

Le traité constitutionnel est-il une vraie constitution ?

Nous sommes invités à ratifier un texte qui est appelé indifféremment par ses promoteurs et ses destinataires les mieux informés — hommes politiques, universitaires et journalistes — soit « traité constitutionnel », soit « constitution ». En réalité, son titre exact est « traité établissant une constitution pour l'Europe ». Dès l'abord, le mélange des deux termes paraît étonnant. En effet, il semble que ce soit vouloir confondre deux types de textes qui n'ont pas beaucoup à voir entre eux. Une constitution peut se définir de la manière suivante. 1/ La norme suprême d'un Etat, c'est-à-dire la règle juridique qui se situe au sommet de la hiérarchie des normes, donc au dessus de la loi, du règlement ou du décret, jusqu'à l'arrêté municipal. Aujourd'hui la constitution *lato sensu* comprend : le texte de 1958, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le préambule de 1946, les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la république », et la charte de l'environnement promulguée le 1^{er} mars 2005). 2/ La norme qui fixe un cadre à l'exercice du pouvoir politique. 3/ C'est enfin la règle qui, dans une démocratie au moins, est adoptée par le pouvoir constituant autrement dit le souverain, à savoir le peuple de tel Etat. C'est donc un acte unilatéral, un acte que le souverain impose et s'impose à lui-même jusqu'à ce qu'il en décide autrement. Un traité est tout autre chose. Il s'agit d'un contrat, d'une convention entre deux ou plusieurs Etats par lesquels ils se mettent d'accord pour toutes sortes de choses : faire la paix (traité de paix), se défendre ensemble contre un agresseur (traité d'alliance), fixer des règles commerciales ou douanière (traité de commerce), ou encore mettre en commun des compétences (lesquelles ne sont plus exercées par un Etat seul mais dans une structure commune, comme l'Union européenne par exemple ; ainsi la politique agricole que la France n'exerce plus seule mais que l'Union européenne exerce à sa place). Mais le fait que l'Etat ne gère pas lui-même telle compétence n'est pas quelque chose de rare : imaginons par exemple que la France ait envie, comme certains Etats américains, pour des raisons d'économie ou de gestion, de confier l'administration carcérale à une entreprise privée parce que les activités d'hôtellerie et de surveillance seraient faites plus efficacement par une entreprise du secteur concurrentiel, pourquoi pas. Cela signifie que l'Etat passe une convention, un contrat avec cette entreprise privée pour lui confier la gestion de telle service. Il s'agit également d'un contrat. La particularité du traité ou de la convention internationale est que les parties au contrat sont des Etats, dont la caractéristique est d'être souverain.

Quelles sont les caractéristiques du traité par rapport à la constitution ? 1/ Le traité n'est pas une norme suprême, il est soumis à la constitution. Une illustration : il peut arriver comme ce fut le cas en 1992 avec le traité de Maastricht ou il y a quelques mois avec le traité établissant une constitution pour l'Europe que des clauses du traité ne soient pas constitutionnelles (ou compatibles avec la constitution). Dans cette hypothèse, il y a trois solutions : soit on ne ratifie pas le traité, soit on le renégocie pour faire en sorte que ses clauses soient compatibles avec la constitution, soit encore, on modifie la constitution pour que cette incompatibilité disparaisse. C'est ce qui a été fait le 1^{er} mars 2005 par les deux assemblées réunies en congrès qui ont modifié l'article 88 de la constitution. Le traité n'est pas une norme suprême, mais c'est une norme élevée dans la hiérarchie des normes en ce sens qu'il est certes inférieur à la constitution mais aussi supérieur à la loi votée par les représentants du peuple français ou directement par le peuple français à l'occasion d'un référendum. 2/ Un traité peut-il encadrer ou organiser le pouvoir politique. Oui, évidemment, il le peut. La Charte des Nations Unies organise le pouvoir politique au sein du Conseil de sécurité, de l'Assemblée générale. Mais on peut dire également qu'une société anonyme organise le pouvoir politique au sein d'une entreprise (assemblée générale des actionnaires, compétences du PDG, ou seulement du DG, rôle des syndicats et des délégués du personnel). Bref, un traité, dès qu'il prévoit et organise des institutions et des pouvoirs a un objet politique. En cela, il ne se différencie pas d'une constitution, à cela près que ce pouvoir et ces institutions ne sont pas suprêmes sur le plan juridique. 3/ Le traité est-il une règle démocratique au sens où il est approuvé par le peuple souverain ? Réponse négative : un traité pour être valable et pour être en vigueur doit être approuvé par des Etats et non par le peuple. Ce n'est d'ailleurs que logique car les parties à la convention sont des Etats. Ensuite, il se peut que chacun des Etats puisse organiser la ratification du traité de manière plus ou moins démocratique. En général — c'est l'écrasante majorité — les traités sont approuvés par les organes représentatifs (assemblée et sénat), mais dans certaines constitutions, comme la constitution française et non la constitution allemande, il est prévu qu'un traité puisse être ratifié par référendum. Cela a été voulu en 1992 par François Mitterrand pour le traité de Maastricht et en 2005 par Jacques Chirac pour le traité établissant une constitution pour l'Europe. L'important est ici de comprendre que si le peuple se prononce, c'est en vertu d'une règle de droit interne, de droit français, en l'occurrence l'article 11 de la constitution, et non d'une règle de droit communautaire ou européen. La décision qui sera prise le 29 mai prochain par le peuple français n'engage que la France. Pour dire les choses autrement, il n'existe pas de peuple européen, mais il existe une pluralité de peuples européens. Dans ces conditions, un traité n'est pas démocratique car il n'est pas approuvé par un peuple souverain, c'est un acte qui engage des Etats qui eux, sur le plan international, sont souverains. Chaque Etat dispose d'une voix : il faut 25 voix et non 450 millions pour que le traité établissant une constitution pour l'Europe soit ratifié.

Cette première approche général du problème montre que la constitution et le traité sont deux types d'acte très importants qui ne se confondent pas, qui sont clairement distingués quant à leur mode d'élaboration et leur mode d'adoption, quant à leur champ d'application, etc.

Alors que faire de ce traité particulier qui entend être appelé « traité établissant une constitution pour l'Europe » ? Faut-il considérer qu'il y a une contradiction à vouloir joindre les deux mots ? Faut-il tenter de concilier les deux approches pour montrer qu'en réalité cette contradiction n'est qu'apparente mais en réalité surmontable ? Faut-il penser que l'emploi du mot constitution est en fait un effet d'annonce, une sorte de bon mot imaginé en premier lieu par l'actuel Vice chancelier et ministre des affaires étrangères de l'Allemagne, Joska Fischer et repris par Valéry Giscard d'Estaing, auquel cas, le mot constitution n'aurait aucune valeur en droit même s'il a un sens symbolique et politique ?

Après avoir, dans un premier temps, fait le point sur cette question assez complexe, il convient de poser deux autres questions qui en sont le prolongement naturel. Le résultat de ce traité, à savoir l'Union européenne « nouvelle version » telle qu'organisée et définie par le traité constitutionnel est-elle démocratique ? Il ne s'agit pas de savoir ici si le traité est approuvé ou non de manière démocratique mais si l'Union européenne, telle qu'elle est présentée dans le traité, est une organisation qui donne toute sa place à la démocratie ? Dernière question : le traité porte-t-il atteinte à la souveraineté nationale, autrement dit, si la France et les 24 autres Etats méritent encore l'appellation « Etats souverains » si ce traité est adopté par les 25.

La conciliation entre constitution et traité

Dressons une liste des indices qui permettent de penser qu'il s'agit d'une constitution puis celle de ceux qui permettent de penser le contraire.

Premier indice : les modalités de confection du traité établissant une constitution pour l'Europe, ou ce que l'on peut éventuellement appeler le travail constituant. Pendant 18 mois, une convention composée de 105 membres a travaillé à l'élaboration de ce texte. Cette convention était composée de députés européens, de commissaires européens, de responsables politiques nationaux, d'universitaires, etc. C'est une composition très originale qui rappelle davantage le travail constituant que la négociation de traités sont en général le fait de diplomates professionnels. Par ailleurs, les travaux de la commission ont été totalement transparents et mis en ligne à échéances régulières, procédé qui contraste avec l'opacité voire le secret des négociations diplomatiques. Notons que l'élaboration de certaines constitutions nationales a pu être réalisé de manière parfaitement opaque, à commencer par celle de 1958. Cependant, la méthode d'élaboration n'est nullement un indice suffisant pour conclure que tel texte est ou non une constitution.

Deuxième indice : l'emploi du mot « constitution » sans autre précision dans le texte. Si un texte dit de lui-même qu'il est une constitution, il y a peut-être une bonne raison de penser que c'en est effectivement une. Mais en même temps, on rencontre dans le texte le mot traité. En réalité, l'emploi de l'un ou l'autre mot n'a pas été fait de manière légère et arbitraire. Le texte emploie le mot traité lorsqu'il est question de la volonté des Etats de construire l'union européenne, d'adopter une charte des droits fondamentaux, ou encore de ratifier. En revanche, il est question de constitution lorsqu'il s'agit des mécanismes de fonctionnement interne de l'union (les politiques, les requêtes devant la CJUE, etc.). De la même façon, lorsqu'il est question des Etats, on parle de « hautes parties contractantes » au moment où est évoqué le *traité* et d'Etats-membres lorsqu'il est question de la *constitution*. Cela signifie que d'un point de vue externe, les Etats sont considérés comme des parties à un contrat et d'un point de vue interne, c'est-à-dire une fois que l'on raisonne en termes d'institutions européennes, l'organisation résultant du traité est une constitution. Mais dans ce cas, il n'y a aucune différence entre le traité CECA de 1951, le traité de Rome de 1957, l'acte unique européen de 1986, le traité de Maastricht ou le traité de Nice. Tous ces traités étaient également constitutionnels parce qu'ils portaient sur des institutions et sur les compétences des Etats-membres. On peut aussi considérer que la Charte des Nations-Unies est une constitution. Ce qui conduit à se demander si le traité établissant une constitution pour l'Europe est constitutionnel quant à son objet.

Troisième indice : le contenu du traité en fait-il une constitution ? Le traité comporte un préambule et quatre parties (les objectifs de l'UE, la charte des droits fondamentaux, les politiques et le fonctionnement de l'Union, les dispositions générales et finales). Aujourd'hui, à peu près toutes les constitutions écrites comportent un préambule (cf. préambule de 1958 qui renvoie à Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et au Préambule de 1946...). S'agissant des objectifs de tel texte : il arrive que cette partie soit jointe au préambule dans les constitutions, il arrive également qu'il n'y ait pas de définition d'objectifs et que la constitution se contente de définir les droits fondamentaux et de distribuer les fonctions entre les organes. En réalité, la définition de ces objectifs s'explique par l'idée que l'UE est une entité à laquelle on peut adhérer et de laquelle on peut se retirer. Ainsi, la Bulgarie, la Roumanie, la Turquie, ou peut-être d'autres pays pourront se sentir convaincus par les objectifs de l'union mais également les 25 actuels membres peuvent se sentir, à un moment donné, hostiles à ces objectifs (par exemple, l'économie sociale de marché hautement compétitive) et se retirer de l'union. Une charte des droits fondamentaux existe aujourd'hui dans pratiquement toutes les constitutions. Elles ne comportent pas toutes la même liste de droits, mais le système est le même. Notons toutefois que ces normes fondamentales sont supposées inspirer tout le droit de l'Union. Dans un Etat, le juge constitutionnel veille à ce que la loi ne blesse ou ne viole pas les droits fondamentaux. Dans l'union européenne, le droit dérivé pourra être confronté à cette charte (c'est une sorte de contrôle de la constitutionnalité prévu par l'article III-365 qui le dénomme contrôle de légalité). De ce point de vue, sans être un Etat, l'union est une sorte d'Etat de droit, on parle plus volontiers de communauté de droit. A propos du *fonctionnement*, il n'y a ici aucune différence avec une constitution nationale : les constitutions décrivent toutes les organes et la répartition des fonctions entre ces organes. Les institutions sont éventuellement comparables à celles d'un Etat fédéral. En revanche, les *politiques* ne sont que très rarement mentionnées dans une constitution parce que, par principe, un Etat est omni-compétent. Ces politiques sont définies, parce que l'union a une compétence d'attribution, elle ne peut agir que dans les domaines où elle est autorisée à agir. Si une compétence n'est pas prévues, elle est présumée appartenir aux Etats. Dans un Etat fédéral, ce sont les compétences des Etats fédérés qui sont des compétences d'attribution mais l'Etat fédéral est omniscient par principe. Enfin, dans un Etat décentralisé, comme la France l'est aujourd'hui, c'est encore l'Etat qui attribue des compétences (d'où des compétences d'attribution) aux régions, départements, communes. Bref, la présence des politiques incite à penser que ce traité établissant une constitution pour l'Europe n'est pas une constitution car il n'a pas ce que l'on appelle la compétence de la compétence qui est une autre façon de définir une constitution. Enfin, les dispositions finales comportent deux volets. Comment le texte peut-il entrer en vigueur ? On trouve cela dans de nombreuses constitutions) Comment le texte sera-t-il approuvé ? C'est là que l'on découvre qu'il ne s'agit pas vraiment d'une constitution. En effet, la compétence appartient aux Etats comme en Droit international public classique, il faut l'unanimité (on ne compte pas en voix mais en Etats), le traité

comporte un droit de retrait (c'est la première fois qu'il est mentionné mais il se présumait avant).

Quatrième indice : l'existence de certaines institutions permettent-elles de penser que l'on a affaire à une constitution ? Un président de l'UE ? Mais l'ONU a un secrétaire général. L'existence d'un organe représentant les intérêts de l'Union et non celui des Etats membres, à savoir la commission ? Mais l'ONU a un conseil de sécurité. La présence d'une cour de justice ? Mais la cour internationale de justice de La Haye est aussi une institution de l'ONU. Il n'empêche qu'il existe : l'équivalent d'un gouvernement qui a l'initiative des lois et le soin de les exécuter (la commission) ; un parlement qui participe à la confection de la loi ; un conseil qui ressemble au sénat dans un Etat fédéral.

Il faut à présent repérer les indices permettant de penser que ce n'est pas une constitution.

Premier indice : il s'appelle traité. Le fait que l'on parle de constitution ne porte que sur l'objet du traité mais non l'acte lui-même. En forçant le trait, c'est comme si l'on disait qu'une loi portant création d'une autorité quelconque était cette autorité. Cette autorité est le résultat de l'acte non l'acte lui-même. L'acte que nous aurons à approuver est bien un traité qui porte sur des institutions, qui comporte la définition d'objectifs et une charte des droits fondamentaux. Mais encore une fois, si c'était une constitution, il faudrait qu'il soit approuvé par un seul peuple, le peuple européen, lequel peuple européen n'existe pas, il existe des peuples européens.

Deuxième indice : ce traité est adopté en vertu du droit français et même plus précisément de la constitution française, qui prévoit dans son article 11¹ qu'un traité peut être adopté directement par le peuple par la voie du référendum.

Troisième indice : ce traité ne figure pas au sommet de la hiérarchie des normes en droit français, on l'a déjà dit.

Quatrième indice : le fameux droit de retrait. En droit constitutionnel, le départ d'un pays s'appelle une sécession, non un retrait. Il peut y avoir des constitutions ouvertes qui prévoient que tel Etat fédéré puisse décider de sortir de la fédération mais l'acte qui permet cette sortie est un acte de l'Etat fédéral. Si un Etat-membre de l'UE décide d'en sortir, les autres Etats ne peuvent rien faire, ils ne peuvent que le constater.

¹ « Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement [...] peut soumettre au référendum tout projet de loi [...] tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions. »

Cinquième indice : On dit parfois que l'UE européenne peut exercer des prérogatives souveraines ou des prérogatives de souveraineté. Mais il ne faut pas confondre *souveraineté* et *exercice de la souveraineté* : c'est le principe même de la souveraineté que de pouvoir déléguer des compétences à un autre que soi : par exemple, on dit à juste titre que les Etats ont perdu leur souveraineté monétaire avec la création de la Banque Centrale Européenne et de l'Euro. Deux remarques : d'une part, c'était déjà le cas avant la confection de ce traité mais surtout, c'est parce que l'on est souverain que l'on peut attribuer des compétences à d'autres, et c'est parce que on a pu les déléguer que l'on peut les reprendre. Sinon, il n'y a pas de droit international.

En définitive, le traité n'est pas une constitution tout simplement parce que l'UE n'est pas un Etat, ce n'est pas une entité souveraine, ce n'est pas une entité qui détermine elle-même l'étendue de ses compétences. Pour autant, son appellation est-elle injustifiée ? Non, elle dit très bien ce qu'elle désigne c'est un traité établissant une constitution pour l'Europe, l'aspect constitutionnel n'est que l'objet de l'acte et non l'acte. Mais souvenons-nous que tous les autres traités européens, que la Charte des Nations-Unies, que la convention européennes des droits de l'homme sont, dans cette mesure, des constitutions.

Il faut maintenant du point de vue interne à l'union européenne. Désormais on peut l'appeler constitution car il ne s'agit plus de l'adoption mais de ce qui est prévu.

La constitution européenne est-elle démocratique ?

Tout dépend évidemment de la façon de définir la démocratie, et il n'est pas impossible de penser que rien n'est plus compliquer que de définir la démocratie. On a tendance aujourd'hui à mélanger démocratie et Etat de droit qui sont deux choses différentes. On peut se borner à une définition qui est consensuelle aujourd'hui en posant que la démocratie se définit comme un régime qui comporte : primo, l'existence d'organes qui représentent directement le peuple ; secundo, la reconnaissance du pluralisme ; tertio, la possibilité pour le peuple d'agir directement (ce que l'on appelle la démocratie semi directe qui se manifeste en France par le système du référendum) ; quarto, des mécanismes de garantie des droits fondamentaux.

Voyons à présent les différentes institutions européennes. 1/ Le parlement est élu directement par les peuples européens ou par le peuple européen si l'on considère que les Etats sont autant de circonscriptions électorales. Cela dit, il n'y a pas vraiment de souci d'égalité entre les circonscriptions électorales mais rien ne l'impose. 2/ Le conseil, qui peut être l'équivalent du sénat d'un Etat fédéral, est élu indirectement par le peuple parce qu'il est composé soit des chefs d'Etats et de gouvernement pour le conseil européen, soit des ministres compétents pour les autres formations du conseil. Les chefs d'Etat et de gouvernement émanent de la volonté du peuple, mais cela directement ou indirectement. Disons simplement qu'il s'agit d'un régime constitutionnel où le rôle du sénat est extrêmement important. 3/ La commission, ce qui correspond toutes proportions gardées, au gouvernement de l'Europe. Le président de la commission européenne est choisi par le conseil européen c'est-à-dire par les chefs d'Etat et de gouvernement. Ce choix fait ensuite l'objet d'une approbation ou d'une improbation du parlement européen. Ensuite, le président de la commission choisit avec les membres du conseil européen les autres commissaires sur la base de suggestions faites par les Etats-membres. La commission dans son ensemble doit être approuvée par le parlement. Lorsque cela est fait, le conseil européen nomme la commission. Un commissaire par pays dans les cinq premières années en principe, puis des deux tiers du nombre d'Etats membres, c'est-à-dire 16 ou 17. Autre point important, la constitution prévoit que la commission est responsable devant le parlement, qui peut adopter une motion de censure. Entraînant ainsi une démission collective. Ces règles instituent quelque chose qui ressemble de très près à un régime parlementaire. Un gouvernement qui est politiquement responsable de son action devant les 732 députés européens de la chambre basse, ou la chambre démocratiquement élue par le peuple. La commission ne peut donc agir qu'avec l'accord et le soutien du parlement européen. Au sein de ce parlement, les députés se regroupent au sein de « groupes politiques ». Le nombre minimal de députés pour former un groupe politique est fixé à 29 députés s'ils appartiennent à un seul Etat membre, à 23 députés s'ils appartiennent à deux Etats membres, à 18 députés pour trois Etats et à 14 pour quatre Etats ou plus. Mais aujourd'hui, aucun groupe parlementaire ne comporte de députés d'un seul pays. Il y a donc, sinon des partis politiques européens, au moins des tendances et des familles politiques européennes, aujourd'hui plutôt de tendance libérale et conservatrice. C'était le contraire il y a dix ans. En tout état de cause, la commission est responsable, non de sa façon de défendre tel ou tel pays ou groupe de pays au sein de l'union, mais de satisfaire les aspirations des différentes tendances politiques, de l'extrême droite à l'extrême gauche en passant par les verts. Evidemment, les tendances politiques européennes, les majorités politiques sont moins claires à l'échelle européenne qu'à l'échelle française. Mais on peut dire que ce phénomène est parfaitement connu et admis dans les Etats fédéraux : en Allemagne ou aux Etats-Unis, les enjeux politiques ne sont pas les mêmes selon les Etats fédérés. Aux Etats-Unis par exemple, pendant longtemps, les républicains californiens étaient beaucoup plus à gauche au plan fédéral que les démocrates des Etats du sud-est des Etats-Unis. Aujourd'hui en Allemagne, les enjeux politiques dans les Etats de l'ex-RDA

sont bien différents de ceux de la Bavière ou du Bade-Wurtemberg. Cette diversité géographique n'empêche nullement l'expression de la démocratie représentative, qui est le modèle dans chacun des Etats européens. On peut en conclure assez facilement que la commission fonctionnera comme l'équivalent d'un gouvernement dans un régime parlementaire classique. C'est un indice de démocratie représentative.

Quelques mots de la démocratie directe en Europe. La constitution ne prévoit pas de procédure de référendum européen. Cela s'explique, notamment, par la répugnance de certains pays, l'Allemagne en particulier envers ce type de procédure. Cela dit, on peut parler longuement de cette procédure qui tourne parfois au plébiscite en France, à savoir qu'on ne répond pas à une question mais que l'on se prononce sur un homme. Si la décision finale n'est pas accordée au peuple par cette constitution, en revanche, elle introduit un mécanisme qu'elle désigne elle-même sous le nom de *démocratie participative*, c'est-à-dire au moment de l'initiative législative. Il s'agit d'une part d'entretenir un dialogue « ouvert, transparent et régulier » avec les associations représentatives et la société civile. En outre, le droit de pétition qui permet à 1 million de citoyens européens sur les 450 millions d'inviter la commission à soumettre une proposition aux fins de l'application de la constitution. Il n'est pas impossible que ce mécanisme fonctionne. Ce n'est pas certain non plus. L'UE a trouvé cette réponse au problème du déficit démocratique dans l'union. Mais il faut attendre une loi européenne pour que les modalités pratiques de cette démocratie participative puisse être connues.

La charte des droits fondamentaux de l'UE nettement de la convention européenne des droits de l'homme de 1950 qui est le support des jugements de la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui siège à Strasbourg dans le cadre du conseil de l'Europe (dont est membre la Turquie). L'important est de voir si d'une part le droit dérivé européen est susceptible d'être nul s'il ignore les prescriptions de cette charte. La réponse est positive : il s'agit d'une sorte de contrôle de constitutionnalité. Quant au droit national qui est l'application du droit dérivé, la question n'est pas définitivement tranchée malgré l'article II-111. Dans une décision du 10 juin 2004, le conseil constitutionnel a estimé qu'une loi transcrivant une directive (ou loi-cadre) communautaire ne pouvait être annulée pour inconstitutionnalité française que si elle heurte directement, frontalement et explicitement une autre disposition de la constitution française. L'aspect juridique du problème est très complexe. On peut dire simplement que c'est la première fois qu'une organisation internationale se donne de tels moyens pour contrôler la conformité de ses propres actes à ses propres principes. Est-ce une avancée démocratique ? Sans doute, à condition toutefois que les peuples européens ne se disent pas que les juges seront les animateurs de la vie démocratique et qu'ils peuvent dormir tranquillement. La démocratie passe par la vigilance, la politique plus que par le droit.

Le traité constitutionnel et la souveraineté nationale

Le mot souveraineté peut revêtir quatre sens. Le premier sens désigne la puissance étatique, c'est-à-dire le caractère suprême de la puissance de la personne juridique qu'est l'Etat. Cette souveraineté se manifeste essentiellement vis-à-vis de l'étranger. L'Etat est souverain sur son propre territoire et vis-à-vis de sa propre population. C'est ce qui explique qu'au plan du droit international, tout Etat est l'égal de tout autre Etat, ce qui explique encore que chaque Etat dispose d'une voix au sein de l'Assemblée générale des Nations-Unies. C'est aussi ce qui explique que si l'Etat est souverain, le *droit* d'ingérence est une absurdité (même si le *fait* d'ingérence est bien sûr une réalité). C'est aussi ce qui explique qu'une norme de droit international ne peut en aucun cas être introduite en droit interne sans un acte qui accueille, qui recueille, qui transcrit cette norme de droit international en droit interne. C'est ce qui explique enfin que le droit international soit un droit purement conventionnel. Aucun Etat ne peut imposer valablement une mesure à un autre Etat sans son consentement, s'il n'a pas contracté. De même, la juridiction internationale doit être consentie : si deux Etats ont un différend frontalier par exemple, il faut que les deux soient d'accord pour accepter d'avance la sentence de la Cour Internationale de Justice de La Haye avant que l'affaire ne soit portée devant cette juridiction. Le deuxième sens du mot souveraineté désigne l'organe (le roi, le peuple, le parlement, le président, le premier ministre, le grand prêtre...) qui, à l'intérieur de l'Etat, est celui qui tranche en dernier ressort, qui arrête toute discussion, toute délibération par une décision. Comme dans l'expression : « le roi est le souverain », « le parlement est le souverain », « le peuple est souverain ». Cette idée se traduit par la hiérarchie des normes : le souverain est celui qui est l'auteur de la norme suprême qu'est la constitution. Dans ce sens, ni l'assemblée ni le sénat auteurs de la loi, ni le président de la république ne sont souverains. Le troisième sens du mot souveraineté désigne l'ensemble des pouvoirs contenus dans le pouvoir de l'Etat : pouvoir d'user légitimement de la force ou selon l'expression de Max Weber² disposer du « monopole de la violence physique légitime », pouvoir de légiférer et de réglementer la société, pouvoir de lever des impôts, pouvoir de battre monnaie, etc. La liste est plus ou moins longue selon que l'Etat est minimal (la souveraineté se limite à l'ordre public et à la sécurité interne et externe : modèle libéral), maximale (interventionnisme économique de l'Etat, sécurité sociale *lato sensu*, santé, etc. : modèle de l'Etat providence), voire totale (droit de vie et de mort, négation de l'espace privé et de la liberté d'opinion, etc. : modèle de l'Etat totalitaire). Même si l'on s'en tient à la définition libérale minimale, peut-il y avoir quelque chose comme un bloc incompressible en deçà duquel l'Etat cesse d'exister : s'il ne monopolise pas la violence ou s'il n'a aucune emprise sur le droit, peut-on parler d'Etat doté de la souveraineté. C'est pourtant ce dont il est question : la France peut-elle rester souveraine tout en mettant en place une « politique européenne de sécurité et de défense » avec ses partenaires européens en perdant, par la même occasion, le pleine maîtrise de sa

² « Il faut concevoir l'État contemporain comme une communauté humaine qui, dans les limites d'un territoire déterminé [...], revendique avec succès pour son propre compte le *monopole de la violence physique légitime*. Ce qui est en effet le propre de notre époque, c'est qu'elle n'accorde à tous les autres groupements, ou aux individus, le droit de faire appel à la violence que dans la mesure où l'État le tolère : celui-ci passe donc pour l'unique source du "droit" à la violence » (*Le Savant et le Politique*, 1919).

politique militaire. La souveraineté comporterait dans ce sens un minimum de prérogatives sans lesquelles l'Etat ne peut pas être un Etat. Le quatrième sens du mot souveraineté désigne l'entité au nom de laquelle l'Etat agit. Quand la justice est rendue au nom du peuple français, ce n'est pas le peuple qui rend la justice mais ce sont des juges, pourtant on estime par une fiction ou par convention qu'elle est rendue au nom du peuple souverain. Le souverain ne détient pas de pouvoir effectif mais un pouvoir qu'il a délégué à des autorités. En ce sens il est souverain. Ce quatrième sens ne doit pas être confondu avec le second qui désigne un organe suprême réel. Ainsi, l'expression « le peuple est souverain » peut d'avoir deux sens. Dans le sens de l'organe souverain, cela signifie que le peuple va voter pour adopter ou pour réviser la constitution, mais il faut que la constitution le prévoit, le peuple est à ce titre un organe. Si le référendum constitutionnel n'existait pas, le peuple ne serait pas souverain en tant qu'organe. Dans le sens de l'entité au nom de laquelle le pouvoir est exercé : le peuple peut être souverain et ne jamais être amené à décider directement comme c'est le cas dans un régime purement représentatif.

On peut examiner à présent si l'Etat souverain ou l'Etat et les quatre de formes de souveraineté sont sévèrement amputés par la construction européenne.

• Dans le premier sens de puissance de l'Etat au plan international, la construction européenne a-t-elle la souveraineté des Etats-membres ? Plusieurs indices permettent de le penser : 1/ L'impossibilité de se retirer d'un traité ou de la dénoncer unilatéralement (en effet, la plupart des traités entre européens dans la cadre de cette construction sont muets sur la possibilité de ses retirer : le traité établissant une constitution pour l'Europe adopté par consensus par la Convention européenne les 13 juin et 10 juillet 2003 est le premier qui prévoit explicitement que Etat membre puisse de se retirer volontairement de l'Union (article 59-1). Jusqu'à présent, les traités ne prévoyaient pas cette possibilité, et la doctrine restait divisée sur l'existence ou non d'une possibilité implicite de retrait unilatéral. Etonnant paradoxe : alors que les traités européens, jusqu'alors, ne prévoyait rien de ce genre, une partie des spécialistes de droit communautaire pensaient qu'il était impossible de ses retirer, notamment parce que la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) évoquait dans l'arrêt *Les Verts* du 23 avril 1986 : « la Communauté européenne est une Communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité ». Et pourtant, le premier traité qui porte le nom de constitution prévoit le retrait. En principe, une constitution concerne un Etat et une sous-partie de cet Etat ne peut pas se retirer unilatéralement. En revanche, une organisation internationale suppose la possibilité de retrait unilatéral. Cette possibilité n'a pas besoin d'être explicite pour exister en vertu du droit international. Le fait que le projet de traité constitutionnel la prévoit explicitement tend donc à renforcer la dimension internationale de cet instrument et donc à préserver l'idée de parfaite souveraineté des Etats-membres. Dans ces conditions, on est davantage dans le registre de la confédération que de la fédération. La confédération est en principe un accord qui ressortit du Droit International tandis qu'une fédération est un mode d'organisation interne d'un Etat qui prévoit une certaine autonomie des Etats fédérés dans certains domaines mais la subordination du droit des Etats fédérés par rapport au droit de l'Etat fédéral. En vertu de la possibilité de retrait unilatéral prévu par le traité constitutionnel on est donc dans une logique confédérative (celle d'un traité entre des Etats qui restent souverains).

Pourtant il y a deux obstacles importants pour penser ainsi : la primauté du droit communautaire sur le droit national et la citoyenneté européenne. 1/ Si l'Europe était une simple confédération, toute norme de droit européen supposerait une norme de droit interne pour qu'elle soit accueillie, or, les normes de droit européen sont — pour les règlements au moins — directement exécutoires en droit interne et que la CJCE affirme la supériorité du droit communautaire sur toutes les normes de droit national ce que semble confirmer le traité constitutionnel (article 10 du projet de Constitution qui prévoit : "La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union dans l'exercice des compétences qui lui sont attribuées (c'est-à-dire le droit dérivé) ont la primauté sur le droit des Etats membres"). Les juridictions françaises s'opposent à ce principe et réaffirment la primauté du droit communautaire sur le droit interne sauf la constitution (CE, ass. 30 octobre 1998, Sarran, Cass. 2 juin 2000, Fraisse). En réalité, l'analyse est différente selon que l'on se place du point de vue du droit international, du droit communautaire ou du droit interne. En droit international, l'UE est une confédération et la souveraineté de l'Etat est intacte en vertu de la possibilité de retrait. En droit communautaire, l'UE est une fédération par son droit s'impose au droit national. En droit interne, l'UE demeure une confédération car son droit prime sur le droit national, sauf la constitution. 2/ S'agissant de la citoyenneté européenne. En droit national comme en droit international il n'existe qu'une seule citoyenneté, celle de l'Etat (la double nationalité est un autre problème : elle s'accumule sans se superposer). En droit communautaire, il existe une citoyenneté européenne qui, comme le dit le projet de traité, se superpose à la citoyenneté nationale sans la remplacer. C'est penser un lien de citoyenneté direct avec l'Union qui passe par-dessus l'obstacle de l'Etat. Encore une fois, l'union est une fédération du point de vue de son propre droit. En droit interne, cela reste une confédération car si les Européens ont le droit de vote aux élections locales c'est en vertu de notre constitution nationale révisée après le traité de Maastricht en 1992 et non du droit communautaire. (Article 88-3 : Sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France. Ces citoyens ne peuvent exercer les fonctions de maire ou d'adjoint ni participer à la désignation des électeurs sénatoriaux et à l'élection des sénateurs. Une loi organique votée dans les mêmes termes par les deux assemblées détermine les conditions d'application du présent article.) La souveraineté de l'Etat est donc intacte.

La situation est donc assez ambiguë mais, du point de vue de France, elle est assez claire : l'Etat reste souverain car 1/ il peut se retirer unilatéralement du traité (ce serait possible même sans que le traité ne le prévoit) ; 2/ le droit communautaire ne s'impose pas directement car il ne prévaut pas sur la constitution (à chaque fois, c'est-à-dire quatre³, qu'un traité se heurte à une règle de droit constitutionnel français, la constitution est révisée, c'est donc que le droit constitutionnel prime : une révision de la constitution est prévue pour le printemps) ; 3/ le droit de vote des étrangers est prévu par la constitution. La constitution, norme suprême reste l'obstacle infranchissable qui, à ce jour, garantit la souveraineté française dans l'Union.

En droit interne, la possibilité de limiter la souveraineté de l'Etat n'est pas une nouveauté. Dès 1946, le préambule dans son alinéa 15 disposait : « Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix. » Il s'agit ici de poser le principe selon lequel l'Etat peut, de lui-même, abandonner certaines de ses compétences souveraines dans un but particulier (la paix, la construction européenne, etc.). C'est dans cette même logique qu'est rédigé l'article Article 88-2 : « Sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, la France consent aux transferts de compétences nécessaires à l'établissement de l'union économique et monétaire européenne. Sous la même réserve et selon les modalités prévues par le Traité instituant la Communauté européenne, dans sa rédaction résultant du traité signé le 2 octobre 1997, peuvent être consentis les transferts de compétences nécessaires à la détermination des règles relatives à la libre circulation des personnes et aux domaines qui lui sont liés. La loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris sur le fondement du Traité sur l'Union européenne. »

Bref il ne s'agit que d'une limitation dans l'exercice de la souveraineté mais pas d'une limitation de la souveraineté d'une part, et il s'agit d'une autolimitation d'autre part car elles sont prévues par la constitution. Pour dire les choses autrement, la souveraineté internationale de l'Etat ne signifie pas qu'un Etat soit dans l'impossibilité totale de consentir à être obligé par une norme de droit international (d'ailleurs sinon le droit international n'existerait pas) : cela signifie seulement que seulement n'a pas de supérieur. Mais cela n'empêche pas bien sûr un Etat, qui n'a pas de supérieur, de confier certaines de ses compétences à d'autres Etats ou Organisations internationales, de même qu'il peut ne pas le faire, de même qu'il peut les lui retirer. Ainsi, en droit français (article 55 de la constitution) le traité est supérieur à la loi, mais c'est parce que la constitution le veut bien. Elle pourrait ne pas le vouloir.

³ La construction européenne a déjà donné lieu à quatre révisions constitutionnelles, la dernière datant de mars 2003, pour permettre l'inscription du mandat d'arrêt européen dans la Constitution de 1958. Auparavant, la Loi fondamentale avait été révisée en 1992 pour la ratification du traité de Maastricht, en 1993 pour l'entrée en vigueur du traité de Schengen et en 1999 pour la ratification du traité d'Amsterdam.

Finalement, l'alinéa 15 du préambule de 1946 n'a pas beaucoup de sens : « Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix. » Si la souveraineté internationale n'est pas une somme de compétences mais simplement le fait de ne pas avoir de supérieur, le mot de souveraineté ne veut ici pas dire grand-chose. Dans ce cas, la souveraineté ne peut être limitée même si un Etat se défait de certaines de ses compétences. D'ailleurs le fait de transférer des compétences n'est pas une limitation de la souveraineté, c'est son exercice même, c'est-à-dire la possibilité même d'exister en droit international (qu'est-ce qu'un traité sinon le fait de partager ou de transférer des compétences avec un ou plusieurs autres Etats ?).

Pour conclure, la souveraineté internationale signifie que l'Etat est libre de dresser lui-même la liste des compétences qu'il entend exercer et de celle qu'il entend partager ou transférer. De ce point de vue, l'Union européenne ne met pour le moment nullement en cause la souveraineté, et donc l'Etat.

- Prenons maintenant la souveraineté dans son deuxième sens, celui de l'existence d'un organe au-dessus de tous les autres. Avec ce qui a été dit précédemment, le problème est assez simple. En France, le peuple est souverain en ce sens que la constitution le désigne comme l'organe (sauf le cas de la révision par les assemblées réunies en parlement) qui décide en dernier ressort des questions constitutionnelles. Pour qu'il y ait fin de la souveraineté française et donc altération de l'Etat, il faudrait une souveraineté européenne, c'est-à-dire que le droit européen s'impose au droit constitutionnel français. Ce qui n'est pas le cas. A chaque révision de la constitution qui a eu lieu à l'occasion de la construction européenne, c'est le constituant (peuple ou parlement) qui y a consenti. Et si le droit européen dérivé, c'est-à-dire le droit européen adopté par les institutions européennes, s'impose en droit français (sur la loi seulement), c'est parce que la constitution française le veut bien (article 55 ou article 88). Le constituant français reste donc parfaitement souverain et l'Etat n'est pas mis en cause.

- Troisième sens du mot souveraineté, celui qui désigne l'ensemble des pouvoirs contenus dans le pouvoir de l'Etat. On l'a dit, peut-on considérer qu'il existe une masse incompressible de compétence que l'Etat ne peut pas déléguer car s'il le faisait, il ne serait plus souverain.

Le conseil constitutionnel français évoque les « conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté » : ce sont certaines compétences qu'il juge particulièrement importantes qui sont exercées par d'autres que les organes de l'Etat. Le critère est donc double : d'une part, un critère matériel (la nature des compétences exercées), d'autre part un critère formel (la nature des autorités appelées à les exercer). Le conseil constitutionnel a pu ainsi juger que le transfert à une Banque centrale européenne indépendante de la souveraineté monétaire (du droit de battre monnaie) est une atteinte aux « conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté ». Dans ce cas, seule une réforme de la constitution permet de surmonter la difficulté. Il en est de même pour le vote des européens aux élections locales qui, indirectement, touchent l'Etat car les élus locaux votent pour les sénateurs, et les sénateurs participent à la confection de la loi, voire à la réforme de la constitution. Egalement, le fait que certaines décisions du conseil européen soient adoptées à la majorité qualifiée est une atteinte aux « conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté » selon le conseil constitutionnel, car ces décisions peuvent être adoptées contrairement au vœu de la France. Dans tous ces cas, la constitution a été modifiée. Au fur et à mesure que la jurisprudence évolue, la masse des matières jugées comme relevant des « conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté » augmente, de même que celles qui n'en relèvent pas.

Mais en logique, de nouveau, ce n'est pas souveraineté qui est en cause, mais son exercice et le souverain est toujours libre de s'autolimiter de même qu'il est toujours libre de mettre fin à ces autolimitations.

On a pu défendre aussi une thèse consistant à dire que ces transferts de compétences qui relèvent des « conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté » instituent un système de souveraineté partagée. Par exemple : en matière monétaire, l'union européenne serait souveraine tandis qu'en matière militaire la France le demeurerait. Cette thèse est totalement absurde. L'union européenne n'est pas souveraine en matière monétaire : la France le reste mais elle a confié le soin de cette compétence à quelqu'un d'autre. De la même façon que lorsque l'Etat confie à une entreprise privée le soin de fabriquer des billets de banque : ce n'est pas une mise en cause de la souveraineté, simplement un choix politique de gestion a été accompli. On pourrait dire la même chose quand des prisons sont gérées par des entreprises privées. Mais la souveraineté n'est pas touchée : on peut trouver cela de bonne politique ou non, mais c'est un autre problème.

• Dernière sens du mot souveraineté : l'entité au nom de laquelle l'Etat agit. En principe, la loi est l'expression de la volonté générale et l'on impute au peuple les décisions prises par le législateur (soit les deux assemblées, soit le peuple à l'occasion du référendum). (Dans le cas du référendum, le peuple a une double casquette donc.) D'où le problème, si les normes européennes s'imposent à la loi française, elles doivent être d'autant plus imputées au peuple. Les imputer au peuple français serait admissible si l'on admet que les institutions européennes représentent le peuple français, sinon il faut admettre que les normes européennes ne sont pas l'expression de la volonté générale.

Dans ce cas, à qui imputer les normes européennes ? A un peuple européen ? Mais il n'existe pas ou plutôt les traités européens n'imputent pas à un peuple européen leurs décisions.

Il y a donc bien un problème important car lorsqu'une norme européenne fait échec à une loi expression de la volonté générale (contrôle de conventionalité), le droit applicable n'est pas imputable au peuple, lequel ne serait donc plus souverain. La seule solution logique, mais elle ne va pas de soi, est de dire que les institutions européennes représentent le peuple français alors qu'elles ne sont pas élues par lui. Dès lors, si l'on considère que l'Etat est altéré quand le peuple souverain ne peut plus décider pour lui-même, alors il faut reconnaître que l'Etat a perdu quelque chose.

Cependant, ce hiatus ne concerne que la loi et non la constitution car les traités comme le droit européen dérivé sont inférieurs à la constitution.

François Saint-Bonnet
Agrégé des facultés de droit
Professeur à l'Institut d'Etudes Politiques de Rennes