



**HAL**  
open science

# La Constitution nationale dans un contexte européen intégré : quelles lectures de la souveraineté et de l'identité ?

Xavier Magnon

## ► To cite this version:

Xavier Magnon. La Constitution nationale dans un contexte européen intégré : quelles lectures de la souveraineté et de l'identité?. Politeia [Les Cahiers de l'Association française des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel], 2019. hal-02462019

**HAL Id: hal-02462019**

**<https://hal.science/hal-02462019v1>**

Submitted on 31 Jan 2020

**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.

## La Constitution nationale dans un contexte européen intégré : quelles lectures de la souveraineté et de l'identité ?

Xavier Magnon

Professeur de droit public

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

A dresser un tableau quelque peu impressionniste, deux propositions paraissent pouvoir être avancées pour résumer l'état de la doctrine sur la question de l'intégration européenne :

*1°) il existe aujourd'hui une spécificité du droit de l'Union européenne vis-à-vis du droit international public, qui se prolonge par une nécessaire appréhension constitutionnelle nationale également spécifique<sup>1</sup> ;*

*2°) s'insérant dans un mouvement général de globalisation du droit, l'intégration européenne impose une nouvelle lecture des rapports de systèmes, à partir du réseau, du pluralisme ordonné ou du droit global<sup>2</sup> et un donc renouvellement des concepts classiques d'analyse liés à la prédominance historique de l'Etat, telle la souveraineté, en l'occurrence, qui laisserait désormais la place à un nouveau concept, celui de l'identité nationale des Etats membres, du moins si l'on en retient la formule de l'article 4 § 2 du Traité sur l'Union européenne (TUE).*

De manière plus ramassée, l'on écrira que l'intégration européenne, en tant que phénomène de droit positif, est une illustration de la remise en cause de l'Etat en tant que structure sociale dominante, qui oblige à reformuler les concepts explicatifs des rapports entre les systèmes normatifs.

Ces thèses explicatives du phénomène d'intégration sont des thèses que l'on pourrait qualifier d'*ontologiques*. Elles présentent à la fois une dimension d'analyse du droit positif et une dimension d'ordre conceptuel et théorique. Sous l'angle du droit positif, la nature de l'Union européenne est d'être spécifique. En tant qu'organe de la parole ontologique du système juridique européen, la Cour de justice de l'Union européenne soutient et défend, en l'occurrence, cette spécificité. Celle-ci devrait donc se retrouver au niveau national, dans l'appréhension constitutionnelle de l'intégration européenne ; cette spécificité constitutionnelle pouvant résulter directement de dispositions constitutionnelles expresses et explicites ou d'une interprétation jurisprudentielle constructive. Sous l'angle théorique, cette spécificité, ajoutée à d'autres phénomènes de multiplication des ordres normatifs concurrentiels à l'Etat, est telle qu'elle impose une nouvelle lecture du monde normatif. Ce monde est censé se déployer aujourd'hui dans une dimension horizontale et non plus verticale, le réseau se substituant à la pyramide des normes de Charles

---

<sup>1</sup> Là aussi par rapport au traitement généralement réservé par les Constitutions nationales au droit international public.

<sup>2</sup> Il est possible de rayer le concept inutile.

Voir, pour un exemple récent, défendant une appréhension théorique pluraliste des rapports de systèmes suite à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne *M.A.S. et M.B.* (CJUE, 5 décembre 2017, aff. C-42/17) : E. Dubout, « La primauté du droit de l'Union et le passage au pluralisme constitutionnel », *RTD Eur.*, 2018, p. 563.

Eisenmman<sup>3</sup>, plaçant ainsi le concept de *souveraineté* dans un monde *prémoderne*, tout en mettant en avant un concept *post-moderne*, celui d'*identité*<sup>4</sup>. Cette relecture théorique trouve en la thèse des révolutions scientifiques de Thomas Kuhn un stimulant épistémologique contextuel déterminant<sup>5</sup> : le monde normatif a changé de paradigme, il faut renouveler l'ensemble de la pensée juridique à l'aune de ces nouveaux paradigmes. Le programme est stimulant ; le chantier n'en est pas moins considérable.

A ces thèses d'ordre ontologique, sera opposée une thèse *contingente*, neutralisante, consistant à soutenir que rien n'a changé, pour peu que l'on observe ce qui se produit à partir d'un cadre d'analyse pertinent. Tout est question, en réalité, de cadre d'analyse et un cadre d'analyse de type post-positiviste<sup>6</sup> semble pouvoir expliquer de manière satisfaisante l'ensemble des phénomènes décrits, sans malheureusement, sans doute, proposer une lecture révolutionnaire potentiellement plus attractive. A moins que la véritable révolution, et c'est ce que nous pensons, consiste à adopter un tel cadre d'analyse pour lire les phénomènes décrits, ce qui n'est pas, à l'évidence, le cas de la plupart de ceux qui décrivent ces phénomènes. La doctrine française demeure très éloignée d'une approche formelle du droit, notamment pour ce qui concerne l'analyse de l'Etat<sup>7</sup>.

Selon une approche formelle, l'Etat comme l'Union européenne sont des ordres juridiques, c'est-à-dire un ensemble de normes juridiques, unifié par une norme fondamentale sur laquelle repose, plus ou moins directement, la validité de l'ensemble des normes de cet ensemble. D'un point de vue formel, la spécificité d'un ordre juridique se mesure par le degré de technicité de celui-ci et, plus précisément, par son degré de centralisation dynamique. Cette appréciation fournit une échelle d'évaluation formelle des ordres juridiques qui débute, en bas de l'échelle, par un ordre juridique – totalement – décentralisé, pour s'achever, en haut de cette même échelle, par un ordre juridique – absolument – centralisé. La décentralisation s'apprécie à la fois à partir de la différenciation organique des fonctions de production, d'application et de sanction des normes et de la multiplicité des organes exerçant ces différentes fonctions et, donc, selon une formule générique, du degré d'institutionnalisation de l'ordre juridique. A partir de ce critère, sont souvent opposés, d'une part, l'ordre juridique international, particulièrement décentralisé, les Etats étant à la fois des organes de production, d'application et de sanction des normes de l'ordre juridique

<sup>3</sup> Le terme de « pyramide » résulte en effet d'une traduction par C. Eisenmman de Kelsen, ce dernier n'ayant jamais utilisé ce terme. Voir en ce sens : T. Hochmann, X. Magnon, R. Ponsard, « Relire le capital – Introduction », in *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, Mare & Martin, Le sens de la science, 2019, à paraître.

<sup>4</sup> Voir, en particulier, parmi toutes les thèses en langue française sur le sujet : F.-X. Millet, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres*, LGDJ-Lextenson, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 142, 2013, 365 p.

<sup>5</sup> Th. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 2008, 284 p. (1962).

Voir en particulier pour un usage de T. Kuhn en faveur d'une remise en cause des paradigmes dominants en matière d'analyse des rapports entre les ordres normatifs : F. Ost et Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 2002, voir l'introduction de cet ouvrage et, en particulier, p. 13 pour la référence à Th. Kuhn.

<sup>6</sup> Nous entendons ici par « post-positiviste », pour des raisons marketing et stratégiques évidentes, la théorie normativiste.

<sup>7</sup> Voir sur cette question : S. Van Ouwerkerk, *Penser les formes de l'Etat. Un état de la pensée publiciste française*, Thèse Université Toulouse Capitole, 2019, 480 p., dactyl.

international, et, d'autre part, l'ordre juridique étatique qui présente un fort degré de centralisation, dans la mesure où il existe des organes centralisés de production, d'application et de sanction des normes du système, c'est-à-dire un Parlement, un gouvernement et des cours suprêmes, pour en dresser un rapide inventaire plus concret et correspondant à une présentation classique en droit constitutionnel.

Selon cette lecture, s'il existe une spécificité de l'Union européenne, elle demeure relative et contingente. L'ordre juridique qui constitue l'Union européenne est en effet centralisé, comme peut l'être un celui d'un Etat. Il dispose d'une fonction de production normative centralisée, avec le Conseil et le Parlement européen, une fonction d'application du droit, avec la Commission, et une fonction de sanction de respect du droit, avec la Cour de justice, toutes deux également centralisées<sup>8</sup>. Il existe donc une proximité structurelle entre l'ordre juridique de l'Union européenne et les ordres juridiques étatiques en général. De plus, l'Union européenne, à l'instar d'un Etat, n'est soumise qu'aux règles du droit international public, élément qui constitue, en l'occurrence, le second élément de définition de l'Etat<sup>9</sup>. D'un point de vue formel, l'Union européenne et les Etats ont donc tendance à se ressembler et c'est là qu'il faut voir la spécificité de l'Union européenne. D'un point de vue formel, les ordres juridiques étatiques et de l'Union européenne sont tous deux relativement centralisés et soumis au respect du seul droit international public. Au sens kelsénien, ils sont donc, tous deux, des Etats.

Cette spécificité n'est toutefois que contingente. Elle ne révèle pas une nature particulière de l'Union européenne, mais seulement une structuration originale de celle-ci pour un ordre juridique partiel de l'ordre juridique international, qui a bénéficié d'un consensus assez exceptionnel des Etats membres qui ont politiquement accepté la création d'un ordre juridique fortement concurrentiel par rapport à leur propre ordre juridique. En dehors de questions d'ordre politique, rien n'empêche d'ailleurs que l'Organisation des Nations-Unies se dote, demain, de la même structure de l'Union européenne. Il n'y a rien d'ontologique ; seulement des considérations d'ordre politique sur la manière de structurer un ordre juridique.

A ceux qui verraient une lecture grossière de la structure des ordres juridiques, l'on répondra qu'une lecture plus fine conduirait à ce que chaque ordre juridique soit considéré comme spécifique. Par rapport à la France, les Etats-Unis d'Amérique sont spécifiques comme ces derniers le sont également par rapport à l'Italie. Aussi, soutenir que l'Union européenne est spécifique n'a pas plus de sens que de dire qu'elle est un ordre juridique.

---

<sup>8</sup> Cette présentation relativement succincte peut être affinée et discutée, elle n'en permet pas moins d'éclairer le phénomène de centralisation de l'ordre juridique de l'Union européenne suffisamment pour notre propos.

<sup>9</sup> « L'Etat en tant que personne juridique est la personnification d'un ordre juridique relativement centralisé soumis au seul droit international » (H. Kelsen, « Théorie du droit international public », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 84, 1953, p. 85).

Voir pour un exposé de la conception kelsénienne de l'Etat et des rapports de l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international et pour des références à l'œuvre de Kelsen sur ces différents points : « Le droit en dehors de l'Etat et les rapports entre ordres normatifs chez Hans Kelsen », in *Un classique méconnu : Hans Kelsen, op. cit.*

L'appréhension par les ordres juridiques internes de cette spécificité, ainsi resituée, ne semble pas devoir poser de problème. Quelle que soit la lecture singularisante de la Cour de justice, les textes institutifs de l'Union européenne s'imposent aux Etats en vertu d'une règle du droit international public : *pacta sunt servanda*. En vertu de cette règle, le traité sur l'Union européenne et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, comme n'importe quel traité, s'imposent aux Etats. Si l'on peut toujours considérer que les Etats sont libres de ne pas respecter cette règle, l'usage d'une telle liberté traduit une violation de la règle. A moins de nier l'existence de la règle ou de confondre ce qui *doit être*, la règle, et ce qui *est*, le comportement effectif face à la règle, le comportement qui consiste à violer la règle ne saurait être assimilé à la règle.

Cette lecture, parce que formelle et néo-positiviste, implique une lecture moniste des rapports entre les ordres juridiques et donc une lecture de leurs relations à partir de la hiérarchie des normes, selon le rapport de production. La norme de l'ordre juridique international qui, selon le rapport de production, fonde la validité juridique d'un ordre juridique étatique est la norme de reconnaissance qui fait qu'une population, sur un territoire déterminé, dirigé par un gouvernement effectif et reconnu comme tel par la communauté internationale est considéré comme un Etat<sup>10</sup>. Il existe bien une norme du droit positif international qui habilite l'Etat à être un Etat et qui est donc, selon le rapport de production, supérieure à l'ordre juridique étatique et qui fait, plus largement, que l'ordre juridique international est hiérarchiquement supérieur aux ordres juridiques internes. L'analyse proposée ici est théorique, formelle et juridique et, à l'évidence, elle s'éloigne de toutes les conceptions étatocentrées, que celles-ci le soient pour des raisons d'ordre politique, compréhensibles, ou d'ordre juridique, illogiques, envisageant l'organisation du monde juridique global à partir de l'Etat.

Cette lecture implique une remise en cause de la souveraineté de l'Etat dans son sens premier, de puissance suprême<sup>11</sup>. Il s'agit moins de montrer que ce concept serait un concept dépassé dans le cadre d'un monde normatif aujourd'hui globalisé, que de mettre en évidence l'inanité de ce principe, qui doit en conséquence être abandonné en tant que concept juridique d'analyse permettant d'identifier l'Etat. Pour autant, l'apparition du concept d'identité nationale, concept né du droit positif de l'Union européenne, qui semble aujourd'hui dominer lorsqu'il est question de rapports de systèmes, ne semble pas devoir le remplacer de manière pertinente. Il faut d'ailleurs remarquer que le concept de « souveraineté » est avant tout un *concept doctrinal*, qui vise donc à décrire une réalité déterminée mais qui, pourtant, n'explique rien, d'un point de vue juridique, alors que celui « d'identité » est un *concept issu du droit positif* qui, certes, n'explique pas mieux, mais qui, en tant que concept de droit positif, n'a aucune portée explicative.

---

<sup>10</sup> Nous intégrons ici la reconnaissance par les autres Etats comme une condition constitutive de la reconnaissance d'un Etat au niveau international. Cette lecture est toutefois discutée mais, pour ce qui nous est nécessaire ici, le fait que ce soit une condition déclarative ou constitutive ne change rien au raisonnement.

<sup>11</sup> A savoir le premier sens du terme de « souveraineté » mis en évidence par R. Carré 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).

Afin de dynamiser cette double tendance, l'on suivra Claude Levi-Strauss, pour envisager, en premier lieu, le cuit, le nécessaire abandon du concept politique de souveraineté de l'Etat (§ I), avant d'aborder, le cru, la relativisation de la pertinence du concept d'identité constitutionnelle de l'Etat (§ II).

## § I – Le cuit : le nécessaire abandon du concept politique de souveraineté de l'Etat

Le concept de souveraineté, dans son sens premier, apparaît, d'un point de vue historique, comme un concept politique visant à justifier la puissance de l'Etat et garantir sa suprématie vis-à-vis d'autres entités normatives concurrentes. Il n'est donc pas un concept explicatif ; du moins, il soulève des difficultés logiques lorsqu'il est mobilisé de manière juridique. Plus précisément, lorsque la souveraineté est traduite juridiquement en tant que concept politique de pouvoir, elle ne saurait être mobilisable de manière pérenne. L'impasse des habilitations constitutionnelles validant les atteintes à la souveraineté en France en témoigne (§ I). Seule une autre approche de la souveraineté, proprement et spécifiquement juridique, peut être utilisée, la souveraineté apparaissant alors comme un concept juridique d'habilitation (§ II), mais sans doute est-il alors préférable d'oublier le mot.

### A – La souveraineté comme concept politique de pouvoir : l'impasse des habilitations constitutionnelles validant les atteintes à la souveraineté

Habilité par l'article 54 de la Constitution<sup>12</sup> à exercer un contrôle de constitutionnalité *a priori* des engagements internationaux, et alors que toute déclaration d'inconstitutionnalité est susceptible d'alourdir la procédure interne de ratification en exigeant une révision constitutionnelle, le Conseil constitutionnel disposait d'une option au moment de contrôler un engagement international européen.

Il pouvait choisir de mobiliser les clauses constitutionnelles d'ouverture au droit international, et, en particulier, les alinéas 14<sup>13</sup> et 15<sup>14</sup> du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et neutraliser la procédure de l'article 54 de la Constitution pour les traités européens. Ceux-ci auraient bénéficié d'une clause d'ouverture générale avec l'alinéa 15 du Préambule de 1946, dispensant de toute révision constitutionnelle préalable les ratifications de ces traités. *A fortiori*, l'article 88-1 de la Constitution, introduit dans celle-ci par la révision constitutionnelle du 25 juin

---

<sup>12</sup> « Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ».

<sup>13</sup> « La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international. Elle n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple ».

<sup>14</sup> « Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ».

1992, peut constituer aujourd'hui une clause générale d'ouverture au droit de l'Union européenne.

Ce n'est toutefois pas cette voie qu'a empruntée le Conseil constitutionnel. Il a en effet, tout d'abord, choisi de neutraliser ces clauses d'ouverture. Celles-ci n'ont pour effet que de mettre à l'abri de toute remise en cause constitutionnelle le droit de l'Union européenne en vigueur. Elles fournissent une couverture constitutionnelle *a posteriori* au droit de l'Union européenne ; elles ne sont pas des clauses d'ouverture générale à celui-ci. Elles ne sont que des clauses d'habilitation à conclure des traités « européens » ayant un objet particulier ; autrement dit, elles ne sont que l'expression de la compétence de l'Etat de conclure des traités. Cette neutralisation conduit à ce que le droit de l'Union ne bénéficie d'aucun traitement privilégié dans le cadre du contrôle exercé sur le fondement de l'article 54 de la Constitution ; chaque déclaration d'inconstitutionnalité éventuelle appelle une ratification qui doit être précédée par une révision constitutionnelle.

Le Conseil constitutionnel a ensuite choisi de créer un concept général de fermeture de l'ordre juridique interne à l'ordre juridique international avec « les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Ce concept est prétorien. De souveraineté dans la Constitution, il n'est question que de son titulaire<sup>15</sup>, dans l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 3 de la Constitution<sup>16</sup> et dans l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789<sup>17</sup>, et non pas de souveraineté puissance. Celle-ci est donc consacrée de manière prétorienne avec les « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », dans une acception de type ontologique. Les « conditions essentielles... » se rattachent à ce qu'est l'Etat, à la qualité même de celui-ci, ou, au moins, à ses attributs essentiels. Selon cette dernière assertion, minimale, il existerait une frontière entre l'atteinte aux conditions essentielles par un engagement international, qui exigerait en conséquence une révision de la Constitution préalable à la ratification de celui-ci, et une atteinte aux conditions non essentielles, qui n'appellerait aucune déclaration d'inconstitutionnalité. Dans les deux cas, la souveraineté-puissance est affectée, mais, c'est seulement lorsque ses conditions essentielles d'exercice le sont, qu'un renforcement de la procédure de ratification s'impose. Les atteintes aux conditions non essentielles sont admises, appelant la mise en œuvre de la procédure de droit commun de ratification.

Cette lecture par le Conseil constitutionnel aboutit à un paradoxe dans la mesure où elle conduit, en cas de déclaration d'inconstitutionnalité et de révision constitutionnelle consécutive, à ce que le pouvoir de révision constitutionnelle autorise des atteintes aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Certes, comme le soutient le Conseil constitutionnel, le

---

<sup>15</sup> Nous écartons ici les références à l'accès à la pleine souveraineté de la Nouvelle-Calédonie (art. 77 C.), au respect par les partis politiques de la souveraineté nationale (art. 4 C.) et l'attachement du peuple français à la souveraineté nationale dans le Préambule de la constitution qui ne sont pas pertinentes pour notre sujet.

<sup>16</sup> « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».

<sup>17</sup> « Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ».

« pouvoir constituant est souverain »<sup>18</sup>. Le pouvoir constituant est donc souverain pour abandonner sa souveraineté ; mais que reste-t-il de la souveraineté alors que le souverain accepte régulièrement de perdre des éléments qui font qu'il est souverain ? Avec la construction européenne, le pouvoir de révision constitutionnelle français a accepté à plusieurs reprises de renoncer aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ».

L'on retrouve ici le paradoxe de la toute-puissance, utilisé à propos de la toute-puissance de Dieu et qui est donc, dans le sens qui est retenu de la souveraineté, particulièrement adapté. Ce paradoxe est souvent formalisé à partir de l'exemple de la pierre : « Dieu peut-il créer une pierre si lourde qu'il ne puisse pas lui-même la porter ? ». Il se résume alors de la façon suivante : soit Dieu peut créer une pierre si lourde, mais il n'est alors pas tout puissant puisqu'il ne pourra pas la soulever ; soit il ne peut pas la créer et il n'est donc pas, non plus, tout puissant. Le rapprochement avec la souveraineté est éclairant : soit le pouvoir souverain, en tant que pouvoir tout puissant, peut renoncer à sa toute puissance, mais il n'est alors plus tout puissant ; soit il ne peut pas y renoncer et il ne saurait donc être tout puissant. Le rapprochement s'arrête là, et nous ne saurions ici défendre l'abandon du concept de Dieu, mais seulement celui de souveraineté en tant que concept juridique cognitif pertinent pour décrire l'objet qu'il entend décrire. La création prétorienne du Conseil constitutionnel conduit, à chaque révision constitutionnelle consécutive au constat d'une atteinte aux « conditions essentielles... », à un recul de la puissance de l'Etat admis par le pouvoir de révision constitutionnelle. La toute-puissance est de moins en moins puissante... au point qu'elle ne peut plus, désormais, être conçue comme une toute-puissance. Le pouvoir de révision constitutionnelle renonce à des éléments qui caractérisent la substance même de l'Etat.

## B – La souveraineté comme un concept juridique d'habilitation

Proposer un concept strictement juridique de souveraineté, sans doute pour mieux écarter ce concept du discours juridique, participe d'une volonté épistémologique générale de réappropriation juridique des concepts, provenant de disciplines annexes, mobilisés par le discours sur le droit, qui trouve un terrain d'expérimentation adapté et illustratif avec la souveraineté.

Les juristes mobilisent de nombreux concepts issus d'autres disciplines sans pour autant en avoir toujours une conception singulière et donc proprement juridique. Le programme est vaste, mais nous considérons que tous les concepts empruntés par les juristes à d'autres disciplines, quelle

<sup>18</sup> CC, n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Maastricht II*, cons. 19

Cette affirmation est loin d'être convaincante. Le Conseil constitutionnel a utilisé cette formule à propos du pouvoir de révision constitutionnelle et non pas du pouvoir constituant. Or, si l'on accepte la distinction entre un pouvoir constituant originaire et un pouvoir de révision constitutionnelle dérivé, selon une reformulation plus explicite de la distinction de Sièyes, seul le pouvoir constituant est souverain, le pouvoir de révision est dérivé du premier et soumis au respect des prescriptions que celui-ci a formulées. Voir sur ces différentes questions : « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence », *RFDC*, n° 59, 2004, pp. 595-617.

que soit leur origine, peuvent recevoir une formulation autonome et juridique. Cette formulation « juridique » est à rapprocher d'une définition du droit. La formulation *juridique* d'un concept dépend évidemment de la définition que l'on retient du *droit*. Peut-être faut-il d'ailleurs voir dans les difficultés des juristes à disposer d'une définition claire de leur objet, le droit, une absence de formulation systématique des concepts mobilisés sous la forme juridique. A partir d'une définition néo-positiviste du droit<sup>19</sup>, et il semble d'ailleurs que la proposition puisse dépasser ce seul cadre théorique, il semble possible de formaliser les concepts juridiques à partir des énoncés déontiques susceptibles de contenir des normes ou par un renvoi à la norme juridique ou à l'un de ses éléments de définition. Autrement dit, pour qu'un concept soit juridique, il faudrait qu'il soit exprimé sous la forme d'une permission, d'une interdiction, d'une obligation ou d'une habilitation ou qu'il renvoie plus largement aux normes juridiques ou aux éléments qui les définissent.

La souveraineté est, précisément, un concept mobilisé par des disciplines annexes et qui apparaît également comme un concept politique, qui vise à défendre une certaine conception de l'Etat. Elle n'est pas un concept juridique cognitif, c'est-à-dire qu'elle ne permet pas de connaître comment se pose juridiquement la question de la souveraineté et de l'Etat. Celle-ci n'est et ne saurait être, d'un point de vue juridique, qu'une question d'habilitation. Le concept de pouvoir, et donc de puissance ou de puissance suprême, n'est pas un concept juridique, même s'il est possible d'en proposer une définition juridique. La qualité d'Etat est une habilitation de l'ordre juridique international à être un membre de la communauté internationale, et donc, à être en capacité de produire les normes de cet ordre juridique. Pour l'écrire de manière plus pragmatique, pour pouvoir conclure un traité international, il faut que les parties à ce traité aient la qualité d'Etat pour pouvoir valablement conclure ce traité. La reconnaissance en droit international public est précisément la procédure qui permet de reconnaître la qualité d'Etat à certaines entités. Elle formalise, juridiquement, l'attribution de la qualité d'Etat par l'ordre juridique international et donc une habilitation à produire des normes au sein de cet ordre.

Sous cet angle, et l'on sait que le droit international public est indifférent aux procédures internes de ratification, insertion ou autre réception, opposer dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité des traités *a priori*, les qualités de l'Etat inhérentes à son existence même n'a pas de sens, à moins de considérer, nous y reviendrons, qu'il s'agit là d'une limite indépassable, indisponible au pouvoir de révision constitutionnelle, seule une nouvelle « Constitution » - mais pourrait-il s'agir d'une Constitution nationale ? - pouvant permettre une atteinte à l'essence même de l'Etat. Opposer la souveraineté à un traité revient, en définitive, à opposer à celui-ci ce qui permet précisément à l'Etat de le conclure. Seul un Etat « souverain », et dire d'un Etat qu'il est souverain est une tautologie, peut conclure valablement un traité international.

---

<sup>19</sup> Une norme juridique est la signification d'un énoncé prescriptif qui oblige, interdit, permet ou habilite un certain comportement, qualifiée de norme par une autre norme et qui appartient à un ordre normatif globalement efficace et sanctionné (voir en ce sens : *Théorie(s) du droit*, Ellipses, Collection Universités Droit, 2008, p. 33).

Il est vrai que la distinction souveraineté interne/souveraineté internationale pourrait lever la contradiction : le Conseil constitutionnel utilise la *souveraineté interne*, en tant que pouvoir suprême, quand la compétence pour conclure un traité relève de la *souveraineté internationale*, en tant qu'habilitation. Il n'en reste pas moins qu'il n'existe de souveraineté interne que s'il existe au préalable une souveraineté internationale dans un rapport qu'il convient d'explicitier d'un point de vue juridique. Si la *souveraineté internationale* est une *habilitation* à être un Etat, la *souveraineté interne* matérialise *l'exercice de cette habilitation* et donc la compétence de l'Etat. La souveraineté internationale est un titre à l'exercice de compétences ; la souveraineté interne, matérialise l'exercice des compétences. Si l'Etat peut être un Etat et exercer les compétences qui lui sont dévolues, c'est précisément parce qu'il a reçu de l'ordre juridique international une habilitation et donc des compétences en ce sens. Si la souveraineté interne n'est, juridiquement, qu'une compétence ; elle ne saurait être une puissance suprême. Les « conditions essentielles... » entendues comme des compétences de l'Etat, malgré le caractère inadéquat de la formulation, ne soulèvent pas de difficulté, mais tel n'est pas le sens qui en est retenu par le Conseil constitutionnel.

Quelles que soient les critiques dont elle peut faire l'objet et les lectures qui peuvent en être proposées, la souveraineté apparaît en tout état de cause aujourd'hui comme un concept dépassé, aussi bien face au mouvement de globalisation des ordres normatifs en général qu'au regard de la spécificité et du mouvement d'intégration de l'Union européenne. Cette dernière en a sans doute pris acte en consacrant dans l'article 4 § 2 du Traité sur l'Union européenne, l'identité nationale des Etats membres de l'Union européenne inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles. Dès lors, les rapports entre l'Union européenne et les Etats membres ne seraient plus dominés par le concept de souveraineté, mais par celui d'identité.

## § II - Le cru : la relativisation de la pertinence du concept d'identité constitutionnelle de l'Etat

Le concept d'identité tend à la fois à substantialiser l'Etat et à être présenté comme une nouvelle clé de compréhension des rapports de systèmes. C'est par sa substance que l'Etat existe, ou, pour le dire autrement, c'est par le contenu de ses normes qu'il est possible d'identifier l'ordre juridique étatique. Ce n'est plus la souveraineté qui marque le cœur de l'Etat, mais son identité, envisagée en l'occurrence comme sa singularité par rapport aux autres, et non pas par ce qui est commun avec les autres. De plus, le concept d'identité marquerait une nouvelle manière de concevoir les rapports entre les ordres juridiques moins conflictuelle, moins hiérarchique et plus horizontale. Cette singularité du concept mérite d'être relativisée (A).

En outre, l'appréhension de l'Etat par le biais de son identité masque mal la question cruciale des rapports entre l'Etat et l'Union européenne, à savoir la difficulté formelle des limites au pouvoir de révision constitutionnelle (B).

## A – Une singularité relative du concept d'identité

Il est nécessaire de rappeler le contexte général dans lequel le droit de l'Union européenne s'est saisi de ce concept, pour mieux en relativiser l'originalité et la pertinence.

L'identité nationale apparaît comme une notion issue du droit positif de l'Union européenne pour tenter de résoudre les difficultés liées aux résistances des cours constitutionnelles nationales au droit de l'Union européenne, notamment en matière de protection des droits fondamentaux, que nous qualifierons avec la doctrine italienne de *contrelimites*<sup>20</sup>, tout en européanisant la question, par une fusion absorption de ces contrelimites grâce à ce concept<sup>21</sup>.

S'il est en effet un conflit récurrent dans l'ordre juridique de l'Union européenne, c'est bien celui des droits fondamentaux. Celui-ci a été à l'origine des conflits entre les cours allemandes et italiennes avec la Cour de justice, dans les années 70 et qui s'est concentré autour d'une idée de subsidiarité juridictionnelle afin de maintenir le meilleur niveau de protection des droits fondamentaux, tant du côté des droits consacrés et du niveau substantiel de leur protection que de l'existence d'un juge pour les protéger. En résumé, les droits fondamentaux doivent être protégés, et ce, à un certain niveau de protection, toute carence d'un système au regard de cette finalité, justifiant en conséquence l'intervention substitutive d'un autre système de protection<sup>22</sup>. La Cour de justice a dégagé des principes généraux du droit communautaire pour pouvoir protéger des droits fondamentaux qui n'existaient pas dans les traités<sup>23</sup>, sous réserves des libertés économiques nécessaires à l'établissement d'un marché commun ; quand les cours italienne et, surtout, allemande, ont avancé l'absence de protection au niveau européen des droits fondamentaux pour préserver l'exercice de leur compétence, certes limitée mais qui n'en existe pas moins, pour contrôler la constitutionnalité. L'attitude de la Cour de justice est, en l'occurrence, une réaction aux premières jurisprudences restrictives vis-à-vis du droit de l'Union des cours constitutionnelles allemande et italienne<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> Même si, toutes les contrelimites ne sont pas toujours absorbées par l'identité nationale, comme, par exemple, le contrôle par la Cour constitutionnelle fédérale allemande de l'*ultra-vires* européen, à moins de le rattacher au principe démocratique qui fait partie des principes constitutionnels intangibles de l'ordre juridique allemand.

<sup>22</sup> Voir pour une lecture en ce sens : « L'exigence d'un standard de protection des droits fondamentaux : un moyen de pacification des rapports entre les cours suprêmes ? », in *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ?*, sous la direction de M. Fatin-Rouge Stefanini et G. Scoffoni, Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu, n° 2, PUAM, 2013, pp. 61-69.

<sup>23</sup> Voir, en particulier : CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70.

<sup>24</sup> L'intégration des droits fondamentaux dans le droit communautaire en tant que principes généraux de ce droit par la Cour de justice peut être lue comme une réaction aux contrelimites italiennes tirées de la violation des droits inaliénables de la personne humaine et des principes suprêmes de l'ordre juridique (CCI, n° 98, 27 décembre 1965, *RDI*, 1966, n° 1, p. 53 et s. ; n° 183, 27 décembre 1973, *RU*, Vol. XXXIX, p. 503 et s.) et du *so lange* de la Cour constitutionnelle fédérale (CCFA., 29 mai 1974, *RTD Europ.*, 1974, p. 316 et s.).

Plus largement, les contrelimites sont consacrées aujourd'hui dans de nombreux Etats européens<sup>25</sup> et il pouvait apparaître opportun que le droit commun, le droit de l'Union, s'empare de ces contrelimites pour en proposer une lecture unifiée, tout en s'inscrivant ainsi comme un ordre juridique habilitant les cours constitutionnelles à opposer les contrelimites. Tel est le tour de force, initié avec le traité établissant une Constitution pour l'Europe et concrétisé grâce au traité de Lisbonne, que d'avoir, en reconnaissant une limite au respect du droit de l'Union avec l'identité nationale, fait du droit de l'Union le droit qui habilite les Etats à opposer certaines limites au droit de l'Union. Juridiquement, les contrelimites sont désormais couvertes par l'article 4 § 2 du traité sur l'Union européenne, et donc, par une habilitation provenant de l'ordre juridique de l'Union européenne. En paraissant limiter sa primauté, le droit de l'Union la renforce. Il se pose en tant qu'ordre répartiteur, habilitant les Etats à revendiquer le respect de leur identité face à la primauté.

Dans un tel contexte, l'identité de l'Etat apparaît avant tout comme une spécificité substantielle de l'Etat, l'identité permettant, par exemple, à la France de préserver sa conception particulière de la laïcité. Pour autant, elle ne saurait se réduire à cette dimension substantielle. En vertu de l'article 4 § 2 du TUE, l'identité nationale des Etats est « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles », l'on pourrait parfaitement identifier des éléments relatifs à la structure de l'Etat, et l'on pourra penser à la structure fédérale de l'Etat allemand qui est une limite à la révision constitutionnelle<sup>26</sup>, par exemple.

Cette singularité n'est toutefois qu'apparente. L'article 4 § 2 du TUE, perçu comme un instrument de pacification des relations entre Etats et Union européenne, n'en repose pas moins sur une logique classique de répartition des compétences. Pour reformuler la portée normative de l'article 4 § 2 du TUE, l'on soutiendra, qu'en vertu de cet article, l'exercice par l'Union européenne des compétences qui lui sont accordées par les traités à l'Union européenne ne

---

<sup>25</sup> Voir sur ce point le recensement de la Cour constitutionnelle fédérale dans l'arrêt du 15 décembre 2015 (*BVerfG*, Order of the Second Senate of 15 December 2015 - 2 BvR 2735/14), § 47, en ligne en anglais sur le site de la Cour, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2015/12/rs20151215\\_2bvr273514en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2015/12/rs20151215_2bvr273514en.html)

<sup>26</sup> En vertu de l'article 79 alinéa 3 de la Loi fondamentale du 23 mai 1949 :

« Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe de la participation des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite ».

Article 1<sup>er</sup> : (1) « La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger.

(2) En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde.

(3) Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable.

Article 20 : « (1) La République fédérale d'Allemagne est un État fédéral démocratique et social.

(2) Tout pouvoir d'État émane du peuple. Le peuple l'exerce au moyen d'élections et de votations et par des organes spéciaux investis des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

(3) Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit.

(4) Tous les Allemands ont le droit de résister à quiconque entreprendrait de renverser cet ordre, s'il n'y a pas d'autre remède possible ».

saurait affecter l'identité de l'Etat. Cette stipulation est donc une limitation matérielle à l'exercice des compétences de l'Union européenne et à la primauté du droit de celle-ci.

L'on peut discuter également de la portée pacificatrice du concept. Il l'est assurément dans la mesure où l'affirmation des contrelimites est, ainsi, juridiquement validée au niveau de l'Union européenne. Il l'est encore alors qu'il existe désormais un mouvement significatif des cours constitutionnelles nationales visant à saisir la Cour de justice de renvois préjudiciels qui, même s'il traduit parfois des stratégies potentiellement conflictuelles de ces cours<sup>27</sup>, n'en témoigne pas moins de l'inscription de ces cours dans le système juridictionnel européen. Saisies d'un conflit potentiel entre le droit constitutionnel et le droit de l'Union, les cours constitutionnelles nationales peuvent et même doivent en vertu du droit de l'Union européenne saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel pour désamorcer le conflit : soit par un renvoi préjudiciel en interprétation, pour obtenir une interprétation du droit de l'Union conforme au droit constitutionnel dans sa dimension « identitaire », soit par un renvoi préjudiciel en appréciation de validité, pour obtenir la sanction de l'irrégularité du droit dérivé de l'Union européenne pour non-conformité à l'identité nationale telle qu'elle résulte de dispositions constitutionnelles<sup>28</sup>. Le renvoi préjudiciel autorise une « européanisation » du conflit à l'origine purement interne et donc une réappropriation européenne de celui-ci. Il en découle que, dans ces cas, comme d'ailleurs dans n'importe quelle situation dans laquelle une cour constitutionnelle prononcerait l'inconstitutionnalité d'un acte de droit de l'Union au nom, de manière plus ou moins explicite, de l'identité nationale, c'est la Cour de justice qui aura le dernier mot, que ce soit par la voie préjudicielle ou par la voie du recours en manquement.

Il faut enfin rappeler que si l'identité justifie le retrait du droit de l'Union, celui-ci s'impose face au droit des Etats, notamment dans le respect des droits fondamentaux, y compris lorsque la

---

<sup>27</sup> Avec le renvoi préjudiciel de la Cour constitutionnelle italienne (ordon. n° 24, 16 janvier 2017), dans l'affaire *Taricco*, celle-ci procède à un renvoi préjudiciel en interprétation pour obtenir une interprétation du droit de l'Union européenne conforme aux principes suprêmes et droits inaliénables de la personne humaine. Cette démarche peut être qualifiée d'agressive puisqu'elle sous-entend que toute interprétation autre que celle qu'elle suggère pourrait aboutir à une remise en cause des contrelimites susceptible d'être censurées par la Cour constitutionnelle.

Voir en particulier : N. Perlo, « L'affaire Taricco : la voie italienne pour préserver la collaboration des juges dans l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2017, p. 739 ; H. Labayle, « Du dialogue des juges à la diplomatie judiciaire entre juridictions constitutionnelles : la *saga Taricco* devant la Cour de justice », *RFD-A*, 2018, p. 521.

Avec celui de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (14 janvier 2014, 2BvR 2728/13), dans l'affaire *OMT*, la stratégie est autre. La Cour allemande procède, en partie, à un renvoi préjudiciel en appréciation de validité d'un acte de l'Union alors qu'elle se considère compétente elle-même, au nom de l'*ultra-vires*, pour apprécier la régularité de cet acte. Toutefois, elle fait précéder l'exercice sa compétence d'un renvoi préalable à la Cour de justice, afin que celle-ci puisse résoudre au préalable la difficulté. Elle précise cependant qu'elle ne se considère par forcément liée par la décision de la Cour de justice, une non sanction de l'irrégularité de l'acte par celle-ci n'interdisant pas une censure du même acte par celle-là.

Voir en particulier : E. Dubout, « La primauté du droit de l'Union et le passage au pluralisme constitutionnel », *précit.* ; F. C. Mayer, « La décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande relativement au programme OMT », *TRD Eur.*, 2014, p. 683.

<sup>28</sup> Dans l'affaire *Taricco*, la Cour constitutionnelle italienne s'est inscrite dans le premier schéma, dans celle *OMT*, la Cour constitutionnelle allemande dans le second, sans toutefois dénoncer la méconnaissance de l'identité nationale car il s'agissait d'un cas d'*ultra vires* qui renvoie au respect des compétences de l'Union européenne telles qu'elles sont établies par le traité. Sur ces deux situations, voir *supra*.

protection nationale de ces derniers est plus faible que celle reconnue au niveau du droit de l'Union et ce en vertu du principe de primauté de ce dernier<sup>29</sup>.

L'identité nationale n'apparaît donc pas comme le concept souple d'une meilleure appréhension pacificatrice et hétérarchique des rapports entre le droit de l'Union et les droits des Etats membres ; elle s'inscrit dans le cadre déjà connus de mécanismes de répartition des compétences et de sanctions juridictionnelles, structurées de manière organique et selon une logique hiérarchique.

## B – Le contournement de la difficulté formelle des limites au pouvoir de révision constitutionnelle

Le concept d'identité apparaît comme un concept secondaire pour comprendre les rapports entre les Etats et l'Union. Il masque la difficulté qui est au cœur de ces rapports et qui concerne les limites au pouvoir de révision constitutionnelle<sup>30</sup>.

L'on peut concevoir trois séries de dispositions constitutionnelles potentiellement affectées par un traité international. En premier lieu, des *dispositions constitutionnelles irrelevante*, pour reprendre une terminologie italienne, c'est-à-dire toutes celles qui, soit ne sont effectivement pas remises en cause par le traité, soit, si elles le sont, ne sont que des règles secondaires ou des règles constitutionnelles affectées de manière secondaire, ce qui ne justifie pas une modification de la Constitution pour que l'on puisse valablement ratifier le traité. La neutralité de ces dispositions autorise une ratification simple. Il peut s'agir là de toutes les règles constitutionnelles qui sont naturellement affectées par la conclusion d'un engagement international, tout traité, par exemple, limitant les compétences de l'Etat entraîne une limitation des pouvoirs du Parlement, sans qu'une révision constitutionnelle ne soit nécessaire pour couvrir cette violation. Ce sont des *violations de la Constitution inhérentes à la conclusion même d'un engagement international* et qui sont couvertes par le seul fait de l'existence d'une compétence de conclure des engagements internationaux, inhérente également à la qualité d'Etat.

En deuxième lieu, d'autres dispositions constitutionnelles, les *dispositions constitutionnelles relevantes*, affectées par un traité, imposeront une révision de la Constitution préalable pour permettre la ratification de ce traité. Ces dispositions constitutionnelles ont une portée politico-symbolique forte, qui justifie un renforcement de la procédure de ratification. S'il existe une clause générale d'ouverture à l'ordre juridique international ou européen dans la Constitution, il est possible de dissocier en leur sein, celles qui peuvent être couvertes par cette clause, et qui n'exigeraient pas, en cas de méconnaissance par le traité, de révision de la Constitution pour ratifier celui-ci, et celles qui ne le seraient pas, et qui imposeraient alors une révision de la Constitution. En cas de

<sup>29</sup> CJUE, 26 février 2013, *Melloni*, aff. C- 399/11.

<sup>30</sup> Voir sur cette question : J.-P. Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne. Etude comparée : Allemagne, France, Italie*, LGDJ-Lextenson, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 144, 2015, 601 p.

clause d'ouverture, certaines dispositions constitutionnelles *relevantes* tomberaient ainsi dans la catégorie précédente, des dispositions constitutionnelles *irrelevantes*, du fait de l'existence de cette clause.

En troisième et dernier lieu, il existe des *dispositions constitutionnelles indérogeables*, et ce sont précisément celles qui posent un problème, au sein desquelles un « seuil d'étaticité » peut être identifié. Par dispositions inconstitutionnelles indérogeables, il faut entendre, d'abord, toutes les dispositions constitutionnelles indisponibles au pouvoir de révision constitutionnelle, que l'on qualifie également parfois de clauses d'éternité. Ces interdictions ou ces limitations à l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle affectent évidemment, par ricochet, la procédure de ratification d'un traité qui les méconnaîtrait. Pour le dire autrement, si un traité méconnaît de telles dispositions constitutionnelles, le pouvoir de révision ne sera pas en mesure de lever cet obstacle constitutionnel puisqu'il est lui-même contraint de les respecter. La situation devient alors particulièrement problématique car, pour lever l'obstacle constitutionnel, il ne faudrait donc pas une révision de la Constitution, mais l'adoption d'une nouvelle Constitution. L'on touche ici les limites de la conciliation possible entre le droit interne et le droit international, la mise en conformité du premier par rapport du second, au nom du respect des exigences de ce dernier, impose l'adoption d'une nouvelle Constitution.

Cette difficulté, qui n'a rien d'original<sup>31</sup> même si elle tend à être masquée, présente une dimension particulière à propos de ce que nous avons qualifié de « seuil d'étaticité ». Un tel seuil, inhérent à l'existence même l'Etat, serait un seuil implicite, marquant la disparition de l'Etat ou, pour le moins, compte tenu du contexte pratique dans lequel la question est susceptible de se poser, l'absorption-disparition de l'Etat dans une autre entité. Une telle situation se concrétiserait, par exemple, par la création d'un Etat européen par franchissement du « seuil d'étaticité », qui se ferait sans processus constituant susceptible de légitimer cette nouvelle entité, en laissant ainsi les processus internes classiques de ratification suivre leur cours, en permettant, en conséquence, aux cours constitutionnelles nationales de constater le dépassement du « seuil d'étaticité ». La situation est certes peu probable ainsi formulée, mais c'est pourtant dans le cadre d'un tel schéma que s'est déjà posée la question devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande avec le traité de Lisbonne : le nouveau traité affecte-t-il le caractère étatique de l'Allemagne ?<sup>32</sup>

Il reste qu'évoquer cette difficulté est plus facile que de la résoudre. Il est logique de penser que la suppression de l'Etat national comme la création d'un nouvel Etat exigent un acte constituant et non pas un acte de révision du texte fondateur. Il faut encore déterminer ce qui concrétise ce seuil et, en définitive, ce qui justifie que ce soit le constituant qui soit saisi de la question et non

---

<sup>31</sup> Voir par exemple : M. Luciani, « Italie », in *Les Constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe*, Rapports présentés lors du colloque tenu à Paris les 10 et 11 juin 1992, sous la direction de J.-C. MASCLET et D. MAUS, La documentation française, 1993, p. 176.

<sup>32</sup> Voir sur cette question : « 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. 417-442.

plus le seul pouvoir de révision constitutionnelle. Dans l'arrêt sur le traité de Lisbonne, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a précisément procédé à un test de maintien d'état de l'Allemagne, témoignant négativement de ce que l'Union européenne ne devenait pas un Etat, en s'appuyant, d'un point de vue structurel, sur les trois critères de l'Etat, peuple, territoire et pouvoir souverain, et, d'un point de vue substantiel, que le Parlement dispose de compétences suffisantes, dont certains domaines de compétences particuliers, et, au sein des compétences qui lui sont reconnues, d'une marge de manœuvre suffisante<sup>33</sup>.

Une approche formelle peut être ici utile même si la neutralité de la lecture qu'elle impose peut heurter tous ceux qui s'en tiennent à une lecture politique et historique ou, pour le moins, classique, de l'Etat. A reprendre la définition formelle de l'Etat proposée par Kelsen, à savoir un ordre juridique relativement centralisé soumis au respect du seul droit international, l'on peut déjà rappeler, on l'a vu, que cette définition ne permet pas de différencier l'Etat de l'Union européenne. Il s'agit de deux ordres juridiques relativement centralisés, et telle est, précisément, la spécificité de l'ordre juridique de l'Union européenne, et qui ne sont soumis qu'au seul respect du droit international public. C'est sous l'angle de cette dernière condition que la discussion mérite d'être menée. Formellement, pour que les Etats membres de l'Union européenne ne soient plus des Etats, il faudrait qu'ils perdent cette qualité, à savoir qu'ils ne soient plus reconnus comme tels par le droit international public et, qu'en conséquence, à moins qu'il ne s'agisse du point de départ, l'Union européenne ne soit dotée de la compétence internationale exclusive et qu'elle soit donc la seule entité reconnue par le droit international public. Les « Etats » membres de l'Union européenne ne seraient plus alors des Etats, mais des entités décentralisées de celle-ci. Ils seraient non seulement soumis au respect du droit international public, en tant qu'entités décentralisées de l'ordre juridique de l'Union, mais également au droit de l'Union ; surtout, la soumission au droit de l'Union ne se fonderait plus sur le droit international public, mais sur le seul droit de l'Union<sup>34</sup>. Le fondement de la validité des anciens Etats membres ne reposerait plus que sur le seul droit de l'Union. Le droit international ne reconnaissant plus le caractère d'Etat aux « Etats » membres, ceux-ci n'ont pour autre fondement juridique de leur existence que le droit de l'Union.

Toute autre considération substantielle apparaît vaine, comme la détermination d'un nombre de compétences suffisantes ou de l'étendue du pouvoir d'appréciation dans l'exercice des compétences. De même, un raisonnement à partir d'une population ou d'un territoire ne saurait aller très loin, tout ordre juridique concerne une population et un territoire donnés, tout comme la recherche d'un gouvernement effectif est pour le moins relative, le maire et son conseil municipal ne sont-ils pas le « gouvernement effectif » de la commune ? Le seul critère objectif est donc celui de la compétence internationale exclusive de l'Union européenne.

---

<sup>33</sup> Voir sur cette question la même contribution.

<sup>34</sup> Il n'est d'ailleurs pas anodin que la stratégie jurisprudentielle de la Cour de justice ait consisté à fonder la primauté du droit de l'Union, non pas sur le droit international public, mais sur la spécificité du droit de l'Union. Il n'en reste pas moins que la primauté du droit de l'Union n'est qu'une primauté d'un ordre international partiel, s'appuyant sur les règles du droit international public.

Ainsi explicitée, le « seuil d'étatité » se réduit à une question de compétence internationale exclusive de l'Union européenne. Il semble peu probable qu'en pratique une telle compétence soit accordée à l'Union sans être accompagnée d'un processus constituant. Les limites au pouvoir de révision constitutionnelle n'en sont pas moins pertinentes dans tous les autres cas. Comme pouvait le conclure J.-P. Derosier, le processus d'intégration européenne « peut être bloqué par des principes constitutionnels qui ne peuvent ni être supprimés, ni écartés. Par conséquent, soit l'intégration européenne se poursuit en deçà de ces limites et, dans ce cas, il est nécessaire de prendre en considération les exigences qu'elles posent ; soit elle les dépasse mais alors ce dépassement ne peut résulter que d'une révolution juridique et non d'une procédure juridiquement organisée »<sup>35</sup>.

Quoiqu'il en soit, la difficulté des rapports existants entre l'Union et les Etats membres résulte de la situation de concurrence existante entre des types d'ordres juridiques formellement de nature étatique et semble ne devoir poser des difficultés décisives qu'avec les limites au pouvoir de révision constitutionnelle. Autrement dit, ni la souveraineté, du moins dans sa dimension classique, ni l'identité nationale, telle qu'elle résulte du droit positif de l'Union européenne, ne paraissent constituer de concepts explicatifs permettant de mettre en évidence les difficultés juridiques décisives dans le processus d'intégration européenne. Celles-ci sont du côté de l'Union pour ce qui concerne sa nature étatique et du côté des Etats quant à la procédure valable à emprunter pour admettre cette concurrence étatique de l'Union européenne.

---

<sup>35</sup> J.-P. Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne. Etude comparée : Allemagne, France, Italie, op. cit.*, p. 513.