-ci a tendance aujourd'hui à être réduite à néant du fait du degré d'intégration de l'Etat à l'Union européenne. Dans sa définition même d'entité singulière, l'Etat tend à s'identifier par rapport à sa singularité substantielle et non plus en tant que puissance suprême.

Quoiqu'il en soit, et le Conseil constitutionnel a pris soin de le préciser, à l'instar de ce qu'il peut faire avec les « conditions essentielles... », le pouvoir de révision constitutionnelle peut valablement intervenir pour modifier l'identité constitutionnelle de la France. Le raisonnement conduit à propos des « conditions essentielles... » peut être ici transposé : l'identité est un concept délégué par le droit de l'Union européenne au droit interne. Ce n'est que s'il est lu en ce sens que l'on peut admettre que le pouvoir de révision est en mesure d'y renoncer. Si l'identité fait l'Etat, aucun pouvoir institué interne, ce qu'est le pouvoir de révision constitutionnelle, ne

³⁴ Concernant les deux autres sens « internes » de la souveraineté, il sera à l'évidence plus précis de parler de « compétences de l'Etat » ou de « titulaires du pouvoir dans l'Etat » plutôt que de « souveraineté » pour désigner ces deux objets.

³⁵ L'identité telle qu'elle apparaît dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel doit être également considérée comme déléguée par le droit de l'Union. Comme nous l'avons vu, c'est le droit de l'Union qui prévoit sa propre limite dans le respect de l'identité nationale des Etats, en se plaçant de cette manière, selon le rapport de production, au-dessus du droit interne des Etats.

serait être en mesure de l'affecter ; seul le pouvoir constituant, en tant que pouvoir originaire pourrait le faire. En revanche, si la revendication du respect de l'identité est reconnue à l'Etat par un ordre juridique supérieur, qu'il est distinct de la qualité même d'Etat, il demeure à la disposition des pouvoirs institués dans l'Etat.

S'il fallait tirer des conséquences de cette lecture de l'inopérance du concept de *souveraineté interne* en général comme de sa concrétisation jurisprudentielle et de la pertinence du seul concept de *souveraineté internationale*, sans doute faudrait-il préconiser une profonde réorientation jurisprudentielle du contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux tendant à maximiser les effets des normes constitutionnelles d'ouverture à l'ordre juridique international en maintenant ainsi une seule lecture internationale de la souveraineté. Sans doute est-ce là un autre sujet...