

Sur un « sentiment » de souveraineté

Je veux bien que l'on passe à côté du droit,
mais il faut en être conscient¹.

On pourrait se demander au premier abord ce que viendrait faire la souveraineté internationale, en tant que telle, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Lorsque le Conseil examine un traité au titre de l'article 54 de la Constitution, ou une loi d'autorisation de le ratifier ou l'approuver, sur le fondement de l'article 61 al. 2, il n'a compétence que pour vérifier si le traité « comporte une clause contraire à la Constitution » (art. 54), ou pour se prononcer sur la « conformité à la Constitution » de la loi (art. 61 al. 1^{er}). Contrôle préventif dans les deux cas, car le conflit entre traité et constitution ne saurait exister à ce stade, dès lors que les normes conventionnelles ne sont pas encore en vigueur et applicables dans l'ordre interne, et qu'il s'agit précisément de déterminer, *a priori*, si la France peut contracter l'engagement international sans risquer, ce faisant, de susciter une incompatibilité cette fois-ci bien réelle entre obligations constitutionnelles et conventionnelles liant toutes deux l'État et les pouvoirs publics. Or, la Constitution de 1958 ne fait aucune mention directe de la souveraineté, hormis dans sa forme de « souveraineté nationale » (Préambule al. 1^{er}, et art. 3, malgré le titre sans adjectif dans lequel s'insère ce dernier, « De la souveraineté »²), et hormis aussi l'hypothèse de l'accession de la Nouvelle-Calédonie à la « pleine souveraineté » (art. 77) – dans ce second cas c'est bien véritablement de souveraineté internationale qu'il s'agit. Cette absence de référence à la souveraineté de l'État dans la Constitution peut paraître curieuse aujourd'hui, tant les enjeux en sont désormais connus, mais elle n'est pas inhabituelle. Une constitution est avant tout une organisation de la puissance de l'État au sein même de cet État et, en tant que

¹ M. FAURE, Compte-rendu de la séance du Conseil constitutionnel du 9 avril 1992 relative au traité sur l'Union européenne, p. 32. Les extraits des comptes-rendus seront cités comme suit : compte-rendu, date, et objet de la saisine (sous une forme abrégée pour les comptes-rendus cités fréquemment).

² On peut y ajouter également le Préambule de 1958, qui dispose que « le peuple français proclame solennellement son attachement [...] aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946 [...] ».

telle, elle se projette vers l'intérieur de l'ordre juridique, ayant moins vocation à se préoccuper de l'extérieur³.

Aucune disposition de la Constitution de 1958, en tout cas, n'est en tant que telle immédiatement opératoire pour permettre au Conseil constitutionnel de se faire gardien de la souveraineté internationale de la France. Si ce n'était que la notion de constitution implique ontologiquement l'existence de l'État, et *vice versa*, l'une et l'autre étant consubstantielles, et que l'étaticité se caractérise précisément par la souveraineté. Et c'est bien la conscience de cet enjeu qui se manifeste dans certaines séances du Conseil où, à l'époque encore des Communautés européennes, était discutée l'éventualité redoutée d'un « État supérieur⁴ » ou d'un « super-État doté d'une supra-nationalité⁵ ». Si ce n'était aussi que le Préambule de la Constitution de 1946, intégré par renvoi au bloc de constitutionnalité, dispose en son alinéa 15 que « [s]ous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ». Avec lui tombent les murs entre intérieur et extérieur, la constitution se situant en charnière, et la conformité à la constitution se trouve bien projetée ici vers cet « extérieur ». Il s'agit donc de déterminer si l'exécutif peut engager internationalement l'État en ratifiant ou approuvant le traité, ou si au contraire sa conclusion serait une « limitation de souveraineté » au-delà de celles que tolère la constitution. La formule de l'alinéa 15 du Préambule de 1946 n'est toutefois pas heureuse, elle est même un non-sens du point de vue du droit international, et c'est pourtant elle bien sûr qui résonnait dans la décision de 1976 si vivement critiquée, en ce qu'elle jugeait admissibles les « limitations » de souveraineté mais refusait ses « transferts »⁶. Mais la souveraineté étant un absolu, en tant qu'elle est attachée à la qualité d'État qui ne souffre elle-même aucune nuance, elle est insusceptible de « limitations » ; l'État qui conclut un traité, loin d'y renoncer ou d'y apporter des atténuations, fait au contraire acte de souveraineté. Ce qui peut être limité en revanche, et c'est la seule acception qui fait sens dans une perspective internationale, c'est l'*exercice de pouvoirs* qui, avant la conclusion d'un traité, relevaient encore de la sphère de liberté de l'État ; c'est également ainsi que l'exprime plus opportunément, mais au sujet des traités européens seulement, l'article 88-2 ajouté par la révision de 1992, qui autorise des « transferts de compétences⁷ ». Et c'était aussi déjà cette formule bien

³ À titre de comparaison, la Loi fondamentale de l'Allemagne ignore elle aussi la notion de souveraineté, tout comme le font les constitutions italienne, espagnole ou encore belge. Elles ont aussi toutes en commun de dater d'une époque où, au mieux, la construction européenne était encore à ses tout débuts, et l'inquiétude souverainiste moins vive qu'elle l'est devenue par la suite.

⁴ Compte-rendu, 19 juin 1970 (*Ressources propres*), p. 15.

⁵ Compte-rendu, 29 décembre 1976 (*Élection de l'Assemblée des CE au suffrage universel direct*), p. 47.

⁶ Décision n° 76-71 DC, 30 décembre 1976, *Décision du Conseil des Communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct* (ci-après *Élection de l'Assemblée des CE au suffrage universel direct*), cons. 1.

⁷ Dans son ensemble l'article 88-2 issu de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 se lisait comme suit : « sous réserve de réciprocité, et selon les modalités prévues par le traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, la France consent aux transferts de compétences nécessaires à l'établissement de l'union économique et monétaire européenne ». Il fut modifié par la loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993 pour devenir « Sous réserve de réciprocité, et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, la France consent

plus exacte qu'avait enfin consacrée le Conseil dans sa décision d'avril 1992 sur le traité de Maastricht :

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 de pouvoirs de décision par l'effet de *transferts de compétences consentis par les États membres*⁸.

Mais malgré *Maastricht I*, malgré les « transferts de compétences » qui, c'est évident, ne soulèvent aucune difficulté du point de vue international, les décisions du Conseil font apparaître que c'est tout de même aussi de cette distinction inopportune entre les « limitations de souveraineté » autorisées et celles qui ne le sont pas qu'il s'est fait le gardien⁹. Mais concédons aussi que la faute n'en revient pas exclusivement à l'impropriété de la formule de l'alinéa 15 du Préambule de 1946. La faute originelle reste sans doute celle du *Lotus*, qui déclarait avec gravité que « les limitations de l'indépendance des États ne se présument pas », faisant ainsi de la volonté de l'État la voûte du droit international tout entier¹⁰. Il y a un siècle, admettons. Mais voyons alors aussi combien l'approche posait un verrou redoutable contre toute évolution du droit international qui voudrait le faire échapper à l'emprise des seuls États. Malgré le verrou, pourtant, il est parvenu à évoluer – en catimini certes, la croyance des États dans sa (et leur) détermination par leur seule volonté restant sagement entretenue. Mais qui ne voit pas aujourd'hui que la

aux transferts de compétences nécessaires à l'établissement de l'union économique et monétaire européenne ainsi qu'à la détermination des règles relatives au franchissement des frontières extérieures des États membres de la Communauté européenne ». De nouveau remanié en 1999 par la loi constitutionnelle n° 99-49 du 25 janvier, ainsi que par la loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003, il disparaît en 2008 avec la loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février, adoptée en vue de la ratification et de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009. Désormais ces « transferts de compétences » autorisés dès 1992 sont impliqués par le seul article 88-1, lui-même initialement créé par la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 ajoutant à la constitution un titre « Des Communautés européennes et de l'Union européenne », dont la version actuellement en vigueur est celle issue de la loi constitutionnelle précitée du 4 février 2008, et qui dispose que « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 ».

⁸ Décision n° 92-308 DC, 9 avril 1992, Traité sur l'Union européenne (ci-après *Maastricht I*), cons. 13 (nous soulignons).

⁹ À titre anecdotique, on signale cependant que la version initiale de l'article 54, qui était alors l'article 49 du projet, tenait le Conseil à l'écart de garder quoi que ce soit en matière de traités, puisqu'il se lisait ainsi : « Lorsqu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution ou à une loi organique, l'autorisation de le ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ou la modification de la loi organique ». Nulle mention encore d'une intervention préalable du Conseil constitutionnel, et ce n'est que dans la version devenue définitive que ce contrôle lui fut confié.

¹⁰ Cour permanente de Justice internationale, *Affaire du « Lotus »*, arrêt du 7 septembre 1927, *série A n° 10*, p. 18. Ce qui précédait immédiatement n'était pas moins puissant, parfaitement ficelé autour d'un droit qui, quoi qu'il advienne, ne saurait échapper aux États : « Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs ».

souveraineté est un enjeu aussi dépassé qu'illusoire ? Et pourtant, quelque archaïque que soit la doctrine *Lotus*, sa poussière repose encore sur les esprits, en particulier dans les couloirs du Palais de la Paix de La Haye, dont les occupants s'évertuent à contenir un droit international qui tiraille, et dans leurs décisions déploient ainsi des efforts considérables pour le maintenir en l'état. Comment s'étonner dans ces conditions de ce qu'un Conseil constitutionnel se braque sur ce qui est l'apanage exclusif de l'État, en s'attachant lui aussi à contenir cette souveraineté ?

Mais se prononcer sur ses « limitations », dont le Préambule de 1946 autorise certaines mais interdit d'autres, suppose, pour être en mesure de les apprécier, de savoir ce qu'est cette chose qu'il semble autorisé sous conditions à limiter, cette souveraineté que l'alinéa 15 se garde bien de définir. Le Conseil, pourtant, n'a jamais entrepris de le faire, alors même qu'une bonne partie des décisions rendues en matière de traités tourne bien autour d'elle. Mais précisément, elle ne fait que tourner, n'énonçant jamais en amont frontalement la question. En aval, elle est au surplus obscurcie par des considérations disparates qui rendent bien hasardeux pour le commentateur de proposer une identification claire de ce que serait la jurisprudence du Conseil en matière de souveraineté.

Sur cette toile de fond, le titre donné à ces pages appelle une explication. Ni lubie ni témoignage d'inventivité, il est au contraire inspiré directement des propos des membres du Conseil constitutionnel. La difficulté que représente la souveraineté internationale pour son examen d'un traité se trouve en effet très bien exprimée dans la saisine au sujet du protocole n° 6 à la Convention européenne des droits de l'homme sur l'abolition de la peine de mort. Le rapporteur y formulait la question à examiner de la manière suivante :

si la souveraineté s'analyse comme un faisceau de compétences, la limitation ou plutôt la réduction de certaines des compétences comprises dans ce faisceau, qui serait opérée par la ratification du Protocole n° 6, est-elle ou non contraire à la souveraineté nationale ?

La question elle-même est formulée de manière curieuse et ses termes, notamment la locution « faisceau de compétences », appellent plusieurs observations, qu'on réserve toutefois pour des développements ultérieurs. Supprimons en revanche dès ce stade l'adjectif « nationale » de la souveraineté, car ce n'est nullement d'elle qu'il s'agissait, et alors peut apparaître mieux le véritable enjeu. Cet enjeu, pourtant, se révèle peu commode à manier. En effet, déclarait le rapporteur, il est « difficile de définir la souveraineté »... Bien heureusement en revanche,

ce concept, même s'il n'est pas vraiment et clairement définissable, se « sent »¹¹.

Qu'on laisse un peu ces mots résonner.

Que le lecteur, aussi, se rassure : il est normal qu'il soit en proie à des sentiments contradictoires. L'extrême scepticisme, voire la vive inquiétude, d'abord : on est donc incapable de dire ce qu'est cette chose qu'on se donne pourtant pour mission de sauvegarder ? Mais la confiance peut se restaurer, et il y a lieu : à la connaissance se substitue le sentiment, et la souveraineté, semble-t-il, fait davantage appel au second. Déplaisante impression, toutefois, que fait flotter cette candeur déconcertante. Déplaisant, aussi, le paradoxe que depuis l'intérieur de la juridiction on apprend qu'elle n'a pas une idée bien assurée de ce qu'est l'une de ces choses dont

¹¹ Compte-rendu, séance du 22 mai 1985 (*Protocole n° 6 à la CEDH*), p. 5.

elle fait pourtant un enjeu crucial, et où sa sauvegarde ne dépend en définitive que du sentiment (on n’ose pas dire de la sensation) qu’éprouvent à son endroit les membres de la juridiction.

L’inconvénient de révéler l’origine du titre dès ce stade, outre de risquer d’être taxée d’une certaine malveillance, est de se couper immédiatement l’herbe sous le pied : on vient en effet de rendre vaine toute tentative d’élucider ce qui serait une jurisprudence éclairée sur la souveraineté. C’en était toutefois l’objectif. D’éminents auteurs ont déjà passé au crible les décisions du Conseil en matière de traités internationaux sur le thème de la souveraineté, et ont entrepris de systématiser une jurisprudence ou une doctrine (ou plusieurs), de l’expliquer, y compris dans ses faiblesses et contradictions, et de lui donner un sens¹². Cette jurisprudence, quelles que soient les mutations qu’elle a connues et son enrichissement par des décisions ultérieures, n’a à peu près pas changé depuis ces écrits, laissant bien peu de terrain inédit qu’un nouvel article sur la souveraineté pourrait honnêtement investir et exploiter. Mais systématiser, expliquer et donner du sens, c’est précisément ce que ces pages ne feront pas. L’hypothèse avancée est moins soucieuse de logique et de rationalité, et on concède volontiers que, contrairement aux auteurs cités, on a davantage le luxe aujourd’hui de s’en affranchir parce qu’on bénéficie d’une ressource qui n’était autrefois pas à disposition, dans la forme des comptes-rendus des séances du Conseil. Le « secret de nos délibérations [qui] garantit à chacun d’entre nous la possibilité de se prononcer en toute liberté¹³ » n’étant plus, cette liberté peut (et même doit) désormais être prise en considération dans l’examen des décisions, et elle jette une lumière souvent bien crue sur certaines d’entre elles et leurs motivations (motivation ?). C’est l’unique objectif de ces pages, qui n’ont pas l’ambition de participer au discours doctrinal sur la souveraineté ; elles visent plutôt à apporter un éclairage sur certaines décisions et positions qui, dit-on, font jurisprudence, en les examinant depuis les coulisses désormais en partie accessibles au public.

Grâce à ces comptes-rendus, on peut en effet soutenir aujourd’hui que la « jurisprudence », à supposer qu’elle existe, sur la question de la souveraineté de l’État repose sur un double malentendu, d’abord conceptuel et ensuite plus circonstanciel. Conséquemment elle résiste à l’explication, résiste à la systématisation, et résiste aussi, en amont déjà, à la justification. La raison en est – mais ceci avait déjà été souligné par les auteurs précités – que le Conseil n’aborde la question de la souveraineté qu’au moyen d’une approche entièrement orientée depuis le droit interne. Il en résulte inévitablement une véritable confusion des « sentiments » (I),

¹² Notamment A. PELLET, « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités – À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 31 décembre 1997 (Traité d’Amsterdam) », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 4, 1998 [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/cahier-n-4/le-conseil-constitutionnel-la-souverainete-et-les-traites-a-propos-de-la-decision-du-conseil-constitutionnel-du-31-decembre-1997-traite-d-amsterdam.52845.html>] ; F. LUCHAIRE, « La souveraineté extérieure dans la Constitution française et la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in D. MAILLARD DESGRÈES DU LOÛ, *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, p. 119-125 ; et J. COMBACAU, « La souveraineté internationale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 9, 2001 [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/cahier-n-9/la-souverainete-internationale-de-l-État-dans-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-francais.52497.html>].

¹³ Compte-rendu, séance du 7 avril 1992 (*Maastricht I*), p. 1.

où la souveraineté internationale n'est autre chose que la projection vers l'extérieur de la souveraineté au sens interne, et où se trouvent ainsi entremêlées et confondues deux logiques pourtant logiquement étrangères l'une à l'autre. C'est sur ces prémisses biaisées que le Conseil constitutionnel a élaboré les critères permettant d'apprécier la constitutionnalité d'un engagement international, et où le « sentiment » initial de souveraineté se trouve éprouvé, paradoxalement, au moyen de ce qui prend tout l'allure d'une expérimentation chimique : l'approche adoptée étant essentialiste, de quelle quantité la souveraineté peut-elle être « vidée » sans être compromise pour autant ? (II)

I. LA CONFUSION DES « SENTIMENTS »

A. Cause de la confusion : souveraineté et souveraineté

En procédant de manière candide, que la souveraineté soit interne ou internationale, il n'est pas déraisonnable de supposer qu'il ne s'agit que de deux faces d'une même chose. Après tout seul l'adjectif change, le substantif restant identique. Mais ce substantif ne s'est pas imposé au droit, c'est le droit qui l'a imposé, et la difficulté ne devrait alors être plus que de déterminer le sens auquel il a imprimé ce mot. Soit, mais de quel droit s'agit ?

C'est naturellement en priorité dans le droit interne que le Conseil constitutionnel va chercher éclairage. On y rencontre la « souveraineté », avec ou sans adjectif, dans plusieurs textes de valeur constitutionnelle, mais on doit bien concéder qu'ils ne le renseignent pas grandement. L'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 dispose ainsi que « [l]e principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation », tandis que l'article 3 de la Constitution de 1958 énonce que « [l]a souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». L'alinéa 15 du Préambule déjà cité, quant à lui, autorise les « limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ». Intuitivement, on devrait sentir déjà qu'il n'y est pas question de la même chose, mais laissons de côté pour l'instant le Préambule de 1946. La souveraineté au sens interne est elle-même déjà complexe et recouvre deux réalités différentes, dont les deux articles 3 ne rendent qu'incomplètement compte. Olivier Beaud, dans sa contribution dont celle-ci est le reflet symétrique, distinguait en ce sens la souveraineté démocratique, qu'il désigne par « souveraineté *dans* l'État », et le pouvoir de l'État, appelée « souveraineté *de* l'État ». Les deux sont portées vers l'ordre interne, dont elles organisent la distribution des pouvoirs et la participation du peuple dans les processus décisionnels, avec la scission qu'on connaît entre la titularité de la souveraineté nationale et ses modes d'exercice.

Or, si on progresse maintenant au-delà de la charnière que représente la constitution vers cet extérieur qu'est l'ordre international, on y découvre encore une autre souveraineté *de* l'État, qui pourtant n'a rien en commun avec celle visée à l'instant. Et il ne saurait en aller autrement : le droit tel quel le pose la constitution, qui prédétermine le sens à donner aux noms des choses qu'il institue, aménage et organise, perd tout bonnement toute pertinence dans l'ordre international. Cet ordre-là n'est régi que par le droit international, et c'est donc en lui qu'il faut désormais rechercher le sens des mots, peu importe que le droit interne les emploie aussi. Environnement radicalement différent, ici, car si on peut comprendre sans difficulté que la souveraineté au sens interne désigne, dans l'une de ses acceptions, la *puissance* de l'État, au sens d'un pouvoir suprême qui se caractérise par certaines

prérogatives et compétences et dont le détenteur ne saurait être autre que l'État, lequel est unique en son genre dans l'ordre interne, la donne est maintenant radicalement différente. Dans un ordre international où l'État n'est plus un *unicum* mais seulement l'un parmi quelque près de 200 autres, dont chacun a la prétention d'être pareillement « État », comment ne pas voir en effet que la souveraineté ne saurait être la même chose qu'au sens interne ? La réduire à désigner une puissance suprême dans l'ordre international conduirait soit à en faire une monstruosité qui établirait un rapport hiérarchique entre les États, soit à l'absurdité logique où, chacun de ces près de 200 États détenant le pouvoir suprême, la souveraineté de chacun annulerait celle de tous les autres. Il n'en est rien évidemment, toutes ces souverainetés coexistent simultanément, circonstance à laquelle la Charte des Nations Unies donne consécration dans la forme du principe de l'égalité souveraine des États (art. 2 § 1). « Égalité souveraine », voilà qui dit déjà l'essentiel : tous les États sont égaux parce qu'ils sont cela, États, et parce qu'ils sont États ils sont souverains ; réciproquement, s'ils sont souverains ils sont États et une entité non souveraine ne saurait être un État. Tout cela est bien connu. Mais dans ces conditions, impossible de réduire la souveraineté à n'être qu'un dénominateur commun, la *puissance* de l'État, qui connaîtrait deux faces dont l'une serait orientée vers l'organisation intérieure et l'autre vers les relations extérieures. C'est donc une erreur conceptuelle que d'envisager souverainetés interne et internationale comme étant les deux faces d'une même médaille, car ce qui fait défaut, c'est précisément la médaille unique. Pour le dire autrement, droit interne et droit international ne parlent tout simplement pas de la même chose lorsque, pourtant, ils emploient le même mot.

Mais ce dont parle le droit international ne peut se comprendre qu'en renonçant à la logique du droit interne et en se situant dans celle du droit international, où l'État n'est plus unique mais multiple, et où la souveraineté, sa caractéristique essentielle, l'est conséquemment aussi. On ne peut dès lors qu'évacuer toute définition positive qui repose sur une approche quantitative de puissance, et on doit au contraire situer la souveraineté de l'État par rapport à celle de tous les autres. Le sens à lui donner s'en inverse nécessairement : de positif dans l'ordre interne il ne peut ici plus qu'être négatif, de quantitatif dans l'ordre interne il ne peut ici plus qu'être qualitatif. « Pas une puissance, une liberté », tranchait un auteur, exprimant que la souveraineté au sens international n'est autre chose que la non-sujétion de l'État, ni évidemment à l'un de ses pairs, qui ne sont que ses égaux, ni encore à une organisation internationale¹⁴. Toute étrangère et même inadaptée est ici la vision bodinienne selon laquelle « la souveraineté est la puissance absolue & perpétuelle d'une République¹⁵ ». La non-sujétion résiste à toute mesure, résiste à toute tentative d'y associer un contenu de pouvoirs et d'attributs particuliers que l'État devrait détenir pour pouvoir se réclamer souverain, c'est-à-dire non soumis et, si on nous pardonne le mot peu élégant, non soumettable.

Rien n'empêche en revanche l'État d'apporter des restrictions à l'exercice de sa liberté, et c'est précisément ce qui résulte de toute obligation internationale, quelle qu'en soit la nature. La limitation n'affecte alors aucunement sa souveraineté en

¹⁴ J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, n° 67, *La souveraineté*, 1993, p. 47-58 [<http://www.revue-pouvoirs.fr/Pas-une-puissance-une-liberte-la.html>].

¹⁵ J. BODIN, *Les Six Livres de la République*, Paris, Jacques du Puy, 1576, p. 125 (Livre I, chap. IX).

tant que telle, mais seulement l'étendue des compétences que l'État exerçait auparavant librement, compétences qui, sous l'effet de ses engagements, se voient désormais encadrées dans la manière dont il peut licitement les exercer, voire qu'il renonce à exercer. Mais l'alinéa 15 du Préambule de 1946 ne rend nullement compte de cette distinction cruciale entre souveraineté et exercice de pouvoirs souverains, créant au contraire une confusion sur l'essence de la souveraineté qui n'est sans doute pas étrangère à l'inquiétude largement infondée que suscitent nombre de traités qui, dit-on, compromettraient l'État souverain, en particulier les « méga-accords » économiques conclus récemment ou en cours de négociation. Or, du point de vue du droit international, nul risque pour la souveraineté du fait de la conclusion d'un traité, aujourd'hui pas plus qu'hier, dans un passé lointain où

La Cour [permanente de Justice internationale] se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un État s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté. Sans doute, toute convention engendrant une obligation de ce genre, apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'État, en ce sens qu'elle imprime à cet exercice une direction déterminée. Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'État¹⁶.

On ne cite pas cet extrait par culte aveugle de la doctrine *Wimbledon*, tant il est évident que l'ordre et le droit international ont évolué et que la souveraineté telle qu'en avait connue la Cour jadis n'est plus celle du début du XXI^e siècle, et quelle que soit d'ailleurs son invocation incantatoire par les autorités étatiques¹⁷. Il reste cependant utile pour illustrer le sens spécifique que le droit international imprime au concept : la souveraineté du *Wimbledon* n'est pas et ne saurait être la souveraineté au sens interne.

Plus encore, la souveraineté internationale est même parfaitement indifférente à la souveraineté interne, et le droit international ne s'y intéresse tout bonnement pas. Le titulaire de la souveraineté internationale, c'est l'État, et c'est lui qui est lié par les obligations internationales tout comme c'est sa responsabilité qui sera engagée en cas de manquement. Mais la puissance de l'État, la répartition des compétences, le titulaire de la souveraineté nationale et ses modes d'exercice lui indiffèrent. Osons même cette provocation qui, du point de vue interne – et aux oreilles du Conseil constitutionnel assurément – paraîtra sans doute hérétique : l'ensemble du droit interne n'est que pur *fait* pour le droit international, qui ne le considère tout simplement pas en tant que droit¹⁸. Dans ces conditions, comment veut-on faire dépendre la souveraineté internationale de considérations de seul droit interne, quel que soit leur caractère fondamental dans l'ordre qu'elles organisent ?

¹⁶ Cour permanente de Justice internationale, *Affaire du Vapeur « Wimbledon »*, arrêt du 17 août 1923, *série A n° 1*, p. 25 (nous soulignons).

¹⁷ Une illustration particulièrement spectaculaire est donnée par le président américain Donald Trump qui, dans son discours devant l'Assemblée générale des Nations Unies réunie pour sa 72^e session en 2017, prononça les mots « *sovereignty* » et « *sovereign* » exactement 21 fois (fréquemment couplés avec « sécurité », « prospérité » et « paix »).

¹⁸ Cour permanente de Justice internationale, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, arrêt du 25 mai 1926, *série A n° 7*, p. 19 (« Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives »).

B. Conséquence de la confusion : le « faisceau de compétences »

C'est pourtant ce qu'a toujours fait le Conseil constitutionnel, dont le raisonnement n'est commandé que par les textes de valeur constitutionnelle et qui sans doute n'est pas familier des aventures du *Wimbledon*. Or, elles font apparaître un élément crucial : la souveraineté internationale ne s'appréhende que de manière absolument formelle. Entre les lignes des propos de la Cour de 1923 apparaît nettement que l'objet de l'engagement que contracte l'État par voie conventionnelle est indifférent à sa souveraineté ; ce qui importe est sa capacité de contracter, expression par excellence de sa souveraineté d'après la Cour. Mais ce sont là des mots de 1923, et il faut aussitôt préciser que cette vision n'est plus soutenable aujourd'hui dans la forme absolue qu'elle prenait alors. La Cour y exacerbait la volonté de l'État à un degré qui n'est plus en adéquation avec la réalité du droit international contemporain, ne serait-ce que parce que l'État n'est depuis longtemps plus le « fabricant » exclusif de ce droit, encore moins son seul destinataire, et ne serait-ce aussi que parce qu'y existent des obligations qui s'imposent à lui sans qu'il ait eu à les accepter, ni même qu'il ait été mis en position de le faire, et auxquelles il lui est pourtant absolument interdit de déroger. En toute hypothèse, certains objets sont ainsi tout bonnement soustraits à la liberté contractuelle des États, qui malgré toute leur souveraineté ne sauraient conventionnellement en disposer. Si cet état des choses a des incidences sur la valeur ou, si on veut, l'efficacité de la souveraineté, sa conception formelle en revanche n'en est pas enrayée ; il ne saurait d'ailleurs en aller autrement dès lors que celle-ci n'est que le nom donné en droit à ce qui, dans l'ordre du fait, est l'indépendance.

Le Conseil constitutionnel pourtant ne saisit que très ponctuellement cette acception formelle (et lorsque c'est le cas, il semble le faire par accident, tant il y entremêle des questions de nature différente) et adopte au contraire une vision essentiellement matérielle, dans la droite ligne des *Six Livres de la République* dont la conception française plus largement est encore pétrie¹⁹. N'est-ce pas déjà la substance de la souveraineté qui était mise en avant en 1970 lorsque le Conseil considérait que la décision du Conseil des Communautés européennes par laquelle étaient substituées des ressources propres aux contributions des États membres ne soulevait guère de difficultés, « ni par sa nature, ni par son *importance*²⁰ » ? L'importance de la décision ne saurait désigner autre chose que l'objet sur lequel elle

¹⁹ Celle des pouvoirs publics en tout cas, en particulier les organes exécutifs, mais également de la doctrine. Ainsi par exemple on peut lire ce qui suit sans s'en étonner outre mesure : « les traités [...] les plus importants dans les deux dernières décennies se sont traduits pour la France par d'importantes limitations de souveraineté emportant même pour certains d'entre eux, de substantiels transferts de compétences », et, plus loin, « qu'est-ce donc en effet qu'une *atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* [...] sinon une déclinaison particulière de *transferts de souveraineté* ? », alors que l'auteur est par ailleurs convaincu, en toute bonne foi, de distinguer comme il y a lieu de le faire les deux notions de souveraineté, comme l'atteste la page suivante. Voir P. GAÏA, « Louis Favoreu et les internationalistes – Autour de la jurisprudence constitutionnelle internationale », in O. DUPÉRÉ (dir.), *Constitution et droit international, Regards sur un siècle de pensée juridique française*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2016, p. 316-317.

²⁰ Décision n° 70-39 DC, 19 juin 1970, Traités portant modification de certaines dispositions budgétaires [...] et décision du Conseil des Communautés européennes [...] relative au remplacement des contributions des États membres par des ressources propres aux Communautés (ci-après *Ressources propres*), cons. 9.

porte, et on y entrevoit déjà que ce qui détermine le Conseil est la « gravité » ressentie du domaine dans lequel la France pourrait voir sa liberté réduite. N'est-ce pas surtout, et de la manière la plus criante, ce que faisaient valoir les auteurs de la saisine en 1992 au sujet du traité sur l'Union européenne, en argumentant que « dans la mesure où l'ordre juridique constitutionnel français est construit autour de l'idée centrale de souveraineté nationale, la question qui se trouve posée au Conseil constitutionnel est celle de savoir jusqu'où peuvent aller des révisions de la Constitution entérinant des atteintes successives aux "conditions essentielles d'exercice de la souveraineté"²¹ » ? Le Conseil toutefois n'y avait pas répondu, et il était prudent en effet qu'il ne s'y aventure pas, jugeant inopérante la question dans la mesure où elle ne lui demandait pas d'examiner si telle ou telle disposition était contraire ou non à la constitution – or, c'était là sa seule compétence, et l'inconfortable question sur la « vidange » de la souveraineté put être écartée²².

Dès 1978 toutefois cette approche matérielle s'était précisée davantage, sous forme cette fois bien plus concrète, puisque le Conseil considérait que « le respect de la souveraineté des États membres est [...] assuré par la liberté qui est reconnue à chacun d'eux de choisir tout système de change qu'il entend appliquer²³ ». Mise en exergue ici de ce qui, d'après lui, est essentiellement un attribut de l'État souverain, tout comme la délibération au sujet du traité de Maastricht mettra ensuite l'accent sur la monnaie comme étant « l'une des composantes où se mesure la souveraineté d'une nation²⁴ ». Les décisions relatives à la construction européenne en particulier, mais pas seulement, ont en effet considérablement élargi l'éventail de ces attributs de souveraineté : contrôle des frontières²⁵, opérations matérielles sur le territoire national²⁶, procédures judiciaires en matière civile et en matière pénale²⁷, lutte contre la traite des êtres humains²⁸, ou encore exercice de la compétence normative dans l'ordre interne²⁹. Lorsque le Conseil n'y voyait pas d'atteinte à la souveraineté, c'était uniquement parce que les traités qui prévoyaient un transfert de compétences ou approfondissaient des compétences déjà transférées ménageaient des garde-fous pour les États, en leur permettant de se soustraire ponctuellement à leurs nouvelles obligations pour des motifs d'ordre public, en faisant par

²¹ Décision n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, Traité sur l'Union européenne (ci-après *Maastricht II*), cons. 44.

²² *Ibid.*, cons. 45.

²³ Décision n° 78-93 DC, 29 avril 1978, Loi autorisant l'augmentation de la quote-part de la France au Fonds monétaire international (ci-après *FMI*), cons. 5.

²⁴ Compte-rendu, séance du 9 avril 1992 (*Maastricht I*), p. 3.

²⁵ Décision n° 91-294 DC, 25 juillet 1991, Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen (ci-après *Convention de Schengen*), cons. 20 ; également décision n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, Traité de Lisbonne, cons. 18.

²⁶ Par exemple décision *Convention de Schengen*, préc., cons. 35 et 37 (opérations matérielles de police) ; décision n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, Traité portant statut de la Cour pénale internationale, cons. 38 (actes d'enquête du procureur de la Cour pénale internationale sur le territoire d'un État partie au Statut de Rome).

²⁷ Décision Traité de Lisbonne, préc., cons. 18.

²⁸ *Ibid.*, cons. 18.

²⁹ Décision n° 2017-749 DC, 31 juillet 2017, Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part (ci-après *CETA*), cons. 44.

exemple dépendre le déroulement d'une opération sur leur territoire ou l'entraide judiciaire de l'acceptation d'une demande préalable, ou encore en prévoyant des mécanismes par lesquels se trouve garantie la participation de l'État dans la prise des décisions relatives à l'exercice de ces compétences. Incontestablement ces matières sont bien soustraites à la liberté exclusive des États, mais l'approche suivie par le Conseil constitutionnel met l'accent sur la circonstance qu'ils n'en conservent pas moins la maîtrise de la manière dont ces compétences pourront être exercées – et c'est bien alors, de nouveau, la puissance suprême de l'État qui caractérise sa souveraineté.

Mais c'est surtout dans les délibérations du Conseil constitutionnel que la persistance d'une vision toute matérielle de la souveraineté internationale apparaît le plus manifestement. Pour rappel, le rapporteur sur la saisine relative au protocole n° 6 à la CEDH en particulier définissait la souveraineté (certes « nationale », mais ce n'est pas d'elle qu'il s'agissait) comme un « faisceau de compétences », qui malgré tout n'est « pas monolithique » mais peut évoluer avec le temps. La question cruciale devenait dès lors celle de savoir si l'engagement de la France ne retirerait pas « ce petit “chevron” de compétences du faisceau des compétences qui constitue la souveraineté », suscitant par là une mutation de sa nature³⁰. Le biais initial est immédiatement apparent, et il se prolonge inévitablement par un biais dans l'examen mené. Comprise ainsi, en un sens matériel qui caractérise la souveraineté par certains attributs que l'État ne saurait aliéner, on comprend en effet la crainte qu'elle puisse être progressivement « vidée » sous l'effet des engagements internationaux de la France. Cette crainte, à vrai dire, ne se comprend *que* si on donne à la souveraineté ce sens-là. Et ce n'est aussi que sur cette toile de fond substantielle qu'on peut s'expliquer pourquoi tant de délibérations au sujet d'un engagement international ou de la loi qui en autorise la ratification ou approbation articulent le débat autour de ce qui serait une forme d'aliénation de la souveraineté. On y voit en effet se déployer des discussions autour de possibles « abandons de souveraineté³¹ », de la « renonciation partielle³² », ou encore de « transferts plus ou moins grands de souveraineté³³ ». L'expression tant décriée depuis 1976 du « transfert » figure même à plusieurs reprises explicitement dans la décision sur la convention de Schengen, certes parce que les auteurs de la saisine l'avaient eux-mêmes invoquée, mais rien n'empêchait le Conseil de récuser l'expression et de recadrer plus adéquatement la question à traiter³⁴. Toutes ces expressions sont parfaitement cohérentes avec la logique de l'alinéa 15 du Préambule de 1946 et impriment improprement une définition interne sur une notion qui s'échappe du seul ordre interne. Aucune d'elles cependant ne fait sens du point de vue international, et n'est même de la moindre utilité ou pertinence pour répondre à la question de savoir si la ratification de tel ou tel traité pourrait compromettre la souveraineté de la France.

³⁰ Compte-rendu, séance du 22 mai 1985 (*Protocole n° 6 à la CEDH*), p. 5.

³¹ Compte-rendu, séance du 19 juin 1970 (*Ressources propres*), p. 10 ; compte-rendu, séance du 8 avril 1992 (*Maastricht I*), p. 58 ; compte-rendu, séance du 9 avril 1992 (*Maastricht I*), p. 14.

³² Compte-rendu, séance du 19 juin 1970 (*Ressources propres*), p. 13.

³³ Compte-rendu, séance du 22 mai 1985 (*Protocole n° 6 à la CEDH*), p. 8. Il est question aussi de « transfert de souveraineté » dans le compte-rendu de la séance du 29 décembre 1976 (*Élection de l'Assemblée des CE au suffrage universel direct*), p. 45 ; dans le compte-rendu du 25 juillet 1991 (*Convention de Schengen*), p. 13 ; ou encore dans le compte-rendu du 9 avril 1992 (*Maastricht I*), p. 3 *sqq.*

³⁴ Décision *Convention de Schengen*, préc., cons. 19 et 39.

Si on fait état de ces formules employées au cours des délibérations, ce n'est pas pour pointer malignement ce qu'il y a d'impropre dans le raisonnement du Conseil constitutionnel. Il s'agit bien plus d'attirer l'attention sur ce qu'elles révèlent, en amont même de tout raisonnement. Les mots ne sont jamais neutres ou anodins, même ceux prononcés dans un cadre de liberté protégé par l'assurance du secret. Ils charrient toujours des présupposés intellectuels, eux-mêmes conditionnés par une culture environnante, et ils révèlent dès lors toujours une forme de disposition d'esprit à l'égard de l'objet qu'ils désignent, décrivent, commentent ou critiquent. Ce n'est pas une anomalie, au contraire, mais encore faut-il avoir conscience de ces présupposés et conditionnement, faute de quoi les choix opérés paraissent s'imposer comme une évidence logique là où, en réalité, rien n'est moins évident, et sont dès lors insusceptibles d'être assumés, motivés et défendus comme tels, avec la responsabilité qui pourtant pèse sur toute autorité décisionnelle. Or, c'est cette conscience qui semble faire défaut ici. Le Conseil ne connaît de souveraineté que celle que lui présente la constitution, et qui est principalement nationale. Mais la constitution ne narre qu'une vérité légale, tandis que le droit international raconte la sienne, sous la même appellation mais extérieure à l'habitat naturel du Conseil.

À cette confusion initiale des souverainetés s'en ajoute une autre, peut-être plus grave encore en ce qu'elle est susceptible de fausser davantage le discours officiel du Conseil tel que l'expriment les décisions rendues. C'est la compréhension de ce qu'est la « souveraineté nationale » qui est visée cette fois. Cette souveraineté-là est précisée à l'article 3, dont on ne saurait donc faire abstraction. Pourtant, telle que l'aborde le Conseil en matière de traités, on y retrouve imbriqués des éléments qui n'y ont que faire. À quel titre par exemple la souveraineté nationale, dont est titulaire le peuple, se trouve-t-elle mêlée à des considérations liées aux pouvoirs dont peut jouir le président de la République en vertu de l'article 16 ? À quel titre encore s'y trouve incorporée la conduite de la politique étrangère ? On renvoie ici à la délibération d'avril 1992 sur le traité de Maastricht au cours de laquelle, lorsqu'était examiné le volet PESC, était soutenu que « [l]a conduite de la diplomatie est indéniablement un des éléments essentiels de la souveraineté³⁵ ». Les relations extérieures ayant toujours été une compétence exclusive de l'exécutif, de toute évidence la difficulté ne pouvait s'articuler autour de la souveraineté nationale. Un peu plus loin, on apprend pourtant que le Conseil était invité par le rapporteur à conclure que la disposition examinée était « une atteinte à l'un des points essentiels de la souveraineté *nationale* : la conduite de sa politique étrangère³⁶ ». Comment explique-t-on ce curieux glissement parasite, si ce n'est par un entremêlement conceptuel de deux souverainetés étrangères l'une à l'autre, aggravé par l'emploi d'un adjectif inopportun, et ici même erroné ? On le voit, l'indistinction des notions commande l'ensemble des travaux du Conseil, à quoi s'ajoute une forme de dialogue de sourds lorsque, au cours d'une même séance, on voit ses membres se répondre, mais sans pour autant parler de la même chose ni l'appréhender de la même manière. Les uns se préoccupent ainsi de ce qui serait ou ne serait pas un « attribut de la souveraineté » et de la question de savoir si on peut en « retirer » ou « faire sortir » le domaine concerné³⁷, approche matérielle ; tandis

³⁵ Compte-rendu, séance du 9 avril 1992 (*Maastricht I*), p. 25.

³⁶ *Ibid.*, p. 26 (nous soulignons).

³⁷ *Ibid.*, p. 13, 14 et 18.

qu'un autre tient que la souveraineté reste intacte dès lors que l'État conserve la maîtrise de son engagement, vision plus formelle³⁸.

La conséquence de la conséquence, on y vient maintenant, est que la souveraineté internationale abordée exclusivement à travers le prisme du droit interne et de la logique qui le commande ramène, de manière circulaire, le Conseil à son point de départ, la souveraineté nationale, devenue malgré elle le garde-fou contre l'atteinte à la souveraineté internationale.

II. L'EXPÉRIMENTATION CHIMIQUE AVEC LE « POINT CRITIQUE » : « EST-ON DANS L'«ESSENTIEL» ? »

De cette confusion initiale des sentiments de souveraineté a en effet résulté dès 1970 une expression devenue désormais incantatoire, celle des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Elle bat la mesure des relations conventionnelles que noue la France, puisqu'aucun traité qui y porte atteinte ne peut être ratifié ou approuvé en l'état – en l'état non pas du traité, mais de la constitution. Elle domine même la jurisprudence au point de jouir d'un curieux statut à part. Le Conseil a en effet pris l'habitude, dans l'exposé des normes de référence pour l'examen d'un traité ou d'une loi d'autorisation de ratification ou d'approbation (où se trouvent au demeurant énumérés pêle-mêle des éléments disparates sans rapport immédiatement apparent entre eux), d'énoncer, sous une forme ou une autre, qu'« au cas où des engagements internationaux [...] 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 constitutionnelle³⁹ ». L'atteinte aux « conditions essentielles d'exercice... » serait-elle donc autre chose que « contraire à la Constitution » ? Et concrètement alors, une violation des principes de l'article 3 se qualifierait-elle d'atteinte aux « conditions essentielles d'exercice... », ou de non-conformité à la constitution ? De deux choses l'une, et l'existence même de l'alternative confirme la confusion déjà diagnostiquée : ou bien c'est vraiment la souveraineté *nationale* que vise le Conseil avec cette expression, et alors on ne peut que s'étonner de la voir ainsi

³⁸ « La souveraineté n'est pas écornée, puisqu'à l'unanimité on "définit" la "portée", les "moyens" et la "durée". On reste capable de limiter les choses à tous ces niveaux. La souveraineté demeure pleine et entière : l'État peut circonscrire pleinement l'action dans laquelle il s'engage », voir compte-rendu, séance du 9 avril 1992 (*Maastricht I*), p. 24.

³⁹ Décision *Maastricht I*, préc., cons. 14. À titre de comparaison la décision *CETA* contient une formulation enrichie et plus sophistiquée, inaugurée semble-t-il dans la décision n° 2012-653 DC du 9 août 2012, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire* (cons. 10) : « lorsque des engagements souscrits à cette fin [c'est-à-dire la création ou le développement d'une organisation européenne permanente] ou en étroite coordination avec celle-ci contiennent une clause contraire à la Constitution, remettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle. (cons. 11.) ». Le mot « coordination » est curieux, mais c'est là sans doute la prise de conscience par le Conseil de ce qu'un « traité » en tant que tel n'est pas la même chose qu'une décision adoptée par l'un des organes de l'organisation internationale instituée par ledit traité, et conséquemment une manière de prendre acte plus adéquatement de la production de droit dérivé, et d'en fonder l'intégration dans le champ de son examen en vertu des articles 54 et 61 al. 1^{er} (alors que l'examen de certains actes de droit dérivé, assimilés très libéralement à un « engagement international », avait précisément été critiqué par la doctrine dès la décision *Resources propres* de 1970).

isolée, comme si le fait de la compromettre n'était pas en lui-même constitutif d'une non-conformité à la constitution, mais autre chose (mais quoi ? et alors à quel titre censurer l'atteinte, dès lors que le Conseil est censé n'évoluer que dans le cadre de ses compétences d'attribution qui ici sont claires) ; ou alors ce n'est pas vraiment, ou pas seulement, de souveraineté nationale qu'il s'agit, ce qui expliquerait le découplage du motif plus général de la non-conformité à la constitution – mais pas pour autant le maintien de l'adjectif « nationale », qu'il y aurait dans ces conditions tout lieu de supprimer.

Mais quand bien même l'expression ne serait pas satisfaisante, ni même adaptée à la réalité de l'examen et de ses enjeux, elle est enracinée profondément dans le paysage constitutionnel, si profondément qu'on en oublierait presque de s'interroger sur la juxtaposition des mots. Conditions–essentielles–exercice–souveraineté nationale. Si on prend les mots au sérieux, et *a priori* on le doit, ils énoncent que la souveraineté nationale ne peut être exercée en-deçà de certaines modalités qui en garantissent l'expression, et que c'est donc à la préservation de ce noyau dur de modalités qu'il faut veiller. Si on prend les mots au sérieux, c'est encore de la souveraineté nationale au sens de l'article 3 de la Constitution qu'il s'agit. Après tout, les textes de valeur constitutionnelle n'en connaissent pas d'autre, et prennent en revanche le soin de préciser celle-là ; rien n'autorise donc au premier abord de s'écarter du sens que donne l'article 3 à cette souveraineté-là. Et c'est d'ailleurs bien elle, entendue dans son sens le plus immédiatement apparent, qui était au cœur de la décision de 1976, la même qui consacrait cette distinction peu heureuse entre limitations et transferts de souveraineté. L'article 3, soulignait le Conseil constitutionnel, précise une souveraineté qui « ne peut être que nationale » et à l'exercice de laquelle seuls participent « les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République » ; l'Assemblée n'appartenant « pas à l'ordre institutionnel de la République », aucune atteinte n'y était portée ici⁴⁰. Nulle part toutefois, et c'est remarquable, la décision ne se référait aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », c'est bien plus directement le « respect de la souveraineté nationale » qui est examiné⁴¹. La même chose vaut pour la décision de 1978 relative au FMI, dans laquelle le Conseil concluait que la loi examinée « n'est [pas] contraire [...] au principe de la souveraineté nationale⁴² », sans qu'il y soit question de ses « conditions essentielles d'exercice ». Ce n'est qu'en 1985 que l'expression de 1970 ressurgit, pour ne plus quitter la jurisprudence du Conseil depuis, au point d'être devenue elle-même « jurisprudence ». Jurisprudence, soit, si on juge d'après sa seule constance, mais tout de même extrêmement élastique et partant malléable, tout adossée qu'elle est à une conception décalée qui ne saisit pas la spécificité de la souveraineté internationale. Mais c'est bien à partir d'elle que le Conseil tente de préserver ce qui serait la substance de la souveraineté, au moyen de certains critères qui scandent son examen et semblent ainsi révéler la composition de l'« essence » (A). Mais jurisprudence si élastique et

⁴⁰ Décision *Élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, préc., cons. 6 et 7.

⁴¹ « [L]'élection au suffrage universel direct des représentants des peuples des États membres à l'Assemblée des communautés européennes n'a pas pour effet de créer une souveraineté ni des institutions dont la nature serait incompatible avec le respect de la souveraineté nationale », préc., cons. 4.

⁴² Décision *FMI*, préc., cons. 7.

malléable, aussi, qu'on serait bien en peine de systématiser à partir d'elle une véritable théorie. L'exercice, toutefois, a perdu son attrait intellectuel aujourd'hui, dès lors qu'on peut désormais établir que les « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » doivent leur éminence à un accident de parcours jurisprudentiel (B).

A. La composition de l'essence

Revenons une fois de plus à la décision de 1985 sur le protocole n° 6 à la CEDH. Au cours de la délibération, le rapporteur avait expliqué l'enjeu au moyen d'une analogie avec une expérimentation chimique pratiquée à l'école :

il s'agissait de verser dans une éprouvette qui contenait un liquide de couleur bleue un corps étranger qui par son action chimique faisait virer la couleur du liquide contenu dans l'éprouvette du bleu au rouge. Il y avait un moment critique, celui où la couleur du liquide passait du bleu au rouge.

L'analogie le conduisait à formuler la question cruciale de la manière suivante : « la ratification du Protocole fait-elle atteindre un point critique en matière de souveraineté⁴³ ? » La souveraineté dans une éprouvette, un traité « corps étranger », et une mise en contact des deux qui, à un moment charnière d'une intensité particulière, changerait la couleur de la souveraineté, et conséquemment sa nature, et conséquemment l'oblitérerait ? L'analogie a en tout cas cela de séduisant qu'elle est immédiatement saisissable. La question du point critique qui en a été dérivée implique aussi qu'il soit localisable, peut-être même visible, en tout cas perceptible – et c'est conforme à la conception matérielle de la souveraineté qu'a toujours exprimée le Conseil constitutionnel. Dans la droite ligne de cette interrogation survient une autre, qui n'est qu'une variation de la première. Au cours des trois jours de délibérations qu'aura exigés l'examen du traité de Maastricht, l'un des membres fit en effet cette observation suivie d'une question, qui semblent toutes deux exprimer très exactement l'approche du Conseil : « nous sommes à la limite haute du pouvoir prétorien de notre juridiction. Qu'est-ce qui appartient à l'essentiel de la souveraineté⁴⁴ ? » Personne n'entreprit de répondre, et la réserve se comprend. Mais c'est pourtant bien cette question qui sous-tend tout examen d'un traité par le Conseil. En n'y répondant pas davantage, son président en soulèvera peu après une autre, à la résonance non moins grave : « est-on dans "l'essentiel"⁴⁵ ? »

Mais avant de chercher à savoir si on y est, dans l'essentiel, a-t-on déterminé ce qu'il est ? Saurait-on donc même le reconnaître si on y était, autrement que par le « sentiment » ? C'était après tout le sens de la première question, restée en suspens, tandis que la seconde se situe déjà en aval. Cette reconnaissance, ou plutôt identification progressive, s'est faite à tâtons, de manière casuistique au fil des saines, et il semble établi de longue date que trois critères guident le Conseil lors de l'examen d'un traité : son objet, autrement dit les domaines de compétences concernés, les modes de prise de décision des organes qu'il institue et la réversibilité ou au contraire l'irréversibilité de l'engagement contracté. Les trois relèvent de registres distincts, et à vrai dire même entièrement détachés les uns des autres, tout comme ils soulèvent des questions d'ordre différent et sans lien entre elles. Ce n'est que par artifice que le lien est tissé, ces trois critères (à vrai dire plutôt des indices)

⁴³ Compte-rendu, séance du 22 mai 1985 (*Protocole n° 6 à la CEDH*), p. 5.

⁴⁴ Compte-rendu, séance du 9 avril 1992 (*Maastricht I*), p. 29.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 32.

étant tous pareillement brassés à travers un unique outil d'analyse, cette ligne rouge que constituent les « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ».

Trois brèves observations suffisent s'agissant du critère substantiel, puisqu'il se confond avec la conception matérielle de la souveraineté déjà exposée plus haut. D'abord, les divers domaines particuliers identifiés dans certaines décisions ne permettent pas d'inférer une définition globale de ce que serait cette « essence » apparemment cruciale, le faisceau de compétences inaliénables. Ils sont au contraire voilés de formules générales et abstraites, qui ont cela de confortable qu'elles ne lient pas désagréablement les mains du Conseil, mais lui laissent plutôt toute latitude pour y intégrer des domaines additionnels lors de saisines ultérieures. Ainsi par exemple des « compétences propres dans un domaine où sont en cause les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale⁴⁶ », de « l'exercice par l'État de compétences qui relèvent des conditions essentielles de sa souveraineté⁴⁷ », des « transferts de compétence [...] [qui] revêtent une ampleur et interviennent selon des modalités telles que puissent être affectées les conditions essentielles de la souveraineté nationale⁴⁸ », du traité qui « dans une matière inhérente à l'exercice de la souveraineté nationale [...] modifie les règles de décision applicables⁴⁹ », et surtout, les formules s'affirment ici, « des compétences inhérentes à l'exercice de la souveraineté nationale⁵⁰ » et du « domaine inhérent à la souveraineté nationale⁵¹ ». Mais oublions ici la souveraineté internationale, n'est-ce pas bien plus un noyau dur de la *puissance de l'État* – souveraineté au sens interne – qu'on circonscrit ainsi ? La deuxième observation en découle : toutes ces formules font apparaître que ce à quoi le Conseil est véritablement sensible n'est pas le seul objet du traité ; c'est toujours son objet plus un fragment de technique, c'est-à-dire la manière dont la sphère d'action de l'État serait réduite ou au contraire resterait intacte. Cet enjeu apparaît de manière particulièrement nette dans la décision sur le CETA, lorsque le Conseil cherchait à déterminer si « la capacité à édicter des normes de droit interne n'est pas limitée dans une mesure telle qu'il en résulterait une atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale⁵² ». Il reste que, et c'est la troisième observation, en usant de ces formules abstraites qui ne se concrétisent que cas après cas, le Conseil n'a jamais soutenu qu'il existerait des matières qui, par nature, seraient « indisponibles » au droit international, des domaines dans lesquels l'État ne serait pas autorisé à limiter conventionnellement l'exercice de ses compétences. En 1992 pourtant, les auteurs de la deuxième saisine lui avaient tendu la perche en ce sens, en posant cette question déjà signa-

⁴⁶ Décision *Maastricht I*, préc., cons. 43.

⁴⁷ *Ibid.*, cons. 49. La formule employée ici, qui substitue à la souveraineté nationale la souveraineté de l'État, atteste que le Conseil tient les deux pour synonymes, ignorant ainsi la signification internationale de la souveraineté de l'État.

⁴⁸ Décision n° 97-394 DC, 31 décembre 1997, Traité d'Amsterdam, cons. 22.

⁴⁹ Décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe (ci-après *Constitution pour l'Europe*), cons. 29 ; ou encore le cons. 33 au sujet des « clauses passerelles ».

⁵⁰ Décision Traité de Lisbonne, préc., cons. 18.

⁵¹ Décision *CETA*, préc., cons. 70.

⁵² *Ibid.*, cons. 44.

lée : « jusqu'où peuvent aller des révisions de la Constitution entérinant des atteintes successives aux “conditions essentielles d'exercice de la compétence nationale”⁵³ » ? La question avait été écartée, au motif du caractère inopérant de l'argumentation, et on n'en sait donc pas plus sur ce que serait l'« essence » ; au mieux peut-on identifier des matières jugées particulièrement sensibles et qui seraient ainsi une composante de celle-ci. Mais l'essence de quoi, d'abord ? Souveraineté internationale ou souveraineté interne, et plus particulièrement nationale ? Le mouvement de balancier entre l'une et l'autre reste en effet permanent, et la première n'est jamais effleurée qu'au moyen de la seconde.

Les questions de procédure relatives aux modes de prise de décision, quant à elles, relèvent cette fois-ci bien plus nettement de ce que le Conseil constitutionnel paraît ressentir comme un enjeu de souveraineté internationale. Elles en révèlent toutefois une conception encore toute jellinekienne, où la question cruciale, d'après la formule si chère la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, est celle de savoir si les États restent les « maîtres des traités⁵⁴ ». Le Conseil constitutionnel n'a jamais employé cette expression, il est bien moins prolix que la Cour allemande et le style français de motivation n'y fait de toute façon aucune place. Mais il aurait pu, car comme l'attestent les comptes-rendus des séances, la même pensée y commande le raisonnement suivi. Ainsi par exemple, en 1976, l'un des membres faisait observer que l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct ne représentait aucune difficulté dans la mesure où l'Assemblée tire ses pouvoirs du traité de Rome, qui est lui-même soustrait à sa volonté : ainsi, « les États membres restent les maîtres des révisions éventuelles⁵⁵ ». Tout autre est la situation où le mode de prise de décision substitue à l'unanimité une majorité qualifiée ou la codécision, ou permet cette substitution par une décision ultérieure, lorsque la France sera déjà liée. Le Conseil y est très attentif, de Schengen à Lisbonne quasiment toutes les décisions relatives à la construction européenne l'attestent, mais on peut ici aussi faire trois remarques. D'abord, ce qui paraît préoccuper le Conseil au moins autant que les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, ce sont les conditions essentielles d'exercice de ses propres compétences. En témoigne la décision sur le traité d'Amsterdam, où il soulignait qu'une telle modification du mode de prise de décision « ne nécessitera, le moment venu, aucun acte de ratification ou d'approbation nationale, et ne pourra ainsi pas faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité⁵⁶ ». Le « ainsi » est révélateur de l'enchaînement logique, et c'est bien sur cette base qu'il concluait que se trouveraient affectées les « conditions essentielles d'exercice⁵⁷... » À quel titre la possibilité d'un contrôle par

⁵³ Décision *Maastricht II*, préc., cons. 44.

⁵⁴ Bundesverfassungsgericht, 2^e Sénat, 30 juin 2009, Traité de Lisbonne (plus exactement la loi d'approbation du traité), où l'expression revient tel un mantra à cinq reprises : par. 231 (« [les États membres] restent durablement les maîtres des traités »), 235, 271 (le Conseil européen est « l'organe représentatif des maîtres des traités »), 298 (« les États membres demeurent les maîtres des traités »), et enfin au par. 334 une autre variante encore de la phrase citée précédemment.

⁵⁵ Compte-rendu, séance du 29 décembre 1976 (*Élection de l'Assemblée des CE au suffrage universel direct*), p. 38. Une formule s'en approchant se trouve toutefois dans la décision Traité de Lisbonne, où le Conseil soulignait le « pouvoir d'opposition » que perdrait la France, préc., cons. 20.

⁵⁶ Décision Traité d'Amsterdam, préc., cons. 24.

⁵⁷ *Ibid.*, cons. 25.

le Conseil serait constitutive d'une condition essentielle d'exercice de la souveraineté nationale reste un mystère, et la formule a d'ailleurs disparu dans les décisions suivantes⁵⁸. Au passage – deuxième remarque –, on y aperçoit également une dose de méfiance à l'égard du concept même de droit dérivé des organisations internationales, de la manière dont il est produit et du rôle réel qu'y jouent les États. La décision la plus révélatrice à cet égard est celle relatives aux Comores, ou plutôt la délibération au cours de laquelle sa rédaction fut mise au point. La loi soumise à l'examen du Conseil ne soulevait en tant que telle aucune question de souveraineté internationale qui, quoi qu'il puisse arriver, resterait intacte, et le seul enjeu était le territoire sur lequel s'exercerait à l'avenir l'*imperium* de la France. Mais souveraineté internationale tout de même, du moins ressentie ainsi par le Conseil, dans la mesure où les Nations Unies avaient dès à présent admis le nouvel État comorien comme membre de l'Organisation. Le Conseil l'éprouvait manifestement comme une incursion insoutenable dans la souveraineté française, quand bien même le gouvernement ne s'était qu'abstenu au cours du vote alors qu'il aurait pu voter contre la décision. Mais qu'importe, le sentiment n'en restait pas moins que « cette instance s'est permis de définir ce qu'est le territoire national, sans se soucier de ce qu'en pensait le gouvernement français et sans tenir compte de notre constitution⁵⁹ ». Une partie considérable de la délibération portait ainsi sur l'opportunité de répondre aux Nations Unies en lui rappelant l'article 2 § 7 de sa Charte, en vertu duquel « aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État ». L'agacement ne retomba qu'après qu'un membre eut observé que la prudence était de rigueur, dans la mesure où citer l'article 2 § 7 aurait pour effet de... donner valeur constitutionnelle à la Charte, et on convint de ne pas entrer « dans le piège tendu⁶⁰ ». L'attitude à l'égard du droit dérivé a par la suite considérablement changé, et on ne peut certainement pas reprocher au Conseil une hostilité de principe à l'égard de la construction européenne, ni du droit international en général. Il reste tout de même un paradoxe, et c'est la dernière observation. Comment en effet veut-on remédier à l'atteinte à la souveraineté que constituerait un mode de prise de décision neutralisant la volonté de l'État ? Le Conseil n'est pas en mesure d'empêcher la ratification ou l'approbation d'un traité, sa compétence s'éteint une fois qu'il a constaté qu'il comporte des dispositions contraires à la constitution. S'ouvre alors la voie qu'énonce l'article 54 lui-même : l'exécutif ne pourra engager l'État qu'après que la constitution aura été révisée – ou alors il devra plus radicalement renoncer au traité. Mais même en admettant que ces modes

⁵⁸ Voir par exemple en 2004 la décision *Constitution pour l'Europe*, préc., cons. 33, au sujet de la « clause passerelle » déjà mentionnée.

⁵⁹ Compte-rendu, séance du 30 décembre 1975 (*Autodétermination des îles des Comores*), p. 34.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 37. On opte ainsi pour une rédaction de prudence, qui toutefois ne masque pas l'irritation à l'égard des Nations Unies : « Considérant que l'île de Mayotte fait partie de la République française ; que cette constatation ne peut être faite que dans le cadre de la Constitution nonobstant toute intervention d'une instance internationale, et que les dispositions de la loi déferée au Conseil constitutionnel qui concernent cette île ne mettent en cause aucune règle du droit public international [...] (décision n° 75-59 DC, 30 décembre 1975, Loi relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores, cons. 6) ».

de prise de décision ou les pouvoirs conférés à certains organes puissent compromettre véritablement la souveraineté de l'État, comment peut-on prétendre en venir alors à bout par une révision de la constitution⁶¹ ?

Le dernier critère, celui du caractère réversible ou non de l'engagement, est le plus immédiatement parlant – l'État est-il obligé pour l'éternité ou peut-il se libérer ? –, mais c'est aussi le plus mystérieux. Le Conseil a d'ailleurs fait deux volte-face, révélant par là déjà que l'argument n'a rien d'évident. En 1985, il soulignait en effet que le protocole n° 6 à la CEDH pouvait être dénoncé et, bien que l'observation soit insérée dans le considérant dit descriptif, on ne voit pas comment l'argument serait logiquement détachable de ceux ayant motivé la décision de conformité à la constitution⁶². Six ans plus tard, il tenait toutefois que « l'absence de référence à une clause de retrait ne saurait constituer *en elle-même* un abandon de souveraineté⁶³ ». En 2005 en revanche, formule radicale, il considérait désormais que « porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale l'adhésion irrévocable à un engagement international touchant à un domaine inhérent à celle-ci⁶⁴ », et c'est aussi une variante qu'on lit dans la décision sur le CETA⁶⁵. Mais la formule dans son ensemble est déjà curieuse, en ce qu'elle rend interdépendants l'objet du traité et la possibilité de s'en libérer. Or, ce lien résiste alors à toute logique, en tout cas à celle voulue sans doute par le Conseil et si on accorde du crédit à sa jurisprudence par ailleurs : ou bien le traité ne porte *pas* sur un domaine inhérent à la souveraineté nationale, et alors il est indifférent qu'il soit révocable ou non puisque les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ne sont de toute façon pas compromises. Ou bien au contraire le traité porte bien sur un tel « domaine inhérent » à cette souveraineté, et alors... il est tout aussi indifférent qu'il soit révocable ou non, l'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale étant déjà constituée par la seule incursion dans un tel « domaine inhérent » ; tout au plus l'absence de clause de dénonciation serait alors une circonstance aggravante, mais elle est inopérante en tant que telle. En somme, il faut choisir son motif d'inconstitutionnalité, tous ne peuvent pas se cumuler et encore moins se combiner. Lier entre eux ces deux-là, en tout cas, compte tenu de la conception matérielle de la souveraineté qu'a le Conseil et de sa jurisprudence établie en termes de « domaine inhérent », conduit ni plus ni moins à neutraliser l'argument de la révocabilité, qui devient superflu. C'est déjà dire son extrême fragilité.

⁶¹ La technique, assez dérangeante pour l'esprit, est celle désormais bien connue de la « révision-adjonction », consistant à ouvrir, ponctuellement et selon les besoins, une petite brèche dans le principe constitutionnel en cause. Si on sait rester indifférent au fait que l'obstacle constitutionnel n'est surmonté qu'au moyen d'un acte de volonté déclarant avec autorité qu'il peut désormais être tenu pour levé, la technique s'avère très confortable en ce qu'elle permet, cas après cas, de tailler dans la constitution au gré des exigences de la vie internationale.

⁶² Décision n° 85-188 DC, 22 mai 1985, *Protocole n° 6 additionnel à la CEDH concernant l'abolition de la peine de mort* (ci-après *Protocole n° 6 à la CEDH*), cons. 1.

⁶³ Décision *Convention de Schengen*, préc., cons. 58 (italiques ajoutés).

⁶⁴ Décision n° 2005-524/525 DC, 13 décembre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, cons. 5.

⁶⁵ Décision *CETA*, préc., cons. 69 : « L'adhésion irrévocable à un engagement international touchant à un domaine inhérent à la souveraineté nationale porte atteinte aux conditions essentielles de son exercice ».

Et fragile il l'est en effet, d'autant plus qu'il est entièrement braqué sur l'existence ou non d'une clause de retrait ou de dénonciation. Mais si l'inquiétude est seulement que l'État ait des échappatoires lui permettant de regagner sa liberté, alors c'est ignorer que le droit des traités aménage d'autres techniques – exception d'inexécution, *rebus sic stantibus* ou encore impossibilité d'exécuter – que l'État peut invoquer pour obtenir la suspension de l'application d'un traité, ou plus radicalement son extinction, ou pour s'en retirer. Certes, il n'en maîtrise pas l'efficacité par sa seule volonté, mais elles existent. Mais la vérité est peut-être là, dans le fait que ce qui dérange est que l'État ne puisse pas se désengager de sa seule volonté. On n'explique pas autrement l'importance accordée spécifiquement aux clauses de retrait ou de dénonciation. Mais en poursuivant alors cette logique jusqu'à son terme, on aboutit à une bien désagréable conclusion. Car si la souveraineté n'est intacte que si l'État peut se libérer et s'il maîtrise seul le moment et les conditions dans lesquelles il peut le faire, n'en (re)vient-on pas alors, en définitive, à caractériser la souveraineté par l'absence d'engagements véritables, ou par des « engagements » au mieux de type potestatif ? C'est inévitable, et on entend alors déjà l'écho des paroles de Léon Duguit, vieilles d'il y a presque un siècle et fortes de l'autolimitation et autodétermination qu'il empruntait en partie à Jellinek, que même Duguit qualifiait de « brutale[s] ?⁶⁶ » :

par définition [...], la souveraineté de l'État est une volonté qui ne se détermine jamais que par elle-même, une volonté qui a des droits, mais point d'obligations, parce que, si elle en avait, elle cesserait d'être souveraine, puisqu'elle cesserait de se déterminer exclusivement par elle-même⁶⁷.

Un siècle plus tard, et au détour de la question de l'irréversibilité d'un traité, on gravite réellement encore autour de ces raisonnements-là ? N'y revenons pas, l'ère est révolue où Duguit déclarait de ce problème « qu'il n'y en a pas de plus grave et de plus angoissant⁶⁸ ». Mais si l'angoisse s'est dissoute désormais, en tout cas dans l'univers des internationalistes, il reste que c'est bien encore cette vision-là de la souveraineté qui sous-tend les raisonnements du Conseil constitutionnel. Mais en quelque sorte à rebours : jadis on tenait qu'un État obligé ne saurait être souverain, la souveraineté étant incompatible avec sa soumission à des obligations ; aujourd'hui on admet volontiers qu'il en ait, mais à la condition seulement de pouvoir s'en libérer à sa guise, faute de quoi est portée atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. On pensait pourtant avoir établi depuis longtemps le fondement du droit international, mais en scrutant de près les motifs du Conseil constitutionnel on le retrouve en ruines... Or, comme l'avait justement demandé le président du Conseil au cours de la délibération en 1991 sur la convention de Schengen : « Quelle est la liaison entre l'absence de clause de dénonciation et la souveraineté⁶⁹ ? » Aucune.

Mais admettons. Admettons qu'en effet un engagement irréversible porte atteinte à ces « conditions essentielles d'exercice... » On bute alors au surplus sur le caractère fondamentalement inadapté de cette expression, car que vient faire ici la souveraineté *nationale* ? La Constitution n'attribue ni au peuple ni au parlement la

⁶⁶ L. DUGUIT, *Souveraineté et liberté, Leçons faites à l'Université Columbia (New York) 1920-1921*, Paris, La Mémoire du Droit, 2002 [1921], p. 107.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 103-104.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 104.

⁶⁹ Compte-rendu, séance du 25 juillet 1991 (*Convention de Schengen*), p. 38.

moindre compétence en matière de dénonciation, qui n'a jamais été autre chose qu'une prérogative exclusive de l'exécutif. Il y aurait d'ailleurs lieu de s'interroger sur cette exclusivité, du moins pour ceux des traités qui, conformément à l'article 53, n'ont pu être ratifiés ou approuvés par l'exécutif qu'en vertu d'une autorisation parlementaire. Le parallélisme des compétences (et le bon sens, puisqu'il s'agit après tout apparemment de domaines suffisamment sensibles pour qu'il ait paru opportun au constituant de ne pas laisser les mains libres à l'exécutif) exigeraient que ces traités-là ne puissent être dénoncés que par les mêmes organes : au parlement alors d'autoriser la dénonciation, et à l'exécutif de l'opérer. C'est toutefois bien en tant que compétence exclusive de l'exécutif que la dénonciation et le retrait sont compris et pratiqués, et le parlement semble n'avoir jamais revendiqué d'y être associé. Mais alors il faut être cohérent, et on ne peut soutenir que la souveraineté nationale pourrait voir ses conditions essentielles d'exercice compromises par l'indisponibilité d'une clause conventionnelle qui, si elle existait, serait à la discrétion et à l'usage des seuls organes exécutifs.

En définitive, dans le maniement de chacun des critères mobilisés par le Conseil constitutionnel pour identifier l'essence de la souveraineté, les deux dimensions de celle-ci se trouvent constamment emmêlées et confondues, d'une manière logiquement intenable, et en toute hypothèse intraitable par le seul outil des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». « Il faut établir, en fait, une théorie des conditions essentielles de la souveraineté⁷⁰ », observait un membre du Conseil au cours de la délibération sur la convention de Schengen, avoué s'il en est de ce qu'une véritable théorie faisait encore défaut. Et près de trente ans plus tard on est tout autant en mal de la fournir, car l'outil, tout malléable qu'il soit, résiste. Au cours de la délibération d'avril 1992 sur le traité de Maastricht, un autre membre en vint même à s'enquérir auprès de ses collègues si « les “conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale”, c'est notre jurisprudence actuelle⁷¹ ? » C'était le cas, lui dit-on charitablement – mais rétrospectivement la question apparaît malgré tout presque opportune : cette « jurisprudence actuelle », en effet, on y vient maintenant, aurait aussi bien pu ne pas être.

B. Une « théorie des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté » ?

N'importe quel lecteur familier des décisions du Conseil constitutionnel se dira à ce stade qu'après un développement entier consacré à la composition de l'« essence », on a pourtant omis le plus important : le contenu fondamental des « conditions essentielles d'exercice... » tel qu'il résulte de la décision de 1985. En seulement trois considérants archi sibyllins, le Conseil y avait répondu à la question que lui avait posée le président de la République, à savoir celle de déterminer si le protocole n° 6 à la CEDH portant abolition de la peine de mort « comporte une clause contraire à la Constitution⁷² ». Après un considérant dit descriptif, faisant état de ce que l'interdiction de la peine de mort conformément au protocole n'était pas un absolu puisque celle-ci pouvait être réintroduite « pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre », et faisant état aussi de la possibilité

⁷⁰ Compte-rendu, séance du 9 avril 1992 (*Maastricht I*), p. 44.

⁷¹ Compte-rendu, séance du 7 avril 1992 (*Maastricht I*), p. 14.

⁷² Décision *Protocole n° 6 à la CEDH*, préc., paragraphe introductif de la décision.

pour la France de se libérer de ses obligations par la dénonciation, arrivait alors le cœur de la « motivation ». Le Conseil soutenait que « cet engagement 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 citoyens⁷³ ». Il en résultait (« dès lors ») que le protocole n° 6 « ne porte pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale et qu'il ne contient aucune clause contraire à la Constitution⁷⁴ ». Là est reproduite quasiment l'intégralité de la décision, d'une brièveté remarquable. Et là est reproduit également ce qui est encore actuellement le « contenu » des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », tenu pour jurisprudence établie. Mais on l'avait omis jusqu'à présent. Il faut en effet contribuer à dissoudre maintenant un mythe entretenu depuis 1985 au sujet de cette jurisprudence dite établie, mythe entretenu en toute bonne foi, mais qui n'en a pas moins fait de ces « conditions essentielles d'exercice... » ce qu'elles n'étaient jamais destinées à être.

Et pour cause, car elles n'ont rien d'évident, ni de naturel, ni d'intrinsèquement logique. Même le Conseil constitutionnel ne tenait apparemment pas cette jurisprudence pour indéboulonnable, puisque dans les deux grandes délibérations du début des années 1990 sur des traités européens, Schengen en 1991 et Maastricht en 1992, il éprouvait encore le besoin de s'en justifier. Dans la seconde, le rapporteur exposait successivement les deux jurisprudences, celle de 1976 d'abord, qui établissait la distinction entre les limitations de souveraineté (autorisées) et ses transferts (interdits) ; puis celle de 1985 : « Au contraire, la décision du Conseil constitutionnel du 22 mai 1985 fait référence aux éléments essentiels de la souveraineté nationale, c'est-à-dire qu'elle retient un *critère matériel* : celui du *domaine d'exercice* de la souveraineté nationale⁷⁵ ». Il rendait ensuite la teneur du considérant de 1985, puis concluait tout en concédant l'hésitation : « Après m'être interrogé, il me semble que, pour ce qui concerne le traité de Maastricht, c'est cette approche, qui est la plus récente, qui doit inspirer le Conseil constitutionnel », observant au passage que se référer à la jurisprudence de 1976 aurait pour effet de paralyser quasiment l'ensemble du traité sur l'Union, tandis que l'approche de 1985 laissait davantage de souplesse⁷⁶. On y voit en tout cas dès ce stade que, en 1992 encore, la décision de 1985 ne s'imposait pas d'elle-même : dans l'esprit du Conseil, elle ne s'était pas substituée avec évidence à la distinction de 1976.

Un an auparavant, au sujet de la convention de Schengen, l'hésitation apparaissait de manière plus spectaculaire encore. La même question s'y était posée – formule de 1976 ou de 1985 ? – et bien que la première fût radicalement rejetée par les membres du Conseil, le président la qualifiant même d'« antieuropéenne⁷⁷ », il reste que c'était encore matière à discussion⁷⁸. Citons d'ailleurs intégralement la rédaction de ce que le rapporteur, dans son projet de décision, avait proposé sous la rubrique des « principes applicables », qui fut supprimée, mais permet de prendre la mesure de ce à quoi nous avons échappé :

⁷³ *Ibid.*, cons. 2.

⁷⁴ *Ibid.*, cons. 3.

⁷⁵ Compte-rendu, séance du 22 mai 1985 (*Protocole n° 6 à la CEDH*), p. 15-16 (nous soulignons).

⁷⁶ *Ibid.*, p. 16.

⁷⁷ Compte-rendu, séance du 25 juillet 1991 (*Convention de Schengen*), p. 20.

⁷⁸ *Ibid.*, voir en particulier la discussion aux p. 18-23.

Considérant qu'un engagement international est contraire à la Constitution s'il porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ; qu'il en va ainsi lorsque, par son contenu, il est 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 citoyens ; qu'en outre, si par un engagement international la France peut, sous réserve de réciprocité, consentir aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix, aucune disposition de nature constitutionnelle n'autorise des transferts de tout ou partie de la souveraineté nationale⁷⁹.

Si on peut louer la précision de la première phrase, qui a le mérite de ne pas faire de l'atteinte aux « conditions essentielles d'exercice... » autre chose qu'une non-conformité à la constitution, il reste que la juxtaposition d'éléments disparates tirés de diverses décisions est ici flagrante, au point que certains se contredisent entre eux : conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, puis leur supposé contenu d'après la décision de 1985, et enfin la distinction de 1976 entre limitations et transferts de souveraineté – et comment exactement imaginait-on que se serait articulé tout cela, lorsqu'un traité y aurait été confronté ?

À ce stade toutefois, ces hésitations qu'on apprend aujourd'hui grâce aux comptes-rendus, alors que rien dans les décisions finales n'en fait évidemment état, font seulement apparaître que la jurisprudence de 1985, ces « éléments essentiels de la souveraineté nationale », n'est pas l'évidence qu'on a voulu y voir par la suite. Mais à elles seules elles ne fondent pas encore le mythe des « conditions essentielles d'exercice... » ; c'est même le contraire, et on devrait plutôt saluer l'effort du Conseil, qui paraît prendre au sérieux ses décisions antérieures et en pèse les mérites respectifs afin de déterminer laquelle il y a lieu de suivre et d'ériger ainsi en « jurisprudence ». Et pourtant, mythe il y a bien, mais il est né de manière plus étonnante encore. C'est en effet à la genèse de cette « jurisprudence » incertaine qu'il faut s'intéresser, en croisant et confrontant les délibérations au sujet de différents traités examinés ; ce n'est qu'ainsi qu'on peut alors reconstruire l'évolution de ce qui, par la suite, est devenu une véritable doctrine des « conditions essentielles d'exercice... ». L'examen de cette genèse permet aujourd'hui d'affirmer que le mythe auquel elle a subséquemment donné naissance n'est que le produit d'un concours de circonstances. En voici la chronologie.

D'abord, dès 1985, le célèbre considérant 2 a aussitôt été interprété par les commentateurs comme rendant compte du « contenu » des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Celui-ci serait donc constitué de trois éléments, qui seraient autant de devoirs pour l'État : assurer le respect des institutions, assurer la continuité de la vie de la nation, et garantir les droits et libertés des citoyens⁸⁰. L'enchaînement des considérants y invitait en effet, puisque le Conseil

⁷⁹ *Ibid.*, projet de décision en annexe, p. 5.

⁸⁰ En particulier L. FAVOREU, « La décision du 22 mai 1985 du Conseil constitutionnel relative au Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme », *Annuaire français de droit international*, vol. 31, 1985, p. 873 [https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1985_num_31_1_2696] Mais voir aussi L. LAITHIER, « Observations sous Cons. const., 9 avril 1992, n° 92-308 DC, Traité sur l'Union européenne ("Maastricht I") », in A. PELLET et A. MIRON (dir.), *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Paris, Dalloz, 2015, p. 220-221, par. 7 et 9 ; A. PELLET, « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités : À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 31 décembre 1997 (Traité d'Amsterdam) », art. cité, p. 117-118.

constitutionnel avait considéré que, « dès lors », le protocole n° 6 ne portait aucune atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Mais la vérité dont témoigne aujourd'hui le compte-rendu de la délibération est tout autre. La plus grande partie de la séance tourne en effet autour de la question de savoir – et rappelons que c'est le président de la République qui avait saisi le Conseil – si la ratification du protocole n° 6 ferait obstacle au rétablissement de la peine de mort... en période d'application de l'article 16. Ce sont les pouvoirs exceptionnels du président de la République qui étaient au cœur de cette décision, rien d'autre⁸¹, et il suffit en effet de relire l'article 16 pour apercevoir combien les éléments du considérant 2 de 1985 en sont le reflet. Mais tout le monde sait que cette disposition d'exception est le terrain miné par excellence de la Constitution, et les membres du Conseil étaient particulièrement conscients de la sensibilité de la question qui leur était soumise, à laquelle il fallait bien répondre, mais répondre sans pour autant imprimer à l'article 16 un sens et une portée que sa rédaction large laisse précisément indéterminés. On les voit ainsi s'interroger sur la tournure de la réponse à privilégier – peut-on répondre « c'est blanc ou c'est noir⁸² » ? Vaut-il mieux écrire « compatible » ou « pas incompatible⁸³ » ? –, et insister en tout cas sur la nécessité « de ne rien écrire qui puisse être dangereux⁸⁴ ». Cette préoccupation conduit même un membre – et comment ne pas s'en étonner profondément ? – à suggérer de « ne pas motiver du tout [l]a décision⁸⁵ », tandis qu'un autre demande s'il est indispensable que la décision soit rendue publique⁸⁶. Quoiqu'il en soit, on convient que « moins il y a de mots dans la décision, mieux cela vaut⁸⁷ ». Et les mots sont peu nombreux en effet. Toutes ces considérations combinées conduisent le Conseil à ne pas mentionner explicitement l'article 16 dans le considérant 2, et de n'y faire figurer que le devoir pour l'État d'assurer le respect des institutions, la continuité de la vie de la nation ainsi que la garantie des droits et liberté des citoyens. Après tout, convenait-on, « personne ne s'y trompera et [...] chacun y verra que ce considérant ne vise *que* l'article 16⁸⁸ ». Mais tout le monde s'y est trompé, et tout le monde y a vu tout sauf l'article 16, à commencer par la substance des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ».

Et pourtant, apprend-on, cette expression de « conditions essentielles d'exercice... », on avait même discuté son opportunité, on s'était même demandé si elle avait lieu d'apparaître dans la décision. Le rapporteur avait conclu que « sans pouvoir le démontrer autrement – quel étonnant aveu – [...] la ratification du protocole no 6 n'attenterait pas à la souveraineté nationale⁸⁹ » ; et puisqu'on ne pouvait pas le démontrer autrement, pourquoi ne pas « reprendre une formule déjà utilisée et

⁸¹ Compte-rendu, séance du 22 mai 1985 (*Protocole n° 6 à la CEDH*), p. 2-4 et 6-12.

⁸² *Ibid.*, p. 9.

⁸³ *Ibid.*, p. 11.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 6.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 9.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 12. Cette question occupera toute la fin de la délibération, et on finit par convenir que si la publication au *Journal officiel* s'impose, par courtoisie on fera toutefois en sorte que le président de la République en ait connaissance avant qu'elle ne soit rendue publique (p. 13).

⁸⁷ *Ibid.*, p. 10.

⁸⁸ *Ibid.* (nous soulignons).

⁸⁹ *Ibid.*, p. 5.

relative aux “conditions essentielles de la souveraineté nationale”⁹⁰ » ? C’était bien peu de conviction et de ferveur au soutien de ce qui est aujourd’hui une jurisprudence d’apparence indétrônable. Et, en effet, passer de l’article 16 à la souveraineté nationale n’a rien d’évident, même en construisant artificiellement ce qui paraît être une transition ou un lien logique (« dès lors », cons. 3). C’est ainsi que les membres du Conseil se demandaient à juste titre s’il ne suffisait pas de conclure que le protocole ne contient pas de clause contraire à la constitution, et d’écarter tout bonnement cette expression dont la présence déconcertait quelque peu. Et en effet, maintenant que l’on sait que ce qu’exprime le considérant 2, c’est l’essence de l’article 16, l’étendue des pouvoirs du président de la République en circonstances exceptionnelles, que viendrait y faire la souveraineté nationale ? L’application de l’article 16 est bien le moment par excellence où tout s’efface devant les pleins pouvoirs du président, y compris la souveraineté nationale. On a donc bien du mal à comprendre la liaison logique entre elle et l’article 16, et dans ces conditions on est presque rassuré, mais seulement presque, d’apprendre par le rapporteur « qu’il n’a rajouté cette référence à la souveraineté nationale que dans l’intention de faire plaisir à Monsieur Segalat qui y attachait une grande importance⁹¹ ». L’intéressé confirme alors cet attachement, ce qui clôt le sujet : les doutes s’évaporent, restons civilisés avant tout, et la fonction de juger est bien assez souple pour pouvoir accommoder quelque fantaisies. Il est peu probable après tout que le monde extérieur s’en aperçoive, tant le style de motivation opaque et sibyllin est propice pour donner de la tenue à ce qu’on avait avoué ne pas « pouvoir [...] démontrer autrement⁹² ». Ainsi, c’est un geste de courtoisie qui a donné naissance à l’une des jurisprudences les plus établies du Conseil.

Mais il y a plus. Répétons-le : en 1985, assurer le respect des institutions, assurer la continuité de la vie de la nation et garantir les droits et libertés des citoyens n’étaient aucunement le contenu des « conditions essentielles d’exercice de la souveraineté nationale », mais exclusivement et, pensait-on, univoquement le contenu de l’article 16. Mais que la doctrine se soit méprise à ce sujet n’explique pas encore comment cette méprise elle-même a pu faire jurisprudence. Pour cela, il a fallu le concours du Conseil, qui a lui-même accrédité la méprise, lui donnant ainsi une légitimité difficilement contestable. On peut en effet identifier avec précision le moment du basculement (et de la confusion) : le 25 juillet 1991, au cours de la délibération sur la convention de Schengen, car entre 1985 et cette date seule une autre décision porte sur un traité, plus précisément une loi qui en autorisait la ratification, et elle ne concernait ni de près ni de loin la souveraineté, même nationale⁹³. Il faut donc attendre la saisine du Conseil au sujet de la loi autorisant l’approbation de la convention d’application de l’accord de Schengen pour que la relation étriquée entre traités et « conditions essentielles d’exercice... » refasse apparition. Et

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*, p. 11.

⁹² *Ibid.*, p. 5.

⁹³ Décision n° 88-247 du 17 janvier 1989, Loi autorisant la ratification de la convention internationale du travail n° 159.

le rapporteur de souligner à cette occasion qu'« on peut dégager le domaine d'exercice de la souveraineté nationale en se référant à notre jurisprudence » de 1985⁹⁴, dont il exposait ensuite la teneur telle qu'elle lui paraissait manifeste :

le Conseil a affirmé qu'un engagement international ne serait contraire à la Constitution que s'il portait atteinte aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » et qu'il n'en serait ainsi que si cet engagement était par hypothèse « incompatible avec le devoir d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et libertés des citoyens »⁹⁵.

La décision rendue en est l'exact reflet : les considérants 9 à 18 examinent tour à tour, sous la rubrique « atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », d'abord le « devoir de l'État d'assurer le respect des institutions », ensuite la « continuité de la vie de la Nation » et, enfin, les « droits et libertés des citoyens » – bref tout le contenu du considérant 2 de 1985. Évacué, donc, l'article 16, place aux « conditions essentielles d'exercice... ».

Et en 1992 en effet, lorsque c'est cette fois le traité sur l'Union européenne qui réunissait le Conseil autour de la même question, le rapporteur rendait lui aussi compte de la « jurisprudence » établie, dans la version dénaturée qui en avait été donnée un an plus tôt⁹⁶. Le président observait même que la décision de 1985 avait « énumér[é] [l]es domaines d'exercice de la souveraineté nationale », mais qu'il n'y avait pas lieu de tenir cette liste pour exhaustive⁹⁷. Et ainsi se consolidait la jurisprudence sur le contenu des « conditions essentielles d'exercice... ».

On a là la chronologie des événements, qui permet d'identifier le basculement, le moment où l'erreur est commise, en l'occurrence même une double erreur, d'abord doctrinale et ensuite juridictionnelle. Mais elle ne justifie rien. Comment en effet est-il possible qu'à la jurisprudence d'un moment *x* soit affecté, à un moment *y*, un tout nouveau contenu ? D'autant plus que le moment *y* ne survient que six ans plus tard. Mise à l'écart délibérée ? Oubli ? Le compte-rendu de la délibération de 1991 (tout comme de celle sur le traité de Maastricht) plaide pour l'oubli : à aucun moment la délibération de 1985 n'est même seulement mentionnée, encore moins ce qui avait alors agité le Conseil, c'est-à-dire exclusivement l'article 16. Mais ce n'est guère plus satisfaisant pour l'esprit. Où est donc la mémoire de l'institution ? Il est vrai que le rapporteur sur la saisine de 1991 ne siégeait pas au Conseil en 1985, n'y étant nommé qu'en 1989, pas plus d'ailleurs que n'y siégeait le rapporteur sur la saisine de 1992, nommé lors de la même recomposition par tiers en 1989. Il est vrai aussi qu'on peut difficilement attendre de chaque nouveau membre nommé qu'il soit assez familier, en plus de la jurisprudence, de l'intégralité des comptes-rendus pour en savoir l'histoire, les enjeux, la justification, et la justification de la justification. L'enchevêtrement des mandats en revanche, avec une recomposition par tiers tous les trois ans, devrait garantir en principe une forme de stabilité, et conséquemment, peut-on penser un peu naïvement, assurer la transmission de la mémoire institutionnelle. Mais force est alors de constater, et c'est peut-être la dernière circonstance qui vient expliquer le dérapage qui a fait jurisprudence, que le Conseil de 1991 était très sensiblement différent de celui de 1985.

⁹⁴ Compte-rendu, séance du 25 juillet 1991 (*Convention de Schengen*), p. 15.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 16-17.

⁹⁶ Compte-rendu, séance du 7 avril 1992 (*Maastricht I*), p. 16.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 17.

Des membres de 1985 seuls deux siégeaient encore en 1991, le troisième étant décédé en cours de mandat en 1987. La mémoire de l'institution, dans ces conditions, est fragilisée. On aura bien du mal toutefois à admettre avec bienveillance cette fragilisation ici, lorsqu'on sait que l'un des deux seuls membres qui siégeaient aussi bien en 1985 qu'en 1991 non seulement était bien présent aux deux délibérations, mais surtout était président du Conseil en 1985, et qu'il avait ainsi présidé, et même de manière très active, la délibération cruciale du 22 mai. Il n'interviendra pourtant qu'à cinq reprises dans la délibération sur la convention de Schengen, de manière tout à fait incidente, alors que tout pourtant le désignait pour rendre compte à ses collègues du véritable enjeu de la délibération de 1985, l'article 16, de la raison d'être de la rédaction du considérant 2, et aussi du rôle de simple courtoisie qu'avaient joué les « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » insérées dans le troisième considérant.

Celles-ci ont ainsi un bien étrange parcours : apparues en 1970 puis oubliées, elles ressurgissent de manière fortuite en 1985, où elles se trouvent très curieusement et inopportunément associées à l'article 16 que personne pourtant n'identifie pour ce qu'il est, et c'est enfin par une perte de mémoire collective (ou perte collective de mémoire ?) que le Conseil constitutionnel endossera l'interprétation doctrinale impropre qui avait été faite de ce considérant-article 16 qu'on n'a pas compris comme tel, pour en faire par la suite un véritable mantra de l'examen d'un traité, atteignant jusqu'à dix-huit occurrences dans la décision sur le CETA.

On savait depuis longtemps la puissance de l'article 16. Mais on l'avait malgré tout sous-estimé. Qui aurait pensé que sur les pouvoirs exceptionnels dont il investit le président de la République s'édifieraient, par une étonnante dégénérescence, les remparts de la souveraineté internationale de la France ?

Andrea Hamann

Professeur à l'Université de Strasbourg, Centre d'études internationales et européennes.