

Olivier Beaud

Le Conseil constitutionnel sur la souveraineté et ses approximations

Avec cette décision « Maastricht I », le Conseil constitutionnel a ainsi fixé un « seuil de tolérance » quant à l'appréciation qu'il porte sur le respect de la souveraineté nationale par un traité. [...] Mais on peut penser qu'il a également, sans le dire expressément, tenu compte de la spécificité de la construction européenne. [...] La jurisprudence « Maastricht I » tire les conséquences d'une réalité que certains peuvent regretter, mais dont l'évidence ne s'impose pas moins : le droit communautaire ne relève plus du droit international classique¹.

Dans notre livre sur *La puissance de l'État*, nous dénoncions « la myopie des juristes positivistes qui les empêch[ait] d'apercevoir la portée systématique de la notion de souveraineté qui est une sorte de “principe des principes” du droit public² ». Pour illustrer un tel propos, nous nous référons à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, en voie d'élaboration, sur la construction européenne :

La doctrine s'est bornée le plus souvent à gloser les décisions du juge constitutionnel, sans même s'apercevoir que la souveraineté ne peut pas se laisser enfermer dans n'importe quelle décision juridictionnelle, fût-elle du Conseil constitutionnel. Et cela pour au moins deux raisons : la première est que la souveraineté déborde le cadre des différentes dispositions constitutionnelles qui la mentionnent et auxquelles le juge est tenu de se référer ; soit elle détermine certaines dispositions constitutionnelles muettes à son égard (comme celle relatives au territoire à la citoyenneté, à la nationalité, au suffrage, etc.), soit elle se situe en dehors du texte constitutionnel tout en structurant la constitution *lato sensu*³.

¹ R. DUMAS, compte-rendu de la séance du 31 décembre 1977 (décision traité d'Amsterdam), p. 7-8. La formule du « seuil de tolérance » est reprise par le président du Conseil, Pierre Mazeaud, dans son rapport de 2004, Compte-rendu de la séance du 19 novembre 2004 (décision « Constitution européenne »), p. 15.

² O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 11-12.

³ *Ibid.*, p. 12. Il convient de préciser que dans nos recherches de thèse (1984-1988), nous avons étudié les trois principales décisions du Conseil constitutionnel, celle de 1970 – fonds propres communautaires –, celle de 1972 sur le Fonds monétaire international et de 1976 sur le Parlement européen. La querelle sur Maastricht est survenue lorsque nous récrivions la thèse pour la publication, ce qui nous a permis d'en parler dans la conclusion du livre, rédigée à la fin de l'année 1992.

Il est étrange, par exemple, que certains membres éminents de la doctrine française aient pu s'étonner que la Constitution de 1958 fût silencieuse sur la question de la souveraineté internationale⁴. Une simple lecture des textes constitutionnels français ou étrangers suffit à montrer qu'on trouve rarement une formule proclamant une telle souveraineté. Pourquoi ? Parce que celle-ci va de soi, étant présupposée par l'existence de l'État dont la constitution vise à organiser en son sein l'agencement de ses pouvoirs publics.

Nous poursuivions notre propos critique en invoquant une seconde raison, plus fondamentale :

[D]ans cette matière typiquement théorique, le juge est bien plus mal placé que la doctrine pour penser cet objet. C'est ce que reconnaissait à sa manière Charles Eisenmann lorsqu'il qualifiait la souveraineté de « concept issu de la doctrine » (par opposition au « concept issu du droit positif »)⁵. Par conséquent, ce n'est certainement pas le juge qui peut dire le dernier mot sur la notion de souveraineté ; inversement, la doctrine juridique trahit sa mission lorsqu'elle reste prisonnière de l'interprétation du juge constitutionnel, et refuse alors de penser cet objet qu'est la souveraineté⁶.

Une telle affirmation consistait à écarter l'analyse du contentieux constitutionnel français pour penser la souveraineté, ce qui nous a conduit à proposer la thèse selon laquelle l'expression moderne de la souveraineté était plutôt le pouvoir constituant, c'est-à-dire le pouvoir qui, précisément, ne pouvait pas être limité par la Constitution qu'il établissait.

Depuis que ce livre fut achevé, peu après les trois décisions relatives au traité de Maastricht (1992), le nombre de décisions du Conseil constitutionnel relatives à la souveraineté s'est multiplié. Cette augmentation du contentieux constitutionnel a provoqué une multiplication de commentaires doctrinaux dont la caractéristique demeure, pour l'essentiel, la réduction de la question de la souveraineté à celle de savoir ce que dit le Conseil constitutionnel de la souveraineté – peu importe au fond ce qu'il en dit, du moment que c'est lui qui le dit. Il s'agit de comprendre, souvent de *deviner*, le sens que l'on doit accorder à telle ou telle petite phrase, ou membres de phrase de telle ou telle décision du Conseil constitutionnel pour rechercher si et comment celui-ci aurait modifié sa jurisprudence sur tel ou tel point relatif à la souveraineté. Parfois, la doctrine passe totalement « à travers » une décision du Conseil constitutionnel, comme on le verra plus loin à propos de la décision de 1985 sur la peine de mort et comme le révèle Andrea Hamann dans

⁴ C'est ainsi que François Luchaire commence un de ses articles sur la souveraineté : « Aussi curieux que cela puisse être, la souveraineté n'apparaît pas dans les articles de la Constitution de 1958 comme la qualité d'un État échappant à toute contrainte d'autres États ou même d'une organisation internationale. » (F. LUCHAIRE, « La souveraineté extérieure dans la Constitution française et la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in D. MAILLARD DESGRÈES DU LOÛ (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, p. 119).

⁵ Ch. EISENMANN, « Problèmes de méthodologie et de classifications », in *Archives de philosophie du droit*, n° 11, 1966, p. 29, réédité in Ch. EISENMANN, *Écrits de théorie du droit et de droit constitutionnel*, texte réunis par Ch. Leben, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2002.

⁶ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 12

son article ici publié. La doctrine glose à l’aveugle⁷, et peut alors gravement se tromper. Misère du constitutionnaliste, dira-t-on.

Bref notre scepticisme à l’égard de l’étude du contentieux constitutionnel français, loin de décroître n’a fait que croître. Nous demeurons convaincus qu’en présence de tels sujets – à savoir les grandes notions de dogmatique constitutionnelle, comme la souveraineté ou encore la séparation des pouvoirs⁸ – la doctrine à plutôt intérêt à se distancier de la jurisprudence du Conseil si elle veut rester fidèle à sa mission. C’est ce qu’ont fait plus ou moins récemment, et chacun à leur façon – la liste n’est pas exhaustive, et elle ne peut l’être –, Jean Combacau dans son étude sur la souveraineté internationale⁹, Michel Troper sur le concept même de souveraineté¹⁰, Denis Baranger analysant sous un jour phénoménologique « l’apparition de la souveraineté¹¹ », ou encore Sébastien Roland invitant à penser la souveraineté « comme un concept-limite, et partant comme un point de butée¹² ». C’est dans cette perspective que nos anciens travaux sur la souveraineté s’inscrivaient. Mais dans le cadre contraint de ce colloque, il a bien fallu prendre pour objet principal de notre recherche la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la souveraineté. Cependant, à l’instar d’autres auteurs¹³, nous étudierons ce matériau de façon critique. Toutefois, comme l’a fait Andrea Hamann dans sa brillante contribution¹⁴, nous arriverons aux mêmes conclusions – critiques – en ayant recouru de

⁷ Alors que pour la jurisprudence du Conseil d’État, les conclusions du commissaire du gouvernement, devenu rapporteur public, évitent de telles bévues aux administrativistes, l’opacité qui préside au travail du Conseil constitutionnel et le laconisme de sa motivation rendent possibles de telles mésinterprétations doctrinales.

⁸ Nous nous permettons de renvoyer à notre article : O. BEAUD, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle (À propos de la décision du 9 août 2012) », *Jus Politicum*, vol. V, *Constitutions écrites dans l’histoire*, Paris, Dalloz, 2013, p. 181-221.

⁹ J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : La souveraineté internationale de l’État », *Pouvoirs*, n° 67, La souveraineté, novembre 1993, p. 47-58 [<http://www.revue-pouvoirs.fr/Pas-une-puissance-une-liberte-la.html>].

¹⁰ M. TROPER, « La souveraineté comme principe d’imputation », in D. MAILLARD DESGRÈES DU LOU (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, *op. cit.*, p. 69-80.

¹¹ D. BARANGER, « Notes sur l’apparition de la souveraineté (et des droits de l’homme) », *Annuaire de l’Institut Michel Villey*, vol. IV, Paris, Dalloz, 2012. Il étudie « la manière dont le langage du droit résout le problème de la manifestation de la souveraineté » (*ibid.*, p. 259).

¹² Il ajoute : « un en-deçà de de la souveraineté n’est pas plus pensable qu’une supra-souveraineté, l’idée d’une gradation de la souveraineté apparaît bien hypothétique » (S. ROLAND, « La souveraineté », in J.-B. AUBY (dir.), *L’influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, p. 125).

¹³ Il ne faut pas croire pour autant que la doctrine spécialisée dans le contentieux n’a pas critiqué cette jurisprudence. Nous renvoyons à la thèse de J. ROUX, *Le principe de la souveraineté nationale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse de doctorat, Université de Montpellier I, 1998, dactyl. (nous remercions beaucoup l’auteur pour l’envoi de son volume). Il y a démontré que la jurisprudence du Conseil constitutionnel est difficile à suivre parce qu’elle procède d’un usage non maîtrisé de l’expression de souveraineté nationale – ce vocable recouvrant dans sa jurisprudence deux sens forts distincts : la « souveraineté démocratique » – la souveraineté *dans* l’État et, ou de l’organe – et la souveraineté de l’État, au sens d’ailleurs du contenu de la souveraineté, de la puissance publique donc.

¹⁴ A. HAMANN, « Sur un “sentiment” de souveraineté », *Jus Politicum*, 20-21, juillet 2018. Cet article fut rédigé avant le nôtre et nous fut adressé en tant que co-organisateur du colloque. Nous

manière privilégiée à l'étude des « délibérations » du Conseil. En effet, la principale source utilisée pour rédiger cet article a été le compte-rendu des délibérations tel qu'il figure dans l'ouvrage sur les *Grandes délibérations du Conseil constitutionnel*¹⁵, accessible sur internet¹⁶ ou aux Archives nationales¹⁷.

Une ultime précision concerne la question du *corpus* étudié. Le Conseil a été explicitement confronté à la question de la souveraineté dans trois grandes hypothèses. La première s'est produite lorsqu'il fut sollicité pour savoir s'il pouvait contrôler une « loi » adoptée par le peuple par voie de référendum une première fois, en 1962 (à propos de la révision relative à l'élection du président de la République au suffrage universel) et une seconde fois, en 1992 (à propos du traité de Maastricht). Ensuite, il a été saisi à de multiples reprises pour déterminer si certains traités – participation de la France au Fonds monétaire international (1970), ou la ratification d'un traité interdisant le recours à la peine de mort (1985), ou encore plus récemment, ratification du traité avec le Canada (CETA) – posaient un problème de conformité à la Constitution, au sens de l'article 54 de la Constitution de 1958. Enfin, le dernier bloc de jurisprudence concerne le massif « constitué » par la jurisprudence relative à la construction européenne. Ces diverses sollicitations du Conseil se reflètent dans la production de Leo Hamon, fin annotateur des décisions du Conseil¹⁸. Après avoir étudié les décisions du Conseil constitutionnel relatives d'abord aux rapports institutionnels ensuite aux libertés, il a commencé à examiner dans les années 1990 les rapports de l'État avec des entités internationales¹⁹. Toutefois, il était évidemment impossible d'étudier systématiquement toute la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans le cadre d'un seul article. Il a fallu privilégier l'étude du premier et du troisième volets de cette jurisprudence, étant entendu que, pour la question européenne, nous avons décidé de nous limiter

avons donc une dette certaine à l'égard de son auteur dont le texte a conduit à remanier notre texte déjà en partie rédigé, pour ne pas faire trop double emploi avec le sien.

¹⁵ B. MATHIEU *e. a.* (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1985)*, Paris, Dalloz, 2014. Cet ouvrage est une source désormais précieuse pour toute étude de contentieux constitutionnel.

¹⁶ [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/comptes-rendus/comptes-rendus-des-seances.147301.html>].

¹⁷ Je remercie particulièrement Mme Caroline Piketty de la Section moderne des Archives Nationales de m'avoir laissé accéder, en février 2017, aux délibérations non encore ouvertes au public.

¹⁸ P. WACHSMANN, « Leo Hamon, annotateur des décisions du Conseil constitutionnel », in P. CHARLOT (dir.), *L'œuvre de Leo Hamon*, Paris, Dalloz, 2014, p. 149 *sqq.*

¹⁹ Voir notamment ses deux chroniques dans L. HAMON, « La souveraineté nationale, la Constitution... et les négociations "européennes" en cours », *Rec. Dalloz Sirey*, 43^e Cahier, 1991, p. 301 *sqq.* et note sous CC 23 et 25 juin 1991, *Rec. Dalloz Sirey*, 1991, p. 616-623.

à la jurisprudence procédant de la saisine autorisée par l'article 54 de la Constitution²⁰, bornant par ailleurs notre enquête à 2007, année de la décision sur le traité de Lisbonne²¹.

I. LE SURGISSEMENT DU SOUVERAIN DANS LA CONSTITUTION ET LE MALAISE QUI EN RÉSULTE

Les recherches « purement » doctrinales démontrent que, selon le point de vue adopté, la souveraineté change de sens selon qu'elle est rapportée à la personne morale qu'on appelle l'État, ou qu'on la rapporte à une institution, à un organe de l'État. La *summa divisio* oppose donc, d'un côté, la souveraineté *de* l'État à, d'un autre côté, la souveraineté *dans* l'État. Dans ce dernier cas, le mot de souveraineté, comme l'a bien vu Carré de Malberg, « sert à caractériser la position qu'occupe dans l'État le titulaire suprême de la puissance étatique, et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe²² ». Cette définition permet de saisir aussi bien le Monarque et le Parlement souverain de la III^e République ou du Parlement de Westminster, que la position du Président de la V^e République. Il est également fréquent en doctrine de décrire ainsi le peuple souverain en tant qu'il est conçu comme « corps électoral » et donc « organe primaire » (dit Jellinek). Toutefois, ce retour du Souverain dans l'édifice constitutionnel, sous le nom de souveraineté d'organe, n'est pas sans poser quelque difficulté au constitutionnaliste. Tout comme en droit international²³, la notion de souveraineté a mauvaise réputation en droit constitutionnel, parce qu'elle serait le symbole d'un absolutisme dépassé car antinomique à l'État de droit, ou au constitutionnalisme.

En effet, synonyme de pouvoir absolu, la souveraineté serait contraire à la séparation des pouvoirs dont le propre est d'interdire la concentration des pouvoirs au profit d'un organe de l'État. Elle entrerait ensuite en contradiction avec l'idée même de justice constitutionnelle et du contrôle de constitutionnalité des lois, qui a pour nécessaire conséquence de remettre en cause la souveraineté du Parlement. Enfin, l'existence d'une Constitution écrite à laquelle sont soumis tous les pouvoirs publics fait que ceux-ci deviennent nécessairement des pouvoirs *constitués*, ne pouvant plus être qualifiés de souverains parce que limités par le droit positif, de sorte que seul le pouvoir constituant (originaire) serait souverain. Il est donc paradoxal que le Conseil constitutionnel, institution censée être au service du constitutionnalisme, soit obligé d'examiner la question de la souveraineté d'un « organe », c'est-à-dire d'un pouvoir public agissant au sein de la Constitution, que ce soit le

²⁰ Nous laisserons de côté la jurisprudence des années 2004-2006 portant sur la transposition des directives, interprétée comme une exigence constitutionnelle en vertu de l'article 88-1 de la Constitution et issue d'une saisine du Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 6. Inaugurée par la décision sur la loi pour la confiance dans l'économie numérique (2004-96 DC du 10 juillet 2004), elle a été complétée par la décision 2006-540 DC du 27 juillet 2006 dans laquelle le Conseil constitutionnel décide que la transposition d'une directive européenne « ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti » (cons. 19).

²¹ C'est la dernière décision pour laquelle nous avons pu consulter le compte-rendu des délibérations.

²² R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, Paris, Dalloz, 2003 [1920], p. 79.

²³ A. HAMANN, « Sur un "sentiment" de souveraineté », art. cité.

peuple, sollicité par voie référendaire (1962 et 1992), ou l'organe chargé de la révision constitutionnelle (1992).

A. Le surgissement du peuple en Souverain

Par deux fois, le Conseil constitutionnel a dû se poser la question de savoir s'il pouvait contrôler une loi adoptée par le peuple selon la voie référendaire. À chaque fois, il a décliné sa compétence. Voyons comment.

1. 1962 ou la souveraineté du peuple déclarée « incontestable » par le Conseil

Dans sa décision du 6 novembre 1962, le Conseil constitutionnel a estimé qu'il n'était pas compétent pour contrôler la loi adoptée par référendum modifiant le mode d'élection du président de la République. Lors de la séance du 6 novembre 1962, la délibération fut souvent d'un haut niveau, en raison surtout, d'ailleurs, des interventions de ses membres minoritaires.

Sur la question de fond, c'est-à-dire sur la régularité de la procédure, il n'y avait guère d'hésitation à avoir, puisque, dans son avis officieux antérieur, le Conseil constitutionnel avait déclaré l'inconstitutionnalité de la procédure²⁴, ce qui n'avait pas empêché le général de Gaulle de poursuivre la procédure. Le véritable problème portait donc sur la compétence du Conseil constitutionnel pour examiner la constitutionnalité d'une loi référendaire, sachant que l'article 61 de la Constitution était muet sur ce point. Le compte-rendu de la séance du Conseil révèle que la question de la souveraineté du peuple était bien sous-jacente à l'opposition des partisans de la thèse de l'incompétence du Conseil et ceux de la thèse inverse. Toutefois, il est remarquable d'observer que seuls ceux qui veulent justifier la compétence du Conseil constitutionnel l'invoquent, en quelque sorte négativement, pour lui opposer le principe inverse de la suprématie de la Constitution. En effet, les membres qui plaident avec succès la thèse de l'irrecevabilité de la saisine pour cause d'incompétence du Conseil – notamment le rapporteur (Jean Michard-Pellissier) et le président (Léon Noël) – se fondent très peu sur le principe de la souveraineté du peuple, raisonnant plutôt à partir de la lecture des textes – art. 61 C. et loi organique (relative au Conseil constitutionnel) – et de la référence aux travaux préparatoires de la Constitution de 1958. Au cours de la délibération, le rapporteur évoque une fois seulement le principe de la souveraineté du peuple, et dans les termes suivants : « Je crois qu'une fois que la Nation a décidé, tout contrôle ne peut être que sans objet. Et c'est donc tout naturellement que la Constitution ne l'a pas prévu²⁵. » L'absence de contrôle de constitutionnalité des lois référendaires découle donc du principe de la souveraineté du peuple.

Cet argument fait immédiatement réagir René Coty, qui apparaît comme le plus subtil défenseur de la thèse constitutionnaliste. Celle-ci consiste à opposer à la souveraineté du peuple la suprématie de la Constitution. Coty estime que le point de vue défendu par le rapporteur représente « une doctrine » – il faut entendre par là

²⁴ Reproduit dans B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU et X. PHILIPPE, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1986)*, Paris, Dalloz, 2014, 2^e éd., p. 100-112.

²⁵ M. MICHARD-PELLISSIER, « Compte-rendu de la séance du 6 novembre 1962 », in B. MATHIEU *e. a.*, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 116.

une doctrine parmi d'autres. Il objecte aussitôt : « Est-ce la doctrine de la Constitution²⁶ ? » Il avance alors une série d'arguments pour fonder la compétence du Conseil, arguments que nous ne pouvons pas tous évoquer et dont certains sont juridiquement très subtils²⁷. On s'arrêtera donc uniquement sur l'argument conséquentialiste qu'il invoque pour obliger les autres membres du Conseil à réfléchir à ce qui se passerait si l'on interdisait le contrôle du Conseil constitutionnel des lois référendaires parce que, précisément, elles seraient référendaires. Si l'on admettait – dit Coty – la toute-puissance de la « sagesse populaire », il faudrait alors reconnaître le cas suivant : qu'« un président de la République soit élu, qu'il ait le désir de se débarrasser des assemblées, invoquant l'article 11, il pourra abolir la Constitution par plébiscite, établir un régime qui ne sera plus la République. Voilà où vous aboutissez²⁸. » Ce même argument est repris par Vincent Auriol qui craint que la procédure référendaire puisse être un moyen trop facile de détruire « par pans successifs la Constitution²⁹ ». À l'opinion critique des deux anciens présidents de la IV^e République vient s'ajouter celle de René Cassin qui y apporte le crédit de son parcours antérieur (professeur agrégé de droit privé, puis légiste de la « France Libre », et, enfin, vice-président du Conseil d'État) :

Le refus d'examiner une loi référendaire créerait une fissure dans l'exercice de notre contrôle ; supposez que par référendum, on porte atteinte au principe de non-rétroactivité des lois pénales, à celui de l'égalité politique des femmes, aux garanties contenues dans le Préambule. Tout cela peut être anéanti par référendum. M. le président Coty a fait allusion à la forme républicaine du gouvernement. Par l'article 11, on peut faire une révolution légale. Vous avez le droit d'envisager une révolution. Mais vous n'avez pas le droit d'en mettre le principe dans la Constitution³⁰.

C'est une autre manière de soutenir que, à l'instar de l'article 16, l'article 11 de la Constitution de 1958 peut être instrumentalisé et devenir une arme de destruction massive du constitutionnalisme. René Cassin ose d'ailleurs énoncer l'idée que « le peuple s'est lui-même tracé des règles. Si on ne les respecte pas, on va ouvrir des brèches par où la Constitution sera emportée³¹ ». En d'autres termes, dès lors que le peuple s'exprime dans le cadre de l'article 11, il est une autorité *constituée*, soumise donc à la Constitution, comme tous les autres pouvoirs publics. Par voie de conséquence, le Conseil constitutionnel devrait être compétent pour contrôler ce type d'expression populaire.

Enfin, parmi les autres arguments avancés par les défenseurs de la thèse du contrôle de constitutionnalité de la loi référendaire, il faut mentionner spécialement l'argument soutenu par Auriol sur l'usurpation de souveraineté potentiellement incluse dans toute loi référendaire : reconnaître la validité incontestable de toute

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Notamment celui selon lequel en contrôlant uniquement la régularité de la procédure utilisée, le Conseil constitutionnel n'entrerait pas en conflit avec « le verdict populaire » qui portait sur le fond (élire le président de la République au suffrage universel direct). Le Conseil, s'il contrôlait, agirait de la même façon que la Cour de cassation contrôlant la régularité d'une décision de la cour d'assises (*ibid.*, p. 117).

²⁸ *Ibid.* Il cite à titre d'exemple Pétain voulant abolir le régime parlementaire par plébiscite.

²⁹ *Ibid.*, p. 120.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*, p. 121.

expression référendaire, c'est admettre par avance qu'une « fraction du peuple français peut s'approprier la souveraineté nationale³² ». Une telle argumentation revient à contester, indirectement mais nécessairement, l'idée que la volonté de la majorité du peuple vaut décision de l'ensemble du peuple, et remettre en cause cette présomption inhérente au principe majoritaire, principe sans lequel la démocratie ne peut fonctionner. Mais, en même temps, elle rappelle que le peuple n'est jamais unanime et que la *vox populi* n'est pas celle d'une acclamation unanime. À tous ces arguments, les partisans de la compétence du Conseil constitutionnel ajoutent l'autorité du doyen Vedel qui, dans son cours de droit constitutionnel, aurait professé que

les lois adoptées par référendum peuvent être déferées au Conseil constitutionnel et qu'un référendum inconstitutionnel ne peut pas avoir plus de valeur juridique qu'une élection irrégulière ; or, celle-ci peut bien être annulée, bien que le peuple ait voté³³.

Il est frappant pour le lecteur de cette délibération que les partisans de la thèse de l'incompétence qui l'emportent (6 voix contre 4)³⁴ ne discutent pas l'objection constitutionnaliste de Coty, Auriol et Cassin (rejoint par Vallery-Radot). Ils se réfugient derrière les arguments de texte, préférant donc une interprétation exégétique, étroite, qui sert évidemment leur dessein de déclarer l'incompétence du Conseil constitutionnel. Pourtant, quand on lit la décision, l'argument de la souveraineté du peuple apparaît bien décisif. Il y a là un hiatus évident entre le contenu de la délibération et le contenu de la décision, finalement retenu. Celui-ci mentionne un « esprit de la Constitution » peu évoqué par la majorité des membres lors de la délibération, tandis que le considérant décisif se termine par l'invocation des « lois qui, adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale » (DC n° 62-20 du 9 novembre 1962, cons. 2). Une telle décision revient à considérer que l'expression d'une décision du peuple est injusticiable parce que le peuple est souverain. Une telle décision considère donc que, une fois que le peuple a voté, il n'est plus possible d'objecter avec succès un argument d'inconstitutionnalité de type procédural, résultant en l'espèce de l'utilisation de l'article 11 au lieu de l'article 89. L'argument de l'incompétence du Conseil prévaut alors sur l'irrégularité de la procédure³⁵.

2. Le 26 septembre 1992 : une confirmation ambiguë de la jurisprudence antérieure

Pour ce qui concerne la décision du 26 septembre 1992 (dite *Maastricht III*), le problème se posait de manière un peu différente. Après les péripéties qui avaient marqué l'épisode de la ratification du traité proprement dit, ayant exigé une révision constitutionnelle en raison d'une décision de contrariété rendue par le Conseil le 9 avril 1992 (*Maastricht I*, voir *infra*), c'est le peuple, et non le Parlement, qui, sur

³² *Ibid.*, p. 120.

³³ *Ibid.* Nous n'avons pas trouvé trace de cette assertion dans son *Cours de droit constitutionnel* de 1960-1961 publié aux Cours du droit. Il est toutefois possible que le cours mentionné soit celui professé non à la faculté de droit de Paris, mais à l'Institut d'études politiques de Paris.

³⁴ Les quatre minoritaires sont, comme on l'a deviné, Coty, Cassin, Auriol et, en plus, Vallery-Radot.

³⁵ Il va de soi que le seul contrôle judiciaire de constitutionnalité devrait être prévu antérieurement au référendum proprement dit, entre le moment où il est fait appel au peuple et le moment où le peuple vote.

le fondement de l'article 11, fut sollicité par le président de la République pour adopter la loi autorisant l'approbation du traité de Maastricht. Lors du scrutin du 20 septembre 1992, la majorité du peuple approuva par référendum ledit traité, ce qui provoqua immédiatement une saisine des députés, emmenés par Pierre Mazeaud. Pour la seconde fois, le Conseil devait trancher la question de savoir s'il pouvait examiner la constitutionnalité d'une loi référendaire.

La délibération de la séance du 23 septembre 1992 n'est pas, selon nous, du même niveau que celle de 1962. Le rapporteur, le professeur Jacques Robert, résume l'argument des saisissants dont l'un des objectifs est de démontrer que la décision d'incompétence du 6 novembre 1962 n'est plus susceptible de fonder la jurisprudence du Conseil constitutionnel en raison de l'évolution du contrôle de constitutionnalité et surtout à cause d'un précédent majeur, la décision de juin 1976, en vertu de laquelle le Conseil a admis qu'une loi référendaire pouvait être modifiée par une loi ordinaire (parlementaire) – ce qui est une autre manière de prétendre que la loi adoptée par le peuple n'est pas souveraine. La saisine soulevait, en outre, un nouvel argument relatif à l'objet de la loi proprement dite : alors qu'en 1962, la loi déferée avait un objet mixte (à la fois constitutionnel et organique), la loi ici déferée à l'examen du Conseil constitutionnel était une loi autorisant l'approbation d'un traité, ayant donc valeur de loi ordinaire. Sa spécificité tenait à l'auteur de l'approbation, le peuple se substituant de façon exceptionnelle au Parlement d'ordinaire compétent pour donner une telle « autorisation » à un traité déjà conclu. Ces arguments sont balayés presque d'un revers de la main par le rapporteur, qui s'appuie non seulement sur les textes – en particulier les dispositions de la loi organique relative au Conseil constitutionnel –, mais surtout sur la décision du 6 novembre 1962. Il considère en effet que « l'apport fondamental » de cette dernière décision consiste en ce que « l'esprit de la Constitution s'oppose à ce que le Conseil contrôle l'expression directe de la souveraineté nationale³⁶ ». Il conclut son rapport en indiquant que « pressé par le temps », il soumit un projet de décision qui « “colle” autant que faire se peut à la décision de 1962 » qu'il « ratifie³⁷ » tout en suggérant une solution alternative, appelée plus loin « solution 2 », qui est la suivante : si le Conseil constitutionnel pourrait être compétent pour vérifier la régularité des élections, il ne l'était pas pour « contrôler le fond de l'expression populaire³⁸ ».

Pour une fois, le rapporteur n'est pas suivi par les autres membres du Conseil constitutionnel. C'est surtout le président (Badinter) qui semble irrité par la motivation proposée, ne pouvant s'empêcher de remarquer ironiquement à propos de « l'esprit de la Constitution » : « nous ne faisons pas tourner les tables constitutionnelles³⁹ ». La discussion qui suit porte principalement sur la question de savoir laquelle des deux solutions pour justifier l'incompétence est la plus judicieuse : soit reprendre l'argumentation de 1962, soit la faire évoluer en jouant sur l'opposition entre le possible contrôle de régularité des élections et l'impossible contrôle de l'expression populaire sur le fond (« solution 2 »). Le consensus semble se nouer entre les membres du Conseil constitutionnel sur l'idée que ce dernier ne peut pas

³⁶ Compte-rendu de la séance du 23 septembre 1992, p. 14.

³⁷ *Ibid.*, p. 14-15.

³⁸ *Ibid.*, p. 15.

³⁹ *Ibid.*, p. 19.

s'opposer à la voix du peuple souverain, une fois qu'elle s'est valablement exprimée. C'est le président qui l'affirme avec force, renvoyant sur ce point les deux solutions envisagées : « Nul ne peut aller contre la volonté du peuple dès lors qu'elle s'est exprimée, selon une procédure régulière⁴⁰ ». Plus loin, il réitère cette position de principe : « il faut un contrôle préalable du Conseil. Mais quand le peuple a parlé le juge se tait⁴¹ ». Il est rejoint par Maurice Faure qui déclare, tout aussi abruptement : « Une fois que le souverain s'est prononcé, il n'y a plus rien à faire⁴² ». On dirait, à première vue, du Carl Schmitt dans le texte, c'est-à-dire une consécration du décisionnisme. Le peuple, quand il intervient, serait au-dessus de la Constitution. Toutefois, ce serait une erreur d'interpréter ainsi ces deux interventions, car il faut, au contraire, les situer dans la lignée de la limite tracée par Coty en 1962 : le peuple doit avoir été *régulièrement* sollicité. Le contrôle de la constitutionnalité de la procédure est bien implicitement considéré comme étant non seulement possible, mais nécessaire. En revanche, si la consultation du peuple est régulière en la forme, une fois que le peuple a tranché, le juge ne peut plus rien faire et donc ne peut s'opposer à la volonté populaire. Or, en l'espèce, nul ne doutait cette fois de la régularité de la saisine du peuple sur le fondement de l'article 11 (évoquant la ratification référendaire des traités ayant « des incidences sur le fonctionnement des institutions »). Ainsi le principe démocratique doit-il l'emporter. C'est ce qu'énonce avec force Robert Badinter qui défend la « solution 2 », en estimant que « le fait que la loi référendaire ne soit pas censurable par le Conseil constitutionnel ne résulte pas seulement de la Constitution, mais prend sa source dans la théorie de la souveraineté elle-même, dans un principe fondamental⁴³ ».

Le texte même de la décision ne nous paraît pas refléter fidèlement le contenu du compte-rendu. En effet, après avoir relevé, comme en 1962, que le texte de la Constitution de 1958 est muet sur la question de sa compétence pour contrôler la constitutionnalité d'une loi référendaire, le Conseil constitutionnel justifie son incompétence en énonçant la phrase suivante :

[A]u regard de l'équilibre des pouvoirs établis par la Constitution, les lois que celle-ci a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple français, à la suite d'un référendum contrôlé par le Conseil constitutionnel au titre de l'article 60, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale⁴⁴.

Certes, la référence à l'« esprit de la Constitution » et au Conseil constitutionnel, « organe régulateur des pouvoirs publics », ont disparu de la décision de 1992, ce qui montre bien la volonté, apparue lors de la discussion entre les membres, de se distancier de celle de 1962. En revanche, la décision reconnaît, comme celle de 1962, une asymétrie entre la volonté du peuple, insusceptible de contrôle, et la volonté parlementaire soumise à un tel contrôle. Dès lors, l'expression de la souveraineté du peuple prévue à l'article 3 C est hiérarchisée, puisque l'expression directe

⁴⁰ *Ibid.*, p. 15.

⁴¹ *Ibid.*, p. 19.

⁴² *Ibid.*, p. 15. Il précise plus loin pour témoigner de son scepticisme à l'égard d'un contrôle procédural préalable (du type avis de 1962) : « Moi, je ne vois pas aux termes de quelles constructions juridiques nous pourrions nous remettre en cause les résultats d'une consultation populaire au suffrage universel. Le peuple a voté oui : comment décider que ce n'est pas conforme à ceci ou cela ? » (*ibid.*, p. 18).

⁴³ *Ibid.*, p. 17.

⁴⁴ Cons. 4.

échappe au contrôle du Conseil constitutionnel tandis que celle du Parlement – expression indirecte du peuple – y est soumise. Dans un tel contexte, il devient difficile de comprendre l’invocation par le Conseil d’« un *équilibre des pouvoirs* » qui est censé éclairer la solution alors que celle-ci est, en fin de compte, identique à celle de 1962 en ce qu’elle reconnaît la suprématie de la volonté du peuple.

Il est donc frappant de constater que le conflit frontal entre la souveraineté du peuple et le contrôle juridictionnel de la loi (une des expressions du constitutionnalisme) ne fait pas l’objet d’une discussion entre les membres du Conseil constitutionnel. Le président Badinter y fait certes allusion, implicitement, en évoquant, l’hypothèse « dans laquelle le Président [de la République] [fait] adopter par référendum une loi qui, empruntant la voie parlementaire, tomberait à coup sûr sous la censure du Conseil constitutionnel⁴⁵ », et donc le risque du détournement de procédure consistant à utiliser l’article 11 « pour éviter le contrôle de constitutionnalité⁴⁶ ». Une telle hypothèse n’est pas purement théorique, car le président, comme un autre membre (Rudloff), songe au rétablissement de la peine de mort par voie de référendum. Mais ces deux interventions ne provoquent pas de réaction, ni de débat. De même, le sérieux problème du domaine d’application de la loi référendaire, soulevé par les saisissants, n’est guère examiné par les membres du Conseil constitutionnel. En effet, il était loin d’être évident que la décision de 1962 pût jouer comme précédent, car, comme la saisine l’avait fait observer, la loi référendaire déferée au Conseil était une loi autorisant l’approbation d’un traité international et devait être considérée comme étant une loi ordinaire. Cette question est seulement effleurée à l’occasion d’une discussion entre le président et le rapporteur sur la différence de nature des actes « suivant que la souveraineté s’exprime directement ou pas ». Le rapporteur juge « contestable » la décision du 14 juin 1976 qui a déclaré conforme à la Constitution la loi organique relative au parrainage des candidats à l’élection présidentielle, et modifiant donc, formellement, la partie organique de la loi référendaire du 6 novembre 1962⁴⁷. C’est en raison de cette remarque que le secrétaire général du Conseil intervient spontanément en faisant une mise au point juridique sur cette délicate question de la valeur juridique d’une loi référendaire :

La question est celle du domaine dans lequel intervient la loi référendaire ; si ce domaine est constitutionnel, seule une loi constitutionnelle pourra venir la modifier ; s’il est organique, une loi organique pourra lui apporter des modifications, et s’il relève de la loi ordinaire, celle-ci peut modifier la loi référendaire. En 1962, il s’agissait d’une loi référendaire sur la forme qui portait à la fois sur le domaine constitutionnel et sur le domaine organique⁴⁸.

Une telle intervention soulevait l’intéressant problème juridique de savoir quel était le statut d’une loi référendaire une fois adoptée. Du point de vue de la hiérarchie des normes, l’argumentation du secrétaire général est inattaquable : une loi constitutionnelle peut toujours être abrogée ou modifiée par une autre loi constitutionnelle. C’est la position classique des membres du Conseil d’État, celle que

⁴⁵ *Ibid.*, p. 16.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 15 (formule du président Badinter).

⁴⁷ Décision n° 76-65 DC du 14 juin 1976.

⁴⁸ Compte-rendu de la séance du 23 septembre 1992, p. 19.

défendait Raymond Janot devant le Comité constitutionnel consultatif⁴⁹. On verra plus loin qu'elle peut cependant être discutée si l'on se place d'un autre point de vue, celui de la hiérarchie des organes, si l'on peut dire. Mais une chose est sûre : cette question n'a pas du tout intéressé les membres du Conseil constitutionnel, qui n'ont pas répliqué à cette observation, le rapporteur ne tentant même pas de défendre son point de vue critique sur la décision de 1976. Rien de surprenant en fait, tant les membres du Conseil, qui sont mal à l'aise avec les questions de « dogmatique juridique », les éludent soigneusement. Le même constat vaut pour la seconde des questions un peu compliquées posée cette fois par la deuxième décision du 2 septembre 1992 (*Maastricht II*), qui faisait intervenir un autre Souverain.

B. *Maastricht II* ou le surgissement d'un autre Souverain : le « pouvoir constituant »

La saisine du Conseil constitutionnel était la première application de la modification de la Constitution, consécutive à la décision du 9 avril 1992 (*Maastricht I*) ayant relevé certaines contrariétés du traité avec la Constitution de 1958. Le nouvel article 54, issu de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992, étant désormais calqué sur l'article 61, les députés du RPR, emmenés cette fois par Charles Pasqua, contestaient de nouveau la constitutionnalité des dispositions du traité de Maastricht, remettant en cause, implicitement, mais nécessairement, la première décision du 9 avril 1962. Ce point relatif à l'autorité de la chose jugée ne retiendra point notre attention car, dans notre perspective, cette saisine est essentiellement intéressante en ce qu'elle contraignait le Conseil constitutionnel à trancher le point de savoir s'il pouvait contrôler le contenu d'une loi constitutionnelle adoptée à la suite d'une révision opérée par le Congrès (art. 89).

Le Conseil rejette une telle possibilité en énonçant que, exception faite des limitations temporelles, de forme et de fond, tirées principalement de l'article 89 al. 5, « le pouvoir constituant est souverain » ; de telle sorte qu'« il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter les dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ». Il en résulte que « rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle », une telle dérogation pouvant être « aussi bien expresse qu'implicite » (*Maastricht II*, cons. 19). Par voie de conséquence, le Congrès, qui fut l'organe de révision en 1992, pouvait très bien déroger à l'article 3 C pour ce qui concerne la participation des ressortissants européens aux élections municipales, en prévoyant une exception figurant dans le nouvel article 88-3. Cette liberté du « pouvoir constituant » se manifeste également par le fait qu'il a pu introduire dans la révision constitutionnelle des dispositions qui n'avaient rien à voir avec le « mandat » initial résultant de la déclaration de non-contrariété du 9 avril 1992 (modification des conditions de saisine de l'art. 54 ou encore l'art. 88-4).

Nous ne reprendrons pas ici nos critiques relatives à l'usage de l'expression de « pouvoir constituant » pour désigner ce que nous persistons à nommer le « pouvoir de révision constitutionnelle » au motif qu'un pouvoir constituant n'est justement pas un pouvoir constitué, et *vice versa*⁵⁰. Nous ne reviendrons pas davantage

⁴⁹ Cité par Vincent Auriol, dans le compte-rendu de la séance du 6 novembre 1962, dans B. MATHIEU *e. a.* (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1985)*, *op. cit.*, p. 119.

⁵⁰ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 314 *sqq.*

sur l'incohérence qu'il y a à qualifier de « souverain » un pouvoir (celui de réviser la Constitution) qui est soumis à des conditions juridiques expressément formulées dans certains articles de la Constitution, et au premier chef dans l'article 89 al. 5. Il ressort de la lecture du compte-rendu de la discussion du 2 septembre 1992 que ces petites « finesses » de vocabulaire, qui recouvrent de vrais problèmes conceptuels, ne furent pas du tout évoquées, le rapport de Maurice Faure étant adopté sans guère de débats. En termes imagés le rapporteur résume la saisine en disant qu'elle reproche au « constituant » (c'est-à-dire le Congrès) d'avoir péché par « défaut » et « par excès », notamment par défaut, car il n'aurait pas modifié les dispositions constitutionnelles nécessaires (entre autres l'article 3). Il y aurait donc une sorte d'incompétence négative de l'autorité ayant révisé la Constitution. À cet argument de principe, Maurice Faure répond par un rejet et, pour ce faire, se retranche derrière, d'une part, le constat – qu'il juge infaillible – de la souveraineté du pouvoir constituant⁵¹ et, d'autre part, l'autorité doctrinale – jugée tout autant infaillible – du doyen Vedel. En effet, sa doctrine du « lit de justice » justifierait la souveraineté du pouvoir de révision, car il conviendrait de laisser à un pouvoir public la faculté de surmonter le blocage résultant d'une « invalidation » par le Conseil constitutionnel, seul moyen d'éviter le « gouvernement des juges », jugé problématique parce que le juge n'a pas une légitimité démocratique équivalente à celle du peuple. « Alors – conclut Maurice Faure –, comme le dit lumineusement Georges Vedel, le souverain paraît en majesté et vient “dans une sorte de lit de justice” briser les arrêts du juge⁵² ». Cette liberté reconnue à l'autorité de révision se serait manifestée, poursuit le rapporteur, dès la décision du 9 avril 1992 (*Maastricht I*) dans laquelle le Conseil constitutionnel n'aurait pas voulu « “tenir la main” du constituant », « le laissant libre de choisir les voies et moyens à emprunter pour parvenir à l'objectif de rendre le texte constitutionnel compatible avec le Traité⁵³ ».

On se dispensera ici de critiquer cette doctrine « vedélienne » du lit de justice⁵⁴, si « lumineuse » soit-elle aux yeux de son ami Maurice Faure, en préférant souligner son inapplication dans le cas de l'espèce. En effet, loin de contredire la décision du Conseil constitutionnel du 9 avril 1992, le « pouvoir constituant » l'a sagement suivi en se conformant à l'objectif qu'elle a fixé : rendre compatible la Constitution de la V^e République en la modifiant en vue de rendre possible la ratification en droit interne du traité de Maastricht. En réalité, dans le cas précis de 1992, le pouvoir constituant aurait fait preuve de sa « souveraineté » s'il avait « brisé » la décision du Conseil constitutionnel, en modifiant la Constitution dans un sens *contraire* aux dispositions du traité de Maastricht. Par exemple, si le « Souverain » constituant – le Congrès – avait ordonné que le droit de vote dans les élections municipales ne

⁵¹ Les requérants « me semblent oublier ce point fondamental que le constituant est souverain. Et qu'il l'est tant du point de vue de la matière qu'il entend régler (il lui est simplement interdit, en vertu du dernier alinéa de l'article 89 de la Constitution de revenir sur la forme républicaine du gouvernement), que de la façon dont il entend régler cette matière » (Compte-rendu, séance du 2 septembre 1992, p. 12).

⁵² Compte-rendu, séance du 2 septembre 1992, p. 13. Maurice Faure se réfère à l'article de Vedel : G. VEDEL, « Schengen et Maastricht (À propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *RFDA*, n° 2, 1992, p. 173-184.

⁵³ Compte-rendu, séance du 2 septembre 1992, p. 13.

⁵⁴ Nous rejoignons notamment Claude Klein, excellent connaisseur de la question du pouvoir constituant, qui a judicieusement critiqué la théorie du Conseil constitutionnel comme « aiguilleur » dans l'ouvrage suivant : Cl. KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, p. 169-170.

pouvait être reconnu aux ressortissants communautaires, il y aurait bien eu l'équivalent d'un lit de justice. En effet, il aurait fait le contraire de ce que « prescrivait » le Conseil constitutionnel et serait apparu en majesté comme une sorte de Souverain moderne « brisant » une décision du Conseil. Mais, comme on l'a vu, il n'a pas du tout procédé ainsi. Par conséquent, à la supposer valable en soi, la doctrine du lit de justice ne s'est pas appliquée en l'espèce, et ne pouvait en rien justifier métajuridiquement l'injusticiabilité de la décision du Congrès.

Cette invocation du « lit de justice » n'est d'ailleurs pas la seule contradiction interne à ce rapport de Maurice Faure. En effet, en même temps que le rapporteur déclare que le pouvoir de révision constitutionnelle, le « pouvoir constituant », est souverain, il prend la liberté d'interpréter de façon très constructive l'article 88-3 de la Constitution qui posait un problème de cohérence interne. En effet, son premier aliéna renvoyait, pour la mise en œuvre du droit de vote et de l'éligibilité des ressortissants européens « aux modalités prévues » par le traité de Maastricht alors que le troisième et dernier alinéa disposait qu'on pourrait « renvoyer à une loi organique « pour déterminer les conditions d'application » de l'article 88-3. Il y avait donc un risque de contrariété entre les deux dispositions, de sorte que la seule possibilité envisageable pour sauver une telle rédaction défectueuse était, selon le rapporteur, d'interpréter l'article 88-3 comme imposant à la loi organique française l'obligation de respecter l'acte de droit européen dérivé fixant lesdites modalités. Ainsi, le rapporteur propose aux membres du Conseil de faire une « interprétation neutralisante » de l'article 88-3⁵⁵. Mais cela ne revient-il donc pas à contrôler le « pouvoir constituant » déclaré pourtant souverain ? En tout cas, sans discuter ni cette idée de souveraineté du « pouvoir constituant », ni la qualification de « pouvoir constituant », ni encore l'interprétation neutralisatrice, le Conseil constitutionnel avalise le rapport de Maurice Faure, comme en témoigne le contenu de la décision⁵⁶.

Par conséquent, dans sa décision *Maastricht II*, le Conseil constitutionnel avalise la théorie de la souveraineté de l'organe. En effet, elle considère que le Congrès (réunion de l'Assemblée nationale et du Sénat), organe doté du pouvoir de révision constitutionnelle, est l'organe souverain. C'est d'ailleurs un souverain particulier puisqu'il est prévu par la Constitution, donc un organe constitué. Cependant, on sait qu'en vertu de l'article 89 de la Constitution, le président de la République peut aussi solliciter le peuple pour ratifier une révision approuvée en premier lieu par les deux Chambres. Il ressort donc un constat paradoxal selon lequel il y a en réalité, un *double Souverain* dans la V^e République : d'une part, le peuple, que celui-ci soit sollicité en vertu de l'article 11, soit selon nous en vertu de l'article 89, et, d'autre part, le Congrès. Peut-on alors imaginer un conflit de souveraineté entre ces deux entités ? Plus précisément, doit-on, ou non, admettre qu'un organe autre que le peuple pourrait modifier ultérieurement l'expression de la volonté souveraine du peuple ? Pour être plus précis, le Congrès sollicité aux termes de l'article 89 pourrait-il modifier le contenu d'une loi constitutionnelle « référendaire » ? Pourrait-il revenir, par exemple sur l'élection directe au suffrage universel

⁵⁵ « Je vous propose donc de considérer que l'article 88-3 nouveau de la Constitution ne fait pas obstacle à la ratification, au bénéfice de l'interprétation neutralisante que je viens de décrire [...] » (Compte-rendu, séance du 2 septembre 1992 p. 19).

⁵⁶ Voir, outre le 13^e considérant précité, le 28^e considérant : « la loi organique devra respecter les prescriptions édictées à l'échelon de la Communauté européenne pour la mise en œuvre du droit reconnu par l'article I-8 B, paragraphe 1 ».

du président de la République ? Le Conseil constitutionnel a bien admis en 1978 que le Parlement pouvait modifier la partie organique de la loi du 6 novembre 1962 qui était référendaire. N'est-ce pas un précédent pour justifier l'application du même raisonnement pour une loi portant sur un domaine constitutionnel ? La question se pose alors de savoir si l'on peut maintenir le principe de la souveraineté du peuple dans un système constitutionnel où il y a deux voies, directe et indirecte, de son expression, de sorte que, du moins en théorie, on pourrait par la voie indirecte – par le Parlement (loi ordinaire) ou le Congrès (loi constitutionnelle) – remettre en cause la volonté exprimée par la voie directe par le peuple. N'est-ce pas d'ailleurs la question qui aurait pu être posée, lors de la ratification du traité de Lisbonne par le Parlement français en 2007 ? En effet ce traité reprenait pour l'essentiel, du point de vue matériel (contenu du texte), les termes du traité sur la Constitution européenne qui avait été rejeté par référendum en mai 2005. Dès lors, le Congrès, sollicité par le président de la République au titre de l'article 89, pouvait-il revenir sur une décision antérieure prise par le peuple ? Ou n'aurait-il pas fallu estimer que seul le peuple pouvait se prononcer sur le traité de Lisbonne ? Question explosive que le Conseil constitutionnel prit bien soin de ne pas même évoquer dans sa délibération du mois de décembre 2007 (traité de Lisbonne), alors que, sur le fond, le Congrès d'abord (révision), puis le Parlement ensuite (loi de ratification), en adoptant un traité matériellement fort semblable à celui du (projet de) traité établissant une « Constitution européenne » ont remis en cause le contenu de la décision populaire du 29 mai 2005 par laquelle le peuple français avait rejeté ce dernier. Il y avait au moins matière à débat, mais le Conseil constitutionnel ne s'en empare pas.

II. LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL FACE À L'EUROPE : UN GARDIEN DE LA SOUVERAINETÉ, MAIS DE QUELLE SOUVERAINETÉ ?

Le Conseil constitutionnel est – lit-on parfois – le gardien de la Constitution de la V^e République. Or, celle-ci, qui a été voulue prioritairement par les gaullistes, est forcément peu réceptive à la supranationalité et aux institutions européennes. L'article 54 de la Constitution attribue au Conseil constitutionnel, s'il est saisi⁵⁷, le soin de décider si tel ou tel traité – considéré comme un engagement international – « comporte une clause contraire à la Constitution ». Et s'il répond par l'affirmative, seule une éventuelle révision de la Conseil constitutionnel pourrait autoriser l'approbation dudit engagement international. Pour comprendre cet article, il faut se rappeler que les « gaullistes » n'avaient pas apprécié que le traité de Rome de 1957 fût approuvé par le Parlement en vertu d'une loi ordinaire, sans contrôle préalable de constitutionnalité⁵⁸. Un tel article 54 était censé remédier à cette lacune en instituant une procédure permettant de s'opposer, *via* le contrôle de constitutionnalité, au cas – théoriquement improbable (du moins tant que de Gaulle était à la tête de l'État) – où le pouvoir exécutif aurait négocié et conclu un traité allant à l'encontre de la Constitution perçue comme une expression de la souveraineté de l'État. En 1958, au moment de l'élaboration de la Constitution de la V^e République,

⁵⁷ On laisse ici de côté l'évocation des auteurs de la saisine, dont le nombre et la qualité ont évolué depuis la révision de 1992.

⁵⁸ C'est d'ailleurs l'affaire de la Communauté européenne de défense qui avait soulevé pour la première fois ce problème d'un traité contraire à la Constitution. Voir *infra*, II.

l'article 49 (qui deviendra l'article 54 C) déplut aux membres pro-européens du Comité consultatif constitutionnel. Pierre-Henri Teitgen, par exemple, regrette cette disposition teintée d'un « inquiétant nationalisme juridique⁵⁹ », mais Marcel Waline lui fait observer que les traités, supérieurs à la loi, ne sont pas encore des traités, juridiquement parlant, avant leur ratification et qu'un tel contrôle procédural et préalable est tout à fait possible en droit⁶⁰. Ainsi, l'office du Conseil constitutionnel, résultant de l'article 54, le conduit non seulement à défendre la Constitution contre des traités internationaux – en réalité des *projets* de traités – qui lui seraient matériellement contraires –, mais aussi à assumer le rôle de gardien tout à la fois de la Constitution et de la souveraineté. C'est ce rôle que le Conseil constitutionnel a endossé explicitement dans la décision du 9 avril 1992 (*Maastricht I*), où il met en avant le nécessaire respect de « respect de la souveraineté nationale ». Mais il doit concilier cette exigence avec les autres exigences résultant de l'avancement de la construction européenne, conciliation extrêmement difficile à réaliser en pratique. Un tel exercice d'équilibriste fut rendu de plus en plus difficile à réaliser au fur et à mesure de l'approfondissement de la construction européenne et des révisions-adjonctions de la Constitution qui en ont résulté.

A. La variation des standards pour protéger la souveraineté (1970-1985) et la fixation de la jurisprudence en 1992

Si cette prémisse du gardien de la souveraineté est valide, la seule question qui vaille d'être étudiée est celle de savoir comment le Conseil constitutionnel va interpréter la souveraineté. En a-t-il une acception extensive ou restrictive ? Dans le premier cas, il freinera ou empêchera la construction européenne par sa jurisprudence et, dans le second cas, il la favorisera. De ce point de vue, il a évolué, oscillant entre deux positions différentes, avant de fixer, en 1992, sa jurisprudence dans sa fameuse décision *Maastricht I* dans laquelle il réutilise le critère – le standard même – des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » en lui attribuant, cependant, un nouveau sens – critère qu'il appliquera sans discontinuité dans les décisions ultérieures sur les traités d'Amsterdam (1997), de la « Constitution européenne » (2004) et, enfin, de Lisbonne (2007).

1. La décision fondatrice du 19 juin 1970, dite « ressources communautaires »

Commençons par sa première grande décision, celle du 19 juin 1970 (70-39 DC) sur les ressources communautaires (« ressources propres »), où le Conseil déclare compatible avec la Constitution la décision – requalifiée d'engagement international – en observant qu'elle ne pouvait « porter atteinte ni par sa nature, ni par son importance aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale⁶¹ ».

⁵⁹ Travaux du Comité consultatif constitutionnel, séance du 1^{er} août 1958, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution de 1958*, t. II, *Le Comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958*, Paris, Documentation française, 1988, p. 133.

⁶⁰ Si le traité (*i. e.* le projet de traité) « doit modifier la Constitution ou les lois organiques, il faut qu'il ait été pris dans les formes de la modification de la Constitution et des lois organiques » (*ibid.*, p. 134).

⁶¹ On remarquera en passant que le Conseil constitutionnel n'est pas toujours fidèle à cette expression. Dans les décisions du 22 mai 1985 et du 26 janvier 1995, il a changé l'expression : il y

Elle posait une question d'ampleur, à savoir si une décision du 21 avril 1970, prise en application du Traité de Rome, sur le Marché commun pouvait permettre aux institutions européennes de recevoir le produit d'une taxe. Une telle saisine posait cependant un problème de recevabilité de la saisine au titre de l'article 54, problème judicieusement soulevé par François Luchaire. Il convenait, selon lui, de déterminer si cette décision du Conseil des Ministres européen pouvait être interprétée comme un engagement international, au sens de l'article 53⁶². Il était le seul membre du Conseil à défendre la non-assimilation de cette décision à un « engagement international » et donc la thèse de l'irrecevabilité. Toutefois, son intervention n'eut aucun effet, ne provoquant pas de véritable débat, certains autres membres contestant son opinion sans argumenter leur opposition⁶³.

Sur le fond, la délibération du Conseil faisait apparaître la question de savoir si la construction européenne, consolidée par le Traité de Rome sur le Marché commun pouvait, sous l'empire de la Constitution de la V^e République, être approfondie sans problème. Juridiquement, la question semblait se limiter à celle de savoir si l'article 34 de la Constitution de 1958 était ou non violé par cette « décision » communautaire, car un tel article attribue au seul Parlement français le droit de lever les impôts. La portée d'une telle question n'a pas échappé au président du Conseil constitutionnel, Gaston Palewski, qui observe que cette décision du 21 avril 1970 « constituerait un démembrement de la souveraineté nationale qui, aux termes de l'article 3 de la Constitution, n'appartient qu'au peuple français⁶⁴ ». Il ajoute plus loin : « pour la première fois, le Conseil se trouve devant la nécessité de dire la Constitution par rapport à la souveraineté nationale⁶⁵. » Mais on n'en saura pas davantage sur ce qu'il entend par « souveraineté nationale ». Quoi qu'il en soit, le président suggère aux autres membres du Conseil qu'il « soit indiqué dans les considérants que le Conseil est décidé à faire respecter l'article 3 de la Constitution si cela est nécessaire⁶⁶ ». C'est pour cela que figure dans le projet de décision un considérant qui peut paraître surabondant, celui sur les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté. Le projet de décision contient un dernier paragraphe ainsi rédigé : « Considérant, *au surplus* que la décision du 21 avril 1970 ne porte pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale [...]»⁶⁷. La décision publiée indique bien que les deux derniers considérants (8 et 9)⁶⁸ sont superflus, intervenant une fois qu'il est décidé que la « décision

est question des « conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté ». De même, dans certaines décisions, l'adjectif « nationale » pour désigner la souveraineté disparaît dans cet exercice (voir J. ROUX, *Le principe de la souveraineté nationale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 134).

⁶² B. MATHIEU *e. a.* (dir), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1985)*, *op. cit.*, p. 202-203.

⁶³ C'est le cas de Marcel Waline (*ibid.*, p. 203). Le compte-rendu ne permet pas de savoir quels sont ses arguments en faveur de la recevabilité.

⁶⁴ B. MATHIEU *e. a.* (dir), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1985)*, *op. cit.*, p. 201.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 202.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 205.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 206.

⁶⁸ « Considérant, *d'ailleurs*, que la décision du 21 avril 1970 prend place dans un ensemble de mesures d'exécution liées à l'établissement d'une politique commune, qu'elle ne saurait donc

n'est pas en contradiction avec la Constitution » (cons. 7). La preuve en est que dans les visas, l'article 3 de la Constitution n'est pas mentionné. Il s'agit bien d'un *obiter dictum* à valeur préventive.

Ainsi, cette décision de 1970 est une sorte de premier avertissement du Conseil constitutionnel. La décision contestée du 21 avril 1970 n'avait qu'une valeur « technique⁶⁹ » et ne posait pas de principe, mais, à l'avenir, une disposition plus importante, et non seulement technique, ne manquerait pas d'être contrôlée plus sévèrement par le Conseil. Il convient de souligner que l'introduction de cette clause sur « l'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » a été effectuée de façon purement *clandestine* au sens où l'on ne trouve nulle trace dans le compte-rendu d'une discussion dans les débats sur ce point précis. Qui l'a inventée ? Dans quel but ? Quel est le contenu de cette expression « à tiroirs » ? On peut seulement deviner que son introduction répondit à la volonté du président du Conseil, Gaston Palewski, d'instaurer un verrou au cas d'un futur et éventuel « approfondissement » de la construction européenne. C'est un premier sujet d'étonnement dans la mesure où surgit une curieuse distorsion entre la « délibération » et la rédaction finale de la décision, celle-ci ne reflétant pas du tout le compte-rendu de la discussion entre les membres du Conseil⁷⁰.

2. La décision du 30 décembre 1976 sur l'Assemblée européenne : pour une relecture

Cette décision fut précédée d'un débat public d'une importance inégalée. Tous les gaullistes, Michel Debré en tête⁷¹, ont pris la plume dans les journaux pour dénoncer la contrariété de cet acte qui, pris en application du Traité de Rome sur le Marché Commun, modifiait l'élection des membres de cette Assemblée, en le faisant passer du suffrage indirect au suffrage direct. Ils estimaient que cette réforme constituait une atteinte inadmissible à l'article 3 de la Constitution, dans la mesure où l'exercice du suffrage par les citoyens présupposerait l'exercice d'une souveraineté.

L'élaboration de cette décision témoigne d'une très forte division au sein du Conseil. La délibération commence par l'exposé du rapporteur, François Goguel, dont la conclusion est sans ambiguïté :

[I]l résulte du 3^e alinéa de l'article 3 de la Constitution que le suffrage universel ne peut être appelé à s'exprimer en France que dans les conditions prévues par la Constitution. *Rien de plus naturel, puisque ce qui concerne l'expression de la souveraineté est par nature d'ordre constitutionnel*⁷².

avoir par elle-même valeur de principe. Considérant, que dans le cas de l'espèce, elle ne peut porter atteinte, ni par sa nature, ni par son importance, aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » (nous soulignons).

⁶⁹ La formule est de P. Chatenet (voir B. MATHIEU *e. a.* (dir), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1985)*, *op. cit.*, p. 206).

⁷⁰ On a vu plus haut ce phénomène à l'œuvre dans la décision de 1962.

⁷¹ M. DEBRÉ, « Souveraineté et légitimité », *Le Monde*, 9 décembre 1976.

⁷² Compte-rendu, séance du 29 décembre 1976, p. 21 [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/decisions/PV/pv1976-12-29-30.pdf].

Selon le rapporteur, la disposition de l'article 3 selon laquelle le suffrage sera direct ou indirect « dans les conditions prévues par la Constitution » n'a pas prévu parmi les cas de suffrage direct celui de l'élection des membres d'une assemblée comme celle des Communautés européennes. Donc, la clause litigieuse de l'engagement international serait contraire à cet article 3. Goguel prétend même que cet article 3 al. 3 a été rédigé ainsi en 1958 pour bloquer « le processus retenu par la décision du Conseil des Communautés⁷³ ». Ce rapport long d'une trentaine de pages suscite l'hostilité d'un fervent européen, Paul Coste-Floret (professeur de droit et homme politique du MRP), qui fait une sorte de contre-rapport. Il l'a rédigé, dit-il, « en raison de l'importance de l'affaire ». C'est un des rares moments des délibérations du Conseil où l'un de ses membres se lance dans une opération de clarification conceptuelle. Il distingue deux sens de la souveraineté : d'un côté, la souveraineté démocratique (souveraineté d'organe), qui désigne le titulaire du pouvoir ultime et, d'un autre côté, la souveraineté de l'État qui correspond ici au contenu de la souveraineté, de la puissance publique :

Or, il est bien évident que l'élection de l'Assemblée européenne au suffrage universel n'affecte pas la détention de la souveraineté sur le plan interne : celle-ci continue d'appartenir au peuple, et l'on peut même affirmer qu'en désignant directement des représentants à l'Assemblée, il accroît son pouvoir.

Quant au domaine de la souveraineté nationale, il appartiendrait certes au Conseil constitutionnel d'apprécier, comme il l'a indiqué dans sa décision du 19 juin 1970, si la nature et l'importance des empiètements qu'il subit sont compatibles avec la Constitution. Mais la décision du 20 septembre 1976 n'est relative *qu'au mode de désignation des membres de l'Assemblée* et ne comporte aucun *transfert de compétences aux instances communautaires*. Elle ne retire donc rien aux attributions des pouvoirs publics français.

Sans doute peut-on soutenir qu'une Assemblée élue au suffrage universel disposera d'une légitimité qui pourrait lui permettre d'étendre ses propres pouvoirs. Mais, outre qu'il s'agit d'une pétition de principe, cette tendance, si elle se vérifie généralement dans l'ordre interne, ne peut se manifester de la même manière dans l'ordre international. En l'espèce, c'est le traité de Rome qui fixe les pouvoirs de l'Assemblée et le traité ne peut être modifié par la volonté de celle-ci : les États restent les maîtres des révisions éventuelles. Ainsi leur souveraineté permet de contenir, non seulement sur le plan politique mais aussi sur le plan juridique, les prétentions éventuelles d'une assemblée élue⁷⁴.

C'est une des meilleures interventions dans toutes les « délibérations » du Conseil constitutionnel relatives à la construction européenne⁷⁵, car elle relève l'argument le plus fort, du point de vue juridique, en faveur du maintien de la souveraineté des États membres au sein de la Communauté européenne : ceux-ci restent « les maîtres des révisions éventuelles », c'est-à-dire qu'ils restent les « maîtres des traités » (*Herren der Verträge*), pour employer une expression couramment utilisée par la Cour de Karlsruhe dans les décisions équivalentes et qu'elle a repris de la doctrine publiciste allemande. C'est une autre manière d'exprimer l'idée selon laquelle les États, par ce moyen formel (compétence de modifier les traités), conser-

⁷³ *Ibid.*, p. 50.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 37-38.

⁷⁵ Du moins de celles que nous avons pu lire.

vent la « compétence de la compétence » – définition la plus classique de la souveraineté interne depuis que Carré de Malberg l'a importée de l'Allemagne et diffusée dans le milieu des professeurs français de droit public. Tel est d'ailleurs l'argument dont des juristes aussi éminents que Dieter Grimm⁷⁶ et Michel Troper⁷⁷ useront, soit à propos du traité de Maastricht, soit à propos du traité établissant une Constitution européenne, pour démontrer que malgré l'apparent démembrement de la puissance publique (résultant par exemple du transfert de la monnaie à l'UE), les États membres de l'UE restent et demeurent souverains.

Mais cet argument, si important juridiquement soit-il, n'est pas repris dans la discussion qui s'engage après ce contre-rapport de Coste-Floret, qui reçoit l'appui de Gaston Monnerville, selon qui la nature du mandat des représentants français à l'Assemblée européenne n'a pas été modifiée par le changement du mode de scrutin. Il considère que « le nœud de la question est le principe de la souveraineté nationale et il lui apparaît que ce principe n'est pas atteint⁷⁸ » – sans qu'on sache en quoi consiste ce « principe de la souveraineté nationale ». Pierre Chatenet, ancien directeur d'une Commission européenne, estime pour sa part que « l'affaire soumise au Conseil ce jour apparaît extérieure à la Constitution française. Il n'y a pas osmose sur le plan de la souveraineté entre nation et Europe⁷⁹ ». Un tel langage, assez imagé, est bien peu juridique. Toutefois, on doit comprendre par là qu'il y a une indépendance des deux ordres juridiques, communautaire et français, de telle sorte que la question de l'élection des membres de l'Assemblée européenne ne remet pas en cause cette relative étanchéité entre les deux ordres juridiques. Le Conseil est divisé entre les deux lignes représentées respectivement par Goguel et Coste-Floret. C'est le président – Roger Frey – qui les départage avec sa voix prépondérante, faisant échouer la solution Goguel⁸⁰. Le lendemain, il se charge de présenter non pas un rapport alternatif, mais un nouveau projet de décision dont « la motivation constituera le rapport⁸¹ ». Autrement dit, il n'y aura pas de second rapport, mais c'est bien la position du président du Conseil qui est reflétée dans la décision adoptée le 30 décembre 1976.

Il en ressort un décalage impressionnant entre le contenu de cette délibération et ce que les commentateurs retiendront de cette décision. En effet, les commentateurs se focalisent sur le deuxième considérant qui limitent la portée du Préambule de la Constitution de 1946, confirmé par celui de la Constitution de 1958, en ce que, d'une part, il dispose que, « sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix » et, d'autre part, ajoute la formule qui a fait bondir beaucoup de pro-européens : « aucune disposition de nature constitutionnelle n'autorise des transferts de tout ou partie de la souveraineté nationale à quelque organisation internationale que ce

⁷⁶ D. GRIMM, *Braucht Europa eine Verfassung?*, Munich, Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 1995 (texte qui a donné lieu à un vif débat avec Habermas).

⁷⁷ M. TROPER, « L'Europe politique et le concept de souveraineté », in O. BEAUD *e. a.* (dir.), *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

⁷⁸ Compte-rendu, séance du 30 décembre 1976, p. 46.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 47.

⁸⁰ Le vote à égalité (4 contre 4) s'explique par l'abstention de Pierre Chatenet.

⁸¹ Compte-rendu, séance du 30 décembre 1976, p. 60.

soit ». Cette formulation très générale – quelles que soient les réserves qu'elle peut susciter de la part d'un internationaliste attaché à une conception formelle de la souveraineté⁸² – vise à montrer, en l'espèce, que l'acte contesté n'a pas cet objet : la modification de l'élection des membres du Parlement européen ne concerne pas la souveraineté française, car elle affecte seulement l'ordre juridique européen de sorte que la violation invoquée des articles de la Constitution française n'existe pas⁸³. C'est pour cette raison que le Conseil estime qu'il y a compatibilité au terme d'un raisonnement qui épouse le contre-rapport de Coste-Floret dont on a du mal à imaginer qu'il ait voulu freiner la construction européenne⁸⁴. Relue à la lumière du compte-rendu des débats, cette décision de 1976 n'est pas, selon nous, autant anti-européenne qu'on ne l'a dit. En effet, le président du Conseil s'est opposé avec d'autres membres plus « européens » à l'autre partie des membres du Conseil de stricte obédience gaullistes (Goguel, Brouillet, Sainteny et Rey) pour aboutir à une déclaration de non-contrariété à la réforme de l'élection de l'Assemblée européenne. La décision est peut-être inquiétante pour l'avenir de la construction européenne en raison des réserves citées plus haut (sur les transferts de souveraineté), mais, pour le présent, elle fait passer la réforme si controversée de l'élection de l'Assemblée européenne.

Quoi qu'il en soit, avant d'en arriver aux trois décisions sur Maastricht (1992), il faut mentionner l'étape intermédiaire, représentée par la décision de 1985 sur l'abolition de la peine de mort par le Protocole n° 6 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. La souveraineté de l'État n'est-elle pas remise en cause par un tel acte juridique – une convention internationale – qui empêchera désormais les États signataires de recourir à la peine capitale, sauf en cas de guerre ? Le Conseil répond en estimant que « cet engagement international n'est pas incompatible avec le devoir pour l'État d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et libertés des citoyens⁸⁵ ». La doctrine a cru que cette énumération visait à préciser la signification exacte des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », alors que l'intention du Conseil constitutionnel, très bien restituée par Andrea Hamann à partir de la lecture du compte-rendu⁸⁶, était seulement de déclarer compatible ce Protocole avec l'article 16 de la Constitution. En réalité, on ne peut rien tirer de cette décision concernant une éventuelle « doctrine » de la souveraineté de la part du Conseil constitutionnel.

⁸² On renvoie ici à l'article précité d'Andrea Hamann : A. HAMANN, « Sur un "sentiment" de souveraineté », art. cité.

⁸³ « Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que l'acte du 20 septembre 1976 est relatif à l'élection des membres d'une assemblée qui n'appartient pas à l'ordre institutionnel de la République française et qui ne participe pas à l'exercice de la souveraineté nationale ; que, par suite, la conformité à la Constitution de l'engagement international soumis au Conseil constitutionnel n'a pas à être appréciée au regard des articles 23 et 34 de la Constitution, qui sont relatifs à l'aménagement des compétences et des procédures concernant les institutions participant à l'exercice de la souveraineté française » (cons. 7).

⁸⁴ Sa thèse est en réalité plus convaincante que celle de Goguel qui fait jouer à l'élection un rôle décisif qu'elle n'a pas en droit constitutionnel, la confondant à tort avec la représentation (voir, dans la présente livraison, la contribution de Bruno Daugeron).

⁸⁵ Décision n° 188 DC 22 mai 1985, cons. 2.

⁸⁶ Voir ici la démonstration d'Andrea Hamann dans son article précité. Elle se fonde sur son interprétation sur les passages de la délibération figurant aux pages 10 *sqq.* du compte-rendu.

3. La décision « Maastricht I » « ou la fixation » de la jurisprudence sur « les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »

Dans sa décision du 9 avril 1992, le Conseil constitutionnel commence par citer les « normes de référence » (art. 3 C, 15^e alinéa du Préambule de 1946 et art. 53 C). Peu importe ici le fait qu'elles sont difficilement conciliables entre elles ; seul compte le fait que le Conseil en déduit le principe du « respect de la souveraineté nationale » (cons. 13). Mais il a la sagesse de l'assortir d'une exception afin que ledit respect ne devienne pas un obstacle absolu à l'intégration européenne, ce qui est typique de la décision de compromis, mais c'est aussi le moment où le Conseil constitutionnel fixe sa jurisprudence, abandonnant la distinction entre les transferts et limitations de souveraineté, et proposant un nouveau contenu aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », expression qu'elle reprend à son compte, mais en lui donnant une nouvelle signification qu'elle tente de préciser à l'aide de certains critères.

Lors de la séance inaugurale du 7 avril 1992, le premier rapporteur, Maurice Faure, évoque le projet de décision en expliquant aux autres membres comment il envisage le problème de la souveraineté⁸⁷. Il expose l'alternative suivante : soit le Conseil reprend la thèse de la décision du 30 décembre 1976 (Parlement européen), qui, par la distinction entre transfert et limitation de souveraineté, aurait, selon lui, introduit un « critère organique⁸⁸ », soit il s'inspire de la décision de 1985 sur la peine de mort, qui a adopté une définition matérielle de la souveraineté, en fonction donc de son contenu, des matières sur lesquelles l'État décide. Il recommande l'adoption de la seconde solution et du critère « des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Ce critère doublement matériel se justifie par deux raisons convergentes. D'une part, il permet de hiérarchiser ce qui est « essentiel » dans les matières de la puissance publique – il faudrait distinguer, par exemple, entre le transfert de la politique monétaire et le transfert de la pêche. D'autre part, une telle interprétation rendrait plus effective l'application de l'article 55 de la Constitution. En réalité, la véritable raison est donnée par le premier rapporteur (M. Faure), selon qui la décision antérieure de 1976 « rendrait quasiment inapplicable le traité de Maastricht⁸⁹ ». Il reçoit tout de suite l'appui massif du président Badinter, selon lequel

⁸⁷ Compte-rendu, séance du 7 avril 1992, p. 15.

⁸⁸ Voici l'interprétation donnée à la décision de 1975 : « Cette approche mettait en cause la relation entre l'État et une instance internationale, non pas en fonction du domaine d'exercice des compétences, mais, on le voit, en fonction d'un simple critère organique : celui de l'autorité qui exerce la compétence » (*ibid.*, p. 16). Il faudrait comprendre qu'il y aurait transfert quand c'est l'Union européenne qui aurait le pouvoir de décision sans veto possible d'un État membre, et limitation quand l'État membre conserverait un tel droit de veto. Mais il est difficile d'étayer une telle interprétation à partir de la lecture de la décision de 1976 et de son compte-rendu. La distinction est bien expliquée par Léo Hamon dans son article précité : L. HAMON, « La souveraineté nationale, la Constitution... et les négociations "européennes" en cours », art. cité, p. 302.

⁸⁹ Compte-rendu, séance du 7 avril 1992, p. 15.

la décision de 1976 était la ligne de bataille des opposants à la construction communautaire. La décision de 1985 avait jugé bon d'énumérer des domaines d'exercice de la souveraineté nationale. Cette liste est-elle ou non exhaustive ? La réponse est négative⁹⁰.

Compte tenu de ces diverses déclarations, on comprend que la décision *Maas-tricht I* opère le compromis suivant : d'un côté, elle revient à l'expression vague de la décision de 1970 et, de l'autre, elle renonce aussi bien à la décision de 1976 (Parlement européen) qu'à la décision de 1985 qui a eu le tort, selon le président⁹¹, d'énumérer le contenu matériel de la souveraineté – ce qui constitue pourtant un contresens total sur la signification de cette décision sur la peine de mort⁹². C'est donc principalement pour des raisons pragmatiques que le Conseil a opéré ce retour à la condition bien vague des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Pourtant, sur le fond (son contenu), un tel standard ne résiste pas à l'analyse juridique de chacun des trois concepts : « conditions essentielles », « exercice », « souveraineté nationale ». Puisque la démonstration a été faite par Andrea Hamann, on se bornera à renvoyer le lecteur à sa contribution⁹³. Mais l'invention de ce « standard » juridique si indéterminé permet au Conseil constitutionnel de se donner une marge de manœuvre à l'avenir, pour s'en servir dans d'autres cas.

Un tel standard repose, on le comprend, sur une conception matérielle de la souveraineté. Pour fonder une telle thèse, les membres du Conseil constitutionnel recourent au langage de l'évidence. Tel est le cas du second rapporteur (Latscha), lorsqu'il évoque la question de la monnaie :

Je ne m'étendrai pas longuement sur la question de savoir, en premier lieu, si le domaine de la *monnaie* constitue l'une des composantes où se mesure la souveraineté de la nation. Tant la réponse me paraît évidente. On sait que le privilège de « battre la monnaie » était au nombre des fonctions régaliennes cardinales dont la conquête a permis la constitution progressive de l'État en France. Assurément, de nos jours encore, le domaine monétaire, avec celui de la défense, de la politique extérieure, de la justice et de quelques autres, est collectivement ressenti comme touchant à l'essence, au cœur de la souveraineté nationale⁹⁴.

Ce même langage de l'évidence est partagé par Maurice Faure :

La conduite de la diplomatie est indéniablement un des éléments essentiels de la souveraineté. Les États membres sont donc désormais liés, d'abord, par le principe même de la PESC qui limite leur autonomie d'action puisqu'ils doivent s'abstenir de toute action contraire aux intérêts de l'Union ou susceptible de nuire à son efficacité⁹⁵.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 17.

⁹¹ Badinter, qui félicite le rapporteur Faure d'avoir eu l'habileté d'éviter l'énumération « des domaines d'exercice de la souveraineté nationale » (*ibid.* p. 17) qu'aurait faite la décision de 1985. C'est une erreur d'interprétation, car la décision de 1985 sur la peine de mort énumérait seulement le contenu d'une partie de l'article 16, al. 1^{er} C.

⁹² *Ibid.*, p. 17.

⁹³ Voir son article dans ce volume : A. HAMANN, « Sur un "sentiment" de souveraineté », art. cité.

⁹⁴ Compte-rendu, séance du 9 avril 1992, p. 5.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 25-26.

Cette évidence semble partagée par le président du Conseil (Badinter), qui s'appuie, pour sa part, sur la perte de la maîtrise de la politique de changes. Tout comme le second rapporteur⁹⁶, il fait référence lui aussi à la décision *quote-part* du FMI, du 29 avril 1978, sur la liberté d'adopter le système de change. Il ajoute alors : la question de savoir si la politique monétaire touche aux conditions essentielles de la souveraineté « ne souffre pas discussion », illustrant son propos par le considérant n° 5 de la décision de 1978. Il commente ensuite : « Ici, le pas est franchi... C'est ce qu'il y a de plus important dans une résolution [*sic*] [révolution]. C'est une page de l'histoire de France. Les Anglais ont dit non pour des raisons surtout symboliques⁹⁷. »

Lors de la discussion qui suit son intervention, les membres du Conseil traitent moins de la question de fond – la fin de la monnaie nationale (la disparition du franc) : est-elle une atteinte ou non à la souveraineté ? – que de celle de savoir si le Conseil constitutionnel doit indiquer ou non au « constituant » (à l'auteur de la future révision constitutionnelle) comment rétablir la compatibilité. Autrement dit, il n'y a pas de discussion sur la partie la plus importante de cette décision concernant le Traité de Maastricht. Personne ne se demande, par exemple, à quoi fait référence la formule du second rapporteur Latscha relative aux domaines qui sont « au cœur de la souveraineté ». Personne, non plus, ne s'interroge sur la manière de définir juridiquement cette perte de souveraineté et son transfert à l'Union européenne (voir *infra*). En revanche, une chose est certaine : les membres du Conseil constitutionnel ont bien perçu l'innovation dans le raisonnement depuis la première séance du 7 avril 1992 : « il est clair que nous avons décidé de retenir une approche par domaines d'exercice de la souveraineté⁹⁸ ». Ainsi, la question fondamentale serait de savoir si l'on peut fragmenter la souveraineté au sens de « démembrer » la puissance publique, en dépeçant les États membres de tel ou tel pouvoir, de tel ou tel droit régalien comme celui de « de battre monnaie », cette marque de souveraineté qui était une des premières aux yeux de Bodin.

De même, on pourrait croire, à lire la décision du 9 avril 1992 sur Maastricht, qu'est jugée contraire à la Constitution toute clause de l'engagement international (le Traité de l'UEM) qui est « une atteinte aux conditions essentielles de la souveraineté ». En réalité, on s'aperçoit que, comme le dit le président Badinter, le Conseil entend censurer seulement « les atteintes *caractérisées* à la souveraineté⁹⁹ ». Les membres du Conseil distinguent donc implicitement entre une simple atteinte et une *grave* atteinte (atteinte caractérisée) à la souveraineté, sans jamais préciser comment une telle gradation peut s'effectuer et ce qui fait le propre d'une atteinte inadmissible à la souveraineté, car elle serait « caractérisée ». Le Conseil tentera en vain de rechercher ce qu'il y a de spécifique à la souveraineté qui serait à défendre dans la Constitution¹⁰⁰.

⁹⁶ Compte-rendu, séance du 8 avril 1992, p. 13.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ M. Faure, compte-rendu, séance du 8 avril 1992, p. 8.

⁹⁹ Compte-rendu, séance du 9 avril 1992, p. 33. Voir *infra*, 3. « La souveraineté comme question finalement insoluble lors d'un processus de fédéralisation ».

¹⁰⁰ Pour un autre exemple, cette déclaration du président Mazeaud : « La CJCE est compétente pour sauvegarder nos règles communes (liberté d'expression, dignité de la personne...). En revanche, la Constitution française retrouve son *imperium* pour ce qu'elle a de spécifique. De cela, nous sommes les gardiens. Si nous n'en conservions pas la garde, ces règles n'auraient plus de

Il ressort des délibérations du Conseil l'existence d'un consensus sur la légitimité du recours au critère substantiel (matériel) de la souveraineté, ce qui suppose d'identifier la souveraineté à un contenu de puissance publique. Mais quelle est la matière d'une telle souveraineté ? Autrement dit, pour reprendre le langage imagé de certains membres, comment peut-on découvrir ce qui « appartient à l'essentiel de la souveraineté¹⁰¹ » ? On sent bien les membres du Conseil constitutionnel gênés aux entournures par une telle indétermination. Quand se pose la question de savoir, lors de la 3^e séance du 9 avril 1992, si la délivrance des visas échappera aux autorités nationales, un assez long débat s'engage sur le point de savoir si une telle activité relève de la politique de l'immigration, qui elle, relève des matières de souveraineté qui ne sont pas déléguables. À l'occasion de ce débat, Marcel Rudloff s'exclame : « Il faut établir, en fait, une théorie des conditions essentielles de la souveraineté¹⁰² ». Quant à Noëlle Lenoir, une des rares juristes de l'institution, elle tente de fixer une telle théorie qu'elle énonce au détour de cette discussion sur la conduite diplomatique dans le cadre de l'action commune relevant de la PESC. Elle rappelle les règles que le Conseil s'est fixées :

Nous avons utilisé trois éléments pour juger de l'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté. Le domaine, comme la monnaie, il n'y a ici pas de problème. La procédure : elle est ici à tiroirs, unanimité, puis majorité qualifiée. Enfin, troisième notion, l'irrévocabilité ou l'irréversibilité. Ici aussi, il y a impossibilité de faire retour en arrière. Je crois donc qu'il y a transfert de souveraineté¹⁰³.

Elle appliquera d'ailleurs cette règle au cas concret des visas pour en déduire, contrairement aux autres membres du Conseil, qu'il n'y a pas d'atteinte à la souveraineté :

Mais ici, si les visas font partie d'un domaine essentiel, et si la procédure est majoritaire, il n'y a pas d'atteinte insurmontable aux compétences de l'État : le refus d'entrée ou de visa lui permet de conserver la maîtrise des flux migratoires. Il n'y a donc pas transfert de souveraineté¹⁰⁴.

Toutefois, elle remplace le critère du transfert irrévocable au transfert « insurmontable », ce qui est un peu différent. On relèvera qu'elle aboutit, en fait, à identifier le critère des « conditions essentielles » à celui du « transfert de souveraineté ». Elle n'est pas la seule personne du Conseil qui, lors des délibérations des 7, 8 et 9 avril 1992, opère une telle identification. En d'autres termes, les membres du Conseil constitutionnel ne sont pas fidèles, non plus, au vocabulaire de leur propre jurisprudence. Alors que toute la décision de *Maastricht I* s'organise autour de l'atteinte, ou non, aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté » (CEESN), ils reviennent constamment à l'expression de « transfert de souveraineté » qui avait été utilisée dans la décision de 1976, pourtant jugée inacceptable.

protecteur. C'est alors l'essentiel au double sens du terme (intrinsèque et crucial) qui serait en cause » (Compte-rendu, séance du 19 novembre 2004, p. 122-123).

¹⁰¹ Intervention de M. Cabannes, compte-rendu, séance du 9 avril 1992, p. 29.

¹⁰² Compte-rendu, séance du 9 avril 1992, p. 44.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 27.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 45.

À partir de la décision de *Maastricht I*, le Conseil constitutionnel s'est doté de règles qui correspondent aux trois critères – plutôt des « indices » d'ailleurs¹⁰⁵ – présents dans le standard des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Comme il y a désormais une jurisprudence établie du Conseil, ses membres pourront s'y référer comme si c'était désormais une vérité intangible. Dans la délibération relative au traité d'Amsterdam (1997), le rapporteur – qui est par ailleurs le président de l'institution (Roland Dumas) – rappelle les trois critères des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale¹⁰⁶ », les *CEESN*, tout en notant qu'ils peuvent se combiner ensemble et peuvent être d'une application nuancée. Cette sorte d'exposé de la jurisprudence est repris à son compte, presque intégralement, par Pierre Mazeaud dans son rapport relatif au traité établissant une Constitution européenne¹⁰⁷ et par Guy Canivet dans son rapport relatif au traité de Lisbonne, qui résume ces trois critères d'appréciation du standard : « le domaine affecté par l'atteinte, l'importance de l'atteinte, et ses procédés¹⁰⁸ ». Les membres du Conseil constitutionnel sont donc désormais rassurés, car il existe un principe non écrit – les « *CEESN* » – qui se distingue d'une clause expresse de la Constitution, et qui se décompose en trois critères dont le juge peut faire un usage apparemment rationnel, mais qui est en réalité un instrument d'une grande souplesse lui permettant de faire dire au standard ce qu'il veut lui faire dire en fonction des circonstances.

B. La jurisprudence ultérieure (1997-2007) ou le maintien problématique d'une conception « matérielle » de la souveraineté

La dissociation de la question du titulaire de la souveraineté interne et de celle du contenu de la souveraineté est un fait frappant de cette jurisprudence du Conseil constitutionnel jusqu'à Maastricht. En d'autres termes, à la différence de la Cour constitutionnelle allemande – la Cour de Karlsruhe –, le Conseil constitutionnel ne fait pas de lien systématique entre la question des transferts de compétence et celle des organes qui sont appelés à en profiter. C'est une conséquence de la décision prise en 1992 d'abandonner le « critère organique » – qui décide de quoi ? – pour privilégier une conception matérielle de la souveraineté. En effet, selon cette conception matérielle sous-jacente à la jurisprudence Maastricht, la souveraineté est perçue comme un ensemble de droits régaliens. Elle équivaut donc au contenu de la puissance publique, celui que Bodin lui-même a rendu célèbre en énonçant dans les *Six Livres de la République* les dix « marques de souveraineté ». Mais si Bodin fut l'inventeur de la souveraineté, c'est parce qu'il réussit justement à abandonner cette conception matérielle (énumération des « marques de souveraineté ») de la souveraineté, pour la redéfinir formellement comme « une puissance absolue et perpétuelle¹⁰⁹ ». Or, la puissance absolue, c'est la prérogative qu'a le Souverain de « donner et casser la loi », de créer et recréer indéfiniment la loi. Autrement dit,

¹⁰⁵ Comme le relève A. HAMANN, « Sur un "sentiment" de souveraineté ».

¹⁰⁶ R. Dumas, compte-rendu, séance du 31 décembre 1977 (décision Amsterdam), p. 8.

¹⁰⁷ Compte-rendu, séance du 19 novembre 2004 (décision « Constitution européenne »).

¹⁰⁸ Compte-rendu, séance du 20 décembre 2007, p. 14.

¹⁰⁹ Nous renvoyons à notre ouvrage : O. BEAUD, *La Puissance de l'État*, op. cit., p. 138-144, dans lequel nous empruntons la démonstration au grand livre de Helmut QUARITSCH, *Staat und Souveränität* (Francfort-sur-Main, Athenäum, 1970).

c'est bien en droit interne une conception formelle de la souveraineté qui prévaut : le Souverain est celui qui crée en dernière instance, le droit positif, ce qui veut dire, négativement, qu'il ne peut pas se voir imposer ce droit par un autre État (c'est la souveraineté internationale, tout aussi formelle que la souveraineté interne). Les deux souverainetés, interne et internationale, se rejoignent finalement en leur conception formelle. Or, paradoxalement, avec sa jurisprudence sur les traités européens, le Conseil constitutionnel redécouvre, sans le savoir, « la doctrine des droits fondamentaux de l'État » pourtant considérée comme une impasse par la très grande majorité de la doctrine publiciste¹¹⁰.

1. L'inévitable glissement de la question du contenu de la souveraineté vers celle du titulaire ultime du pouvoir

Pourtant, la focalisation du Conseil constitutionnel sur l'aspect matériel lui fait oublier qu'il y a un rapport évident entre les deux faces de la souveraineté, son contenu et son titulaire. La grande question qui gît derrière la construction européenne est la suivante : au profit de qui va se faire la dévolution des compétences transférées ? Ou, inversement, au détriment de qui va se réaliser une telle dévolution ? Une telle question surgit parfois dans les délibérations de *Maastricht I*, lorsqu'est examinée la question de savoir, à propos des visas, qui va désormais les délivrer si l'on adopte une politique commune d'attribution. Cette question du transfert de pouvoir est examinée par le Conseil sous la rubrique qu'il a lui-même forgée du troisième indice, contenu dans le standard jurisprudentiel des CEESN qui est appelé « modalités d'exercice de la compétence transférée prévues par le traité » ou, de façon plus curieuse, de « procédés ». La question déterminante devient alors moins celle de savoir qui va profiter du transfert de compétences, que celle de déterminer quelle est la signification exacte d'un tel transfert de pouvoir de décision. Qui va exercer le pouvoir au sein de la nouvelle compétence attribuée à l'Union européenne ? C'est le problème que pointe le président du Conseil (Pierre Mazeaud) dans la délibération relative au traité sur la Constitution européenne en 2004 : « Est décisive à cet égard l'influence que conservent les représentants de la France dans le processus décisionnel européen¹¹¹ ». Il met donc l'accent sur la question décisive du passage de la décision unanime à la décision majoritaire¹¹². En réalité, il avait été précédé dans cette voie par le rapporteur dans la délibération relative au traité d'Amsterdam. Voici ce qu'il y déclarait :

On peut remarquer, enfin, que le Conseil constitutionnel, dans sa décision de 1992, n'a pas pris en compte les conséquences sur les *droits du Parlement des transferts de compétences*. Pourtant comme c'est le cas depuis le début de la construction européenne, les compétences transférées par le traité de Maastricht étaient susceptibles d'être au nombre de celles qui, en vertu de l'article 34 de la Constitution, relèvent du pouvoir législatif. Or, une fois le transfert opéré, ce sont les ministres représentant le Gouvernement français au sein du Conseil qui prennent les décisions relatives aux matières transférées. Le Parlement français s'en trouve, en grande partie, dessaisi : d'une part, en effet, à la loi adoptée par le Parlement

¹¹⁰ F. POIRAT, « La doctrine des droits fondamentaux de l'État », *Droits*, n° 16, 1992, p. 83-91.

¹¹¹ Compte-rendu, séance du 19 novembre 2004, p. 15-16.

¹¹² « Cette influence sera évidemment radicalement différente selon que le traité prévoit le maintien du vote à l'unanimité du Conseil des ministres européens ou le passage au vote à la majorité qualifiée » (*ibid.* p. 16).

national peuvent se substituer des règlements d'effet direct ; d'autre part, même dans le cas des directives, la compétence du Parlement national est liée par la transposition.

Mais il ne s'agit pas là d'un « oubli » du Conseil. Celui-ci a bel et bien entendu accepter en 1992 « l'acquis communautaire », y compris les effets de celui-ci sur les prérogatives sur le Parlement¹¹³.

Si le Conseil décide en 1997 de prendre à bras le corps cette question du transfert de compétences et du transfert du pouvoir de décision, c'est parce que le Traité d'Amsterdam étendait la procédure de codécision entre le Parlement européen et le Conseil (introduite par le traité de Maastricht), en le prévoyant pour des domaines politiquement sensibles comme l'asile ou le franchissement des frontières ou, pour parler comme le rapporteur, pour des domaines ou matières concernant « étroitement l'exercice de la souveraineté nationale¹¹⁴ ». Il y a ici une assimilation entre les matières politiquement sensibles et les « matières régaliennes¹¹⁵ ». L'objection constitutionnelle vient cette fois de la compétence du Parlement européen qui se substituerait au Parlement national :

Or, le Parlement européen est composé de députés élus au suffrage universel sur lesquels les gouvernants des États membres n'ont bien évidemment aucune emprise. Qui plus, il statue à la majorité simple de ses membres, alors que la majorité qualifiée est requise au Conseil pour les mêmes décisions. On peut donc penser que le recours – si le Conseil en décide ainsi – à la procédure de co-décision (en même temps qu'au vote à la majorité qualifiée du conseil) au bout de cinq ans, dans des matières concernant étroitement l'exercice de la souveraineté nationale, constitue une atteinte aux conditions essentielles d'exercice de celle-ci¹¹⁶.

Il résulte de cette possibilité de minorisation de l'État membre dans de tels domaines sensibles le danger que « se trouvent affectées les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale¹¹⁷ ». Le même constat est dressé par le rapporteur de la décision relative au traité de Lisbonne (2007), qui qualifie de « procédés de l'atteinte » la façon dont la souveraineté de l'État est mise en cause par le transfert du pouvoir de décision au niveau européen. Son résumé de la jurisprudence Maastricht et Amsterdam est fidèle :

Nous avons estimé que constitue une atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale la seule éventualité que, dans une matière régalienne, la Nation soit obligée par une majorité d'autres pays membres à un acte contraire à sa propre politique ou à ses intérêts¹¹⁸.

Il s'agit bien du risque de perdre sa souveraineté, entendue comme la liberté d'agir au sens de la décision de 1978 sur le FMI qui est rappelée par le président (Dumas) dans la décision d'Amsterdam. Mais ici encore, le vocabulaire mériterait d'être précisé : l'État membre risque – dit-on – d'être mis en minorité par les autres États

¹¹³ Compte-rendu, séance du 31 décembre 1997, p. 10.

¹¹⁴ R. Dumas, compte-rendu, séance du 31 décembre 1997, p. 25.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ CC, n° 97-394 DC (31 décembre 1997), cons. 25.

¹¹⁸ Compte-rendu, séance du 20 décembre 2017, p. 15.

membres. Mais juridiquement parlant, les États membres sont ici soumis à la volonté de l'Union européenne, l'entité collective qu'ils ont fait naître et dont ils sont censés accepter les décisions.

La discussion en 1997 par le rapporteur du transfert de pouvoir provoque, pour une fois, une discussion de principe sur la possibilité, ou non, de justifier le transfert de compétences à une entité dite « européenne » qui n'est plus une organisation internationale, sans pour autant être un État. Une telle faculté est vigoureusement niée par Yves Guéna – fervent gaulliste, comme on sait – qui entend réagir à l'exposé liminaire du président-rapporteur. Il s'empporte contre l'extension de la procédure de codécision européenne impliqué par le traité d'Amsterdam (1997) et il la disqualifie par une formule choc : « Dès lors qu'une partie de la souveraineté passe au Parlement européen, la souveraineté nationale est violée¹¹⁹ ». Il propose un amendement en vue de s'opposer radicalement à ce traité qui aurait pour effet, selon lui, de « transférer au Parlement européen de nouveaux pouvoirs qui ressortissent exclusivement au Parlement de la République », de sorte que seraient violés non seulement l'article 3 de la Constitution française, mais aussi l'article 3 de la Déclaration de 1789. Selon l'amendement qu'il propose, puisque « la démocratie ne peut valablement s'exercer que dans le cadre national », « l'article 25-I nouveau du traité d'Amsterdam est contraire à la Constitution¹²⁰ ». C'est opposer à la construction européenne l'obstacle de la démocratie nationale, stato-centrée. C'est donc introduire l'objection du déficit démocratique qu'un autre membre du Conseil reprend à son compte en estimant que le traité d'Amsterdam accroît ce déficit en prétendant « faire une place nouvelle aux Parlements nationaux par le COSAC[, ce qui] est dérisoire ! Pour moi, le déficit démocratique, il se comble en donnant plus de pouvoirs nouveaux aux Parlements nationaux¹²¹ ». La discussion ne se poursuit pourtant pas autour de la question de la démocratie, c'est-à-dire de la possibilité d'une démocratie post-nationale. Ici aussi, la différence est flagrante avec la façon de raisonner de la Cour constitutionnelle allemande qui a toujours mis au centre de son raisonnement le droit de vote des citoyens allemands et l'élection de leurs représentants au *Bundestag*. Pour la Cour de Karlsruhe, la question est de savoir si le principe démocratique garanti par l'article 38 de la Loi fondamentale n'est pas violé par le transfert de compétences attribué à l'Union européenne, qui se traduit par un affaiblissement du pouvoir de décision du Parlement allemand. Ce genre de raisonnement n'apparaît guère dans les délibérations du Conseil constitutionnel ; ce dernier se concentre sur l'article 3 de la Constitution de 1958 relatif à la souveraineté du peuple, sans accorder une place décisive dans son raisonnement à la place du Parlement. De ce point de vue, la jurisprudence du Conseil reflète donc la prédominance du pouvoir exécutif sous la V^e République et défend assez mal les prérogatives du Parlement.

On pourrait nous objecter que ce sont des questions bien théoriques. Pourtant, comparée à la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les traités de Maastricht et de Lisbonne, celle de la Cour de Karlsruhe met plutôt l'accent sur le problème de

¹¹⁹ Compte-rendu, séance du 31 décembre 1997 (décision Amsterdam), p. 26.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ M. Ameller, compte-rendu, séance du 31 décembre 1997 (décision Amsterdam), p. 27.

la démocratie et des droits du Parlement¹²², et soulève le problème fondamental : à quelles conditions un État peut-il renoncer au principe démocratique qui le légitime s'il s'unit avec d'autres États pour fonder un autre être politique ? En théorie, la seule réponse possible est une république fédérale, c'est-à-dire une république de républiques, ce que n'est pas l'Union européenne qui est restée dans un entre-deux préoccupant tant son organisation interne reflète la domination « des » pouvoirs exécutifs des États membres et de l'appareil bureaucratique bruxellois. Faute d'étudier la structure institutionnelle de l'Union européenne dans aucune de ses importantes décisions, le Conseil constitutionnel donne une description très amputée du droit positif, négligeant d'étudier l'autre versant du problème qui est le droit « politique » européen.

2. Une question largement éludée : la nature de l'Union européenne

La question de la nature de l'Union européenne est rarement abordée dans les délibérations du Conseil constitutionnel. Toutefois, elle l'est au moins deux fois : d'abord, lors de l'élaboration de la deuxième décision Maastricht (*Maastricht II*), puis lors de la délibération relative au traité établissant une Constitution européenne.

Lors de la délibération relative à *Maastricht II*, le rapporteur (Maurice Faure), revient en conclusion sur l'article 88-1 de la Constitution dont la rédaction aurait ému certains spécialistes du droit communautaire qui la trouvaient trop timorée au regard de la conception qu'avait la Cour de justice de Luxembourg pour qui la Communauté européenne serait « une “communauté”, juridique propre dont le Traité de Rome serait la “constitution” et non pas un simple agrégat d'États souverains ». Or, à la réflexion, Maurice Faure, pourtant fervent européen, considère qu'il faut se tenir à l'écart de cette conception de la Cour de justice et, ajoute-t-il, de « certains communautaristes “purs et durs” », observant alors en conclusion : « je ne vois pas le Conseil constitutionnel retenir cette approche avec la conséquence qu'elle implique – et faire dans le sens de l'intégration européenne et de la supranationalité, un bond d'une telle ampleur et d'une telle soudaineté¹²³ ». C'est le seul moment dans les trois délibérations de 1992 où la question de la nature de l'Union européenne est soulevée, mais la discussion ne rebondit pas. Personne ne reprend au mot cette expression « agrégat d'États souverains » pourtant contestable, car elle est péjorative si l'on prend le mot d'agrégat au sens littéral du terme, et qui laisserait supposer que l'Union européenne n'est pas une institution juridique – potentiellement dotée de la personnalité juridique – composée d'États souverains.

En outre, la question de la nature de l'Union européenne est abordée par le rapporteur (qui est aussi le président) dans la délibération relative à la décision « constitution européenne » de 2004. Pierre Mazeaud est un peu contraint de l'aborder en raison de la « prétention » contenue dans le titre du traité soumis à l'appréciation de constitutionnalité du Conseil constitutionnel : il est censé établir « une

¹²² Pour une synthèse, voir M. FROMONT, « Les juges constitutionnels allemand et français, défenseurs de la souveraineté nationale face à la construction européenne », in *La Constitution, l'Europe, le droit. Mélanges Jean-Claude Maslet*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, p. 593 sqq. Voir en part. p. 598 pour le respect du principe démocratique tiré de l'interprétation de l'article 38 LF.

¹²³ Séance du 2 septembre 1992 (décision *Maastricht II*), p. 21.

Constitution européenne ». Il n'a guère de mal à rectifier cette qualification constitutionnelle qui ne résiste pas à l'épreuve du texte lui-même, mais il oppose déjà une objection de principe fondée sur la communauté à laquelle serait adossée cette prétendue Constitution :

[S]eule la Constitution (au sens plein du terme) d'un État fédéral européen pourrait placer la norme européenne au-dessus des normes constitutionnelles nationales en confinant les souverainetés nationales dans les domaines qu'elle leur affecterait [...] On n'en est pas là, loin s'en faut. En revanche, il n'est nullement impossible à la Constitution de la V^e République, comme cela est déjà le cas, d'agréer des transferts et des partages de compétences au profit d'une organisation supra-nationale dotée d'institutions et de prérogatives propres, fût-ce dans des matières inhérentes à la souveraineté¹²⁴.

Le Traité soumis à l'examen du Conseil constitutionnel en 2004 aurait alors une double portée complémentaire. D'une part, l'ordre juridique européen a une « dimension confédérale¹²⁵ », parce que le traité ne confère que des compétences d'attribution à l'Union et accorde un droit de retrait à ses membres (art. 60) mais encore, *last but not least*, les États membres demeurent maîtres du traité pour son établissement et sa révision. D'autre part, cet ordre juridique européen ne peut pas être un ordre fédéral, car, contrairement, à ce que prétend M. Giscard d'Estaing, le mode de gouvernance reste communautaire et non fédéral. Il en résulte que l'Union ne peut pas être qualifiée de « fédération » – entendre État fédéral –, n'étant éventuellement qu'une confédération. L'analyse du principe de primauté du droit de l'Union, affiché par l'article 6-1 du Traité, ne remet pas en cause une telle analyse selon Pierre Mazeaud, car il faut l'interpréter de façon systématique, au regard « des autres dispositions du traité¹²⁶ ». Dans cette dernière perspective, ajoute-t-il, « ce traité ne modifie pas la nature de l'Union européenne. Celle-ci reste constituée d'États ayant choisi librement d'exercer en commun des compétences élargies sur le mode communautaire et non sur le modèle fédéral¹²⁷ ». Cette question est abordée de nouveau lors de la discussion sur la portée qu'il faut attribuer au principe de primauté du droit de l'Union, affirmé par l'article 6 du traité sur la Constitution européenne. Le président du Conseil entend en minimiser la portée en précisant que « l'Europe reste une confédération d'États souverains¹²⁸. » C'est le seul moment où s'esquisse un début de discussion : Simone Veil, ancienne présidente du Parlement européen, souligne la nature particulière de l'édifice européen : voulue par des architectes véritables « fédéralistes », il est en réalité le fruit d'une construction économique pragmatique. « Aujourd'hui, commente-t-elle, s'agit-il d'une Communauté ou d'une Fédération ? L'objet est *sui generis* et il serait vain d'essayer de la classer¹²⁹ ». Cette thèse de la nature *sui generis* de l'Union européenne est le reflet de la doctrine européiste dominante, qui se fonde sur le pragmatisme pour ne pas entrer dans la question de la définition de l'Union européenne : elle n'est ni un État, ni une organisation internationale. Elle est à part. Mais, sauf ces rares ex-

¹²⁴ Séance du 19 novembre 2004 (décision Constitution européenne), p. 30.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 2.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 27.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.*, p. 32.

¹²⁹ *Ibid.*

ceptions, la question de savoir ce qu'est la nature de l'Union européenne et comment celle-ci pourrait rétroagir sur le droit des États membres ne fait pas l'objet d'une discussion au sein du Conseil constitutionnel. Il y a là une différence majeure avec la Cour constitutionnelle allemande qui a tenté de qualifier juridiquement l'Union européenne en l'affublant d'un néologisme de *Staatenverbund*, une fédération qui ne serait pas encore étatique, sans être une confédération – pour marquer ce qu'il y avait de fédéral dans l'actuelle construction européenne.

Le silence sur la question fédérale est ici abyssal, comme si les membres du Conseil constitutionnel avaient intériorisé ce tabou qui fut même thématiqué en 2004-2005 lors des débats sur la « constitution » européenne : le fameux « *F word* », le mot de Fédération. Ce qui est également étonnant dans ces délibérations du Conseil constitutionnel, c'est l'absence presque totale du lexique en usage dans les fédérations ou les entités quasi-fédérales : nulle part y trouve-t-on des expressions telles que « compétence exclusive », « compétence partagées », « compétences mixtes », ou encore « attributions de compétence ». Ainsi, tout se passe comme si les membres du Conseil constitutionnel ne disposaient pas du vocabulaire adéquat pour traiter des questions compliquées provoquées par l'imbrication de deux ordres juridiques que sont l'ordre juridique national et l'ordre juridique européen, ce dernier étant davantage qu'un simple ordre international puisqu'il est considéré comme « intégré ». On perçoit cette absence de familiarité avec tout ce qui relève du fédéralisme lorsque, en 1997, un membre du Conseil objecte à Yves Guéna (défenseur de la souveraineté nationale et de la Nation française) que l'on « doit tirer de l'histoire de la Nation la nécessité de son dépassement par l'accès à une co-souveraineté. L'Europe a donné à la souveraineté de nouveaux territoires¹³⁰ ». Jean Monnet aurait presque dit la même chose, mais un juriste ne peut que s'étonner de l'expression de « co-souveraineté » qui ne veut rien dire, même si l'on comprend qu'il s'agit ici de décrire la mise en commun de l'exercice des compétences qui est le propre d'une construction de type fédéral. Cette absence de maîtrise des concepts juridiques s'explique en partie par le fait qu'il n'y eut dans ce cénacle aucun spécialiste du droit international ou du droit communautaire, ni aucun juriste de droit public généraliste du type de Georges Vedel ou de François Luchaire en mesure de distinguer et sérier les problèmes juridiques.

D'une manière générale, les membres du Conseil constitutionnel tentent de minorer le conflit de normes et d'ordres juridiques qui découlent de l'intégration européenne. Ils ont réussi à faire évoluer la jurisprudence en redécouvrant la portée de l'article 88-1 de la Constitution qu'ils ont su opposer à l'article 3 de la Constitution sur la souveraineté¹³¹, faisant de cette « clause d'ouverture » le moyen de justifier l'évolution de l'Union européenne vers une entité qui n'est plus dénommée « organisation internationale », mais « organisation européenne » par le Conseil constitutionnel (19 novembre 1994, n° 2004-505 DC, cons. 6).

¹³⁰ A. Lancelot, compte-rendu, séance du 31 décembre 1997, p. 31.

¹³¹ C'est du moins le sens profond de la jurisprudence sur les directives, depuis 2004 (contrôle des lois de transposition des directives selon l'article 61 C.), jurisprudence évoquée plus haut (note 20).

3. La souveraineté comme question finalement insoluble lors d'un processus de fédéralisation

Le débat sur Maastricht a imposé au Conseil constitutionnel de se poser en gardien de la Constitution et donc en gardien de la souveraineté. À plusieurs reprises, les membres du Conseil interviennent pour considérer qu'il n'est pas possible de voir une autorité supranationale (supra-étatique) prendre des décisions à la place de l'autorité nationale (étatique) (voir *supra*, II. B. 1.). En même temps, les mêmes membres sont favorables à la construction européenne, qui implique un « transfert de compétences » aux autorités européennes, ce qui suppose une possible perte de maîtrise de la part des autorités étatiques. Comment se sortir de ce dilemme, sinon en opérant un « grand compromis », en faisant comme s'il était possible pour un État, la France en l'occurrence, de demeurer souverain tout en transférant de plus en plus de compétences aux *Communautés* européennes qui se muent d'ailleurs en un être encore plus majestueux, l'*Union* européenne ? La formule de ce grand écart se trouve au treizième considérant (déjà évoqué) de la décision *Maastricht I* et qu'il faut maintenant citer *in extenso* :

Considérant qu'il résulte de ces textes constitutionnels que le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que la France puisse conclure, sous réserve de réciprocité, des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie des pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les États membres.

Passons ici sur le fait que les textes constitutionnels invoqués (art. 3 C, art. 53 C, 15^e alinéa du Préambule de 1946) sont davantage des prétextes que des raisons juridiques, c'est-à-dire essentiellement un moyen de trouver dans le texte écrit, fétichisé en l'occurrence, une ressource pour cacher le pouvoir de création prétorienne du Conseil qui leur fait dire ce qu'il veut. Passons aussi sur le fait que le Conseil constitutionnel utilise le Préambule de 1946 sur les organisations internationales alors que la construction européenne repose sur le pari de dépasser le stade de la simple organisation internationale. En réalité, le point important dans ce considérant fondamental réside dans la volonté du Conseil constitutionnel de maintenir la balance égale entre deux injonctions contradictoires : d'un côté, le « respect » de la souveraineté de l'État et, de l'autre, admettre la faculté de créer une organisation internationale très « intégrée » (l'*Union* européenne) qui implique un double transfert de compétences et de pouvoir.

Toutefois, ce compromis est bancal si l'on prend en compte l'exception que le Conseil constitutionnel ajoute au principe de conciliation¹³² :

Toutefois, au cas où des engagements internationaux souscrits à cette fin contiennent une clause contraire à la Constitution ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle (cons. 13).

L'invocation de ces deux exceptions (la clause contraire et l'atteinte au standard de la souveraineté nationale) suffit à rompre l'équilibre théoriquement recherché en

¹³² « Le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que la France puisse conclure, sous réserve de réciprocité, des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie des pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les États membres ».

faisant de la souveraineté l'élément déterminant dans le couple, et ce qui réduit le principe presque à néant. Il n'y a donc pas conciliation, et l'on pourrait donc penser que la souveraineté devient un obstacle insurmontable à la construction européenne – ce qu'elle est d'ailleurs en théorie. Mais la contradiction logique est surmontée dans la pratique par l'appel au pouvoir de révision. Ce qui était inconciliable cesse de l'être dès lors que la révision de la Constitution vient rendre compatible ce qui était déclaré incompatible par le Conseil constitutionnel. La révision-adjonction vient en quelque sorte légitimer l'atteinte à la souveraineté. On peut dire autrement les choses : le Souverain (« pouvoir constituant ») vient, au nom de son pouvoir de libre décision, déroger à la Constitution de sorte que, après son intervention et modification de la Constitution, le texte de celle-ci contient des principes contradictoires : d'un côté, le principe de la souveraineté nationale (art. 3) et de l'autre le principe de la participation à l'Union européenne (art. 88-1). Il y aurait en quelque sorte deux États qui coexisteraient dans la Constitution depuis Maastricht : l'État souverain et l'État membre de l'Union européenne¹³³.

La construction européenne pose donc une véritable difficulté au juriste. On le voit bien quand on observe la façon dont la doctrine internationaliste examine la question de la souveraineté face à la question fédérale. En effet, si l'on suit Andrea Hamann et, avec elle, Jean Combacau ainsi que d'autres représentants de la doctrine internationaliste, la conception de la souveraineté en matière de droit international ne peut être que purement formelle. Autrement dit, ce qui caractérise une telle souveraineté, c'est, négativement, la non-sujétion et, positivement, la capacité de conclure des traités, qui est, comme le rappelle la Cour de Justice dans l'affaire Wimbledon, l'expression même de la souveraineté. Il en résulte que peu importe l'objet des traités conclus par un État, car un État exprime sa souveraineté en le concluant ; il a donc le droit, la liberté de conclure des traités de n'importe quel type, aussi bien sur la pêche que sur une alliance militaire. On comprend pourquoi une telle conception¹³⁴ ne peut reconnaître la conception matérielle de la souveraineté perçue comme une somme de « marques de souveraineté », « droits régaliens » ou encore « *Hoheitsrechte* », disent les Allemands. En effet, la souveraineté, une fois, encore n'est pas un contenu insécable, mais une qualité juridique, qui s'exprime formellement soit par des actes, le traité comme acte de volonté bilatérale ou plurilatérale, soit par la coutume.

Certes, dira-t-on, de telles considérations reflètent bien la plupart des situations relevant du droit international. Mais que se passe-t-il dans le cas particulier où l'acte de souveraineté, qu'est le traité, conduit à détruire la souveraineté sur laquelle repose l'État qui le conclut ? C'est un peu le paradoxe de l'acte par lequel des États créent une Fédération. Ils instituent par un acte conventionnel, par ce que nous appelons, pour notre part, un pacte fédératif, un nouvel être juridique, la Fédération, à laquelle ils attribuent une série de compétences qui vont nécessairement

¹³³ Voir le très riche numéro de l'*Annuaire de droit de l'Union européenne*, 2015, contenant les actes du colloque sur *La nature juridico-politique de l'UE*, organisé par S. Roland et M.-Cl. Runavot (Cl. BLUMANN et F. PICOD (dir.), *Annuaire de droit de l'Union européenne 2015*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2016, 1292 p.).

¹³⁴ Défendue dans le présent volume par Andrea Hamann, même s'il faut surtout remonter à l'article de Jean Combacau (J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : La souveraineté internationale de l'État », art. cité), article qui semble avoir échappé à la vigilance des membres du Conseil constitutionnel...

amputer les compétences antérieures que ces États avaient auparavant en tant que « monades » souveraines. Il y a la un cercle logique dans lequel la doctrine internationaliste n'a pas du tout envie d'entrer, car il montre la limite de sa conception formelle de la souveraineté. Il y a donc un moment où l'acte de souveraineté peut se retourner contre la souveraineté. Les États étaient auparavant souverains. Ils deviennent des États membres d'une Fédération¹³⁵.

Les représentants de la doctrine internationaliste objecteront qu'une telle remarque a une certaine pertinence, mais qu'elle oublie l'existence des organisations internationales, qui sont justement fondées sur cette attribution de compétences à un nouvel être juridique dont l'existence vient compléter celle de l'État et en vertu de laquelle les États devront désormais exercer en commun une ou des compétences qu'ils exerçaient seuls auparavant. Donc, l'existence même des organisations internationales prouverait que la doctrine internationaliste n'a aucune difficulté à penser ces actes un peu paradoxaux qui contribuent à créer un être juridique limitant fortement la marge de manœuvre ou d'appréciation des États qui le créent.

On répondra alors qu'il y a un fossé, voire un gouffre, entre la création d'une organisation internationale et celle d'une fédération¹³⁶, car à la différence de la première, la seconde a vocation à créer une nouvelle entité politique qui vient se superposer aux autres entités politiques. Ce raisonnement était déjà sous-jacent à l'argumentation des juristes hostiles à ce que la fondation de la Communauté européenne de défense puisse être simplement « autorisée » par une loi parlementaire approuvant le traité en question. Les professeurs de droit qui s'étaient émus dans les colonnes du *Monde* avaient été contraints de distinguer deux sortes de traités :

D'une part les États peuvent s'engager à se conformer dans l'exercice de leurs compétences à ces règles fixées par traité ; ils peuvent par exemple s'engager à assister un État victime d'une agression, à participer à des mesures de police internationale, comme à prohiber le trafic des stupéfiants. Ces traités limitent la souveraineté de l'État, mais ne modifient pas sa structure. L'État contracte de nouvelles obligations internationales, mais sous réserve de les respecter, il continue d'agir par ses organes, selon sa Constitution nationale. D'autre part, l'État peut par traité transférer à un pouvoir supranational certaines de ses compétences. Il est alors dans ce domaine soumis à l'autorité de ce pouvoir ; il a abandonné le droit de décision. Sa structure est donc affectée. Or, c'est un tel transfert de souveraineté de l'État français à la Communauté projetée que prévoit le texte relatif à la CED. Celui-ci ne tend pas seulement à limiter une compétence nationale, mais à créer une autorité supranationale, dont les pouvoirs s'exerceront directement sur le territoire et sur la personne des citoyens français, et dont l'existence bouleversera donc profondément l'organisation constitutionnelle française¹³⁷.

Ce problème était posé en 1954 au moment de la création de la Communauté européenne de défense, projet qui a échoué à cause du veto du Parlement français. Depuis lors, la difficulté de concilier souveraineté et construction européenne n'a

¹³⁵ Sur la manière dont un internationaliste peut comprendre ce problème extrêmement difficile, nous renvoyons aux très riches développements de Jean Combacau dans le paragraphe intitulé « Formation de constitutions par une convention interétatique », dans son article « Sources internationales et européennes du droit constitutionnel », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome I, Paris, Dalloz, 2012, p. 435-439.

¹³⁶ Voir notre livre : O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2^e éd., 2010, p. 269-270.

¹³⁷ *Le Monde*, 30 juillet 1954.

fait qu'aller croissant. Ce que nous avons proposé d'appeler ici « le grand compromis » proposé par le Conseil constitutionnel dans *Maastricht I* suppose de considérer qu'il est possible de concevoir la construction d'une autorité supranationale, de nature quasi fédérale, sans renoncer à la souveraineté. Or, si l'on part l'idée de souveraineté, et notamment l'idée de souveraineté de l'État, il devient difficile de penser l'approfondissement fédéral de l'Europe. C'est ce qu'un esprit lucide comme Leo Hamon soulignait dès 1991 :

[À] l'évidence, la souveraineté nationale, qui est le principe de nos institutions de la République une et indivisible, est incompatible avec la participation à une quelconque « fédération » ; on ne peut prétendre respecter la souveraineté nationale en proclamant qu'on prépare une disparition qui ne serait plus qu'une question de temps¹³⁸.

Pour notre part, face à ce dilemme, nous avons tenté de montrer dans notre ouvrage sur la théorie de la Fédération que la question de la fédération ne peut être pensée que si l'on met justement entre parenthèses la souveraineté. Cette difficulté « fédérale » est globalement éludée par le Conseil constitutionnel, qui se pose principalement en « gardien de la souveraineté ».

III. CE QUE NOUS APPRENNENT LES DÉLIBÉRATIONS SUR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

On pourrait arrêter notre propos là car l'étude des comptes-rendus des délibérations suffit largement à montrer le caractère hautement « bricolé » de cette jurisprudence relative à la souveraineté, dans son double aspect (le Souverain organique et la souveraineté de l'État face à l'Europe). Mais il est peut-être judicieux de tirer parti de ces lectures pour essayer de discerner ce que nous apprend une telle jurisprudence sur l'institution elle-même, sur le Conseil constitutionnel donc.

A. Le Conseil constitutionnel fait-il encore du droit ? Le rapport avec la politique

1. L'étude des délibérations du Conseil enseigne la forte *dimension politique d'une telle jurisprudence* de sorte qu'il apparaît fort difficile, sinon impossible, de séparer aussi nettement le droit de la politique. C'est ce qui ressort de la lecture des délibérations sur ce sujet – ô combien politique ! – qu'est la souveraineté.

C'est d'abord particulièrement visible pour les décisions relatives à l'Europe, tant les prises de position des membres du Conseil laissent apparaître une forte opposition entre *européistes et souverainistes*. Cela apparaît dès la décision fondatrice de 1970 sur les « ressources propres » des Communautés européennes. Comme on l'a vu plus haut (voir *supra*, II. A.), Gaston Palewski, président du Conseil constitutionnel, annonce un peu solennellement que l'institution qu'il préside va devoir « dire la Constitution face à la souveraineté¹³⁹ ». Dans la même séance,

¹³⁸ L. HAMON, « La souveraineté nationale, la Constitution... et les négociations "européennes" en cours », art. cité, p. 303.

¹³⁹ B. MATHIEU *e. a.* (dir), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1985)*, *op. cit.*, p. 202.

René Brouillet, ancien très proche collaborateur du général de Gaulle¹⁴⁰, qui approuve vigoureusement le rapport de Goguel, exprime combien « il [lui] paraît difficile de tracer une frontière exacte entre le domaine politique et le domaine juridique¹⁴¹ ». C'est un constat identique que dresse Maurice Faure, premier rapporteur, dans la décision *Maastricht I*. Comme ses prédécesseurs, il précise d'emblée qu'il ne faut pas mélanger l'élément politique et l'élément juridique. Mais, presque immédiatement après, il relève que la construction européenne a été jusqu'à présent « irréversible », ajoutant ce commentaire très « subjectif » : « Personnellement, j'espère que cette tendance ne va pas s'inverser¹⁴² ». Faut-il préciser que Maurice Faure fut l'un des négociateurs du Traité de Rome et qu'il fait partie de ces membres du Conseil constitutionnel, qui sont des anciens « politiques » ? De même, lors de la discussion sur le Traité d'Amsterdam, la première intervention d'Yves Guéna, qui suit l'exposé du rapport du président, vise à objecter l'illégitimité de principe de la construction européenne qui a pour effet de remplacer une démocratie nationale par une démocratie au niveau supranational. Elle est immédiatement suivie d'une contre-offensive des membres pro-européens du Conseil (Faure, Robert, Lenoir, Lancelot). À la suite de cette série d'interventions, le président du Conseil (Dumas) commente, un brin désabusé : « Il est difficile de résister à la tentation de faire de la politique¹⁴³ ». Une telle opposition entre les anti-européens et pro-européens peut même se refléter dans le vote même au sein de l'Assemblée. On a vu plus haut que cette opposition avait abouti, en 1976 (affaire du Parlement européen), à un quasi-blocage. Les voix sont à égalité : 4 contre 4 (plus une abstention) pour ce qui concerne le rapport effectué par Goguel et concluant à « l'inconstitutionnalité » d'une disposition du projet de traité (voir *supra*, II. A.). Il a fallu la voix prépondérante du président (Roger Frey) pour dénouer une situation, qui aurait sinon été bloquée. Celui-ci commande un second rapport, qui ne figure pas les archives du Conseil (!) pour sortir de l'impasse. Le président a donc fait basculer la décision en faveur de la décision de compatibilité.

Les débats sont feutrés entre les membres du Conseil constitutionnel, mais à propos de chaque question, souvent technique, surgissent des conflits politiques. Par exemple, faut-il contrôler les traités antérieurs, le traité de Rome notamment, à l'occasion du contrôle des dispositions du Traité de Maastricht, comme s'il y avait une exception d'inconventionnalité analogue à l'exception d'inconstitutionnalité reconnue dans la décision Nouvelle-Calédonie ? Ici, les défenseurs de l'Europe montent au créneau pour défendre l'absence de contrôle¹⁴⁴. Maurice Faure est sur ce point particulièrement virulent :

[L]e Conseil peut, à cette occasion, et pour la première fois, affirmer qu'il ne remettra pas en cause effectivement le seul traité de Maastricht qui est visé, mais

¹⁴⁰ C'est lui qui a fait la carrière de Pompidou en faisant jouer l'amitié de normaliens pour intercéder auprès du général de Gaulle pour l'introduire, en 1945, à l'Élysée.

¹⁴¹ Compte-rendu, séance du 30 décembre 1976, p. 48. Il ajoute : « Admettre qu'il n'y ait aucun problème de constitutionnalité, laisserait supposer que, lorsqu'il s'agit de la souveraineté de notre pays, il n'y a rien à dire ».

¹⁴² Compte-rendu, séance du 7 avril 1992, p. 3.

¹⁴³ Compte-rendu, séance du 31 décembre 1977 (décision Amsterdam), compte-rendu, p. 32.

¹⁴⁴ Compte-rendu, séance du 7 avril 1992, p. 9-13.

je pense qu'il faut en profiter pour en faire référence à la continuité de ce traité avec les traités antérieurs¹⁴⁵.

Il défend la thèse qu'on appelle depuis lors « l'immunité conventionnelle » des traités originaires.

L'opposition politique n'est pas moins visible quand le Conseil traite de la souveraineté du peuple et de la loi référendaire. C'est le cas lors de la séance du 6 novembre 1962 où la discussion se fait à fleurets mouchetés. Elle laisse apparaître un clivage très politique entre les partisans du général de Gaulle et ses adversaires. Parmi ces derniers, René Coty et Vincent Auriol – les deux anciens présidents de la IV^e République – interviennent de concert pour mettre en garde les membres du Conseil contre la dérive plébiscitaire – comprendre autoritaire – dont serait porteuse une déclaration d'incompétence du Conseil (voir *supra*, I). Vincent Auriol est revenu siéger exprès au sein du Conseil pour signaler son opposition à la loi référendaire. René Cassin est partagé entre sa fidélité personnelle à de Gaulle et ses scrupules de juriste¹⁴⁶. C'est son « surmoi » juridique qui l'emporte, car il vote contre la majorité favorable à l'irrecevabilité. Mais le président Léon Noël, ancien ambassadeur et fidèle gaulliste, tient bien son Conseil et même des juristes éminents comme Marcel Waline et Bernard Chenot, font taire leurs scrupules, votant avec la majorité.

Plus révélateur encore de ce phénomène de surdétermination politique des opinions juridiques est le fait que le compte-rendu des séances trahit des prises de position ouvertement polémiques lors des délibérations. Lors de la première décision Maastricht, certains membres se signalent par leurs critiques ouvertes à l'égard des anciens membres gaullistes. Lors de la séance du 8 avril 1992, le président Badinter fait observer que le problème de la monnaie « est très important, beaucoup plus important que la question des élections municipales¹⁴⁷ ». Il critique donc le Parlement européen pour avoir exagéré cette question et il est rejoint sur ce point par Maurice Faure qui observe : « 90% du débat parlementaire portera sur les élections municipales ». Fin politique, Marcel Rudloff commente : « c'est fait pour ça, pour faire passer le reste¹⁴⁸... » Il apparaît surtout à l'occasion de la première délibération de Maastricht que le Conseil de 1992 ne cesse de s'opposer au Conseil de 1976, lui reprochant ouvertement une jurisprudence qu'on pourrait qualifier aujourd'hui de « souverainiste ». Selon le second rapporteur (Latscha), le Conseil aurait établi en 1976 une « distinction brutale » entre limitations et transfert de souveraineté. Il avoue que cette décision l'avait « fait hurler¹⁴⁹ ». C'est surtout lorsque la discussion roule sur la question du peuple européen et de la représentation, que les membres du Conseil de 1992 vont se déchaîner contre la décision de 1976 sur l'Assemblée européenne. Le président (Badinter) observe que celle-ci fait allusion à « chacun » (cons. 3) des peuples des États¹⁵⁰, alors que le texte du traité ne contenait pas cette formule. Selon lui, « les rédacteurs de l'époque ont

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 13.

¹⁴⁶ C'est le cas aussi de Vallery-Radot, qui est gaulliste et qui se joindra à la minorité.

¹⁴⁷ Compte-rendu, séance du 8 avril 1992, p. 71.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Compte-rendu, séance du 8 avril 1992, p. 10.

¹⁵⁰ Compte-rendu, séance du 9 avril 1992, p. 9.

dénaturé ce texte. Que dirait-on si on ajoutait un mot à la Constitution[?]¹⁵¹ ». S’ensuivent sur ce point des commentaires désobligeants sur la décision de 1976 : Maurice Faure estime que, « en 1976, le Conseil a fait un abus de droit », tandis que Jean Cabannes ajoute ce commentaire – « ironique », précise le compte-rendu – : « un faux en écritures publiques¹⁵² ». C’est ce dernier membre qui attaque nommément François Goguel dans un autre passage de la décision¹⁵³.

La mise en cause du Conseil de 1976 par celui de 1992 peut surprendre. En effet, dans une institution juridictionnelle, la continuité de l’institution est un élément important. Il est rarissime d’entendre ou de lire des membres de la Cour de Cassation ou du Conseil d’État critiquer *ouvertement* d’anciennes jurisprudences de leur institution et *a fortiori* d’anciens membres de l’institution. Certes, on peut et l’on doit même changer des jurisprudences pour adapter le droit à de nouvelles situations et à de nouveaux défis sociaux. Mais cela se fait, évidemment, sans remettre en cause aussi brutalement l’opinion des anciens juges. Or, ici, les membres de la majorité du Conseil constitutionnel dénigrent à qui mieux mieux la décision de 1976, dont on a pourtant vu qu’elle était une décision de compromis, qui n’était pas si fermée au droit européen (voir *supra*, II. A)¹⁵⁴.

2. Le Conseil constitutionnel est également une institution qui doit ménager avec la force du pouvoir politique s’il veut conserver une certaine légitimité. À la fin des longues séances consacrées à cette décision surgit une question qui n’est pas mineure : faut-il ou non déclarer contraire à la Constitution française l’article de la Politique étrangère et de sécurité commune (PESC) qui confie une partie de la conduite diplomatique à une institution européenne, avec un système extrêmement compliqué au terme duquel le passage de l’unanimité à la majorité ne peut être remise en cause que par une nouvelle décision, prise à l’unanimité ? Robert Badinter trouve le procédé aussi compliqué que ridicule. Quant au premier rapporteur (Maurice Faure), il n’a aucun doute sur l’irrévocabilité du processus et sur la réalité de l’atteinte portée à la souveraineté. Quelques autres membres du Conseil constitutionnel ont des doutes sur la nécessité de déclarer cet article contraire à la Constitution, mais le rapporteur Faure tient bon et il déclare très franchement : « Moi, je fais du droit. Je veux bien que l’on passe à côté du droit, mais il faut en être conscient¹⁵⁵ ». Pourtant, dans ce cas, le Conseil va faire de la politique et non du droit, pour ne pas sanctionner. C’est le président du Conseil, Robert Badinter, qui fait basculer les débats en intervenant longuement :

Par rapport à ce qui s’est passé en 1976, nous avons choisi la notion d’atteinte aux conditions essentielles d’exercice de la souveraineté. Peut-on ici parler de conditions essentielles ? Au départ, la maîtrise de l’État sur le processus est totale ; il y a l’unanimité, ce sont des questions, des problèmes d’exécution. C’est une délégation, en fonction de questions, *in concreto*. Toute cette question me préoccupe depuis longtemps. Il est clair qu’à la différence de la monnaie, on n’a pas abandonné un domaine entier de compétences. Est-on dans « l’essentiel » ?

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 10.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ Cabannes renchérit : « mais c’est bien là-dessus que vont insister Madame Garaud, Monsieur Goguel » (Compte-rendu, séance du 8 avril 1992, p. 71).

¹⁵⁴ Nos remarques sont convergentes avec celles d’Andrea Hamann.

¹⁵⁵ Compte-rendu, séance du 9 avril 1992, p. 32. La formule est mise en exergue dans l’article précité d’Andrea Hamann (A. HAMANN, « Sur un “sentiment” de souveraineté », art. cité).

Effectivement, on ouvre une brèche. Mais la décision, ici, fait preuve d'une grande exigence. Jusqu'à maintenant, on a situé la barre au niveau de la citoyenneté et de la troisième phase de l'Union monétaire. Mais je crois qu'ici, le Conseil manifesterait le fait de ne rien laisser passer et empêcherait toute aliénation de souveraineté. N'allons pas trop loin dans ce sens¹⁵⁶.

Le rapporteur (Faure), qui était sur une ligne un peu « dure » (pour déclarer la contrariété à la Constitution), comprend que l'intervention du président Badinter est motivée par « un choix du Conseil : celui de ne pas trop charger la barque du Gouvernement¹⁵⁷ ». La ligne modérée du président l'emporte et le Conseil institue un précédent en ne sanctionnant que « les atteintes caractérisées à la souveraineté¹⁵⁸ », sans que ne puisse être tracée une ligne de démarcation entre une simple atteinte à la souveraineté et une atteinte « caractérisée ». Le lecteur de la décision du 9 avril 1992 ignore donc qu'un autre motif d'inconstitutionnalité avait été soulevé par le rapporteur qui avançait de solides arguments juridiques. Mais le Conseil constitutionnel ne censurera pas cet article du traité de Maastricht pour une raison purement politique : la volonté de laisser les mains libres au pouvoir politique. Il n'y a d'ailleurs rien de choquant dans une telle attitude : cela s'appelle du *self-restraint* de la déférence judiciaire, position communément adoptée par la plupart des juridictions constitutionnelles et qui est le moment où le contrôle de l'opportunité se substitue au contrôle de légalité.

B. De l'absence majoritaire de juristes dans le Conseil et de ses effets

Grâce au livre de Dominique Schnapper¹⁵⁹, on sait désormais de source sûre qu'il y a au sein du Conseil constitutionnel deux personnes qui la dominent : le président et le secrétaire général. C'est sur ce duo que repose, en réalité, le fonctionnement du Conseil constitutionnel¹⁶⁰. C'est encore plus net depuis la mise en vigueur de la QPC, qui a accentué l'emprise du secrétaire général et de l'équipe juridique qu'il contrôle, reléguant le rôle des membres à un rôle souvent subalterne.

De ce point de vue, les délibérations ici étudiées confirment la place prépondérante occupée par le tandem président/secrétaire général. C'est particulièrement net pour les débats ayant lieu au moment du traité de Maastricht (1992), lors desquels officiaient respectivement Robert Badinter et Bruno Genevois. Tout aussi instructif est le fait que pour les deux grandes décisions sur l'Europe consécutives à celles sur le traité de Maastricht (les décisions Amsterdam et Constitution européenne), le président était d'office le rapporteur, de sorte qu'on peut supposer, sans grand risque de se tromper, qu'il a travaillé en étroite collaboration avec le secrétaire général. Disons ici un mot de ce dernier : il n'est pas « un membre » au sens

¹⁵⁶ Compte-rendu, séance du 9 avril 1992, p. 32.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 33.

¹⁵⁹ D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010.

¹⁶⁰ Alain Lancelot, ancien membre du Conseil constitutionnel, observe, lui aussi que « le sommet abrite au Conseil deux très fortes autorités, le président et le secrétaire général » (A. LANCELOT, « Où il est question de bonheur au sommet de l'État », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 50^e anniversaire, 2008, p. 22, cité par P. WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 5, *Mutation ou crépuscule des libertés publiques ?*, décembre 2010, note 66 [<http://juspoliticum.com/article/Sur-la-composition-du-Conseil-constitutionnel-294.html>]).

strict terme du terme du Conseil, mais l'habitude a été désormais prise de le qualifier de « dixième membre du Conseil constitutionnel¹⁶¹ ». La doctrine la plus autorisée en matière de contentieux constitutionnel le caractérise même comme « un des principaux centres nerveux, intellectuel, juridique et politique du Conseil¹⁶² ». On peut même aller plus loin et le qualifier, selon la formule de Patrick Wachsmann, de « personnage-clé de l'institution¹⁶³ ». Même s'il est difficile de généraliser son rôle car tout dépend de la personnalité, non seulement du secrétaire général, mais aussi du président, la lecture des délibérations laisse penser qu'il joue un rôle encore plus crucial dans les débats.

Commençons cependant par nous interroger sur le fondement juridique de la participation du secrétaire général aux délibérations du Conseil constitutionnel. Le fondement textuel est relativement ténu. Il figure à l'article 3 du décret relatif à l'organisation du secrétariat général qui dispose : « Le secrétaire général prend les mesures nécessaires à la préparation et à l'organisation des travaux du Conseil » (al. 1) ; « Il établit un compte-rendu sommaire de ces travaux » (al. 2). On peut donc penser que l'établissement du compte-rendu impose sa présence lors des délibérations. Mais on pourrait imaginer qu'il tient seulement le rôle d'un simple greffier. Ce serait une grave erreur, car on le voit intervenir quelques fois dans le débat, soit à la demande du président, soit à sa propre initiative, pour éclairer un point de droit. Il y intervient parfois de manière décisive, comme l'atteste le compte-rendu du 9 avril 1992 relatif à la décision *Maastricht I*. Maurice Faure, premier rapporteur, fait une remarque de détail sur une certaine formulation du projet de décision : « pourquoi le projet parle-t-il des conditions déterminées par “un” traité¹⁶⁴ ? » À cette question, le secrétaire général répond tout de suite, comme si elle lui était implicitement adressée, alors même qu'il n'est pas invité à prendre la parole : « Parce qu'il s'agit du niveau constitutionnel, de la généralité à laquelle se situe la Constitution ». Et le président interroge le rapporteur : « vous, vous ne vous sentez pas cela... » Ce dernier répond : « je suis pour la sobriété et l'homogénéité¹⁶⁵ ». Plus loin, on apprend que le second rapporteur (M. Latscha), sur l'Union économique et monétaire, « a fait confiance à Monsieur Genevois (le secrétaire général)¹⁶⁶ ». C'est donc bien ce dernier qui a rédigé le *projet de décision* à la place du second rapporteur.

On peut donc affirmer que le secrétaire général est la *vigie juridique* du Conseil. À la lumière du compte-rendu des délibérations, il apparaît bien comme le grand expert juridique du Conseil, comme il ressort des interrogations qui lui sont lancées par divers présidents (Badinter, Dumas, Mazeaud) en vue de préciser tel ou tel point de droit, et aussi telle ou telle jurisprudence française ou européenne. En effet, son

¹⁶¹ J. ROBERT, *La garde de la République, Le Conseil constitutionnel raconté par l'un de ses membres*, Paris, Plon, 2000, p. 62 ; P. WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, 5, décembre 2010, [<http://juspoliticum.com/article/Sur-la-composition-du-Conseil-constitutionnel-294.html>], p. 23 du .pdf.

¹⁶² D. ROUSSEAU, P.-Y GAHDOUN et J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 11^e éd., 2016, n° 88.

¹⁶³ P. WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *art. cité*. Voir la description qui en est ici faite, principalement d'ailleurs à travers le témoignage si intéressant de Dominique Schnapper.

¹⁶⁴ Compte-rendu, séance du 9 avril 1992, p. 14.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 14.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 16.

savoir juridique place le secrétaire général dans la position confortable et centrale du grand expert savant au milieu d'un cénacle composé principalement d'anciens « politiques » guère au fait des subtilités juridiques du contentieux. Son rôle semble avoir crû avec le temps, car il est frappant d'observer que, en 1962, le secrétaire général n'apparaît pas dans le compte-rendu de la discussion. Il est variable selon la composition du Conseil. Quand il y avait des professeurs de droit comme François Luchaire ou Georges Vedel, le secrétaire général devait compter avec eux et ne pouvaient revendiquer le monopole de l'expertise juridique. Quelques exemples illustrent cette idée.

Dans la séance du 9 avril 1992 où est discutée la façon dont il faut rédiger l'inconstitutionnalité de l'intégration monétaire, le président Badinter voudrait imposer une formule du genre : « la Constitution ne permet pas que... ». Bruno Genevois doit batailler pour s'opposer à une telle formulation qui est fort liberticide. Il le fait une première fois en appelant l'attention du Conseil, de façon très précautionneuse, sur la forme : « je me permets d'appeler l'attention du Conseil sur les risques d'un *a contrario* poussant à dire que ce ne dit pas la Constitution serait interdit¹⁶⁷ ». Il est rejoint dans son opposition par Noëlle Lenoir – qui a fait un détour par le Conseil d'État avant de rejoindre le Conseil constitutionnel. Le secrétaire général Genevois a le mot de la fin en observant, très finement d'ailleurs : « le vide constitutionnel n'est pas une inconstitutionnalité, mais la liberté laissée au législateur par le constituant¹⁶⁸ ». Ici, l'intervention du secrétaire général a été salutaire pour empêcher une formulation qui aurait été assez désastreuse d'un point de vue non seulement symbolique, mais aussi pratique, ouvrant la voie à une jurisprudence totalement illibérale.

Le plus surprenant est de voir le secrétaire général intervenir pour rappeler aux membres du Conseil non seulement la jurisprudence du Conseil d'État, mais aussi leur *propre* jurisprudence. Ainsi voit-on, en pleine délibération sur la compatibilité du traité de Maastricht, M. Genevois se lancer dans un petit cours de droit public sur l'immigration. Interrogé par le président Badinter, il discute la valeur subsidiaire du traité de Schengen par rapport à celui de Maastricht, puis il ajoute sur le ton de l'évidence :

Il est également indiscutable à l'heure actuelle que les visas sont une prérogative de l'État. Souvent, celui-ci se lie au moyen de convention bilatérale pour des raisons multiples, tenant à la diplomatie à la politique générale, ou à l'opinion publique¹⁶⁹.

Il se permet alors d'attirer l'attention des membres du Conseil le fait « que, dans sa décision n° 92-307 du 25 février 1992, il [le Conseil constitutionnel] a rappelé que le refus d'admission des étrangers sur le territoire constituait un droit de l'État, sous réserve des conventions internationales » (Séance du 9 avril 1992, p. 43). Ainsi est-ce lui qui réintroduit une certaine densité juridique dans la discussion en parlant, en ces matières, de « droits » ou de « prérogatives de l'État », usant d'un langage précis et rigoureux, là où la plupart des membres usent d'un vocabulaire flottant et faiblement juridique.

Enfin, il est évident que le secrétaire général est celui qui « verrouille » la rédaction des décisions. Alors que les membres du Conseil parlent régulièrement de

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 15.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 19.

¹⁶⁹ Compte-rendu, séance du 7 avril 1992, p. 42.

« transfert de souveraineté » dans la délibération précédant la première décision Maastricht, la rédaction de la décision use de l'expression, plus judicieuse, de « transferts de compétences », utilisée dans la décision *Maastricht I* (cons. 13). Ainsi, les grosses lacunes juridiques des membres du Conseil sont comblées par l'expertise du secrétaire général qui les aide dans la rédaction du rapport et aussi dans la rédaction finale du texte de la décision. On peut supposer que c'est donc parfois ce juriste-expert, issu du Conseil d'État, qui donne à la décision un aspect parfaitement juridique qui est loin de refléter le contenu des délibérations.

*
**

À partir de l'étude d'un thème ciblé et restreint, la souveraineté, on peut considérer que celle-ci confirme ce que maints auteurs affirment à propos du Conseil constitutionnel, à savoir qu'il est resté essentiellement une institution ou un organe politique, assez éloigné de ce qu'on appelle une juridiction ou un tribunal. D'ordinaire, on établit ce diagnostic principalement à partir de la composition du Conseil – résultant d'un mode de nomination très politique – ou de la procédure suivie devant lui – par exemple, la pratique des « portes étroites », clairement contraire au principe du contradictoire. Mais nous espérons avoir montré que la même thèse peut être fondée sur la façon qu'il a de « fabriquer du droit », façon bien hétérodoxe, du moins si l'on prend pour référence orthodoxe ce qu'effectue une véritable « juridiction » confrontée aux mêmes questions.

Olivier Beaud

Professeur de droit public à l'Université Paris II Panthéon-Assas, Institut Michel Villey