

Thèse pour l'obtention du grade de docteur

réalisée au sein de

L'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Ecole doctorale de droit de la Sorbonne (ED-Droit 565).

Discipline de doctorat : Droit

Spécialité : Droit public

Soutenue publiquement le lundi 19 juin 2023 à 14 heures 30, par :

Guillermo ARENAS

Le principe de souveraineté.

Enquête sur la fonction d'un principe juridique

Devant un jury composé de :

Monsieur **Olivier BEAUD**, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Madame **Anne LEVADE**, Professeure à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Monsieur **Bertrand MATHIEU**, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, *Directeur de thèse*

Monsieur **Jean-Eric SCHOETTL**, conseiller d'Etat

Monsieur **Guillaume TUSSEAU**, Professeur à l'Ecole de droit de SciencesPo Paris, *rapporteur*

Madame Ariane **VIDAL-NAQUET**, Professeur à l'Université Aix-Marseille, *rapporteuse*

A mes parents

Remerciements

Que le Professeur Bertrand Mathieu trouve, par ces quelques lignes, le témoignage de ma profonde gratitude. Non seulement a-t-il accepté de diriger la thèse d'un doctorant n'ayant pas obtenu de contrat doctoral mais il l'a fait avec patience et générosité. Dans ce « *bizarre love triangle* » que constitue la relation entre un doctorant, un directeur et une thèse, le professeur Mathieu a su concilier la liberté dont tout doctorant a besoin pour faire mûrir ses idées avec l'encadrement nécessaire à l'avancée des travaux.

Mes remerciements vont également à Jean-Eric Schoettl et aux Professeurs Olivier Beaud, Anne Levade, Guillaume Tusseau et Ariane Vidal-Naquet, qui ont accepté de juger ce travail. Je sais que leur temps est précieux et je leur suis profondément reconnaissant de m'en consacrer en cette fin d'année universitaire.

Je tiens, de même, à remercier tous les universitaires qui m'ont donné l'opportunité d'enseigner pendant ces années. Mme Charlotte Girard, la première à m'avoir ouvert les portes des salles de cours de l'autre côté du pupitre, M. le professeur Bernard Dolez, Mme le Professeur Anne Levade, Mme le Professeur Julie Benetti, Mme Delphine Dulong, Mme le Professeur Florence Benoît-Rohmer, M. le Professeur Jean-Philippe Kovar et, enfin, Mme la Professeur Karine Favro. Cette dernière a beaucoup œuvré, en tant que directrice du Département droit de la FSESJ-UHA, pour que les conditions matérielles nécessaires à la finalisation de cette étude soient réunies. Je lui en suis infiniment reconnaissant.

Par ailleurs, je tiens à remercier, pour leur aide et pour la richesse de nos échanges, Alexis Blouët, Marie-Odile Peyroux-Sissoko, Jean-Philippe Foegle, Hugo Bruel et Arthur Molines. Enfin et surtout, j'adresse à Camille toute ma gratitude pour son soutien sans faille, sa bonne humeur et sa solidarité. Elle sait l'étendue de ma dette à son égard.

Table des abréviations

<i>AFDC</i>	<i>Association française de droit constitutionnel</i>
<i>AJIL</i>	<i>American Journal of International Law</i>
<i>APD</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
Bibl.	Bibliothèque
C. Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
<i>CEVIPOLE</i>	Centre d'étude de la vie politique
Chap.	Chapitre
CIJ	Cour internationale de Justice
CJCE/CJUE	Cour de justice des Communautés européennes / de l'Union européenne
CJCECA	Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
Coll.	Collection
<i>Colum. J. Transnat'l L.</i>	<i>Columbia Journal of Transnational law</i>
CPJI	Cour permanente de Justice internationale
Dir.	Dirigé
Ed.	Edition
<i>EJIL</i>	<i>European Journal of International Law</i>
<i>ERPL/REDP</i>	European Review of Public Law/Revue Européenne de Droit Public
EUA	Etats-Unis d'Amérique
<i>Harvard Int'l L. J.</i>	<i>Harvard International Law Journal</i>
HLR	Harvard Law Review
IACL/AIDC	International Association of Constitutional Law / l'Association internationale de droit constitutionnel
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (dans le même ouvrage cité dans la note précédente)

<i>Idem</i>	Dans la même page citée dans la note précédente
IREDIES	Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne
ISPJS	<i>Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne</i>
<i>JP</i>	<i>Jus Politicum</i>
LGDJ	<i>Librairie générale de droit et de jurisprudence</i>
LJIL	<i>Leiden Journal of International Law</i>
LRA	<i>La Revue Administrative</i>
NRF	<i>Nouvelle revue française</i>
OFCE	Observatoire français des conjonctures économiques
ONU	Organisation des Nations Unies
Op. cit.	Opus citatum (œuvre déjà citée)
PUAM	<i>Presses de l'Université Aix-Marseille</i>
PUF	<i>Presses Universitaires de France</i>
QSJ?	Que sais-je ?
RAE	<i>Revue des affaires européennes</i>
RBDI	<i>Revue belge de droit international</i>
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
RDLF	<i>Revue des droits et libertés fondamentaux</i>
RDP	<i>Revue de droit public</i>
RDUE	<i>Revue de droit de l'Union européenne</i>
RED	<i>Revue européenne de droit</i>
Rééd.	Réédition
Réimp.	Réimpression
RFDA	<i>Revue française de droit administratif</i>
RFDC	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
RFHIP	<i>Revue française d'histoire et des idées politiques</i>
RFSP	Revue française de science politique
RGDIP	<i>Revue générale de droit international public</i>
RHFD	<i>Revue d'histoire des facultés de droit</i>

<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RIDE</i>	<i>Revue internationale de droit économique</i>
<i>RIEJ</i>	<i>Revue interdisciplinaire d'études juridiques</i>
<i>RJE</i>	<i>Revue juridique de l'environnement</i>
R.-U.	Royaume-Uni
SDN	Société des Nations
Sect.	Section
Sous la dir. de	Sous la direction de
UE	Union européenne
UMR	Unité mixte de recherche
<i>Univ.</i>	<i>Université</i>
Vol.	Volume

Sommaire

PREMIERE PARTIE.

LA FONCTION JUSTIFICATIVE DU PRINCIPE DE SOUVERAINETE : BATIR L'ETAT PAR LE DROIT, PENSER LE DROIT PAR L'ETAT

TITRE 1.

L'EDIFICATION DU PRINCIPE DE SOUVERAINETÉ

Chapitre 1. La genèse du principe de souveraineté

Chapitre 2. L'invention du principe de souveraineté : une révolution intellectuelle

TITRE 2.

LE PRINCIPE DE SOUVERAINETÉ SAISI PAR LA PENSÉE CONSTITUTIONNELLE

Chapitre 1. La souveraineté face à l'apparition du constitutionnalisme moderne

Chapitre 2. La souveraineté face au développement de la science du droit constitutionnel

SECONDE PARTIE.

REMISES EN CAUSE ET PERMANENCES CONTEMPORAINES DE LA SOUVERAINETE

TITRE 1.

LA REMISE EN CAUSE CONTEMPORAINE DE LA SOUVERAINETE DANS LE DROIT CONSTITUTIONNEL POSITIF

Chapitre 1. Le rapprochement entre le droit constitutionnel et le droit international

Chapitre 2. L'eupéanisation du droit constitutionnel

TITRE 2.

LES EFFETS DE LA REMISE EN CAUSE DE LA SOUVERAINETE

Chapitre 1. Le renouveau des théories constitutionnelles à l'échelle supra-étatique

Chapitre 2. La souveraineté, entre permanences et mutations

Personnages

E. : Un jeune étudiant ; il pose les questions.

C. S. : L'auteur répond.



E. — Avant que vous ne parliez du pouvoir, je dois vous poser une question ⁽¹⁾.

C. S. — Je vous en prie, monsieur l'étudiant.

E. — Vous-même, avez-vous du pouvoir ou non ?

C. S. — Cette question est très pertinente. Qui parle du pouvoir devrait d'abord dire quelle relation il entretient avec lui.

E. — Alors, avez-vous du pouvoir ou non ?

C. S. — Je n'ai aucun pouvoir ; je fais partie des sans-pouvoir.

E. — Voilà qui est suspect.

C. S. — Pourquoi ?

E. — Parce que vous êtes probablement prévenu *contre* le pouvoir. L'irritation, l'amertume, le ressentiment sont de fâcheuses sources d'erreur.

C. S. — Et si je faisais partie des puissants ?

E. — Vous seriez alors probablement prévenu *en faveur* du pouvoir. L'intérêt pour le pouvoir que l'on possède et pour son maintien est naturellement aussi une source d'erreur.

C. S. — Qui alors a le droit de parler du pouvoir ?

E. — C'est à *vous* de me le dire !

C. S. — Je dirais : peut-être existe-t-il encore une autre position, celle de l'observation et de la description désintéressées.

INTRODUCTION GENERALE

« Les débats auxquels donne lieu la notion de souveraineté passent, à juste titre, parmi les plus épineux du droit public ; leur ancienneté, d'une part, et l'importance des intérêts pratiques qu'ils engagent, d'autre part, les ont entourés d'une obscurité telle qu'elle légitime presque le désir de les déclarer une fois pour toutes sans objet. Il importe seulement de surmonter ce mouvement d'humeur, car toutes les excroissances parasitaires qui prolifèrent autour de l'idée de souveraineté n'empêchent pas qu'elle recouvre certains concepts indispensables à la science du droit public ».

Georges Burdeau, *Traité de Science Politique*, 3e édition, Tome II, n° 198.

« La souveraineté interroge et cristallise les controverses. Que les juristes la nomment et aussitôt se lèvent les cohortes de ses thuriféraires et de ses contempteurs ; qu'ils analysent ses attributs et les esprits s'échauffent ; qu'ils lui cherchent un titulaire et la bataille s'engage ». J.-M. Sauvé.

1. Alors qu'ils furent pendant longtemps cantonnés à des courants politiques minoritaires¹, les discours se réclamant de la souveraineté saturent désormais les champs politique et médiatique². La grammaire de la souveraineté (puissance publique, autonomie stratégique, indépendance nationale...) est ainsi devenue transversale, sans même mentionner la prolifération de ses épithètes (souveraineté industrielle, souveraineté numérique, souveraineté énergétique, souveraineté alimentaire, etc.).

¹ Ces derniers ont pu être qualifiés de « souverainistes ». En France, William Abitbol et Paul-Marie Coûteaux publient en 1999 une tribune dans *Le Monde* dans laquelle ils défendent une conception du « souverainisme » comme « le refus multiforme d'une mise en tutelle générale des activités humaines par une pléiade de sociétés multinationales et de constructions supranationales » (« Souverainisme, j'écris ton nom », *Le Monde*, 30 septembre 1999). Les auteurs se revendiquent du général du Gaulle, de Charles Pasqua mais également de José Bové en s'adressant à « plusieurs familles politiques françaises », même si leur inscription partisane se situe à la droite de l'échiquier politique. En 2011, ils fondent le micro-parti SIEL (Souveraineté, identité et libertés) qui gravite depuis lors dans l'orbite du Front national puis dans la mouvance identitaire. Philippe de Villiers, qui dirigea la liste électorale sur laquelle Paul-Marie Coûteaux se fit élire député européen en 1999, est également perçu, à droite, comme une référence intellectuelle et politique du courant « souverainiste ». Enfin, l'ancien ministre socialiste Jean-Pierre Chevènement incarne également, à l'intérieur de son camp, une doctrine « souverainiste » qui a toujours été assez marginale au sein du Parti socialiste (d'abord au sein du Centre d'études, de recherches et d'éducation socialiste - le CERES - puis dans le cadre du Mouvement des citoyens - MDC - et, enfin, au travers du Mouvement républicain et citoyen, ou MRC). Pour une vision plus large du souverainisme v. T. Guénolé, *Le souverainisme*, PUF (Coll. QSJ?), Paris, 2022.

² Cf. par ex. l'analyse de Fabien Escalona : « La « souveraineté », nouveau mot-valise du champ politique », *Médiapart*, 4/05/2020 et l'enquête fournie de Marion Dupont : « L'insolente santé du souverainisme », *Le Monde*, 11/02/2022.

2. L'engouement contemporain pour la souveraineté témoigne, en creux, de la place massive de différentes dynamiques (infranationales³, internationales⁴, supranationales⁵ et transnationales⁶) qui remettent en cause l'échelon de l'Etat-nation. La vigueur de ces dynamiques aurait transformé les conditions mêmes dans lesquelles les choix politiques sont aujourd'hui arbitrés et adoptés. Le véritable objet du conflit politique ne serait plus d'ordre matériel⁷ ni de nature morale⁸. Il porterait, selon le « trilemme » de Dani Rodrik⁹, sur la bonne échelle de l'intervention publique et les sacrifices découlant de ce choix. C'est ainsi que, pour certains auteurs¹⁰ et acteurs politiques¹¹, le paysage politique à l'échelle mondiale s'organiserait à présent autour d'une nouvelle « *summa divisio* » opposant les « souverainistes » (parfois appelés « nationalistes ») aux « globalistes »¹² (ou « mondialistes »). Pour ces derniers, l'Etat serait devenu à la fois trop grand pour répondre aux demandes de proximité et de différentialisme et trop petit pour apporter une réponse aux défis qui

³ Mouvement vers une décentralisation toujours plus importante, voire tensions séparatistes chez nos voisins (la Belgique, l'Italie et l'Espagne).

⁴ Notamment, comme nous le verrons ultérieurement, le développement du droit international dans des domaines appartenant classiquement au droit constitutionnel (comme les droits de l'homme ou les questions institutionnelles). Cf. *infra*. Partie 2, Titre 1, Chap. 1.

⁵ Approfondissement d'institutions, de règles et de rapports juridiques qui surplombent et s'imposent, le cas échéant, aux organes des Etats. Au sein de l'Union européenne, la Commission est l'institution qui incarne de la manière la plus emblématique le fonctionnement supranational (mais ce n'est pas la seule : il est également possible de citer la Banque centrale européenne ou la Cour de justice, par exemple).

⁶ Multiplication des situations qui traversent les Etats. La doctrine du droit transnational provient d'abord de la doctrine privatiste et de la plume du juriste étasunien Philip C. Jessup, qui forgea ce concept dans un essai publié en 1956 (*Transnational Law*, Yale University Press, New Haven (EUA), 1956). Le droit transnational, catégorie hétérogène de règles à la fois publiques et privées, « *relativise le rôle de l'Etat et de la Nation au fondement du droit international classique* » (G. Lhuillier, *Droit transnational*, Dalloz (Coll. Méthodes du droit), Paris, 2016, p. 9).

⁷ La nature de la propriété des moyens de production, le niveau de la dépense sociale, le degré d'intervention de l'Etat dans la vie économique...

⁸ L'avortement, la peine de mort, le mariage entre personnes de même sexe...

⁹ Cet économiste théorisa dès le milieu des années 2000 l'incompatibilité entre trois objectifs politiques : l'intégration économique globale, la permanence de l'Etat-nation et de la souveraineté nationale et, enfin, l'exercice démocratique du pouvoir (v. sa note de blog « *The inescapable trilemma of the world economy* », en ligne : https://rodrik.typepad.com/dani_rodriks_weblog/2007/06/the-inescapable.html). Rodrik conclut notamment que « *si nous voulons approfondir la mondialisation, nous devons soit renoncer à une parcelle de démocratie, soit renoncer à une parcelle de souveraineté nationale. Prétendre que nous pouvons avoir les trois simultanément nous laisse dans un « no man's land » instable* ».

¹⁰ Par exemple, le politologue Gérard Grunberg considérait dès 2012 que : « *le clivage sur l'Europe l'emportera pendant une longue période sur le clivage gauche-droite* » (« Le clivage sur l'Europe l'emportera pendant une longue période sur le clivage gauche-droite », *Commentaire*, 2012/4 (Numéro 140), p. 1161).

¹¹ L'ancien conseiller de Donald Trump, Steve Bannon, est devenu une figure majeure des mouvements politiques souverainistes à l'échelle de la planète. Il exerce, depuis sa sortie houleuse de la Maison-Blanche, une activité de conseil et d'influence politique en Europe pour promouvoir ce nouveau clivage et renforcer les positions des «souverainistes», avec un succès mitigé pour l'instant (V. Segond, « En Italie, les déboires de Steve Bannon », *Le Figaro*, 18 mars 2021).

¹² V. l'émission « Mondialistes versus souverainistes : le nouveau clivage politique » animée par Florian Delorme sur *France Culture* (6 septembre 2016).

menacent l'humanité dans son ensemble¹³. Pour les premiers, il conviendrait, au contraire, de restaurer le cadre stato-national¹⁴ - seul environnement dans lequel pourrait s'épanouir un gouvernement démocratique¹⁵ - comme cadre privilégié d'adoption des décisions politiques. Par conséquent, il semblerait que la souveraineté expérimente aujourd'hui une résurrection en jouant un rôle structurant dans la reconstitution d'un paysage politique fragmenté.

3. Ce retour en grâce des débats autour de l'Etat-nation et de la souveraineté dans le champ politico-médiatique ne doit cependant pas occulter le caractère ancien des controverses à propos de ces questions dans de la doctrine juridique. En effet, l'intégration européenne a pu être conçue, dès les débuts des Communautés, comme une entreprise de dépassement de la souveraineté. Ainsi que l'annonce Jean Monnet à la fin de ses *Mémoires*, « *les nations souveraines du passé ne sont plus le cadre où peuvent se résoudre les problèmes du présent. Et la Communauté elle-même n'est qu'une étape vers les formes d'organisation du monde de demain* »¹⁶. Cette dynamique s'est accélérée après la fin de la Guerre froide et l'adoption du traité de Maastricht en 1992. Marcel David note, citant Michel Virally, que s'est alors « *amorcé un processus par lequel « le visage de la souveraineté se remodèle* » »¹⁷. A ce titre, le vocable de « post-souveraineté » (*post-sovereignty*) a été mobilisé par certains juristes et politologues pour qualifier l'environnement politico-juridique européen postérieur à l'adoption du traité de Maastricht¹⁸. Dans ces analyses, l'échelon régional et mondial semblaient intrinsèquement liés : l'Union européenne apparaissait alors comme une «étape» ou comme un « étage » de la globalisation, selon l'analyse de Jean-Bernard Auby¹⁹. Il s'agit

¹³ La liste semble s'allonger depuis une trentaine d'années : risque d'un conflit entre puissances nucléaires, changement climatique, terrorisme, criminalité organisée, inégalités... Les partisans d'une intégration européenne plus poussée considèrent que seule une action à l'échelle régionale pourra permettre de faire face efficacement à ces menaces.

¹⁴ En ce sens, si l'on se place dans la grille de lecture offerte par le trilemme de Rodrik, les «souverainistes» sacrifieraient la poursuite de l'approfondissement de la mondialisation économique pour sauvegarder la souveraineté (et, par extension, la démocratie au sein d'un Etat-nation).

¹⁵ V. P. Manent, *La raison des Nations. Réflexions sur la démocratie en Europe*, Gallimard (Coll. L'esprit de la Cité), Paris, 2006. Pour un point de vue contraire, v. C. Spector, *No Demos. Souveraineté et démocratie à l'épreuve de l'Europe*, Seuil (Coll. L'ordre philosophique), Paris, 2021 et « La démocratie européenne est-elle possible ? », *Le Grand Continent*, 31 octobre 2019.

¹⁶ J. Monnet, *Mémoires*, Paris, Fayard, 1976, p. 615. Plus largement, les promoteurs des Communautés européennes (Jean Monnet, Robert Schumann, Alcide de Gasperi, Konrad Adenauer, Paul-Henri Spaak ou Walter Hallstein, pour ne citer qu'eux) avaient déjà une conscience claire de la spécificité de ces organisations internationales inédites.

¹⁷ M. David, *La souveraineté du peuple*, PUF (Coll. Questions), Paris, 1996, p. 15.

¹⁸ Cf. l'article fondateur de N. MacCormick, « Beyond the Sovereign State », *Modern Law Review*, Vol. 56, n°1, 1993. Cf. également N. MacCormick, *Questioning Sovereignty*, Oxford University Press, Oxford (R.-U.), 1999 ; N. Walker, *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oregon (EUA), 2003 ; C. Mac Amhlaigh, C. Michelon, N. Walker, *After Public Law*, Oxford University Press, Oxford (R.-U.), 2013.

¹⁹ *La globalisation, le droit et l'Etat*, LGDJ (Coll. Systèmes), Paris, 2020 (3e ed.), p. 28-29.

en effet d'un espace fortement intégré, dans lequel « *la maîtrise des Etats sur l'économie y a reçu de fortes limites, les réalités économiques, sociales, culturelles... transnationales y sont le lot commun* »²⁰ tout en constituant en même temps « *un outil de défense contre la globalisation* »²¹. Conçue pour évoluer dans un monde désormais « globalisé », c'est-à-dire « un monde sans souveraineté »²², l'Union européenne apparaissait comme l'instrument inventé par les Etats pour organiser leur propre dépassement. Il reste que, dans les faits, ce dépassement ne fut jamais complètement achevé. En réponse à l'activisme judiciaire de la CJCE²³, la jurisprudence constitutionnelle²⁴ insistait, dès le milieu des années 1970, sur l'importance de l'échelon national pour garantir la sauvegarde des droits fondamentaux et de la démocratie, ce qui suggérait une récusation de l'hypothèse d'une dilution subreptice, à bas bruit, de la souveraineté nationale. Par ailleurs, la place réservée à l'intergouvernementalité par rapport à la « méthode communautaire » demeure importante dans la prise de décision concernant des domaines sensibles, tels la politique étrangère et de sécurité commune. Aussi, la position des juristes qui s'intéressaient à cette question en France était mesurée. Florence Chaltiel, par exemple, récusait l'idée d'une disparition de la souveraineté. Elle théorise sa transformation, voire son amplification, sous l'influence de l'Union européenne²⁵. Arnaud Haquet va dans un sens qui ne contredit pas cette analyse²⁶. Il semble que seul Olivier Beaud réfléchissait, dès début des années 1990, à la menace que le développement du droit supranational de l'Union pouvait représenter sur l'intégrité et la cohérence du principe de souveraineté. Son travail se positionne à contrecourant des analyses dominantes (c'est-à-dire strictement « positivistes »), à la fois sur le plan de la méthode et des conclusions.

²⁰ *Ibid*, p. 30.

²¹ *Idem*.

²² Cf. le célèbre essai de géopolitique de Bertrand Badie : *Un monde sans souveraineté. Les Etats, entre ruse et responsabilité*, Fayard (Coll. L'espace du politique), Paris, 1999.

²³

²⁴ Nous pensons à la célèbre jurisprudence « So lange » de la Cour constitutionnelle fédérale allemande ou de la théorie des « contre-limites » forgée par la Cour constitutionnelle italienne (cf. l'arrêt « Acciairie San Michele/CECA » du 27 déc. 1965). Cf. *infra*, Partie 2, Titre 1, Chap. 2).

²⁵ Cf. not. F. Chaltiel, *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne. Recherches sur la souveraineté de l'Etat membre*, LGDJ (Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique), Paris, 2000. La volonté de restituer les rapports entre la souveraineté et l'Union dans leur complexité amenait à devoir raisonner par couples de contraires : l'Union remettrait en cause la souveraineté des Etats membres tout en la renforçant, développerait une souveraineté européenne tout en préservant les souverainetés nationales...

²⁶ A. Haquet, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, PUF (Coll. Les grandes thèses du droit français), Paris, 2004.

4. Mais une inflexion dans cette tendance générale fut patente à partir de la crise économique de 2008²⁷. Il devient évident que les rapports entre la souveraineté nationale et l'Union européenne ne sont pas toujours harmonieux. En effet, une série d'événements mirent en évidence le retour de «sovereignty claims»²⁸, c'est-à-dire de prétentions ou revendications de souveraineté. On pense à la victoire de Syriza en Grèce ; à la remise en cause directe par la Cour constitutionnelle allemande du programme de la Banque centrale européenne (BCE) censé sauver l'Euro²⁹ ; à la crise des migrants, qui vit la remise en cause du régime de Schengen et des règlements dits « de Dublin » ; au déclenchement de l'article 50 TUE pour la première fois ; à la « crise de l'Etat de droit » qui oppose la Commission européenne aux Etats qui violent les valeurs fondamentales de l'Union³⁰. Parallèlement, une force centripète s'opposa, à l'échelon européen, à la force centrifuge provoquée par ces revendications nationales de souveraineté. Une « souveraineté à venir » (« *sovereignty-to-come* »³¹) fut ainsi « *exercée par des institutions formelles telles que la Banque centrale européenne (à son tour soutenue par la Cour de justice) et des institutions informelles comme l'Eurogroupe* »³². Des initiatives visant à consolider l'autorité de l'UE empruntèrent désormais la grammaire de la souveraineté, comme le discours sur l'état de l'Union prononcé par le président de la Commission Jean-Claude Juncker en 2018 et intitulé « l'heure de la souveraineté européenne »³³.

²⁷ La crise ouverte par le refus du traité établissant une Constitution pour l'Europe en 2005 manifestait déjà la volonté de certains peuples de ne pas poursuivre la dynamique intégrative en dotant l'Union européenne d'une Constitution, attribut emblématique de l'Etat.

²⁸ M. A. Wilkinson, « Beyond the Post-Sovereign State ? The Past, Present and Future of Constitutional Pluralism », *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 9/2019, p. 13.

²⁹ Il s'agit de son arrêt du 5 mai 2020 où la Cour de Karlsruhe opère un contrôle de conformité du programme d'achats de dette publique (PSPP) de l'Eurosystème vis-à-vis des stipulations des Traités portant sur les compétences de la BCE.

³⁰ M. A. Wilkinson, « Beyond the Post-Sovereign State ? The Past, Present and Future of Constitutional Pluralism », *Op. cit.*, p. 14.

³¹ *Idem.*

³² *Idem.*

³³ *Idem.*

5. Dans ce contexte, les controverses au sujet de la souveraineté n'ont fait que s'amplifier³⁴. On s'est interrogé sur son utilité dans les discours « méta-juridiques »³⁵ et sa signification a été recherchée³⁶. Par ailleurs, certaines évolutions du droit international³⁷ et l'apparition du droit transnational³⁸ ont suscité également des tentatives de redéfinition, voire de dépassement, de la souveraineté³⁹. Il est donc possible de noter la persistance d'un « problème de la souveraineté »⁴⁰. Aujourd'hui, plus d'un siècle après l'essai de Hans Kelsen à ce sujet, la souveraineté serait (re)devenue, pour reprendre la formule de Pascal Lamy, « une fiction qui « grince » »⁴¹.

6. Il existe, dans les discours juridiques, essentiellement trois prises de positions différentes au sujet de la place de la souveraineté dans une analyse du droit positif. Une première défend la pertinence contemporaine, éventuellement sous couvert d'aménagements, du principe de souveraineté. Une seconde considère que le principe de souveraineté doit être mis de côté, un peu comme l'on remise un vieil objet désormais obsolète derrière la vitrine d'un musée. Il conviendrait, à cet égard, d'avoir

³⁴ La littérature en ce sens est pléthorique mais il est possible de citer, dans la doctrine anglo-saxonne, les travaux de Neil Walker (not. les ouvrages collectifs sous sa direction : *Sovereignty in transition*, Op. cit. ; *Relocating Sovereignty*, Routledge, Londres 2006) et de Neil McCormick (*Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, Oxford (R.-U.), 2001). En France, il est possible de citer les travaux d'Olivier Beaud (not. le livre adapté de sa thèse, *La puissance de l'Etat*, PUF (Coll. Léviathan), Paris, 1994), la thèse de Florence Chaltiel, consacrée à une étude de la souveraineté de l'Etat membre de l'Union européenne (*La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne*, LGDJ (Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique), Paris, 2000) ainsi que celle de Gaëlle Marti, qui réexamine la notion de pouvoir constituant (G. Marti (dir. D. Ritleng), *Le pouvoir constituant européen*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit communautaire, Univ. Nancy 2, 2008).

³⁵ C'est-à-dire les discours qui portent sur le droit positif.

³⁶ V. par ex., de manière aucunement exhaustive : O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Op. cit. ; A. Haquet, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, Op. cit. ; M. Chemillier-Gendreau, « Le concept de souveraineté a-t-il encore un avenir ? », *RDP*, n°5, 2014, p. 1283 ; O. de Frouville, « Présentation », in A. Peters, *Humanisme, constitutionnalisme, universalisme. Etudes de droit international et comparé*, Ed. Pedone (Coll. IREDIES), Paris, 2019, p. 5-15 ; M. Troper, « Chapitre II. La souveraineté, inaliénable et imprescriptible », in *Le droit et la nécessité*, PUF (Coll. Léviathan), Paris, 2011, p. 77-98 ; D. Rousseau, « Pour une gouvernance mondiale démocratique », *Le Grand Continent*, 21 mars 2021.

³⁷ V. par ex. A. Peters, « L'humanité, l' α et l' Ω de la souveraineté », in A. Peters, *Humanisme, constitutionnalisme, universalisme. Etudes de droit international et comparé*, Ed. Pedone (Coll. Doctrine(s)), Paris, 2019, p. 109-153 ; S. Laghmani, « Le *jus cogens* et la cohérence de l'ordre juridique international », in R. Ben Achour et S. Laghmani, *Les droits de l'homme. Une nouvelle cohérence pour le droit international ?*, Ed. Pedone, Paris, 2008. Pour ces deux juristes internationalistes, le concept de souveraineté, qui incarne l'intérêt des Etats, ne serait plus à même de constituer le fondement du droit international, ayant été déplacé par celui de droits humains, qui incarnent l'intérêt de l'humanité toute entière. En France, Olivier de Frouville et Dominique Rousseau partagent cette conception du droit international, que l'on pourrait qualifier de cosmopolitique.

³⁸ V. l'ouvrage de Gilles Lhuilier : *Le droit transnational*, Op. cit.

³⁹ Aussi, cette distinction est importante : il y a ceux qui cherchent à redéfinir la souveraineté pour en préserver la valeur heuristique et ceux qui préconisent son abandon.

⁴⁰ H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen (Allemagne), 1920.

⁴¹ « Répondre à la crise du multilatéralisme par le polylatéralisme », *RED*, Année 02, mars 2021.

recours à des concepts qui permettent de mieux saisir l'état du droit dans un environnement marqué par un recul des Etats⁴². Enfin, une troisième prise de position estime que le principe de souveraineté est, par nature, incompatible avec une démarche rigoureuse à la fois sur le plan scientifique et sur le plan juridique. Aussi, il n'a pas davantage de pertinence ou d'utilité aujourd'hui qu'il n'en eût hier. Cette prise de position se conjugue parfois avec la conviction selon laquelle «*la théorie politique des Etats démocratiques n'a que faire d'une notion issue de l'absolutisme. Le droit public moderne est construit sur une séparation et un équilibre des fonctions d'autorité. La souveraineté n'y joue plus aucun rôle. L'y insérer, c'est courir le risque de la voir, comme un virus, pervertir l'ensemble*»⁴³.

7. Les controverses autour de la souveraineté révèlent l'importance et la complexité des enjeux intellectuels en présence. Elles laissent néanmoins un sentiment d'insatisfaction. Celui-ci a plusieurs causes. Il est tout d'abord possible de noter, dans l'expression des différentes positions, une forme de duplicité ou de « mélange des genres », elle-même fondée sur la confusion (parfois volontaire) de différents niveaux de discours. Souvent, au discours descriptif, qui tâche de présenter une analyse de la réalité positive, se greffe un discours prescriptif, qui vise à exprimer un jugement de valeur, à défendre un parti pris. Les travaux de Neil MacCormick en sont un exemple très clair. Selon lui, « *la souveraineté n'est ni nécessaire à l'existence du droit et de l'Etat, ni même désirable* »⁴⁴. Aussi, « *le dépassement de l'Etat souverain doit être considéré comme une bonne chose, une évolution tout à fait bienvenue dans l'histoire des idées juridiques et politiques* »⁴⁵. De ce point de vue, Neil MacCormick a un « *post-sovereign agenda* ». Il est également possible d'identifier, dans ce domaine, des propos de nature prospective. Celles-ci prétendent anticiper des évolutions à venir comme, par exemple, la mise en place d'un constitutionnalisme à l'échelle globale aboutissant à la disparition de la souveraineté étatique⁴⁶.

⁴² J.-B. Auby évoque une « désétatisation des sociétés et du monde ». Cf. *La globalisation, le droit et l'Etat*, Op. cit., p. 23.

⁴³ M. Leroy, « Requiem pour la souveraineté, anachronisme pernicieux », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, T. 1, Bruylant (Coll. de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles), Bruxelles, 1992, p.105.

⁴⁴ N. MacCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State and the Nation in the European Commonwealth*, Oxford Univ. Press, Oxford (R.-U.), 1999, p. 129.

⁴⁵ N. MacCormick, « Beyond the Sovereign State », *Modern Law Review*, 1993, Vol. 56, n°1, p.1

⁴⁶ T. Hochmann, « Le constitutionnalisme global », *RFDC*, 2019/4 (n°120), p. 903.

8. Ensuite, les controverses autour de la souveraineté se fondent rarement sur un travail préalable de définition. Souvent, la distinction n'est pas effectuée entre l'acception politique de la souveraineté (une puissance de domination suprême et indépendante) et ses différentes définitions juridiques (la puissance publique et l'autonomie de l'Etat, l'identification d'un faisceau de compétences et la qualité de la fiction au nom de laquelle la puissance publique est exercée). Comme nous le verrons, la dimension politique et la dimension juridique de la souveraineté ne sont pas étanches l'une vis-à-vis de l'autre. La souveraineté a cette caractéristique de se trouver au croisement entre la politique et le droit, la puissance et la règle juridique. Mais ne pas distinguer soigneusement l'acception politique et les acceptions juridiques de la souveraineté peut amener à des confusions et alimenter le mélange des différents niveaux de discours.

9. Enfin, si l'on revient aux différentes prises de position au sujet de la souveraineté, on s'aperçoit que la question que semble poser le « problème de la souveraineté » aujourd'hui consiste à savoir si ce principe correspond encore à une réalité. Par exemple, Dieter Grimm se demande si la souveraineté continue toujours d'être pertinente pour cerner la réalité du droit positif ou si nous sommes déjà entrés dans l'ère de la post-souveraineté⁴⁷. Ainsi, les propos qui affirment que la souveraineté est entrée en crise, qu'elle est menacée ou qu'elle risque de disparaître - ou qu'elle a déjà disparu - reposent sur l'idée selon laquelle celle-ci ne répond plus aux exigences théoriques qui pèsent sur elle. Partant, ils présupposent que, si la souveraineté avait pu permettre, à une époque déterminée, de traduire fidèlement une réalité, les évolutions du droit positif ainsi que celles de l'Etat auraient finalement conduit à un épuisement de sa valeur heuristique et, donc, à une crise. Un objet conceptuel « en crise » serait donc un principe, une catégorie, une notion ou un concept dont l'usage n'a plus les propriétés heuristiques escomptées. Or, de notre point de vue, ce raisonnement a deux limites.

10. La première réside dans le fait de placer la controverse sur le terrain de la cohérence entre, d'une part, un ou plusieurs concepts et, d'autre part, une réalité factuelle et empirique. Le principe de souveraineté fut forgé dans un contexte historique très particulier - les guerres de religion et la remise en cause radicale de l'autorité publique en France - pour constituer le fondement théorique de la notion d'Etat à partir d'une certaine idée de sa puissance. Mais, pour le juriste, cette dernière ne peut être, à la rigueur, que de nature normative. Autrement dit, une étude juridique de la

⁴⁷ D. Grimm, « La souveraineté », in M. Troper et D. Chagnollaud, *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 1, Dalloz (Coll. Traités), Paris, 2012, p. 595.

souveraineté ne doit pas amener à examiner une puissance concrète et matérielle exercée par l'Etat sur la société - ce qui relèverait du domaine de la sociologie, de l'économie ou de la science politique.

11. Aussi, la seconde limite consiste précisément à présupposer que la fonction du principe de souveraineté est de décrire une substance qui s'exprime dans le droit positif. Il nous semble que, si le terme de « souveraineté » peut être retrouvé dans certaines dispositions de droit positif⁴⁸, la souveraineté n'a pas d'existence possible dans le domaine du *Sollen*, comme l'a une institution (le président de la République, le Parlement, etc.) ou une règle juridique (primaire - qui établit une autorisation, une obligation ou une interdiction⁴⁹, secondaire - qui prévoit les conditions d'élaboration des règles primaires⁵⁰). Une étude du droit positif pourrait nous renseigner sur la validité, le sens ou la portée des dispositions qui portent sur la souveraineté mais non pas sur la souveraineté en tant que telle, quelle que soit la définition que l'on en retienne.

12. Par conséquent, ces difficultés pour aborder le « problème de la souveraineté » nous amènent à devoir réfléchir autrement à ce sujet. Notre étude a donc pour intérêt d'essayer de construire une approche différente pour aborder cette question (§2). Avant de le préciser, nous devons fournir des éléments de définition de la souveraineté (§1). Enfin, il sera possible de présenter notre démarche (§3) ainsi que notre plan (§4).

§1. La souveraineté, un principe au contenu plurivoque

13. La définition la plus communément admise du principe de souveraineté est issue de la pensée de Jean Bodin. Dans ses *Six Livres de la République* publiés en 1576, celui-ci définit la souveraineté, selon une définition très célèbre, comme une puissance nouvelle⁵¹ : la « *puissance absolue et perpétuelle d'une République* »⁵². Ensuite, Bodin précise que la souveraineté s'exprime par

⁴⁸ Celles en établissent les attributs ou en déterminent le titulaire (l'article 3 de la Constitution de 1958 par exemple).

⁴⁹ Selon le fameux aphorisme attribué à Portalis (« *La loi permet, ordonne ou interdit* »).

⁵⁰ Selon la distinction de H.L.A. Hart.

⁵¹ Dès les premières pages du Chapitre 8 de son *Premier Livre*, le juriste angevin considère qu'« *il n'y a ni jurisconsulte ni philosophe qui l'ait définie* ». *Les Six Livres de la République, Livre I, Chap. 8*, Fayard (Coll. Corpus des œuvres de philosophie en langue française), 6 vol., 1987 (rééd. de la 10^e éd. (1593)), p. 179.

⁵² *Idem*.

l'exercice d'un certain nombre de compétences (qu'il appelle les « marques de souveraineté »⁵³) et qu'elle peut être « tenue » par trois autorités différentes (la Couronne, le Peuple ou une élite aristocratique) au sein de l'Etat⁵⁴. La publication des *Six Livres de la République* s'inscrit dans une période historique particulière. Alors que les guerres de religion déchirent la nation française, Jean Bodin souhaite contribuer au rétablissement de l'ordre et de la concorde à travers une théorie juridique de la République, c'est-à-dire de l'Etat. Jean Bodin ambitionne, à travers ses *Six Livres*, de procurer une assise incontestable au pouvoir du monarque en mobilisant pour cela les ressources de la théorie juridique. Le moyen de cette ambition est sa théorie de la souveraineté. Ainsi, si ses racines plongent dans la doctrine juridique de la république romaine, dans l'exercice du pouvoir par l'Empereur romain et dans les travaux doctrinaux des canonistes médiévaux et des légistes royaux, le principe de souveraineté mis au point par Jean Bodin revêt une forte spécificité dans la mesure où il est devenu, du fait de sa logique intrinsèque, le concept matriciel du concept juridique d'Etat.

14. C'est ainsi que, dès Jean Bodin, l'entreprise de définition et de caractérisation de la souveraineté a débouché sur la reconnaissance d'une pluralité de concepts sous un même vocable. Cela en fait un principe aux mille visages⁵⁵, que nous présenterons en partant d'une distinction classique entre, d'une part, sa dimension interne (I) et, d'autre part, sa dimension externe (II). C'est, en effet, à l'intersection entre les deux que se nichent les controverses contemporaines.

I. La dimension interne de la souveraineté ou la «souveraineté-puissance»

15. Dès ses origines, la dimension interne de la souveraineté présente une double caractérisation, formelle-abstraite et substantielle-concrète. Jean Bodin, comme le note Olivier Beaud, semble préconiser une conception formelle de la souveraineté - la souveraineté comme puissance publique - et, à la fois, il énumère ce qu'il estime être les droits essentiels à l'Etat : « *le pouvoir de donner la loi semble alors se fondre dans de nombreux autres droits : droit de guerre, d'instituer les*

⁵³ J. Bodin, *Les Six Livres de la République*, Livre I, Chap.10, p. 295 et s.

⁵⁴ J. Bodin, *Les Six Livres de la République*, Livre II, Chap. 1, p. 7 et s.

⁵⁵ Comme l'affirme Eric Maulin, « *la souveraineté est une notion complexe et polysémique* » (Entrée «Souveraineté», in D. Alland et S. Rials (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF (Quadrige), Paris, 2003, p. 1434).

magistrats, de prescrire la peine de mort, etc. »⁵⁶. Cette double caractérisation de la souveraineté est adoptée par d'importants juristes qui marchent dans les pas de l'Angevin.

Par exemple, Charles Loyseau estime, dans son *Traité des seigneuries* publié en 1608, que la souveraineté « *consiste en une puissance absolue, c'est-à-dire parfaite et entière en tout point, que les canonistes appellent « plénitude de puissance »* »⁵⁷. Il ajoute ensuite que « *les droits concernant le pouvoir des seigneuries souveraines, qui peuvent être proprement appelés actes ou cas de souveraineté, sont cinq en nombre, à savoir : faire la loi, créer les offices, arbitrer la paix et la guerre, avoir le dernier ressort en justice et frapper la monnaie* »⁵⁸. Cardin le Bret, l'un des premiers théoriciens de l'absolutisme monarchique, affirme que « *la souveraineté est à la royauté ce que la lumière est au soleil* »⁵⁹. Il fait ensuite découler de la souveraineté un ensemble d'attributs : l'emprise sur le droit positif (« *on ne doit attribuer le nom et la qualité d'une Souveraineté parfaite et accomplie qu'[aux seigneuries] qui ne dépendent que de dieu et qui ne sont sujettes qu'à leurs lois* ») et l'indépendance (« *quand [les seigneuries] sont dépendantes et sujettes à d'autres puissances supérieures [...] l'on ne peut pas dire qu'elles soient pleinement souveraines* »).

La souveraineté bodinienne est donc une puissance absolue, perpétuelle et indépendante qui se manifeste à travers l'exercice de certaines compétences - que l'on qualifierait aujourd'hui de « régaliennes » car elles sont exercées par le « *rex* » -, dont la compétence législative est la plus importante. C'est l'origine du « légicentrisme », qui permet à Jean Bodin de produire une « *théorie juridique du pouvoir* »⁶⁰.

16. Cependant, c'est l'anglais Thomas Hobbes qui « *inaugure un genre philosophique nouveau pour l'époque contemporaine : la philosophie de l'Etat* »⁶¹. En d'autres termes, si Bodin fonde la souveraineté comme un principe juridique, Hobbes en fait le fondement d'une « *science des corps*

⁵⁶ *La puissance de l'Etat*, Op cit., p. 138. Jean Bodin insiste néanmoins sur la prééminence de la fonction législative parmi les « vraies marques de souveraineté » (« *sous cette même puissance de donner et casser la loi, sont compris tous les autres droits et marques de souveraineté : de sorte qu'à parler proprement on peut dire qu'il n'y a que cette seule marque de souveraineté, attendu que tous les autres droits sont compris en celui-là* ». *Les Six Livres de la République*, Livre I, Chap. 10, Op. cit., p. 309).

⁵⁷ *Traité des seigneuries*, Chap. II, p. 25. [En ligne sur Gallica : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k914512.image>].

⁵⁸ *Ibid*, Chap. III, p. 50.

⁵⁹ C. le Bret, *Les œuvres de messire C. Le Bret...*, Paris, 1643, Livre I, Chap. II. [En ligne sur Gallica : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1181681>].

⁶⁰ O. Beaud, Entrée « Souveraineté », Op. cit.

⁶¹ G. Mairet, *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Op. cit., p. 42.

politiques »⁶², d'abord dans son ouvrage *Du citoyen (De cive)*, publié en 1642, puis dans son *Léviathan*, paru en 1651. La souveraineté devient alors indissociable d'un type particulier de forme politique : l'Etat⁶³ (appelé « République », « *Commonwealth* » ou encore « *Civitas* »⁶⁴). En ce sens, le principe de souveraineté n'est pas un principe exclusivement juridique. Sa richesse et sa complexité se trouvent, en partie, dans ceci qu'il intéresse à la fois « *la philosophie du droit et la philosophie politique* »⁶⁵. Cette dualité est lourde de signification. Elle rappelle le lien intime qui unit le droit et la puissance⁶⁶, parfois occulté par les approches formalistes⁶⁷. Dans son *Léviathan*, Thomas Hobbes définit l'Etat comme « *une personne une, dont les actes ont pour auteur, à la suite de conventions mutuelles passées entre eux-mêmes, chacun des membres d'une grande multitude, afin que celui qui est cette personne puisse utiliser la force et les moyens de tous comme il l'estimera convenir à leur paix et à leur défense commune* »⁶⁸. Il reprend la distinction entre la souveraineté comme puissance publique (« *celui qui est dépositaire de cette personne est appelé souverain et l'on dit qu'il a la puissance souveraine ; en dehors de lui tout un chacun est son sujet* »⁶⁹) et comme faisceau de compétences⁷⁰. Consolidant la définition de la souveraineté comme une puissance suprême de production normative, Hobbes apporte un fondement solide et fécond aux approches volontaristes, qui théorisent le droit comme le fruit de l'expression de la volonté du souverain.

17. Jean-Jacques Rousseau identifie cette dernière à la volonté générale. Il radicalise la théorie hobbesienne en fusionnant peuple, souverain et volonté générale. Selon le philosophe genevois,

⁶² *Ibid*, p. 43.

⁶³ Cf. la démonstration d'O. Beaud dans sa *Puissance de l'Etat*, dont l'une des thèses fortes vise à mettre en évidence le rapport de consubstantialité entre la souveraineté et l'Etat. Pour Passerin d'Entrèves, « *le problème de la date de naissance de l'Etat moderne n'est autre que le problème de la formation et de l'acceptation finale du concept de souveraineté* ». *La notion de l'Etat*, Ed. Sirey, Paris, 1969, p. 123.

⁶⁴ A. Passerin d'Entrèves, *La notion de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 37 et s.

⁶⁵ O. Beaud, Entrée « Souveraineté », in Ph. Raynaud et S. Rials, *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF (Quadrige), Paris, 1996, p. 735.

⁶⁶ Olivier Beaud commence sa définition de la souveraineté dans le *Dictionnaire de philosophie politique* en affirmant que les termes de « souveraineté » et de « puissance » entretiennent une « étroite parenté » (*Idem*).

⁶⁷ Nous aurons l'occasion d'y revenir en étudiant l'approche normativiste de la souveraineté de Hans Kelsen (cf. *infra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 2, Sect. 2).

⁶⁸ *Léviathan* (trad., intro., notes et notices de G. Mairet), Folio Essais, Paris, 2000 (rééd. *Head*, 1651), p. 288.

⁶⁹ *Ibid*, p. 289.

⁷⁰ Hobbes évoque « *le droit de faire des règles* », « *le droit de juger et de trancher un litige* » ou « *le droit de faire la guerre et la paix* ». *Ibid*, p. 297-298.

« par la même raison que la souveraineté est inaliénable, elle est indivisible ; car la volonté est générale, ou elle ne l'est pas ; elle est celle du corps du peuple, ou seulement d'une partie »⁷¹. Cette logique conduit en dernière instance à assimiler le souverain à sa volonté : « la volonté du souverain est le souverain lui-même ». D'ailleurs, le philosophe genevois reconnaît à la souveraineté les mêmes caractères que la volonté générale : inaliénabilité, indivisibilité, infaillibilité et caractère absolu⁷². Ce tour de force théorique est crucial car nous nous apercevons que la souveraineté n'est plus uniquement assimilable à une puissance. Il s'agit d'une volonté, et non pas n'importe laquelle : la volonté exprimée par l'ensemble de la communauté politique. Certes, l'idée de puissance n'a pas disparu car l'expression de la volonté générale impose une décision contraignante et même incontestable. Néanmoins, on s'aperçoit que l'accent est moins mis sur la puissance que sur la capacité à faire émerger une volonté collective. Rousseau parvient ainsi à lier souveraineté et volonté, souveraineté et corps politique.

18. Que l'on retienne la caractérisation initiale de Bodin, l'apport de Hobbes ou celui de Rousseau, la souveraineté paraît logiquement assimilable à l'absolutisme, qu'il soit monarchique ou populaire. Comme le note John Agnew, non seulement la souveraineté a une signification ambiguë mais, de plus, elle présente un « héritage » ambigu⁷³. Aussi, le surgissement de la doctrine constitutionnaliste, fille de la pensée libérale, représente un défi pour la conception classique (ou « primitive ») de la souveraineté. Nous reviendrons sur les effets que le constitutionnalisme libéral a eus sur la souveraineté car il a fait émerger un paradigme nouveau, fondé sur le partage des fonctions normatives de l'Etat et sur l'encadrement du pouvoir. Mais nous pouvons noter dès à présent que le triomphe du constitutionnalisme libéral eut une influence déterminante sur la théorie de la souveraineté.

En effet, concevoir la souveraineté comme une puissance « absolue et perpétuelle » dans le cadre d'un système institutionnel pensé pour séparer les pouvoirs pouvait paraître logiquement contradictoire. Ainsi, il semble que, dans une perspective libérale, la souveraineté pourrait difficilement se cantonner à sa définition bodinienne. Nous avons cité plus haut l'avis du professeur belge Michel Leroy, qui considère non seulement que le principe de souveraineté est

⁷¹ J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Livre II, Chap. II [*Œuvres complètes*, NRF (Bibl. de la Pléiade), Paris, 1964, p. 369].

⁷² Cf. L'analyse de Jean-Jacques Chevallier et Yves Guchet, *Les grandes œuvres politiques. De Machiavel à nos jours*, Armand Colin (Coll. U), Paris, 2001 (4e ed.), p. 115.

⁷³ J. Agnew, *Globalization and Sovereignty*, Roman & Littlefield Publishers, Maryland (EUA), 2009, p. 1.

intrinsèquement incompatible avec le droit public moderne, « *construit sur une séparation et un équilibre des fonctions d'autorité* », mais que sa prise en compte représenterait un danger, qui viendrait « *comme un virus, pervertir l'ensemble* »⁷⁴. C'est pour cela que l'exercice de la compétence par excellence du souverain, c'est-à-dire, selon Jean Bodin, « le pouvoir de donner la loi », se voit enserré dans un ensemble de procédures et de normes visant à l'empêcher de devenir liberticide. Dans le cadre du constitutionnalisme, la souveraineté est donc moins conçue comme une puissance absolue que comme l'expression de la volonté générale, ce que reprend la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁷⁵, par exemple. Enfin, le triomphe du constitutionnalisme a un effet sur la manière dont est pensé le droit public. Celui-ci est désormais dominé par la Constitution et le droit constitutionnel, fruit emblématique de l'expression de la volonté souveraine à travers la théorie du pouvoir constituant.

19. Aussi, la consécration du constitutionnalisme à la suite des révolutions libérales atlantiques de la fin du XVIIIe siècle met entre parenthèses les efforts de théorisation de l'Etat, pensé tout au long du XVIIIe siècle à travers le prisme de sa puissance. Nous assistons donc, comme le souligne Grégoire Bigot, à une éclipse de l'Etat. Selon cet auteur, « *il ne se publie rien de sérieux en France qui porte sur l'Etat avant 1860* » car « *la vérité du droit public est dans le constitutionnalisme écrit, qui est un constitutionnalisme libéral et, partant, sans État* »⁷⁶.

Cependant, la prise en compte de la puissance comme critère de l'Etat refait surface dès la fin du XIXe siècle, notamment dans la doctrine allemande qui cherche à légitimer l'instauration du *Reich* après la guerre franco-prussienne. Cela ne pose pas les mêmes problèmes sur le plan théorique car le *Reich* reste, effectivement, une forme politico-juridique autoritaire. Mais en France, la démarche consistant à produire une théorie de l'Etat républicain à partir de sa puissance se heurte aux difficultés de concilier puissance et libéralisme. Aussi, Raymond Carré de Malberg, l'un des plus importants juristes de la IIIe République, se demande, lorsqu'il s'apprête à publier sa *Contribution à la Théorie générale de l'Etat* s'il est « *encore justifié de rechercher l'essence du droit public dans les manifestations de la puissance de l'Etat [...] alors que la SDN se met en place*

⁷⁴ M. Leroy, « Requiem pour la souveraineté, anachronisme pernicieux », *Op. cit.*

⁷⁵ Cf. l'article 3 (« Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation ») et l'article 6 (« La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation »).

⁷⁶ G. Bigot, « La théorie de l'État en France face à son histoire », *Pouvoirs*, 2012/2 (n°177), p. 8.

et qu'un idéal éthique semble présider à la construction de l'Etat »⁷⁷. Il se propose néanmoins de bâtir une théorie de l'Etat à partir du principe de souveraineté. Après une longue étude de la doctrine constitutionnelle allemande et française de son temps, Raymond Carré de Malberg en formule une définition claire et très influente dans sa *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*. Selon le professeur alsacien : « le mot de souveraineté a acquis dans le passé trois significations principales, bien distinctes. Dans son sens originaire, il désigne le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante, et en particulier de la puissance étatique. Dans une seconde acception, il désigne l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'Etat, et il est par suite synonyme de cette dernière. Enfin il sert à caractériser la position qu'occupe dans l'Etat le titulaire suprême de la puissance étatique, et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe »⁷⁸. Ainsi, à coté des acceptions formelle et substantielle, il propose une troisième acception qui lui permet de ne pas confondre « le titulaire perpétuel de la souveraineté avec les organes qui exercent temporairement cette puissance »⁷⁹. L'alinéa 1er de l'article 3 de la Constitution de 1958⁸⁰ permet d'illustrer cette distinction. Le peuple exerce la souveraineté au deuxième sens au travers de ses représentants (organe souverain au troisième sens) ou directement par la voie du référendum. Au demeurant, son analyse reprend quasiment idée par idée celle de Jean Bodin. Plus récemment, la définition de la souveraineté a été enrichie par l'apport de Michel Troper. Pour ce dernier, le concept de souveraineté revêt une fonction d'imputation qui s'avère indispensable dans tout système juridique hiérarchisé⁸¹.

20. Aujourd'hui, chacune de ces trois acceptions mises en lumière par Carré de Malberg fait l'objet d'un réexamen. Il est question, d'une part, du contenu de l'acception substantielle-concrète de la souveraineté, qui correspond à l'image du faisceau de compétences. Les transferts de compétences

⁷⁷ V. La « Préface » d'Eric Maulin à la réédition de la *Contribution à la théorie générale de l'Etat* de Carré de Malberg (R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Dalloz (Coll. Bibliothèque de Dalloz), Paris, 2003, réimpr. 1920-1922).

⁷⁸ *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, Op. cit., p. 79.

⁷⁹ E. Maulin, « Préface », Op. cit., p. 4.

⁸⁰ Selon lequel « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».

⁸¹ « Il existe plusieurs concepts de souveraineté, désignés en français par un seul et même terme. L'un d'eux est spécialement affecté par les mécanismes de production des normes dans la sphère internationale. C'est la souveraineté comme principe d'imputation, qui n'est pas toujours suffisamment distingué des autres ». M. Troper, « La souveraineté, inaliénable et imprescriptible », Op. cit., p. 92.

consentis à l'occasion de la ratification de certains engagements européens⁸² ont conduit à réexaminer l'étendue de cet ensemble et à s'interroger sur la possibilité d'une mutation corrélative de la souveraineté⁸³. Il est question, d'autre part, de revoir l'acception organique de la souveraineté. Il s'agit de savoir quel organe exerce la souveraineté en tant que faisceau de compétences. En effet, l'exercice partagé de la souveraineté (*pooled sovereignty*) multiplie, disperse et dilue ses titulaires. Ce phénomène affaiblit la pertinence d'une acception organique de la souveraineté⁸⁴. Il porte par conséquent atteinte à un principe considéré comme inhérent à la définition classique de la souveraineté : son caractère un et indivisible⁸⁵. Ainsi, les transformations des deux premières acceptions de la souveraineté peuvent conduire à la disparition de sa conception formelle - la souveraineté comme puissance publique suprême et pleinement indépendante.

21. Cette analyse nous met face à l'un des nombreux paradoxes qui jalonnent toute étude au sujet de la souveraineté : les engagements en vertu desquels l'Etat accepte de se lier sur le plan extra-national⁸⁶ peuvent-ils constituer des actes adoptés souverainement par l'Etat et, en même temps, conduire à la disparition de la souveraineté ? Autrement dit, l'exercice de la souveraineté externe peut-il conduire à la disparition de la souveraineté interne ? Il faut donc s'intéresser à l'acception internationale de la souveraineté pour éclairer les rapports qu'elle peut entretenir avec sa dimension interne.

⁸² Le traité de Paris (1951), le traité de Rome (1957), le protocole n°6 additionnel à la Convention EDH (1985), l'Acte unique (1986), le traité de Maastricht (1992), le traité de Lisbonne (2007). Cf. *infra*. Partie 2, Titre 2, Chap. 2.

⁸³ Lors de l'examen du protocole n°6 additionnel à la Convention EDH, le rapporteur Paul Legatte retient une définition substantielle-concrète de la souveraineté comme un faisceau de compétences et se demande si le retrait d'un «chevron» de ce dernier a pour effet «*de transformer la nature de la souveraineté nationale*». Sept ans plus tard, à l'occasion de la ratification du traité de Maastricht, 60 parlementaires saisissent le Conseil constitutionnel en adoptant la même conception de la souveraineté. Leur questionnement est le suivant : «*si la souveraineté n'est plus qu'une « addition de compétences » (selon un auteur qui dit cependant par ailleurs que la souveraineté est un « bloc » inaltérable, F. Luchaire, RDP, 1992, p. 606) et si on peut lui ôter successivement des compétences comme des feuilles à un artichaut, à partir de quel moment ou de quel degré la «souveraineté-artichaut» verra-t-elle son cœur atteint ?*».

⁸⁴ Ainsi que le note Guillaume Bacot, «*il ne suffit pas de dire, comme on le fait trop souvent, que ni la théorie de la souveraineté du peuple ni celle de la souveraineté nationale ne permettent d'expliquer convenablement les institutions actuelles de la France. Il faut savoir aussi par quoi les remplacer, savoir qui est alors le souverain, ou même éventuellement se demander si ce n'est pas jusqu'à l'idée de souveraineté qui doit être abandonnée*». Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale, Ed. du CNRS, Paris, 1985, p. 8-9.

⁸⁵ M. Troper, «Chapitre II. La souveraineté, inaliénable et imprescriptible», *Op. cit.*, p. 78.

⁸⁶ Nous emploierons ce terme pour qualifier les phénomènes qui dépassent le cadre étatique, qu'ils s'agissent de phénomènes supranationaux ou internationaux.

II. La dimension externe de la souveraineté ou la «souveraineté-liberté»

22. S'intéresser à la dimension externe de la souveraineté implique, en principe, de passer d'une analyse constitutionnelle à une analyse internationale de l'Etat. Cependant, la catégorisation fournie par Carré de Malberg peut servir de point de départ. Plus particulièrement, comme le montre Jean Combacau, c'est la première définition de la souveraineté, « *le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante* », c'est-à-dire la souveraineté comme qualité de la puissance étatique, qui est mobilisée en droit international. Dans cette acception, la souveraineté présente deux visages car elle se place à l'intersection entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international⁸⁷. Vis-à-vis du premier, la souveraineté « *désigne une puissance suprême prise dans son aspect positif, comportant le pouvoir de briser la résistance des sujets et des rivaux potentiels* ». Au regard du second, « *on dit de l'Etat qu'il est souverain après avoir recherché hors de lui au-dessus de lui une autorité légale et n'en avoir pas trouvé* ». C'est ainsi que l'Etat est réputé être souverain sur le plan international « *s'il n'est l'assujetti d'aucun sujet* »⁸⁸.

23. Partant, la souveraineté internationale de l'Etat ne peut pas s'analyser à la lumière de sa définition substantielle, c'est-à-dire comme un faisceau de compétences. Elle doit être conçue comme une liberté, de nature non pas matérielle mais juridique. Jean Combacau explique cette idée en partant d'une fiction classique dans la philosophie politique, celle du passage de l'état de nature à l'état civil (ou état de société). Au commencement, les individus coexistent dans une individualité solitaire. Leurs comportements ne sont pas « réglés » à proprement parler mais « *décidés par chacun au cas par cas en considération de ses intérêts et en pure opportunité* »⁸⁹. L'état de nature est donc un état à la fois d'anarchie (il n'existe pas de pouvoir centralisé⁹⁰) et d'anomie (il n'y a pas de règles collectives). Aussi, la sortie de l'état de nature doit permettre de passer de l'anomie à

⁸⁷ J. Combacau, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », *Pouvoirs*, n°67, nov. 1993, p. 49.

⁸⁸ *Ibid*, p. 50.

⁸⁹ *Ibid*, p. 51.

⁹⁰ Comme l'indique D. Grimm, à partir de 1648 et des Traités de Westphalie, « *le fait que les Etats souverains sont les sujets du droit international public exclut l'existence aussi bien d'une instance de règlement des conflits que d'un organe chargé d'élaborer les règles de droit international public applicable aux Etats et qui, l'un comme l'autre, leur sont supérieurs. Leur existence aurait sonné la fin de la souveraineté des Etats* ». D. Grimm, « La souveraineté », *Op. cit.*, p. 585-586.

l'autonomie⁹¹, de l'absence de conduites réglées à la mise sur pied d'un « *mode légal de régulation des comportements* »⁹². Le droit international peut donc être conçu comme la somme, pour chaque Etat, des « *limitations de sa liberté légale primitive* »⁹³. Celles-ci sont inévitables dès lors que l'Etat « *ne peut obtenir des autres qu'ils règlent leur conduite envers lui qu'en acceptant de régler sa conduite envers eux* »⁹⁴. Mais elles sont toujours acceptées : la société internationale est une société d'égaux. Cela rend possible le paradoxe du « *souverain obéissant* »⁹⁵ et permet de comprendre l'auto-liaison de l'Etat sur le plan extra-national⁹⁶ comme une expression, et non pas une remise en cause, de sa souveraineté. Comme l'affirme Olivier Beaud, « *l'Etat qui recourt à la forme conventionnelle apparaît sous le visage non plus de l'Etat commandant mais de l'Etat contractant. On a pu même écrire en droit international public que la conclusion de traités par l'Etat était « l'expression même de sa souveraineté » et non pas une aliénation de la souveraineté* »⁹⁷. C'est pour cela que, selon une jurisprudence ancienne, « *les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument pas* »⁹⁸. Dans ce contexte, « *la validité des stipulations et des promesses ne dépend à peu près jamais de la licéité de ce qui est promis et stipulé mais de la régularité formelle des actes qui les incorporent, c'est-à-dire pratiquement de la réalité du consentement de celui qui promet* »⁹⁹.

24. En creux des engagements internationaux de chaque Etat, se dessine « *l'enceinte de sa liberté résiduelle* », qui comprend les « affaires intérieures » ne pouvant pas légalement faire l'objet d'ingérences extra-nationales¹⁰⁰. Toutefois, cela correspond non plus à la souveraineté internationale mais à la souveraineté interne. Porté à son paroxysme, ce modèle qui sépare de manière étanche l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international conduit à ce que le

⁹¹ Il faut comprendre ce terme comme décrivant l'adoption d'une normativité (-*nomie*) qui provient de l'action de l'individu sur lui-même (*auto-*). Ainsi, l'autonomie est le fait pour un individu de se donner des règles à lui-même. Elle s'oppose à l'hétéronomie (cf. le concept de « Constitution hétéronome », *infra*. Partie 2, Titre 1, Chap. 1).

⁹² J. Combacau, « *Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat* », *Op. cit.*, p. 51.

⁹³ *Ibid.*, p. 52.

⁹⁴ *Idem.*

⁹⁵ Comme l'indique J. Combacau, le souverain « *autolimité par des règles qu'il a consenti à tenir pour obligatoires à son égard, n'obéit qu'à lui-même en s'y conformant* ». *Idem.* p. 51.

⁹⁶ Ce principe d'auto-liaison est exprimé par le principe général du droit international « *pacta sunt servanda* ».

⁹⁷ *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 101.

⁹⁸ Affaire du « Lotus », fond, arrêt CPIJ, Recueil 1927, série A, n°10, p. 18.

⁹⁹ *Idem.*

¹⁰⁰ Cf. Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt CIJ Recueil 1986, p. 14.

professeur britannique William Twining appelle « *le modèle de la boîte noire* »¹⁰¹. Michel Villey forge la métaphore des deux sphères¹⁰², qui fonde les théories dualistes du droit international. Cette image évoque en effet la « *distinction irréductible entre la sphère des relations intra-étatiques qui délimite l'ordre interne et est régie par le droit interne étatique et la sphère des relations inter-étatiques, qui définit l'ordre international et est régie par le droit international public* »¹⁰³.

25. En définitive, la souveraineté internationale doit être comprise comme une liberté au profit de l'Etat, à la fois pour ce qu'elle désigne (la faculté de tout Etat de s'engager librement sur le plan international) que pour ce qu'elle implique (l'absence d'hétéronomie et, donc, l'existence d'un certain degré d'étanchéité entre la sphère interne et la sphère externe). Or ce sont précisément les implications du principe de souveraineté internationale qui sont aujourd'hui remises en cause. Selon Olivier de Frouville, « *chercher à décrire le droit international d'aujourd'hui avec le langage de la souveraineté revient à essayer de décrire internet avec les concepts que l'on utilisait à l'époque de l'imprimerie, ou à expliquer la physique des particules sans la mécanique quantique, en appliquant les principes de la physique traditionnelle* »¹⁰⁴. Le principe de souveraineté serait donc, selon cette perspective, un objet conceptuel totalement obsolète. L'intérêt de la présente étude réside, en partie, dans la volonté de rechercher une voie alternative pour envisager cette question. Celle-ci consiste à s'interroger sur la fonction du principe de souveraineté telle qu'elle peut être déduite de ses usages.

§2. Intérêt de l'étude

26. L'intérêt de notre étude repose, tout d'abord, sur l'approche retenue. Celle-ci vise à éclairer les controverses contemporaines sur la souveraineté à travers une étude de ses usages. Cette approche n'est pas nouvelle, même si elle n'a jamais été adoptée pour étudier le principe de souveraineté. Michel Troper, par exemple, s'intéresse à l'usage du principe de séparation des pouvoirs. Selon cet auteur, le contenu de ce principe n'est pas déterminé par la théorie générale de l'Etat pour être

¹⁰¹ Cf. W. Twining, *Globalisation and Legal Theory*, Buttersworths, Londres, 2000. Comme l'explique le professeur finnois K. Tuori, « *les États souverains sont supposés se considérer les uns les autres comme étant des « boîtes noires »* » (« Vers une théorie du droit transnational », *RIDE*, 2013/1-2 (2021-2022), p. 9).

¹⁰² F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF (Coll. Droit fondamental), Paris, 15e éd., 2021, p. 22.

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ O. de Frouville, « Le changement en droit international public : la souveraineté est-elle toujours au fondement du droit international ? », in *Revue de droit d'Assas*, n°10, février 2015, p. 200.

ensuite mobilisé par les interprètes de la Constitution (juge constitutionnel, chef d'Etat, Parlement, etc.). Au contraire, ce sont ces derniers, tout particulièrement les juges constitutionnels, qui établissent le contenu de ce principe pour satisfaire à des besoins pratiques (justifier leur argumentation)¹⁰⁵. Plus récemment, Danielle Rojas a étudié la notion d'identité constitutionnelle en s'intéressant également à ses usages. Elle considère à ce titre que « *l'utilisation concrète d'une notion en dit davantage sur son effet, sa portée et son évolution qu'une approche théorique axée sur le sens* »¹⁰⁶.

Nous adoptons cette approche car, à notre avis, la résolution des controverses contemporaines sur la souveraineté ne passe pas par un questionnement de type ontologique¹⁰⁷ (quelle est la véritable essence de la souveraineté ?) suivi d'une analyse du droit positif (pour rechercher si cette « essence de la souveraineté » peut y être décelée). Nous sommes d'avis que le questionnement ontologique à propos de la souveraineté est, en réalité, inextricable car la souveraineté ne présente pas une essence accessible à la connaissance. L'intérêt de notre étude est donc de replacer la controverse non plus sur le terrain de l'étude du droit positif mais sur celui de l'étude des systèmes théoriques. Cela nous permet de renouer avec la dimension politique, voire idéologique, de la souveraineté car « *derrière les questions de méthode se cachent toutefois aussi des questions politiques sur ce qu'est le droit et sa place dans la société* »¹⁰⁸. De notre point de vue, la confirmation de cette hypothèse permettrait de comprendre que les controverses autour de la souveraineté nous éclairent, non pas sur une possible « crise de l'Etat » en tant que réalité concrète ou juridique, mais sur une crise des théories du droit stato-nationales. Autrement dit, ce ne sont pas tant les signes d'un recul, voire du dépérissement, de l'Etat souverain qu'il faudrait rechercher mais les difficultés que rencontrent les théories juridiques fondées sur le principe de souveraineté pour produire un discours cohérent et convaincant sur l'état actuel du droit positif.

¹⁰⁵ M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ (Coll. Anthologie du droit), Paris, 2015 et, du même auteur, « À quoi sert la séparation des pouvoirs ? Le point de vue de la théorie du droit », *Titre VII*, n°3, oct. 2019 [En ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/a-quoi-sert-la-separation-des-pouvoirs-le-point-de-vue-de-la-theorie-du-droit>].

¹⁰⁶ D. Rojas (dir. A. Levade), *L'utilisation de la notion d'identité constitutionnelle. Recherche axée sur les acteurs de la mobilisation de l'identité constitutionnelle nationale dans l'Union européenne*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit public, Univ. Paris-Est, 2019, p. 43.

¹⁰⁷ Comme celui auquel répond O. Beaud dans sa *Puissance de l'Etat*.

¹⁰⁸ F. Audren, A.-S. Chambost et J.-L. Halpérin, *Histoires contemporaines du droit*, Op. cit., p. 131.

27. Le caractère proprement fondamental¹⁰⁹ de la souveraineté dans certaines théories volontaristes stato-nationales (I) met en lumière l'intérêt d'étudier le principe de souveraineté à travers ses usages (II).

I. Le caractère fondamental de la souveraineté dans certaines théories volontaristes stato-nationales

28. Pour les théories volontaristes, la validité de toute norme juridique provient nécessairement de ce qu'elle exprime une volonté humaine. De ce point de vue, la règle juridique doit être conçue comme un acte de volonté de nature humaine. Ainsi, le volontarisme se distingue donc très clairement du jusnaturalisme. Parmi les théories volontaristes, certaines font reposer leur cohérence interne sur le principe de souveraineté. Ainsi, pour ces dernières, le droit provient d'une volonté humaine qui ne peut être autre que la volonté du souverain. Les plus influentes sont celles qui se réclament du positivisme (A). Face à elles se trouve le décisionnisme (B).

A. Positivisme et souveraineté

29. Michel Troper distingue, à la suite de Norberto Bobbio, trois acceptions du terme de « positivisme ». Comme l'indique le professeur de Nanterre, « *par « positivisme » on désigne tantôt une certaine conception de la science du droit, tantôt une théorie du droit, tantôt une idéologie* »¹¹⁰.

En tant que conception de la science du droit, le positiviste adhère à l'idée selon laquelle « *il est possible de construire une science du droit véritable sur le modèle des sciences de la nature* »¹¹¹. Cette prise de position a, naturellement, plusieurs implications de nature épistémologique et méthodologique. Parmi celles-ci, se trouve la conception du droit comme un objet « posé » par les autorités politiques, « *à l'exclusion du droit naturel et de la morale* »¹¹². Comme l'indique Eric Maulin, « *le positivisme juridique comme définition du droit ne se contente pas de présenter le droit comme un droit en vigueur d'origine humaine mais il ajoute, d'une part, qu'il n'est de droit que statué ou posé et, d'autre part, que les formes dans lesquelles il est posé ou statué suffisent à établir*

¹⁰⁹ C'est-à-dire qui sert de fondement.

¹¹⁰ M. Troper, *La philosophie du droit*, PUF (Coll. QSJ?), Paris, 2014 (3e éd.), p. 19.

¹¹¹ *Idem*.

¹¹² *Ibid*, p. 20.

son caractère de droit »¹¹³. Le positivisme postule donc une conception formaliste du droit, selon laquelle le contenu de l'énoncé juridique n'est pas un critère de normativité. Il a, de ce point de vue, tendance à concevoir l'ordre juridique comme un « ordre des habilitations »¹¹⁴, ce qui implique que « le concept de droit ne peut être défini par référence à la morale, mais seulement par l'autorité de celui qui l'énonce ou par son efficacité »¹¹⁵. La théorie positiviste se concentre sur le droit tel qu'il existe (droit positif) et non pas sur le droit tel qu'il devrait exister (droit idéal ou naturel). Enfin, le positivisme juridique en tant qu'idéologie « se réduit, en dernière analyse, à affirmer que les lois valides doivent être obéies inconditionnellement, c'est-à-dire indépendamment de leur contenu, qu'il existe une obligation morale d'obéir aux lois valides »¹¹⁶. C'est ce que Bobbio appelle le « formalisme éthique », qui conduit à réduire la question éthique de la justice à celle - juridique - de la validité « dans la mesure où elle considère les lois comme justes pour la seule raison qu'elles sont valides »¹¹⁷. Ainsi, un juriste peut être positiviste au premier et au deuxième sens du terme tout en rejetant tout discours de nature idéologique, c'est-à-dire le positivisme au troisième sens.

30. C'est pour cela que les rapports entre le positivisme et le principe de souveraineté sont complexes. Le positivisme comme théorie du droit peut avoir tendance à rejeter l'étude du principe de souveraineté pour plusieurs raisons. La première réside dans le fait que, dans les systèmes juridiques libéraux, « c'est l'idée elle-même qui [...] paraît ne plus correspondre à un concept existant en droit positif »¹¹⁸. Autrement dit, la souveraineté entendue comme une puissance suprême et pleinement indépendante devrait être réservée à la description de régimes autoritaires, voire totalitaires¹¹⁹ car « appliquer la souveraineté à une organisation politique qui en est la négation, parce qu'elle abolit l'absolutisme et qu'elle se fonde sur une répartition des différentes branches du pouvoir entre plusieurs institutions, c'est marier une chose à son contraire »¹²⁰. Ces propos sont, naturellement, provocateurs et ignorent les mutations du principe de souveraineté à l'aune du

¹¹³ E. Maulin, « Positivisme », D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF (Coll. Quadrige), Paris, 2003, p. 1175.

¹¹⁴ *Idem*. Cf. en ce sens G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Dalloz (Nouvelle Bibliothèque de Thèses), Paris, 2006.

¹¹⁵ *Idem*.

¹¹⁶ N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, Bruylant-LGDJ, Paris, 1998, p. 44.

¹¹⁷ *Idem*.

¹¹⁸ M. Leroy, « Requiem pour la souveraineté, anachronisme pernicieux », *Op. cit.*, p. 91.

¹¹⁹ Un rapprochement est réalisé par ce même auteur entre « la vraie notion de souveraineté » et les « pires totalitarismes » (*Ibid*, p. 103).

¹²⁰ *Idem*.

constitutionnalisme libéral. Mais l'idée, moins polémique, selon laquelle la souveraineté devrait être exclue de l'analyse juridique dès lors qu'elle ne correspond pas à la réalité du droit positif semble plus largement partagée parmi les positivistes¹²¹. Ainsi que nous l'avons évoqué précédemment, l'étude de la souveraineté nous attire inévitablement vers « *l'au-delà du droit positif* », pour reprendre la formule d'Olivier Beaud¹²². En effet, « *le Souverain ne peut fonder son acte sur aucune autre norme de droit positif et prétend alors exercer la prérogative souveraine au nom d'un principe supérieur au droit positif* »¹²³. La souveraineté renvoie donc à « *un principe de légitimité* »¹²⁴, elle opère comme une charnière entre le pouvoir et le droit. Comme l'affirme Anne Peters, « *la souveraineté est essentiellement un concept borderline dans lequel la tension entre le droit et la politique est particulièrement manifeste* »¹²⁵. Cela étant, la définition du positivisme comme une idéologie postulant l'obligation de respecter les prescriptions du droit positif est tout à fait compatible avec le principe de souveraineté.

31. Les approches positivistes se sont développées dans différents pays et à différentes époques, sous l'influence du libéralisme des Lumières, de la philosophie comtienne ou de la sociologie, mais toujours contre les théories du droit naturel. Dès le début du XIX^e siècle¹²⁶, l'émergence du positivisme juridique anglo-saxon déclare la guerre aux « *fantômes métaphysiques* »¹²⁷ du jusnaturalisme légué par le XVIII^e siècle (incarné notamment par Blackstone¹²⁸ en Angleterre, héritier de Locke et de Montesquieu). Mais le positivisme britannique classique de Jeremy Bentham ou de John Austin ne se défait pas du concept de souveraineté pour autant¹²⁹. John Austin, par exemple, définit le droit positif comme l'ensemble de commandements émanant du souverain¹³⁰. Ce

¹²¹ V. A. Haquet, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, *Op. cit.*

¹²² *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 20.

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ *Idem.*

¹²⁵ A. Peters, « L'humanité, l' α et l' Ω de la souveraineté », *Op. cit.*, p. 111, note n°2.

¹²⁶ A travers les travaux de Jeremy Bentham et John Austin notamment.

¹²⁷ O. Jouanjan, « Histoire de la science du droit constitutionnel », *Op. cit.*, p. 75.

¹²⁸ Celui-ci bâtit sa science du droit sur la reconnaissance des droits naturels des individus. Ainsi « *aucune loi humaine n'est valide si elle est contraire [à la loi de la nature], et celles d'entre elles qui sont valides dérivent toute leur force et toute leur autorité immédiatement ou médiatement de cette origine* ». Cité par *Ibid*, p. 74.

¹²⁹ F. Audren, A.-S. Chambost, J.-L. Halpérin, *Histoires contemporaines du droit*, *Op. cit.*, p. 125.

¹³⁰ V. O. Jouanjan, « Histoire de la science du droit constitutionnel », *Op. cit.*, p. 75.

dernier est caractérisé en termes empiriques¹³¹, comme « *un supérieur humain déterminé qui n'a pas l'habitude d'obéir à un supérieur et à qui le plus grand nombre, dans une société donnée, a l'habitude d'obéir* »¹³². Selon Guillaume Tusseau, cependant, Jeremy Bentham ne considère pas que l'unicité et la compétence normative illimitée soient des caractéristiques ontologiques du souverain¹³³. Le célèbre constitutionnaliste Albert Venn Dicey, continuateur des premiers positivistes critiques de Blackstone, contribue à installer deux piliers épistémologiques pour sa discipline : la distinction entre l'étude du droit constitutionnel d'une part et l'élaboration d'une politique constitutionnelle d'autre part. Il considère à cet égard que la tâche du juriste se cantonne à l'analyse du droit constitutionnel comme un « *judge-made law* »¹³⁴, un droit essentiellement « *appliqué par une cour de justice ou fondé à être appliqué par elle* »¹³⁵. Mais A. V. Dicey ne congédie pas pour autant le concept de souveraineté. Ce dernier lui permet d'expliquer la suprématie juridique du parlement (*The sovereignty of Parliament*) ainsi que les conventions de la Constitution en tant que « *code de moralité constitutionnelle qui tient le souverain légal - le Parlement - dans les limites de la volonté du souverain politique* »¹³⁶.

¹³¹ Cf. G. Tusseau, « Les contraintes intellectuelles de la construction des notions juridiques. L'exemple du concept de pouvoir chez Jeremy Bentham et John Austin », in G. Tusseau (sous la dir. de), *Les notions juridiques*, Economica (Coll. Etudes juridiques), Paris, 2009, p. 72.

¹³² Ch. Béal, « Introduction », in Ch. Béal (textes réunis par), *Philosophie du droit. Normes, validité et interprétation*, Op. cit., p. 9.

¹³³ G. Tusseau, « Les contraintes intellectuelles de la construction des notions juridiques. L'exemple du concept de pouvoir chez Jeremy Bentham et John Austin », Op. cit., p. 75.

¹³⁴ « *Our constitution, in short, is a judge-made constitution, and it bears on its face all the features, good and bad, of judge-made law* » [« *notre constitution, en bref, est une constitution faite par les juges, et elle porte en elle-même toutes les caractéristiques, bonnes et mauvaises, du droit fait par les juges* »]. Cité par O. Jouanjan, « Histoire de la science du droit constitutionnel », Op. cit., p. 84.

¹³⁵ *Idem*.

¹³⁶ *Ibid*, p. 85.

32. En Allemagne, où dominait, dès le début du XIX^e siècle, l'organicisme juridique sous différentes formes, dont notamment l'influente Ecole historique du droit¹³⁷, le positivisme prend racine à partir des années 1860. Il se développe outre-Rhin tout au long de la fin du siècle, d'abord sous la plume de Carl Friedrich von Gerber et de Paul Laband, pour devenir, sous l'empire wilhelmien, l'orientation doctrinale dominante¹³⁸. Le positiviste juridique allemand est tout d'abord incarné par la doctrine de l'*Isolierung* (littéralement doctrine de l'« isolement ») dont le plus éminent représentant avant la fondation du deuxième *Reich* est Gerber. Ainsi que l'indique O. Beaud, l'*Isolierung* « fonde désormais le champ de la discipline du droit public sur la méthode purement juridique qui exclut tout ce qui concerne l'histoire (réaction face à l'historicisme) et les sciences sociales (conservatisme social). En outre, le droit public, qui est désormais conçu comme un droit purement positif d'un Etat donné, exclut que le droit soit formé autrement que par la volonté des autorités politiques »¹³⁹.

33. Le principe premier du droit constitutionnel est, dans le cadre du positivisme de Gerber et de Laband, la volonté dominatrice de l'Etat, ou *Herrschaft*. Pour Laband la domination apparaît

¹³⁷ L'Ecole historique repose sur une conception organiciste (c'est-à-dire non étatiste) et idéaliste (c'est-à-dire non positiviste) du droit. Elle conçoit ce dernier comme un système juridique, c'est-à-dire « un système vivant fondé sur des relations de réciprocité entre le tout et ses parties », dont le « siège véritable » n'est « ni la nature objective du droit naturel classique, ni la raison abstraite du droit naturel moderne » mais la conscience du peuple allemand. Pour l'Ecole historique, comme le résume O. Jouanjan, « le droit [...] n'est pas autre chose que l'histoire de la conscience juridique de soi d'un peuple » (O. Jouanjan, « Présentation. L'esprit de l'Ecole historique du droit », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, Nouvelle série, n°7, 2004, p. 7). Ainsi, pour l'Ecole historique du droit, le juriste doit évacuer de lui-même ce qui correspond à sa propre conscience individuelle afin de « préparer ainsi l'esprit à accueillir les contenus d'une conscience plus haute et plus vaste ». Il s'agit pour le juriste de devenir un « juriste organique », capable de porter « non pas ses volontés et désirs individuels et séparés mais la volonté obscure d'un Tout qui le dépasse ». Ce « Tout » est la conscience du peuple allemand. Le juriste est conduit à « reconstruire la pensée inhérente à la loi » pour la rendre « vivante » et accessible à la « claire conscience populaire ». En définitive, dans un geste contre l'hégémonie napoléonienne, l'Ecole historique du droit allemande entend « rénover, voire purifier, la science juridique à partir d'une démarche historique permettant de pénétrer au plus profond de l'âme nationale du droit, véritable organisme vivant ». L'Ecole historique est donc marquée indubitablement par un caractère nationaliste qui ne conçoit le droit que comme l'expression de la conscience nationale allemande. Elle exprime une conception de consubstantialité entre les règles juridiques et l'esprit du peuple, tout comme le marxisme peut considérer le droit dans un rapport d'hétéronomie à l'égard du mode de production.

¹³⁸ Qu'elle fût dominante ne signifie évidemment pas que ce fût la seule orientation doctrinale dans le paysage extrêmement riche de la doctrine juridique publiciste allemande de cette fin de XIX^e siècle. Cela ne signifie pas non plus qu'elle ne fût pas l'objet de critiques nourries dès les années 1860 de la part d'Otto von Gierke et même de la part d'auteurs qui s'inscrivent dans la lignée positiviste de Gerber et Laband (notamment Jellinek, comme nous le préciserons ultérieurement). V. à ce titre O. Jouanjan, « Carl-Friedrich Gerber et la constitution d'une science du droit public allemand », in O. Beaud et P. Wachsmann (sous la dir. de), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1970 à 1918*, Presses Universitaires de Strasbourg (Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg), Nouvelle série n°1, 1997, p. 13-14.

¹³⁹ « Préface. Carl Schmitt ou le juriste engagé », in C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF (coll. Quadrige), Paris, 1993, p. 69.

comme l'élément essentiel de l'Etat¹⁴⁰. Le concept de domination est entendu comme « *le droit d'ordonner aux personnes libres (et à leurs unions) des actions, des abstentions et des prestations et de les contraindre à les exécuter* »¹⁴¹. Ainsi, la référence à l'Ecole Gerber-Laband est incontournable dans une étude qui s'intéresse à la fonction du principe de souveraineté dans la science du droit constitutionnel¹⁴². Son ontologie juridique peut se résumer avec le mot de Seydel :

« *il n'y a pas de droit sans le souverain, au dessus du souverain ou à côté du souverain, il n'y a de droit que par le souverain* »¹⁴³. De grands maîtres français de « l'âge d'or » de la doctrine constitutionnelle¹⁴⁴, comme Adhémar Esmein et Raymond Carré de Malberg¹⁴⁵, en subissent l'influence, tout en arrivant à des conclusions qui s'opposent à celles auxquelles parvinrent les positivistes allemands. Hans Kelsen, le juriste le plus influent du XXe siècle, est également tributaire de Gerber, Laband et Jellinek dans une certaine mesure.

B. Décisionnisme et souveraineté

34. Face à la consolidation du positivisme juridique, une réaction s'organise, dont l'auteur le plus emblématique est le juriste allemand Carl Schmitt, professeur à l'Université de Berlin à partir de 1933. Celui-ci critique la dimension trop formaliste et « purificatrice »¹⁴⁶ des tenants de la ligne positiviste. Il considère qu'une telle approche est intrinsèquement incompatible avec un objet pétri de politique comme le droit constitutionnel. Ainsi, Carl Schmitt devient, parmi d'autres intellectuels tels Joseph de Maistre, Louis de Bonald ou Juan Donoso Cortes¹⁴⁷, une figure majeure de la « Révolution conservatrice » qui, dès le triomphe de la Révolution française, s'organisa comme une

¹⁴⁰ Dans la doctrine labandienne, « *la caractéristique de l'Etat est bien le droit propre de domination, c'est-à-dire la domination elle-même en tant qu'exercée à titre de droit propre* ». R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 153.

¹⁴¹ Cité par P.-M. Gaudemet, « Paul Laband et la doctrine française », *RDP*, 1989, p. 971.

¹⁴² Nous approfondirons cette question ultérieurement (cf. *infra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 2, Sect. 1).

¹⁴³ Cité par *Idem.*, p. 969.

¹⁴⁴ Il est possible de considérer que, de la même façon que la science du droit administratif connut un « âge d'or » à partir des années 1860 et jusque dans les années 1820 (V. J. J. Bienvenu, « Les origines et de développement de la doctrine », *LRA*, 50e Année, 1997, p. 13 et s), la science du droit constitutionnel vécut une période de formation puis de consolidation extrêmement féconde à partir du moment où le cours de droit constitutionnel est entré dans le programme de la Licence de droit, en 1889.

¹⁴⁵ « *Ne lui fallait-il pas se placer sur le même terrain que Laband pour le réfuter?* », comme le note justement Paul-Marie Gaudemet (P.-M. Gaudemet, « Paul Laband et la doctrine française », *Op. cit.*, p. 968).

¹⁴⁶ O. Jouanjan, « Histoire de la science du droit constitutionnel », *Op. cit.*, p. 94.

¹⁴⁷ Auquel Schmitt consacra un essai publié en 1944.

réaction contre la modernité libérale¹⁴⁸ et, plus tard, contre le positivisme juridique. Ce dernier impose, comme nous l'avons vu, une distinction et un éloignement entre l'étude du droit positif, désormais identifié au droit étatique, et les disciplines plus réflexives comme l'histoire des idées, la philosophie politique, la philosophie morale et la science politique¹⁴⁹. En réaction, Schmitt sature le droit constitutionnel de politique¹⁵⁰ en bâtissant une théorie constitutionnelle fortement influencée par la pensée juridico-théologique.

35. Carl Schmitt conçoit la Constitution moins comme une règle qui se borne à « *organiser juridiquement les rapports entre les pouvoirs publics entre eux et entre ceux-ci et les individus* » - autrement dit comme « *le règlement intérieur de l'organisation dénommée « Etat »* »¹⁵¹ -, que comme « *le régime politico-social du pays* », « *l'expression d'une harmonie entre l'Etat et les membres de la communauté politique* »¹⁵². Ainsi, dans le cadre de la pensée schmittienne, la réalité politique prime les dispositions juridiques écrites. La validité de celui-ci dépend en effet de sa conformation à celle-là : l'effectivité détermine la validité. En ce sens, le professeur de Berlin se présente comme l'héritier d'un courant réaliste qui part de Montesquieu et passe par Hegel¹⁵³. Le second « *pôle* »¹⁵⁴ de sa pensée est le décisionnisme, dont il développe les fondements théoriques à partir d'une conception particulière du principe de souveraineté.

36. En effet, Carl Schmitt, grand lecteur de Jean Bodin, accorde une place fondamentale dans son œuvre doctrinale au principe de souveraineté. Sa célèbre formule « *est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle* »¹⁵⁵ pose le premier jalon dans l'affirmation de sa doctrine décisionniste.

¹⁴⁸ Marqué par le pessimisme anthropologique à la manière d'un Thomas Hobbes, Carl Schmitt estime que « *les théories de l'homme bon ont tendance précisément à nier le politique au sens où il l'entend, alors que toutes les grandes théories politiques se nourrissent au contraire d'une conception foncièrement négative, problématique, de la nature humaine* ». J.-L. Schlegel, « Introduction », in C. Schmitt, *Théologie politique*, Gallimard (Coll. Bibliothèque des sciences humaines), Paris, 1988, p. X.

¹⁴⁹ O. Beaud, « Préface. Carl Schmitt ou le juriste engagé », *Op. cit.*, p. 70-71.

¹⁵⁰ O. Jouanjan, « Histoire de la science du droit constitutionnel », *Op. cit.*, p. 100. Comme le remarque Olivier Beaud, « *le projet schmittien vise à unir de nouveau le droit constitutionnel au « politique » et à l'Etat* » (O. Beaud, « Préface. Carl Schmitt ou le juriste engagé », *Op. cit.*, p. 75).

¹⁵¹ *Ibid*, p. 80.

¹⁵² *Idem*.

¹⁵³ Notamment le jeune Hegel de *La Constitution de l'Allemagne* (1802), où le philosophe plaide, tel le « *Machiavel de l'Allemagne bismarckienne* » (Kostas Papaioannou, cité par O. Beaud, *Ibid*, p. 83, note 386), pour la mise sur pied d'un véritable Etat allemand.

¹⁵⁴ *Ibid*, p. 82.

¹⁵⁵ C. Schmitt, *Théologie politique*, *Op. cit.*, p. 15.

Cette appréciation découle d'une interprétation des *Six Livres de la République* de Jean Bodin. Selon Schmitt, l'apport majeur du juriste angevin aurait été d'avoir compris que la véritable « marque de souveraineté » réside, au-delà de « *la puissance de donner loi à tous en général, et à chacun en particulier* », dans la faculté du souverain de se délier des lois et de ses promesses en cas d'urgente nécessité¹⁵⁶. C'est la consécration de l'adage latin : « *necessitas legem non habet* ». En somme, si les positivistes estiment qu'« est souverain celui qui dispose de la compétence de sa compétence », Schmitt complète cette idée en affirmant que le souverain est celui qui doit être compétent « *pour le cas où aucune compétence n'est prévue* », lorsque « *l'ordre juridique ne donne aucune réponse à la question de la compétence* »¹⁵⁷. Autrement dit : le souverain se dévoile lorsque se présente l'« *extremus necessitatis casus* »¹⁵⁸.

37. C'est ainsi que la compétence emblématique du souverain est de décider en dernier ressort, en cas de crise, d'urgence ou de conflit au sein de l'Etat, « *ce que sont l'ordre et la sûreté publics, à quel moment ils sont mis en cause, etc.* »¹⁵⁹. Il pourra, le cas échéant, « *modifier les lois et même les abroger totalement, selon l'exigence des cas, des temps et des personnes* »¹⁶⁰. Prenant cette analyse de la pensée bodinienne comme point de départ, Schmitt va plus loin encore. Il postule que, dès lors que le souverain est celui qui décide de la situation exceptionnelle, c'est-à-dire d'une situation par définition anormale, il décide également, en creux, de la situation normale. Partant, « *le souverain établit et garantit l'ensemble de la situation dans sa totalité* »¹⁶¹. L'étude de la situation exceptionnelle a donc une vertu heuristique plus large : celle de jeter une lumière crue sur la situation normale¹⁶². Schmitt théorise ainsi la permanence de la décision politique dans le domaine du droit. Par conséquent, le professeur de Berlin conclut que « *tout ordre repose sur une décision* »¹⁶³, y compris l'ordre juridique. Il radicalise la pensée de Bodin en ne conservant de ce

¹⁵⁶ « Bodin dit généralement que, face aux instances inférieures et au peuple, le prince est engagé aussi longtemps que l'accomplissement de sa promesse correspond à l'intérêt du peuple, mais qu'il n'est plus lié «si la nécessité est urgente» ». C. Schmitt, *Théologie politique*, Op. cit., p. 18.

¹⁵⁷ *Ibid*, p. 15.

¹⁵⁸ *Ibid*, p. 20

¹⁵⁹ *Ibid*, p. 20

¹⁶⁰ *Ibid*, p. 19.

¹⁶¹ *Ibid*, p. 23.

¹⁶² Carl Schmitt affirme cela à l'aide d'une formule paradoxale dont il a le secret : « *l'exception est plus intéressante que le cas normal. Le cas normal ne prouve rien, l'exception prouve tout ; elle ne fait pas que confirmer la règle : en réalité la règle ne vit que par l'exception* ». *Ibid*, p. 25.

¹⁶³ *Ibid*, p. 20.

dernier que l'introduction de « *la décision au cœur de la notion de souveraineté* »¹⁶⁴, selon son propre mot.

38. Par conséquent, pour le décisionnisme comme pour le positivisme¹⁶⁵, la souveraineté apparaît comme un principe nodal. C'est à partir de la souveraineté qu'il est possible de définir la norme juridique et de penser le rapport entre le pouvoir et le droit. Cependant, les positivistes cantonnent drastiquement l'analyse de la souveraineté à une fonction propédeutique. C'est pour cette raison que la souveraineté est, le plus souvent, définie et étudiée dans le cadre de la théorie générale de l'Etat, conçue comme une étape préliminaire à l'étude du droit public positif, seul véritable objet possible d'une théorie positiviste du droit public. Au contraire, l'ensemble de l'édifice intellectuel et théorique schmittien repose sur une conception de la souveraineté qui dépasse l'étroitesse - ou la rigueur, selon le point de vue - de cette approche. L'ordre des facteurs est inversé : si pour les positivistes, l'étude de la souveraineté et de l'Etat a pour fonction d'éclairer l'étude du droit - elle est mise *au service* de l'analyse juridique -, pour les décisionnistes l'étude du droit révèle, en creux, la nature et la portée de la souveraineté, véritable noyau du fait politique et juridique. Face à une telle richesse des usages de la souveraineté, il nous semble intéressant d'approfondir leur étude.

II. L'intérêt d'étudier le principe de souveraineté à travers ses usages

39. La souveraineté a été intensément investie par la pensée juridique. Sa nature doit donc être interrogée : appartient-elle à la catégorie des idées, des notions, des concepts ou des principes ? Selon Xavier Bioy, auteur d'une étude au sujet de la distinction entre les catégories de concept et de notion, « *concept et notion renvoient à l'idée que l'on se fait de quelque chose mais sur bien des questions, le concept de concept semble désigner le niveau d'abstraction le plus élevé* »¹⁶⁶. Alors que la notion serait une « *connaissance élémentaire* », un « *a priori* », une « *connaissance intuitive précédant l'expérience* »¹⁶⁷, le concept serait un « *mode de représentation universel, médiate et inférentiel du rapport à l'objet de connaissance* »¹⁶⁸. C'est ainsi que « *la notion relèverait*

¹⁶⁴ *Ibid*, p. 18.

¹⁶⁵ A l'exclusion des approches sociologiques, qui se veulent également «positivistes» mais dans un sens différent du terme.

¹⁶⁶ X. Bioy, «Notions et concepts en droit. Interrogation sur l'intérêt d'une distinction», in G. Tusseau (sous la dir. de), *Les notions juridiques*, *Op. cit.*, p. 23.

¹⁶⁷ *Idem*.

¹⁶⁸ *Idem*.

davantage de l'objet à connaître par le concept »¹⁶⁹. Partant, « le concept se distinguerait fondamentalement de la notion en ce qu'il ne se confond pas avec l'empirique »¹⁷⁰. Cela rejoint la distinction kantienne des deux modes de connaissance : l'intuition (ou connaissance intuitive) et la connaissance par concepts (ou connaissance conceptuelle)¹⁷¹. Véronique Champeil-Desplats confirme cette distinction en estimant que « chez les juristes, le concept a longtemps été conçu - et le reste encore parfois - comme un instrument intellectuel permettant d'effectuer un aller-retour entre la réalité juridique et l'essence des choses ou des idées »¹⁷². Le concept serait ainsi réputé exprimer « des vérités ontologiques »¹⁷³.

40. Appliquée à l'activité du juriste, la distinction entre concept et notion signifierait que « au-delà du premier niveau d'abstraction qu'est la norme par rapport au réel « sensible », aux faits, un deuxième saut de la réflexion s'avère nécessaire pour qui veut saisir les concepts juridiques »¹⁷⁴. Cependant, la nature particulière du droit comme un discours pouvant être soit normatif (droit positif), soit descriptif (doctrine ou théorie) conduit à « brouiller la distinction et la rendre plus fluide »¹⁷⁵. En effet, l'objet de l'analyse du juriste, c'est-à-dire les règles et les principes posés par les autorités normatives, est lui-même formé à partir de concepts¹⁷⁶. Cela fait dire à Xavier Bioy que « les juristes utilisent un terme tantôt comme notion, tantôt comme concept, passant toujours d'un discours pratique, normatif et créateur à un discours descriptif de cette norme »¹⁷⁷. La distinction entre les notions et les concepts a néanmoins plusieurs utilités pour le juriste. Du point de vue d'une approche « conceptualisée », le juriste pourrait dégager, à partir de chaque notion, le concept « qui n'existe pas en soi »¹⁷⁸. Cela lui permettrait de ne « pas rester au niveau de la notion, adhérant parfois trop à un droit positif difficile à appréhender comme tout cohérent » et de rechercher « un

¹⁶⁹ *Idem*.

¹⁷⁰ *Ibid*, p. 32.

¹⁷¹ *Ibid*, p. 35.

¹⁷² V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz (Coll. Méthodes du droit), Paris, 2014, p. 321.

¹⁷³ *Idem*.

¹⁷⁴ X. Bioy, « Notions et concepts en droit. Interrogation sur l'intérêt d'une distinction », *Op. cit.*, p. 49.

¹⁷⁵ *Ibid*, p. 23.

¹⁷⁶ « lorsque la norme est posée par les acteurs du droit, elle utilise des formes a priori de la pensée, des termes servant à qualifier un ensemble de représentations tenues pour des faits, donc, peut-être des concepts ». *Ibid*, p. 23-24.

¹⁷⁷ *Ibid*, p. 24.

¹⁷⁸ *Ibid*, p. 45.

niveau d'abstraction utile à une théorie scientifique »¹⁷⁹. Les concepts peuvent être considérés, contrairement aux notions, comme des « *outils mentaux destinés à remplir une fonction spécifique, à rendre des services spécifiques à ceux qui en seront les utilisateurs* »¹⁸⁰. Ils correspondent, en ce sens, à la définition qui peut être déduite de leur étymologie¹⁸¹. Par ailleurs, cela permettrait de reconnaître à la théorie du droit une forme d'autonomie¹⁸², dans la mesure où elle produirait des concepts adaptés aux besoins particuliers des juristes¹⁸³.

41. Aussi, comme le montre Michel Troper, chaque système juridique produit ses propres concepts « *qui sont incommensurables à ceux d'un système différent* »¹⁸⁴. Il en conclut que « *l'on ne peut pas se servir des concepts juridiques pour étudier d'autres systèmes* »¹⁸⁵. Il serait ainsi nécessaire, afin de conduire une étude comparative ou historique, de « *présupposer un concept métajuridique* »¹⁸⁶. Michel Troper qualifie de « *métaconcept* » ces outils théoriques aptes à décrire des concepts appartenant à des systèmes juridiques ou des époques différents. Par exemple, « *le concept de personne ou de constitution employé par la théorie du droit doit permettre de rendre compte de systèmes dans lesquels existent non seulement l'institution de la personne ou de la constitution, mais le concept de personne ou de constitution, même s'ils ne sont pas désignés par les mêmes termes* »¹⁸⁷.

42. Cependant, la définition des concepts exposée plus haut (le concept comme « *moyen intellectuel de pénétration des choses* » selon la formule de François Gény¹⁸⁸) peut être complétée par une autre définition moins « *essentialiste* ». Il s'agit de concevoir les concepts comme « *un simple instrument d'abstraction et d'analyse de la réalité, une construction artificielle et contingente de l'esprit, un*

¹⁷⁹ *Ibid*, p. 47.

¹⁸⁰ P. Amselek, « La part de science dans les activités des juristes », *Droits*, 1997, Chron., p. 337. Cité par *Ibid*, p. 45.

¹⁸¹ Du latin « *cum capere* », soit « comprendre avec » ou « comprendre grâce à ».

¹⁸² X. Bioy, « Notions et concepts en droit. Interrogation sur l'intérêt d'une distinction », in G. Tusseau (sous la dir. de), *Les notions juridiques*, *Op. cit.*, p. 47.

¹⁸³ J.-M. Denquin défend la thèse de la spécificité des concepts juridiques (J.-M. Denquin, *Les Concepts juridiques. Comment le droit rencontre le monde*, Classiques Garnier (Coll. Bibl. de la pensée juridique), Paris, 2021).

¹⁸⁴ M. Troper, « Chapitre III. Les concepts juridiques et l'histoire », in M. Troper, *Le droit et la nécessité*, PUF (Coll. Léviathan), Paris, 2011, p. 260.

¹⁸⁵ *Ibid*, p. 262.

¹⁸⁶ *Idem*.

¹⁸⁷ *Ibid*, p. 266.

¹⁸⁸ Cité par V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *Op. cit.*, p. 321.

outil à des fins de connaissance et de démonstration »¹⁸⁹. Selon cette acception, « les concepts ne sont ni vrais ni faux. Ils proposent un découpage du monde plus ou moins fécond, complexe, adapté pour produire des raisonnements, des démonstrations, construire des théories »¹⁹⁰.

43. Or il s'avère, à notre avis, que la souveraineté correspond à cette dernière catégorie de concepts. Plus précisément, il ne s'agit pas d'un concept mais d'une pluralité de concepts. Nous avons, à ce titre, noté une relative indétermination de la souveraineté : sa définition est plurielle et ses usages peuvent conduire à fonder des positions théoriques extrêmement différentes, voire opposées. Comme le note le politologue Robert Jackson, « *la souveraineté, c'est comme les Lego : c'est une idée relativement simple, mais on peut construire presque n'importe quoi avec, que ce soit grand ou petit, tant que l'on respecte les règles* »¹⁹¹. Nous qualifions la souveraineté de « principe » car il nous apparaît comme étant, selon l'acception philosophique du mot dans le *Dictionnaire de la langue française*¹⁹², une « *vérité ou proposition primitive* »¹⁹³ des théories du droit qui épousent le prisme « stato-national ». C'est ainsi que, comme l'indique Xavier Magnon, la formulation juridique du concept de souveraineté dépend de la définition que l'on retient du droit¹⁹⁴.

44. Aussi, il nous semble que l'idée selon laquelle la souveraineté désignerait une puissance réelle, qu'elle puisse être constatable dans le domaine des faits ou dans celui du droit, provient d'une méprise sur sa nature et sa fonction dans les discours théoriques. De notre point de vue, la souveraineté ne correspond pas à une « réalité » mais à « *une qualité que le discours juridique*

¹⁸⁹ *Idem.*

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 322.

¹⁹¹ « *Sovereignty is like Lego : it is a relatively simple idea but you can build almost anything with it, large or small, as long as you follow the rules* ». R. Jackson, « Sovereignty in World Politics : a Glance at the Conceptual and Historical Landscape », in N. Walker (ed.), *Relocating Sovereignty*, Ashgate/Dartmouth, UK, 2006, p. 3.

¹⁹² *Le Littré*.

¹⁹³ « *Premiers principes, vérités ou propositions primitives* ».

¹⁹⁴ Selon le professeur Magnon, « *la formulation juridique d'un concept dépend évidemment de la définition que l'on retient du droit* ». X. Magnon, « La Constitution nationale dans un contexte européen intégré : quelles lectures de la souveraineté et de l'identité ? », *Op. cit.*, p. 270. Nous ne sommes néanmoins pas du même avis s'agissant de l'impossibilité d'une acception ou d'une caractérisation juridique du concept de souveraineté. Xavier Magnon estime à ce titre que « *la souveraineté est précisément un concept mobilisé par des disciplines annexes et qui apparaît également comme un concept politique qui vise à défendre une certaine conception de l'Etat* » (*Ibid.*, p. 271). Or, de notre point de vue, il est possible de rechercher une conception juridique de la souveraineté, qui vise, en effet, à défendre une certaine conception de l'Etat comme ordre juridique doté d'une forme de suprématie vis-à-vis d'ordres juridiques tiers et éventuellement concurrents.

impute à certaines entités »¹⁹⁵. Certes, il est possible d'identifier un rapport de correspondance entre la réalité empirique et le contenu, c'est-à-dire la signification, du principe souveraineté. A ce titre, il est communément admis que les discours théoriques « *ne doivent pas être de pures spéculations et doivent donc garder un ancrage dans la réalité empirique* »¹⁹⁶. Ainsi que le résume le professeur Champeil-Desplats, « *il n'y aurait pas de théorie du droit sans considération du droit* »¹⁹⁷. Il nous semble cependant que la souveraineté n'a pas initialement vocation à décrire une réalité empirique. Nous avançons l'hypothèse qu'il s'agit d'un principe visant à fonder, et, donc, à justifier, une conception du pouvoir et du droit particulière. La souveraineté a eu pour fonction de penser le droit positif autour de l'Etat et son triomphe a eu des effets performatifs¹⁹⁸. En ce sens, il existe une relation entre ses différentes acceptions et certains aspects du droit positif. Mais cette relation n'est ni parfaite, ni nécessaire. Nous pouvons donc déduire de notre hypothèse que la souveraineté a un caractère contingent. Autrement dit, son usage ne découlerait pas de la *nécessité* de décrire le droit positif mais de la *volonté* de bâtir une théorie et, de manière performative, de contribuer à la reconnaissance d'une forme de domination nouvelle : l'Etat. A ce titre, l'analyse des discours théoriques pourrait montrer que le principe de souveraineté agit en quelque sorte comme un révélateur au sens photographique : les doctrines qui s'intéressent au concept de souveraineté, que ce soit pour l'élever au rang de fondement de leur théorie du droit ou pour le rejeter aux marges de la raison juridique, dévoilent par là une conception des rapports entre le droit et de l'Etat.

§3. Démarche de l'étude

45. Nous adopterons une démarche qui ne négligera pas l'étude des matériaux empiriques et qui veillera à distinguer les discours prescriptifs des conclusions tirées de l'observation du droit positif. C'est en cela qu'elle demeurera attachée à certains piliers du positivisme (I). Par ailleurs, nous aborderons la souveraineté selon une approche non essentialiste (II).

¹⁹⁵ M. Troper, « L'Europe politique et le concept de souveraineté », in O. Beaud, A. Lechevalier, I. Pernice, S. Strudel, *L'Europe en voie de Constitution*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 136.

¹⁹⁶ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *Op. cit.*, p. 276.

¹⁹⁷ *Idem.*

¹⁹⁸ Comme l'indique Marcel David, « *la souveraineté, fait-on valoir, n'a pu naître qu'à partir du moment où les États-nations ont été à même d'étendre leur pouvoir spécifique à tous les habitants de leur territoire et où ils ont été capables de s'opposer à toute ingérence des autres États, eux-mêmes prémunis contre l'emprise d'une puissance à prétention hégémonique par-delà leurs frontières respectives* ». M. David, *La souveraineté du peuple*, PUF (Coll. Questions), Paris, 1996, p. 13.

I. Une démarche favorable à un « positivisme ouvert »¹⁹⁹

46. Notre démarche a vocation à tirer les conséquences des critiques qui ont été émises. Elle doit donc sortir de l'espace étroit que certaines approches positivistes réservent au juriste pour étudier le droit. Comme nous l'avons évoqué, le positivisme juridique comme conception de la science du droit désigne plusieurs courants théoriques différents, parfois opposés. L'école normativiste, dont la figure de proue est Hans Kelsen, postule la spécificité et l'autonomie de la science juridique²⁰⁰. En revanche, l'école réaliste scandinave, dans la mesure où elle conçoit le droit comme un fait empirique, adopte une méthodologie ouverte à l'apport des sciences humaines (sociologie, psychologie, histoire, économie...). En ce qui concerne notre sujet, il nous semble qu'une conception par trop formaliste du droit peut conduire à ignorer les racines intellectuelles - et même idéologiques - du principe de souveraineté pour le réduire à un terme juridique dont il serait possible de dégager la signification à partir de son usage sur le plan normatif.

47. A notre avis, la signification de la souveraineté ne peut être connue par la seule lecture des documents officiels²⁰¹ et des décisions juridictionnelles. En effet, sa connaissance nécessite d'adopter une démarche qui s'inscrive dans un mouvement d'aller-retour entre le droit et les discours sur le droit²⁰². En somme, le principe de souveraineté ne peut pas être seulement compris à partir du droit positif car il est de ces concepts qui contribuent à bâtir, à constituer le droit positif. Dès lors, tâcher d'élucider le contenu et la portée du principe de souveraineté comme si ce dernier jaillissait armé et casqué des énoncés juridiques, comme Athénée du crâne de Zeus, risque d'appauvrir l'analyse à force de vouloir l'épurer.

48. Par ailleurs, nous considérons que la construction des principes juridiques est partiellement tributaire de son contexte. Ainsi que nous l'avons noté, l'invention de la souveraineté répond à un besoin, celui de renouveler l'arsenal du monarque face aux dangers que constituaient pour son

¹⁹⁹ Cf. également la notion de « positivisme critique » mobilisée par J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, *Op. cit.*, p. 11.

²⁰⁰ Bien que la pensée kelsénienne ait pu connaître des inflexions assez importantes entre la première édition de la *Théorie pure du droit* en 1934, la seconde édition de 1960 et la publication de la *Théorie générale des normes* en 1979, le juriste viennois, comme cela est bien montré par V. Champeil-Desplats (*Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *Op. cit.*, p. 125-127), ne bougea guère sa position sur ce point.

²⁰¹ Pour paraphraser M. Troper au sujet du concept de « représentation » : « Sur la théorie juridique de l'Etat », *Le Débat*, n°74 (1993), p. 75.

²⁰² Nous nous inspirons, de ce point de vue, de la démarche adoptée par Olivier Beaud dans sa *Puissance de l'Etat*.

autorité les guerres de religion, dans le cadre plus large d'une Europe en recomposition²⁰³. Mais, ce qui a lui permis de jouir d'une remarquable postérité est son aptitude à épouser le sens des transformations institutionnelles et politiques qui voyaient le jour avec l'avènement de la modernité. C'est toute la complexité que nous avons signalée : d'une part, le principe de souveraineté détermine certains caractères du droit positif et, d'autre part, les mutations de ce dernier impactent à leur tour la cohérence et la pertinence du principe de souveraineté. Nous devons donc retracer la genèse du principe de souveraineté et replacer ce dernier dans le contexte de son invention. Ce n'est qu'ensuite qu'il sera possible de le confronter à certaines évolutions du droit positif.

49. A ce titre, la difficulté est double. Il s'agit d'abord d'essayer de présenter une image nette d'un paysage juridique qui se trouve en mouvement. Celui-ci s'est considérablement complexifié par l'accumulation de strates normatives distinctes mais imbriquées et par la profusion et la diversité des normes²⁰⁴. Les phénomènes d'intégration juridique qui peuvent s'observer à l'échelle régionale ou globale, en fonction des domaines réglementés, introduisent de l'incertitude à propos de la source, la légitimité et l'efficacité des règles juridiques qui composent ce paysage normatif mouvant²⁰⁵. De plus, la structure du droit serait devenue, comme toute une série de phénomènes sociaux²⁰⁶, davantage « liquide ». Elle aurait pris une forme moins aisément identifiable²⁰⁷. En témoigne, par exemple, l'intérêt que porte la doctrine juridique²⁰⁸ au développement du « soft law », ou droit souple²⁰⁹. Or, malgré le fait que la dimension dynamique du droit soit, dans une certaine mesure, un phénomène relativement ancien et abondamment traité par la littérature anglo-saxonne -

²⁰³ Cela sera approfondi *infra*. Partie 1, Titre 1.

²⁰⁴ En France, le Conseil d'Etat attira l'attention sur le problème que représente l'inflation législative pour le principe de sécurité juridique dès son rapport annuel de 1991 (« De la sécurité juridique »). Ce problème fut abordé à nouveau en 2005 (« Sécurité juridique et complexité du droit ») puis en 2016 (« Simplification et qualité du droit »). Le 3 mai 2018, la Haute Juridiction publia une étude - présentée en assemblée générale - intitulée « Mesurer l'inflation normative ».

²⁰⁵ Jean-Bernard Auby, par exemple, montre précisément comment la mondialisation produit également des effets sur le droit qui sont loin d'être superficiels ou contingents : v. *La mondialisation, le droit et l'Etat*, *Op. cit.*

²⁰⁶ V. not. E. Nicolas, *Penser les flux normatifs: essai sur le droit fluide*, Mare & Martin, Paris, 2018.

²⁰⁷ V. le désormais classique ouvrage des professeurs François Ost et Michel van Kerchove: *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, Bruxelles, 2010.

²⁰⁸ Le droit souple a fait l'objet d'un intérêt doctrinal croissant. En France, par exemple, le Conseil d'Etat lui consacra son étude annuelle de 2013. D'autres ouvrages ont pu articuler une critique de l'engouement vis-à-vis du droit souple en remettant en question sa légitimité ainsi que son efficacité (v. not. Sarah Cassella, Valérie Lasserre, Benoît Lecourt (sous la dir.), *Le droit souple démasqué: articulation des normes privées, publiques et internationales*, Éditions A. Pedone, Paris, 2018). Nous aurons l'occasion de revenir sur ce dernier point.

²⁰⁹ La production doctrinale dont le « soft law » a fait l'objet semble avoir été prise en compte par le juge administratif français (cf. CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH et autres*, n° 368082, Rec., p. 76 et CE, Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numéricable*, n° 390023, Rec. p. 80).

et par la doctrine dans certains territoires francophones²¹⁰ - ses conséquences sont encore difficiles à cerner.

50. Ceci est d'autant plus vrai en ce qui concerne la souveraineté car ses mutations ne sont pas univoques : elle n'évolue pas nécessairement vers une inexorable disparition. Cela constitue précisément la seconde difficulté de notre démarche : comment saisir les facteurs de mutation tout en ne négligeant pas les signes de permanence ? En effet, malgré certaines analyses plus ou moins déclinistes, nous n'assistons pas, sur le plan juridique, à une disparition de la souveraineté. A ce titre, il est possible d'observer une recomposition de la souveraineté à travers la transformation des rapports entre l'Etat et le droit d'une part et les mutations des pouvoirs dans l'Etat d'autre part. Or il convient de préciser ce mouvement de décentrement de l'Etat vis-à-vis du droit et de montrer que la transformation des rapports entre l'Etat et le droit, loin de contribuer à l'extinction du premier, peut être de nature à en renforcer certains attributs.

51. Par conséquent, la nature de notre objet doit nous conduire à considérer l'étude du droit positif comme une condition indispensable mais non suffisante de connaissance du principe juridique de souveraineté. Cela a naturellement des conséquences sur l'approche que nous en retenons.

II. Une approche pragmatique du principe de souveraineté

52. Nous pouvons distinguer deux conceptions de la souveraineté. La première, que nous avons évoquée plus haut, est la conception ontologique ou essentialiste²¹¹. Selon celle-ci, la souveraineté procéderait d'« *un effort de l'esprit, en vue de saisir dans une représentation dominante, l'essence logique des choses* »²¹². Cette approche est, par exemple, celle que retient le professeur Olivier

²¹⁰ Notamment le Québec, au travers des travaux du Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal, et la Belgique, au travers de l'activité du Centre Perelman de philosophie du droit de l'Université Libre de Bruxelles ou des travaux produits par différents centres de recherche ancrés à l'Université Saint-Louis.

²¹¹ V. Champeil-Desplats, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Op. cit., p.321.

²¹² F. Gény, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, LGDJ, Paris, 1922, p. 148. Cité par *Idem*.

Beaud dans sa *Puissance de l'Etat*²¹³. Une seconde approche serait qualifiée de pragmatique ou instrumentaliste. Elle conçoit la souveraineté comme « *un simple instrument d'abstraction et d'analyse de la réalité, une construction artificielle et contingente de l'esprit, un outil à des fins de connaissance et de démonstration* »²¹⁴. Il ne s'agit donc pas, dans le cadre d'une approche pragmatique de la souveraineté, de rechercher une soi-disant essence qui s'exprime dans le domaine du droit positif, voire dans la réalité matérielle, mais de s'intéresser à un ensemble de concepts qui répondent à une finalité de « *découpage du monde, plus ou moins fécond, complexe, adapté pour conduire des raisonnements, des démonstrations, construire des théories* »²¹⁵.

53. Nous retenons cette dernière conception dans le cadre de notre étude. Aussi, si elle ne se veut pas essentialiste, elle ne peut cependant pas ignorer le fait que le principe de souveraineté semble, dans certaines analyses, faire l'objet d'une conception essentialiste. Une approche pragmatique de la souveraineté nous conduit à nous intéresser non pas à l'essence des choses qu'elle aurait vocation à saisir mais à la fonction qu'elle revêt dans le droit positif et dans les discours sur ce dernier. Comme l'affirme Marie-Claire Ponthoreau, « *le problème n'est pas tant de savoir si l'Etat est encore souverain, mais de comprendre les effets structurants qu'une telle notion peut exercer encore aujourd'hui sur le droit constitutionnel de la plupart des Etats européens* »²¹⁶.

En effet, nous pensons, pour paraphraser le professeur britannique Simon Deakin, que les concepts juridiques ne sont pas des descriptions simples des relations de pouvoir, mais des constructions intellectuelles qui aident à constituer ces relations²¹⁷. Par conséquent, comme le note Neil Walker, « *le débat sur la souveraineté n'est donc pas un débat sur la capacité d'un concept*

²¹³ Le concept de souveraineté apparaît, dans l'œuvre d'Olivier Beaud, intégré dans la gangue philosophique de laquelle il a été historiquement indissociable jusqu'à l'avènement du juspositivisme. Olivier Beaud se propose de déterminer si le concept de souveraineté demeure toujours (car il présuppose qu'il l'est classiquement) le critère de l'Etat (car il présuppose que l'Etat est ou peut être défini par un critère, autrement dit qu'il existe une essence de l'Etat). Or ce dernier point caractérise l'une des spécificités majeures de sa démarche : l'adhésion à une conception essentialiste de l'Etat, selon laquelle ce dernier aurait une identité définie, immuable et connaissable par le juriste au travers d'une théorie générale. De ce point de vue, son travail est soumis à la critique des auteurs positivistes, notamment « kelseniens » et « tropériens ». Cela a pu valoir à sa démarche le qualificatif de « naturalisme essentialiste » ou de « néo-essentialiste » de la part d'Otto Pfersmann (O. Pfersmann, « Après Michel Villey, la philosophie du droit aujourd'hui », in *Cités*, 2014/2, n° 58, p. 72 et.).

²¹⁴ V. Champeil-Desplats, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Op. cit., p. 321.

²¹⁵ *Ibid*, p. 322.

²¹⁶ M.-Cl. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica (coll. Corpus droit public), Paris, 2010, p. 328.

²¹⁷ La formule du prof. Deakin porte sur le rapport entre le droit et la construction du marché. Il considère que : « *les concepts juridiques ne sont pas des descriptions simples des relations économiques, mais des constructions qui aident à constituer ces relations* ». Conférence au Collège de France dans le cadre de la chaire d'Alain Supiot, « Etat social et mondialisation : analyse juridique des solidarités » [En ligne : <https://www.college-de-france.fr/agenda/conferencier-invite/simon-deakin/droit-et-institutions-construction-juridique-du-marche-et-de-entreprise>].

particulier à saisir une essence transthéorique sous-jacente, mais plutôt sur la valeur heuristique de telle ou telle conception de la souveraineté (ou sa disparition) comme moyen de renforcer les revendications d'une compréhension théorique particulière du monde »²¹⁸. De ce point de vue, Carl Schmitt avait déjà compris que la définition classique de la souveraineté comme une puissance suprême et pleinement indépendante « *n'est pas l'expression adéquate d'une réalité, mais une formule, un signe, un signal* »²¹⁹. C'est ainsi que, comme le soutient Riccardo Guastini, le terme de souveraineté apparaît, en droit constitutionnel interne, comme « *l'expression d'une thèse philosophico-politique* » et s'avère « *privée en soi de toute portée normative* »²²⁰.

§4. Plan de l'étude

54. Comme nous l'avons indiqué, notre étude se concentre sur un principe qui provient avant tout de l'activité doctrinale. Il est, selon Carl Schmitt, une « *notion fondamentale de la doctrine* »²²¹. De même, Charles Eisenmann qualifiait la souveraineté de « *concept issu de la doctrine* »²²². Principe d'origine doctrinal, donc, la souveraineté est également devenue, à partir de la fin du XVIII^e siècle, un mot du droit positif. Elle est inscrite dans le texte de la Constitution de 1958, comme elle le fut dans celle de 1946 et dans les Constitutions de la Révolution (1791, 1793 et 1795). A cet égard, son étude juridique nous semble devoir marcher sur deux jambes : il s'agit d'examiner à la fois l'usage théorique-doctrinal du concept de souveraineté sans perdre de vue sa dimension positive. En effet, si le concept de souveraineté fait l'objet d'une crise désormais chronique²²³, c'est parce qu'il est confronté à un certain nombre d'évolutions du droit constitutionnel positif qui ont pour effet de transformer les fonctions juridiques et politiques de l'Etat (II). Mais, afin de mettre en lumière ces évolutions, il convient d'abord d'examiner la fonction du principe de souveraineté au travers de ses usages (I).

²¹⁸ « *The debate over sovereignty, therefore, is not a debate over the capacity of a particular concept to capture some underlying trans-theoretical essence but, rather, over the heuristic value of this or that conception of sovereignty (or its demise) as a way of enhancing the claims of a particular theoretical understanding of the world* ». N. Walker, « Late Sovereignty in the European Union », in N. Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Op. cit., p. 4.

²¹⁹ C. Schmitt, *Théologie politique*, Op. cit., p. 28.

²²⁰ R. Guastini, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Dalloz (Rivages du droit), Paris, 2010, p.128.

²²¹ C. Schmitt, *Théologie politique*, Op. cit., p. 28.

²²² Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », ADP, 1966, t. 11, p. 29

²²³ Ce qui devrait nous alerter sur les abus du terme de « crise » : peut-il désigner des événements qui s'inscrivent dans un temps long ?

I. Examiner la fonction du principe de souveraineté à travers ses usages

55. Le principe de souveraineté est l'un des mots du droit constitutionnel contemporain les plus anciens et les plus riches. Il est donc important d'aborder l'étude de ses usages au travers d'une généalogie de ce principe. L'étude historique ne doit cependant pas être conçue comme une fin en elle-même mais comme un moyen. Il s'agit d'un détour méthodologique que l'on met au service de notre démonstration. La première hypothèse que cette démonstration vise à corroborer est celle du caractère justificatif du principe de souveraineté.

56. En effet, un examen de l'histoire de la souveraineté et, surtout, des conditions intellectuelles et politiques de son invention à la fin du XVI^e siècle, peut permettre de montrer qu'elle a toujours été liée à une entreprise de nature politico-idéologique : soutenir et fonder l'Etat comme forme de domination particulière. Dieter Grimm note à cet égard qu'« *en 1576, aucun pays n'a à sa tête de monarque dont la condition juridique correspondrait à la définition de la notion de souveraineté établie par Bodin* ». Par conséquent, « *penser que Bodin n'eut fait qu'appréhender une nouvelle réalité reviendrait donc à réduire la portée de son œuvre. [...] Ses écrits ne s'inscrivent pas dans l'explication du statu quo, mais élaborent une théorie prospective* »²²⁴. Le principe de souveraineté est, par ailleurs, le résultat d'un effort de la pensée juridique et de la philosophie politique pour appréhender et, de la sorte, contribuer à façonner, une réalité éminemment glissante, celle de rapports de force « géopolitiques » - dirait-on aujourd'hui - en pleine transformation²²⁵. Sur la relation entre le principe de souveraineté et les vicissitudes de la lutte pour la domination politique et le droit en Europe occidentale, Carl Schmitt notait déjà que « *les étapes de l'histoire des dogmes [de la souveraineté] se caractérisent par des luttes politiques diverses pour le pouvoir, non par une intensification dialectique qui serait issue de sa charge conceptuelle immanente* »²²⁶. L'invention du principe de souveraineté répond donc à des intérêts à la fois politiques et intellectuels : comment produire, à travers les outils de la pensée juridique, de l'ordre et de la hiérarchie dans le désordre et l'anarchie ?

²²⁴ D. Grimm, «La souveraineté», *Op. cit.*, p. 559.

²²⁵ Selon Dieter Grimm, Bodin « *parvient à intégrer des tendances de l'époque qui se dégagent déjà en politique et en doctrine dans une notion d'un nouveau genre grâce à laquelle il devient dorénavant possible d'atteindre la domination politique* ». *Idem*.

²²⁶ C. Schmitt, *Théologie politique*, *Op. cit.*, p. 27.

57. La seconde hypothèse qui peut être vérifiée au travers d'une étude historique est relative au caractère proprement révolutionnaire du principe de souveraineté. Le mouvement de fragmentation politique des sociétés européennes à l'ère vassalo-féodale est suivi de dynamiques qui tendent, notamment en France mais également en Angleterre, en Hongrie ou au Portugal, à renforcer la centralisation autour de collectivités politiques territoriales indépendantes à l'extérieur. C'est en soutien de ce phénomène que se construit patiemment, à la fois sur le plan doctrinal et sur le plan matériel, la figure qui dominera le droit public moderne : l'Etat souverain. Son apparition est donc intimement liée à l'émergence d'une nouvelle époque : la modernité. Sur le plan des idées, ainsi que le montre Gérard Mairet, « *la construction du principe de souveraineté doit être comprise comme le moment théorique, voire spéculatif, de la construction historique d'un monde, le monde moderne* »²²⁷. En effet, « *considérée politiquement, l'histoire moderne se ramène à être le monde des souverainetés, le monde des Etats* »²²⁸.

De ce point de vue, l'Etat apparaît comme davantage qu'une idée, qui n'existe que parce qu'elle est pensée²²⁹. Il devient surtout l'environnement « *dans lequel une communauté pense* »²³⁰. Cette communauté peut être une communauté de destin, comme la nation, qui pense son devenir et imagine sa capacité d'action collective à travers l'Etat. Ce peut être, également, une communauté épistémique, comme celle que constituent les juristes ou les penseurs du politique. Ces derniers sont amenés à penser leur objet dans un cadre déterminé, qui est classiquement constitué, depuis le milieu du XVIIe siècle, par l'Etat. Le triomphe de la souveraineté correspond, historiquement, à un phénomène d'étatisation du droit, ou plutôt de la pensée sur le droit. Une autre manière d'exprimer cette idée est de concevoir l'Etat comme un réseau théorique qui « fait système », c'est-à-dire un ensemble dont « *les propositions qui le constituent forment un tout articulé dans lequel chaque proposition a une relation déterminée avec chacune des autres, qu'elle en découle ou qu'elle soit présupposée par elle* »²³¹. Dans un système théorique, « *les formulations d'un énoncé, d'une théorie, d'un concept, d'une définition, d'une classification, d'une inférence ou encore d'une*

²²⁷ G. Mairet, *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir politique moderne*, Op. cit., p. 41.

²²⁸ *Idem*.

²²⁹ Comme l'affirmait Georges Burdeau, « *l'Etat est, au sens plein du terme, une idée. N'ayant d'autre réalité que conceptuelle il n'existe que parce qu'il est pensé* ». G. Burdeau, *L'Etat*, Seuil (Coll. Points), Paris, 1970, p. 14

²³⁰ E. Weil, *Philosophie politique*, Vrin, (Coll. Problèmes & Controverses), Paris, 1996. p. 246. Cité par P. Musso, *Le temps de l'Etat-Entreprise. Berlusconi, Trump, Macron*, Fayard, Paris, 2019, p. 183.

²³¹ J. Ladrière, « Système », *Encyclopaedia Universalis* [En ligne: <http://www.universalis-edu.com.ezproxy.univ-paris1.fr/encyclopedia/systeme-epistemologie/>].

*interprétation sont très rarement isolées les unes des autres »²³². Au contraire, « elles prennent le plus souvent sens en se combinant »²³³. Les différents éléments de ce réseau conceptuel partagent une communauté de signification qui empêche que l'on puisse entreprendre l'étude de l'un d'entre eux de manière isolée. Au sein de ce système théorique, la souveraineté occupe une place nodale. Elle se trouve à l'intersection entre plusieurs concepts. Elle permet d'exprimer la *differentia specifica* de l'Etat en tant que forme politique par le biais de sa puissance. De plus, dès lors qu'elle exprime l'autonomie de l'Etat vis-à-vis de l'extérieur, elle est la condition de possibilité d'un régime démocratique dans le cadre stato-national. Une nation constituée en Etat souverain n'a pas nécessairement vocation à se gouverner démocratiquement mais, dépourvue de souveraineté, elle ne peut même pas se projeter dans un horizon démocratique. Enfin, la souveraineté engendre une représentation du droit caractérisée par l'ordre et la hiérarchie. D'ailleurs, pour Michel Troper, la souveraineté et la hiérarchie des normes « *peuvent être comprises comme deux interprétations du même phénomène* »²³⁴.*

58. Après avoir mis en lumière la fonction de la souveraineté dans les discours sur le droit, il conviendra de s'intéresser à certaines mutations contemporaines du droit constitutionnel positif afin de prendre la mesure des controverses autour de ce principe. Nous postulons, à ce titre, que les tentatives de dépassement de la souveraineté traduisent son relatif épuisement pour fonder un système théorique cohérent et convaincant.

II. Mettre en lumière les évolutions contemporaines du droit constitutionnel au cœur des controverses sur la souveraineté

59. Aujourd'hui, la prégnance du paradigme « stato-référentiel » a conduit à certaines impasses à l'heure de penser des phénomènes qui, précisément, se jouent du cadre national. Selon William Twining, « *une des implications uniques de la mondialisation pour la discipline du droit est que, parce que la majeure partie de l'attention des chercheurs et des juristes s'est concentrée sur le droit national au sein d'une tradition juridique, nous n'avons pas encore développé un vocabulaire et un*

²³² V. Champeil-Desplats, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Op. cit., p. 253.

²³³ *Idem*.

²³⁴ « En guise d'introduction : La théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°9 (Dossier : souveraineté de l'Etat et hiérarchie des normes), février 2001.

appareil conceptuel pour étudier et généraliser le droit au niveau transnational et interculturel »²³⁵. Ces critiques de la dépendance de la pensée juridique au cadre étatique, des limites de la pensée « stato-référentielle », fondent les « *global Studies* », qui plaident pour un « tournant global » (« *global turn* »²³⁶). Sans aller jusque-là, le professeur Baptiste Bonnet émet une critique qui se rapproche de celle prononcée par William Twining lorsqu'il s'attèle à la (lourde) tâche de « repenser les rapports entre ordres juridiques »²³⁷.

60. L'étude du droit positif peut donc permettre de montrer l'étendue de ce décalage entre, d'une part, un objet et, d'autre part, un dispositif intellectuel forgé pour le saisir. Il ne s'agira pas de rechercher dans le droit positif les manifestations ou, au contraire, les signes d'une disparition de la souveraineté, car nous sommes de l'avis que ce principe n'a pas pour fonction de décrire un fait juridique constatable. Cependant, l'examen du droit constitutionnel positif pourra mettre en évidence les limites du principe de souveraineté pour servir de fondement à un système théorique adapté à son objet.

61. Cette mise en lumière des limites du principe de souveraineté alimente les réflexions autour de ses éventuelles mutations. Aujourd'hui la souveraineté est devenue un principe dynamique, un

²³⁵ « *One of the single implications of globalisation for the discipline of law is that, because of the great bulk of scholarly and juristic attention has been focused in domestic law within a legal tradition, we do not yet so developed a vocabulary and conceptual apparatus for studying and generalising about law transnationally and cross-culturally* ».

W. Twining, *General jurisprudence. Understanding Law for a Global Perspective*, Cambridge UP, 2009, p. 35.

²³⁶ Selon M. Xifaras, le « *global turn* » ou « tournant global » implique, pour la science juridique, à la fois un changement d'échelle, un changement d'objet et un changement de perspective. Ainsi, en ce qui concerne le changement d'échelle, il considère, par exemple, que « *l'on peut faire du droit administratif en se concentrant sur l'étude de l'ordre juridique français (droit interne), on peut encore mettre en miroir deux ou plusieurs ordres juridiques nationaux (droit comparé), on peut enfin chercher à rendre compte de tout ce qui se laisse subsumer sous ce terme dans le monde entier. Mêmes objets, mêmes théories, autre échelle : dans un premier sens, sont donc « globales » toutes les théories juridiques qui traitent de phénomènes juridiques considérés worldwide* ». Aussi, « *il se pourrait que le changement d'échelle induise aussi un changement d'objet. Si l'on accorde que le droit global n'est pas un droit universel indépendant des divers niveaux « sub-globaux » et des flux transversaux et sectoriels, mais plutôt l'interaction de ces niveaux et flux, le changement d'échelle invite à penser ensemble tous ces espaces juridiques ainsi que les modalités éventuelles de leur articulation* ». Enfin, « *il arrive encore qu'en changeant d'objet, on ait besoin de nouveaux outils. Qu'on en vienne à se dire que le droit comparé lorsqu'il se contente de comparer les institutions des ordres juridiques nationaux n'est pas adéquat à l'étude des circulations transnationales. Ou que la ferme distinction des régimes juridiques selon qu'ils sont publics ou privés ne favorise pas l'identification de phénomènes tels que la production de normes juridiques par les entités privées. Ou que dans la Métropole planétaire, l'articulation des niveaux infra-étatiques ne pouvant se soutenir par la force unificatrice des ordres juridiques nationaux, elle soit assurée par des procédés non juridiques, dont l'étude relèverait de savoirs non juridiques. Le changement d'objet pourrait donc bien favoriser quelque chose comme un changement de perspective, voire — comme le suggère Benoît Frydman — de paradigme. Qu'il faille parler, en bon français, de « Global Turn » comme on a parlé de « Linguistic Turn* ». M. Xifaras, « *Après les Théories Générales de l'État : le Droit Global ?* », JP, n°8, septembre 2012 (*La théorie de l'État entre passé et avenir*).

²³⁷ Cf. son ouvrage éponyme (*Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Lextenso Ed. (Coll. Forum), Paris, 2013).

principe « *en action* »²³⁸. Il faudrait donc accepter la transformation de certaines de ses significations. Selon Dieter Grimm, il conviendrait de « *se séparer d'une certaine conception profondément enracinée de la souveraineté qui ne correspondrait plus à la réalité* » sans pour autant se débarrasser d'un concept qui continuerait « *de remplir certaines fonctions qu'il n'est pas possible de satisfaire autrement* »²³⁹. Cet auteur considère, en particulier, que la persistance du principe de souveraineté s'explique parce qu'il continue d'assurer une fonction très précise répondant aux « *besoins plus profonds* » d'assurer le maintien d'une identité politique²⁴⁰. Pour Xavier Magnon, « *l'intégration européenne impose une nouvelle lecture des rapports de systèmes [...] et donc un renouvellement des concepts classiques d'analyse liés à la prédominance historique de l'Etat, telle la souveraineté, en l'occurrence, qui laisserait désormais la place à un nouveau concept, celui de l'identité nationale des Etats membres* »²⁴¹. Autrement dit, si, dans un contexte d'interdépendance, la souveraineté de l'Etat ne peut plus être considérée comme traduisant l'idée d'une pleine autonomie, elle peut néanmoins caractériser l'Etat comme le réservoir d'une identité politique et nationale particulière, distincte de toutes les autres.

62. Enfin, nous nous intéresserons au droit constitutionnel car il s'agit, de notre point de vue, de la plus haute expression normative de la souveraineté selon les théories stato-nationales du droit. Cela devra, naturellement, faire l'objet d'une démonstration. De ce point de vue, une étude historique de la théorie constitutionnelle pourra permettre de mettre en évidence ce rapport de consubstantialité entre le droit constitutionnel, la souveraineté et l'Etat sur lequel reposent les théories du droit public stato-nationales²⁴². En ce sens, une mutation du droit constitutionnel qui aurait pour conséquence de séparer ce dernier de sa matrice étatique ne serait pas sans conséquences sur la cohérence des approches stato-nationale du droit.

63. Plus précisément, les phénomènes qui attirent notre attention proviennent de la perméabilité du droit constitutionnel national à des règles de nature extra-étatique. Cela correspond, nous semble t-

²³⁸ Cf. B. Leijssenaar et N. Walker (ed.), *Sovereignty in Action*, *Op. cit.*

²³⁹ D. Grimm, « La souveraineté », *Op. cit.*, p. 553.

²⁴⁰ *Idem.* Nous verrons à ce titre l'importance acquise par la notion « d'identité constitutionnelle » dans la jurisprudence (cf. *infra*. Partie 2, Titre 1, Chap. 2).

²⁴¹ « La Constitution nationale dans un contexte européen intégré : quelles lectures de la souveraineté et de l'identité ? », in *Politéia*, n°36 (2019), p. 263-264.

²⁴² Olivier Beaud montre notamment qu'« *une analyse dogmatique de la souveraineté, menée à partir de l'histoire et de la théorie constitutionnelles, fait ressortir une autre expression juridique de la démocratie : celle du pouvoir constituant, forme essentielle d'expression de la souveraineté du peuple* ». *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 199.

il, à une évolution majeure de la Constitution. Si celle-ci, considérée comme l'expression de la souveraineté nationale, était tournée vers l'intérieur, essentiellement concentrée sur la protection des droits et libertés et l'organisation des pouvoirs publics²⁴³, elle semble aujourd'hui bien plus ouverte sur l'extérieur. La Constitution et la jurisprudence constitutionnelle se trouvent en effet au cœur des rapports entre ordres juridiques. C'est dans ce contexte que l'idée de souveraineté comme identité peut être déclinée. Il faudra donc s'intéresser à la manière dont les juridictions constitutionnelles nationales envisagent cette question, à l'usage (ou à l'absence d'usage) qu'elles font de la souveraineté.

64. Nous nous concentrerons, tout au long de la présente étude, sur la France. Celle-ci constitue un cas d'étude passionnant. De par son histoire, elle entretient des rapports étroits avec le principe de souveraineté et de par son présent elle est particulièrement concernée par les controverses que nous avons évoquées. Cela étant, nous réserverons une place au droit comparé. Ce dernier nous permettra notamment d'examiner les jurisprudences constitutionnelles de différentes juridictions nationales jouant un rôle important dans la gestion des rapports entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique de l'Union. Plus particulièrement, nous interrogerons l'usage (ou l'absence d'usage) qui est fait du principe de souveraineté dans la construction de « contre-limites »²⁴⁴ à la puissance intégrative du droit de l'Union européenne.

65. Il apparaît donc nécessaire de rechercher d'abord la signification et la portée du principe de souveraineté. Cela nous permettra d'éclairer sa fonction (Partie 1). Il conviendra ensuite d'en montrer ses nécessaires mutations (Partie 2).

²⁴³ La première définition apportée par l'art. 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en témoigne (« toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution »).

²⁴⁴ Ce terme provient de la doctrine italienne (*controlimitti*). Il désigne la jurisprudence du Tribunal constitutionnel pour

déterminer des limites au principe de primauté du droit de l'Union.

PREMIERE PARTIE. LA FONCTION JUSTIFICATIVE DU PRINCIPE DE SOVERAINETE : BATIR L'ETAT PAR LE DROIT ET PENSER LE DROIT PAR L'ETAT

66. La présente étude repose sur une hypothèse simple : les controverses contemporaines au sujet de la souveraineté ne portent pas sur un objet empirique ou une substance dont il faudrait déterminer si elle demeure ou si elle a disparu - que ce soit par une évolution vertueuse de l'histoire ou par l'effet menaçant du fait supranational et de la globalisation néo-libérale. Nous pensons que l'essor des discours qui projettent la fin de la souveraineté sont le signe de l'épuisement des conceptions du droit public marquées par la centralité de l'Etat. De ce point de vue, la fonction du principe de souveraineté ne serait pas de décrire un objet mais bien de fonder une conception que nous qualifions de « stato-nationale » du droit public.

67. Nous souhaiterions donc vérifier cette hypothèse dans les pages suivantes. Notre démonstration peut tout d'abord prendre appui sur une étude des sources de la souveraineté jusqu'à sa théorisation par Jean Bodin à la fin du XVI^e siècle (Titre I). Il s'agira ensuite de se pencher sur la prise en charge de ce principe par la pensée constitutionnelle après les révolutions libérales de la fin du XVIII^e siècle (Titre II). Cela vise à montrer le caractère contingent de la souveraineté dans l'édification d'une théorie sur le droit, et tout particulièrement sur le droit constitutionnel. Le semblant de « naturalité » dont la souveraineté est entourée dans les théories stato-nationales du droit peut alors être critiqué.

TITRE 1. L'EDIFICATION DU PRINCIPE DE SOUVERAINETE

68. L'étude de l'édification du principe de souveraineté doit mettre en évidence deux éléments. Il convient, d'une part, de s'intéresser à ses racines. Une controverse existe en effet quant au caractère intrinsèquement moderne du principe de souveraineté. Alors que celui-ci est généralement conçu comme un pur produit de la modernité²⁴⁵, certains auteurs considèrent que ses prémices peuvent être retracées jusqu'au Moyen-Âge, voire jusqu'à l'Antiquité²⁴⁶. L'usage du terme de «souveraineté» (souvent décliné au pluriel, « souverainetés ») est, de ce point de vue, attesté dès la fin du XIIIe siècle, dans un sens qui est toutefois différent de celui dont il est doté à partir du XVIe siècle, notamment sous la plume de Jean Bodin²⁴⁷. En réalité, ces deux positions sont moins opposées que complémentaires. Il est possible, d'une part, d'identifier une puissante évolution doctrinale qui se manifeste dès le XIIIe siècle et qui s'attelle à (re)construire les « *deux types de pouvoirs annonciateurs de ce que nous appelons souveraineté* »²⁴⁸ : l'autorité suprême (*auctoritas*) et la puissance publique (*imperium*).

Mais il semble tout aussi juste de reconnaître le caractère déterminant de l'apport de Jean Bodin pour réaliser « *la juxtaposition, voire la fusion en un seul bloc, des deux couches qui constituent la souveraineté, autorité suprême et puissance publique* »²⁴⁹ et les mettre au coeur de sa théorie de la République, c'est-à-dire de l'Etat. En définitive, l'analyse historique montre que le mot ainsi que les composantes théoriques du principe de souveraineté se trouvaient déjà à l'état dispersé dans certaines doctrines juridiques et politiques médiévales. Mais c'est précisément et uniquement leur réunion sous un seul et même signifiant pour en faire le fondement de la République qui peut caractériser la formation du principe tel que nous l'entendons depuis l'apport de Jean Bodin. Cette position est d'ailleurs avancée par Bodin lui-même, qui considère dès le début du Chapitre VIII de

²⁴⁵ O. Beaud, *La puissance de l'Etat, Op. Cit.*, p. 35. Sur ce point, cet auteur s'inspire largement des travaux de Helmut Quaritsch (not. *Souveränität. Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland*, Duncker & Humblot, Berlin, 1986).

²⁴⁶ Not. M. David, *La souveraineté du peuple, Op. cit.*, p. 13 et s et J. Krynen, « La souveraineté avant Bodin : le moment Philippe Le Bel », in F.-V. Guiot, *La souveraineté européenne. Du discours politique une réalité juridique ?*, Mare&Martin (Coll. Horizons européens), Paris, 2022, p. 33.

²⁴⁷ *Idem.*, p. 16.

²⁴⁸ O. Beaud, *La puissance de l'Etat, Op. Cit.*, p. 17.

²⁴⁹ *Ibid*, p. 22.

ses *Six Livres de la République* que la souveraineté, « *puissance absolue et perpétuelle d'une République* », est connue des Latins, des Grecs, des Italiens et des Hébreux tout en précisant, de manière un peu paradoxale, qu'« *il est ici besoin de former la définition de souveraineté, parce qu'il n'y a ni jurisconsulte, ni philosophe politique, qui l'ait définie* »²⁵⁰. D'autre part, l'étude de la construction du principe de souveraineté doit permettre d'insister sur la rupture qu'elle opère sur la pensée juridique. La théorisation de la souveraineté a pour effet de transformer les coordonnées du pouvoir en Europe occidentale dès lors qu'elle sert de fondement à l'Etat comme concept emblématique de la modernité politico-juridique. La souveraineté permet ainsi de penser le pouvoir et le droit autrement. Ainsi que l'affirme le professeur Albert Rigaudière, le long cheminement de la souveraineté l'amène à devenir « *tout à la fois fondatrice, créatrice et justificatrice du pouvoir* »²⁵¹.

69. C'est ainsi que nous commencerons par présenter la genèse du principe de souveraineté (Chapitre 1). Ensuite, nous tâcherons de mettre en évidence la révolution intellectuelle provoquée par son surgissement (Chapitre 2).

²⁵⁰ J. Bodin, *Les Six Livres de la République*, Chap. VIII.

²⁵¹ A. Rigaudière, « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, n°67, 1993, p. 5.

CHAPITRE 1. LA GENESE DU PRINCIPE DE SOUVERAINETE

« [La pensée juridique européenne] est profondément enfouie dans l'aventure du rationalisme occidental. Elle prend sa source dans l'esprit de deux vieux parents. Son père est le droit romain ressuscité, sa mère l'Église romaine. La séparation d'avec la mère a été, après plusieurs siècles de durs affrontements, finalement accomplie lors des guerres civiles confessionnelles. L'enfant s'accrocha à son père, le droit romain, et abandonna la maison de la mère. Il chercha un nouveau foyer et le trouva dans l'État. La nouvelle maison était princière, un palais de la renaissance ou du baroque. Les juristes se sentaient fiers et de loin supérieurs aux théologiens ».

Carl Schmitt, cité par Olivier Beaud dans l'entrée « Etat » de l'*Encyclopædia Universalis*.

70. Le principe de souveraineté est un concept séculaire et vénérable de la pensée politique et juridique occidentale. L'étude de son histoire impose, comme nous l'avons évoqué, de reconnaître le rôle joué par Jean Bodin au travers de son *magnum opus*, *Les Six Livres de la République*, sans pour autant passer sous silence ou occulter ses racines plus anciennes. Comme le note Alexandre Passerin d'Entrèves, le principe de souveraineté « donnait nom à un phénomène nouveau, qui avait cependant ses racines dans l'histoire et qui était le produit d'une croissance lente et progressive »²⁵².

71. La lente et progressive apparition du principe de souveraineté doit être retracée en partant de l'apport d'une tradition intellectuelle structurante dans la pensée juridique et politique occidentale, la tradition romano-canonique. Celle-ci apparaît à partir de la réforme grégorienne (XIe-XIVe siècles), dont le plus éminent promoteur fut le moine Hildebrand, arrivé au trône de saint Pierre en 1073 sous le nom de Grégoire VII. De cette dernière découle le « droit classique de l'Eglise » à travers un « malaxage de notions liturgiques, théologiques et canoniques avec le droit romain impérial découvert au XIIe siècle son intégralité »²⁵³. Elle constitue « un vivier de concepts et un modèle de positions-types sur lesquels les Etats laïcs en formation ne manqueront pas de s'aligner ou qu'ils utiliseront pour leur compte selon les besoins »²⁵⁴. C'est ainsi que Pierre Legendre la qualifie de « doctrine naissante de la Souveraineté »²⁵⁵.

²⁵² A. Passerin d'Entrèves, *La notion d'Etat*, Ed. Sirey, Paris, 1969, p. 130.

²⁵³ P. Legendre, *Leçons IX. L'autre Bible de l'Occident : le monument romano-canonique. Etude sur l'architecture dogmatique des sociétés*, Fayard, Paris, 2009, p. 141.

²⁵⁴ *Idem*.

²⁵⁵ *Idem*.

72. Il est donc important de commencer notre enquête sur la fonction de la souveraineté en nous intéressant d'abord aux racines romano-canoniques de ce principe (Section 1). A partir du milieu du XIII^e siècle, l'héritage séculaire romano-canonique inspira des juristes engagés auprès du pouvoir royal, notamment en France. Ces derniers, dont le plus éminent représentant demeure Jean Bodin, véritable « père intellectuel » du concept moderne de souveraineté, mirent leur talent au service d'un projet de centralisation de la puissance politico-juridique. La naissance d'une « pensée d'Etat », dont le fondement est le principe de souveraineté et l'incarnation institutionnelle est la Couronne, prolonge l'héritage romano-canonique et théologique tout en s'en émancipant. Il faudra donc l'étudier également pour apprécier la manière dont les légistes royaux constituent la souveraineté moderne, en théorisant un type particulier de puissance normative qui n'existait pas précédemment (Section 2).

Section 1. Les racines romano-canoniques du principe de souveraineté

73. La souveraineté et l'Etat sont deux objets conceptuels forgés à l'aide de « matériaux de récupération ». Ceux-ci sont, essentiellement, issus de trois sources : le droit romain, le droit romano-canonique et la théologie. Cette double influence, juridique et théologique, est à l'origine de l'essor de la pensée sur l'Etat à l'aube de la modernité, dès le XIII^e siècle. Dans ce sens, le concept d'Etat garde certainement une dimension métaphysique, comme un fil invisible qui le relie à ses origines romano-canoniques. Comme l'affirme Carl Schmitt dans une sentence devenue célèbre, « *tous les concepts prégnants de la théorie moderne de l'Etat sont des concepts théologiques sécularisés* »²⁵⁶. La dimension métaphysique qu'acquiert l'Etat, mise en évidence par les théoriciens de la « théologie politique »²⁵⁷ moderne, permet de mieux comprendre sa vocation à transcender les aléas du monde physique pour se perpétuer dans le temps et, donc, pour s'institutionnaliser. Or, comme nous le verrons, c'est cette dimension métaphysique de l'Etat que les juristes qui conçoivent la théorie juridique comme une activité purement scientifique chercheront à réfuter²⁵⁸.

²⁵⁶ C. Schmitt, *Théologie politique*, Gallimard (Coll. Bibliothèque des Sciences humaines), Paris, 1988, p. 46.

²⁵⁷ Nous pensons, bien évidemment, à Carl Schmitt et à son contemporain Ernst Kantorowicz.

²⁵⁸ Cf. *infra*. Titre 2, Chap. 2.

74. Partant, bien qu'il soit devenu la figure emblématique de la modernité politico-juridique, rationnelle et laïque, l'Etat n'est pas moins le fils de l'Eglise (§2) telle que celle-ci renaît de la réforme grégorienne (§1).

§ 1. La réforme grégorienne : l'accouchement de l'« Etat-Eglise »

75. Pour Pierre Legendre, la réforme grégorienne constitue le mouvement précurseur de l'Etat comme figure centrale de « *l'institutionnalité contemporaine* »²⁵⁹. L'Eglise devient en effet la première institution politico-juridique centralisée à s'établir en Occident après la chute de Rome. La réforme grégorienne a également pour effet, comme nous le verrons, de séparer les pouvoirs ecclésiastiques et séculiers.

Selon Julien Théry, cette période demeure « *« classique » dans l'histoire de l'Eglise catholique parce que la plupart des grands traits institutionnels qui demeurent les siens, aujourd'hui encore, ont pris forme à cette époque* »²⁶⁰. Bien qu'elle couvre une partie considérable du Moyen-Age (du XIe au XIVe siècle), Pierre Legendre estime que « *de Gratien (décennie 1130-40) à Innocent IV (mort en 1154) les jeux sont faits* »²⁶¹. Cela signifie que, au moment où s'achève « la Renaissance du XIIe siècle »²⁶², « *il existe désormais un espace normatif européen, aux frontières est et sud encore molles, féodalement fragmenté, mais soumis à un encadrement politico-juridique idéalisé autant qu'efficient en pratique, qui ressuscite, sous l'égide d'un christianisme latin sûr de sa vision stratégique, la civilisation du droit civil des Romains revisitée par la science des écoles* »²⁶³. C'est ainsi que « *l'articulation des XIIe-XIIIe siècles voit simultanément fleurir la scolastique et s'esquisser, par l'orchestration du Sainte-Siège, la forme étatique* »²⁶⁴.

²⁵⁹ Selon cet auteur, il convient de reconnaître à « *l'assemblage droit romain / christianisme sa facture de discours inaugural de l'institutionnalité contemporaine* » (P. Legendre, *Leçons IX. L'autre Bible de l'Occident : le monument romano-canonique. Etude sur l'architecture dogmatique des sociétés*, Op. cit., p. 21).

²⁶⁰ J. Théry, « Chapitre I. Le triomphe de la théocratie pontificale du IIIe concile du Latran au pontificat de Boniface VIII (1179-1303) », in M.-M. De Cevins et J.-M. Matz, *Structures et dynamiques religieuses dans les sociétés de l'Occident latin (1179-1449)*, Presses universitaires de Rennes, Rennes (France), 2010, p. 17.

²⁶¹ P. Legendre, *Leçons IX. L'autre Bible de l'Occident : le monument romano-canonique. Etude sur l'architecture dogmatique des sociétés*, Op. cit., p. 30.

²⁶² Cf. l'ouvrage de Jacques Verger (*La Renaissance du XIIe siècle*, Cerf (Coll. Initiations au Moyen-Âge), Paris, 1996).

²⁶³ P. Legendre, *Leçons IX. L'autre Bible de l'Occident : le monument romano-canonique. Etude sur l'architecture dogmatique des sociétés*, Op. cit., p. 31.

²⁶⁴ *Idem.*, p. 17.

76. Le « monument romano-canonique », pour reprendre la formule de Pierre Legendre, se fonde sur « la présence massive du bloc textuel romain reçu, pour l'essentiel, de Byzance »²⁶⁵, auquel s'adosse « la constitution progressive du bloc textuel canonique à compter du Décret de Gratien, point d'ancrage du montage juridique pontifical »²⁶⁶. Le droit romano-canonique, « noyau médiéval de la modernité »²⁶⁷, est donc le fruit (II) d'une révolution historique au sein de l'Eglise, la réforme grégorienne (I).

I. La réforme grégorienne, mouvement de réforme de l'Eglise et de projection de la puissance papale

77. La réforme grégorienne - nommée ainsi après Grégoire VII, pape de 1073 à 1085 - représente un vaste mouvement de réforme de l'Eglise initié à la fin du XIe siècle. Ses prémices remontent au pontificat de Léon IX (1049-1053)²⁶⁸. Un collectif de clercs proches du pape, dont faisait partie Hildebrand, constitua un « parti » orienté vers la promotion de la suprématie du pape sur l'Eglise. Ses méthodes reposaient sur « une publicité étendue pour le programme papal » à travers l'édition et la mise en circulation « d'une abondante littérature polémique comptant plusieurs centaines de pamphlets »²⁶⁹. Cela aurait constitué « la première grande campagne de propagande de l'histoire mondiale »²⁷⁰. L'arrivée de Hildebrand à la chaire de saint Pierre en 1073 accélère ce mouvement.

78. Mais la réforme grégorienne ne transforme pas seulement la structure interne de l'Eglise catholique romaine : elle a aussi un impact sur le paysage institutionnel et juridique dans l'ensemble de l'Europe occidentale. Comme l'indique Harold J. Berman, entre la chute de l'Empire romain d'Occident au Ve siècle et les premiers pas de la réforme grégorienne, « l'Europe consistait en une multiplicité d'unités tribales, locales et seigneuriales qui en vinrent à partager une foi religieuse et

²⁶⁵ *Ibid*, p. 33.

²⁶⁶ P. Legendre, *Leçons IX. L'autre Bible de l'Occident : le monument romano-canonique. Etude sur l'architecture dogmatique des sociétés*, Op. cit., p. 35.

²⁶⁷ *Ibid*, p. 38.

²⁶⁸ La revendication par le pape d'une autorité, non seulement sur les évêques mais également sur l'empereur et les rois, est plus ancienne car elle date au moins du pontificat de Nicolas Ier (856-867). Cependant, il faut attendre le milieu du XIe siècle pour qu'une offensive soit conduite afin d'imposer effectivement ces revendications aux autorités séculières.

²⁶⁹ H. J. Berman, *Droit et Révolution I*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, Aix-en-Provence (France), 2001, p. 107.

²⁷⁰ La formule est de R. F. Bennett, cité par *Idem*.

*une allégeance militaire communes vis-à-vis de l'empereur et, hors de l'empire, aux rois »*²⁷¹. Les autorités politiques se voyaient également nimbées d'une légitimité religieuse autonome, l'empereur et les rois étant considérés « *comme les représentants sacrés de la foi pour tous les sujets de l'empire ou du royaume »*²⁷². En effet, l'empereur jouissait du titre de « vicaire du Christ » (*vicarius Christi*), alors que le pape détenait celui, moins prestigieux, de « vicaire de Saint- Pierre »²⁷³. C'est le sens classique de la doctrine des « deux glaives » : « *la prêtrise administrait les mystères sacrés mais les empereurs faisaient les lois, y compris les lois ecclésiastiques »*²⁷⁴.

79. La réforme grégorienne a pour ambition de transformer cet état de fait. Elle se fonde, pour cela, sur la doctrine hiéocratique que les juristes canonistes développent au XIIe siècle. Le principe hiéocratique peut être résumé comme postulant « *l'institution dans l'Eglise d'un pouvoir centralisé et, dans l'ensemble de la société chrétienne, d'un pouvoir clérical »*²⁷⁵. La deuxième partie de la proposition (l'instauration d'un pouvoir clérical dans l'ensemble de la société chrétienne) a des origines anciennes, qui remontent au Ve siècle. Son fondement peut être retrouvé dans les Ecritures ainsi qu'à partir d'une réinterprétation du droit romain. Le passage de l'Evangile selon saint Matthieu qui porte sur le pouvoir des clés²⁷⁶ permet de justifier que le titulaire du pouvoir spirituel dispose de la faculté de soutenir ou de déposer les gouvernants civils. La donation de Constantin, dont la fausseté fut montrée au XVe siècle, soutient également la suprématie politique du pape dans l'occident chrétien. La première partie du postulat hiéocratique (l'institution dans l'Eglise d'un pouvoir centralisé), apparaît toutefois avec la réforme grégorienne.

80. Celle-ci a donc des conséquences à la fois à l'intérieur et à l'extérieur de l'Eglise. Sur le plan interne, la réforme grégorienne vise à transformer l'Eglise romaine, dont la structure est fortement décentralisée, en une monarchie pontificale « *gouvernée effectivement, au sommet de la hiérarchie,*

²⁷¹ *Ibid*, p. 67.

²⁷² *Idem*.

²⁷³ *Idem*.

²⁷⁴ *Ibid*, p. 106.

²⁷⁵ J. Théry, « Chapitre I. Le triomphe de la théocratie pontificale du IIIe concile du Latran au pontificat de Boniface VIII (1179-1303) », *Op. cit.*, p. 18.

²⁷⁶ « *Et moi, je te dis que tu es Pierre, et que sur cette pierre je bâtirai mon Eglise, et que les portes du séjour des morts ne prévaudront point contre elle. Je te donnerai les clefs du royaume des cieux : ce que tu lieras sur la terre sera lié dans les cieux, et ce que tu délieras sur la terre sera délié dans les cieux »*. Matthieu, 16 18-19. (J. Picq, *Politique et religion. Relire l'histoire, éclairer le présent*, Presses de SciencesPo, Paris, 2016, p. 40.)

par l'évêque de Rome »²⁷⁷. Autrement dit, l'autorité spirituelle que l'Eglise réclamait au profit des évêques échoit désormais au seul évêque de Rome (A). Sur le plan externe, elle donne au pape des moyens pour imposer sa primauté à l'autre autorité politique affichant des visées universelles : l'empereur. Comme l'indique Julien Théry, « *la querelle avec l'Empire fut le principal moteur de la réflexion sur la suprématie temporelle pontificale* »²⁷⁸ (B).

A. La transformation interne de l'Eglise

81. Comme nous l'avons évoqué, entre la chute de l'Empire romain d'occident au Ve siècle et le milieu du XIe siècle, le paysage institutionnel et juridique est marqué par la fragmentation et par une « *symbiose des milieux religieux et politiques* »²⁷⁹. Plus précisément, la relation entre le clergé et les autorités politiques royales ou impériale était dominée par les secondes. D'une part, les « laïcs » détenant la plupart des terres de l'Eglise, ce qui leur permettait de contrôler les revenus des clercs. D'autre part, les autorités politiques « séculières » désignaient, souvent parmi leurs proches, les titulaires « *des évêchés et autres sièges de fonctions ecclésiastiques situés sur leurs terres* »²⁸⁰. Dans un univers social, économique et politique dominé par la logique vassalo-féodale, les offices ecclésiastiques (appelés « bénéfices ») s'apparentaient à des fonctions de nature féodale²⁸¹. Enfin, la structure interne de l'Eglise était, elle-même, fortement décentralisée. Les évêques ne se trouvaient pas enserrés dans des rapports de subordination vis-à-vis du pape. Comme l'explique Julien Théry, « *dans la tradition ecclésiastique, l'évêque de Rome avait certes une prééminence honorifique car le premier à occuper son siège avait été Pierre, « prince des apôtres » distingué par le Christ. Mais tous les évêques étaient les successeurs des apôtres, dont il tenaient directement leur autorité pastorale (impartie lors de la Pentecôte). Le pouvoir de lier et de délier avait bien été donné à Pierre (Matthieu, 16, 19) mais aussi aux autres compagnons du Christ (Matthieu, 18, 18)* »²⁸². Ainsi, l'Eglise ne pouvait pas être conçue, avant que la réforme grégorienne ne déploie ses effets,

²⁷⁷ J. Théry, « Chapitre I. Le triomphe de la théocratie pontificale du IIIe concile du Latran au pontificat de Boniface VIII (1179-1303) », *Op. cit.*, p. 17.

²⁷⁸ *Ibid*, p. 20.

²⁷⁹ H. J. Berman, *Droit et révolution I*, *Op. cit.*, p. 102.

²⁸⁰ *Idem*.

²⁸¹ Comme l'indique H. J. Berman, « *c'est ainsi qu'un évêché était habituellement un vaste domaine féodal, avec des manoirs pour les vassaux, gérant les activités économiques et assumant les obligations militaires, et des paysans constituant la main-d'œuvre. Un office moindre dans le diocèse [...] pouvait être en même temps un bien lucratif, le titulaire ayant droit à une part des récoltes et du revenu des divers types de services* ». *Idem*.

²⁸² *Ibid*, p. 18.

comme une « *structure visible, statutaire, légale, dressée en face de l'autorité politique* »²⁸³. Par conséquent, « *pour la majorité des Chrétiens, la papauté est lointaine* »²⁸⁴.

82. Au sein de l'Empire, la tendance à la fragmentation faisait peser une double responsabilité sur l'empereur. Celui-ci détenait, d'une part, des fonctions militaires, dont celle de « *maintenir une coalition d'armées tribales* ». D'autre part, l'empereur avait la tâche de maintenir et de consolider le *populus christianus* sur des territoires habités par des « *peuples à peine sevrés du paganisme* »²⁸⁵. L'empereur Charlemagne avait pu, à ce titre, convoquer un « concile universel » en 794, à Francfort, où d'importantes modifications dans la doctrine théologique et le droit ecclésiastique avaient été adoptées²⁸⁶. C'est ainsi que « *l'empire n'était pas une entité géographique mais une autorité militaire et spirituelle* »²⁸⁷. La doctrine développée par le savant Alcuin, très influent auprès de Charlemagne, confirme l'idée d'une mise sur pied de l'Empire sur un fondement chrétien (« *cet Empire qui vient de renaître, c'est avant tout l'Empire chrétien (imperium christianum)* »²⁸⁸).

83. La situation de l'Eglise à l'aube de l'an mille permet de prendre la mesure du caractère révolutionnaire du mouvement de réforme entrepris dès le milieu du XI^e siècle. Sur le plan intérieur, la réforme grégorienne redessine, par le biais du droit canon, de nouveaux rapports avec les évêques marquées par le concept de *plenitudo potestatis* (« plénitude de puissance »)²⁸⁹, un « *terme technique servant à désigner la souveraineté pontificale* »²⁹⁰. Le terme de *plenitudo potestatis* permet en effet de nommer le pouvoir originaire et suprême du pape, dont découle la compétence de juridiction (*pars sollicitudinis* ou « part de sollicitude ») des évêques²⁹¹. Pour cela, «

²⁸³ *Ibid*, p. 104.

²⁸⁴ J. Gaudemet, *Formation du droit canonique et gouvernement de l'Eglise de l'Antiquité à l'âge classique*, Presses universitaires de Strasbourg (Coll. Société, droit et religion en Europe), Strasbourg (France), 2008, p. 172.

²⁸⁵ *Ibid*, p. 103

²⁸⁶ *Ibid*, p. 105.

²⁸⁷ *Idem*.

²⁸⁸ R. Folz, *Le couronnement impérial de Charlemagne*, *Op. cit.* p. 196.

²⁸⁹ L'autorité suprême du pape sera également nommée *imperium spirituale*. Le réemploi de concepts romains (*imperium, potestas, auctoritas*) témoigne de l'importance de la redécouverte des sources romaines dans l'essor du droit canonique (ce dernier sera même qualifié de « droit romain second » par Pierre Legendre).

²⁹⁰ A. Paravicini Bagliani, « Chapitre II. La suprématie pontificale (1198-1274) », in J.-M. Mayeur, Ch. et L. Pietri, A. Vauchez, M. Venard, *Histoire du christianisme des origines à nos jours, tome V. Apogée de la papauté et expansion de la chrétienté (1054-1274)*, Desclée, Paris, 1993, p. 577.

²⁹¹ J. Théry, « Chapitre I. Le triomphe de la théocratie pontificale du III^e concile du Latran au pontificat de Boniface VIII (1179-1303) », *Op. cit.*, p. 19.

*Innocent III utilisa des idées ecclésiologiques très anciennes, qui étaient demeurées latentes ou sporadiques, pour instituer une stricte subordination de la hiérarchie ecclésiastique au pontife romain »*²⁹². Ainsi, si le pouvoir d'ordre des évêques, de nature liturgique car relatif à l'administration des sacrements, demeure autonome, leur pouvoir de juridiction, en revanche, *« n'existait plus que par délégation du pontife romain »*²⁹³.

84. Le « souverain pontife »²⁹⁴ se hisse, par le maniement de concepts juridiques forgés pour soutenir le programme de la réforme grégorienne, à la tête de l'Eglise. C'est donc par le biais du droit que le pape affirme son autorité, d'abord sur l'ensemble des évêques puis ensuite, sans pouvoir finalement l'imposer dans le temps, sur le pouvoir séculier. En effet, ramené à son noyau dur, le programme qui anime la réforme grégorienne repose sur deux piliers formulés par le pape Grégoire VII (1073-1085) : *« d'une part, le pape est le juge suprême universel ; il juge tout le monde en dernière instance et personne ne peut le juger. D'autre part, le plus humble des prêtres possède une autorité supérieure à celle du plus puissant des empereurs, parce que l'ordination a fait de lui un représentant du Christ en l'investissant du pouvoir de médiation sacramentelle »*²⁹⁵.

B. Les prétentions papales vis-à-vis de l'extérieur de l'Eglise

85. La réforme grégorienne établit une hiérarchie au sommet de laquelle se trouve l'institution pontificale, dont la primauté s'impose non seulement aux membres de l'Eglise mais également aux autorités politiques séculières. Comme l'indique M. David, les décrétistes²⁹⁶ *« prennent soin le plus souvent de qualifier de superlativa l'auctoritas du pape, signifiant par là qu'ils la considèrent comme étant suprême par rapport à celle dont telle ou telle autre instance prétendrait également se prévaloir. Et notamment l'empereur »*²⁹⁷. Il est en effet communément admis chez les canonistes (Rufin, Etienne de Tournai, Huguccio, etc.) que le pape dispose des compétences suivantes :

²⁹² *Idem.*

²⁹³ *Idem.*

²⁹⁴ Expression inspirée du *pontifex maximus* romain. Dignité initialement religieuse, elle devient, après la mort d'Auguste en l'an 14, inséparable de la dignité impériale. L'empereur romain était *pontifex maximus*, il n'est donc guère surprenant que le pape réclame pour lui ce statut.

²⁹⁵ J. Théry, « Chapitre I. Le triomphe de la théocratie pontificale du IIIe concile du Latran au pontificat de Boniface VIII (1179-1303) », *Op. cit.*, p. 17.

²⁹⁶ Il s'agit de juristes canonistes commentateurs du décret de Gratien.

²⁹⁷ M. David, *La souveraineté du peuple*, *Op. cit.* p. 28.

confirmation, voire nomination directe, à l'occasion du sacre, de l'avènement « *des monarques laïcs, spécialement de l'empereur* »²⁹⁸ ; droit de juger et de sanctionner « *l'empereur et le roi qui ne se conforment pas, dans l'exercice de leurs fonctions, aux préceptes chrétiens* »²⁹⁹. Ces sanctions sont de nature juridique (excommunication, déposition, dissolution des serments liant les sujets à des monarques condamnés)³⁰⁰. Rufin « *affirme que le pape a sur les puissances laïques une prééminence (auctoritatem) qui s'étend au temporel tant sur l'empereur que sur les rois ; ceux-ci étant chargés d'assurer l'officium administrandi* »³⁰¹. Etienne de Tournai estime, à travers un raisonnement similaire, que le pape dispose de l'*auctoritas* cependant que l'empereur et le roi - placés à égalité - exercent la *potestas*. Or, si la *potestas* est le fondement de l'*administratio*, c'est de l'*auctoritas* que découle la *potestas*³⁰². Cela étant, Etienne de Tournai établit « *l'équivalence des fonctions d'imperator et de rex* »³⁰³, attribuant au roi, dans les limites de son royaume « la prérogative impériale de faire des « constitutions » et des « édits » ». Il est, à ce titre, tenu en grande estime par Philippe-Auguste - il fut même parrain de son fils, le futur roi Louis VIII.

86. Ainsi, le pape revendique une compétence judiciaire suprême dépassant le seul cadre de l'Eglise et s'imposant également sur les pouvoirs laïcs, dont notamment le pouvoir impérial. Comme l'indique J. Théry, « *l'idée que le pape était le juge suprême et universel parce que ses décisions étaient l'expression de la volonté divine allait être déclinée par les décrétalistes et les ecclésiologues, avec plus ou moins de nuances, tout au long des XIIIe et XIVe siècles* »³⁰⁴. En effet, à la fois l'Empire et l'Eglise sont mus par l'ambition d'un *dominium mundi*, une domination universelle que l'Etat, entité intrinsèquement territorialisée, ne poursuivra pas. Selon l'historien italien Agostino Paravicini Bagliani, « *l'imitation de l'empire a accompagné l'histoire de la papauté depuis le début de la réforme du XIe siècle* »³⁰⁵. Il faut noter que l'empire conserve, tout au long du Moyen-Âge occidental, une puissante force de séduction. Il constitue un horizon politique indépassable que le temps écoulé depuis la chute de Rome ne parvient pas à effacer. Ainsi,

²⁹⁸ *Ibid*, p. 32.

²⁹⁹ *Idem*.

³⁰⁰ *Idem*.

³⁰¹ *Ibid*, p. 27.

³⁰² *Ibid*, p. 28.

³⁰³ J. Krynen, « La souveraineté avant Bodin : le moment Philippe Le Bel », *Op. cit.*, , p. 33-34.

³⁰⁴ M. David, *La souveraineté du peuple*, *Op. cit.*, p. 19.

³⁰⁵ Cité par *Ibid*, p. 20.

l'ambition d'une renaissance de l'Empire (*renovatio empirii*) apparaît comme le « corollaire de la forte croyance à l'éternité de l'Empire, dont on pensait qu'elle était assurée par des rénovations successives qui rendaient à l'institution sa jeunesse et sa vigueur »³⁰⁶. De plus, l'empire émerge comme un modèle politique potentiellement concurrent de la puissance du pape car il vise, comme ce dernier, à exercer une autorité universelle sur l'ensemble de la chrétienté occidentale. Comme la *Res publica christiana* dont le pape est à la tête, l'Empire carolingien amorcé par Pépin le Bref et parachevé par Charlemagne aux VIII et IXe siècles est pensé à partir des sources et de l'expérience antiques, même si cette inspiration disparaît rapidement³⁰⁷.

87. Face à l'Empire, le fondement d'une telle puissance pontificale est retrouvé dans un passage de l'Evangile selon saint Matthieu, qui porte sur le pouvoir des clés : « *Je te donnerai les clefs du royaume des cieux ; tout ce que tu lieras sur la terre sera lié dans les cieux et tout ce que tu délieras sur la terre sera délié dans les cieux* ». Ce texte est interprété comme déliant le pape du respect des lois positives³⁰⁸. L'adage « *la mitre pour le sacerdoce, la tiare pour le règne* » ainsi que la parabole des deux glaives illustrent bien cette conception d'une double autorité suprême du pape, au temporel comme au spirituel. Par conséquent, « *le fait qu'empereurs et rois, étant laïcs, ne détenaient que le glaive temporaire, autrement dit n'étaient responsables que des affaires de ce monde, les plaçait en subordination vis-à-vis de ceux qui, détenant le glaive spirituel, portaient la responsabilité des affaires des âmes et se concentraient avec ardeur sur les sujets célestes* »³⁰⁹.

88. Aussi, le terme de *plenitudo potestatis* traduit à la fois une conception du pouvoir (une vision politique) et une compétence juridique. Il est possible de la rapprocher du terme romain de «*auctoritas*». Depuis longtemps, l'adage romain « *cum potestas in populo, auctoritas in Senatu sit* »

³⁰⁶ R. Folz, *Le couronnement impérial de Charlemagne*, Gallimard (Coll. Les journées qui ont fait la France), Paris, 1964, p. 194.

³⁰⁷ Tout d'abord, selon la thèse défendue par Robert Folz, la dimension universaliste de la conception que Charlemagne se fait de l'empire tend à s'estomper progressivement. A la fin de son règne, la référence à Rome et aux Romains semble mise de côté et remplacée par la référence au royaume et au peuple des Francs. Il est loisible de penser que cette conception de l'Empire comme instrument de la rénovation du peuple franc permet à partir du XIIIe siècle qu'émerge l'idée selon laquelle le roi de France est empereur en son royaume. Ensuite, sur le plan normatif, l'importance de la coutume et le faible degré de centralisation du pouvoir normatif demeurent emblématiques du droit sous l'empire carolingien malgré la tentative de l'empereur de consolider sa puissance. Enfin, nonobstant la renaissance de l'idée de *Res publica*, la conception germanique et patrimoniale du pouvoir subsiste.

³⁰⁸ C'est une idée analogue à celle qui apparaît dans le *Digeste* sous la formule « *Princeps legibus solutus est* » et qui est ensuite reprise par Jean Bodin pour forger le principe de souveraineté (cf. *Infra*. Chap. 2). A propos de cette maxime, Adhémar Esmein affirmera que « *peu de textes ont exercé une influence plus profonde sur le développement du droit public dans certains pays d'Europe et surtout en France* » (cité par A. Rigaudière, *Penser et construire l'Etat dans la France du Moyen-Âge*, IGPDE, Paris, 2003, p. 39).

³⁰⁹ H. J. Berman, *Droit et révolution I*, *Op. cit.*, p. 125.

fonde les « *responsabilités bien séparées* »³¹⁰ qui incombent d'une part aux titulaires du pouvoir séculaire (la *potestas*) et d'autre part aux dépositaires de l'autorité (*auctoritas*), qui résidait jadis dans les *patres* du Sénat. Comme le résume Jean Picq, « *l'autorité n'a pas le pouvoir mais elle surveille le pouvoir pour qu'il ne trahisse pas le pacte fondateur* »³¹¹. Or en rapprochant la *plenitudo potestatis* d'une forme de *auctoritas*, le pouvoir spirituel conserve une primauté : tout en se soumettant à l'ordre public séculaire, il garde sur celui-ci un « *droit de jugement ultime* »³¹². Le pape Gélase le résume parfaitement dans une lettre adressée à l'empereur d'Orient : « *bien que ta dignité te place au-dessus du genre humain, tu inclines cependant, par un devoir religieux, ta tête devant ceux qui sont chargés des choses divines et tu attends d'eux les moyens de te sauver; et pour recevoir les célèbres mystères et les dispenser comme il convient, tu dois, tu le sais aussi, selon la règle de la religion, te soumettre plutôt que diriger* »³¹³. La distinction entre l'autorité et l'exercice effectif du pouvoir de domination permet de justifier que les évêques, pourtant dépourvus d'instruments de contrainte, puissent imposer leur volonté aux gouvernants séculiers³¹⁴ : « *la potestas découle de l'auctoritas* »³¹⁵. Comme nous le verrons, l'un des apports principaux de la doctrine bodinienne de la souveraineté est précisément de ramener les deux, autorité et puissance de domination, à l'unité³¹⁶.

89. Au-delà du juridique, l'affrontement entre le pape et l'empereur se joue également sur le terrain symbolique. Plus particulièrement, les deux autorités se disputent un même héritage, celui de l'Empire romain. Une forgerie, longtemps considérée comme authentique, connue sous le nom de Donation de Constantin (« *Donatio Constantini* »), fonde les prétentions pontificales. Selon ce document, l'empereur Constantin Ier aurait légué au pape Sylvestre un ensemble de biens et de privilèges, notamment les insignes impériaux et les insignes sénatoriaux. Ainsi, « *se souvenant que Constantin avait concédé à Sylvestre le diadème ou la couronne, le phrygium (un chapeau blanc de forme conique), la chlamyde pourpre, les sceptres et les étendards, les Dictatus papae (1075) et les Proprie auctoritates apostolice sedis (fin XIe-début XIIe siècle) proclament le droit exclusif du*

³¹⁰ J. Picq, *Politique et religion. Relire l'histoire, éclairer le présent*, Op. cit., p. 41.

³¹¹ *Idem*.

³¹² *Ibid*, p. 42.

³¹³ *Ibid*, p. 41

³¹⁴ Comme l'écrit Marcel David : « *le seul souverain dans les cieux et sur la terre est Dieu* ». p. 25.

³¹⁵ *Ibid*, p. 27-28.

³¹⁶ Cf. *infra*. Chap. 2.

*pape aux insignes impériaux »*³¹⁷. Sur le plan dignitaire, nous avons évoqué la hiérarchie qui s'établissait entre l'empereur ou le roi comme « vicaire du Christ » et le pape, couramment désigné comme « vicaire de Saint- Pierre ». Or, ainsi que le note Julien Théry, « *dès 1198, Innocent III écrivait : « Bien que nous soyons le successeur du prince des apôtres, nous ne sommes pas le vicaire de Pierre, d'aucun apôtre ou d'aucun homme, mais le vicaire de Jésus Christ »* »³¹⁸. C'est ainsi que « *le titre de vicarius Christi, désormais utilisé systématiquement, devint le monopole du pape* ». Par conséquent, « *puisque'eux seuls représentaient le Christ sur terre, l'autorité des pontifes romaines était celle de Dieu même, donc supérieure à toute autre* »³¹⁹.

II. Le droit romano-canonique, instrument privilégié de la réforme grégorienne

90. Dans le cadre de la réforme grégorienne, le droit apparut comme un rouage fondamental pour imposer la suprématie pontificale. Le « *potentiel du droit comme source d'autorité et comme moyen de discipline* »³²⁰ dans un contexte où la papauté ne pouvait pas s'opposer à ses ennemis par le biais des armes fut pleinement exploité³²¹. Cette période est ainsi marquée par un « *âge d'or du droit canonique* », moyen privilégié pour imposer l'institution d'un pouvoir centralisé dans l'Église et d'un pouvoir clérical dans l'ensemble de la société chrétienne³²². Cet héritage transcende son époque. Comme l'affirme Harold J. Berman, « *de même que la révolution papale donna naissance à l'Etat occidental moderne, elle donna naissance aux systèmes juridiques modernes de l'Occident, dont le premier fut le système moderne du droit canonique* »³²³.

91. Le document fondateur du droit romano-canonique est le Décret de Gratien. Il s'agit d'une synthèse monumentale rédigée à Bologne entre 1139 et 1158, alors que les deux premiers conciles

³¹⁷ F. Delivré, « La (fausse) donation de Constantin », *Raison présente*, 2018/4 n° 208, p. 86.

³¹⁸ J. Théry, « Chapitre I. Le triomphe de la théocratie pontificale du IIIe concile du Latran au pontificat de Boniface VIII (1179-1303) », *Op. cit.*, p. 19.

³¹⁹ *Idem.*

³²⁰ H. J. Berman, *Droit et révolution I*, *Op. cit.*, p. 109.

³²¹ La fameuse phrase de Staline prononcée en 1935 (« *le pape, combien de divisions?* ») n'était pas moins actuelle un millénaire plus tôt !

³²² J. Théry, « Chapitre I. Le triomphe de la théocratie pontificale du IIIe concile du Latran au pontificat de Boniface VIII (1179-1303) », *Op. cit.*, p. 18.

³²³ H. J. Berman, *Droit et révolution I*, *Op. cit.*, p. 129.

de Latran réglaient les conflits nés de la Querelle des investitures³²⁴. Le terme de « décret » prête à confusion car il ne s'agit pas d'un texte unique : il réunit, au contraire, près de 4000 textes juridiques ou théologiques éparés. Il est également appelé « concorde des canons discordants » (*Concordia discordantium canonum*) car il confronte « les textes transmis par les collections canoniques, les principes de droit romain et les normes émises plus récemment par les papes en s'efforçant méthodiquement de résoudre les contradictions »³²⁵. Sa fonction est donc de concilier les différences entre canons. Comme l'indique le professeur Jean-Urbain Comby, « par rapport aux compilations précédentes, Gratien applique la méthode naissante de la scolastique aux textes de la tradition chrétienne (Pères, conciles, décrets des papes) : résoudre les contradictions entre les canons anciens et réconcilier les doctrines »³²⁶. Ainsi, il parvient à rassembler et unifier « l'ensemble de la tradition canonique de l'Église d'Occident »³²⁷. L'intégration au corpus de droit canonique de textes issus du droit romain « fait de l'ouvrage une arme juridique incomparable au service de la papauté, point de départ de toutes les études et codifications ultérieures, à l'égal du Digeste »³²⁸. Un demi-siècle plus tard, en 1234, Grégoire IX promulgue le *Liber extra*, connu sous le nom de *Décrétales*, qui forme avec le Décret de Gratien le « second monument du droit canonique »³²⁹. Ces deux ensembles constituent en effet les sources principales du droit canonique (*corpus juris canonici*) jusqu'au début du XXe siècle³³⁰. La comparaison avec le *Digeste* est tout à fait pertinente car « ce montage de l'Eglise par imitation de l'empire » vise à donner « statut de légalité et de légitimité au pouvoir »³³¹.

92. Le corpus juridique et théorique qui en découle porte le nom de « romano-canonique » car il repose sur la redécouverte du droit romain dès le XIe siècle (A). Sa construction à travers la

³²⁴ Cf. J.-U. Comby, « Décret de Gratien », *Encyclopédie Universalis*.

³²⁵ J. Théry, « Chapitre I. Le triomphe de la théocratie pontificale du IIIe concile du Latran au pontificat de Boniface VIII (1179-1303) », *Op. cit.*, p. 22.

³²⁶ J.-U. Comby, « Décret de Gratien », *Encyclopédie Universalis*.

³²⁷ *Idem*.

³²⁸ *Idem*.

³²⁹ J. Théry, « Chapitre I. Le triomphe de la théocratie pontificale du IIIe concile du Latran au pontificat de Boniface VIII (1179-1303) », *Op. cit.*, p. 22.

³³⁰ *Ibid*, p. 23.

³³¹ J. Picq, *Une histoire de l'Etat en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen-Âge à nos jours*, Les Presses de SciencesPo, Paris, 2015, p. 133.

méthode scolastique et l'enseignement du droit dans les Universités opère une charnière dans l'histoire de la pensée juridique européenne (B).

A. La redécouverte du droit romain

93. Le point de départ de la « *renaissance du droit romain* »³³² observée en Italie à partir du XI^e siècle repose sur la redécouverte des « compilations de Justinien »³³³, c'est-à-dire le Code, les Institutes et le Digeste. Ces textes, établis au premier tiers du VI^e siècle sous l'autorité de l'empereur byzantin compilaient « *l'essentiel des principes et des solutions dégagées au cours des siècles par les juristes de Rome* »³³⁴. Or leur récupération suscite immédiatement l'admiration du fait de leur « *supériorité par rapport au droit coutumier, qui régnait alors dans l'Europe occidentale* »³³⁵.

De ce point de vue, comme le montre Harold J. Berman, le droit en Occident avant la réforme grégorienne ne se présente ni comme un « *système distinct de régulation sociale, ni comme un système distinct de pensée* »³³⁶. Autrement dit, le droit n'existe pas encore dans aucune des deux acceptions qu'il revêt aujourd'hui : comme un ensemble organisé de règles de conduite autonome des autres ensembles à vocation normative (morale, religion, etc.) et comme une discipline scientifique autonome vis-à-vis de disciplines tiers (sociologie, science politique, histoire, etc.). Partant, la réforme grégorienne intervient, en Europe occidentale, dans un contexte politico-juridique où « *il manquait, aussi bien dans les sphères ecclésiastiques que séculières, une distinction nette du Droit d'avec les autres procédés de contrôle social et d'avec d'autres types de préoccupation intellectuelle* »³³⁷. Le paysage juridique qui domine l'Europe occidentale entre le Ve et le XI^e siècle est en effet marqué par une certaine forme de désordre. Le droit séculier restait « *encore enfoui dans le terreau commun des coutumes tribales, locales et féodales ou dans les habitudes et les règlements des entourages royaux et impériaux* »³³⁸. Le droit ecclésiastique n'était

³³² J. Théry, « Chapitre I. Le triomphe de la théocratie pontificale du III^e concile du Latran au pontificat de Boniface VIII (1179-1303) », *Op. cit.*, p. 23.

³³³ J. Gaudemet, « Droit romain », *Encyclopédie Universalis*.

³³⁴ *Idem*.

³³⁵ *Idem*.

³³⁶ H. J. Berman, *Droit et révolution I*, *Op. cit.*, p. 99.

³³⁷ *Idem*.

³³⁸ *Idem*.

pas moins organisé et son autonomie vis-à-vis de « *la théologie, les préceptes moraux, la liturgie* »³³⁹ n'était pas suffisamment affirmée. Plus encore, comme nous l'avons évoqué précédemment³⁴⁰, la structure interne de l'Eglise demeurerait fortement décentralisée et son droit « *était principalement local ou régional et plus souvent coutumier qu'édicte* »³⁴¹.

94. De même, la redécouverte du droit romain au milieu du XI^e siècle intervient alors que les sociétés européennes se transforment sous la pression de facteurs sociaux et économiques. Cette « Renaissance du XII^e siècle » voit apparaître dans toute l'Europe des cités libres et des réseaux de marchands qui développent leurs activités entre les villes et entre les régions. Les cités libres sont dotées d'institutions propres sécrétant un droit communal et les réseaux de marchands élaborent les jalons d'un droit corporatif qu'Édouard Lambert identifie en 1934 comme une *lex mercatoria* née « *comme la loi marchande médiévale de la seule force des faits économiques, et sans aucune consécration d'autorités étatiques territoriales* »³⁴². En dehors des centres urbains, le droit féodal (de seigneur à vassal) et le droit manorial (de seigneur à paysans) se développent également³⁴³. C'est ainsi que « *lorsque l'essor économique et l'émergence de nouveaux pouvoirs publics, aux XI^e-XII^e siècles, créèrent des besoins normatifs inédits, le Code (534), les Institutes (533) et le Digeste (533) [...] fournirent un gigantesque matériau et les éléments de base, la grammaire de la nouvelle science du droit* »³⁴⁴. Par conséquent, le droit canonique joue un rôle fondamental dans ce mouvement de construction des systèmes légaux modernes à partir du droit romain. En ce sens, le droit canonique devient, avec la réforme grégorienne, un « droit romain second ». En effet, « *son rôle fut décisif pour l'adaptation de ces textes aux contextes de l'Occident chrétien par des jeux de sélection, de détournement et de réinterprétation* »³⁴⁵.

³³⁹ *Idem.*

³⁴⁰ Cf. *supra*. I.

³⁴¹ H. J. Berman, *Droit et révolution I*, *Op. cit.*, p. 99.

³⁴² É. Lambert, Sources du droit comparé ou supranational. Législation uniforme et jurisprudence comparative, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Duchemin, t. III, p. 498. Cité par A. Lejbowicz, *Philosophie du droit international. L'impossible capture de l'humanité*, PUF (Coll. Fondements de la politique), Paris, 1999, p. 77.

³⁴³ H. J. Berman, *Droit et révolution I*, *Op. cit.*, p. 100.

³⁴⁴ J. Théry, « Chapitre I. Le triomphe de la théocratie pontificale du III^e concile du Latran au pontificat de Boniface VIII (1179-1303) », *Op. cit.*, p. 22.

³⁴⁵ *Ibid*, p. 22.

95. Plus précisément, la vision théocratique défendue par Hildebrand vise à renouer avec les concepts du droit romain de la période impériale, qui débute en l'an 27 av. J.-C.. Celle-ci invente la figure du *princeps*, c'est-à-dire « le premier »³⁴⁶. Le prince se voit reconnaître trois compétences juridiques qui opèrent une rupture avec la période républicaine. Tout d'abord, il exerce un « *pouvoir d'influence* » de nature morale exprimé par le concept d'« *auctoritas* ». En ce sens, il « *exerce une autorité de type paternel que traduit son titre de « Pater Patriae* » (« *père de la patrie* ») »³⁴⁷. Ensuite, le prince détient la « *puissance tribunicienne* ». Il est considéré comme « *tribun permanent* » et, à ce titre, il revêt un statut « *sacro-saint* » qui le laisse apparaître comme « *le protecteur « naturel » du petit peuple* »³⁴⁸. Enfin, et surtout, le prince est également empereur en tant que titulaire de l'*imperium* proconsulaire. Il s'agit du « *pouvoir suprême (imperium) du consul que le Sénat désignait, à la fin de son année d'exercice, comme gouverneur d'une province : le consul dont le pouvoir était ainsi « prorogé » pour une province particulière s'appelait un proconsul. Dire que l'empereur est investi de l'imperium proconsulaire, sans autre précision de temps ni de lieu, signifie donc qu'il dispose de l'autorité suprême en permanence, dans toutes les provinces de l'Empire : pouvoir considérable qui inclut bien sûr le commandement en chef des légions (c'est le sens précis du terme imperator, qui a donné « empereur ») »*³⁴⁹. C'est donc à partir de ce fonds que « *les canonistes de la fin du XIe et durant le XIIIe siècle attribuèrent le gouvernement souverain de l'Eglise (imperium) au pape. Le pape était la tête de l'église et tous les autres Chrétiens en étaient les membres. Il avait pleine autorité (plenitudo auctoritatis) et pouvoir entier (plenitudo potestatis) »*³⁵⁰. Par exemple, lorsque le pape Innocent III qualifie, dans sa décrétale *Vergentis*, l'hérésie de « crime de lèse-majesté », c'est-à-dire de crime pouvant être puni par la mort, il s'approprie une compétence normative de nature pénale propre à l'empereur. Il ne fait que reprendre le principe romain selon lequel « ce qui a plu au Prince a force de loi » (« *quod principi placuit legis habit vigorem* »³⁵¹).

³⁴⁶ J.-M. Carbasse, *Manuel d'introduction historique au droit*, PUF (Coll. Droit fondamental - Manuels), Paris, 7e éd., 2017, p. 30.

³⁴⁷ *Idem*.

³⁴⁸ *Idem*.

³⁴⁹ *Idem*.

³⁵⁰ H. J. Berman, *Droit et révolution I*, *Op. cit.*, p. 220.

³⁵¹ J. Picq, *Une histoire de l'Etat en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen-Âge à nos jours*, *Op. cit.*, p. 133.

96. L'influence du droit romain sur le plan matériel se lie avec la scolastique, développée au sein des universités, sur le plan méthodologique pour animer un profond renouvellement de la pensée juridique occidentale.

B. La méthode scolastique et l'enseignement du droit dans les Universités

97. Le développement spectaculaire du droit romano-canonique - à la fois de son contenu et de sa cohérence - au cours des XI-XIIe siècles est nourri par la méthode scolastique et l'essor des premières universités. A leur tour, ces dernières contribuent à l'évolution des profils des membres du haut clergé.

98. La naissance des premières universités (Bologne, Paris, Naples...) est une conséquence indirecte de deux phénomènes qui transforment profondément l'Europe occidentale entre le XIe et le XIIIe siècle : la réforme grégorienne et le développement social, économique et marchand du continent à ce moment. Ces deux phénomènes se conjuguent pour faire naître des besoins en matière de services juridiques, ce qui alimente la croissance des premières universités. Au départ, celles-ci ont un statut informel. Comme l'indique H. J. Berman au sujet des études juridiques, *« des étudiants se groupaient pour payer un enseignant pendant un an pour leur commenter ces textes ; la forme légale adoptée était celle d'une association (en latin societas) du maître et de ses élèves »*³⁵². Or l'étude du droit romain, dont la redécouverte permet d'enrichir le droit canon ainsi que les corpus normatifs applicables en matière civile, fédère un public croissant. Progressivement, ces associations s'institutionnalisent et leurs membres, souvent des étrangers à la cité ou au royaume, acquièrent des garanties de la part des autorités contre les risques inhérents à leur statut précaire. Comme l'indiquent André Vauchez et Agostino Paravicini Bagliani, c'est à partir des dernières décennies du XIIe siècle que *« les maîtres qui enseignaient dans les écoles et leurs étudiants, de plus en plus nombreux, éprouvèrent le besoin de se regrouper en « université » (universitas), terme qui désigne, dans le vocabulaire latin de l'époque, toute association rassemblant les membres d'une même profession »*³⁵³. C'est ainsi que *« la plupart des universités médiévales, à l'exception de celle de Naples, qui fut créée en 1224 par l'empereur Frédéric II, sont*

³⁵² H. J. Berman, *Droit et révolution I*, Op. cit., p. 136.

³⁵³ A. Vauchez et A. Paravicini Bagliani, « Chapitre III. L'essor des universités et de la théologie scolastique », Op. cit., p. 795.

nées du développement spontané d'écoles préexistantes »³⁵⁴. Le développement d'autres champs de connaissance comme la théologie³⁵⁵ ou la médecine³⁵⁶ nourrissent également le développement des universités.

99. La papauté joue un rôle crucial dans la genèse des universités européennes « *en comblant de privilèges un certain nombre [...] et en soutenant leur revendication d'autonomie par rapport aux autorités locales* »³⁵⁷. Ce fut par exemple le cas de l'Université de Paris (le *studium parisiense*). En 1215, le pape Innocent III mandate le cardinal Robert de Courçon pour réformer les écoles de la capitale. Ce dernier promulgue un statut « *permettant, entre autres, aux maîtres et étudiants de se donner des constitutions, portant en particulier sur les agissements criminels contre les étudiants, les locations, les habits, les sépultures, les cours et les « disputations* »³⁵⁸. L'autonomie statutaire de l'Université fut, par la suite, « *constamment défendue par la papauté contre les attaques de l'évêque et du chancelier de Paris* »³⁵⁹. De même, les universités de Toulouse, de Montpellier, d'Oxford ou de Bologne font l'objet d'une intervention de la part du pape pour en sauvegarder l'autonomie vis-à-vis des pouvoirs locaux, notamment séculiers. L'interventionnisme des papes du XIII^e siècle dans ces institutions fait écho à la « *volonté de centralisation* » et « *au désir de mettre un peu d'ordre dans le domaine de l'enseignement* »³⁶⁰. L'exemple de l'école de Bologne est particulièrement éloquent. Lorsque s'y consolida, à la fin du XI^e siècle, l'enseignement du droit romain, celui-ci y était « *libre de tout contrôle ecclésiastique direct* »³⁶¹. En témoigne le fait que « *les juristes de Bologne furent généralement libres de soutenir des thèses opposées sur le degré auquel telle ou telle disposition des lois romaines justifiait les prétentions impériales ou papales* »³⁶². Cependant,

³⁵⁴ *Idem*.

³⁵⁵ Celle-ci est notamment stimulée par la découverte de textes grecs, notamment aristotéliens, traduits de l'arabe au latin.

³⁵⁶ Par exemple, les écoles de médecine de Montpellier jouissent d'un prestige établi dès le mitan du XII^e siècle, ce qui va motiver la création de son université à la fin du XIII^e siècle (Cf. A. Vauchez et A. Paravicini Bagliani, « Chapitre III. L'essor des universités et de la théologie scolastique », in J.-M. Mayeur, Ch. et L. Pietri, A. Vauchez, M. Venard, *Histoire du christianisme des origines à nos jours, tome V. Apogée de la papauté et expansion de la chrétienté (1054-1274)*, Op. cit., p. 802).

³⁵⁷ *Ibid*, p. 796.

³⁵⁸ *Ibid*, p. 797.

³⁵⁹ *Idem*.

³⁶⁰ *Ibid*, p. 804.

³⁶¹ H. J. Berman, *Droit et révolution I*, Op. cit., p. 139.

³⁶² *Idem*.

en 1219, le pape adopta un décret imposant à tous les maîtres l'obtention d'une *licentia docendi* (une licence d'enseigner) octroyée par l'archidiacre de Bologne³⁶³. Progressivement, l'obtention de cette licence s'imposa dans toute l'Italie comme ailleurs. Aussi, « *en de nombreux endroits d'Europe, le contrôle lointain des pouvoirs ecclésiastiques sur les universités provoqua des révoltes périodiques parmi les étudiants* »³⁶⁴.

100. Au sein des universités européennes - soumises, donc, à partir du XIII^e siècle, à un étroit contrôle de la part de la papauté - s'épanouit l'enseignement du droit et de la théologie selon la méthode scolastique. Celle-ci est une méthode d'analyse et de synthèse. D'une part, elle repose sur l'analyse de certains documents dont « *l'autorité absolue* » commande qu'il faille les « *reconnaître comme contenant un corps complet et intégré de doctrine* »³⁶⁵. D'autre part, elle admet qu'il puisse y avoir des lacunes ou des contradictions entre ces documents de référence. C'est à ce moment qu'intervient la synthèse, c'est-à-dire la « *recherche d'une conciliation des opposés* »³⁶⁶.

101. Appliquée au droit, la scolastique produit notamment le décret de Gratien, que nous avons évoqué plus haut. Cette œuvre monumentale porte à la fois sur le droit en tant que champ de connaissance (établissement de catégories juridiques, détermination des sources du droit, hiérarchisation de ces dernières) et en tant qu'ensemble de dispositions normatives (présentation de règles applicables à travers l'examen de cas spécifiques). C'est ainsi que « *Gratien utilisait des principes et des concepts généraux pour synthétiser des doctrines opposées non seulement pour déterminer laquelle était erronée mais aussi pour tirer du conflit une tierce et nouvelle doctrine* »³⁶⁷. Le souci de Gratien est de donner de la cohérence au droit romano-canonique tout en établissant la primauté des lois et des édits ecclésiastiques sur les lois (*leges*) et les édits (*constitutiones*) des autorités séculières³⁶⁸. Influencée par la théologie et la redécouverte de la philosophie grecque, la démarche scolastique d'analyse et de synthèse transforma la pensée juridique occidentale. Elle impliquait que « *le sens d'une règle pouvait être examiné et sa validité démontrée, en montrant sa cohérence organique avec les principes et les concepts du système dans*

³⁶³ *Idem.*

³⁶⁴ *Idem.*

³⁶⁵ *Ibid*, p. 144.

³⁶⁶ *Idem.*

³⁶⁷ *Ibid*, p. 161.

³⁶⁸ *Ibid*, p. 160.

sa totalité »³⁶⁹. L'essor de la scolastique appliquée au droit dans les universités médiévales fait de ce dernier le « *prototype de la science occidentale* »³⁷⁰. Le droit canon devient ainsi le « *premier système juridique moderne en Occident* »³⁷¹ précédant et anticipant les systèmes juridiques stato- nationaux fondés sur le principe de souveraineté. C'est ainsi qu'il est possible de considérer l'Etat comme le fils de l'Eglise.

§ 2. L'Etat, héritier de l'Eglise

102. Comme nous l'avons montré, la réforme grégorienne transforme l'Eglise en installant la suprématie pontificale à l'intérieur de cette dernière et en projetant sa puissance à l'extérieur. Nous attirons l'attention sur cette double projection, interne et externe, car le parallélisme qui se dessinera plusieurs siècles plus tard avec la naissance de l'Etat sous l'autorité du monarque, en France notamment, nous semble frappant. Comme nous le verrons³⁷², l'Etat moderne se construit à partir du combat que mène le monarque sur deux fronts : le front intérieur, où il impose sa primauté sur le plan normatif à travers le concept moderne de loi, et sur le plan extérieur, où il affirme l'indépendance du royaume vis-à-vis de l'empereur et du pape. C'est en ce sens que l'Eglise issue de la réforme grégorienne fait figure de pionnière et qu'il est possible de la qualifier d'« Etat- Eglise » (I). Son avènement, qui vise à imposer un pouvoir de domination d'une nature nouvelle, suscite des réactions contraires. Fondées sur le droit et la pensée théologique, celles-ci constituent autant de sources venant alimenter la cause des pouvoirs séculiers (II).

I. L'avènement de l'« Etat-Eglise »

103. L'oxymore d'« Eglise-Etat » permet de mettre en évidence l'embryon d'Etat qui se développe au sein de l'Eglise avec l'éclosion de la réforme grégorienne. Selon le politologue Pierre Musso, « *l'Etat est apparu au Moyen-Âge quand les légistes et les canonistes ont eu recours à la notion de « position » qui désignait le « status » (l'état) ou « ce qui se tient droit » - position du pape, position du clergé, position de l'empereur, du roi, etc. -, et quand ils en sont venus à reprendre la dualité*

³⁶⁹ *Ibid*, p. 164.

³⁷⁰ *Ibid*, p. 164.

³⁷¹ *Ibid*, p. 213.

³⁷² Cf. *infra*. Sect. 2.

*droit public / droit privé qui avait dégagée par le droit romain. C'est pourquoi [l'Etat] naît dans le giron de l'Eglise, comme Etat-Eglise »*³⁷³. Harold J. Berman va dans le même sens en considérant que « *la révolution papale a donné naissance à l'Etat moderne occidental dont, paradoxalement, le premier exemplaire fut l'Eglise elle-même »*³⁷⁴. Néanmoins, la question de la genèse et des origines de l'Etat est sujette à controverse. Sans pour autant considérer que le concept d'Etat découle directement du droit romano-canonique, il est en effet possible de déceler dans l'Eglise après Grégoire VII certains de ses attributs constitutifs. Comme l'indique l'éminent historien du droit britannique Frederic William Maitland, il s'avère « *impossible de confectionner une définition acceptable de l'Etat qui ne se référerait pas à l'Eglise médiévale »*³⁷⁵. Il convient donc d'explorer le paradoxe que constitue cette formule d'« Etat-Eglise » en montrant d'abord ce qu'elle recouvre tout en gardant à l'esprit les éléments qui nuancent le sens de cette équivalence.

104. Plusieurs éléments d'ordre juridique et symbolique peuvent nous renseigner sur l'évolution profonde que subit l'Eglise entre le XI^e et le XIII^e siècles. La première concerne, comme nous l'avons précisé plus haut, la place et le statut du pape. Comme nous l'avons vu, la réforme grégorienne engage « *la transformation d'une Église décentralisée, dans laquelle les pouvoirs supérieurs étaient disséminés à l'échelle des diocèses ou des provinces ecclésiastiques, en une monocratie, une monarchie pontificale gouvernée effectivement, au sommet de la hiérarchie, par l'évêque de Rome »*³⁷⁶. La suprématie politico-juridique que ce dernier aspire à exercer à partir du pontificat de Grégoire VII est d'une nature proprement révolutionnaire³⁷⁷. D'une part, les fondements de cette suprématie résident, comme nous l'avons évoqué, dans une interprétation de textes anciens, parfois contrefaits, et des Ecritures³⁷⁸. Ainsi, le pape se prévaut d'une autorité et de compétences proprement juridiques sans base juridique préalable. D'autre part, la séparation (puis la hiérarchisation) entre la légitimité religieuse et la légitimité séculière était quelque chose de

³⁷³ P. Musso, *Le temps de l'État-Entreprise. Berlusconi, Trump, Macron*, Paris, Fayard, 2019, p. 192.

³⁷⁴ H. J. Berman, *Droit et révolution I*, *Op. cit.*, p. 127.

³⁷⁵ Cité par *Idem*.

³⁷⁶ J. Théry, « Chapitre I. Le triomphe de la théocratie pontificale du III^e concile du Latran au pontificat de Boniface VIII (1179-1303) », *Op. cit.*, p. 17.

³⁷⁷ Cf. H. J. Berman, *Droit et révolution I*, *Op. cit.*, p. 113 et s.

³⁷⁸ Ainsi que l'indique Harold J. Berman, « *durant les dernières décennies du XI^e siècle, le parti papal commença à chercher dans les écrits concernant l'histoire de l'Eglise, les arguments d'autorité appuyant la thèse de la suprématie sur la totalité du clergé et son indépendance, si possible supériorité sur la société temporelle. Le parti papal encourage les érudits à développer une science du Droit qui procurerait une base de travail pour mettre en œuvre cette politique majeure »*. *Ibid*, p. 109.

nouveau. Comme le note Harold J. Berman, la thèse de la suprématie pontificale « *ne laissait aux rois et à l'empereur aucune base de légitimité car l'idée d'un Etat séculier, c'est-à-dire sans fonction ecclésiastique, n'avait jamais existé* »³⁷⁹.

105. Le premier document dans lequel sont affirmées, de manière formelle et tout à fait explicite, les prétentions du pape est le *Dictatus Papae* (littéralement « ce que dicte le pape ») rédigé par Grégoire VII en 1075. Ce document énumère, à la manière d'un manifeste, vingt-sept prescriptions que le pape impose à l'ensemble des autorités ecclésiastiques et laïques. Parmi celles-ci se trouve l'affirmation par le pape de son pouvoir de nommer les évêques et de déposer les empereurs. Cela provoque la riposte de l'empereur Henri IV, suivie de son excommunication et sa déposition par Grégoire VII. Finalement, la fameuse pénitence de l'empereur à Canossa, où se trouvait alors le pape en villégiature, dans la résidence de la comtesse Mathilde de Toscane, permet de lever l'excommunication³⁸⁰. L'armistice est de courte durée car, un an plus tard, en 1078, éclate la fameuse querelle des investitures, qui se noue autour du « *pouvoir des empereurs et des rois d'investir les évêques et autres ecclésiastiques en leur remettant les insignes de leurs fonctions, avec la formule « Accipe ecclesiam* » »³⁸¹, c'est-à-dire « reçois l'Eglise ». Comme le souligne Ernst Kantorowicz, cela « *démantelait le pouvoir séculier de l'autorité spirituelle, la compétence ecclésiastique et l'influence liturgique* » d'une part, et, de l'autre, « *« impérialisait » le pouvoir spirituel* »³⁸². Aussi, c'est à partir de cette lutte pour la suprématie dans la *Res Publica Christiana* - et des compromis qui apaisèrent les rapports entre le pape et le pouvoir séculier - que purent naître les théories modernes du pouvoir politique laïc³⁸³. Ainsi, « *ceux qui niaient catégoriquement la distinction papale entre le séculier et le spirituel et qui insistaient sur le maintien du caractère sacré du pouvoir impérial et royal, furent généralement défaits* »³⁸⁴. La distinction entre pouvoir séculier et pouvoir religieux, même si ce fut pour établir *ipso facto* une hiérarchie entre les deux et soumettre l'exercice du premier à la tutelle du second, planta la graine des théories modernes de l'Etat. De plus, ce travail incessant en faveur de la cause du pape, qui avait commencé sous le

³⁷⁹ *Ibid*, p. 112.

³⁸⁰ Cet événement marque les esprits, à tel point que l'expression « se rendre à Canossa » est entrée dans le langage courant. En effet, l'empereur doit traverser les Alpes en plein hiver, en janvier 1077, afin d'aller à la rencontre du pape. Celui-ci l'aurait fait attendre trois jours (du 25 au 28 janvier), vêtu de bure et pieds nus dans la neige.

³⁸¹ H. J. Berman, *Droit et révolution I*, Op. cit., p. 111.

³⁸² E. Kantorowicz, *Les deux corps du roi*, Gallimard (Coll. Bibliothèque des histoires), Paris, 1989, p. 82.

³⁸³ H. J. Berman, *Droit et révolution I*, Op. cit., p. 125.

³⁸⁴ *Idem*.

pontificat de Nicolas Ier par la rédaction et la diffusion de centaines de pamphlets, se fit moins par les armes qu'à travers un formidable effort argumentatif où se mêlèrent arguments théologiques et arguments juridiques. Comme nous le verrons plus précisément à la suite³⁸⁵, le droit fut intensément mobilisé pour bâtir un nouvel édifice, l'« Etat-Eglise ».

106. La reconnaissance de la *plenitudo potestatis* pontificale est le signe de la révolution juridique provoquée par une concentration inédite des pouvoirs au profit du pape. Au sein de l'Eglise, ce dernier accapare, après la réforme grégorienne, un ensemble de compétences administratives³⁸⁶, judiciaires³⁸⁷ et normatives³⁸⁸ qui n'existaient même pas avant 1075. Sur le monde séculaire, son pouvoir s'étend à certaines institutions civiles comme le mariage ou l'héritage. Par ailleurs, Grégoire VII considère la curie pontificale comme « *le tribunal de toute la chrétienté* », ce qui signifie concrètement que le pape acquiert « *juridiction sur les causes soumises à lui par quiconque* »³⁸⁹. Tout cela était proprement révolutionnaire si l'on garde à l'esprit qu'avant 1075 « *la juridiction du pape sur le monde laïc était subordonnée à celles des empereurs et rois et généralement n'était pas plus large que celle des autres évêques importants* »³⁹⁰.

107. L'« Etat-Eglise » dont accouche la révolution papale transforme les coordonnées du pouvoir en Europe occidentale. Les théoriciens de l'Etat y puiseront non seulement des ressources en matière juridico-institutionnelle³⁹¹ mais également en matière symbolique et mystique. Ernst Kantorowicz met l'accent sur cet héritage dont l'Etat est le dépositaire. Selon lui, « *les efforts visant à doter les*

³⁸⁵ Cf. *infra*. §2, I.

³⁸⁶ Ordination du clergé ; établissement des « *fonctions et des pouvoirs des évêques, des prêtres, des diacres et d'autres titulaires d'offices cléricaux* » ; création, division, fusion ou suppression d'évêchés ; transfert ou déposition d'évêques ; institution d'un nouvel ordre monastique ou révision de la règle d'un ordre monastique existant ; administration de tous les biens de l'Eglise, considérés comme le « patrimoine du Christ » dont le pape était le vicaire... (H. J. Berman, *Droit et révolution I, Op. cit.*, p. 112).

³⁸⁷ Le pape « *pouvait seul donner l'absolution pour certains crimes* ». *Idem*.

³⁸⁸ Le pape devenait « *souverain en matière de culture et de dogme* ». Il adoptait des décrétales pour trancher les controverses canoniques et demeurait l'interprète de la loi (*Ibid*, p. 113). Selon Gabriel Le Bras, « *le pape régnait sur l'Eglise entière. Il était le législateur universel, ses pouvoirs limités uniquement par la « loi naturelle » et la « loi divine positive » (c'est-à-dire celle inscrite dans la Bible et les documents analogues de la Révélation)* » (cité par *idem*). Pierre Legendre insiste sur le « *pouvoir herméneutique du Saint-Siège* », qu'il caractérise comme « *un pouvoir souverain gouvernant l'interprétation et de la Bible chrétienne et de la textualité juridique romaine transplantée dans l'Eglise* » (P. Legendre, *Leçons IX. L'autre Bible de l'Occident : le monument romano-canonique. Etude sur l'architecture dogmatique des sociétés*, *Op. cit.*, p. 196).

³⁸⁹ *Ibid*, p. 113.

³⁹⁰ *Idem*.

³⁹¹ En calquant les traits de l'Eglise centralisée, verticale et autonome, dirigée par une autorité exerçant une puissance suprême qui se décline sur les plans administratif, normatif et judiciaire.

institutions de l'Etat d'une certaine auréole religieuse [...] amenèrent très vite les théoriciens de l'Etat à s'approprier assez largement le vocabulaire, non seulement du droit romain, mais aussi du droit canon et de la théologie en général »³⁹². Dès lors, « le nouvel Etat territorial et quasi national, se proclamant autonome de l'Eglise et de la papauté [...] en arriva finalement à s'affirmer en mettant sur le même niveau son propre caractère temporaire et le caractère éternel de l'Eglise militante »³⁹³. En effet, « une fois l'idée d'une communauté politique dotée d'un caractère mystique clairement exprimée par l'Eglise, l'Etat séculier était presque obligé de suivre le mouvement - réagir en créant un anti-type »³⁹⁴. Plus particulièrement, en France, le rapprochement entre l'Etat et un *corpus mysticum* a une longue histoire car « elle s'accordait bien avec le mysticisme de la royauté française »³⁹⁵.

108. Les racines mystiques de l'Etat se manifestent tout particulièrement dans la nature de la souveraineté, une puissance suprême inspirée de la *plenitudo potestatis* pontificale. Lorsque l'Etat fera l'objet d'analyses s'inspirant de la philosophie positiviste - que ce soit dans une perspective stato-nationale, dans une perspective normativiste ou dans une perspective sociologique - cette substance mystique sera vigoureusement rejetée hors de l'analyse juridique³⁹⁶.

109. Annonceur de la modernité politico-juridique, l'« Etat-Eglise » demeure, cependant, une forme rattachée aux expressions politiques et juridiques antiquo-médiévales. D'une part, elle représente une forme de domination à vocation universelle. L'Etat, au contraire, est, par nature, ancré dans un territoire délimité par des frontières. C'est d'ailleurs l'un des attributs essentiels et communément admis de l'Etat, comme l'énonce, par exemple, Carré de Malberg dès les premières pages de sa *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*³⁹⁷. De ce point de vue, l'« Etat-Eglise » se rapproche davantage de l'idée d'Empire, dont elle s'inspire largement, que de celle d'Etat. En

³⁹² E. Kantorowicz, *Les deux corps du roi*, Op. cit., p. 155.

³⁹³ *Idem*.

³⁹⁴ *Ibid*, p. 171.

³⁹⁵ *Ibid*, p. 162.

³⁹⁶ Au contraire, la doctrine décisionniste, incarnée notamment par la pensée de Carl Schmitt, fondera, au contraire, son ontologie de l'Etat sur la dimension métaphysique et l'origine ecclésiastique de ce dernier. Nous reviendrons sur ces différences ultérieurement (Cf. *infra*. Titre 2).

³⁹⁷ « une communauté nationale n'est apte à former un Etat qu'autant qu'elle possède une surface de sol sur laquelle elle puisse s'affirmer comme maîtresse d'elle-même et indépendante, c'est-à-dire sur laquelle elle puisse tout à la fois imposer sa propre puissance et repousser l'intervention de toute puissance étrangère. L'Etat a essentiellement besoin d'avoir un territoire à soi, parce que telle est la condition même de toute puissance étatique ». R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, Op. cit., p. 3.

réalité, la réforme grégorienne accouche d'une forme politico-juridique qui se détache de l'Empire et se projette vers l'Etat.

L'expression « Etat-Eglise » n'est pas moins une formule paradoxale, qu'il est nécessaire de dépasser pour insister sur la spécificité historique et l'autonomie du concept d'Etat. Ce dernier provient en effet d'un mouvement dialectique entre, d'une part, l'influence extrêmement puissante du legs laissé par la réforme grégorienne et, d'autre part, la volonté de dépasser l'ordre hiérocratique universel imposé par le pape.

II. Le concept d'Etat, entre assimilation et dépassement de l'héritage grégorien

110. La réforme grégorienne a produit des effets proprement révolutionnaires sur le droit, à la fois comme ensemble de règles et de principes à portée normative et comme discours sur cet objet. Elle ouvre l'horizon d'un paysage juridique occidental quadrillé par un ensemble de formes politico-juridiques autonomes et séculières. En effet, l'« Etat-Eglise », « *séparé et autonome [...] avec un corps de droit ecclésiastique séparé et autonome, le droit canon* », assoit la possibilité pour que soient consacrées de nouvelles forme politico-juridiques « *sans fonctions ecclésiastiques et pourvues d'un ordre légal non ecclésiastique* »³⁹⁸. Si l'Eglise était une, soumise à la « plénitude de puissance » et à la « pleine autorité » du pape, et le droit canonique était un, les droits séculiers apparaissaient au milieu du XIIe siècle comme étant multiples et désordonnés. Il était donc prévisible que la cohérence et le haut degré de sophistication technique du droit canon exerçât une influence, une émulation sur les droits séculiers. Cela était d'autant plus inévitable qu'aux XIIe- XVe siècles « *la plupart des gens de loi, les juges, les conseillers professionnels et les fonctionnaires des organismes judiciaires étaient des clercs* »³⁹⁹, formés, comme nous l'avons évoqué, dans les universités étroitement soumises à l'autorité du pape. Ainsi, il est naturel que la vigueur du mouvement enclenché par la réforme grégorienne provoque à la fois des réactions d'émulation et de rivalité, une dynamique d'appropriation et de dépassement. Ces dernières prennent également appui sur le droit et la théologie.

³⁹⁸ H. J. Berman, *Droit et révolution I*, Op. cit., p. 287.

³⁹⁹ *Ibid*, p. 288.

111. Le mouvement de contestation intellectuelle du modèle d'« Etat-Eglise » est pluriel. D'une part, les pouvoirs laïcs, dont notamment l'empereur, doivent se réarmer intellectuellement face à l'offensive papale. D'autre part, face au modèle de l'absolutisme pontifical, l'idée républicaine est exhumée, propageant la conception d'une société auto-instituée au détriment de la vision antio-médiévale de la société comme reflet de l'ordonnement divin⁴⁰⁰ ou naturel⁴⁰¹.

112. L'empereur aspire à résister au pape, « *rêvant de construire sur son glaive un empire sur le modèle de l'Eglise universelle* »⁴⁰². Papauté et empire s'affrontent dans ce que Pierre Legendre appelle la « guerre des Ecrits ». Ce nom provient, comme l'explique Jean Picq, de la dispute juridique qui naît « *sur l'ordre de « descendance» des Ecrits fondamentaux qui fondent un pouvoir souverain* »⁴⁰³⁴⁰⁴. Ces écrits sont, d'une part, les compilations de Justinien et, d'autre part, le décret de Gratien, dont nous avons vu qu'il s'agit également d'une compilation, assortie de commentaires. Les défenseurs de la suprématie impériale « *rappellent les premiers mots des Compilations de Justinien dans la préface du Digeste [...] pour justifier la pleine souveraineté du pouvoir impérial et, en France et en Angleterre, du pouvoir royal* »⁴⁰⁵. Celui-ci commence ainsi : « *tandis que, par l'autorité de Dieu (Deo auctore), nous gouvernons notre empire qui nous a été remis par la majesté céleste nous avons, avec bonheur, mené les guerres jusqu'à leur terme, nous honorons la paix et protégeons l'intégrité de l'état (statum rei publicae)* ». Partant, les interprètes favorables à la puissance impériale considèrent que « *Dieu est l'auctor, c'est-à-dire le « créateur », l'« initiateur » et le détenteur de l'auctoritas. C'est par l'intervention divine que l'accomplissement de l'œuvre législative est rendue possible. Mais cette éminente autorité est aussitôt relayée sur terre par*

⁴⁰⁰ Pour le dire avec les mots d'Otto von Gierke : « *l'Etat n'est plus dérivé comme un tout partiel de l'harmonie voulue par Dieu du tout universel* » (cité par P. Rosanvallon, *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, ed. du Seuil (coll. Points/Essais), Paris, 1999, p. 11).

⁴⁰¹ Dans la pensée jusnaturaliste médiévale le pouvoir politique est pensé comme une puissance dont l'exercice se trouve encadré par de nombreux freins qui l'empêchent de se pervertir et de devenir une tyrannie. Le pouvoir politique est créé dans l'intérêt du peuple, il vise à assurer « *les progrès du bien commun, de la paix, de la justice, et d'étendre le plus possible la liberté de tous ses sujets* » (O. von Gierke, *Les théories politiques du Moyen-Âge* (1914), Dalloz, Paris, 2008, p. 161). Le peuple a, dans cette logique, le droit, et même le devoir, de résister à l'oppression. Ainsi, non seulement les détenteurs du pouvoir, les gouvernants, n'ont pas les moyens matériels d'imposer leur volonté mais, en plus, les théories politiques du Moyen-Âge rendent illégitime toute extension de ces moyens. Comme le montre O. von Gierke, les limites au pouvoir, en particulier monarchique mais pas seulement, « *sont immanentes dans les l'idée que le Moyen-Âge se fait de la monarchie, [...] le Moyen-Âge entoure encore les pouvoirs publics de toutes sortes de barrières légales qui, bien entendu, doivent être respectées par le monarque, même quand il réunit en lui tous les pouvoirs de l'Etat* » (Ibid, p. 166).

⁴⁰² B. Kriegel, *Etat de droit ou Empire ?*, Bayard (Coll. Le temps d'une question), Paris, 2002, p. 48.

⁴⁰³ J. Picq, *Une histoire de l'Etat en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen-Âge à nos jours*, Op. cit., p. 132.

⁴⁰⁴ Le terme de souveraineté est un anachronisme que Jean Picq emploie pour faire référence à l'idée de suprématie.

⁴⁰⁵ J. Picq, *Une histoire de l'Etat en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen-Âge à nos jours*, Op. cit., p. 132.

*l'action de l'empereur auquel revient la « conduite » de l'empire »*⁴⁰⁶. Le juriste florentin Accursius déduit des *Constitutiones* de Justinien que l'empereur incarne la loi. Il qualifie en effet ce dernier de « *lex animata in terris* ».

113. Plus largement, au-delà des prétentions affichées par l'empereur, l'autonomie du pouvoir séculier vis-à-vis du pouvoir papal est théorisée à partir du milieu du XIII^e siècle. Cette entreprise est notamment le fait de Franciscains et de Dominicains, ordres mendiants qui répugnent naturellement à la poursuite d'accumulation de richesse et de pouvoir dans laquelle s'est engagée l'élite ecclésiastique. Ils représentent, en ce sens, une opposition interne aux postulats théocratiques des canonistes. Parmi les Franciscains, Saint-Thomas d'Aquin, Marsile de Padoue et Guillaume d'Ockham se distinguent par la cohérence de leurs constructions doctrinales, influencées par la redécouverte d'Aristote⁴⁰⁷. Ainsi, s'il peut sembler de prime abord improbable de rechercher quelque origine d'une théorie de la souveraineté dans les controverses théologiques du XIII^e siècle, ces dernières ont néanmoins permis de structurer la pensée juridique par le biais de couples d'oppositions qui continuent d'apparaître comme « *indépassables* » ou « *insolubles* »⁴⁰⁸. Le premier d'entre eux est le couple raison / volonté. Le point de départ de la pensée théologique sur le droit est la croyance en l'existence d'une loi divine. Celle-ci est le reflet à la fois de la raison et de la volonté de Dieu⁴⁰⁹. La controverse porte alors sur « *la place à accorder dans l'idée de loi naturel à ces deux éléments que sont la volonté divine et la raison divine* »⁴¹⁰. Dans cette discussion, saint Thomas incarne une position « *médiane* »⁴¹¹ en admettant que la loi de Dieu provienne de l'expression de sa volonté tout en avançant qu'elle constitue avant tout une *lex indicativa* qui détermine ce qui est juste. Ainsi, le divin législateur a instauré un ordre du monde qu'il revient aux hommes de

⁴⁰⁶ Y. Rivière, « Petit lexique de la « réforme » dans l'œuvre de « codification » de Justinien (Autour de la constitution *Deo auctore*) », *Codifications et réformes dans l'Empire tardif et les royaumes barbares, Mélanges de l'Ecole française de Rome*, 125-2, 2013, p. 68.

⁴⁰⁷ En effet, comme le note M. Wilks, « *whilst it's true that the development of Roman law principles in the twelfth century had given immense support to the rise of the European monarchies, and above all to the emergence of the papacy as the dominant force in Western society, the balance was to be redressed with a vengeance by the introduction of Aristotelian principles into medieval thought by the thirteen century* ». V. *The problem of sovereignty in the later Middle Ages*, Cambridge University Press, Cambridge (Royaume-Uni), 1963, p. 15.

⁴⁰⁸ D. Baranger, *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, Gallimard (coll. L'esprit de la Cité), Paris, 2018, p. 35.

⁴⁰⁹ Comme le précise O. Beaud « *tout acte juridique en général, et la loi en particulier, se présente extérieurement comme un seul et même instrumentum (texte de loi) ; en réalité, il est le produit d'une double opération, l'une de réflexion intellectuelle et l'autre de détermination de la volonté* ». (O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 57).

⁴¹⁰ D. Baranger, *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, *Op. cit.*, p. 36.

⁴¹¹ *Ibid*, p. 37.

parachever par l'adoption de la loi positive⁴¹². Selon Michel Villey, rien dans le droit naturel tel que saint Thomas le conçoit « *n'est un obstacle à l'éclosion de la loi positive. Le droit naturel a trop de lacunes et d'insuffisances pour ne pas appeler, au contraire, ce complément* »⁴¹³. Loin de l'idée reçue selon laquelle le droit naturel serait un corpus statique et entièrement déductible, saint Thomas « *professe que nos connaissances procèdent de l'expérience sensible et sont, comme toute expérience, fragmentaires, faillibles* »⁴¹⁴. Or l'expérience sensible dont il s'agit, la nature humaine, s'avère « *un objet mouvant* »⁴¹⁵, soumis aux aléas de l'existence de l'homme en société, sans cesse confronté à des situations nouvelles. La pensée thomiste s'inscrit en effet dans le cadre de la période d'expansion économique, démographique, urbaine et intellectuelle que traverse l'Europe à partir du XIIe siècle. Dans ce contexte, la loi positive trouve toute sa place. Fondée sur le droit naturel, elle émane à la fois de la raison et de la volonté du législateur humain. La pensée aristotélo-thomiste permet paradoxalement d'asseoir l'idée d'un pouvoir séculier autonome. Saint Thomas devient ainsi l'un des promoteurs « *de cette institution moderne qu'est la loi de l'Etat* »⁴¹⁶.

Marsile de Padoue, médecin et philosophe padouan formé en France, rejette explicitement, dès le début du XIVe siècle, l'idée d'une domination séculière du pape. Dans son ouvrage monumental, *Le défenseur de la paix*, publié en 1324, il affirme, de manière provocante, que la source de l'instabilité politique qui terrasse les territoires italiens⁴¹⁷ réside dans « *l'opinion erronée de certains évêques de Rome et peut-être leur désir pervers de gouvernement qu'ils affirment leur revenir à cause - à ce qu'ils disent - de la plénitude de pouvoir qui leur a été conférée par le Christ* »⁴¹⁸. De plus, Marsile étaye la thèse selon laquelle toute plénitude de pouvoir, qu'elle soit conférée à un clerc ou à un dirigeant laïc, provient de la volonté du législateur humain et doit être fondée sur des lois humaines⁴¹⁹. Il défend plus particulièrement la légitimité de l'empereur Louis de

⁴¹² Pour Michel Villey, « *la philosophie de saint Thomas a parfaitement répondu aux besoins et aux possibilités des États modernes naissants* ». *La formation de la pensée juridique moderne*, Op. cit., p. 200.

⁴¹³ *Ibid*, p. 196.

⁴¹⁴ *Ibid*, p. 197.

⁴¹⁵ *Idem*.

⁴¹⁶ V. not. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF (coll. Quadrige), Paris, 2013, p. 188-201.

⁴¹⁷ Il fait référence à l'instabilité politique provoquée par les conflits militaires entre puissances européennes, notamment le Saint-Empire, le Saint-Siège et les ligues du nord de l'Italie, sur le territoire de la péninsule. Cette même situation est dénoncée par Machiavel puis par Dante Alighieri deux siècles plus tard et se poursuivra encore pendant longtemps.

⁴¹⁸ M. de Padoue (trad., intro. et comm. par J. Quillet), *Le défenseur de la paix*, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1968, Première partie, chapitre XIX, § 12.

⁴¹⁹ *Idem*, Deuxième partie, chapitre XXIII, § 4. Les chapitres XXIII à XXVI visent à définir le concept de *plenitudo potestatis* et montrer l'étendue de l'abus qu'en fait le pape.

Bavière, le « défenseur de la paix » auquel l'ouvrage est dédié. La pensée de Marsile de Padoue entérine la fin de l'enchevêtrement des légitimités divine et séculière caractéristique du Moyen-Âge occidental avant la réforme grégorienne. Ce faisant, elle donne à l'empereur les armes intellectuelles pour contrer l'offensive papale. Les travaux d'un Jean de Wiclef prolongent cette thèse selon laquelle le pouvoir ecclésiastique et le pouvoir séculier sont ontologiquement distincts et séparés. La Réforme anglaise et, plus tard, la Réforme protestante sont considérablement influencées par ces doctrines.

Guillaume d'Ockham, comme Marsile de Padoue, remet fortement en cause les prétentions hégémoniques du pape. Le Franciscain, lecteur d'Aristote dans la tradition scolastique, estime que nul ne peut posséder un pouvoir sans bornes car tout gouvernement doit être institué pour l'avantage commun de ceux qui sont gouvernés. Dès lors, le pape, autorité veillant sur la communauté des Chrétiens, ne peut exercer qu'un pouvoir utile et nécessaire aux fidèles⁴²⁰. La *plenitudo potestatis* devient, sous la plume d'Ockham, une *potestata limitata*. La défense d'une forte limitation de la puissance papale, y compris en ce qui concerne les affaires religieuses, annonce le mouvement de laïcisation du pouvoir. Ce dernier constitue l'une des conditions de possibilité pour que le concept bodinien de souveraineté puisse être pensé.

114. Enfin, il convient de mentionner que la redécouverte du droit romain ne se limite pas à alimenter la dispute entre le pape et l'empereur pour détenir une forme de suprématie politique et normative. Le droit romain est également interprété pour « *donner aux cités italiennes - Padoue, Sienne, Florence, Pise... - les concepts nécessaires pour affirmer leur liberté face à l'empereur* »⁴²¹. Le jurisconsulte Bartolo da Sassoferrato, connu sous le nom francisé de Bartole, affirme que « *si l'empereur pouvait prétendre de jure à être seigneur du monde (dominus mundi), il existait de facto des peuples qui ne lui obéissait pas* ». Cet auteur en déduit que si certaines cités ignorent l'autorité de l'empereur, alors elles exercent de fait l'*imperium* et sont « leur propre empereur » (« *sibi princeps* ») »⁴²².

⁴²⁰ J.-F. Spitz, « Introduction » in G. d'Ockham, *Court traité du pouvoir tyrannique*, PUF (Coll. Fondements de la politique), Paris, 1999, p. 30.

⁴²¹ J. Picq, *Une histoire de l'Etat en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen-Âge à nos jours*, Op. cit., p. 67.

⁴²² *Idem*.

Section 2. L'apport décisif des juristes royaux dans la longue marche vers la souveraineté

115. Durant les cinq siècles qui séparent la réforme grégorienne (fin du XI^e siècle) et l'œuvre de Jean Bodin (fin du XVI^e siècle), « *la nature même du Droit, à la fois comme institution politique et comme concept intellectuel* »⁴²³ est profondément transformée. L'aboutissement de ce long processus est l'avènement du principe de souveraineté comme principe juridique. Sur son fondement est bâti le concept d'Etat, qui est donc pensé grâce à la synthèse romano-canonique. Comme le souligne Pierre Legendre, l'Etat, « *produit dérivé du Romano-christianisme* », a été « *fabriqué par le juriste* »⁴²⁴.

116. Il est important d'insister sur cette affirmation, qui en contient plusieurs autres. Tout d'abord, c'est grâce à l'héritage grégorien (la sécrétion du droit romano-canonique et la création de l'« Etat-Eglise ») que l'Etat séculier peut être pensé. Ensuite, la construction de l'Etat relève, avant tout, d'une activité de nature intellectuelle réalisée par des juristes. Evidemment, les thèmes et les controverses issus de la philosophie politique sont centraux au moment de penser la légitimité de l'Etat. Mais l'Etat comme institution dotée de la souveraineté est une construction juridique, pensée grâce à des concepts juridiques et dont la manifestation la plus éminente intervient dans le domaine du droit. Enfin, il convient d'insister sur le fait que l'Etat est un pur produit de l'activité de l'esprit. Il a, certes, des manifestations on ne saurait plus matérielles (« la hache du bourreau, le sabre du gendarme », c'est-à-dire l'exercice du monopole exclusif de la violence légitime) et certains de ses attributs existentiels son ancrés dans l'espace (le territoire) et dans une collectivité humaine de référence (un peuple, une nation). Il faut cependant se garder de déduire une ontologie de l'Etat à partir de ses manifestations ou, autrement dit, confondre ce qu'est l'Etat avec les voies par lesquelles il manifeste son existence. Ainsi, l'Etat n'existe pas tant qu'il n'est pas pensé comme tel. En ce sens, comme l'affirme Alexandre Passerin d'Entrèves, « *le problème de la naissance de l'Etat n'est autre que le problème de la formation et de l'acceptation finale du concept de souveraineté* »⁴²⁵. Par conséquent, il n'est pas possible de qualifier d'« étatique » ou de « souverain » des formes politiques ou des institutions antérieures au XVI^e siècle. Michel Troper

⁴²³ H. J. Berman, *Droit et révolution I*, Op. cit., p. 100.

⁴²⁴ P. Legendre, *Leçons IX. L'autre Bible de l'Occident : le monument romano-canonique. Etude sur l'architecture dogmatique des sociétés*, Op. cit., p. 9.

⁴²⁵ A. Passerin d'Entrèves, *La notion d'Etat*, Ed. Sirey, Paris, 1969, p. 123.

met en garde contre cet anachronisme, « *qui consisterait à décrire une situation historique à l'aide de concepts liés à une autre, ainsi à parler d'État à propos de la cité athénienne ou, de serfs pour désigner les paysans de la Russie tsariste* »⁴²⁶.

117. Or, si les prémices de la pensée d'Etat peuvent être retrouvées dans le développement du droit romano-canonique, il faut encore que cet héritage fasse l'objet d'une réappropriation de la part des juristes royaux. Ces derniers l'orientent vers l'affermissement de la puissance territoriale du monarque en forgeant des principes issus de « matériaux de récupération ». Comme le note Marcel David, « *de même qu'à d'autres époques, notamment au XVI^e siècle, nombre de juristes ont théorisé en liaison étroite avec le pouvoir qu'il s'agissait de raffermir, de même au Moyen-Âge, canonistes, romanistes et légistes royaux se sont employés, non sans efficacité pratique, à répondre théoriquement à ce que l'empereur, le pape ou le roi de France attendaient d'eux* »⁴²⁷. Ainsi, la naissance et le déploiement de l'Etat, consubstantiels à l'élaboration et à la montée en influence du principe de souveraineté, sont le fruit d'un combat mené sur le terrain intellectuel par des juristes politiquement engagés auprès d'un roi conquérant.

118. Ainsi, l'emprise du monarque sur les fonctions juridiques suprêmes au sein du royaume est accompagnée et soutenue par le travail habile des juristes royaux (§1). La mise sur pied du principe de souveraineté est l'aboutissement de ce processus de légitimation de l'autorité du monarque dans son royaume et de son indépendance au-delà de ce dernier (§2).

§1. Le soutien des juristes à la progression de l'autorité et de la puissance du roi

119. L'Europe occidentale présente, du Ve siècle de notre ère jusqu'à la reconnaissance de l'Etat au XVII^e siècle⁴²⁸, un tel degré de fragmentation politique et juridique que son appréhension s'avère ardue pour l'oeil moderne, empreint de rationalisme et d'esprit de synthèse. Comme l'indique le professeur de sciences politiques Robert Jackson : « *dans de nombreux endroits, le pouvoir était en grande partie l'affaire privée de familles dynastiques. Mais dans d'autres endroits, il s'agissait de*

⁴²⁶ « Chapitre III. Les concepts juridiques et l'histoire », *Op. cit.*, p. 267.

⁴²⁷ *La souveraineté du peuple*, *Op. cit.*, p. 17.

⁴²⁸ Les traités de Westphalie (octobre 1648) constituent l'évènement communément admis pour acter la reconnaissance internationale des Etats en Europe occidentale.

*l'activité collective de fondations religieuses ou d'organisations commerciales, et dans d'autres encore, il s'agissait de la propriété collective de villes, de cités, de guildes ou de domaines »*⁴²⁹. La carte de l'Europe occidentale était recouverte de « seigneuries » (*lordships*) « *qui se chevauchaient et se déplaçaient constamment* »⁴³⁰. Chaque seigneurie disposait d'un droit de propriété sur le territoire, qui pouvait être exercé par une autorité séculière (roi, baron, duc, etc.), un gouvernement municipal (c'est le cas du doge à Venise, élu par l'assemblée du peuple, l'*arengo*) ou une autorité religieuse (évêque, comme le puissant évêque de Strasbourg, qui battait la monnaie à son effigie)⁴³¹. C'est ainsi que s'impose une vision personnaliste du pouvoir, qui traduit une conception patrimoniale de ce dernier. Comme le note A. Passerin d'Entrèves, « *l'« Etat » n'est mentionné nulle part : c'est toujours du « gouvernant » dont on parle* »⁴³². Partant, le concept d'institution, qui fonde la distinction romaine entre la *res publica* et la *res privata*, ne semble plus opératoire. Dès lors qu'il n'existe pas de source ultime de production normative à laquelle les règles de droit positif puissent être imputées, il n'y a pas à proprement parler d'« ordre juridique ». Aussi, les règles intersubjectives d'allégeance personnelle deviennent le droit applicable en matière de gouvernement.

120. Sur le plan territorial, le domaine royal était très souvent morcelé, « archipélisé ». Comme l'explique Robert Jackson, « *les parties périphériques étaient dispersées comme des îles sur le territoire d'autres dirigeants ; les parties centrales étaient perforées et interrompues par la juridiction interférente d'autres autorités* »⁴³³. Sur ce qui deviendra le territoire du royaume de France, « *le roi n'était le maître que d'un vingtième du territoire habité par les Bourguignons, les Picards, les Normands, les Bretons, les Gascons, les Provençaux et une vingtaine de « lignées » qui composaient la nation lentement émergente* »⁴³⁴. Aussi, certains grands seigneurs féodaux, tels le duc de Normandie ou le comte de Flandre, pouvaient disposer, jusqu'au XIII^e siècle, de davantage de puissance matérielle que le roi⁴³⁵.

⁴²⁹ R. Jackson, « Sovereignty in World Politics : a Glance at the Conceptual and Historical Landscape », *Op. cit.*, p. 7.

⁴³⁰ *Idem.*

⁴³¹ *Idem.*

⁴³² A. Passerin d'Entrèves, *La notion de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 108.

⁴³³ *Idem.*

⁴³⁴ H. J. Berman, *Droit et révolution I*, *Op. cit.*, p. 478.

⁴³⁵ *Idem.*

121. Par conséquent, aucune autorité - pas même les rois, l'empereur ou le pape - ne pouvait être considérée comme suprême ou pleinement indépendante jusqu'au milieu du XIIe siècle⁴³⁶. Dans cet enchevêtrement inextricable, l'autorité de Dieu était reconnue par tous mais, comme nous l'avons vu, ses ministres pouvaient être, jusqu'à l'irruption de la réforme grégorienne, des autorités ne relevant pas organiquement de l'Eglise (l'empereur, notamment, exerce des fonctions ecclésiastiques). En France, la lente genèse de l'Etat est permise par un double mouvement, composé d'une dimension matérielle et d'une dimension intellectuelle. Il faut insister sur la combinaison de ces deux éléments. Sans le premier, le travail des juristes resterait purement spéculatif mais, sans le second, l'autorité et le pouvoir détenus par le roi n'auraient pas pu s'imposer avec le même degré de légitimité. Par ce biais, « *le rapport étroit qui existait entre la réflexion abstraite et l'expérience politique assurait à la première la continuité de la seconde* »⁴³⁷.

122. C'est ainsi que le renforcement progressif du contrôle exercé par le roi sur son royaume (I) est appuyé par le travail patient des juristes royaux, qui nourrissent le prestige et la légitimité du monarque, lui offrant les outils intellectuels pour parachever son entreprise (II).

I. Le renforcement de la puissance du roi sur son royaume

123. Entre le Xe et le XIIIe siècles, c'est une longue éclipse de l'unité politique et juridique qu'impose le « *chaos féodal* »⁴³⁸, caractérisé par un démembrement de la puissance publique et la prévalence des liens vassalo-féodaux. « *Privilèges des uns, libertés reconnues aux autres, franchises accordées à tel ou tel* »⁴³⁹ structurent un paysage juridique atomisé. Au sein de ce dernier, les premiers Capétiens demeurent pris en étau entre, d'une part, l'*autorité* que revendique le pape et, d'autre part, la *puissance* qu'exercent les seigneurs féodaux et les institutions ecclésiastiques. Pendant cette période, la Couronne demeure une « *force en puissance* »⁴⁴⁰.

⁴³⁶ Cf. *supra*. Sect. 1.

⁴³⁷ J. de Romilly, *La loi dans la pensée grecque, des origines à Aristote*, Les Belles Lettres, Paris, 2001, p. 3.

⁴³⁸ H. Legohérel, *Histoire du droit public français*, PUF (coll. Que sais-je ?), Paris, 1991, p. 30.

⁴³⁹ D. Baranger, *Penser la loi*, *Op. cit.*, p. 33.

⁴⁴⁰ *Ibid*, p. 37.

124. Comme le montre Otto von Gierke dans un ouvrage désormais classique⁴⁴¹, le pouvoir politique est alors pensé comme une puissance dont l'exercice se trouve encadré par de nombreux freins qui l'empêchent de se pervertir et de devenir une tyrannie. Deux grandes limitations peuvent être mentionnées, qui font partie d'un système souvent connu sous le nom de « constitutionnalisme médiéval ». Il s'agit, d'une part, de la doctrine selon laquelle le roi devait gouverner par consentement. Selon celle-ci, le pouvoir politique est créé dans l'intérêt du peuple, il vise à assurer « *les progrès du bien commun, de la paix, de la justice, et d'étendre le plus possible la liberté de tous ses sujets* »⁴⁴². Le peuple a, dans cette logique, le droit, et même le devoir, de résister à l'oppression⁴⁴³. Jean de Salisbury, évêque de Chartres, envisage même le tyrannicide dans son fameux *Polycratus*, écrit en 1117 : « *le Prince, qui est comme à l'image de la Divinité, doit être aimé, révérend et chéri, le tyran, qui est à l'image de la malignité doit, d'une façon générale, même être tué* ». D'autre part, le constitutionnalisme médiéval défend le roi de modifier unilatéralement les coutumes⁴⁴⁴. Ces deux contraintes majeures prenaient place dans une conception générale du droit positif subordonnant ce dernier au respect du droit divin et du droit coutumier. Or, à partir du règne de Philippe-Auguste à la fin du XIIe siècle, cet état de fait commence à changer.

125. Le lent renforcement de l'autorité et de la puissance du roi sur son royaume passe, tout d'abord, par l'édification d'une administration pour consolider son emprise sur un territoire et une population (A). Ensuite, la conception d'un pouvoir politique « *gardien du droit* »⁴⁴⁵ se voit concurrencée par celle d'un pouvoir « *créateur de droit* »⁴⁴⁶ (B).

⁴⁴¹ *Les théories politiques du Moyen-Âge*, Dalloz, Paris, 2007 (réimpr. 1914).

⁴⁴² *Ibid*, p. 161.

⁴⁴³ « *La doctrine médiévale, au contraire, commence par enseigner que tout ordre donné par le Souverain en excès de ses droits est nul et non avenue pour ses sujets et n'oblige personne à l'obéissance. Puis elle proclame le droit de résister, même par les armes, aux mesures injustes et tyranniques, et elle déclare que si ces mesures sont imposées par voie de contrainte, il faut y voir de simples actes de violence* ». *Ibid*, p. 163.

⁴⁴⁴ O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat », in *JP* n°3 (Décembre 2009). [En ligne : <http://juspoliticum.com/article/L-histoire-du-concept-de-constitution-en-France-De-la-constitution-politique-a-la-constitution-comme-statut-juridique-de-l-Etat-140.html>].

⁴⁴⁵ *Idem*.

A. L'établissement d'une administration sur un territoire et une population

126. Après la chute de l'Empire romain d'Occident, véritable machine bureaucratique, le rapport entre l'administration et la population se distend durablement. Or l'ambition d'une *renovatio imperii* sous Charlemagne implique la récupération d'un appareil administratif accompagnée de la restauration d'une puissance normative à même d'uniformiser le droit applicable sur de vastes ensembles territoriaux⁴⁴⁷. Cependant, celle-ci est de courte durée. Après la mort de Charlemagne, l'institution impériale subsiste mais elle abandonne toute ambition politico-administrative universelle. Elle constitue son axe autour des six duchés qui composent le royaume de Germanie et autour du royaume d'Italie, ce qui lui valut le nom d'empire « Romain germanique ». Sur le plan matériel, l'empereur est loin de détenir une *summa potestas*. Il gouverne la Germanie « *en tant que roi avec des services peu développés (quelques officiers et ministériaux, la Diète, ou Reichstag, qui réunissait tous les seigneurs et hauts prélats), sans même disposer des ressources d'un domaine royal spécifique (il n'avait que ses biens propres), ayant en sa faveur le pouvoir qui lui était reconnu d'exercer l'office public en matière judiciaire et de faire régner l'ordre et la paix* »⁴⁴⁸. D'ailleurs, l'empereur n'élit pas de capitale. L'empereur, avec sa maisonnée, est itinérant et ses services s'avèrent rudimentaires. Ainsi, comme l'affirme F. Rapp, « *l'empire n'avait pas de centre à proprement parler* »⁴⁴⁹. Au même moment, l'« Etat-Eglise » se constitue solidement sur le fondement du droit romano-canonique. Elle parvient à consolider une emprise sur un certain nombre de fonctions civiles-administratives (la tenue d'un embryon de registre d'état civil par l'enregistrement des baptêmes, des mariages et des décès) ainsi que judiciaires. Mais son ambition universelle présente des lacunes, comme en témoigne la dépendance chronique du pape sur le plan militaire.

127. L'impossibilité d'une *renovation imperii* et l'incapacité de l'Eglise à exercer une puissance de contrainte matérielle ouvrent une fenêtre d'opportunité historique au profit de l'expansion de la puissance du roi. Il est tout particulièrement possible d'observer cela en France. Lorsque Philippe II

⁴⁴⁷ V. A. Rigaudière, *Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne*, Economica (coll. Corpus histoire du droit), Paris, 2010, p. 86-88.

⁴⁴⁸ M. Pacaut, « Saint Empire Romain germanique », in *Encyclopædia Universalis* [en ligne, consulté le 2 août 2019]. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/saint-empire-romain-germanique/>.

⁴⁴⁹ F. Rapp, *Le Saint Empire romain germanique. D'Otton le Grand à Charles Quint*, Tallandier, Paris, 2000, p. 109.

(Philippe-Auguste) monte sur le trône en 1180, il hérite d'un royaume qui reste gouverné par les règles et l'esprit de la tradition vassalo-féodale. Mais, s'inscrivant dans les efforts déployés auparavant par l'abbé Suger, il poursuit un mouvement d'agrandissement du territoire de la Couronne et de transformation profonde des institutions du royaume. Il fait évoluer l'embryon d'administration centrale que constitue la *curia regis*. Celle-ci « *restait essentiellement féodale en esprit et en tradition* »⁴⁵⁰. Elle était composée « *de magnats héréditaires et de vassaux du roi, ecclésiastiques et séculiers, et de la maisonnée royale, principalement nobiliaire* »⁴⁵¹. Siégeant sur convocation du roi, la *curia regis* exerçait des fonctions de nature hybride, à la fois judiciaires, exécutives (de conseil du roi) et législatives⁴⁵². Philippe-Auguste lui ôte les fonctions financières et judiciaires et fait de la chancellerie royale « *l'agence coordinatrice des autres départements gouvernementaux* »⁴⁵³. Par ailleurs, l'administration royale s'étoffe progressivement, à la fois à Paris et en province, pour atteindre un degré considérable de développement dès la fin du XIV^e siècle⁴⁵⁴. Sa croissance repose sur une délégation de l'autorité royale « *inspirée et guidée par la loi* »⁴⁵⁵. Le droit joue donc un rôle crucial.

128. Sur le plan des rapports avec les seigneurs féodaux, le monarque français entend imposer progressivement sa primauté en usant intensément des moyens qui se trouvent alors à sa disposition : ceux offerts par le droit féodal qu'il entend dépasser. C'est ainsi qu'il se réserve la compétence de confirmer la légalité de « *toute possession de fief sise dans les limites du royaume* »⁴⁵⁶. Le roi se considère également compétent pour « citer » devant lui ses vassaux⁴⁵⁷, indépendamment de leur puissance matérielle. Par exemple, Philippe-Auguste cite Jean sans Terre, alors à la tête d'un ensemble de territoires parfois connu sous le nom l'Empire Plantagenêt ou d'Empire angevin, à comparaître devant sa cour en 1202. Son refus déclenche une offensive militaire qui permet au roi capétien de conquérir la Normandie en seulement deux ans. D'ailleurs, la

⁴⁵⁰ H. J. Berman, *Droit et révolution I, Op. cit.*, p. 481.

⁴⁵¹ *Ibid*, p. 482.

⁴⁵² *Idem*.

⁴⁵³ *Ibid*, p. 481.

⁴⁵⁴ V. D. Richet, *La France moderne : l'esprit des institutions*, Flammarion (coll. Champs Histoire), Paris, 1973 (rééd. 2009), p. 79 et s.

⁴⁵⁵ H. J. Berman, *Droit et révolution I, Op. cit.*, p. 482.

⁴⁵⁶ M. David, *La souveraineté du peuple, Op. cit.*, p. 39.

⁴⁵⁷ *Idem*.

prétention à la primauté féodale dont témoigne Philippe II n'est pas détachée d'une ambition proprement impériale. En témoigne son titre, Auguste, qui fait écho à son statut de *Imperator Franciae*, mais également l'idée selon laquelle il serait *Rex christianissimus*, revendiquant dès lors « l'hégémonie impériale sur l'Occident tout entier, au lieu et place de l'empereur germanique affaibli par ses démêlés avec le pape et les principes allemands »⁴⁵⁸.

129. Comme le montre Jacques Krynen, c'est l'activité conjugée des juristes-théoriciens (la « science juridique romano-médiévale »), du monarque producteur de normes (la production de « droit par la loi ») et du monarque juge (la production du « droit par le juge ») qui pose les fondements de cette transformation institutionnelle⁴⁵⁹. La fonction judiciaire est particulièrement mise à contribution.

A. L'accaparement, par le monarque, de la fonction judiciaire

130. L'autorité du monarque se dégage donc progressivement par-dessus celle des barons. Cette souveraineté en gestation concerne dans un premier temps l'exercice de la juridiction⁴⁶⁰. En effet, la prégnance du droit coutumier, l'emprise de l'Eglise dans les territoires et l'autorité du droit romain laissent encore peu de place à une puissance normative autonome de la part du monarque à la sortie de l'ère féodale⁴⁶¹. Mais même l'affirmation de l'autorité judiciaire royale ne se fait pas sans difficultés.

131. Elle semble admise assez tôt d'un point de vue théorique, comme en témoigne, dès le règne de Louis IX⁴⁶², la popularité de l'adage tiré de Saint-Augustin « *remota itaque justicia, quid sunt regna, nisi magna latrocinia* »⁴⁶³. Néanmoins, elle rencontre, sur le plan pratique, de nombreuses

⁴⁵⁸ *Ibid*, p. 29.

⁴⁵⁹ V. J. Krynen, *Le théâtre juridique, une histoire de la construction du droit*, NRF (« Bibliothèque des histoires »), Paris, 2018.

⁴⁶⁰ M. David, *La souveraineté du peuple*, *Op. cit.*, p. 41.

⁴⁶¹ Cela sera d'ailleurs le cas jusqu'à assez tard, comme en témoigne cette analyse d'un avocat parisien, Etienne Pasquier, du XVI^e siècle : « *droit commun de la France gist en quatre points ; aux ordonnances royaux, coutumes diverses des provinces, arrests généraux des cours souveraines, et en certaines propositions morales, que par un long et ancien usage nous tenons en foy et hommage du Romain* ». Cité par D. Richet, *La France moderne : l'esprit des institutions*, *Op. cit.*, p. 29.

⁴⁶² Dont l'image d'Epinal le représente rendant la justice sous un chêne du bois de Vincennes.

⁴⁶³ « la justice supprimée, que sont les royaumes, sinon de vastes brigandages? », cité par C. Gauvard, « Introduction », *Op. cit.*, p. 8.

réticences, notamment de la part des pouvoirs judiciaires locaux ainsi que des juridictions ecclésiastiques⁴⁶⁴. C'est ainsi que, comme le précise Marcel David, le pouvoir judiciaire du monarque se limite à « *l'activité judiciaire au plus haut niveau* »⁴⁶⁵, la juridiction de proximité demeurant, dans la plupart des cas, entre les mains des ecclésiastiques⁴⁶⁶. Mais cet état de fait commence à évoluer après la conquête par Philippe-Auguste de la plupart des régions hexagonales placées sous le contrôle des rois d'Angleterre (la Normandie, le Maine, la Touraine, le Poitou et l'Anjou). A partir de là, le roi capétien s'inspire de certaines institutions administratives anglo-normandes comme les juges implantés localement et les shérifs⁴⁶⁷, ce qui débouche sur la création des baillis en 1190. Avec les sénéchaux et les commissaires extraordinaires, les baillis permettent d'assurer l'emprise administrative du roi sur le territoire du royaume et sur sa population⁴⁶⁸ en créant des juridictions royales implantées dans des districts fixes⁴⁶⁹.

Selon Harold J. Berman, « *l'établissement du système des baillis était la condition préalable à la formation d'un corps judiciaire royal centralisé et professionnel* »⁴⁷⁰. Louis IX (Saint-Louis), petit-fils de Philippe-Auguste, crée en 1250 le Parlement de Paris, une cour royale centrale établie dans la capitale du royaume. C'est ainsi que « *les tribunaux royaux deviennent réalité à partir de la fin du XIIe siècle avec la généralisation de l'institution des baillis, puis, surtout, avec la mise en place progressive des rouages du Parlement dans la seconde moitié du XIIIe siècle* »⁴⁷¹. A travers l'affirmation théorique et pratique d'un « *droit de vie et de mort* », que le monarque « *peut exercer désormais sur l'ensemble de ses sujets* », qu'il devient réellement « *« fontaine de justice » et, surtout, l'unique fontaine légitime de justice* »⁴⁷². Aussi, « *l'affirmation du pouvoir justicier des souverains* » serait « *beaucoup plus importante pour définir la théorie politique de l'Etat naissant*

⁴⁶⁴ Ibid, p. 8 et s.

⁴⁶⁵ M. David, *La souveraineté du peuple*, Op. cit., p. 41.

⁴⁶⁶ Rappelons en effet que ces derniers sont dotés du formidable outil que constitue le droit romano-canonique, façonné et transmis dans les universités qui s'épanouissent sous la protection du pape.

⁴⁶⁷ H. J. Berman, *Droit et révolution I*, Op. cit., p. 480.

⁴⁶⁸ Comme l'indique Harold J. Berman, « *comme le shérif, le bailli français pouvait représenter le roi en diverses sortes d'affaires, il recevait ses instructions, surveillait ses finances et lui en faisait rapport. Comme les juges en circuit anglo-normand, les baillis français étaient délégués par les tribunaux royaux pour entendre les plaids de la Couronne (cas royaux) et, plus généralement, maintenir les droits et les prérogatives du monarque* ». Ibid, p. 482.

⁴⁶⁹ Ibid, p. 484.

⁴⁷⁰ Ibid, p. 483.

⁴⁷¹ A. Rigaudière, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, Economica (Coll. Corpus Histoire du droit), Paris, 2006, 3e éd., p. 447.

⁴⁷² C. Gauvard, « Introduction », Op. cit., p. 28.

que ne le sont, au même moment, les finances et même le pouvoir de légiférer »⁴⁷³. Selon Harold J. Berman, « la création d'une cour centrale de justice royale fut, [en France], comme dans le cas de la Sicile ou de l'Angleterre, mais aussi dans celui de l'Eglise romaine, caractéristique du développement initial du type d'Etat moderne occidental »⁴⁷⁴.

132. Parallèlement à l'affirmation du roi comme « fontaine de justice », les circonstances matérielles et culturelles placent ce dernier « dans une situation favorable pour faire de son pouvoir normatif et de la législation qui découle de son exercice un axe structurant de la construction de l'Etat »⁴⁷⁵. Mais la revendication par le roi de France du monopole de l'exercice du pouvoir normatif s'affirme finalement de manière tardive, à partir du début du XIV^e siècle. C'est alors qu'il devient possible pour lui de nourrir l'ambition « d'imposer à l'ensemble du royaume une législation qui se veut créatrice d'un ordre juridique unitaire propre à faciliter l'édification de l'Etat »⁴⁷⁶. Par exemple, une ordonnance du mois de janvier 1303 émise par Philippe le Bel interdit les guerres privées en se fondant sur « sa certaine science et autorité et dans la plénitude du pouvoir royal »⁴⁷⁷. Or c'est grâce à l'apport des juristes royaux que les fondements d'une renaissance du pouvoir législatif du monarque sont possibles.

II. Le rôle des légistes royaux

133. Les accomplissements du monarque sont accompagnés de la mise sur pied par les juristes engagés auprès de la Couronne d'un système de justification de son autorité, s'inspirant du droit romain et des innovations du droit romano-canonique. Du point de vue juridique, c'est l'activité intellectuelle-théorique des juristes royaux qui crée le pouvoir législatif du roi en le pensant. Comme le note Albert Rigaudière, « c'est une courbe toujours ascendante qui se dégage et qui tend à un renforcement constant aussi bien des prérogatives royales que des moyens imaginés pour l'exercer »⁴⁷⁸.

⁴⁷³ Ibid, p. 8 et s.

⁴⁷⁴ H. J. Berman, *Droit et révolution I*, Op. cit., p. 483.

⁴⁷⁵ A. Rigaudière, « Législation royale et construction de l'Etat dans la France du XIII^e siècle » in A. Gouron et A. Rigaudière (sous la dir.), *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'Etat*, Publications de la société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, Montpellier, 1988, p. 204.

⁴⁷⁶ A. Rigaudière, « Législation royale et construction de l'Etat dans la France du XIII^e siècle », Op. cit., p. 204.

⁴⁷⁷ J. Gaudemet, *Les naissances du droit*, LGDJ (Anthologie du droit), Paris, 2016, p.139.

⁴⁷⁸ A. Rigaudière, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, Op. cit., p. 471.

134. C'est ainsi que les légistes royaux contribuent de manière déterminante à la transformation d'une puissance législative royale encore timide (A) en une puissance législative de plus en plus affirmée (B).

A. Une puissance législative royale encore timide

135. Il existait depuis longtemps, avant le XII^e siècle, un fondement de la puissance législative du monarque qui résidait dans la nature du ministère royal. Comme l'indique Albert Rigaudière, « *héritiers des empereurs carolingiens, les rois capétiens investis de la tuitio regni avaient pour mission première d'assurer la protection de leurs sujets et de faire régner la justice* »⁴⁷⁹. Une interprétation extensive de la *tuitio regni* pouvait englober une compétence de nature législative car « *depuis longtemps déjà, le ministère royal portait en lui toutes les justifications d'un pouvoir normatif naturellement dévolu au roi* »⁴⁸⁰. Cependant, l'exercice par le roi d'une telle compétence est fortement encadré par les règles féodales. Ainsi, « *le roi ne peut légiférer hors de son domaine sans obtenir le consentement de ses barons et de ses grands vassaux* »⁴⁸¹. Ce principe « *imposait au roi de réunir une véritable cour plénière des vassaux aussi souvent qu'il souhaitait qu'une décision à portée générale soit arrêtée* »⁴⁸². Le juriste Philippe de Beaumanoir affirme l'importance de ce « *grant conseil* » sans pour autant donner des indications sur sa composition⁴⁸³. A cette règle de nature procédurale il convient d'ajouter une limite substantielle, relative au contenu de l'intervention du roi. Celle-ci doit obéir au critère de justice et de recherche du « bien commun » et être adoptée « pour raisonnable cause »⁴⁸⁴. Beaumanoir ne donne pas davantage de précisions, notamment en ce qui concerne l'autorité compétente pour juger du caractère raisonnable de la cause⁴⁸⁵.

⁴⁷⁹ *Ibid*, p. 451.

⁴⁸⁰ *Idem*.

⁴⁸¹ *Ibid*, p. 453. Une telle formule offre un contraste absolu avec celle que Jean Bodin forgera quatre siècles plus tard pour exprimer la puissance législative du souverain : « *la puissance de donner loi à tous en général et à chacun en particulier* » (Cf. *infra*. Chap. suivant).

⁴⁸² *Idem*.

⁴⁸³ *Idem*.

⁴⁸⁴ *Ibid*, p. 454.

⁴⁸⁵ *Idem*.

136. Partant, la position que le roi occupe dans la société vassalo-féodale l'empêche d'exercer une puissance normative suprême et autonome. Dans le paysage juridique occidental, celle-ci n'est revendiquée que par le pape, dans le sillage de la réforme grégorienne. En effet, selon la conception des théologiens proches de la papauté, le pouvoir séculier, au sens large, avait pour mission de « *respecter, servir et conserver* »⁴⁸⁶ le droit. L'abbé Suger, que l'on ne peut guère soupçonner de vouloir affaiblir l'autorité du roi, estime que l'une des principales missions dont ce dernier est investi consiste à « *conserver à chacun son droit* (jus suum cuique conservare) »⁴⁸⁷. Cela répond à la logique selon laquelle le droit s'impose à l'autorité politique qui, « *au moins à ses débuts, n'a guère d'autre fonction que de reconnaître, confirmer ou, dans la meilleure hypothèse, infléchir et corriger une règle qui existe déjà* »⁴⁸⁸. C'est ainsi que la compétence de production normative *ab nihilo* ou celle d'abrogation de règles existantes revêtait, dans la représentation médiévale, un caractère extraordinaire. Comme l'affirme Albert Rigaudière, « *dans la société médiévale, [...] la norme coutumière, de plus en plus englobante, contribuait toujours davantage à reléguer au panthéon du droit les rares règles élaborées par des autorités édictales aussi dispersées que contestées* »⁴⁸⁹.

137. Aussi, personne n'imagine, avant le milieu du XIII^e siècle, « *qu'un texte nouveau puisse innover, que ce soit dans le domaine du « droit public » et, moins encore, dans celui du « droit privé* »⁴⁹⁰. Il convient en effet d'ajouter que le précaire pouvoir normatif du monarque se limite, au Moyen-Âge, à des aspects de la vie sociale que l'on rangerait aujourd'hui dans la catégorie du droit public. Ceux-ci se rapportent notamment à la détermination et à la régulation des pouvoirs seigneuriaux. Dès lors, comme le constate Denis Baranger, « *il est un fait que pratiquement tous les historiens relèvent : la législation se mêle extraordinairement peu du droit privé* »⁴⁹¹. Celui-ci continue d'être réglementé par la coutume. Les fragiles équilibres de l'ordre social médiéval empêchent que le monarque puisse s'immiscer dans les domaines qui touchent aux intérêts

⁴⁸⁶ A. Rigaudière, « Préface », A. Gouron et A. Rigaudière (sous la dir.), *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'Etat*, Publications de la société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, Montpellier, 1988, p. 8.

⁴⁸⁷ A. Rigaudière, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, *Op. cit.*, p. 450,

⁴⁸⁸ A. Rigaudière, « Loi et Etat dans la France du Moyen-Âge » in *Penser et construire l'Etat dans la France du Moyen-Âge (XIII^e-XV^e siècle)*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, Paris, 2003, p. 185.

⁴⁸⁹ A. Rigaudière, *Penser et construire l'Etat dans la France du Moyen-Âge (XIII^e - XV^e siècle)*, *Op. cit.*, p. 429.

⁴⁹⁰ A. Rigaudière, « Loi et Etat dans la France du Moyen-Âge », *Op. cit.*, p. 185..

⁴⁹¹ D. Baranger, *Penser la loi*, *Op. cit.*, p. 33.

particuliers (*ad singulorum utilitatem* selon la classification d'Ulpien, l'auteur le plus cité dans le *Digeste* de Justinien).

138. Mais cette conception de la loi est contrainte d'évoluer sous la pression d'une société en rapide transformation à partir de la « renaissance du XIIe siècle » (développement du commerce, urbanisation et construction d'infrastructures, enrichissement des villes...). L'adaptabilité du droit à des circonstances nouvelles semble être une valeur ascendante. Ainsi, si l'autorité politique n'est pas immédiatement déliée du respect du droit naturel⁴⁹², sa capacité pour dire le droit est progressivement élargie. L'émergence d'un pouvoir laïc et infra-impérial indépendant se fait jour.

B. L'élargissement de la puissance et de l'autonomie du monarque

139. Dès le début du XIIIe siècle, les compétences anciennes dont dispose le roi au titre de la *tuitio regni* commencent à être interprétées de façon élargie. C'est ainsi que certains « légistes et théoriciens qui plaident la cause royale déduisent de la mission que le roi a d'assurer la garde générale du royaume la capacité et l'obligation pour lui d'intervenir aussi souvent que le commun profit et l'utilité publique sont en cause »⁴⁹³. Les *Conseils* de Pierre de Fontaines ou les écrits de Philippe de Beaumanoir⁴⁹⁴ vont dans ce sens. Dès lors, de manière toujours plus récurrente au cours du XIIIe siècle, « les rois de France promulguèrent des « établissements » (innovations de droit écrit) et des « ordonnances » changeant expressément les lois préexistantes »⁴⁹⁵. Or « de telles lois royales se présentaient comme émises « pour le bien-être commun de tous » ou pour « le profit commun du royaume » »⁴⁹⁶. La référence à ces deux principes, le commun profit et l'utilité publique, est d'une grande habileté. Elle doit en effet être comprise comme une référence à la pensée aristotélo-thomiste, dont les premiers canonistes sont fortement empreints⁴⁹⁷. L'élargissement de la compétence législative royale prenait notamment pour fondement « la formule

⁴⁹² D'ailleurs, la pensée juridique ne reconnaîtra pas véritablement l'autonomie absolue du droit avant l'avènement du positivisme juridique contemporain à la fin du XIXe siècle.

⁴⁹³ A. Rigaudière, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, *Op. cit.*, p. 451.

⁴⁹⁴ V. Ses *Coutumes du Beauvoisis* (Tome 2, Chap. XXIV), où il affirme que « li rois est sovrains par desor tous, et a, de son droit, le gênerai garde de son royaume, parquoi il pot fera tex establissemens comme il li plect por le commuu porfit, et ce qu'il cstablist doit estre tenu ».

⁴⁹⁵ H. J. Berman, *Droit et révolution I*, *Op. cit.*, p. 484.

⁴⁹⁶ *Idem.*

⁴⁹⁷ A. Rigaudière, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, *Op. cit.*, p. 451.

fameuse de Thomas d'Aquin définissant la loi comme « une prescription en faveur du bien commun, promulguée par celui qui a la charge de la communauté »⁴⁹⁸. Par conséquent, en mobilisant de la sorte les derniers développements théologiques, les juristes royaux en font « des fondements solides à l'intervention du roi législateur »⁴⁹⁹. La notion d'intérêt commun rejoint, quant à elle, celle d'*utilitas publica*, qui provient du droit romain⁵⁰⁰. Par ailleurs, la référence à ces notions de la part des juristes français de la seconde moitié du XIIIe siècle a une fonction préventive. Elle permet de désamorcer les critiques en identifiant « des remparts efficaces »⁵⁰¹ à l'action du monarque, dans la tradition du « constitutionnalisme médiéval ». En effet, si le roi « doit toujours légiférer pour que soient sauvegardés commun profit et utilité publique, il doit aussi ne rien faire qui puisse leur porter atteinte »⁵⁰². Sur le plan pratique, cela permet au roi, dans un premier temps, « d'habituer les populations soumises à leurs coutumes - et qui le demeuraient - à l'affirmation d'un pouvoir supérieur étatique dont la loi devenait en quelque sorte le garant de la qualité de leur droit et apparaissait en même temps comme l'expression d'une volonté qui leur était à la fois commune et supérieure »⁵⁰³. Le roi se donne donc les moyens pour « inculquer, sans contrainte aucune, l'idée d'un Etat naissant »⁵⁰⁴.

140. Par ailleurs, certaines formules du juriste romain Ulpien (notamment « *quod principi placuit legis habet vigorem* » et « *princeps legibus solutus est* ») se diffusent largement à partir de la seconde moitié du XIIIe siècle pour soutenir l'action législative du monarque. Les juristes proches des monarques s'inspirent largement du droit romano-canonique pour revendiquer une permanence du pouvoir royal qui n'avait eu d'égal que dans le cadre de l'Empire romain ou dans celui de l'Eglise. Comme l'indique J.-P. Brancourt, « légistes français ou italiens, ils ne sont que les héritiers des légistes romains dont ils ont les formules et l'esprit, la clarté et la sécheresse. Ils sont

⁴⁹⁸ H. J. Berman, *Droit et révolution I*, *Op. cit.*, p. 484.

⁴⁹⁹ A. Rigaudière, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, *Op. cit.*, p. 451.

⁵⁰⁰ Jean Gaudemet note à ce sujet que la référence à « l'utilité publique » qui se développe dans les écrits des juristes proches du roi contient une « résonance romaine » (v. *Les naissances du droit*, *Op. cit.*, p. 137).

⁵⁰¹ A. Rigaudière, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, *Op. cit.*, p. 451.

⁵⁰² *Idem.*

⁵⁰³ A. Rigaudière, « Loi et Etat dans la France du Moyen-Âge », *Op. cit.*, p. 185.

⁵⁰⁴ *Idem.*

*imprégnés de droit romain et regardent la coutume comme un souvenir de la barbarie qu'il faut réduire au nom de la raison »*⁵⁰⁵.

141. Toutefois, les légistes royaux demeurent, à ce stade, prudents. Albert Rigaudière considère que lorsque Beaumanoir reprend la formule d'Ulpien en français (« *ce que li plect a fere doit estre tenu pour loi* »), cela « *ne vaut, à ses yeux, que dans des cas bien précis* »⁵⁰⁶, c'est-à-dire en « *temps de guerre et de nécessité* »⁵⁰⁷⁵⁰⁸. Beaumanoir reconnaît en même temps à la masse des barons « *le droit de s'opposer à toute atteinte portée par le roi au libre exercice des droits régaliens qu'ils ont réussi à conserver* »⁵⁰⁹ lorsqu'il affirme que « *chascun barons est souverains en sa baronie* »⁵¹⁰. Concernant la question de savoir si le roi peut être délié du respect des lois (« *legibus solutus* »), ces auteurs ne se montrent guère plus audacieux⁵¹¹. Cette position semble compréhensible au regard de la faible capacité dont dispose le roi au milieu du XIII^e siècle « *à faire entendre la voix de sa norme* »⁵¹². Elle est néanmoins en avance sur la réalité effective de la puissance normative royale. Autrement dit, les juristes forgent des « *instruments théoriques de construction du pouvoir normatif royal* »⁵¹³ avant que le roi puisse effectivement intervenir, au travers de son pouvoir d'édiction du droit, dans tous les domaines et sur l'ensemble du royaume. Cela étant, comme l'affirme Marcel David, « *à la fin du XIV^e siècle, en dépit des efforts conjoints des rois de cette époque [...], les résultats ne sont pas encore à la mesure de leur aspiration à la toute-puissance que les légistes de leur entourage s'emploient obstinément à légitimer* »⁵¹⁴.

142. Il y a toutefois une tendance qui se dessine : le renforcement incontestable de la puissance normative du monarque. En effet, sa puissance législative ne cesse de s'étendre, comme en

⁵⁰⁵ J.-P. Brancourt, « Des « estats » à l'Etat: évolution d'un mot », *Archives de philosophie du droit*, Tome 21, Sirey, Paris, 1976, p. 39.

⁵⁰⁶ A. Rigaudière, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, *Op. cit.*, p. 452.

⁵⁰⁷ *Ibid*, p. 453.

⁵⁰⁸ Or cela nous rapproche déjà de la conception schmitienne de la souveraineté comme faculté de décider dans la situation exceptionnelle.

⁵⁰⁹ M. David, *La souveraineté du peuple*, *Op. cit.*, p. 40.

⁵¹⁰ *Idem*.

⁵¹¹ A. Rigaudière, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, *Op. cit.*, p. 452.

⁵¹² *Idem*.

⁵¹³ *Idem*.

⁵¹⁴ M. David, *La souveraineté du peuple*, *Op. cit.*, p. 43.

témoigne la croissance du nombre des actes royaux et de leur variété⁵¹⁵. Des lettres royales, actes individuels expédiés sans publicité, aux lettres patentes, qui traduisent la « *volonté du roi de légiférer pour tout le royaume* »⁵¹⁶, l'essor du pouvoir normatif du roi constitue « *l'un des attributs les plus porteurs de la royauté* »⁵¹⁷ dans la construction de l'Etat dès la moitié du XIII^e siècle. Nimbé depuis Philippe-Auguste du titre d'*Imperator Franciae*, le roi peut « *marcher sur les traces de ceux des empereurs romains qui furent à même d'élaborer effectivement la loi selon leur bon plaisir* »⁵¹⁸. Jacques Krynen cite Thomas de Pouilly, un officier royal au babillage de Mâcon, qui estime en 1297 que le roi détient à la fois la force matérielle et la légitimité juridique pour être considéré comme un empereur en son royaume⁵¹⁹. Alors que l'assise territoriale du royaume de France est parachevée sous la dynastie des Valois⁵²⁰, François I^{er} et Henri II poursuivent les réformes dans tous les domaines (législatif, judiciaire, administratif), « *ouvrant véritablement la voie à l'« absolutisme »* »⁵²¹. Cependant, la marche vers la souveraineté est encore longue.

§2. La marche vers la souveraineté

143. Les matériaux conceptuels à partir desquels le principe de souveraineté fut forgé se trouvaient à la disposition des juristes royaux depuis la redécouverte du droit romain et l'essor du droit canonique. Cependant, il fallait encore, pour que la pensée juridique accouche du principe de souveraineté, que certaines conditions matérielles et intellectuelles soient réunies. Celles-ci apparurent progressivement, entre la fin du XIII^e et le milieu du XVI^e siècle (I). L'événement historique qui marque de la manière la plus déterminante un mouvement d'accélération dans l'effort pour penser la souveraineté est sans doute la crise ouverte par la Réforme luthérienne puis calviniste, qui plonge le Saint-Empire, puis le royaume de France et le reste de l'Europe

⁵¹⁵ A. Rigaudière, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, Op. cit., p. 454.

⁵¹⁶ *Idem*.

⁵¹⁷ *Ibid*, p. 456.

⁵¹⁸ *Idem*.

⁵¹⁹ « *Comme le roi possède en son royaume tout l'imperium que l'empereur possède dans l'empire, et qu'il est secondé par de la plus grande multitude d'hommes excellentissimes tant dans l'armée que dans la cléricature, comme jamais n'en a disposé un quelconque empereur [germanique], et qu'il n'a dans le monde aucun supérieur au temporel, on peut dire de lui ce qui est dit l'empereur [romain, au Code de Justinien, 6, 23, 19], à savoir que tous les droits, et d'abord ceux qui concernent son royaume, sont enfermés dans son cœur* ». J. Krynen, « La souveraineté avant Bodin : le moment Philippe Le Bel », Op. cit., p. 42.

⁵²⁰ La Provence et la Bretagne sont rattachées à la Couronne en 1487 et en 1491 respectivement (A. Rigaudière, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, Op. cit., p. 466).

⁵²¹ *Idem*.

occidentale, dans les Guerres de religion (II). C'est comme s'il eut fallu que l'édifice tout entier menace de s'effondrer pour que jaillisse, sous la plume de Jean Bodin, le principe permettant, non seulement de le maintenir debout, mais d'en consolider définitivement les fondations pour les siècles à venir.

I. La consolidation des puissances séculières

144. L'édifice de l'« Etat-Eglise » régi par une théocratie pontificale aux prétentions de domination universelle commence à se fissurer à partir du milieu du XIII^e siècle. Face à la poussée des pouvoirs séculiers et aux contestations internes, l'autorité pontificale doit reculer (A). En Europe occidentale, cette dynamique s'accompagne, à partir du début du XVI^e siècle, d'un renouveau de la pensée politique et juridique qui consolide l'autorité et la puissance des pouvoirs séculiers (B).

A. Le recul de l'autorité pontificale

145. A la fin du XIII^e siècle, « *l'équilibre des pouvoirs au sein de la chrétienté entre le pontife romain et les monarchies naissantes se modifie au détriment du premier* »⁵²². Selon Jean Picq, le choix de la ville de Lyon pour la tenue des deux conciles de 1245 (XIII^e concile œcuménique catholique) et de 1274 (XIV^e concile œcuménique catholique) est un symbole qui « *marque la prise de conscience de l'excentricité de Rome par rapport aux foyers politiques qui s'affirment en Occident* »⁵²³. Ce déplacement spatial par rapport au concile de Latran de 1215 (XII^e concile œcuménique catholique), qui avait marqué l'apogée de la théocratie pontificale, symbolise l'affirmation des monarchies territoriales (France et Angleterre notamment) face au pape. L'affrontement, à cheval entre la fin du XIII^e et le début du XIV^e siècle, entre le pape Boniface VIII et Philippe le Bel en constitue la cristallisation en France. Il s'agit, pour Jacques Krynen, du « phénomène déclencheur » permettant de penser la souveraineté dans l'ordre externe⁵²⁴.

146. Cette crise a pour genèse la volonté de Philippe le Bel d'asseoir son emprise sur « l'Eglise de France », c'est-à-dire l'appareil ecclésiastique qui officie sur le territoire de son royaume. En effet,

⁵²² J. Picq, *Une histoire de l'Etat en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen-Âge à nos jours*, Op. cit., p. 197.

⁵²³ *Idem*.

⁵²⁴ J. Krynen, « La souveraineté avant Bodin : le moment Philippe Le Bel », Op. cit., p. 34.

à la fin du XIII^e siècle, les ecclésiastiques détiennent encore des compétences judiciaires et jouissent d'exemptions fiscales considérables. Ainsi, en 1289 Philippe le Bel envoie à Rome une ambassade pour faire savoir au pontife que « *l'Eglise de France était au roi et non au pape* »⁵²⁵. Il se fonde sur le serment du sacre, selon lequel le monarque s'engage à protéger et à garantir les privilèges des clercs dans son royaume. La première conséquence concrète qui découle des prétentions du monarque sur le clergé est l'adoption, en 1296, d'une nouvelle taxe sur les biens ecclésiastiques. Le pape Boniface VIII réagit au travers de la décrétale *Clerici laicos* qui réaffirme le principe selon lequel « *toute contribution des clercs aux charges des principautés temporelles est suspendue à son consentement* »⁵²⁶. En guise de riposte, le roi gèle les sorties d'or et d'argent du royaume et expulse les collecteurs apostoliques. Un auteur anonyme rédige *La dispute du clerc et du chevalier* (*Disputait inter clericum et militem*), où il critique les arguments du pape et pose « *les fondements du réalisme* »⁵²⁷. Mais l'affrontement est de courte durée. Un compromis est trouvé en 1297 qui reconnaît au roi le droit de lever des taxes sur le clergé sans l'autorisation du pape seulement en cas de circonstances exceptionnelles⁵²⁸. Quelques années plus tard, le conflit ressurgit, cette fois-ci en raison de l'hostilité que l'évêque de Pamiers, Bernard Saisset, manifeste à l'encontre du monarque français. Après avoir émis de virulentes critiques à l'égard de ce dernier et de son entourage, Bernard Saisset est arrêté, jugé et emprisonné. La réaction du pape se fait entendre le 5 décembre 1301 à travers la bulle *Ausculda filii*, dans laquelle le pontife qualifie la conduite de Philippe le Bel de « tyrannique ». L'escalade se poursuit avec la riposte du roi capétien qui, à travers son juriste Pierre Flotte, estime ne tenir son royaume que de Dieu⁵²⁹. En 1302, Boniface VIII édicte la fameuse bulle *Unam sanctam*. Celle-ci constitue l'expression la plus parfaite de l'absolutisme théocratique⁵³⁰. Ce sera son chant de cygne.

147. Cette bulle fait l'objet d'une réponse de la part des maîtres de l'Université de Paris sous la forme de la *Quaestio de potestate papae*. Comme l'indique Jacques Krynen, il s'agit d'un « traité

⁵²⁵ J. Picq, *Une histoire de l'Etat en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen-Âge à nos jours*, Op. cit., p. 206.

⁵²⁶ *Idem*.

⁵²⁷ J. Krynen, « La souveraineté avant Bodin : le moment Philippe Le Bel », Op. cit., p. 36.

⁵²⁸ *Idem*.

⁵²⁹ A. Rigaudière, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, Op. cit., p. 316.

⁵³⁰ Le pape y affirme notamment que son autorité suprême « *est le garant de l'ordre universel voulu par Dieu* ». Il soumet le pouvoir temporel à son autorité : « *le pouvoir spirituel doit instituer le pouvoir terrestre et le juge s'il n'est pas bon* ». Cf. J. Picq, *Une histoire de l'Etat en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen-Âge à nos jours*, Op. cit., p. 207.

farouchement régaliste »⁵³¹. Mais la réponse du roi est conduite par son légiste et conseiller, Guillaume de Nogaret. Celui-ci accuse gravement le pape d'« *hérétique, simoniaque et usurpateur* » dans un conseil tenu au Louvre en juin 1303⁵³². Mais il ne s'arrête pas aux mots. Guillaume de Nogaret se rend en Italie, à la résidence estivale du pape à Anagni, pour convoquer le pontife devant un concile destiné à le juger en France. S'alliant avec des membres de la noblesse romaine, parmi lesquels le puissant Sciarra Colonna⁵³³, Guillaume de Nogaret s'empare du palais pontifical de la ville. Il parvient à faire connaître au pape son acte d'accusation avant que la population d'Anagni ne le libère. Rentré à Rome, humilié et épuisé par cet épisode, Boniface VIII meurt un mois plus tard. Son successeur, l'évêque français Bertrand de Got, intronisé sous le nom de Clément V, détend largement les rapports entre le royaume de France et le Saint-Siège. Il lève la sentence d'excommunication de Philippe le Bel et ouvre la voie pour que ce dernier s'empare des biens de l'ordre du Temple. En définitive, il accepte la soumission de l'Eglise à la monarchie capétienne⁵³⁴. L'installation de Clément V à Avignon en 1309, où les papes demeurèrent jusqu'en 1378, renforce encore cette situation pour l'avenir.

148. L'importance de cet épisode, dont la célébrité tient sans doute aussi à son caractère tout à fait romanesque, ne doit cependant pas laisser penser que le roi de France fut le seul à remettre en cause l'autorité pontificale. En effet, après la « Querelle des investitures », réglée en 1077 par la pénitence à Canossa, le conflit entre l'empereur germanique et le pape ressurgit au milieu du XIV^e siècle. Il opposa, de 1322 à 1346, l'empereur Louis IV de Bavière aux papes Jean XXII, Benoît XII et Clément VI. Finalement, en 1346, Clément VI parvint à faire déposer Louis IV avec le soutien des Electeurs allemands. Mais son successeur, Charles IV, entendit se défaire de l'emprise du pape sur sa procédure de désignation et sur son couronnement. Il adopta ainsi, à Metz, la fameuse Bulle d'or en 1356, selon laquelle la désignation de l'empereur, « *choisi par Dieu et élu par les princes* »⁵³⁵, revient à sept princes électeurs, sans que soit prévu le couronnement par le pape à Rome. Charles IV parvient, de la sorte, à réduire à néant la possibilité pour le pape de s'ingérer dans la désignation et le couronnement de l'empereur. Comme le relate Jean Picq, « *un siècle plus tard, Frédéric III de*

⁵³¹ J. Krynen, « La souveraineté avant Bodin : le moment Philippe Le Bel », *Op. cit.*, p. 36.

⁵³² J. Picq, *Une histoire de l'Etat en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen-Âge à nos jours*, *Op. cit.*, p. 207.

⁵³³ Celui-ci aurait été l'auteur de la célèbre gifle qu'aurait reçu Boniface VIII, acculé dans son palais par les troupes venues de Rome.

⁵³⁴ J. Picq, *Une histoire de l'Etat en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen-Âge à nos jours*, *Op. cit.*, p. 207.

⁵³⁵ *Ibid*, p. 205.

Habsbourg, élu en 1440, ne recevra la couronne impériale des mains du pape Nicolas V que douze ans après son élection en 1452 »⁵³⁶.

149. Contesté sur le plan extérieur par le roi de France et l'empereur, l'« Etat-Eglise » est sur le déclin. Il doit, en outre, faire face à une contestation intérieure de nature politico-théologique⁵³⁷. Au début du XIVe siècle, les idées « conciliaristes », selon lesquelles les conciles, convoqués tous les dix ans, « *devraient devenir la structure gouvernementale normale* »⁵³⁸ de l'Eglise, conteste la conception monocratique du pouvoir pontifical. A partir de 1378, une querelle entre cardinaux français et italiens débouche sur l'élection de deux papes, auxquels vient s'ajouter un troisième en 1409⁵³⁹. C'est le « Grand Schisme d'Occident ». Cette crise s'achève en 1417, dans le sillage du Concile de Constance de 1414.

Ces graves crises qui fragilisent l'autorité du pape tout au long du XIVe et du XVe siècle s'accompagnent d'un courant général qui renouvelle la pensée sur le pouvoir et sur le droit.

B. Un renouveau de la pensée politico-juridique

150. Le XVIe siècle prolonge la « *courbe toujours ascendante [...] qui tend à un renforcement constant aussi bien des prérogatives royales que des moyens imaginés pour l'exercer* »⁵⁴⁰. En France, l'affrontement entre Philippe le Bel et Boniface VIII fait l'objet d'une importante production intellectuelle pour soutenir l'action du roi. En effet, avant que ce conflit dégénère à Anagni, le monarque capétien se fonde sur des arguments de nature juridico-politique. Lorsque le roi décide, en 1296, de geler toute sortie d'or et d'argent du royaume, un légiste royal rédige *Le Dialogue du clerc et du chevalier*, qui « *s'appuie sur l'Evangile pour repousser les prétentions du pape* »⁵⁴¹. Selon cet ouvrage, « *le Christ n'a exercé aucun pouvoir. Il en a même repoussé l'idée. Il a institué Pierre son vicaire pour les choses qui concernent notre salut, non pour le reste. Il ne l'a*

⁵³⁶ *Idem.*

⁵³⁷ Nous pensons à la critique vis-à-vis de l'autorité du pape émise par Marsile de Padoue et Guillaume d'Ockham, que nous avons pu présenter antérieurement (cf. *supra*. Sect. 1, §2, II).

⁵³⁸ J. Picq, *Une histoire de l'Etat en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen-Âge à nos jours*, Op. cit., p. 202.

⁵³⁹ *Ibid*, p. 203.

⁵⁴⁰ A. Rigaudière, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, Op. cit., p. 471.

⁵⁴¹ J. Picq, *Une histoire de l'Etat en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen-Âge à nos jours*, Op. cit., p. 206.

ni armé chevalier ni couronné roi. Il l'a consacré prêtre et évêque »⁵⁴². En 1303, après les événements d'Anagni, Jean de Paris rédige son traité *Des pouvoirs du roi et des pouvoirs du pape* (*De potestate regia et papali*) dans lequel il réaffirme l'autonomie du roi par rapport au pontife. Le légiste Pierre Flotte rappelle, dans une note rédigée dans le Conseil privé du roi, « qu'avant qu'il y eût des clercs, le roi de France avait la garde de son royaume et pouvait faire des édits afin de se préserver, et son royaume avec lui, des embûches et des dommages »⁵⁴³. Dès lors, les libertés et les privilèges reconnus aux membres du clergé « ne peuvent être invoqués pour gêner les rois dans le gouvernement et la défense de leur royaume, non plus pour les empêcher de faire ce qui, de l'avis des sages, est nécessaire à ce gouvernement et à cette défense »⁵⁴⁴. Ce principe, dont l'affirmation en 1303 témoigne du chemin parcouru pour revenir sur les postulats de la théocratie pontificale sert de fondement à la doctrine gallicane. Il faut attendre l'édiction de la *Pragmatique Sanction de Bourges* en 1438 par le roi Charles VII pour que soit traduite dans le droit « la volonté politique des monarques, partagée par l'assemblée des évêques de France, de mettre l'accent sur la dimension nationale de l'Eglise que l'on désigne précisément comme « l'Eglise de France » »⁵⁴⁵. En définitive, cet épisode est capital à la fois pour la France comme pour l'ensemble des pouvoirs séculiers car « il met un terme à tous les grands projets qu'avaient formés les papes de contrôler les souverains de la chrétienté »⁵⁴⁶. Une nouvelle ère peut donc s'ouvrir, celle de l'Etat.

151. Avant le XVI^e siècle, le mot « Etat » était surtout employé au pluriel, « états », pour désigner les différents strates ou groupes sociaux. L'un des premiers (le premier?⁵⁴⁷) penseurs à employer le mot « Etat » dans un sens résolument moderne est Nicolas Machiavel, dès la première phrase du *Prince*⁵⁴⁸. Cet ouvrage inaugure, à plusieurs égards, une nouvelle ère sur le plan de la pensée politique. En effet, il place l'Etat, qui deviendra le cadre politico-juridique de référence de la modernité, au centre de sa pensée. Néanmoins, penseur d'Etat, Machiavel est moins un penseur de l'Etat, dans la mesure où ses analyses visent moins à théoriser ce dernier qu'à décrire les qualités (la

⁵⁴² *Idem*.

⁵⁴³ Cité par *Ibid*, p. 208.

⁵⁴⁴ Cité par *Idem*.

⁵⁴⁵ *Ibid*, p. 209.

⁵⁴⁶ A. Rigaudière, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, Op. cit., p. 317.

⁵⁴⁷ Albert Rigaudière estime que c'est sans doute à tort que l'« on s'accorde à dire que Machiavel est le créateur du terme » d'Etat (*Ibid*, p. 472).

⁵⁴⁸ « Tous les États, toutes les dominations qui ont tenu et tiennent encore les hommes sous leur empire, ont été et sont ou des républiques ou des principautés ».

virtu) et les méthodes de gouvernement du Prince dans un monde devenu « *aussi complexe qu'instable* »⁵⁴⁹. Ainsi, Machiavel n'élabore pas vraiment une théorie de l'Etat car celui-ci « *demeure une donnée qui n'est pas encore réellement détachée des hommes qui le constituent* »⁵⁵⁰. Il manque, donc, à la pensée machiavélienne, la dimension institutionnelle de l'Etat.

152. En revanche, le secrétaire florentin parvient à souligner l'importance de « *ramener la pensée aux choses politiques mêmes, autrement dit à la structure du monde historique* »⁵⁵¹. Pour lui, « *l'heure n'est plus de s'en remettre à une Révélation quelle qu'elle soit mais d'observer les passions humaines, de reconnaître que les hommes ne sont ni totalement mauvais, ni parfaitement bons et de fonder l'agir politique sur le couple nécessité/société* »⁵⁵². La « *découverte machiavélienne [...]* devait consister à préparer le terrain sur lequel la modernité allait bâtir l'Etat historique sur ses deux fondations humaines, la loi et la force »⁵⁵³. Par conséquent, l'apport intellectuel majeur de Machiavel concerne la manière dont il pense l'autonomie du politique. La révolution machiavélienne⁵⁵⁴ ouvre ainsi la voie à la modernité, caractérisée par l'émancipation du politique des attaches morales, religieuses, philosophiques qui s'imposaient jadis à lui⁵⁵⁵. Or l'autonomisation du politique est incarnée, d'un point de vue institutionnel, par l'indépendance dont jouit l'Etat vis-à-vis de toute puissance normative concurrente.

153. Dans ce sillage, le XVI^e siècle marque également l'avènement, en Europe occidentale, de la science comme activité constitutive des représentations dominantes du monde, au détriment de la théologie⁵⁵⁶. En effet, la succession de découvertes et d'inventions qui jalonnent le XVe et XVI^e siècle provoque un changement radical dans l'accès à la connaissance de la nature. Cette dernière « *ne s'impose plus comme un ordre hiérarchisé et statique; elle est perçue de façon à la fois*

⁵⁴⁹ G. Barrera, *La guerre civile. Histoire philosophie politique*, Gallimard (Coll. L'esprit de la Cité), Paris, 2021, p. 62.

⁵⁵⁰ A. Rigaudière, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, Op. cit., p. 472.

⁵⁵¹ G. Mairet, *Le principe de souveraineté. Histoire et fondements du pouvoir moderne*, Gallimard (Folio essais), Paris, 1997, p. 30.

⁵⁵² J. Picq, *Une histoire de l'Etat en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen-Âge à nos jours*, Op. cit., p. 213.

⁵⁵³ G. Mairet, *Le principe de souveraineté. Histoire et fondements du pouvoir moderne*, Op. cit., p. 30.

⁵⁵⁴ V. la thèse défendue par U. Dotti dans sa biographie très fouillée du Florentin: *La Révolution Machiavel*, Jérôme Millon, Paris, 2006.

⁵⁵⁵ Il a été mentionné antérieurement comment la puissance normative du roi est encadrée au Moyen-Âge, limitant ce dernier à respecter, servir et conserver un droit conçu comme antérieur et comme s'imposant donc à son autorité (cf. *Supra*. §1, I).

⁵⁵⁶ Celle-ci fait d'ailleurs l'objet de fortes controverses dans le cadre de la Réforme puis de la Contre-réforme.

désenchantée et en mouvement »⁵⁵⁷. L'avènement de la science comme mode privilégié d'accession à la vérité substitue l'empirisme et la raison aux arguments d'autorité et à l'étude de la Bible⁵⁵⁸. Progressivement, l'esprit mathématique (*mos mathematicus*) imprègne tous les champs de la pensée, dont la pensée juridique. Ce nouvel esprit se caractérise, dans le champ juridique, par l'adoption de raisonnements logiques. Comme le montre Véronique Champeil-Desplats, « *les mathématiques s'imposent dès lors comme le modèle scientifique qui permet d'intégrer le savoir juridique au sein des « sciences démonstratives » en utilisant pour méthode principale la déduction* »⁵⁵⁹. Ainsi, la connaissance du droit naturel ne passe plus par la glose des textes anciens mais par une double démarche : établir d'abord de grands principes par l'activité de la raison et en déduire ensuite des conséquences précises par le biais d'un raisonnement logico-mathématique⁵⁶⁰. Ces importantes évolutions constituent un terrain fertile pour que s'épanouisse l'idée naissante d'Etat souverain. La réinterprétation, par les juristes royaux, des concepts du droit romano- canonique, au premier chef desquels celui de « *plenitudo potestatis* » et l'émancipation progressive vis-à-vis des cadres imposés par la religion catholique contribue à la fois à séculariser et à « territorialiser » le pouvoir politico-juridique. C'est l'embryon de la pensée d'Etat qui se développera avec vigueur à partir de la fin du XVI^e siècle.

154. La critique la plus virulente du pouvoir de l'Eglise ne provient cependant pas des juristes et des philosophes français ou italiens. Elle est d'abord conduite dans les territoires germaniques, par les promoteurs de la Réforme. L'intolérance qui s'installe de part et d'autre conduit aux Guerres de religion, qui ravagent une partie de l'Europe occidentale du début du XVI^e jusqu'à la fin du XVII^e siècle. Celles-ci jouent le rôle d'un accélérateur vers la théorisation, en France, du principe de souveraineté.

⁵⁵⁷ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Op. cit., p. 58 et s.

⁵⁵⁸ Le mouvement de la Contre-réforme et la doctrine de la monarchie absolue de droit divin reviennent sur cette évolution, comme le montre, par exemple, la démarche de Jacques-Bénigne Bossuet lorsqu'il recherche dans les Ecritures saintes les fondements d'une théorie politique.

⁵⁵⁹ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Op. cit., p. 60.

⁵⁶⁰ *Idem*.

II. L'accélérateur : les Guerres de religion

155. Au même moment, à deux années près, où Machiavel publie son *Prince*, Luther placarde ses Quatre-Vingt-Quinze thèses sur la porte de l'église de la Toussaint à Wittemberg. Cet acte fondateur marque le point de départ d'une « révolution » qui, selon Harold J. Berman, transforme l'Europe occidentale. C'est, en effet, à l'issue des Guerres de religion que naquirent « *de nouvelles entités et appartenances nationales, de nouvelles formes de régimes politiques, de nouvelles institutions économiques, de nouveaux rapports entre les classes de la société, de nouvelles conceptions de l'histoire, de nouvelles conceptions de la vérité* »⁵⁶¹. Après les Guerres de religion, la notion de *societas christiana*, socle sur lequel reposait l'autorité de l'Eglise, ne peut plus revêtir la même portée. L'unité du Saint-Empire romain de la Nation germanique (*Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation*, appellation qu'il reçoit à partir du XVI^e siècle) est sérieusement menacée. Comme l'indique Michel Foucault, « *ces deux grandes formes d'universalité qui étaient devenues une sorte d'enveloppe vide depuis les contestations du XIV^e siècle mais qui gardaient leur pouvoir de focalisation, de fascination et d'intelligibilité historique et politique, l'Empire et l'Eglise, ont perdu leur sens* »⁵⁶². Sur leurs décombres, s'élève « *une Europe des Etats qui trouve sa traduction politique avec la consolidation des frontières qu'entérine la Paix de Westphalie de 1648* »⁵⁶³.

156. Né sur le territoire du Saint-Empire (A), l'affrontement entre Catholiques et Protestants se traduit en France par une crise existentielle, qui menace les fondements même du régime monarchique (B).

A. La naissance du conflit religieux dans le Saint-Empire

157. Le Saint-Empire présente un développement historique qui tranche avec la centralisation progressive des compétences normatives opérée le monarque en France. A l'inverse, l'empereur Charles IV « *entérine un statu quo qui interdisait de facto la formation d'un pouvoir central* »⁵⁶⁴

⁵⁶¹ H. J. Berman, *Droit et révolution II. L'impact des réformes protestantes sur la tradition juridique occidentale*, Op. cit., p. 29.

⁵⁶² M. Foucault, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France, 1977-1979*, Gallimard-Seuil (Coll. Hautes études), Paris, 2004, p. 299. Cité par J. Picq, *Une histoire de l'Etat en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen-Âge à nos jours*, Op. cit., p. 223.

⁵⁶³ J. Picq, *Une histoire de l'Etat en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen-Âge à nos jours*, Op. cit., p. 223.

⁵⁶⁴ *Ibid*, p. 230.

avec l'édiction de la Bulle d'or. En effet, si l'empereur « *est le suzerain de tous les fiefs impériaux dont il investit les princes*⁵⁶⁵ *et détient le pouvoir judiciaire suprême* »⁵⁶⁶, il faut rappeler qu'il demeure un empereur élu par sept grands électeurs. Or ces derniers « *exercent sur leurs terres la justice souveraine* »⁵⁶⁷ et ont un rang supérieur aux princes d'empire. Sur ce fondement dualiste (Empire/territoires de l'Empire), le particularisme politico-institutionnel et l'autonomie de chaque territoire⁵⁶⁸ sont reconnus comme les traits structurels jusqu'à l'invasion napoléonienne en 1800⁵⁶⁹. N'ayant pas un centre suffisamment puissant, l'unité de l'empire peut être menacée si les dynamiques centrifuges internes virent à l'opposition frontale contre l'autorité de l'empereur. C'est précisément ce qui arrive avec l'alliance entre les Luthériens et certains princes territoriaux.

158. En réponse à ce défi, l'empereur catholique Charles Quint, élu en 1519, s'engage dans un conflit militaire contre les princes territoriaux protestants qui dure trente-cinq ans. Son issue est scellée par la Paix d'Augsbourg de 1555, qui autorise chaque prince territorial à imposer la religion de son choix dans son territoire : le catholicisme (l'« *ancienne religion* ») ou le catholicisme (la « *confession d'Augsbourg* »)⁵⁷⁰. Ce principe fut exprimé par la formule latine « *cujus regio ejus religio* ».

159. Néanmoins, cet accord ne parvient pas à installer une paix durable car il soumet les habitants des différents territoires à la menace permanente d'une conversion forcée ou d'un exil contraint. De plus, la Paix d'Augsbourg exclut notamment le calvinisme, alors en plein essor. C'est ainsi que, deux générations plus tard, en 1618, les conflits religieux provoquent à nouveau une guerre, dite de Trente Ans. Celle-ci entraîne alors l'ensemble des puissances européennes, hormis l'Angleterre et la Russie. De ce point de vue, comme le souligne Harold J. Berman, « *la révolution allemande fut une révolution européenne* »⁵⁷¹. La Guerre de Trente Ans s'achève par les Traités de Westphalie de 1648, qui consacrent nouvellement la compétence de chaque autorité politique pour imposer sa

⁵⁶⁵ Ces derniers reçoivent donc l'appellation de « *princes d'empire* ».

⁵⁶⁶ J. Picq, *Une histoire de l'Etat en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen-Âge à nos jours*, Op. cit., p. 230.

⁵⁶⁷ *Idem*.

⁵⁶⁸ Il s'agit de « *plusieurs centaines de territoires séculiers et ecclésiastiques, appelés Länder, ainsi que quelques douzaines de cités libres* » (H. J. Berman, *Droit et révolution II. L'impact des réformes protestantes sur la tradition juridique occidentale*, Op. cit., p. 77).

⁵⁶⁹ J. Picq, *Une histoire de l'Etat en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen-Âge à nos jours*, Op. cit., p. 230.

⁵⁷⁰ *Ibid*, p. 105.

⁵⁷¹ H. J. Berman, *Droit et révolution II. L'impact des réformes protestantes sur la tradition juridique occidentale*, Op. cit., p. 116.

religion sur son territoire. Or ces Traités comportent des stipulations allant au-delà de la question religieuse. Ils consacrent notamment l'organisation fortement décentralisée du Saint-Empire, affaiblissant de la sorte le pouvoir proprement impérial, et reconnaissent l'indépendance des Provinces-Unies vis-à-vis de l'Espagne et de la Suisse vis-à-vis du Saint-Empire. C'est en ce sens que les traités de Westphalie sont considérés comme ayant posé les fondements de l'ordre international moderne, fondé sur la reconnaissance d'Etats souverains égaux en droits. Elle donna notamment aux Etats du Saint Empire romain germanique une plus importante autonomie vis-à-vis de l'Empereur et « *favorisa le processus de modernisation et d'étatisation, amorcé au début de l'époque moderne, qui s'accomplissait au niveau des territoires, qui demeuraient coiffés par l'ensemble de l'Empire* »⁵⁷².

En France, la violence que déchaînent les conflits religieux représentent un défi existentiel pour le pouvoir monarchique.

B. Les Guerres de religion en France : un défi existentiel pour le pouvoir monarchique

160. Les Guerres de religion font s'affronter, dans le royaume de France, des extrémistes catholiques et protestants qui, paradoxalement, convergent sur des prises de position hostiles au roi. Comme l'indique Albert Rigaudière, les uns et les autres trouvent ce dernier « *trop peu empressé à soutenir leurs thèses, ce qui les conduit à construire des théories hostiles tant à l'institution royale qu'à l'autorité du roi qu'ils tentent de limiter par tous les moyens* »⁵⁷³.

161. Les monarchomaques protestants ne s'opposent pas à la Couronne dès les débuts des Guerres de religion. Au contraire, les Protestants ont cru pouvoir obtenir un soutien de la part de François Ier puis de Catherine de Médicis, reine régente entre 1560 et 1563⁵⁷⁴. Cependant, malgré la politique royale d'apaisement, l'aggravation des troubles sous le règne de Charles IX, qui culminent avec le massacre de la Saint-Barthélémy en 1572, « *fait basculer les doctrinaires protestants dans une attitude d'opposition absolue* »⁵⁷⁵ à la monarchie. Leur effort s'oriente alors vers une remise en

⁵⁷² K. Malettke, « Les traités de paix de Westphalie et l'organisation politique du Saint Empire romain germanique », in *Dix-septième siècle* 2001/1 (n° 210), p. 129.

⁵⁷³ A. Rigaudière, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, *Op. cit.*, p. 474.

⁵⁷⁴ *Ibid*, p. 475.

⁵⁷⁵ *Idem*.

cause appuyée de la légitimité du pouvoir royal. L'ouvrage le plus marquant de ce courant doctrinal est la *Franco-Gallia* (la *Gaule franque ou traité du Royaume de Gaule et du droit de succession*) du juriste François Hotman. Dans cet essai, Hotman met en cause l'évolution décrite antérieurement d'extension de la puissance du roi⁵⁷⁶. Il plaide pour un régime mixte au sein duquel le peuple, l'aristocratie et le roi se partagent le pouvoir. L'aristocratie est supposée, comme à l'époque d'un royaume « franc-gaulois » idéalisé, servir de contrepoids au pouvoir royal au profit du peuple⁵⁷⁷. S'il ne parvient pas à s'implanter en France, le principe du « régime mixte » s'épanouit rapidement aux Provinces-Unies, où le prince d'Orange (*stadhouder*) accepte de partager son pouvoir avec une assemblée représentative après l'indépendance vis-à-vis de l'Espagne⁵⁷⁸. Blandine Krieger y voit même l'embryon de l'Etat de droit moderne, d'essence républicaine⁵⁷⁹. Le « régime mixte » trouve également un environnement accueillant un siècle plus tard en Angleterre⁵⁸⁰. Celui-ci fut décrit au milieu du XVIII^e siècle par Locke et Montesquieu, servant de modèle aux régimes libéraux fondés sur le principe de séparation des pouvoirs⁵⁸¹.

162. Mais le royaume de France, à la croisée des chemins lorsque les Guerres de religion remettent en cause l'autorité du roi, ne s'engage pas sur cette voie. Le parti des « Politiques », dont Michel de l'Hospital et Jean Bodin furent deux représentants éminents, se constitue en réponse à l'émergence de la doctrine monarchomaque. Il articule une doctrine qui « *admit la rupture de l'unité de la foi pour sauver l'unité nationale au prix de la tolérance religieuse* »⁵⁸². Ainsi, « *les politiques sacrifiaient au salut temporel de l'Etat-nation le salut spirituel des individus subordonné à l'adoption de la vraie foi* »⁵⁸³. Comme le note J.-P. Brancourt, les « Politiques » se saisissent du mot

⁵⁷⁶ Cf. *supra.*, §1, II, B.

⁵⁷⁷ V. J.-P. Brancourt, « Des « estats » à l'Etat: évolution d'un mot », *Op. cit.*, p. 47. V. aussi : Y. Guchet et J.-J. Chevallier, *Les grandes œuvres politiques de Machiavel à nos jours*, Armand Collin (Collection U), Paris, 1970 (rééd. 2001), p. 35.

⁵⁷⁸ Cf. J. Picq, *Une histoire de l'Etat en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen-Âge à nos jours*, *Op. cit.*, p. 315 et s.

⁵⁷⁹ B. Krieger, *La République et le Prince moderne*, PUF, Paris, 2011. Cette thèse prend le contrepied de celle d'Olivier Beaud, qui conçoit l'Etat du point de vue de sa puissance.

⁵⁸⁰ La déchéance de Jacques I^{er}, qui témoigne très tôt d'un attachement à la doctrine absolutiste, permit au parlement de Westminster d'engager l'évolution du régime anglais vers un régime mixte.

⁵⁸¹ Cf. *infra*. Titre 2, Chap. 1.

⁵⁸² J.-P. Brancourt, « Des « estats » à l'Etat: évolution d'un mot », *Op. cit.*, p. 47.

⁵⁸³ *Idem.*

« Etat » comme synonyme de « République » et Henri III est le premier monarque à adopter cette terminologie⁵⁸⁴.

163. C'est ainsi que la souveraineté, attribut essentiel de l'Etat, deviendra, sous la plume des juristes proches de la Couronne, l'attribut de cette dernière. C'est cela que soutient Cardin le Bret, auteur postérieur à Jean Bodin, dans son *Traité de la souveraineté du roi, de son domaine, et de sa couronne* publié en 1632. Affirmant que « la souveraineté est à la royauté ce que la lumière est au soleil »⁵⁸⁵, il fait découler de la souveraineté un ensemble de compétences juridiques : l'emprise sur le droit positif (« quand à moi, il estime qu'on ne doit attribuer le nom et la qualité d'une Souveraineté parfaite et accomplie qu'à celles qui ne dépendent que de dieu et qui ne sont sujettes qu'à ses lois ») et l'indépendance (« quand [les seigneuries] sont dépendantes et sujettes à d'autres puissances supérieures [...] l'on ne peut pas dire qu'elles soient pleinement souveraines »). Cela constitue le ferment de la pensée absolutiste, dans laquelle Etat et Couronne deviennent des synonymes.

⁵⁸⁴ *Idem.*

⁵⁸⁵ C. le Bret, *Les œuvres de messire C. Le Bret...*, Paris, 1643, Livre I, Chap. II. [En ligne sur Gallica : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1181681>].

Conclusion du Chapitre

164. Amorcée au milieu du XI^e siècle, la réforme grégorienne représente une charnière dans l'histoire juridique occidentale. Comme le montre Harold J. Berman, l'Eglise entreprit alors « *de se réformer elle-même et de réformer le monde par le droit* »⁵⁸⁶. C'est ainsi que, « *vers la fin du XI^e et au début du XII^e [...] dans chaque pays de l'Occident furent institués des tribunaux officiels, créés un corps de législation, une profession de juristes, une littérature et une « science du Droit ». La première impulsion donnée à ce mouvement provient de l'assertion de la suprématie pontificale sur la totalité de l'Eglise d'Occident et de l'indépendance de celle-ci à l'égard des pouvoirs séculiers. Ce fut une révolution, déclarée en 1075 par le pape Grégoire VII* »⁵⁸⁷.

165. Tout d'abord, la réforme grégorienne constitue la première expérience de centralisation et de hiérarchisation des fonctions normatives au sein d'une institution de domination politique depuis la chute de l'Empire romain d'occident en l'an 476 de notre ère. Elle opère une concentration inédite des pouvoirs au profit du pape dans l'Eglise, y compris de pouvoirs qui n'existaient pas auparavant. L'entreprise de centralisation et d'affermissement de la structure administrative s'accompagne d'une distinction des différentes fonctions (administrative, législative, judiciaire). Ensuite, elle offre à l'Eglise, pour la première fois, « *une identité légale indépendante des empereurs, des rois et des seigneurs féodaux* »⁵⁸⁸. L'Eglise « *s'établit en une entité légale visible, structurée, indépendante de toute autorité temporelle, impériale, royale, féodale ou communale* »⁵⁸⁹. Autrement dit, elle acquiert deux attributs d'une forme de « proto-souveraineté » : suprématie à l'intérieur et autonomie vis-à-vis de l'extérieur. Enfin, la remise en cause de « *la symbiose des milieux religieux et politiques* »⁵⁹⁰ ouvre la porte à l'autonomisation du religieux vis-à-vis du profane. En effet, comme nous l'avons évoqué précédemment, les rois et l'empereur ne pouvaient pas être considérés comme des autorités seulement laïques avant la réforme grégorienne⁵⁹¹.

⁵⁸⁶ H. J. Berman, *Droit et révolution I*, Op. cit., p 66.

⁵⁸⁷ *Idem*.

⁵⁸⁸ *Ibid*, p. 67.

⁵⁸⁹ *Ibid*, p. 98.

⁵⁹⁰ *Ibid*, p. 102.

⁵⁹¹ Ils pouvaient, par exemple, convoquer des conciles, promulguer des lois ecclésiastiques, ils investissaient les évêques « *de leur autorité civile et féodale mais aussi de leur autorité ecclésiale* ». *Idem*.

166. Il est crucial d'insister sur l'importance du droit dans la conduite de la réforme grégorienne. Celle-ci est le résultat de la formation d'un droit romano-canonique sous la férule de juristes qui servent une cause politique : la consécration de la suprématie du pape à la fois à l'intérieur et à l'extérieur de l'Eglise. En ce sens, l'entreprise grégorienne fut, avant tout, mue par une volonté de domination. Les constructions intellectuelles sur le plan juridique et théologique visent à justifier l'ambition de domination universelle du pape sur la *Respublica christiana*.

167. Le royaume de France s'engage, de manière précoce, dans la longue marche vers l'érection de l'Etat souverain. Il devient l'un des premiers Etats modernes car c'est l'un des royaumes « où les monarques sont les plus ardents à légiférer »⁵⁹². Entre le XIIIe et le XVe siècle, les juristes royaux jouent un rôle fondamental dans l'élaboration d'un discours juridique permettant de légitimer les prétentions du monarque à l'accaparement des compétences normatives. Nous avons vu que le principe de « plénitude de puissance » est réinterprété au profit du monarque pour lui reconnaître une puissance autonome de production normative. L'autonomie du monarque est notamment théorisée vis-à-vis du pape et de l'empereur. Le principe de souveraineté, théorisé à partir de la fin du XVIe siècle, est le fruit de ces efforts. Il représente une révolution intellectuelle qui favorise le basculement vers la modernité politique et juridique.

⁵⁹² J. Krynen, *Le théâtre juridique*, Op. cit., p. 162.

CHAPITRE 2. L'INVENTION DU PRINCIPE DE SOUVERAINETE : UNE REVOLUTION INTELLECTUELLE

168. L'invention de la souveraineté répond à une nécessité politique-idéologique : légitimer la montée en puissance des autorités séculières territorialisées sur fond de lente décomposition de l'« Eglise-Etat » d'une part et de l'empire d'autre part. C'est ainsi que, soumis aux impératifs de la nécessité, critère de légitimité politique depuis Machiavel⁵⁹³, Jean Bodin parvient à concevoir une forme de domination politique suprême, autonome, laïque et territoriale. La théorisation de cette dernière est formée à partir d'objets conceptuels anciens repensés pour les besoins de la cause. Parmi ces derniers, se trouvent des concepts appartenant au droit romain impérial (*auctoritas, imperium*), au droit romano-canonique (*plenitudo potestatis*) et à la théologie catholique (*summus pontifex*). Ce fonds conceptuel riche et bigarré alimente l'entreprise visant à bâtir une théorie de la souveraineté.

169. Il convient à présent de montrer comment ce long processus aboutit à la cristallisation du principe de souveraineté (Section 1) avant de mettre en exergue la révolution intellectuelle provoquée par son surgissement (Section 2).

Section 1. La cristallisation du principe de souveraineté

170. A la fin du XVI^e siècle, le principe de souveraineté est élaboré comme un principe nouveau, porteur d'une nouvelle forme politico-juridique : l'Etat. Ainsi, l'Etat n'aurait pas pu être pensé sans la souveraineté et la souveraineté ne pourrait servir qu'à décrire l'Etat. Comme nous l'avons indiqué dans l'Introduction générale, cette affirmation est loin d'être unanimement partagée⁵⁹⁴. Au demeurant, l'analyse historique semble confirmer ce rapport. En d'autres termes, si certaines approches théoriques refusent d'admettre un rapport de consubstantialité entre la souveraineté et

⁵⁹³ Le secrétaire florentin estime, au début du Chap. XV de son *Prince*, qu'il « est nécessaire au prince qui se veut conserver qu'il apprenne à pouvoir n'être pas bon, et d'en user ou n'user pas selon la nécessité ». *Le Prince et autres textes*, Union générale d'Éditions (Coll. 10-18), Paris, 1962, p. 61.

⁵⁹⁴ Nous préciserons ces critiques de la souveraineté ultérieurement (cf. *infra*, Titre 2, Chap. 2, Sect. 2).

l'Etat, l'étude historique montre que le principe de souveraineté et l'Etat sont nés au même moment et que le premier a permis la mise sur pied du second.

171. Pour Albert Rigaudière, ainsi que pour un certain nombre d'historiens du droit, dont Jean-Philippe Genet, la lente gestation de l'Etat moderne s'est produite, pour l'ensemble des royaumes d'Europe de l'ouest, à partir des années 1280-1360⁵⁹⁵. Comme nous l'avons vu précédemment, cela coïncide, en France, avec le développement de raisonnements et de concepts juridiques visant à légitimer et renforcer l'autorité royale⁵⁹⁶. A ce titre, Jacques Krynen affirme que le concept de souveraineté était dégagé vers 1300, mais demeurait débiteur de sa « *native enveloppe romanisante* »⁵⁹⁷. Il faut considérer que la théorisation « finale » du principe de souveraineté intervient à la fin du XVI^e siècle. Dans le contexte des guerres de religion, l'invention de la souveraineté vise à établir un principe juridique au service de l'ordre et la paix civils (§1) dont Jean Bodin demeure le premier et le plus éminent théoricien (§2).

§1. La souveraineté, un principe juridique pour réaliser l'ordre et la concorde civils

172. Selon Jean Bodin, la souveraineté établit, à elle seule, « *le fondement principal de toute République* »⁵⁹⁸ en tant que forme de domination politico-juridique qui exerce une puissance de nature normative (I) au service de la paix et la concorde civiles (II).

I. Un principe tributaire de la pensée juridique

173. Le principe de souveraineté tel qu'il apparaît pour la première fois sous la plume de Jean Bodin est, avant tout, un principe juridique. En effet, la réflexion éminemment philosophique à propos du fondement de l'obligation politique ne figure pas parmi les grands apports de l'œuvre de Jean Bodin. Comme l'indique Gérard Mairet, c'est l'essai de Thomas Hobbes *De Cive (Du citoyen)*, publié en 1642, qui constitue l'acte de naissance d'« *un genre philosophique nouveau pour l'époque*

⁵⁹⁵ V. A. Rigaudière, *Penser et construire l'Etat dans la France du Moyen-Âge (XIII^e-XV^e siècles)*, *Op. cit.*, p. 5.

⁵⁹⁶ Cf. *supra*. Chap. 1, Sect. 2.

⁵⁹⁷ J. Krynen, « La souveraineté avant Bodin : le moment Philippe Le Bel », *Op. cit.*, p. 45.

⁵⁹⁸ *Les Six Livres de la République, Livre Premier, Chap. 8*, *Op. cit.*, p. 179.

moderne : la philosophie de l'Etat »⁵⁹⁹. Concernant l'œuvre de Bodin, les mentions, très convenues⁶⁰⁰, au respect par le souverain des lois divines et de la nature ne relèvent pas, comme nous le verrons⁶⁰¹, d'une pensée particulièrement novatrice. Le juriste angevin n'a donc pas marqué d'une pierre blanche l'histoire des idées politiques par sa réflexion sur les conditions de légitimité du pouvoir de domination. Par ailleurs, il ne s'adonne pas à une réflexion sur les circonstances dans lesquelles il est possible d'acquérir et de conserver le pouvoir. Autrement dit, ni la question classique de la légitimité du pouvoir ni celle, machiavélienne, de sa conquête et de sa conservation ne sont des marqueurs forts de l'œuvre de Jean Bodin. En effet, selon Jean-Jacques Chevallier, si Bodin définit la souveraineté « *avec une vigueur et une précision inégalées, il n'éprouve pas le besoin d'en donner une véritable explication* »⁶⁰². Comme le remarque G. Demelemestre : « *à la différence de l'angle d'approche de Machiavel, ce qui retient son attention n'est pas le fait du pouvoir, dans toute son évanescence et sa complexité, mais son rôle normatif. [...] Il n'est donc pas important de sentir à quel point la possession du pouvoir est fragile ou vulnérable, mais il est crucial de saisir sous quelles conditions elle pourra accomplir sa finalité* »⁶⁰³, c'est-à-dire l'ordre et la paix civils⁶⁰⁴.

174. Malgré la dimension incontestablement juridique de l'œuvre de Bodin, il reste néanmoins possible d'interroger la place qu'occupe dans sa pensée l'influence de la théologie. Cette question fait l'objet de débats. Selon Olivier Beaud, le concept de souveraineté tiendrait davantage de l'influence du droit canonique alors que Michel Villey insiste sur l'apport des théologiens⁶⁰⁵. Sans vouloir nécessairement adopter un raisonnement exclusif, il est possible de rejoindre Michel Villey lorsqu'il affirme que la pensée théologique a d'abord permis d'imposer l'émancipation du droit canonique vis-à-vis du droit naturel. Plus précisément, la pensée thomiste aurait influencé l'essor

⁵⁹⁹ G. Mairet, *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Op. cit., p. 42.

⁶⁰⁰ Comme le notent Y. Guchet et J.-J. Chevallier, « *l'horreur du tyran, depuis Platon et Aristote, est clause de style en littérature politique* ». *Les grandes œuvres politiques. De Machiavel à nos jours*, Op. cit., p. 41.

⁶⁰¹ Cf. *infra*. §2, I.

⁶⁰² J.-J. Chevallier, *Histoire de la pensée politique*, Ed. Payot, Paris, 1979 (rééd. 1993), Paris, p. 274.

⁶⁰³ *Les métamorphoses du concept de souveraineté (XVIe-XVIIIe siècles)*, Op. cit., p. 25.

⁶⁰⁴ Cf. *infra*. II.

⁶⁰⁵ « *Toutefois, ce volontarisme juridique de Bodin a probablement ses sources moins dans la pensée théologique franciscaine que dans la pensée juridique des romanistes et des canonistes. Autrement dit, la naissance de la souveraineté comme celle de la loi moderne montrerait que la formation de la pensée juridique moderne serait davantage le fruit de la pensée juridique romano-canonique que celui de la pensée théologique comme le pensent Michel Villey et ses élèves* ». O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Op. cit. p. 58.

des Décrétales, publiées, comme nous l'avons mentionné, dès 1234 et se présentant « *non plus seulement sous l'apparence d'actes judiciaires ou d'interprétation d'un droit censé être permanent mais, désormais, comme créatrices d'un droit nouveau, réadapté aux circonstances de l'histoire* »⁶⁰⁶. En somme, le droit romano-canonique aurait construit sa spécificité en mobilisant certaines ressources de la pensée théologique, notamment thomiste, et en puisant dans le fonds conceptuel romain. Il aurait ensuite influencé Jean Bodin, qui s'inspire des concepts de *superioritas* ou de *plenitudo potestatis* pontificale pour forger son principe de souveraineté⁶⁰⁷. Le juriste angevin considère, par exemple, que « *tout ainsi que le pape ne se lie jamais les mains, comme disent les canonistes, aussi le Prince souverain ne peut se lier les mains, quand bien même il le voudrait* »⁶⁰⁸. C'est de ce point de vue que « *la genèse dogmatique de la notion de souveraineté pourrait relever d'une logique sinon autonome, du moins propre au droit qui, même s'il emprunte des catégories à la théologie, les retraduit dans sa langue et les adapte à son propre système* »⁶⁰⁹.

175. Aussi, la souveraineté apparaît comme un principe proprement juridique. Sa genèse est redevable des apports du droit romano-canonique et son invention bouleverse l'ancrage même du droit. Elle permet en effet de restituer un rapport de consubstantialité entre l'Etat et le droit. En vertu de celui-ci, l'Etat est, d'une part, une créature du droit, et, d'autre part, le droit est considéré comme émanant exclusivement de l'Etat. L'équivalence entre le droit et l'Etat est permise par l'aptitude du principe de souveraineté à fonder l'institutionnalisation du pouvoir. Cette dernière est donc une condition théorique *sine qua non* pour comprendre à la fois la souveraineté et l'Etat⁶¹⁰. L'institutionnalisation du pouvoir permet de dépasser la conception patrimoniale du pouvoir qui dominait jusque bien après la fin du Moyen-Âge. Comme le note Jacques Ellul, cette dernière entretenait la confusion entre le roi et le pouvoir car « *le pouvoir, c'est le roi, et celui-ci l'exerce, parce qu'il est le plus puissant, dans son intérêt : il est le dominus exerçant un pouvoir de*

⁶⁰⁶ M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Op. cit., p. 199.

⁶⁰⁷ Selon Simone Goyard-Fabre, « *il transpose dans sa conception de la République, en la laïcisant, l'idée médiévale de superioritas ou de plenitudo potestatis que la Décrétale Per Venerabilem d'Innocent III, au début du XIIIe siècle, définissait par référence à l'autorité suprême du souverain pontife* ». S. Goyard-Fabre, *Jean Bodin et le droit de la République*, Op. cit., p. 286.

⁶⁰⁸ *Les Six Livres de la République*, Livre Premier, Chap. 8, Op. cit., p. 192.

⁶⁰⁹ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Op. cit., p. 60.

⁶¹⁰ Pour Maurice Hauriou, l'Etat peut d'ailleurs être qualifié d'institution (« *de toutes les institutions que l'ordre social a enfantées, celle de l'Etat est la plus éminente* »). M. Hauriou (prés. J. Hummel), *Précis de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2015 (2e éd., rééd. 1929), p. 78).

propriétaire »⁶¹¹. Ce phénomène d'institutionnalisation du pouvoir à travers sa désolidarisation de la personne et du patrimoine du monarque commence à apparaître dès la fin du XVI^e siècle⁶¹². Jean Bodin pensait déjà la République comme un « *droit gouvernement de plusieurs mesnages et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine* »⁶¹³. Cette définition, qui ouvre les *Six Livres de la République*, propose d'emblée une conception institutionnalisée du pouvoir car ce dernier ne renvoie pas à une personne mais à un « droit gouvernement », c'est-à-dire à une institution.

176. Le point de départ de la logique juridique qui conduit à l'institutionnalisation et à la dépersonnification du pouvoir est l'idée selon laquelle le droit provient d'un pouvoir suprême et abstrait (*summa potestas*)⁶¹⁴ et non pas d'un individu. Cette construction théorique nous vient du droit romain. Malgré le déplacement du siège de la *summa potestas* - elle réside d'abord dans le peuple⁶¹⁵ puis dans l'empereur - il importe de noter la persistance de la fiction selon laquelle le pouvoir réside en un corps fictif dont la légitimité normative est elle-même établie par le droit. Comme l'affirme A. Passerin d'Entrèves, « *le fait que le législateur était le créateur de la loi ne signifiait pas qu'il était, à cause de cela, indépendant par rapport à elle. L'Etat restait entièrement, du point de vue romain, une « structure juridique* » »⁶¹⁶. Ainsi, l'apport fondamental de la conception romaine de la *summa potestas* est le fait qu'elle faisait reposer la compétence normative suprême sur des dispositions prévues par le droit. En d'autres mots, c'est la fonction qui confère au législateur une position particulière par rapport au droit, sans égards pour ses aptitudes personnelles⁶¹⁷. Or celle-ci est elle-même instituée par le droit⁶¹⁸.

⁶¹¹ J. Ellul, « Remarques sur les origines de l'État », *Droits*, n°15, 1992, p. 11.

⁶¹² L'œuvre de Bodin est, sur le plan intellectuel, essentielle pour penser une entité institutionnelle exerçant le pouvoir politique distincte de la personne qui en est le titulaire. Comme nous le préciserons ultérieurement, le *Traité des seigneuries* de Charles Loyseau, publié au début du XVII^e siècle, confirme cette évolution doctrinale.

⁶¹³ J. Bodin, *Les Six Livres de la République*, Livre Premier, Chap. 1, *Op. cit.*, p. 27.

⁶¹⁴ A. Passerin d'Entrèves, *La notion d'Etat*, *Op. cit.*, p. 95.

⁶¹⁵ Selon les *Institutes* de Gaius, « *la loi est ce que le peuple établit et ordonne* ». « *Lex est quod populus jubet atque constituit* » (Gaius (trad. M.L.Domenget), *Institutes, contenant le texte et la traduction en regard avec le commentaire au-dessous*, A. Marescq Ainé, 1866, c. 1, §3). En ligne : <https://archive.org/details/institutesdegau00domegoog/page/n19>.

⁶¹⁶ A. Passerin d'Entrèves, *La notion d'Etat*, *Op. cit.*, p. 98.

⁶¹⁷ Cela contraste fortement avec la doctrine platonicienne-aristotélicienne. Celle-ci pouvait en effet envisager qu'un gouvernant fût délié du respect des lois dans la mesure où « *le meilleur des gouvernements serait encore un paternalisme éclairé, exercé par un homme ayant acquis la vertu de prudence* » (L. Jerphagnon, *Histoire de la pensée*, Tallandier (Pluriel), Paris, 2009, p. 180). Dans cette perspective, le pouvoir ne devrait donc rien au droit et tout aux compétences extraordinaires et individuelles du Prince.

⁶¹⁸ Nous y voyons là la graine des théories formalistes du droit, parmi lesquelles le normativisme de Hans Kelsen atteint le plus haut degré de sophistication (cf. *Infra*. Titre 2, Chap. 2, Sect. 2).

177. Par conséquent, la question de la légitimité à gouverner, c'est-à-dire la question du passage de la pure force à l'exercice d'un pouvoir consenti, passe, dans la pensée romaine, par l'existence de règles juridiques et d'institutions. Ceci entraîne deux conséquences qui, sur le plan théorique, favoriseront l'avènement de la conception moderne de l'Etat. La première conséquence, on l'a dit, est que la *Res publica* et le droit peuvent être pensés ensemble grâce au concept d'institution. La seconde conséquence est que le droit peut être perçu comme un phénomène dynamique, « *un instrument mis à la disposition de l'homme pour son amélioration* »⁶¹⁹.

II. Un principe au service de la paix et la concorde civiles

178. Même si celle-ci n'est pas explicitement abordée par Jean Bodin, le principe de souveraineté présente également une épaisseur politique et philosophique. En effet, comme l'affirme Gérard Mairet, « *aux origines du principe de souveraineté, il y a la réponse à la question majeure de la politique : la question de la guerre civile* »⁶²⁰. Comme nous l'avons vu précédemment⁶²¹, le haut degré de fragmentation politique, institutionnelle, juridique et, finalement, religieuse, qui caractérise les sociétés d'Europe occidentale au début du XVI^e siècle nourrit d'importants troubles internes. Or, pour reprendre les mots de Gaëlle Demelemestre, « *ce qui guette l'existence plurielle est l'anarchie* »⁶²². Comme le note Gérard Mairet, « *si on laisse le juste (et le reste d'ailleurs, le bien, l'honnête, le mien, etc.) en délibération publique, chacun y allant de son idée sur la question, alors il y a lieu de craindre pour l'existence de l'Etat ; c'est la dissolution du lien civil qui est assurée* »⁶²³. Partant, si « *la guerre a fait l'Etat et l'Etat a fait la guerre* »⁶²⁴, alors cela n'est pas étonnant que Machiavel, Bodin et Hobbes aient été tous les trois marqués par la plus terrible de ses manifestations : la guerre civile. L'Italie est, à l'aube du XVI^e siècle, une pure expression géographique sans incarnation politique unitaire, morcelée dans un chapelet de cités et de territoires dont certains sont occupés par des puissances étrangères. Le royaume de France, pour sa part,

⁶¹⁹ A. Passerin d'Entrèves, *La notion d'Etat*, Op. cit., p. 98.

⁶²⁰ G. Mairet, *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Op. cit., p. 37-38.

⁶²¹ Cf. *supra*. Chap. 1, Sect. 2. §2.

⁶²² G. Demelemestre. *Les métamorphoses du concept de souveraineté (XVI^e ème-XVIII^e ème siècles)*, Op. cit., p. 28.

⁶²³ G. Mairet, *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Op. cit., p. 48.

⁶²⁴ Comme l'énonce la célèbre phrase du sociologue étasunien Charles Tilly.

s'engouffre dans les guerres de religion à la seconde moitié du XVI^e⁶²⁵. L'Angleterre, enfin, se déchire, dès les années 1640, entre les partisans du roi et ceux du Parlement. Aussi, « *si Machiavel songe à unifier l'Italie des cités, si Bodin songe à l'unité du royaume de France par-delà les violences des divisions religieuses, c'est qu'ils pensent tous deux l'Etat de souveraineté comme seule réponse possible à la guerre civile* »⁶²⁶. Selon Gaëlle Demelemestre, « *la République, dont la souveraineté est l'essence, permet d'éluder toutes les causes latentes d'anarchie, puisque toutes ses fonctions sont déduites du principe qui détient le pouvoir de façon absolue, rien n'est donc laissé au hasard et nul interstice ne peut apparaître qui laisserait la place à l'émergence d'un désordre* »⁶²⁷.

179. Dans cette configuration, la souveraineté caractériserait tout d'abord une force instituante, le fondement de la République-Etat. Ensuite, la souveraineté désignerait une force de conservation. Elle est ainsi envisagée comme un instrument d'ordonnancement originaire et perpétuel⁶²⁸ dans une société plurielle et fragmentée, pouvant basculer à tout moment dans les affres de la décomposition. Dans l'ère riche d'incertitudes et de menaces ouverte par l'affaiblissement de la papauté et l'éclatement des guerres de religion, la fonction du souverain « *n'est pas de s'auto-réguler pour composer avec la diversité sociale, mais de l'ordonner en l'abordant sur la même base homogène de francs sujets soumis sans condition à sa volonté* »⁶²⁹.

180. Cette fonction pacificatrice du souverain peut être retrouvée dans la pensée de Thomas Hobbes. Celui-ci, inventeur de la philosophie de l'Etat et précurseur du positivisme juridique⁶³⁰, est obsédé, comme Nicolas Machiavel et Jean Bodin, par le problème du maintien de la paix civile en temps de guerre. En effet, sa réflexion sur la vie de l'homme en société découle d'une anthropologie pessimiste⁶³¹. Pour Hobbes, la poursuite du désir et la peur d'une mort violente - et non pas la solidarité et la compassion - sont les premiers moteurs de l'homme. Ce dernier est perçu comme une créature désirante, poursuivant ses appétits tant qu'elle ne rencontre pas de limites. Or, dans la

⁶²⁵ Cf. *supra*..Chap. 1, Sect. 2, §2. II.

⁶²⁶ *Ibid*, p. 38.

⁶²⁷ G. Demelemestre. *Les métamorphoses du concept de souveraineté (XVI ème-XVIII ème siècles)*, *Op. cit.*, p. 28.

⁶²⁸ Une « *puissance ordonnatrice de la république* », pour reprendre la formule de G. Demelemestre (*Ibid*, p. 31).

⁶²⁹ *Ibid*, p. 29.

⁶³⁰ Nous retenons l'apport philosophique de Thomas Hobbes car, comme l'indique Alexandre Passerin d'Entrèves, « *bien que doté d'une sérieuse connaissance du droit, Hobbes était un philosophe, un très grand philosophe, avant d'être un juriste* ». *La notion d'Etat*, *Op. cit.*, p. 133.

⁶³¹ Sur ce sujet, une légende bien connue veut que la naissance de Thomas Hobbes fût prématurée, sa mère ayant été terrorisée par l'annonce de l'arrivée de l'Invincible Armada espagnole de Philippe II sur les côtes d'Albion (P. Naville, *Thomas Hobbes*, Plon, Paris, 1988, p. 15). « *La crainte et moi sommes deux jumeaux* » affirmait-il.

mesure où tous les hommes sont égaux dans l'état de nature, les limites au désir de chacun lui sont fixées par ses congénères, avec lesquels il entretient un rapport de guerre perpétuelle⁶³². L'état de nature se transforme donc, pour Hobbes, en un état d'« insociale sociabilité »⁶³³. Celui-ci conduit à nourrir l'autre passion première de l'homme : la peur d'une mort violente. C'est lorsque la peur devient plus forte que le désir de puissance que ce dernier se mue en un désir plus prosaïque et fondamental : celui de rester en vie⁶³⁴.

181. La contradiction entre le désir et la peur qui enferme l'homme dans l'état de nature doit donc être résolue par le passage à l'état de société ou état civil. La politique est donc pensée par Thomas Hobbes non pas comme la manière dont les hommes s'organisent collectivement pour vivre selon les lois de la nature mais comme une issue à l'angoisse existentielle que provoque l'état de nature, sur le fondement duquel il s'avère impossible de bâtir une société pacifiée. Il s'agit là d'une rupture considérable avec les représentations antique-médiévales inspirées de l'aristotélisme⁶³⁵. Passerin d'Entrèves insiste sur la modernité de la pensée hobbesienne en considérant Thomas Hobbes comme l'auteur de la « *première théorie moderne de l'Etat moderne* »⁶³⁶.

182. C'est dans ce cadre que l'existence d'une loi commune devient un besoin proprement existentiel : « *seule une loi positive, artificielle et entièrement humaine car voulue par les hommes peut ainsi satisfaire à la loi de nature elle-même qui m'enjoint de me conserver dans l'être* »⁶³⁷. Au fondement de la pensée politique de Hobbes se trouve la thèse d'un rapport indissoluble entre l'Etat, la loi et la souveraineté. L'Etat, figure dont la construction permet le passage de l'état de nature à l'état civil, a pour « âme artificielle » la souveraineté, qui lui donne vie et mouvement. Le souverain hobbesien surgit lorsque chaque individu renonce à l'état de nature, c'est-à-dire renonce à se

⁶³² Comme l'indique G. Mairet, « *la nature est le lieu de l'égalité, et c'est cette égalité fondamentale, par laquelle chacun peut désirer ce que bon lui semble, qui est la cause de la guerre généralisée* ». G. Mairet, *Les grandes œuvres politiques*, Librairie générale française (Coll. Le Livre de Poche), 2009, Paris, p. 136. Ainsi, selon l'expression consacrée, « l'homme est un loup pour l'homme » (« *homo homini lupus est* »).

⁶³³ J. Terrel, *Thomas Hobbes, philosophe par temps de crise*, PUF (coll. CNED), Paris, 2012, p. 72.

⁶³⁴ « *Le droit de nature, que les écrivains politiques appellent communément jus naturale, est la liberté que chacun a d'user de sa propre puissance comme il le veut lui-même, pour la préservation de sa propre nature, autrement dit sa propre vie, et par conséquent de faire, selon son jugement et sa raison propres, tout ce qu'il concevra être le meilleur moyen adapté à cette fin* ». Th. Hobbes, *Léviathan*, I, 14, 1, Gallimard (coll. Folio essais), Paris, 2000, p. 229.

⁶³⁵ En effet, celles-ci se fondaient sur le postulat affirmé par Aristote dans sa *République* : l'homme est un animal politique. Or pour Hobbes, « *l'homme ne serait pas un animal politique par essence, mais par suite d'une logique qui lui permet de créer artificiellement le moyen de transformer la « guerre de tous contre tous » en une coopération fragile mais indispensable* ». P. Naville, *Thomas Hobbes*, Op. cit., p. 256.

⁶³⁶ *La notion d'Etat*, Op. cit., p. 134.

⁶³⁷ G. Mairet, *Les grandes œuvres politiques*, Op. cit., p. 137.

gouverner par lui-même selon ses désirs, et accepte de se faire gouverner par la multitude unie en une seule personne⁶³⁸. Cette personne-multitude, Léviathan, limite la liberté naturelle de chacun par l'édiction de la loi positive. En effet, le souverain hobbesien est « *artisan unique et maître absolu de la loi* »⁶³⁹. Comme pour Bodin, la compétence première du souverain est résumée par la « puissance de donner et casser la loi ». Celle-ci devient l'incarnation du droit positif et ne peut, dans la théorie hobbesienne, se voir opposer aucune limite. Le garde-fou que représentait la loi divine ou le droit naturel jusque dans la pensée de Jean Bodin⁶⁴⁰ est abattu pour rendre possible le salut collectif grâce à l'Etat-Léviathan. La loi naturelle est ainsi soumise à la loi civile, animée par un formidable dynamisme adapté à des sociétés en pleine expansion. C'est ainsi qu'est affirmé le renversement axiologique moderne fondant le pouvoir sur des bases positives.

183. Néanmoins, et cela nous permet de revenir au point de départ de notre propos, Hobbes considère que le souverain, bien que sa volonté soit *legibus soluta*, doit s'imposer une obligation : celle de garantir la paix et la sûreté. En effet, la volonté souveraine « *ne peut pas enfreindre la véritable raison pour laquelle elle a été investie du pouvoir souverain, c'est-à-dire le mandat s'assurer la sécurité du peuple* »⁶⁴¹. Ceci est moins la reconnaissance d'une forme d'obligation supra-positive - donc naturelle - qu'une « *simple requête de non contradiction* »⁶⁴². Aussi, la loi au sens de Hobbes devient « *un principe d'ordre [...] car c'est par la loi que le souverain maintient l'union des citoyens dans l'Etat et leur sujétion, seuls moyens de garantir la sûreté. L'idée de la loi en souveraineté est l'idée même du pouvoir ou si l'on préfère de la contrainte* »⁶⁴³. La fonction du souverain est d'exercer une force de domination au service d'un bien suprême - l'ordre et la paix civils - et « *selon certaines règles existantes, même si ces règles sont pour ainsi dire incluses dans le système et lui confèrent un pouvoir absolu* »⁶⁴⁴.

184. Par un tour de force logique, Hobbes parvient à faire du principe de souveraineté un principe de justice dès lors que, selon son hypothèse anthropologique-historique, « *il n'y a aucune norme de*

⁶³⁸ *Ibid*, p. 140.

⁶³⁹ J. Krynen, *Le théâtre juridique*, Gallimard (coll. NRF), Paris, 2018, p. 162.

⁶⁴⁰ Cf. *infra*. §2.

⁶⁴¹ A. Passerin d'Entrèves, *La notion d'Etat*, *Op. cit.*, p. 137.

⁶⁴² *Idem*.

⁶⁴³ G. Mairet, *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, *Op. cit.*, p. 46.

⁶⁴⁴ *Ibid*, p. 138.

justice possible, c'est-à-dire viable, pour les hommes, dans la nature ou en Dieu »⁶⁴⁵. Par conséquent, le principe de souveraineté pose la première pierre d'une juridification de la puissance, qui permet de joindre le fort et le juste. Comme l'énonça Pascal au XVII^e siècle : « *ne pouvant fortifier la justice, on a justifié la force, afin que la justice et la force fussent ensemble et que la paix fût, qui est le souverain bien* »⁶⁴⁶. Face à la menace existentielle que représentaient les guerres civiles et l'atomisation du pouvoir pour la survie de la collectivité politique, la puissance souveraine incarne la promesse « *d'une politique qui puisse surmonter la déchirure* »⁶⁴⁷. L'unicité de la puissance souveraine et, donc, de la République apparaît alors comme l'antidote à la division et la pluralité. Comme l'énonce Simone Goyard-Fabre, c'est grâce à la souveraineté que la République devient « *l'unité fondamentale d'un hyper-organisme subsumant et administrant par son autorité la pluralité des situations et des individus. L'identité organique de la République condense la pluralité des institutions dans l'indivision de la souveraineté* »⁶⁴⁸.

185. S'attaquant à un problème philosophique et juridique classique - le rapport entre la nature du pouvoir, les compétences associées à son exercice et sa finalité - le principe de souveraineté répond néanmoins à « *une exigence pratique directe* »⁶⁴⁹. Ainsi, « *sa fonction essentielle est de trouver une voie de résolution au désordre auquel toute vie collective non organisée, entendons, ne reconnaissant pas de pouvoir souverain, est confrontée* »⁶⁵⁰. Il ne s'agit donc pas d'un objet conceptuel permettant de décrire la réalité de son époque. Comme nous l'avons vu, les attributs dont le souverain est nimbé - le premier étant le monopole de la puissance législative⁶⁵¹ - ne correspondent pas à la réalité positive, celle d'un paysage politico-juridique fragmenté. Dans la mesure où le principe de souveraineté vise à imposer la paix et la concorde au-dessus des intérêts privés, il a une portée prescriptive ou programmatique. Il postule une conception du pouvoir et de ses compétences qui doit permettre d'assurer les finalités intrinsèques à toute structure de domination politico-juridique acceptable et désirable, c'est-à-dire, selon Jean Bodin puis Thomas

⁶⁴⁵ G. Mairet, *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Op. cit., p. 47.

⁶⁴⁶ Cité par M. Delmas-Marty, « À l'ère du coronavirus, gouverner la mondialisation par le droit », in [legrandcontinent.eu](https://legrandcontinent.eu/fr/2020/03/18/coronavirus-mondialisation-droit-delmas-marty/) [En ligne : <https://legrandcontinent.eu/fr/2020/03/18/coronavirus-mondialisation-droit-delmas-marty/>].

⁶⁴⁷ S. Goyard-Fabre, *Jean Bodin et le droit de la République*, Op. cit., p. 136.

⁶⁴⁸ *Ibid*, p. 135.

⁶⁴⁹ G. Demelemestre. *Les métamorphoses du concept de souveraineté (XVI^e ème-XVIII^e ème siècles)*, Op. cit., p. 30.

⁶⁵⁰ *Idem*.

⁶⁵¹ Cf. *infra*. II.

Hobbes, l'ordre et la justice. Pionnier dans la théorisation du principe de souveraineté, l'apport de Bodin s'avère décisif.

§2. L'apport décisif de Jean Bodin

186. Au début du XVI^e siècle, la structure politique et juridique de la France ne comportait pas de différences fondamentales par rapport à celle de l'Angleterre, de l'Espagne ou du Saint-Empire. Dans ces grands pays, urbanisés et peuplés de plusieurs millions d'habitants⁶⁵², subsistait encore « *le dualisme d'une autorité séculière et ecclésiastique* » et « *le pluralisme d'autorités dans le domaine séculier* »⁶⁵³. Néanmoins, le royaume de France présentait déjà un degré de centralisation politique accru, surtout par rapport à la forme éclatée du Saint-Empire (et moins par rapport à l'Angleterre). Comme nous l'avons montré⁶⁵⁴, la structure davantage centralisée du royaume de France avait été façonnée par l'ambition de domination du monarque, soutenu dans cette entreprise par des juristes qui recherchent dans le droit la manière, non pas de décrire simplement ses pouvoirs mais de les fonder et, donc, de les justifier. Jean Bodin parachève ce travail de long cours. A cet égard, il ne prétend pas théoriser une réalité existante au moment où il écrit. Comme l'indique Dieter Grimm, « *en 1576, aucun pays n'a à sa tête de monarque dont la condition juridique correspondrait à la définition de la notion de souveraineté établie par Bodin* »⁶⁵⁵. Aussi, « *ses écrits ne s'inscrivent pas dans l'explication du statu quo, mais élaborent une théorie prospective* »⁶⁵⁶. Bodin forge le principe de souveraineté pour, précisément, se donner les outils intellectuels d'intervenir dans la réalité.

187. Toutefois, si le juriste angevin peut être considéré comme l'inventeur du principe de souveraineté tel qu'il s'impose dans la littérature juridique après lui, le terme existait bien avant la parution des *Six Livres de la République* en 1576. Celui-ci fait en effet son apparition dans le langage juridique et administratif dès la fin du XIII^e siècle, mais décliné au pluriel (« souverainetés » ou « *souverainetez* » en vieux français). Il est notamment introduit dans les

⁶⁵² En 1500, la France est le pays le plus peuplé d'Europe, Russie comprise, avec une population qui avoisine les 15 millions de personnes. Le Saint-Empire, dont la surface est plus importante, comptait environ 12 millions d'habitants,

⁶⁵³ H. J. Berman, *Droit et révolution II. L'impact des réformes protestantes sur la tradition juridique occidentale*, Op. cit., p. 83.

⁶⁵⁴ Cf. *supra*. Chap. 1, Sect. 2.

⁶⁵⁵ D. Grimm, « La souveraineté », Op. cit., p. 559

⁶⁵⁶ *Idem*.

ouvrages doctrinaux et les actes de chancellerie, alors que le français se substitue au latin⁶⁵⁷. Selon Guillaume Bacot, le vocable « souverain » avait, au Moyen-Age, « *un simple rôle comparatif et servait à désigner le caractère d'une autorité qui est supérieure à une autre* »⁶⁵⁸. Gaëlle Demelemestre confirme également ces usages comparatifs. Elle indique en effet « *que l'on le retrouve pour désigner quelque chose qui en surpasse toute autre dans un ordre comparatif, comme le Souverain Bien qui est le bien le plus haut, un homme souverain de ses passions, ou une partie du corps politique ou une institution qui, à tel ou tel moment, détient le pouvoir suprême dans un certain ordre de réalité* »⁶⁵⁹. Elle note également que le paysage politico-juridique médiéval ne présentait pas, comme nous l'avons montré, « *le type d'homogénéité introduit par la souveraineté, qui s'exerce sur tous ses sujets, indifféremment de leur position sociale ou de leurs caractéristiques personnelles* »⁶⁶⁰.

188. Ainsi, Jean Bodin reprend un terme existant pour le revêtir d'une signification et pour lui attribuer une fonction qu'il ne remplissait pas auparavant. La souveraineté qualifie désormais, dans le cadre de la pensée de l'Angevin, « *une chose qui, par nature, est absolument supérieure aux autres* »⁶⁶¹. Elle devient, à travers ce travail de re-signification, « *le pouvoir absolu, indivisible et perpétuel de commander, sans commune mesure avec aucun autre type de pouvoir* »⁶⁶²⁶⁶³. C'est pourquoi « *la profonde nouveauté de Bodin sera de substantiver l'adjectif "souverain" pour en faire l'essence du pouvoir politique ; comme tel, il cristallisera toutes les compétences et tous les droits politiques* »⁶⁶⁴. Cette appropriation d'un terme existant auquel il confère une signification nouvelle illustre, de manière peut-être anecdotique mais néanmoins significative, la fonction de l'œuvre de Jean Bodin comme charnière entre la pensée antique-médiévale et la modernité juridique. Selon Simone Goyard-Fabre, Jean Bodin aurait ainsi, au tournant de la modernité, pensé la « res

⁶⁵⁷ M. David, *La souveraineté du peuple*, Op. cit., p. 39. V. l'explication de l'auteur sur l'usage des mots « souveraineté » et « souveraineté » aux XIVe et XVe siècles (p. 19-20).

⁶⁵⁸ G. Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Editions du C.N.R.S., 1985, p. 9.

⁶⁵⁹ G. Demelemestre, *Les métamorphoses du concept de souveraineté (XVIe-XVIIIe siècles)*, Op. cit., p. 31.

⁶⁶⁰ *Ibid*, p. 28.

⁶⁶¹ *Ibid*, p. 31.

⁶⁶² *Idem*.

⁶⁶³ Cela n'est pas sans rappeler la fameuse phrase reproduite sur la couverture de la première édition de *Léviathan* (« *Non est potestas super terram quae comparetur ei* »).

⁶⁶⁴ G. Demelemestre, *Les métamorphoses du concept de souveraineté (XVIe-XVIIIe siècles)*, Op. cit., p. 28.

publica », la chose publique, « déjà en moderne mais encore en ancien »⁶⁶⁵. En effet, « en dotant la République d'une majesté et d'une autorité que résume l'idée de souveraineté, Bodin transpose l'idée traditionnelle de plenitudo potestatis dans le cadre neuf d'un Etat qui affirme son autonomie politique »⁶⁶⁶. Ce dernier est conçu pour répondre au bouleversement des conditions matérielles et intellectuelles d'une époque de transition, même si la pensée de Bodin demeure ancrée dans la tradition antiquo-médiévale. L'œuvre bodinienne présente donc une certaine ambiguïté.

189. Il importe donc de distinguer le cadre historico-intellectuel général dans lequel évolue la pensée de Jean Bodin, toujours redevable des schèmes antiquo-médiévaux (I), de la portée technique et juridique de son principe de souveraineté, qui ouvre vers l'horizon de la modernité (II). C'est là que réside l'ambiguïté de la pensée bodinienne : toujours ancrée dans le jusnaturalisme humaniste (« le naturalisme trace la voie de l'humanisme politique⁶⁶⁷ »), elle élabore néanmoins le principe de son dépassement ultérieur.

I. Le contexte historico-intellectuel de l'œuvre bodinienne

190. Comme Thomas Hobbes, Jean Bodin inscrit également son œuvre dans son époque. Celle du juriste angevin est marquée par les Guerres de religion. Au cours celles-ci, la monarchie française, à laquelle Bodin pense lorsqu'il rédige ses *Six Livres de la République*⁶⁶⁸, est gravement contestée par les monarchomaques⁶⁶⁹. A ce titre, son principe de souveraineté lui permet d'écarter vigoureusement l'idée d'un gouvernement mixte, dans lequel l'autorité du roi finisse diluée⁶⁷⁰. La justification d'une puissance civile suprême et indépendante, « ce dieu mortel auquel nous devons, sous le dieu immortel, notre paix et notre défense » selon la formule de Thomas Hobbes⁶⁷¹,

⁶⁶⁵ S. Goyard-Fabre, *Jean Bodin et le droit de la république*, Op. cit., p. 9.

⁶⁶⁶ *Ibid*, p. 11.

⁶⁶⁷ S. Goyard-Fabre, *Jean Bodin et le droit de la République*, PUF (Coll. Léviathan), Paris, 1989, p. 13.

⁶⁶⁸ Bodin mentionne le roi François 1er comme un modèle de « monarchie royale » (cf. M. Leroy, « Requiem pour la souveraineté, anachronisme pernicieux », *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, T. 1, Bruylant (Coll. de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles), Bruxelles, 1992, p. 94) et dédie les *Six Livres de la République* à « Monseigneur du Faur, Seigneur de Pibrac, Conseiller du Roy en son privé Conseil ».

⁶⁶⁹ Cf. *supra*. Chap. 1, Sect. 2, §2, II.

⁶⁷⁰ Simone Goyard-Fabre évoque le fait que le thème de l'indivisibilité du pouvoir de l'Etat ait été motivé par ces « arrières-pensées » (*Jean Bodin et le droit de la République*, Op. cit., p. 11).

⁶⁷¹ T. Hobbes, *Léviathan*, II, 17.

constitue, au moment où Bodin rédige ses *Six Livres de la République*, à la fois un espoir et une nécessité.

191. Cette époque reste encore fortement influencée par la philosophie antique. Tout d'abord, la représentation cosmologique dans laquelle se déploie la pensée bodinienne est typique de son temps. Elle fait apparaître le pouvoir séculier dans une relation d'analogie avec Dieu, souverain céleste. Ainsi, Jean Bodin établit que « *si la justice est la fin de la loi, la loi œuvre du Prince, le Prince est image de Dieu, il faut par même suite de raison que la loi du Prince soit faite au modèle de la loi de Dieu* »⁶⁷². De plus, si la première marque de souveraineté est bien de « *donner la loi à tous en général et à chacun en particulier* », il faut rappeler que Bodin ajoute, immédiatement après : « *et de ne la recevoir que de Dieu* »⁶⁷³. Par conséquent, le prince ne peut agir « *contre la loi de Dieu* »⁶⁷⁴. Nous retrouvons ici la « *position commune* »⁶⁷⁵ aux théologiens médiévaux que nous avons évoquée précédemment⁶⁷⁶ : la croyance en l'existence d'une loi divine qui est en même temps le cadre et le modèle de la loi humaine. Pour Bodin, qui raisonne toujours en Ancien sur ce point, « *la « loi de Dieu et de nature » est le canon qui rend concevable la souveraineté absolue et perpétuelle de la République, et sans l'observance duquel il n'y aurait ni ordre ni justice sur la terre des hommes* »⁶⁷⁷.

192. Pour cet auteur, l'ordre de la République instauré et gouverné par le souverain doit être le reflet de l'ordre de la nature institué et gouverné par Dieu⁶⁷⁸ : le souverain a le devoir « *d'ordonner le réel pour lui faire prendre le chemin du même ordonnancement parfait opéré par Dieu dans le monde céleste* »⁶⁷⁹. Comme l'affirme Simone Goyard-Fabre, « *Bodin ne conçoit l'ordre des républiques que dans le rapport de convenance avec l'ordre du cosmos auquel a présidé la volonté de Dieu* »⁶⁸⁰.

⁶⁷² J. Bodin, *Les Six Livres de la République*, Livre Premier, Chap. 8, Op. cit., p. 228.

⁶⁷³ *Ibid*, Chap. X, p. 309.

⁶⁷⁴ *Ibid*, Chap. VIII, p. 228.

⁶⁷⁵ D. Baranger, *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, Op. cit. p. 38.

⁶⁷⁶ Cf. *supra*. Chap. 1, Sect. 1.

⁶⁷⁷ S. Goyard-Fabre, *Jean Bodin et le droit de la République*, Op. cit., p. 287.

⁶⁷⁸ Cette idée est ensuite radicalisée par le parachèvement de la monarchie absolue de droit divin, théorisée par Bossuet à la fin du XVII^e siècle.

⁶⁷⁹ G. Demelemestre, *Les métamorphoses du concept de souveraineté (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Op. cit., p. 47

⁶⁸⁰ S. Goyard-Fabre, *Jean Bodin et le droit de la République*, Op. cit., p. 12.

Sa pensée est imprégnée d'un naturalisme « *dominé par la volonté divine* »⁶⁸¹. L'Angevin accorde, en ce sens, une importance cruciale à la nature car « *il ne peut exister, entre le monde physique et le monde humain, de séparation ontologique* »⁶⁸². Cette conviction reflète son attachement à une théorie géo-climatique des régimes politiques⁶⁸³. En ce sens, « *la meilleure forme de gouvernement* » est celle qui s'insère harmonieusement dans la communauté naturelle concrète et vivante que constitue un peuple sur son sol et sous son ciel propre »⁶⁸⁴. Ainsi, si l'Etat n'a qu'une forme possible, dont l'essence est la souveraineté, les régimes sont pluriels. C'est à cette lumière qu'il faut apprécier la rupture opérée par Thomas Hobbes telle que nous l'avons exposée ci-dessus⁶⁸⁵, qui pense l'autonomie de la loi comme création purement humaine et pave le chemin vers le positivisme.

193. Toutefois, la place réservée par Bodin à l'ordre naturel ne doit pas conduire à minimiser l'action du souverain politique. Ce dernier occupe une place éminente, précisément parce que l'ordre spirituel ne se réplique pas de manière spontanée sur le plan terrestre⁶⁸⁶. Selon Simone Goyard-Fabre, « *Bodin ne pense pas que l'inscription de l'homme dans la nature entraîne de sa part, selon le schème d'une aveugle nécessité, une obéissance servile* »⁶⁸⁷. En effet, « *entre la nature et l'homme, l'harmonie est un équilibre toujours à refaire, toujours à réajuster* »⁶⁸⁸. C'est justement le rôle du législateur de ne pas seulement « *mener la barque de l'Etat en prêtant au vent dominant* » mais d'être capable « *de louvoyer avec la brise ou même de donner un vigoureux coup de barre* »⁶⁸⁹. Le souverain reçoit donc, par sa compétence législative, la capacité proprement *extra-ordinaire* de transformer le réel, même si cette action transformatrice doit viser à refléter un ordre naturel⁶⁹⁰. Dès lors, la République que Bodin théorise ne saurait être un ordre politico-juridique

⁶⁸¹ *Ibid*, p. 191.

⁶⁸² *Ibid*, p. 190.

⁶⁸³ Montesquieu est probablement le premier auteur à être associé à la théorie du climat, qu'il expose longuement dans *De l'esprit des lois*. Cependant, l'idée selon laquelle les conditions climatiques auraient une influence sur l'organisation politique des peuples est ancienne car elle fut déjà proposée par Hippocrate, Galien, Polybe, Platon et Aristote.

⁶⁸⁴ S. Goyard-Fabre, *Jean Bodin et le droit de la République*, *Op. cit.*, p. 195.

⁶⁸⁵ Cf. *supra*. §1, I.

⁶⁸⁶ D. Baranger, *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, *Op. cit.*, p. 32.

⁶⁸⁷ S. Goyard-Fabre, *Jean Bodin et le droit de la République*, *Op. cit.*, p. 197.

⁶⁸⁸ *Idem*.

⁶⁸⁹ *Ibid*, p. 196.

⁶⁹⁰ Encore une différence avec Thomas Hobbes, pour qui l'homme transite de l'état de nature vers l'état civil afin d'échapper à un ordre naturel intrinsèquement violent.

arbitraire. Pour ce dernier, « *ce qui est contre-nature, à commencer par la tyrannie, est un mauvais gouvernement* »⁶⁹¹. Or ce qui définit un Etat selon Jean Bodin est un « droit gouvernement », c'est-à-dire, dans la lignée de Saint Augustin, un gouvernement juste. Comme il l'affirme à la fin des *Six Livres*, « *il faut donc que le sage Roi gouverne son Royaume harmoniquement, entremêlant doucement les nobles et roturiers, les riches et les pauvres* »⁶⁹². En effet, si la monarchie est « *le régime le plus excellent* »⁶⁹³, celle-ci doit être tempérée ou modérée par la justice⁶⁹⁴. De ce point de vue, Bodin prononce, dès le début du premier de ses *Six Livres de la République*, une affirmation qui sonne comme un avertissement : « *si la République n'est bien fondée, tout ce qui sera bâti sur celle-ci se ruinera bientôt après* »⁶⁹⁵.

194. Cet attachement à la justice oppose le juriste angevin à Machiavel. Bodin considère que le secrétaire florentin « *a mis pour deux fondements des Républiques l'impiété et l'injustice* », au lieu d'admettre, avec Platon, l'importance de la justice comme « *l'un des plus fermes piliers de toute République* »⁶⁹⁶. Simone Goyard-Fabre considère même que « *le primat de la justice* » constitue « *dans la République de Bodin comme dans la République de Platon, [...], l'inéliminable référence trans-politique du « droit gouvernement »* »⁶⁹⁷. Pour Machiavel, au contraire, la *Virtù* du prince dépend non pas de l'harmonie de son action vis-à-vis d'un ordre divin-naturel mais de son aptitude à agir en fonction de la *Fortuna*. Cette notion, centrale dans la doctrine machiavélienne, s'oppose au cadre cosmologique décrit plus haut, où un ordre naturel est réputé devoir guider l'action du prince. Pour Machiavel, « *quelle que soit la nature de la fortune, bonne ou mauvaise, l'impossibilité foncière pour l'homme d'en scruter les arcanes et d'en appréhender le sens derrière l'écran de ses illusions, frappe de nullité l'idée même de finalité, de causalité transcendante, et impose à l'acteur politique la charge de sa propre liberté* »⁶⁹⁸.

⁶⁹¹ S. Goyard-Fabre, *Jean Bodin et le droit de la République*, Op. cit., p. 12.

⁶⁹² J. Bodin, *Les Six Livres de la République*, Livre VI, Chap. 6, Op. cit., p. 303.

⁶⁹³ *Ibid*, p. 251.

⁶⁹⁴ *Idem*.

⁶⁹⁵ J. Bodin, *Les Six Livres de la République*, Livre Premier, Chap. 1, Op. cit., p. 27.

⁶⁹⁶ *Les Six Livres de la République*, Préf., Livre Premier, Op. cit., p. 12.

⁶⁹⁷ S. Goyard-Fabre, *Jean Bodin et le droit de la République*, Op. cit., p. 289.

⁶⁹⁸ A. Rélang, « La dialectique de la fortune et de la virtù chez Machiavel », *Archives de philosophie*, 2003/4 (Tome 66), p. 649-650.

195. Le droit naturel d'inspiration aristotélo-chrétienne auquel Bodin demeure attaché postule par conséquent une superposition d'ordres. La loi naturelle institue et encadre la puissance du souverain séculaire. Celui-ci, libre sur le plan séculaire, doit cependant respecter les lois naturelles. Mais, si le souverain est amené à rapprocher sa législation d'une certaine conception de l'ordre naturel, il est justement réputé être l'ultime interprète de ce dont disposent les lois naturelles⁶⁹⁹. Cette nuance est importante car c'est la clé qui permet de fonder l'autonomie de la puissance normative du souverain vis-à-vis d'ensembles normatifs tiers, notamment l'Eglise.

196. Ces développements permettent d'entrevoir ce que la pensée bodinienne doit, nonobstant sa modernité, à la tradition philosophique occidentale antique. Ils permettent de montrer que l'apport de l'œuvre de Bodin n'est pas d'avoir fait table rase, d'un seul mouvement, des doctrines anciennes. Il est plutôt d'avoir été le premier à postuler l'existence d'une puissance absolue et perpétuelle, qui demeure cependant fondée, encadrée et déterminée par l'existence et les finalités fixées par le droit naturel.

197. Jean Bodin adopte une démarche « synthétiste »⁷⁰⁰ : en tant que juriste et grand connaisseur du droit romain, il n'invente pas la notion de « commandement suprême » ou de « suprême puissance », qui existait d'ailleurs dans la doctrine romano-impériale puis médiévale⁷⁰¹, mais il produit une synthèse. Celle-ci permet d'apporter une valeur ajoutée considérable et déterminante dans la théorisation de l'Etat. Créant un substantif à partir d'un adjectif, Bodin forge un mot qui aura *ipso facto* l'aptitude potentielle de façonner le réel en justifiant et légitimant une puissance nouvelle de production normative. En effet, derrière la permanence de certaines représentations cosmologiques, les formes antiques et médiévales de domination politique et d'élaboration du droit apparaissent obsolètes en cette fin du XVI^e siècle⁷⁰². C'est dans la volonté de permettre leur dépassement que réside le caractère novateur de son principe de souveraineté.

⁶⁹⁹ « le souverain, en bonne doctrine bodinienne, est le seule à juger et à interpréter ès qualité ce qu'il faut entendre par « loi naturelle et divine » ». G. Mairet, *Le Principe de souveraineté, Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Op. cit., p. 32.

⁷⁰⁰ S. Goyard-Fabre, *Jean Bodin*, Ellipses (coll. Philo-philosophes), Paris, 1999, p. 9.

⁷⁰¹ V. par ex. M. David, *La souveraineté du peuple*, Op. cit., p. 27 et s.

⁷⁰² Comme le note Simone Goyard-Fabre, « ce serait pure divagation que de demander à la Cité antique, République romaine ou polis grecque le modèle du droit des républiques nouvelles ». V. Jean Bodin et le droit de la république, Op. cit., p. 11.

II. Le caractère novateur du principe bodinien de souveraineté : un nouvel objet intellectuel adapté à une nouvelle époque

198. Jean Bodin construit une théorie du pouvoir dans laquelle il combine sa connaissance érudite de l'histoire, son intérêt pour ce que l'on appelle aujourd'hui le « droit comparé » et l'observation minutieuse des institutions du Royaume de France. Son parcours⁷⁰³ lui a permis d'accumuler une vaste culture et de connaître l'expérience juridique du praticien. Sa sensibilité et sa trajectoire vitale l'on conduit à « *conjoindre la réflexion qui anime la doctrine à l'action qui, seule, donne leur vérité aux idées* »⁷⁰⁴.

199. Selon ses propres mots, exprimés dès le début du Chapitre 8 du Premier Livre, Bodin s'attèle à un effort de théorisation de la souveraineté « *parce qu'il n'y a ni jurisconsulte ni philosophe qui l'ait définie* »⁷⁰⁵. Il affiche donc une claire conscience de la spécificité, de la nouveauté et de l'audace de sa démarche, malgré l'inscription de sa pensée dans l'environnement cosmologique antiquo-médiéval et ses références au droit canon. Aussi, comme nous l'avons mentionné, Jean Bodin ne cherche pas à forger un principe pour décrire une réalité qu'il serait le premier à observer, mais à élaborer une théorie nouvelle et audacieuse au service d'un projet politique. Il précise, dans la préface à ses *Six Livres de la République*, qu'il s'adresse à tous les Français « *qui ont le désir perpétuel de voir l'état de ce Royaume en sa première splendeur, florissant encore en armes et en lois* »⁷⁰⁶, ce qui traduit bien la nature politique de son engagement.

200. La souveraineté est d'emblée caractérisée, selon une définition célèbre, comme la « *puissance absolue et perpétuelle d'une République* »⁷⁰⁷. La métaphore du navire, une vénérable figure de style

⁷⁰³ Il enseigne d'abord le droit romain à Toulouse pendant une dizaine d'années, puis il devient avocat au Parlement de Paris à partir de 1561 et procureur au présidial de Laon en 1577. Pour une biographie du jurisconsulte Jean Bodin voir *Ibid*, p. 17-40.

⁷⁰⁴ S. Goyard-Fabre, *Jean Bodin et le droit de la république*, *Op. cit.*, p. 10.

⁷⁰⁵ *Les Six Livres de la République, Livre Premier, Chap. 8, Op. cit.*, p. 179.

⁷⁰⁶ *Ibid*, *Préf., Livre Premier, Op. cit.*, p. 10.

⁷⁰⁷ *Livre Premier, Chap. 8, Op. cit.*, p. 179.

abondamment mobilisée⁷⁰⁸, permet à Jean Bodin d'illustrer l'existence de cette nouvelle forme de puissance : « *mais tout ainsi que le navire n'est plus que bois, sans forme de vaisseau, quand la quille, qui soutient les côtés, la proue, la poupe, et le tillac, sont ôtés, aussi la République sans puissance souveraine, qui unit tous les membres et parties [de celle-ci], et tous les ménages, et collègues en un corps, n'est plus République* »⁷⁰⁹. La souveraineté est, dans l'esprit de Jean Bodin, ce qui doit permettre de donner forme et unité à la communauté politique, formée de « ménages et collègues ». Il s'agit du principe unificateur sans lequel la République, réduite à un assemblage de communautés hétérogènes, ne pourrait se constituer. La souveraineté est, à ce titre, indissociable de la République (« *la République sans puissance souveraine n'est plus République* ») et cette dernière ne peut être comprise sans l'attribut fondateur et permanent qu'est la souveraineté.

201. A la suite du Chapitre 8 du Livre Premier de sa *République*, Jean Bodin expose, de manière méthodique et avec érudition, ce qu'il entend par « perpétuelle » et par « absolue ». Pour ce faire, il raisonne « en creux », consacrant son exposé à une foule d'exemples de puissances qui ne seraient pas « perpétuelles et absolues » afin de mieux éclairer ces deux notions. Il évoque en effet plusieurs exemples d'individus disposant d'une puissance absolue qui n'est cependant pas perpétuelle⁷¹⁰. Il esquisse ainsi une idée qu'il développe dans le Livre III : la distinction et la hiérarchisation⁷¹¹ entre le souverain et les magistrats⁷¹², qui peuvent être officiers, lieutenants, régents, gouverneurs ou gardiens⁷¹³. Au travers de cette distinction, Bodin contribue à l'effort intellectuel pour penser l'institutionnalisation et la dépersonnification du pouvoir, dès lors que le siège de la souveraineté peut être séparé des individus qui en exercent certaines des compétences de manière éphémère. Il en

⁷⁰⁸ Nous pensons notamment au Livre VI de la *République* de Platon, où ce dernier, pour défendre sa thèse du « philosophe-roi », met en scène un dialogue entre Socrate et Adimante dans lequel le premier file la métaphore du navire afin d'illustrer l'importance que revêtent les philosophes dans le gouvernement de la Cité. Tels un capitaine qui tient le gouvernail de son navire, les philosophes doivent, dans la métaphore platonicienne, conduire les affaires de la communauté politique. Cette image fut également utilisée par Aristote ou Cicéron, ce dernier ayant forgé le fameux aphorisme « *gubernare navem rei publicae* » (v. G. Duso, « La *maiestas populi* chez Althusius et la souveraineté moderne » in G. Mario Cazzaniga et Y.C. Zarka, *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine (I)*, Edizione ETS, Pise (Italie) / Librairie philosophie J. Vrin, Paris, 2001, p. 93).

⁷⁰⁹ J. Bodin, *Les Six Livres de la République*, Livre Premier, Chap. 2, Op. cit., p. 41.

⁷¹⁰ « *on peut donner puissance absolue à un ou plusieurs un certains temps, lequel expiré, ils ne sont rien plus que des sujets* ». J. Bodin, *Les Six Livres de la République*, Livre Premier, Chap. 8, Op. cit., p. 179.

⁷¹¹ La désignation des magistrats représente, pour Bodin, la troisième marque de souveraineté, qu'il précise dans le Chap. 10 du Livre Premier (« *la troisième marque de souveraineté est d'instituer les principaux officiers* »).

⁷¹² Olivier Beaud consacre d'intéressants développements à cette distinction : *La puissance de l'Etat*, Op. cit., p. 153.

⁷¹³ J. Bodin, *Les Six Livres de la République*, Livre Premier, Chap. 8, Op. cit., p. 186.

va ainsi de la puissance du prince, qui est soumise à « *charges et conditions* »⁷¹⁴. La vraie puissance souveraine, au contraire, se caractérise par cette exigence que « *ceux qui sont souverains ne soient aucunement sujets aux commandements d'autrui et qu'ils puissent donner loi au sujets et casser ou anéantir les lois inutiles pour en faire d'autres* »⁷¹⁵. C'est ainsi que la puissance législative⁷¹⁶ apparaît comme la première marque de souveraineté, telles que Bodin les énumère dans le Chapitre 10 du Livre Premier de sa *République*⁷¹⁷.

202. L'importance que Bodin accorde à la caractérisation formelle de la souveraineté par rapport à la détermination de ses marques nous fait comprendre que la souveraineté ne doit pas être comprise comme une « *somme de prérogatives* » mais comme « *le pouvoir de contrainte légitime sans lequel il n'y a pas de vaisseau-république* »⁷¹⁸. Partant, la souveraineté bodinienne est le noyau générateur de toutes les fonctions politiques et juridiques de la République. Dès lors qu'elle n'est pas réductible à telle ou telle compétence, ou même à l'ensemble de toutes ces dernières, mais qu'elle renvoie à l'unité de ce qui fonde leur exercice, le corps souverain ne peut être soumis à un quelconque pouvoir puisque la souveraineté fonde l'idée même de pouvoir⁷¹⁹. Aussi, l'idée selon laquelle les compétences étatiques sont concentrées en un seul point⁷²⁰ est l'un des apports les plus importants de la pensée bodinienne. Comme le souligne Gaëlle Demelemestre, « *cette cristallisation des compétences politiques rattachées à un commun référant chargé de les fonder est radicalement nouvelle* »⁷²¹. Au travers du caractère unitaire que traduit le principe de souveraineté, Bodin théorise l'essence d'une République ordonnée par le droit. Le concept d'ordre juridique, qui signifie à la fois

⁷¹⁴ *Ibid*, p. 187.

⁷¹⁵ *Ibid*, p. 191.

⁷¹⁶ Jean Bodin affirme que « *la première marque du prince souverain, c'est la puissance de donner la loi à tous en général et à chacun en particulier. Mais ce n'est pas assez, car il faut ajouter : sans le consentement de plus grand, ni de pareil, ni de moindre que soi. Car si le prince est obligé de ne faire la loi sans le consentement d'un plus grand que soi, il est vrai sujet ; s'il s'agit d'un pareil, il aura un compagnon ; s'il s'agit de ses sujets, le peuple ou le Sénat, il n'est pas souverain* ». *Ibid*, p. 306.

⁷¹⁷ Bodin identifie cinq marques de souveraineté : faire et casser la loi, déclarer la guerre et négocier la paix, nommer aux offices publics, être saisi en dernier ressort et, enfin, pouvoir octroyer la grâce aux condamnés.

⁷¹⁸ S. Goyard-Fabre, *Jean Bodin et le droit de la république*, *Op. cit.*, p. 12.

⁷¹⁹ G. Demelemestre, *Les métamorphoses du concept de souveraineté (XVIe-XVIIIe siècles)*, *Op. cit.*, p. 42.

⁷²⁰ L'image qui assimile la souveraineté à un point, à un foyer unique et unitaire duquel proviennent les compétences concrètes du souverain est également présente dans la réflexion de Charles Loyseau, affirma quelques 50 ans après Bodin que la souveraineté n'est pas plus divisible que le point en géométrie.

⁷²¹ G. Demelemestre, *Les métamorphoses du concept de souveraineté (XVIe-XVIIIe siècles)*, *Op. cit.*, p. 32.

l'ordonnancement du droit et la mise en place d'un ordre à travers le droit, est désormais pleinement pensable⁷²².

203. A ce titre, la pensée bodinienne revêt indéniablement une portée idéologique, en s'inscrivant dans la mouvance des *Politiques*. Ces derniers admettaient, de manière pragmatique, la rupture de l'unité chrétienne et postulaient la tolérance vis-à-vis des Protestants. Du point de vue institutionnel, ils plaçaient le roi comme « *l'arbitre et le protecteur suprême de tous les cultes* ». Ainsi, la paix et l'unité devaient être assurées par un « *roi fort, tenant entre ses mains, contre vents et marées des fanatismes affrontées, l'autorité souveraine* »⁷²³. Par conséquent, la souveraineté ne nomme pas un objet observable dans une réalité extérieure - le droit et l'exercice du pouvoir politique - mais un principe qui cristallise un ensemble d'aspirations à une époque particulière.

204. Jean Bodin ouvre, avec sa théorie de la souveraineté, une nouvelle page de la pensée politique et de la théorie juridique. Il postule, au tournant de la modernité, une rationalité politico-juridique nouvelle. Avec l'avènement de l'Etat, le roi est considéré « empereur en son royaume » : « empereur », car il détient l'*imperium*, mais « dans son royaume », c'est-à-dire dans un cadre juridique et politique limité, non universel, en reconnaissant la souveraineté des autres Etats. Se développe un système de justification total, à la fois juridique, politique et historique. En effet, comme l'indiquent Frédéric Audren, Anne-Sophie Chambost et Jean-Louis Halpérin, « *dans l'ancienne France, un lien intime s'établit entre la construction de la puissance de l'Etat monarchique et la recherche historique* ». D'une part, « *des historiens travailleront à glorifier le monarque en racontant ses prestigieuses origines* ». D'autre part, « *la politique monarchique implique le rassemblement et la conservation d'une documentation en vue d'établir les « droits historiques » sur le royaume [...] mais aussi de donner une direction plus unitaire et mieux centralisée à l'action administrative et judiciaire du pays* »⁷²⁴. C'est sur le fondement de ce nouveau système de justification qu'a lieu un basculement d'époque, comme nous le verrons à présent.

⁷²² Même si elle sera théorisée plus tard, au tournant des XVIII^e et XIX^e siècle en Allemagne sous le terme de *Rechtordnung* (cf. Ch. Leben, Entrée « Ordre juridique », in D. Alland et S. Rials (sous la dir. de), Dictionnaire de la culture juridique, *Op. cit.*, p. 1113).

⁷²³ J.-J. Chevallier, Y. Guchet, *Les grandes œuvres politiques de Machiavel à nos jours*, *Op. cit.*, p. 35.

⁷²⁴ F. Audren, A.-S. Chambost et J.-L. Halpérin, *Histoires contemporaines du droit*, Dalloz (coll. Méthode du droit), Paris, 2020, p. 9-10.

Section 2. Le basculement dans la modernité politique et juridique

205. S'inscrivant dans un mouvement de long cours visant à repenser les conditions de possibilité d'une puissance normative suprême dans un espace politico-juridique hautement fragmenté⁷²⁵, Jean Bodin élabore une théorie juridique de la puissance publique de l'Etat qui permet de penser la sortie de l'ère vassalo-féodale.

206. La souveraineté incarne la marche vers l'autonomie du droit vis-à-vis des autres formes de normativité, l'affirmation du caractère auto-fondé de la communauté politique de référence et le triomphe du volontarisme politique. L'invention du principe de souveraineté est donc intrinsèquement lié au basculement des sociétés d'Europe occidentale dans la modernité, à la fois sur le plan politique (§1) et sur le plan juridique (§2).

§1. Le basculement dans la modernité politique

207. Le concept de modernité est un concept riche et polémique, comme tous ceux qui visent à établir un grand partage, une charnière, entre deux ères intrinsèquement séparées. Comme le note Bruno Latour, « *la modernité a autant de sens qu'il y a de penseurs ou de journalistes* »⁷²⁶. Cet auteur envisage la définition de la modernité en philosophe et anthropologue⁷²⁷. Du point de vue de la pensée politique, l'entrée dans la modernité se caractérise par une évolution des thèmes et, surtout, des approches. Elle annonce, plus précisément, une triple évolution : ontologique, épistémologique et pratique. Ontologique car la philosophie politique moderne épouse la distinction fondatrice de toute science humaine contemporaine : la séparation entre « l'être » et le « devoir être ». Comme l'indique Gérard Mairet, « *les Modernes sont ceux qui pensent la politique telle*

⁷²⁵ Sur le plan interne, comme l'indiquent J.-J. Chevallier et Y. Guchet de manière imagée : « *la féodalité, cascade de suzerainetés et d'hommages, de liens hiérarchiques personnels, morcellement à l'infini de l'autorité publique, confusion des pouvoirs publics et des pouvoirs privés, tombait en poussière sous le choc de cette souveraineté absolue, armée du monopole de donner et de casser la loi* ». J.-J. Chevallier, Y. Guchet, *Les grandes œuvres politiques. De Machiavel à nos jours*, Op. cit., p. 39.

⁷²⁶ B. Latour, *Nous n'avons jamais été modernes*, La Découverte, Paris, 2006, p. 19.

⁷²⁷ Pour Latour, « par l'adjectif moderne, on désigne un régime nouveau, une accélération, une rupture, une révolution du temps ». Il définit la modernité par l'adoption de « *deux ensembles de pratiques entièrement différentes qui, pour rester efficaces, doivent demeurer distinctes mais qui ont cessé récemment de l'être. Le premier ensemble de pratiques crée, par « traduction », des mélanges entre genres d'êtres entièrement nouveaux, hybrides de nature et de culture. Le second crée, par « purification », deux zones ontologiques entièrement distinctes, celle des humains d'une part, celle des non-humains de l'autre. Sans le premier ensemble, les pratiques de purification seraient vides ou oiseuses. Sans le second, le travail de la traduction serait ralenti, limité ou même interdit* ». Ibid, p. 20.

qu'elle est, les Anciens sont ceux qui rêvent d'une politique telle qu'ils s'imaginent qu'elle devrait être »⁷²⁸. Cela apparaît clairement chez Machiavel, qui se propose de dévoiler « la réalité effective des choses »⁷²⁹. Epistémologique car il s'agit, pour les philosophes modernes de la politique « de comprendre la nature propre de la politique réelle historique », non pas « le monde des idées » mais celui « des choses et des forces »⁷³⁰. La modernité ainsi entendue ramène donc l'exercice du pouvoir politique du ciel des idées à son substrat : l'exercice concret du pouvoir dans les sociétés humaines. La politique est reconnue comme une activité humaine et, par conséquent, sujette aux aléas de la condition humaine et de la vie de l'homme en société. Enfin, sur le plan pratique, le monde moderne se caractérise par l'organisation lente et progressive des sociétés européennes autour de l'Etat souverain.

208. La souveraineté s'inscrit dans ce contexte. Elle favorise la reconnaissance de l'autonomie du politique⁷³¹ en tant que fait intrinsèquement humain (I) qu'elle permet d'articuler avec le principe d'individuation des peuples (II).

I. La souveraineté, principe d'autonomie et de sécularisation du politique

209. La souveraineté est un avatar du principe de liberté. Cela peut paraître paradoxal pour les auteurs qui la considèrent comme étant intrinsèquement liée à une conception absolutiste, voire arbitraire, du pouvoir⁷³². Aussi, il nous semble que ces derniers confondent deux niveaux de discours distincts : le niveau ontologique et épistémologique d'une part et le niveau prescriptif d'autre part. Sur le premier plan, le principe de souveraineté fonde, comme nous l'avons évoqué, l'étude du politique sur l'analyse et la compréhension d'une activité humaine concrète et effective, l'activité politique. La souveraineté traduit, de ce point de vue, la volonté de penser celle-ci comme découlant de l'emprise de l'homme sur son propre devenir. Elle permet, du même coup, de « l'historiciser ». Sur le plan, cette fois-ci, des discours prescriptifs, la souveraineté a parfois pu être

⁷²⁸ G. Mairet, *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Op. cit., p. 22.

⁷²⁹ Il affirme que « dans le dessein que j'ai d'écrire des choses utiles pour celui qui me lira, il m'a paru qu'il valait mieux m'arrêter à la réalité des choses que de me livrer à de vaines spéculations ». *Le Prince*, Chap. XV.

⁷³⁰ G. Mairet, *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Op. cit., p. 22..

⁷³¹ Le politique comme un fait : l'existence du pouvoir dans une société déterminée. On le distingue de la politique, qui renverrait à l'exercice du pouvoir.

⁷³² Cf. *supra*. Introduction et *infra*. Titre 2, Chap. 2, Sect. 2.

mobilisée à des fins de légitimation de la puissance sans partage d'un organe de l'Etat - la monarchie absolue de droit divin assise sur le principe de souveraineté du roi telle que l'abbé Bossuet la théorisa à la fin du XVII^e siècle, par exemple. Ainsi, cet usage de la souveraineté ne vise pas à fonder une certaine conception de l'étude du politique (détermination d'une ontologie politique dont découle une certaine posture épistémologique), mais un certain type de régime politique (discours idéologique dont découle une posture prescriptive). Par ailleurs, le même principe a également pu constituer le fondement de régimes politiques libéraux⁷³³, ce qui pourrait suffire à réfuter le rapport de consubstantialité entre la souveraineté et l'absolutisme. Comme l'a écrit Gérard Mairet commentant l'œuvre de Machiavel, la doctrine de la souveraineté ne débouche pas nécessairement sur l'absolutisme, elle « *permet de fonder sur elle à la fois le républicain et le tyran, le démocrate et le démagogue* »⁷³⁴.

210. Nous illustrerons ce rapport entre le principe de souveraineté et le principe de liberté en montrant à présent que la souveraineté permet de fonder une conception du politique comme une activité autonome (A) de nature profane (B).

A. L'autonomie de la politique⁷³⁵

211. La souveraineté contribue à un renversement axiologique majeur dans la pensée politique occidentale, qui reste pendant longtemps marquée par les postulats des deux géants que sont Platon et Aristote. Pour le premier, l'archétype du « bon gouvernement » est celui des « philosophes-rois ». Ces derniers, « *spécialistes des idées pures* »⁷³⁶, établissent la forme du Bien de manière spéculative pour soumettre ensuite l'action politique à son respect. Il s'agit d'un « gouvernement des hommes » qui « *savent ce qui est bien* »⁷³⁷. La pensée aristotélicienne, au contraire, affirme le « gouvernement des lois ». Celui-ci repose sur le postulat selon lequel les hommes sont

⁷³³ Cf. *infra*. Chap. suivant.

⁷³⁴ G. Mairet, *Le principe de souveraineté. Histoire et fondements du pouvoir moderne*, Op. cit., p. 27.

⁷³⁵ Nous distinguons « la politique », c'est-à-dire l'exercice concret du pouvoir, du politique, au masculin, c'est-à-dire, de manière plus générale « *l'instance préposée au maintien de la cohésion sociale* ». Comme l'indique Rémi Lefebvre en citant Pierre Favre : « *le politique concerne les fonctions de coordination des activités, de résolution des conflits, de hiérarchisation des objectifs que requiert l'existence de la société. La politique est l'activité de ceux qui assurent ou veulent assurer ces fonctions. Le politique est ainsi l'objet de la politique* ». Cf. R. Lefebvre, *Leçons d'Introduction à la Science politique*, Ellipses, Paris, 2010, p. 14.

⁷³⁶ A. Passerin d'Entrèves, *La notion de l'Etat*, Op. cit., p. 22.

⁷³⁷ *Ibid*, p. 86.

intrinsèquement faillibles, vulnérables face aux effets corrupteurs du pouvoir et constamment aux prises avec leurs passions. Les lois, en revanche, sont impassibles, aveugles comme le représente l'allégorie classique de la Justice, les yeux bandés. C'est par conséquent sur la loi, manifestation de « *l'intelligence sans les passions aveugles* »⁷³⁸, que doit reposer le gouvernement des hommes. Cependant, et c'est là où la pensée platonicienne et aristotélicienne se rejoignent, si le gouvernement des hommes doit être fondé sur les lois, ces dernières doivent être élaborées avec sagesse et répondre au principe de justice. Aussi, Platon et Aristote s'intéressaient moins à élucider les conditions concrètes d'exercice du pouvoir qu'à déterminer « *la manière dont ce pouvoir était exercé dans les meilleures conditions* »⁷³⁹.

212. C'est ainsi que, comme nous l'avons vu⁷⁴⁰, le pouvoir politique est pensé, dans le cadre du jusnaturalisme médiéval, comme une puissance dont l'exercice se trouve encadré par de nombreux freins qui l'empêchent de se pervertir et de devenir une tyrannie. Le pouvoir politique est créé dans l'intérêt du peuple, il vise à assurer « *les progrès du bien commun, de la paix, de la justice, et d'étendre le plus possible la liberté de tous ses sujets* »⁷⁴¹. Le peuple peut même, dans cette logique, se voir reconnaître le droit, voire le devoir, de résister à l'oppression⁷⁴². Ainsi, non seulement les détenteurs du pouvoir, les gouvernants, n'ont pas les moyens matériels d'imposer leur volonté mais, en plus, d'importantes théories politiques du Moyen-Âge rendent illégitime toute extension inconsidérée de ces moyens. Comme le montre O. von Gierke, les limites au pouvoir, en particulier monarchique mais pas seulement, « *sont immanentes dans l'idée que le Moyen-Âge se fait de la monarchie. [...] le Moyen-Âge entoure encore les pouvoirs publics de toutes sortes de barrières légales qui, bien entendu, doivent être respectées par le monarque, même quand il réunit en lui tous les pouvoirs de l'Etat* »⁷⁴³.

213. Au détriment de la vision antiquo-médiévale de la société comme reflet de l'ordonnement naturel ou divin, la modernité diffuse la conception d'une société auto-instituée. Pour le dire avec les mots d'Otto von Gierke : « *l'Etat n'est plus dérivé comme un tout partiel de l'harmonie voulue*

⁷³⁸ Cité par *Ibid*, p. 87.

⁷³⁹ *Ibid*, p. 88.

⁷⁴⁰ Cf. *supra*. Sect. 1, §2, I.

⁷⁴¹ O. von Gierke, *Les théories politiques du Moyen-Âge*, *Op. cit.*, p. 161.

⁷⁴² C'est la position de Marsile de Padoue, par ex.

⁷⁴³ *Ibid*, p. 166.

par Dieu du tout universel »⁷⁴⁴. Cela conduit à inverser l'ordre des facteurs. Il ne s'agit plus d'inscrire l'action politique dans une idée spéculative du juste mais d'admettre qu'il faut penser le juste dans le cadre de l'action politique concrète. Partant, la philosophie politique doit être ramenée à l'étude de la « *structure du monde historique* »⁷⁴⁵. Machiavel constate que « *bien des gens ont imaginé des républiques et des principautés telles qu'on n'en a jamais vu ni connu* »⁷⁴⁶. Or une telle activité purement spéculative reçoit de sa part une vive critique : « *à quoi servent ces imaginations? Il y a si loin de la manière dont on vit à celle dont on devrait vivre, qu'en n'étudiant que cette dernière on apprend plutôt à se ruiner qu'à se conserver* »⁷⁴⁷. Jean Bodin, pour sa part, reproche à Platon et à Thomas More « *d'avoir ciselé la belle image d'une république en idée sans effet* »⁷⁴⁸. C'est ainsi que les idées et les jugements de valeur n'ont plus la même place dans l'étude du pouvoir moderne. Celui-ci devient un objet autonome. En effet, l'étymologie du terme «autonomie» correspond pleinement à cette idée : « *la république possède en elle-même la loi, la loi procède de l'agir humain et cette génération humaine de la loi, dont l'auteur est le « souverain », est génération de la république* »⁷⁴⁹.

214. L'autonomie de la république est donc signifiée par le principe de souveraineté. Cela rejoint la dimension de la souveraineté en tant que liberté que l'on retrouve en droit international⁷⁵⁰. L'autonomie de la république que traduit le principe de souveraineté doit donc nous conduire à comprendre ce dernier comme le fondement de la politique profane.

B. La souveraineté, fondement de la politique profane

215. Si Jean Bodin considère que l'exercice du pouvoir par le souverain est encadré par les lois divines, le fondement de la souveraineté est, pour le juriste angevin, de nature profane. C'est ainsi

⁷⁴⁴ Cité par P. Rosanvallon, *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, ed. du Seuil (coll. Points/Essais), Paris, 1999, p. 11.

⁷⁴⁵ G. Mairet, *Le principe de souveraineté. Histoire et fondements du pouvoir moderne*, Op. cit., p. 30.

⁷⁴⁶ N. Machiavel, *Le Prince et autres textes*, Op. cit., Chap. XV, p. 63.

⁷⁴⁷ Idem.

⁷⁴⁸ S. Goyard-Fabre, *Jean Bodin et le droit de la République*, Op. cit., p. 10.

⁷⁴⁹ Idem.

⁷⁵⁰ J. Combacau, « Pas une puissance, une liberté: la souveraineté internationale de l'Etat », Op. cit., p.47-58.

qu'il estime que le sacre de Reims « *n'est point de l'essence de la souveraineté* »⁷⁵¹. Il déduit ces affirmations du principe général selon lequel « *le Prince qui tient d'autrui n'est point souverain* »⁷⁵². Le principe de souveraineté permet ainsi d'en finir avec la *Res publica Christiana* et, de manière encore plus déterminante, avec la politique chrétienne.

216. Selon Gérard Mairet, « *Les Six Livres de la République accomplissent un processus absolument décisif d'élimination de toute politique « chrétienne », processus inauguré par Marsile de Padoue deux siècles plus tôt*⁷⁵³ ». Cela signifie très clairement que la légitimité du souverain n'est plus déterminée par celle du Saint-Siège : le concept de souveraineté est incompatible avec les visées de domination universelle que porte la théocratie pontificale. En revanche, comme nous l'avons montré précédemment, pour Jean Bodin *l'exercice* - et non pas le fondement - de la souveraineté doit faire l'objet de limites, et doit même aller dans le sens d'une transposition de l'ordre et des lois naturelles et divines⁷⁵⁴. Cela étant, le politique s'érige sur un fondement profane car « *il est produit de toutes pièces par les hommes eux-mêmes sans le secours de la causalité divine ou des déterminations naturelles* »⁷⁵⁵. Avant Bodin, Machiavel avait déjà ouvert la voie pour que la politique soit ramenée du domaine de la contemplation vers celui de l'action⁷⁵⁶. Il n'y a peut-être que lui, d'ailleurs, qui rompt les amarres, non pas seulement avec le droit naturel classique, mais avec toute détermination proprement métaphysique de l'action du souverain. Le penseur toscan contribue à émanciper le politique de la morale commune, tout en ayant la finesse de ne pas confondre le droit et la force⁷⁵⁷. C'est ainsi que le pouvoir perd sa nature métaphysique et divine pour être accepté comme intrinsèquement humain et profane.

⁷⁵¹ Selon Bodin, « *le roi ne laisse pas d'être roi sans le couronnement, ni la consécration : qui ne sont point de l'essence de la souveraineté* ». *Les Six Livres de la République*, Livre Premier, Chapitre 9, *Op. cit.*, p. 282.

⁷⁵² *Ibid*, p. 238.

⁷⁵³ G. Mairet, « Présentation », in J. Bodin, *Les Six Livres de la République* (abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583), Librairie générale française, Paris, 1993, p. 16.

⁷⁵⁴ Cf. *infra*. Sect. 1, §2, II.

⁷⁵⁵ G. Mairet, *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, *Op. cit.*, p. 41.

⁷⁵⁶ *Ibid*, p. 27.

⁷⁵⁷ Ainsi que le souligne Patrick Boucheron, dans une analyse de la pensée machiavélique : « *l'Etat n'est pas dans son droit quand il se fonde en droit - il se situe précisément sur ce seuil d'indistinction entre la force et la loi où ce qui a force de loi trouve son origine hors d'elle-même, dans l'exception de la violence originelle* ». P. Boucheron, *Un été avec Machiavel*, Ed. des Equateurs / France Inter, Paris, 2017, p. 107.

217. L'Etat devient l'acteur emblématique de sa propre histoire, développant son emprise sur un territoire et une population et acquérant progressivement une identité propre. Substrat humain de l'Etat, le peuple s'érige comme « *personnage politique de la modernité* »⁷⁵⁸, ainsi que le montre Marcel David dans une étude remarquable⁷⁵⁹.

II. La souveraineté, principe d'unité et de liberté des peuples

218. Dans le frontispice qui illustre la première édition du *Léviathan*, Thomas Hobbes présente un dessin fort ésotérique. Un homme d'une taille gigantesque occupe la quasi-totalité du champ. Couronné, il se dresse à mi-corps derrière un paysage en arrière-plan composé d'une ville et des campagnes vallonnées environnantes. La scène est déserte, personne dans les rues et les places de la ville, personne dans les campagnes. Seule l'immense figure couronnée émerge de ce vide, arborant un sourire mystérieux (celui, a-t-on pu dire, de Cromwell⁷⁶⁰, contemporain de Hobbes) et tenant dans ses mains les deux symboles du pouvoir : l'épée dans la main droite et la crosse épiscopale dans la main gauche. L'Etat dont Hobbes produit la théorie est, en effet, à la fois civil et religieux, comme le signale le sous-titre de l'œuvre (*Léviathan ou matière, forme et puissance de l'Etat chrétien et civil*). La logique vitale de l'Etat hobbesien, selon J.-J. Chevallier et Y. Guchet, « lui impose une « synchronisation » pratique entre ce qui est d'ordre religieux et d'ordre civil, pour que ses sujets ne soient pas tiraillés, déchirés, dissociés entre les ordres du pouvoir religieux et ceux du pouvoir civil - pour que règne la paix, à laquelle les discussions politico-religieuses sont fatales »⁷⁶¹. Or une telle « synchronisation » ne peut être rendue possible que par la primauté de l'interprétation du souverain, y compris lorsqu'il s'agit de l'Ecriture⁷⁶²⁷⁶³.

⁷⁵⁸ G. Mairet, *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Op. cit., p. 45.

⁷⁵⁹ *La souveraineté du peuple*, Op. cit., p. 93 et s.

⁷⁶⁰ J.-J. Chevallier et Y. Guchet, *Les grandes œuvres politiques de Machiavel à nos jours*, Op. cit., p. 45.

⁷⁶¹ *Ibid*, p. 54.

⁷⁶² « L'Etat dont notre auteur construit la théorie est un Etat chrétien, c'est-à-dire composé de personnes chrétiennes. Leur loi religieuse [...] se trouve dans l'Ecriture. De l'interprétation de l'Ecriture dépendent leurs obligations. Mais qui interprète l'Ecriture ? [...] Dans l'état de nature, il faut bien admettre que chaque chrétien a le droit de procéder à cette interprétation selon sa raison individuelle. [...] Bien entendu ce droit d'interprétation personnelle, qui n'est qu'un aspect du droit général de l'homme naturel sur toute chose, doit être transféré, avec le reste, au moment du pacte social. Transféré à qui ? Bien entendu, à l'homme artificiel. Le souverain devient ainsi l'organe non seulement de l'Etat mais aussi de l'Eglise ». *Ibid*, p. 53 (nous soulignons).

⁷⁶³ Cf. *infra*, §2, II, A.

219. Cependant, si l'on revient au frontispice du *Léviathan* et on y regarde de plus près, la scène n'est pas, en réalité, complètement vide : le géant est lui-même composé de centaines d'individus, tournant le dos au lecteur et formant une foule massive et impersonnelle. Dans l'introduction à l'ouvrage, Hobbes déchiffre l'image pour le lecteur profane : ce grand Léviathan, « *appelé République ou Etat (Civitas en latin), n'est autre chose qu'un homme artificiel, quoique de stature et de forces plus grandes que celles de l'homme naturel, pour la défense duquel il a été conçu* ». Voici comment l'Etat-Léviathan est envisagé : comme l'unité de tous les hommes en un homme artificiel, mû par la souveraineté et créé à partir de pactes et conventions entre hommes naturels. Pour sortir de l'état de nature, état de guerre de tous contre tous, il faut, selon Hobbes, rassembler toute la puissance et toute la force des hommes « *sur un homme ou sur une assemblée d'hommes qui peut, à la majorité des voix, ramener toutes leurs volontés à une seule volonté* ». C'est « *par là même [que] tous et chacun d'eux soumettent leurs volontés à sa volonté, et leurs jugements à son jugement* ». Pour Hobbes, cela représente « *plus que le consentement ou la concorde* »⁷⁶⁴ car « *il s'agit d'une unité réelle de tous en une seule et même personne faite par convention de chacun avec chacun, de telle manière que c'est comme si chaque individu devait dire à tout individu :*

« j'autorise cet homme ou cette assemblée d'hommes et je lui abandonne mon droit de me gouverner moi-même, à cette condition que tu lui abandonnes ton droit et autorises toutes ses actions de la même manière ». Cela fait, la multitude, ainsi unie en une personne une, est appelée un ETAT, en latin CIVITAS. Telle est la génération de ce grand LEVIATHAN, ou plutôt (pour parler avec plus de déférence) ce dieu mortel, auquel nous devons, sous le dieu immortel, notre paix et notre défense »⁷⁶⁵.

220. Cette longue citation résume les développements les plus emblématiques de la pensée hobbésienne : la sortie de l'état de nature, la constitution d'un souverain par le peuple et ce « *retournement de la subversive*⁷⁶⁶ *théorie du contrat* »⁷⁶⁷ par lequel Hobbes fonde l'Etat, principe d'ordre, sur un socle purement rationnel et positif⁷⁶⁸. L'Etat, dont l'essence est le principe de souveraineté, ramène à l'unité de ce qui est dispersé dans l'état de nature. Dans le passage à l'état civil, « *peut même se réaliser une identification entre la volonté des sujets et l'action du souverain*

⁷⁶⁴ *Léviathan*, Op. cit., p. 288.

⁷⁶⁵ *Idem*.

⁷⁶⁶ Subversive car elle avait surtout été mobilisée pour contester la légitimité d'un pouvoir tyrannique.

⁷⁶⁷ J.-J. Chevallier et Y. Guchet, *Les grandes œuvres politiques de Machiavel à nos jours*, Op. cit., p. 55.

⁷⁶⁸ *Idem*.

*assez profonde pour que chacun d'eux se perçoive comme coauteur de celle-ci voire comme coacteur, à l'instar du type de représentation que Shakespeare met en scène »*⁷⁶⁹.

221. Il faut ainsi noter deux choses : la centralité de l'individu et la constitution, au travers du souverain, d'un peuple à partir d'individus épars. C'est ainsi que Thomas Hobbes « *invente le peuple comme source originaire de l'Etat* »⁷⁷⁰. Autrement dit, le souverain provient du peuple car « *c'est le peuple qui, dans le mythe hobbésien de fondation, institue le souverain* »⁷⁷¹. De là à affirmer que Hobbes est le père du principe de souveraineté du peuple il y a un pas que l'on ne saurait franchir car, comme le relève Marcel David, « *Hobbes [a] cru devoir attribuer à un monarque absolu (ou à une assemblée) et non pas tout bonnement au peuple lui-même les prérogatives qui, par le truchement du pacte, ressortissent spécifiquement à l'autorité souveraine* »⁷⁷². En effet, le principe de souveraineté demeure, tout au long du XVII^e siècle, étroitement lié à l'idée de souveraineté royale. Les controverses concernant la souveraineté portent sur la légitimité et les conditions d'exercice de la souveraineté plus que sur son titulaire. Les graves troubles dans lesquels s'enfonce le Royaume-Uni dès les années 1640 conduisent finalement à l'établissement d'une monarchie parlementaire. Le souverain devient « *the king in Parliament* ». Pendant cette période, la monarchie française parvenait, après les rudes épreuves que constituèrent les guerres de religion et la Fronde, à imposer le modèle de la monarchie absolue, si bien théorisée par l'abbé Bossuet. Voici donc les deux modèles dominants alors que le peuple « *se dissimulait dans le décor des princes* »⁷⁷³.

⁷⁶⁹ M. David, *La souveraineté du peuple*, Op. cit., p. 92.

⁷⁷⁰ *Idem*, p. 53.

⁷⁷¹ *Idem*.

⁷⁷² M. David, *La souveraineté du peuple*, Op. cit., p. 92.

⁷⁷³ G. Mairet, *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Op. cit., p. 126.

222. Le passage du peuple des coulisses au centre de la scène politique est le fruit de la révolution américaine d'abord et de la révolution française peu après⁷⁷⁴. Le Préambule de la Constitution des Etats-Unis (adoptée par la Convention de Philadelphie en 1787 et entrée en vigueur en 1789) débute par le célèbre « *We the people* ». En France, c'est le terme de « nation » qui s'impose pour désigner le corps politique que forment les Français. Tout au long de la seconde moitié du XVIII^e siècle, le statut de « représentant de la nation » est revendiqué par le parlement de Paris dans le cadre des remontrances à caractère politique qu'il adresse au roi. Aussi, Louis XV est amené à réaffirmer son autorité absolue à plusieurs reprises devant la cour de la capitale. Le fameux discours de la flagellation du 3 mars 1766 en constitue un exemple éclatant⁷⁷⁵. Les luttes politiques pour être considéré comme le représentant de la nation se poursuivent et, lorsque Louis XVI convoque les Etats généraux à Versailles le 5 mai 1789, la première révolution juridique qui marque le début de la Révolution française est l'identification de certains députés à la nation. Alors que Mirabeau propose à ses collègues de prendre le titre de « représentants du peuple français », Sieyès plaide pour adopter la motion de Jérôme Legrand et prendre le titre d'Assemblée nationale. Le 17 juin, ces députés se constituent donc en Assemblée nationale. La souveraineté est alors entièrement perçue comme synonyme de liberté. Ainsi que l'indique Gérard Mairet, « *la signification profonde du principe de souveraineté est de libérer le peuple, d'en libérer les forces et les puissances, de faire se rencontrer la liberté et le peuple* »⁷⁷⁷.

223. Le concept de souveraineté apparaît par conséquent comme le fruit et le parachèvement d'une évolution à la fois philosophique, technique et politique visant à poser les jalons d'une puissance

⁷⁷⁴ Cf. not. P. Rosanvallon, *Le Peuple introuvable : Histoire de la représentation démocratique en France*, Folio (Histoire), Paris, 2002.

⁷⁷⁵ Comme l'indique Yves Mény, « *certes cette révolution idéologique et philosophique a été préparée par la triple révolution religieuse de Luther, de Calvin et d'Henri VIII qui ont mis fin au sein du monde chrétien à l'intermédiation de l'Eglise et du pape dans la filiation entre Dieu, l'individu et le monarque. Certes, les philosophes ont contesté l'absolutisme et amené les esprits à repenser la légitimation du pouvoir et ses formes institutionnelles mais le peuple ne réapparaît que par étapes. Avec la révolte des Pays-Bas (1566-1609) à la fois contre la puissance occupante espagnole et son pendant religieux pour réclamer des libertés individuelles et collectives sans remettre toutefois en cause le principe monarchique ; avec la guerre civile anglaise de 1642-1651 durant laquelle est publié le document radical An Agreement of the People (les revendications des levellers et des agitators visent à la fois à obtenir des droits pour le peuple et des solutions pour le retour à la paix civile) et la Glorious Revolution de 1689 qui permet à la bourgeoisie montante d'obtenir garanties et droits concrets (en particulier fiscaux et financiers). Toutefois, la forme monarchique n'est pas contestée et c'est un « peuple » concret mais bien réduit qui s'est manifesté* ». *Imparfaites démocraties*, Presses de SciencesPo (Hors collection), Paris, 2019, p. 87.

⁷⁷⁶ Le monarque rappelle au parlement de Paris : « *comme s'il était permis d'oublier que c'est en ma personne seule que réside la puissance souveraine, dont le caractère propre est l'esprit de conseil, de justice et de raison, [...] que l'ordre public tout entier émane de moi et que les droits et les intérêts de la Nation, dont on ose faire un corps séparé du Monarque, sont nécessairement unis avec les miens et ne reposent qu'en mes mains* ».

⁷⁷⁷ G. Mairet, *Le principe de souveraineté. Histories et fondements du pouvoir moderne*, Op. cit., p. 126.

civile autonome dont le fondement réside, *in fine*, dans le peuple ou la nation. Cette autonomie, proclamée sur le plan des idées, se traduit par des instruments de droit positif. La dimension philosophique d'une autonomie totale de l'action humaine - dont le droit est désormais le pur résultat - rejoint la dimension technique de l'indépendance et du monopole normatif du monarque français, notamment à l'égard de l'autorité pontificale. Ce nouvel esprit de la modernité est synthétisé dès la fin du XVI^e siècle dans le concept de souveraineté, dont la loi devient l'instrument technique privilégié.

§2. Le basculement dans la modernité juridique

224. Le principe de souveraineté désigne, tout d'abord, un pouvoir de création normative d'une nature nouvelle. Celui-ci se caractérise par un ensemble d'attributs que nous résumons sous deux traits : l'unité et l'autonomie. Chacun est déclinable en plusieurs acceptions (I). Il importe, par ailleurs, d'insister sur les effets provoqués par le surgissement du principe de souveraineté sur la pensée juridique occidentale. Celui-ci s'inscrit, en effet, dans une pensée juridique en passe de devenir une science, alors qu'elle était jusqu'alors considérée comme un art. En préconisant l'existence d'un principe premier dont découle l'ensemble du système juridique, le concept de souveraineté contribue de manière déterminante à opérer une « *rationalisation formelle du droit* »⁷⁷⁸. Il participe de la mise en ordre logique et déductive du droit par rapport à la méthode romaine marquée par l'étude de cas⁷⁷⁹. Il offre ainsi une compréhension globalisante et ordonnée du fait juridique, organisée autour d'une ontologie volontariste du droit. Le droit moderne, produit de la volonté du souverain, est ainsi pensé comme un ensemble unitaire, centralisé, hiérarchisé et auto- réformable (II).

I. L'autonomie et l'unité du pouvoir normatif souverain

225. Le principe de souveraineté suggère une représentation du droit radicalement différente de celles qui s'étaient imposées tout au long du Moyen-Age. La période extrêmement longue, de près de mille ans, comprise entre la chute de Rome et l'invention du principe de souveraineté, est en effet marquée par une fragmentation de la puissance publique et une dispute autour de la détention

⁷⁷⁸ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 55.

⁷⁷⁹ *Idem.*

de l'autorité publique opposant l'empereur, le pape et les autorités séculières et territoriales⁷⁸⁰. Or le principe de souveraineté ouvre la voie pour penser la fusion des deux, de l'autorité, l'*auctoritas*, et de la puissance, *potestas* (B), sur le fondement d'une représentation du pouvoir normatif séculier comme un pouvoir intrinsèquement autonome (A).

A. L'autonomisation du pouvoir normatif du souverain

226. La souveraineté, nous l'avons montré, peut être comprise sous le prisme de la liberté dès lors qu'elle pose le principe de l'autonomie de la politique. Sur le plan juridique, cela a deux conséquences. D'une part, la souveraineté consacre l'autonomie de l'autorité politique vis-à-vis de l'autorité religieuse, singulièrement l'autorité du pape. D'autre part, la souveraineté impose l'autonomisation de l'autorité-puissance publique vis-à-vis des pouvoirs privés.

227. Le projet dans lequel s'inscrivent Jean Bodin et Thomas Hobbes est celui de tous les philosophes et juristes qui se mettent au service des autorités séculières : il s'agit de « *faire de la volonté humaine la puissance ordonnatrice de la république* »⁷⁸¹. La manifestation juridique de cette autonomie réside, dans le cadre de la pensée juridique des XVI^e et XVII^e siècles, dans la loi. Le souverain hobbésien est « *artisan unique et maître absolu de la loi* »⁷⁸². Comme pour Bodin, « *le pouvoir législatif résume la souveraineté en action* »⁷⁸³. La loi est considérée comme l'instrument privilégié du droit positif et, dans la théorie hobbésienne, elle ne peut se voir opposer aucune limite. C'est par la loi que l'Etat souverain intervient dans le réel. Comme l'indique Olivier Beaud, « *la loi de Bodin repose sur l'idée selon laquelle la volonté (celle du Souverain) s'avère capable à elle seule de poser des normes, d'édicter un commandement* »⁷⁸⁴. Dans une interprétation contemporaine de la théorie hobbésienne, « *cela consacre la situation où se trouve l'Etat moderne, qui, certes, est souverain en tant qu'indépendant, mais dont l'indépendance n'est pas cependant*

⁷⁸⁰ Cf. *supra*. Chap. 1.

⁷⁸¹ G. Mairet, *Le Principe de souveraineté, Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Op. cit., p. 31.

⁷⁸² J. Krynen, *Le théâtre juridique*, Gallimard (coll. NRF), Paris, 2018, p. 162.

⁷⁸³ *Ibid*, p. 161.

⁷⁸⁴ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Op. cit., p. 57.

*une question de force seule, car elle n'est que la conséquence du manque d'un système de règles, différent et supérieur, conférant le pouvoir au souverain national »*⁷⁸⁵.

228. La théorie bodinienne de la souveraineté est notamment dirigée contre un système de règles en particulier : le droit ecclésiastique. De ce point de vue, Bodin spécifie « *cette très vieille revendication d'indépendance par sa dogmatique juridique de la souveraineté* » et parachève « *la rupture de la dépendance institutionnelle entre l'Eglise et l'Etat* »⁷⁸⁶. En effet, son principe de souveraineté est tout à fait influencé par la doctrine gallicaniste. Cette dernière revêtait une dimension technique dans la mesure où elle a permis au monarque de se doter d'instruments juridiques concrets afin de s'opposer aux velléités hégémoniques du Saint-Siège. Ces instruments reposaient sur la compétence du roi de France de recevoir les règles de droit d'origine ecclésiastique à travers une norme interne de transposition.

Comme l'indique Nicolas Sild, « *l'effort du Gallicanisme contre l'hégémonie pontificale afin de préserver l'indépendance de la puissance temporelle se matérialise juridiquement par une lutte pour la conquête – présentée comme une reconquête – d'un monopole du Souverain sur la production de normes juridiques dans l'Etat, en excluant la concurrence normative du Saint-Siège. Le Gallicanisme accrédite une conception de la souveraineté dont l'attribut essentiel consiste dans le monopole étatique sur la création du droit positif, car admettre que deux législateurs puissent produire des normes concurremment dans l'Etat reviendrait à ruiner toute la doctrine de la souveraineté. Pour cette raison, la pensée gallicane impute l'origine des lois ecclésiastiques reçues dans l'Etat à la volonté du Souverain* »⁷⁸⁷. Il s'agissait donc de reconnaître l'indépendance du monarque vis-à-vis du Saint-Siège en organisant la gestion des rapports entre deux ordres juridiques distincts. Concrètement, la politique gallicaniste est entérinée dans l'ordonnance royale connue sous le nom de Pragmatique Sanction de Bourges de 1438 à l'initiative de Charles VII. Celle-ci proclame l'autonomie de l'Eglise de France vis-à-vis du Saint-Siège, supprime les impositions pontificales et affirme la compétence des tribunaux royaux contre celle des tribunaux ecclésiastiques⁷⁸⁸. Il affirme que « *l'Eglise de France est placée sous la protection du roi* »⁷⁸⁹. Le pape refuse d'être lié par la

⁷⁸⁵ *Idem.*

⁷⁸⁶ *Idem.*

⁷⁸⁷ *Le Gallicanisme et la construction de l'Etat (1563-1905)*, Thèse de doctorat en droit public, Paris II (Panthéon-Assas), Paris, 2015, p. 170

⁷⁸⁸ J. Picq, *Politique et religion*, *Op. cit.*, p. 57.

⁷⁸⁹ *Idem.*

Pragmatique sanction mais, finalement, le concordat de Bologne signé en 1516 par François Ier et le pape Léon X institutionnalise l'emprise du roi sur l'Eglise de France.

229. Parallèlement à l'autonomie du souverain vis-à-vis du spirituel s'affirment également ses prétentions sur les domaines relatifs au civil, en particulier le domaine de l'économie. Comme l'indique Roland Maspétiol, le monarque, « *dominé fréquemment par des préoccupations fiscales, tend à l'incorporation de la société politique des assises économiques de la nation par la double technique du mercantilisme et des théories régaliennes du droit de propriété* »⁷⁹⁰. Pour Hobbes, par exemple « *l'une des opinions les plus séditeuses est celle qui prétend que le droit de propriété est absolu et qu'il ne dépend pas des lois civiles* »⁷⁹¹. Au contraire, comme il l'affirme dans son *Léviathan*, « *là où il n'y a pas de puissance coercitive établie, c'est-à-dire là où il n'y a pas d'Etat, il n'y a pas de propriété, tout un chacun ayant un droit sur toutes choses* »⁷⁹². Roland Maspétiol constate que, si « *les prétentions du pouvoir [du souverain] sur le spirituel [continuent] à s'affirmer pressantes dans la doctrine comme dans l'action gouvernementale, l'économique réussit plus ou moins complètement à échapper à sa traditionnelle subordination au politique* »⁷⁹³. Il y voit essentiellement deux raisons. La première est l'opposition des « *forces de l'individualisme juridique* »⁷⁹⁴, bien antérieures à l'apparition de l'Etat souverain mais qui se consolident autour de la pensée libérale moderne au milieu du XVIIIe siècle. Dans la doctrine de John Locke, par exemple, « *le droit de propriété en vient à être regardé comme un droit naturel antérieur à la constitution de l'Etat et opposable à celui-ci* »⁷⁹⁵. La seconde, et la plus importante selon lui, réside dans « *la révolution économique et industrielle qui se développe principalement en Angleterre et aux Provinces-Unies* »⁷⁹⁶. Ces deux facettes du libéralisme - le discours des droits et libertés individuels et le libéralisme économique - constituent, aujourd'hui, les deux vecteurs les plus importants de remise en cause ou de critique de la souveraineté. Nous y reviendrons ultérieurement⁷⁹⁷.

⁷⁹⁰ R. Maspétiol, « Droit de propriété, puissance souveraine et révolution industrielle au XVIIe siècle » in *Archives de philosophie du droit*, n°7, Sirey, Paris, 1962, p. 250.

⁷⁹¹ *Ibid*, p. 248.

⁷⁹² *Léviathan*, Chap. 15, *Op. cit.*, p. 249.

⁷⁹³ R. Maspétiol, « Droit de propriété, puissance souveraine et révolution industrielle au XVIIe siècle », *Op. cit.*, p. 250.

⁷⁹⁴ *Ibid*, p. 253.

⁷⁹⁵ *Idem*.

⁷⁹⁶ *Ibid*, p. 254.

⁷⁹⁷ Cf. *infra*. Partie 2.

230. Par conséquent, le principe de souveraineté permet de penser une autonomie renouvelée du pouvoir normatif. Il postule également son unité dans un environnement politico-normatif extrêmement fragmenté.

B. L'unité du pouvoir normatif du souverain

231. L'unité du pouvoir normatif au profit du souverain découle de la fusion de l'*auctoritas* et de la *potestas*. La racine du terme d'*auctoritas* (*aug*) est d'origine indo-européenne. Elle fait référence à l'idée de « force » et, selon le linguiste Émile Benveniste, « son équivalent en sanskrit, *ojas*, signifie la « force des dieux » »⁷⁹⁸. *Auctoritas* a donc la même étymologie que le verbe « *augere* » (augmenter). Or elle devrait être comprise non pas comme équivalent « d'« accroître, rendre plus grand quelque chose qui existe déjà », mais comme « l'acte de produire hors de son propre sein ; acte créateur qui fait surgir quelque chose d'un milieu nourricier et qui est le privilège des dieux ou des grandes forces naturelles, non des hommes »⁷⁹⁹. Sous la République romaine, le titulaire de l'*auctoritas* est le Sénat dont « l'autorité prenait, ainsi que le rapporte Cicéron dans son *Traité des Lois*, la forme d'un avis auquel, en vertu de sa nature sacrée, se soumettait naturellement le peuple »⁸⁰⁰. L'*auctoritas* ne désigne donc pas un pouvoir mais une forme de légitimité suprême, tout comme la *majestas*, dont le peuple romain est habilité, selon Cicéron, à se prévaloir « seulement pour spécifier la situation de celui-ci par rapport aux puissances étrangères et aux autres peuples »⁸⁰¹.

232. Pour se référer aux pouvoirs, le droit public romain dispose de deux termes : l'*imperium* et la *potestas*. L'*imperium* ne désigne que les pouvoirs dont sont dotés les magistrats supérieurs⁸⁰². Sous la République romaine il existe d'une part un *imperium militiae*, « applicable en dehors de Rome, assorti du jus gladii c'est-à-dire du droit de vie et de mort », et, d'autre part, un « *imperium domi* à

⁷⁹⁸ Cité par O. Bobineau et P. N'Gahane, « Annexe 2. *Auctoritas* et *potestas* », in *La voie de la radicalisation*, Armand Colin, Paris, 2019, p. 177.

⁷⁹⁹ *Idem*.

⁸⁰⁰ E. Letonturier, Entrée « Autorité », *Encyclopaedia Universalis* [En ligne : <http://www.universalis-edu.com.ezpaarse.univ-paris1.fr/encyclopedie/autorite/>].

⁸⁰¹ M. David, *La souveraineté du peuple*, *Op. cit.*, p. 9.

⁸⁰² *Ibid*, p. 10.

*l'intérieur de l'Urbs pour l'utilisation duquel leurs titulaires ont besoin du judicium, dans la mesure où leurs fonctions requièrent l'exercice de la justice »*⁸⁰³. La *potestas*, au contraire, désigne l'ensemble des pouvoirs dont sont dotés les magistrats inférieurs ainsi que les tribuns du peuple. Il s'agit du « *pouvoir de prendre des décisions, de commander, d'exiger l'obéissance dans un domaine donné en recourant à la force, à la contrainte physique le cas échéant »*⁸⁰⁴. Les *potestates* étaient réparties, sous la République, « *entre diverses instances : pouvoirs civil, militaire, judiciaire et religieux »*⁸⁰⁵. La *potestas* revêt donc, sous le régime républicain, différentes formes qui correspondent aux magistrats qui l'exercent. Lorsque Octave est déclaré Auguste en 27 avant J.-C., il acquiert un ensemble de pouvoirs, dont « *l'imperium proconsulaire sans limite »* et « *la tribunicia potestas à vie »*, auxquels le « *Sénat ajoute le titre d'Augustus qui vaut à celui-ci un surcroît de légitimité grâce à l'octroi d'une auctoritas spécifique, impliquant une prépondérance sur l'ensemble de la vie publique »*⁸⁰⁶. L'empereur détient donc entre ses mains *l'auctoritas* et un vaste ensemble de *potestates*.

233. Après la chute de l'Empire romain d'occident, l'union de *l'auctoritas* et des *potestates* disparaît. A partir du milieu du XI^e siècle, la redécouverte du droit romain représente un puissant aliment pour la réforme grégorienne. Nous avons vu à ce titre que la conception hiéocratique ou théocratique du pouvoir⁸⁰⁷ institue le pape comme détenteur d'une *auctoritas* qui prime la *potestas* des gouvernants séculaires. Mais il en va de même pour l'Empire ottonien, fondé au mitan du Xe siècle. Dans ce dernier, selon Marcel David, « *l'archétype de la souveraineté s'est scindé en deux parties relevant de titulaires différents : l'une autorité suprême, restant le monopole théorique de l'empereur, l'autre la puissance régaliennne appartenant à une multitude de monarques (y compris l'empereur en Germanie), dépouillés en tant que tels, dans une large mesure de leurs attributions par les grands propriétaires, les ex-hauts fonctionnaires et les prélats mettant à profit leur dose croissante d'autonomie pour s'ériger en seigneurs »*⁸⁰⁸.

⁸⁰³ *Idem*.

⁸⁰⁴ O. Bobineau et P. N'Gahane, « Annexe 2. Auctoritas et potestas », *Op. Cit.*, p. 179.

⁸⁰⁵ *Idem*.

⁸⁰⁶ M. David, *La souveraineté du peuple*, *Op. cit.*, p. 11.

⁸⁰⁷ c'est-à-dire la croyance en un « *gouvernement supérieur par les détenteurs du sacré »*. J. Théry, « Chapitre I. Le triomphe de la théocratie pontificale du III^e concile du Latran au pontificat de Boniface VIII (1179-1303) », *Op. cit.*, p. 18.

⁸⁰⁸ M. David, *La souveraineté du peuple*, *Op. cit.*, p. 26.

234. Ces éclaircissements historiques nous permettent d'insister sur le caractère révolutionnaire du principe de souveraineté. Selon Jean Bodin, la souveraineté est « *la puissance absolue et perpétuelle d'une République* », qu'il rapproche de la notion romaine de « *majestatem* »⁸⁰⁹. Mais le juriste angevin ne se limite pas à avancer une définition de nature formelle. Il considère qu'« *afin de connaître celui qui est tel, c'est-à-dire Prince souverain, il faut connaître ses marques, qui ne soient point communes avec celles des autres sujets car, si elles étaient communes, il n'y aurait point de Prince souverain* ». Or, ajoute-t-il, « *ceux qui en ont mieux écrit n'ont pas éclairci ce point comme il mériterait, soit par flatterie, soit par crainte, soit par haine, soit par oubli* »⁸¹⁰. C'est ainsi qu'il double l'acception formelle de la souveraineté d'une acception matérielle, caractérisée par la référence à un ensemble de compétences. C'est cela qui fait la spécificité du concept bodinien de souveraineté : ce qui était jadis séparé est désormais uni, dotant la République d'une nouvelle forme de puissance publique qui comprend à la fois l'*auctoritas* et la *potestas*.

235. Les compétences afférentes à la puissance souveraine sont résumées par l'exercice de la compétence législative, « *la puissance de donner loi à tous en général et à chacun en particulier* »⁸¹¹. Cette compétence concentre, unifie toutes les autres. C'est la nature purement formelle et indéterminée que revêt le commandement du souverain qui fait de la souveraineté un concept au contenu matériel potentiellement illimité. En effet, « *la loi du Souverain, qui est définie comme un commandement unilatéral ou une sanction, n'a pas de « contenu matériel » intrinsèque ou spécifique. Elle imprime le brevet étatique à des missions différentes auparavant assumées par différentes instances (seigneurs, villes, Eglises)* »⁸¹². La compétence d'émettre un commandement unilatéral et suprême de manière exclusive « *unifie de manière formelle les compétences étatiques (les anciens jura imperii) en les imputant au seul Souverain* »⁸¹³. Comme le montre Olivier Beaud, la puissance publique « *acquiert cette caractéristique de l'indivisibilité qui est, avec l'unité, la marque décisive de la souveraineté* »⁸¹⁴. Dans ce domaine, la puissance souveraine n'est liée par aucune autre autorité de production normative, elle est absolue, c'est-à-dire, selon l'étymologie latine, déliée, détachée : *ab-soluta*.

⁸⁰⁹ Les Six Livres de la République, Livre Premier, Chapitre 8, Op. cit., p. 179.

⁸¹⁰ Idem, Chapitre 10, p. 295.

⁸¹¹ Ibid, p. 306.

⁸¹² O. Beaud, La puissance de l'Etat, Op. cit., p. 143.

⁸¹³ Ibid, p. 142.

⁸¹⁴ Ibid, p. 144.

236. A travers le principe de souveraineté le droit peut faire l'objet d'une « *nouvelle rationalisation* »⁸¹⁵. Ce dernier est ainsi perçu comme un ordre unitaire, centralisé, hiérarchisé et auto-réformable de règles et de principes de nature normative.

II. Le caractère unitaire, centralisé, hiérarchisé et auto-réformable du droit

237. La force avec laquelle le concept de souveraineté bouscule le champ politique et juridique entraîne dans son sillage une nouvelle manière de concevoir le droit. Celle-ci, fondée sur la loi comme un acte de volonté posé par le souverain, traduit une « *modalité de la normativité basée sur la contrainte et l'obligation* »⁸¹⁶. En effet, la disposition législative est classiquement énoncée sous le mode déontique. Si, formellement, la loi peut ne pas apparaître sous la forme impérative, il n'en demeure pas moins que la conception classique estime, comme l'énonça Portalis, que la loi « *permet ou elle défend, elle ordonne, elle établit, elle punit ou elle récompense* ». Autrement dit, la loi, en dépit de ses nombreuses formes, « *ne se réduirait pour autant jamais à une simple constatation, à une pure description : elle comporte nécessairement des prescriptions, édicte des dispositions, fixe des règles, auxquelles les destinataires sont tenus d'obéir* »⁸¹⁷. En France, cette caractérisation de la loi a d'ailleurs été consacrée par la doctrine⁸¹⁸ ainsi que par la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁸¹⁹.

238. De même, la normativité juridique, conçue dans une perspective centrée sur la contrainte et l'obligation, se présente sous une forme ordonnée face aux conflits de compétences qui opposent différentes autorités laïques entre elles et au pape. La souveraineté devient, à partir de Jean Bodin,

⁸¹⁵ *Ibid*, p. 55.

⁸¹⁶ G. Tusseau, « Debating Legal Pluralism and Constitutionalism : New Trajectories for Legal Theory in the Global Age », in G. Tusseau (ed.), *Debating Legal Pluralism and Constitutionalism*, Springer (coll. Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law), Cham (Suisse), 2020, p. 2.

⁸¹⁷ J. Chevallier, « Souveraineté et droit », *Op. cit.*, p. 217.

⁸¹⁸ Jean Foyer qualifie de « neutron législatif » toute disposition « *dont la charge juridique est nulle en ce qu'elle formule des intentions ou constate des évidences dépourvues de portée normative* » (Entrée « Neutron législatif », J. Gicquel et P. Avril, *Lexique de droit constitutionnel*, PUF (Coll. QSJ?), Paris, 2013).

⁸¹⁹ Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*. Cf. Point 12 : « la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative ».

le plus puissant principe d'ordre, d'unité et de centralisation qu'ait forgé la pensée juridique moderne. A l'autonomie de la puissance souveraine sur le plan moral et religieux s'ajoute une conception centralisée et indivisible du pouvoir politique et du pouvoir de création normative ; or, naturellement, les deux sont liées. L'autonomie morale et religieuse du souverain délie ce dernier de toute subordination, notamment vis-à-vis du pape. Elle permet ainsi de réunir les conditions pour que le souverain centralise une puissance suprême de domination politique et de production normative.

239. Jean Bodin évoque la centralisation de l'exercice du pouvoir normatif suprême lorsqu'il estime que la première marque de la souveraineté est la puissance de donner loi à tous en général et à chacun en particulier. Or le juriste angevin ajoute : « *mais ce n'est pas assez, car il faut ajouter : sans le consentement de plus grand, ni de pareil, ni de moindre que soi : car si le prince est obligé de ne faire loi sans le consentement d'un plus grand que soi, il est un vrai sujet : si d'un pareil, il aura compagnon : si des sujets, soit du Sénat, ou du peuple, il n'est pas souverain* »⁸²⁰. L'exercice du pouvoir législatif, premier attribut de la souveraineté, est donc une compétence intrinsèquement monopolistique. Il insiste sur cette même idée en précisant que : « *le prince ou Duc, qui a puissance de donner loi à tous ses sujets en général, et à chacun en particulier, n'est pas souverain s'il la reçoit d'un plus grand, ou égal à lui. [...] Et beaucoup moins s'il n'a ce pouvoir, sinon en qualité de vicaire, lieutenant, ou régent* »⁸²¹. Par conséquent, la conception bodinienne de la souveraineté exclut toute forme de partage de l'exercice du pouvoir de production normative suprême, que Bodin associe à l'édiction de la loi. De même, l'indivisibilité de la souveraineté fait penser à Olivier Beaud qu'on doit considérer souveraineté et puissance publique comme un ensemble indissociable⁸²² car le contraire conduirait à une « *fragmentation de la matière étatique* »⁸²³. Selon cet auteur, « *la souveraineté comme puissance publique signifie que l'Etat, et lui seul, dispose d'un faisceau indéterminé de prérogatives de souveraineté qui lui permettent de rester maître de son destin politique* »⁸²⁴.

⁸²⁰ Les Six Livres de la République, Livre Premier, Chapitre 10, Op. cit., p. 306.

⁸²¹ Idem.

⁸²² O. Beaud, La puissance de l'Etat, Op. cit., p. 198.

⁸²³ Idem.

⁸²⁴ Idem.

240. La loi comme acte de souveraineté par excellence revêt une double propriété : elle peut abroger toutes les autres normes et ne peut être abrogée que par une norme formellement identique⁸²⁵. Cette double propriété apparaît dès *Les Six Livres de la République*. Jean Bodin y affirme, comme nous l'avons évoqué, que le propre du souverain est de donner loi à tous en général et à chacun en particulier. Il précise que, dans l'exercice de sa compétence législative, le souverain ne peut être soumis aux normes adoptées par une tierce autorité. Il ne saurait non plus avoir d'égal : le souverain occupe une position suprême et solitaire. Il peut donc abroger les actes juridiques émanant de puissances normatives tierces. L'autonomie du souverain se manifeste également vis-à-vis de ses propres actes juridiques. A ce titre, la volonté postérieure prime la volonté antérieure et le souverain est par conséquent seul compétent pour abroger ses propres actes. Ainsi, comme l'affirme Olivier Beaud, « *la liberté d'abrogation caractérise la souveraineté* »⁸²⁶. Or cette liberté de création et d'abrogation institue mécaniquement une hiérarchie en situant l'acte de souveraineté au sommet de l'ordre juridique.

241. Ensuite, l'ordre juridique envisagé à partir du principe de souveraineté devient auto-réformable, donc dynamique. Comme l'indique P. King dans son essai sur la souveraineté : « *le souverain conçu comme faiseur de lois est généralement caractéristique de sociétés dynamiques* »⁸²⁷. L'auto-réformabilité de l'ordre juridique découle à la fois de l'émancipation de l'activité normative de façon large, considérée comme une activité de nature intrinsèquement humaine, et du caractère indépendant de la puissance souveraine vis-à-vis des autres puissances normatives. D'une part, le principe de souveraineté permet d'imposer la croyance selon laquelle c'est « *la volonté de l'homme qui, pour servir ses appétits dans les circonstances de la vie changeante où il se trouve situé, sans plus prétendre à rien d'immuable, crée ou « pose » les règles de droit (positivisme juridique)* »⁸²⁸. Si dans l'état de nature hobbesien « *l'homme est un loup pour l'homme* », l'émergence de Léviathan a fait de l'homme un dieu pour l'homme (*homo homini deus*)⁸²⁹. D'autre part, le principe de souveraineté proclame une indépendance sur deux plans : vis-à-vis de l'extérieur mais également vis-à-vis de toute puissance normative concurrente, qu'elle ait vocation à produire des règles de droit en lieu et place du souverain ou qu'elle vise à imposer à ce

⁸²⁵ *Ibid*, p. 95.

⁸²⁶ *La puissance de l'Etat, Op. cit.*, p. 99.

⁸²⁷ P. King, *The Ideology of Order, Op. cit.*, p. 131.

⁸²⁸ M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne, Op. cit.*, p. 560.

⁸²⁹ J.-J. Chevallier et Y. Guchet, *Les grandes œuvres politiques de Machiavel à nos jours, Op. cit.*, p. 52.

dernier le respect de normes de conduite autres que celles qu'il s'est lui-même fixées⁸³⁰ (hétéronomie). Dès lors, les procédures de production et d'abrogation normative sont prévues par l'ordre juridique lui-même.

242. Enfin, l'ordre juridique envisagée à partir du principe de souveraineté est unique et il est unitaire. Comme le résume D. Baranger, « *l'État s'identifie à l'ordre juridique. La souveraineté est le nom donné à l'unité de cet ordre juridique, et non pas un caractère inhérent à l'État, une propriété distincte qui lui appartiendrait* »⁸³¹.

243. Le principe de souveraineté représente ainsi la pierre sur laquelle sont bâties les conceptions stato-nationales du droit. Ce néologisme désigne, comme nous l'avons indiqué précédemment⁸³², les approches juridiques fondées sur l'admission d'un rapport d'adhérence entre le droit et l'Etat : toute règle juridique est réputée émaner, directement ou indirectement, de la volonté de l'Etat. Or ce simple postulat présuppose, de manière explicite ou non, l'idée de souveraineté. Le rapport entre l'Etat et le droit est médiatisé, dans les théories stato-nationales du droit, par le principe de souveraineté. Le fondement méthodologique de ces théories est constitué par le positivisme juridique - dont les racines remontent à la pensée de Thomas Hobbes et à l'empirisme anglais.

Le principe de souveraineté acquiert donc la fonction de fournir une puissante justification aux approches stato-nationales du droit. Or c'est précisément là que se nouent les controverses contemporaines concernant la souveraineté : certaines transformations du droit positif, et singulièrement du droit constitutionnel⁸³³, conduisent à remettre en cause le bien-fondé du lien de consubstantialité identifiant le droit à l'Etat. L'aptitude des théories stato-nationales du droit pour restituer une image rigoureuse et convaincante de la réalité positive est donc remise en cause. Ce ne serait pas tant une remise en cause des vertus supposément descriptives du principe de souveraineté, car celui-ci n'a jamais visé à décrire la réalité, mais une remise en cause du monde qu'il institue : celui des Etats.

⁸³⁰ Nous pensons, par exemple, aux normes religieuses, qui ont pu avoir cette double vocation : imposer une conduite auprès des sujets et imposer un cadre à la puissance souveraine.

⁸³¹ D. Baranger, « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », in *Annuaire de l'Institut Michel Villey - Volume 4 - 2012*, p. 272.

⁸³² Cf. *supra*. Introduction.

⁸³³ Cf. *infra*. Partie 2, Titre 1.

Conclusion du Chapitre

244. La souveraineté est, avant tout, un principe juridique. Elle a été forgée à partir de concepts juridiques, au travers de raisonnements juridiques et de manière à doter la Couronne de la puissance législative. La Couronne est en effet conçue par les artisans de la souveraineté comme la seule autorité à même d'imposer la paix et la concorde dans le chaos des guerres de religion. Aussi, sous la plume de ses premiers théoriciens, la souveraineté ne constitue pas une fin en soi. Elle est conçue comme le moyen pour atteindre la paix civile, bien suprême dans le système théorique bâti par Jean Bodin et Thomas Hobbes. Toutefois, la souveraineté n'appartient pas « en propre » au monarque car elle est « *la puissance absolue et perpétuelle d'une République* », c'est-à-dire la puissance de l'Etat.

245. En ce sens, le principe de souveraineté est éminemment moderne. D'une part, il institutionnalise la puissance publique et, d'autre part, il *juridifie* le pouvoir, en ce sens qu'il envisage l'exercice du pouvoir d'Etat à travers le droit. Partant, la souveraineté ne doit pas être assimilée à un principe ou à une théorie intrinsèquement absolutiste, qui se serait notamment construite contre le « constitutionnalisme médiéval »⁸³⁴, voire qui constituerait le ferment des totalitarismes du XXe siècle⁸³⁵. Il s'agit de la première pierre sur laquelle est bâti l'Etat, concept sur lequel peut ensuite se greffer le libéralisme politique car l'Etat souverain est la condition « *d'existence du constitutionnalisme moderne, et non pas l'inverse* »⁸³⁶. Autrement dit, c'est parce que la puissance publique, dont l'exercice implique le concours de différents pouvoirs, a été conçue dans le cadre de l'Etat souverain qu'il est devenu possible d'imaginer les conditions de sa limitation au travers de la doctrine libérale du constitutionnalisme⁸³⁷.

246. L'émergence du concept de souveraineté entraîne une réaction en chaîne, aboutissant à une reconfiguration du champ juridique. La *res publica* est distinguée de la *res privata* car elle est seule

⁸³⁴ C'est par exemple le sens de l'essai de J. Franklin, *Jean Bodin et la naissance de la théorie absolutiste*, PUF (Coll. Fondements de la politique), Paris, 1993.

⁸³⁵ V. par ex. M. Chemillier-Gendreau, « Le concept de souveraineté a-t-il encore un avenir ? », *Op. cit.*. Dominique Rousseau s'inscrit dans ses pas lorsqu'il affirme qu'il « *faut abandonner le principe de souveraineté, principe devenu inutile et dangereux [...] et proposer le principe de solidarité pour refonder l'ordre politique mondial qui vient* ». Citant Ernesto Rossi et Alterio Spinelli, deux militants antifascistes emprisonnés par le régime mussolinien, il considère que la souveraineté « *portait en soi les germes de l'impérialisme capitaliste* ». Cf. D. Rousseau, « Pour une gouvernance mondiale démocratique », *Op. cit.* Nous verrons que cette prise de position est typiquement « scellienne ».

⁸³⁶ *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 27. Olivier Beaud s'oppose, en ce sens, à Blandine Kriegel (cf. B. Kriegel, *Etat de droit ou empire ?*, Bayard (Coll. Le temps d'une question), Paris, 2002).

⁸³⁷ Nous approfondirons cette idée *infra*. Titre 2, Chap. 1.

dotée de la puissance souveraine. Elle bénéficie du monopole de la présomption d'œuvrer en vue de la satisfaction d'un ordre juste, inspiré de l'ordre divin mais intrinsèquement autonome. L'appréhension du territoire et de la population est également transformée. Les distinctions antiques parmi les membres de la Cité, entre ceux qui habitaient *intra muros* et les habitants des campagnes environnantes, ou parmi les sujets de Rome, entre les citoyens romains et les « pérégrins »⁸³⁸, deviennent obsolètes. Le pouvoir souverain conçoit tous les sujets de la même manière car le propre de la souveraineté est de s'adresser « à tous en général et à chacun en particulier » selon la formule de Bodin. Ainsi, la spécificité de la souveraineté est de « prendre corps sur un territoire donné où les sujets seront tous également soumis à sa puissance »⁸³⁹. Les concepts de puissance publique, territorialité, frontières, nationalité sont autant de coordonnées nouvelles sans lesquelles il devient impossible de se repérer dans un paysage juridique et politique progressivement organisé autour du principe de souveraineté.

247. Sur le plan juridique, le passage à la souveraineté favorise l'émergence du positivisme stato-centré comme conception dominante du droit. Une fois admise la nature profane du politique et la spécificité des règles qui gouvernent la politique, leur compréhension doit également adopter une logique propre. Comme le note Michel Villey, « le positivisme juridique de Hobbes ou de Spinoza aura rompu toutes les amarres avec la doctrine classique du droit naturel »⁸⁴⁰. C'est en ce sens qu'il considère l'œuvre du penseur anglais comme une entreprise de « réorganisation de tout le langage juridique »⁸⁴¹ conduisant à affirmer une conception entièrement positiviste du droit. C'est ainsi que « à tout juriste imbu de Hobbes, et qui accepte ses prémisses, s'impose une conception précise, tout d'abord, des sources du droit ; le positivisme juridique, au sens le plus propre de ce mot, célèbre sa victoire décisive ; la loi (désormais définie comme commandement du souverain) s'installe comme source suprême du droit »⁸⁴².

⁸³⁸ Hommes libres mais ne disposant pas de la citoyenneté romaine.

⁸³⁹ G. Demelemestre, *Les métamorphoses du concept de souveraineté (XVIe-XVIIIe siècles)*, Op. cit., p. 33.

⁸⁴⁰ M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Op. cit., p. 200.

⁸⁴¹ *Ibid*, p. 569.

⁸⁴² *Idem*.

Conclusion du Titre

248. Depuis son invention, le principe de souveraineté est intrinsèquement lié à une certaine conception du droit mise au service d'une vision particulière du pouvoir politique. Il est forgé à partir de matériaux de récupération issus du droit romain, réinterprétés par la pensée canonique naissant avec la révolution grégorienne. Si on ne le connaît pas encore sous le nom de « souveraineté » - on fait davantage référence à la « *plenitudo potestatis* » ou « plénitude de puissance » du pape -, il n'en demeure pas moins qu'à travers cette construction doctrinale, le « souverain pontife » devient le titulaire de l'exercice d'une « proto-souveraineté » : suprématie à l'intérieur et autonomie vis-à-vis de l'extérieur. De ce point de vue, l'Eglise développe, à partir des postulats de Grégoire VII, ce qui pourrait être considéré comme l'embryon d'une pensée d'Etat doublé d'un appareil administratif de nature judiciaire fortement hiérarchisé. C'est à ce titre que l'on parle d'« Etat-Eglise ». Or, comme nous l'avons vu, l'attribution d'une « *plenitudo potestatis* » au profit du pape ne provient pas de la reconnaissance d'une réalité juridico-politique mais de la mise sur pied d'un pouvoir d'une nature nouvelle. La « *plenitudo potestatis* » est fortement inspirée de principes romano-impériaux mais elle mise au service d'une entreprise tout sauf neutre idéologiquement.

249. Ce travail de juriste trouve, en France, un terrain fécond. Les juristes royaux s'attèlent efficacement à constituer l'assise du pouvoir royal. Une fois que les guerres de religion éclatent, la souveraineté est conçue comme le moyen pour atteindre la paix civile, bien collectif suprême selon Jean Bodin et Thomas Hobbes. En tant que « *puissance absolue et perpétuelle d'une République* », la souveraineté permet de bâtir un modèle d'Etat laïc qui constitue la forme juridico-politique moderne par excellence. Une fois admise, la notion d'Etat souverain telle qu'elle découle de la pensée de Bodin doit, dès le milieu du XVIIIe siècle, faire preuve d'adaptabilité pour affronter l'ascension du libéralisme.

TITRE 2. LE PRINCIPE DE SOUVERAINETE SAISI PAR LA PENSEE CONSTITUTIONNELLE

« Les doctrines juridiques sont, elles aussi, visiblement influencées par les conceptions que se font les auteurs des phénomènes sociaux, par la façon dont ils « voient » l'Etat et les autres collectivités humaines et dont ils « interprètent » l'évolution de leurs rapports. Il n'en est pas qui n'aient à coeur d'être avant tout réalistes et il n'y a aucune originalité à vouloir l'être. Il se trouve seulement que ce qui constitue pour les uns une réalité n'est pour les autres que fiction ou construction idéologique. »

G. Scelle, *Précis de droit des gens, Principes et systématique*, Dalloz (coll. Bibliothèque Dalloz), Paris, 2008 (rééd. 1932), p. IX.

250. Le surgissement de la souveraineté à partir de l'œuvre de Jean Bodin marque d'une pierre blanche l'histoire de la pensée politico-juridique européenne. Or l'histoire pluriséculaire du principe de souveraineté est également celle de sa remarquable aptitude à s'adapter. Dès lors qu'il a la triple fonction d'instituer un pouvoir normatif d'une nature nouvelle⁸⁴³, d'en désigner le titulaire et d'en légitimer l'exercice, le principe de souveraineté est tout naturellement concerné par les luttes qui s'engagent contre le système monarchique d'Ancien régime. Ce dernier étant identifié à l'absolutisme⁸⁴⁴, la Révolution française peut être envisagée, d'un point de vue juridique, à travers le passage d'un système de souveraineté royale à un système de souveraineté nationale. En d'autres mots, la première révolution juridique intervient lorsque le titre de la souveraineté subit un transfert. Par ailleurs, sur le plan, cette fois-ci, de l'exercice de la souveraineté et non pas de son titre, la Révolution met en œuvre l'idéal libéral de la séparation des pouvoirs. Elle parachève les thèses avancées par la doctrine constitutionnaliste moderne, dont l'apparition au milieu du XVIII^e siècle alimente la remise en question de la monarchie absolue de droit divin. Elle prépare ainsi, selon la thèse d'Olivier Beaud⁸⁴⁵, à la consécration du principe démocratique sous la forme de la « démocratie constitutionnelle », comme nous le verrons à présent⁸⁴⁶. Aussi, loin d'être un

⁸⁴³ Nous avons présenté les caractéristiques de ce pouvoir *supra*. Titre 1, Chap. 2, Sect. 2.

⁸⁴⁴ Cf. la *Politique tirée de l'Écriture sainte* de Bossuet, précepteur de Louis de France. Comme l'énonçait Louis XV dans son fameux « discours de la flagellation », « *comme s'il était permis d'oublier que c'est en ma personne seule que réside la puissance souveraine, dont le caractère propre est l'esprit de conseil, de justice et de raison* ».

⁸⁴⁵ Cf. *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 377-402.

⁸⁴⁶ Cf. *infra*.§2.

phénomène contemporain, la critique de la souveraineté, voire la volonté de la dépasser, a fait l'objet de développements théoriques anciens.

251. A partir de la fin du XIX^e siècle, alors que commence à se développer une science juridique, se pose la question de la nature et du statut de la souveraineté. Le principe de souveraineté est désormais considéré par certains auteurs comme permettant de fonder le concept d'Etat selon une démarche scientifique. C'est notamment le cas de la théorie générale de l'Etat développée en France par des juristes comme Raymond Carré de Malberg, lui-même fortement influencé par la doctrine allemande de l'*Isolierung*⁸⁴⁷. A l'inverse, certaines théories s'inscrivant également dans une démarche scientifique se construisent dans un rejet du principe de souveraineté, soit parce que ce dernier est considéré comme le résidu des approches métaphysiques et, donc, non scientifiques du droit, soit parce qu'il traduirait nécessairement une conception autoritaire de l'Etat, soit pour ces deux raisons à la fois. Aussi, comme nous le verrons dans la seconde partie de notre étude, les théories plus récentes souhaitant dépasser les conceptions « stato-nationales » du droit sont largement tributaires de ces différents courants critiques qui se sont développés dès le début du XX^e siècle.

252. Il s'agit donc à présent de montrer les évolutions quant à la manière dont la pensée constitutionnelle s'est représentée le principe de souveraineté. Il importe ainsi de se pencher sur le rapport entre le constitutionnalisme libéral et la souveraineté (Chap. 1) puis sur la manière dont le principe de souveraineté a été envisagé par certaines approches scientifiques du droit constitutionnel (Chap. 2).

⁸⁴⁷ Cf. *infra*, Chap. 2, Sect.1, §1.

CHAPITRE 1. LA SOUVERAINETE FACE A L'APPARITION DU CONSTITUTIONNALISME MODERNE

253. Les sociétés d'Europe occidentale traversent, de la fin du XVIIe au milieu du XVIIIe siècle, une grande transformation politico-intellectuelle alimentant la remise en cause radicale de l'absolutisme. Comme l'énonce Paul Hazard dès les premières lignes de son étude sur la pensée européenne au tournant des XVIIe et XVIIIe siècles, « *la majorité des Français pensaient comme Bossuet ; tout d'un coup les Français pensent comme Voltaire : c'est une révolution* »⁸⁴⁸.

254. Au coeur de cette révolution se trouve, comme la force motrice qui la projette vers l'avant, la doctrine libérale. Celle-ci a pour fondement l'individualisme, qu'elle puise, selon Michel Villey, dans « *la scolastique franciscaine, et surtout du nominalisme de Guillaume d'Occam* »⁸⁴⁹. Son premier objet de connaissance est donc l'individu⁸⁵⁰. Une théorie de l'univers social est bâtie « *à partir de l'homme de « l'état de nature », préalablement mis à part et isolé par l'analyse* »⁸⁵¹. Nous pouvons évoquer, à ce titre, la pensée de deux grands auteurs libéraux : Montesquieu et John Locke.

255. Contrairement à la doctrine de Thomas Hobbes, Montesquieu considère que l'état de nature est un état de paix. Veillant avant tout « *à la conservation de son être* »⁸⁵², l'homme de l'état de nature serait intrinsèquement craintif. Ne cherchant donc pas à attaquer ses semblables, « *la paix serait la première loi naturelle* »⁸⁵³. Sous l'emprise de l'attraction naturelle que tout être ressent vis-à-vis de ceux de son espèce, les hommes de l'état de nature ne tardent pas à s'unir. Cela leur permet de subvenir collectivement à leurs besoins. C'est alors que l'état de guerre commence car « *sitôt que les hommes sont en société, ils perdent le sentiment de leur faiblesse [et] l'égalité qui était entre eux*

⁸⁴⁸ La crise de la conscience européenne. 1680-1715, Fayard, Paris, 1961, p. 7.

⁸⁴⁹ M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Op. cit., p. 187.

⁸⁵⁰ Selon Michel Villey, elle s'« *oppose de la manière la plus radicale à la doctrine dite du droit naturel classique – qui procédait, elle, à partir de la nature cosmique, des groupes sociaux, des cités* » . Idem.

⁸⁵¹ Ibid, p. 186.

⁸⁵² Montesquieu, *De l'esprit des lois*, in *Œuvres complètes II*, Gallimard/NRF (Coll. Bibliothèque de la Pléiade), Paris, 1951, p. 235.

⁸⁵³ Idem.

cesse »⁸⁵⁴. A une plus grande échelle, « *chaque société particulière vient à sentir sa force ; ce qui produit un état de guerre de nation à nation* »⁸⁵⁵. C'est ainsi que les nations se donnent, pour gouverner leurs rapports réciproques, des lois qui conforment le droit des gens et chaque société se donne à elle-même des lois, en commençant par un « *droit politique* »⁸⁵⁶. Celui-ci est conçu pour régir le gouvernement, la force générale qui donne sa forme à l'Etat politique.

256. John Locke, précurseur de certaines réflexions de Montesquieu, part également d'une conception de l'état de nature comme un état de liberté et d'égalité entre les hommes. Ces derniers s'engagent dans le passage à l'état civil afin de consolider cette situation en l'institutionnalisant au travers de l'Etat. Comme le relève Paul Hazard, pour Locke « *les hommes étaient naturellement libres ; mais pour affirmer cette liberté, ils étaient juges et partie et pour la défendre, à qui en appeler ? Les hommes étaient naturellement égaux ; mais pour maintenir cette égalité contre les usurpations possibles, quels recours avaient-ils ? Ils seraient tombés dans un état de guerre perpétuelle s'ils n'avaient délégué leur pouvoir à un gouvernement capable de sauvegarder l'égalité et la liberté primitives. Il n'étaient pas une horde mais ils seraient devenus une horde s'il n'y avaient pris garde* »⁸⁵⁷.

257. Partant, le passage à l'état civil constitue, pour les libéraux, un moyen d'organiser l'inévitable vie en collectivité et non pas d'échapper au pire. Il constitue à la fois la promesse d'une institutionnalisation nécessaire des rapports sociaux et un risque, celui de perdre la liberté et l'égalité en sombrant dans l'absolutisme et l'oppression. Or c'est contre cet ennemi que se dresse le libéralisme. Comme l'indiquent Jean-Jacques Chevallier et Yves Guchet, « *la soif de Hobbes, c'était, on s'en souvient, l'autorité absolue, sans fissure, qui élimine tout risque d'anarchie - quitte à sacrifier la liberté. La soif de Locke [...] c'est l'anti-absolutisme, le désir violent de l'autorité contenue, limitée par le consentement du peuple, par le droit naturel, afin d'éliminer le risque de despotisme, d'arbitraire - quitte à ouvrir une brèche à l'anarchie* »⁸⁵⁸. Nous pourrions penser à l'image du pendule pour nous représenter la force avec laquelle la doctrine libérale apparaît sur la scène européenne, alors tiraillée entre deux modèles antagoniques : d'une part la monarchie absolue

⁸⁵⁴ *Idem.*

⁸⁵⁵ *Idem.*

⁸⁵⁶ *Ibid*, p. 237.

⁸⁵⁷ P. Hazard, *La crise de la conscience européenne. 1680-1715*, *Op. cit.*, p. 262-263.

⁸⁵⁸ *Les grandes œuvres politiques de Machiavel à nos jours*, *Op. cit.*, p. 71.

de droit divin incarnée par le Roi-Soleil et, d'autre part, le gouvernement modéré, pour reprendre la formule de Montesquieu, qui se développe en Angleterre⁸⁵⁹ et aux Provinces-Unies.

258. C'est ainsi que, comme l'indique Paul Hazard, « à une civilisation fondée sur l'idée de devoir, les devoirs envers Dieu, les devoirs envers le prince, les « nouveaux philosophes » ont essayé de substituer une civilisation fondée sur l'idée de droit : les droits de conscience individuelle, les droits de la critique, les droits de la raison, les droits de l'homme et du citoyen »⁸⁶⁰. En effet, cette révolution qui transforme les sociétés d'Europe occidentale entre la fin du XVIIe et celle du XVIIIe siècle se propage, partiellement, en mobilisant la grammaire du droit. Ce processus a secrété les ferments des révolutions proprement juridiques qui eurent lieu d'abord en Angleterre et, ensuite, aux Etats-Unis et en France à la fin du XVIIIe siècle. De ce point de vue, le droit est conçu comme un objet dynamique, un vecteur de transformation et non pas comme un moyen pour pérenniser un ordre naturel immanent⁸⁶¹.

259. Au centre de cette révolution se trouve le discours des droits de l'homme. Celui-ci postule l'encadrement de l'exercice du pouvoir politique au travers de documents hybrides, au contenu philosophique et politique et rédigés comme des lois : les Constitutions. Cette exigence est portée par le constitutionnalisme moderne. Le terme de « constitutionnalisme » est, en réalité, un néologisme dans la mesure où les hommes du XVIIIe siècle ne l'utilisaient pas. Il fut élaboré au début du XXe siècle par des historiens et des politologues anglo-saxons (sous le nom de « *constitutionalism* ») afin de désigner « des idéaux et des techniques de limitations juridiques du pouvoir »⁸⁶². Si le *constitutionnalisme* désigne *lato sensu* une doctrine de philosophie politique ancienne selon laquelle l'exercice du pouvoir doit être limité⁸⁶³, il acquiert une nouvelle forme à la fin du XVIIIe siècle. Il désigne alors « l'idée que non seulement une constitution est nécessaire, mais que cette constitution doit être fondée sur quelques principes propres à produire certains effets : [...] la séparation des pouvoirs, la distinction du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués, le

⁸⁵⁹ Le Royaume-Uni tel qu'il existe aujourd'hui est né à la suite de la constitution de l'Etat libre d'Irlande en 1922. En 1927, le Parlement de Westminster adopte le *Royal and Parliamentary Titles Act* pour reconnaître le Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du nord comme Etat plurinational.

⁸⁶⁰ P. Hazard, *La crise de la conscience européenne. 1680-1715*, Op. cit., p. 9.

⁸⁶¹ Nous avons montré que cette conception du droit est intimement liée au triomphe de la souveraineté (Cf. *Supra*. Titre 1, Chap. 2, Sect. 2).

⁸⁶² M. Barberis, « Idéologies de la Constitution - Histoire du constitutionnalisme », in D. Chagnollaud et M. Troper (sous la dir. de), *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 1, Op. cit., p. 116.

⁸⁶³ Nous avons évoqué auparavant le « constitutionnalisme médiéval », mis en cause par la théorie de la souveraineté.

*gouvernement représentatif, l'institution d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois ou seulement certains d'entre eux. Par extension, on appelle « constitutionnalisme » non pas l'idéologie, mais les principes eux-mêmes »*⁸⁶⁴. Le constitutionnalisme se transforme à nouveau à partir du XXe siècle. Il désigne alors « *l'idée selon laquelle le résultat souhaité (impossibilité du despotisme ou liberté politique) ne peut être atteint que si, au nombre des principes sur lesquels est fondée la constitution, figure le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois* »⁸⁶⁵.

260. Or c'est parce que la doctrine constitutionnaliste s'intéresse aux modalités d'exercice du pouvoir de l'Etat que son triomphe n'est pas sans effet sur le principe de souveraineté. A première vue, le discours constitutionnaliste peut apparaître comme une négation de la souveraineté dès lors que cette dernière est comprise comme étant la « *puissance absolue et perpétuelle d'une République* »⁸⁶⁶.

261. Cependant, la consécration du constitutionnalisme n'a pas mis fin à l'idée de souveraineté, ni même à l'existence du principe juridique de souveraineté. Au contraire, la rédaction des premières Constitutions a pris en charge la question de la souveraineté en envisageant à la fois l'enjeu de son siège et de son exercice. L'un des grands apports du constitutionnalisme est, à cet égard, d'être parvenu à déplacer le siège de la souveraineté. En ce sens, le constitutionnalisme traduit une nouvelle conception de *l'auctoritas* qui préfigure l'avènement du principe démocratique près d'un siècle plus tard. Dans le cas de la Constitution étasunienne, la souveraineté, résidant jusqu'alors dans un ensemble d'institutions étrangères (le roi et le parlement britanniques), a été transférée au peuple des Treize colonies, ce qu'exprime la célèbre formule « *We the people* ». Dans le cas français, la souveraineté du monarque a été transférée à la nation, d'abord à travers la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 puis dans la Constitution de 1791⁸⁶⁷. Or, malgré le passage de la souveraineté monarchique à la souveraineté nationale, la nature de la puissance et des

⁸⁶⁴ M. Troper, « Chapitre XIII. Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit », in M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Léviathan (PUF), Paris, 1994, p. 203

⁸⁶⁵ *Idem*.

⁸⁶⁶ Comme nous l'avons vu, Jean Bodin considère que l'ensemble des attributs de la souveraineté peuvent être subsumés dans la faculté de faire et de casser la loi. Il estime que « *celui qui aura puissance de donner loi à tous, c'est-à-dire commander ou défendre ce qu'il voudra, sans qu'on en puisse appeler, ni même s'opposer à ses mandements, il défendra aux autres de faire ni paix ni guerre, ni lever tailles, ni rendre la foi et hommage sans son congé* ».

⁸⁶⁷ Malgré l'opposition entre Mirabeau et Robespierre à propos de la qualité de l'institution monarchique - le roi est-il un représentant de la Nation ? - les deux hommes reconnaissent la souveraineté nationale comme fondement théorique de l'Etat. La paternité de cette thèse est généralement reconnue à l'Abbé Sieyès, qui l'exposa dans son fameux essai *Qu'est-ce que le tiers état ?*, publié en 1789.

compétences afférentes au principe de souveraineté ne se transforment guère. Le principe de souveraineté parvient ainsi à franchir le Rubicon de la Révolution et à survivre à l'effondrement de l'absolutisme, qu'il avait pourtant contribué à cimenter. En réalité, les rapports entre le constitutionnalisme et le principe de souveraineté sont plus complexes qu'il n'y paraît.

262. Afin de les examiner, nous distinguerons le rapport de la souveraineté à l'*auctoritas* (Section 1), c'est-à-dire au pouvoir constituant, puis son rapport à la Constitution comme *instrumentum* (Section 2).

Section 1. Souveraineté et *auctoritas* : les rapports entre la souveraineté et le pouvoir constituant

263. Le passage de l'Ancien Régime au droit public moderne ne rend pas le principe de souveraineté obsolète mais conduit, au contraire, à son affermissement. Dans une certaine mesure, *«le mouvement constitutionnaliste, qui abolit certes le droit public monarchique, parachève la révolution juridique des XVe-XVIe siècles»*⁸⁶⁸ qui vit naître la souveraineté. En effet, le constitutionnalisme moderne accouche des premières Constitutions, écrites ou non. Celles-ci sont conçues comme un ensemble de règles et de principes juridiques portant sur le pouvoir, sur ses origines, sa légitimité et ses conditions d'exercice ainsi que sur la protection des droits et libertés. A partir des années 1830, cet ensemble normatif devient l'objet d'une discipline proprement juridique, le droit constitutionnel. Or cette dernière est intrinsèquement « stato-centrée », l'étude du droit constitutionnel devenant l'étude de la Constitution en milieu étatique⁸⁶⁹.

264. L'Etat devient donc la forme politico-juridique dans laquelle se déploie la pensée constitutionnaliste naissante. Ainsi, le juriste constitutionnaliste appréhende difficilement d'autres formes politico-juridiques de domination politique comme l'Empire ou la Fédération. Comme le note Olivier Beaud dans ses propos introductifs à un colloque organisé autour de la notion d'Empire, « si l'entrée « empire » continue à figurer dans certains dictionnaires ou certains

⁸⁶⁸ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Op. cit. p. 218.

⁸⁶⁹ Comme nous le verrons ultérieurement, ces considérations doivent sans doute être nuancées dès lors que les études européennes ont renouvelé l'intérêt autour de la notion de fédération (Olivier Beaud a, de son côté, contribué à ces réflexions pour proposer une théorie de la Fédération en tant que forme politico-juridique spécifique, distincte de l'Etat). Par ailleurs, certains juristes du début du XXe siècle ont assez précocement déplacé l'étude du droit constitutionnel positif du cadre étatique car ils avaient l'intuition des potentialités que recelait le développement, pourtant embryonnaire, du droit international en lien avec une société globale (Cf. *Infra*. Chap. 2).

ouvrages, le mot n'a pas vraiment de sens concret pour un juriste tant il est – comme la Fédération d'ailleurs – parasité ou concurrencé par le mot d'État »⁸⁷⁰. Il conclut en admettant que « pour un juriste positiviste qui étudie le droit positif, il n'y a pas d'empire, il n'y a que de l'État⁸⁷¹ »⁸⁷².

265. Le principe de souveraineté s'insère dans les discours et dans les raisonnements du droit constitutionnel en revêtant une fonction qui demeure une fonction de justification. Il exprime, à travers la notion de souveraineté constituante, l'idée selon laquelle la Constitution toute entière procède de la volonté du souverain, c'est-à-dire de la nation.

266. Or ce rapport d'indissociabilité entre souveraineté et pouvoir constituant, qui permettrait donc de comprendre le nouveau visage de la souveraineté comme puissance normative à l'ère du constitutionnalisme, est un objet fuyant de la pensée juridique et, ce, à plusieurs égards. D'une part, malgré l'adoption de Constitutions écrites, la souveraineté a été considérée pendant longtemps comme s'exerçant dans le cadre de la puissance législative. D'ailleurs, encore aujourd'hui, le premier alinéa de l'article 3 de la Constitution de 1958⁸⁷³ ne permet pas de restreindre l'exercice de la souveraineté à la mise en œuvre du pouvoir constituant. D'autre part, la teneur proprement juridique du concept de pouvoir constituant est elle-même soumise à controverse. Pour certains auteurs, il renvoie à la dimension métaphysique, influencée par la théologie catholique, de la souveraineté. Portalis considère, en ce sens, que « *l'on parle du pouvoir constituant comme s'il était toujours présent ; quand la constitution d'un peuple est établie, le pouvoir disparaît, c'est la parole du créateur qui commande une fois pour gouverner toujours ; c'est sa main toute-puissante qui se repose pour laisser agir les causes secondes après avoir donné le mouvement et la vie à tout ce qui existe* »⁸⁷⁴. Pour d'autres auteurs, comme Olivier Beaud ou Alexis Blouët, le pouvoir constituant doit faire l'objet d'une analyse juridique, ce qu'il d'envisage d'ailleurs dans le cadre d'une étude de

⁸⁷⁰ « Propos introductifs », *JP*, n° 14, juin 2015. [En ligne : <http://juspoliticum.com/article/Propos-introductifs-970.html>].

⁸⁷¹ *Idem*.

⁸⁷² Il semble donc logique que ce même auteur, après avoir consacré d'importants travaux à la notion de Fédération, envisage de « *compléter des recherches déjà faites sur la notion d'Empire* » (« Entretien avec l'auteur : Le pacte fédératif, Essai sur la constitution de la Fédération et sur l'Union européenne », IACL-AIDC blog, 14/03/2023. En ligne : <https://blog-iacl-aidc.org/just-published/2023/3/14/entretien-avec-lauteur-le-pacte-fdratif-essai-sur-la-constitution-de-la-fdration-et-sur-lunion-europenne>].

⁸⁷³ « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».

⁸⁷⁴ Cité par Serrigny, *Traité du droit public des Français*, t. 1, Paris, 1846, p. 59, lui-même cité par O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 441.

la souveraineté. Alexis Blouët a même consacré une étude à ce qu'il appelle le pouvoir « pré-constituant »⁸⁷⁵.

267. Nous nous pencherons donc sur ces controverses en examinant d'abord les rapports entre souveraineté et pouvoir constituant (§1). Nous nous intéresserons ensuite à ceux qu'entretiennent le pouvoir constituant et la démocratie (§2).

§1. Les rapports entre le pouvoir constituant et la souveraineté : statut et valeur du concept de souveraineté constituante

268. Paradoxalement, le pouvoir constituant originaire, concept pourtant présent dans les discours de certains acteurs importants du constitutionnalisme français⁸⁷⁶ ainsi que dans d'importants manuels de droit constitutionnel contemporains⁸⁷⁷, semble s'être trouvé pendant longtemps dans un angle mort de la pensée constitutionnelle. Olivier Beaud aborde ce paradoxe en recourant à trois explications⁸⁷⁸. La première et la deuxième explication renvoient toutes deux au biais positiviste de nombreux auteurs, qui relèguent le pouvoir constituant originaire parmi les objets non juridiques de la science du droit⁸⁷⁹. Selon cette approche théorique, la recherche du titulaire ou de la nature du pouvoir constituant originaire conduirait inéluctablement à s'intéresser à un « au-delà » du droit

⁸⁷⁵ A. Blouët, *Le pouvoir pré-constituant. Analyse conceptuelle et empirique du processus constitutionnel égyptien après la Révolution du 25 janvier 2011*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie (Coll. Thèses), Paris, 2019.

⁸⁷⁶ La distinction entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé est établie lors de la Révolution. Son théoricien le plus éminent est, comme nous le verrons plus précisément, l'abbé Sieyès.

⁸⁷⁷ F. Hamon et M. Troper abordent la théorie du pouvoir constituant en renvoyant à la célèbre étude de Claude Klein (*Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF (Coll. Les voies du droit), Paris, 1996). Ils expliquent la rigidité de la Constitution formelle par la séparation entre pouvoir constituant et pouvoir constitué (*Droit constitutionnel*, *Op. cit.*, p. 57). Ph. Ardant et B. Mathieu définissent le pouvoir constituant originaire comme « l'organe compétent pour élaborer et approuver la Constitution », en ajoutant que le titulaire du pouvoir constituant originaire « est libre de ses choix, il est souverain » (*Droit constitutionnel et institutions politiques*, *Op. cit.*, p. 84). Les représentants de « l'école d'Aix-en-Provence » critiquent explicitement la distinction entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé tout en considérant que « le pouvoir constituant originaire ne peut être, par hypothèse, un phénomène juridique » (L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, *Op. cit.*, p. 131). Enfin, J. Gicquel et J.-E. Gicquel adoptent une position plus classique, qui rejoint celle de Ph. Ardant et B. Mathieu. Pour ces derniers, qui consacrent d'assez importants développements au pouvoir constituant originaire, « le pouvoir constituant originaire est inconditionné, à l'image de la souveraineté dont il est paré » (*Droit constitutionnel et institutions politiques*, *Op. cit.*, p. 249).

⁸⁷⁸ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 211-214.

⁸⁷⁹ C'est typiquement la position des représentants de « l'école d'Aix-en-Provence », influencés par le normativisme kelsénien (cf. L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, *Op. cit.*, p. 131).

positif. Or le positivisme juridique est tout entier animé par un rejet des thèses jusnaturalistes⁸⁸⁰.

Pour la théorie juridique positiviste, le pouvoir constituant originaire apparaît donc comme «*un curieux pouvoir qui participe de la propriété de la pierre philosophale*»⁸⁸¹ car son invocation permet de transmuter le plomb de la violence révolutionnaire en l'or du droit positif.

269. Si la théorie positiviste évacue la question du pouvoir constituant originaire, elle admet une théorie du pouvoir constituant sous l'unique forme d'une compétence législative de révision constitutionnelle : le pouvoir constituant dérivé. C'est ainsi que l'exercice de la souveraineté constituante - et, donc, de la souveraineté tout court - est tout entier ramené à l'exercice d'une compétence normative prévue par la Constitution. Dans la plupart des cas, les auteurs qui se revendiquent du positivisme sans prétendre à une forme d'orthodoxie distinguent le pouvoir constituant originaire, qui est le « *pouvoir d'édiction d'une norme bien particulière, à savoir la Constitution, c'est-à-dire le pouvoir d'édicter la norme la plus élevée dans un système juridique* »⁸⁸², du pouvoir constituant dérivé, c'est-à-dire « *le pouvoir de révision de cette norme* »⁸⁸³. Cette distinction offre l'avantage méthodologique de séparer ce qui peut faire l'objet d'une étude juridique positiviste (les dispositions constitutionnelles et les procédures effectivement prévues par le droit positif) et ce qui appartient à d'autres domaines, comme la philosophie politique ou l'histoire des idées politiques. Ainsi que l'affirma Georges Burdeau, « *en réalité, le juriste ne devrait parler que du pouvoir de révision et jamais de pouvoir constituant, car le pouvoir constituant proprement dit, celui qui établit la première constitution, n'est qu'un fait* »⁸⁸⁴.

270. La troisième raison pour laquelle la question du pouvoir constituant originaire provoque un certain malaise dans la communauté des juristes se réclamant du positivisme est, selon Olivier Beaud, d'ordre idéologique. Elle résulte de l'impossibilité de penser le pouvoir constituant car,

⁸⁸⁰ Nous retrouvons ici l'influence des grands auteurs positivistes anglais. Pour le premier d'entre eux, Thomas Hobbes, la loi civile est l'ensemble de « *règles que l'Etat a commandées à tout sujet [...] afin qu'il en fasse usage pour distinguer le droit du tort, autrement dit ce qui est contraire et ce qui n'est pas contraire à la règle* » (T. Hobbes, *Léviathan*, I, 26). Pour John Austin, les normes juridiques sont « *une espèce de commandement, un ordre accompagné de sanctions, qui se distingue par son caractère général et par sa source, le souverain, c'est-à-dire « un supérieur humain déterminé qui n'a pas l'habitude d'obéir à un supérieur et à qui le plus grand nombre, dans une société donnée, a l'habitude d'obéir »* » (Ch. Béal, « Introduction générale », in Ch. Béal (textes réunis par), *Philosophie du droit. Norme, validité et interprétation*, Vrin (coll. Textes clés de philosophie du droit), Paris, 2015).

⁸⁸¹ C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Op. cit., p. 191.

⁸⁸² *Ibid*, p. 5.

⁸⁸³ *Idem*.

⁸⁸⁴ *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit français*, Thèse pour l'obtention du doctorat, Université de Paris, 1930, cité par C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Op. cit., p. 5, note 2.

présupposant qu'il s'agirait d'un « *pouvoir absolu et souverain* »⁸⁸⁵, il serait incompatible avec le principe libéral de séparation et de limitation des pouvoirs. A nouveau, l'idée de souveraineté est assimilée à l'absolutisme et la souveraineté comme « puissance absolue et perpétuelle » est assimilée à l'exercice de compétences précises (définition matérielle).

271. Le désintérêt ou le malaise provoqué par le concept de pouvoir constituant originaire, « *qui a tant troublé la quiétude des positivistes* »⁸⁸⁶, ne signifie cependant pas que ce dernier ait été ignoré. Tout d'abord, il est possible d'affirmer que le pouvoir constituant a désormais fait l'objet d'études remarquables, dont certaines n'ont pas hésité à explorer sa dimension a-juridique⁸⁸⁷. En ce sens, les approches non positivistes du droit, parfois portées par une « *vision néo-romantique, qui se voudrait comme dérationalisée* »⁸⁸⁸, ont toujours apporté un autre éclairage sur ce sujet. Enfin, des auteurs tels Guy Héraud ont tenté de juridiciser le pouvoir constituant originaire en insistant sur sa dimension a-légale mais juridique. L'opposition entre le pouvoir constituant originaire et les pouvoirs institués serait remplacée « *par l'opposition du pouvoir à compétence totale (pouvoir originaire dans une nouvelle acception) et des pouvoirs à compétences limitées* »⁸⁸⁹, ces derniers étant juridiquement posés.

272. Nous concentrerons notre étude sur les rapports entre le pouvoir constituant et la souveraineté afin de montrer comment le surgissement du pouvoir constituant qui accompagne la naissance du constitutionnalisme libéral (I) permet d'articuler l'idée, proprement contemporaine et révolutionnaire, de souveraineté constituante (II).

⁸⁸⁵ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 214.

⁸⁸⁶ C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, *Op. cit.*, p. 189.

⁸⁸⁷ D'ailleurs, un essai portant sur cette question devenu un classique a été publié seulement deux ans après l'analyse suscitée d'O. Beaud. Il s'agit de C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, *Op. cit.* Depuis, y compris la possibilité d'un pouvoir constituant au-delà de l'Etat a pu faire l'objet d'une étude approfondie par Gaël Marti dans sa thèse *Le pouvoir constituant européen*, soutenue en 2008.

⁸⁸⁸ C'est ainsi que Claude Klein décrit la démarche schmittienne (v. C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, *Op. cit.*, p. 187).

⁸⁸⁹ G. Héraud, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Sirey, Paris, 1946, p. 4-5 (cité par C. Klein, *Ibid*, p. 191).

I. Le surgissement du concept de pouvoir constituant

273. La notion de pouvoir constituant est, aujourd'hui, inhérente à la notion de Constitution. Comme l'affirme la fameuse formule de Sieyès, « *une Constitution suppose avant tout un pouvoir constituant* »⁸⁹⁰. Ainsi, le pouvoir constituant s'avère indissociable du constitutionnalisme post-révolutionnaire. Si ses prémices peuvent être retrouvées dans la pensée théologique médiévale, dont la cosmologie politico-juridique offre une première représentation du pouvoir constituant (A), c'est néanmoins à la fin du XVIIIe siècle que la notion actuelle de pouvoir constituant est forgée, ouvrant la voie du constitutionnalisme contemporain (B).

A. Les racines théologiques du concept de pouvoir constituant

274. Il est possible de retrouver la notion de Constitution (*politeia*) dans la pensée antio-médiévale. Elle revêt cependant une signification sensiblement différente à celle que les Révolutionnaires lui reconnaîtront à la fin du XVIIIe siècle. Elle désigne en effet, de manière très générale, « *l'ordre du gouvernement et de la société* »⁸⁹¹. Dès lors, dans ce cadre philosophique aristotélicien dominant au moins jusqu'au XVIe siècle, « *toute communauté politique a une constitution, un régime, une forme de gouvernement, des « ordini » ou une Verfassung. [...] Il n'était pas possible de penser une communauté politique « sans constitution* » »⁸⁹². Partant, une conception aussi générale et englobante de la Constitution relègue la question de son auteur au domaine du mythe fondateur de la collectivité politique⁸⁹³ ou à l'intervention divine. Une telle représentation permet aussi de penser la Constitution sans auteur, comme un artefact sans *artifex*⁸⁹⁴. En effet, ainsi que nous avons pu le remarquer précédemment pour souligner le caractère révolutionnaire du principe de souveraineté⁸⁹⁵, la représentation médiévale de l'ordre politique et du

⁸⁹⁰ *Préliminaire de la Constitution française*, Baudouin, Paris, 1789, p. 34. [consultable sur Gallica : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k41690g/f26.image.texteImage>].

⁸⁹¹ P. Pasquino, « Constitution et pouvoir constituant : le double corps du peuple », in P.-Y. Quiviger, V. Denis, J. Salem, *Figures de Sieyès*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2008 p. 10.

⁸⁹² *Idem*.

⁸⁹³ Cf. par ex. les grands législateurs athéniens (Dracon, Solon, Lycurgue) ou le récit biblique de Moïse recevant les Tables de la loi au pied du mont Sinaï.

⁸⁹⁴ P. Pasquino, « Constitution et pouvoir constituant : le double corps du peuple », *Op. cit.*, p. 10.

⁸⁹⁵ Cf. *Supra*. Titre 1, Chap. 2.

droit repose sur la croyance en l'existence d'un « *ordre primordial* »⁸⁹⁶ d'origine divine. Le rôle normatif du prince était limité à une fonction réparatrice ou correctrice, « *un acte de justice [...] adossé à un système juridique polymorphe* »⁸⁹⁷. Ainsi, le pouvoir constituant, comme compétence instituante de la Constitution, était réputé appartenir à Dieu. Comme l'indique Gaëlle Marti, « *si on peut nommer « pouvoir constituant » ce pouvoir divin, c'est en raison de sa fonction de fondation et de légitimation de la société* »⁸⁹⁸.

275. L'apparition et la consolidation du principe bodinien de souveraineté ne modifie pas fondamentalement la croyance en un Dieu constituant. Ainsi que cela a été montré, le souverain séculaire n'est pas, dans la tradition française bâtie par Jean Bodin, délié de toute attache vis-à-vis du droit divin. Y compris au plus fort de l'absolutisme louis-quatorzien, la loi royale doit se plier au respect du certains principes proto-constitutionnels, les Lois fondamentales du royaume, outre qu'il lui soit fortement déconseillé d'aller à l'encontre du droit naturel (dont le droit de propriété⁸⁹⁹).

276. Ce n'est qu'à partir du XVIII^e siècle que deux croyances mènent à la notion contemporaine de pouvoir constituant : la croyance selon laquelle certaines sociétés ne possèdent pas de Constitution - ce qui invalide la conception naturaliste et totalisante de la Constitution aristotélicienne - et celle selon laquelle il est possible pour une société de s'en donner une⁹⁰⁰. Ces deux idées influencent profondément l'action des Révolutionnaires, comme en témoigne le célèbre article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁹⁰¹. La notion de Constitution acquiert ainsi une nature positive (et non plus naturelle) et une fonction normative du point de vue politique-idéologique : elle désigne une « bonne » organisation des pouvoirs publics. Elle pose de manière inévitable la question de son créateur, ce qui ouvre la voie à la théorie du pouvoir constituant.

⁸⁹⁶ D. Baranger, *Penser la loi*, Op. cit., p. 31.

⁸⁹⁷ Ibid, p. 29.

⁸⁹⁸ G. Marti (dir. D. Ritleng), *Le pouvoir constituant européen*, Thèse en vue de l'obtention du grade de docteur en droit, Université de Lorraine, 2008, p. 35.

⁸⁹⁹ Bossuet, par exemple, distingue entre le gouvernement juste, fondé sur la monarchie absolue de droit divin, et un gouvernement arbitraire, dans lequel il n'y a point de personnes libres. L'abbé de Meaux se réfère ainsi aux Ecritures : « *ce que Dieu a puni avec tant de rigueur chez Achab, roi d'Israël, et chez sa femme Jézabel, meurtriers de Naboth pour lui prendre sa vigne, c'est « la volonté dépravée de disposer à leur gré, indépendamment de la loi de Dieu, qui était aussi celle du royaume, des biens, de l'honneur, de la vie d'un sujet* » . J.-J. Chevallier, Y. Guchet, *Les grandes œuvres politiques de Machiavel à nos jours*, Op. cit., p. 65.

⁹⁰⁰ P. Pasquino, « Constitution et pouvoir constituant : le double corps du peuple », Op. cit., p. 10.

⁹⁰¹ « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

277. Cette dernière tient beaucoup, comme de larges pans de la théorie de l'Etat, à la pensée théologique médiévale. Claude Klein souligne les racines théologico-politiques de la notion contemporaine de pouvoir constituant en filant la métaphore avec le *Fiat* divin : « *au commencement était le pouvoir constituant. C'est de lui et de lui seul que tout découle. Sans lui point d'ordre juridique contraignant. Sans lui point de base juridique à la constitution. En effet, par commencement on doit entendre ici l'origine d'un ordre constitutionnel donné, en rupture avec l'ordre précédent* »⁹⁰². Olivier Beaud adopte la même métaphore en considérant que « *par analogie avec la potestas de Dieu créant ex nihilo l'Univers, et probablement par l'intermédiaire de la notion de volonté générale de Rousseau, le pouvoir constituant représente une potestas exceptionnelle. Comme Dieu dans la Genèse, le peuple serait capable de créer du droit à partir de rien. Son pouvoir constituant serait l'équivalent de ce Fiat divin, mais qui aurait pour particularité de s'adresser uniquement aux hommes* »⁹⁰³. C'est ainsi que « *tout ce qui, de près ou de loin, touche à la Constitution, participe du sacré* »⁹⁰⁴. Nous verrons ultérieurement⁹⁰⁵ que l'exigence d'harmonie entre les principes et les valeurs de l'ordre juridique positif et ceux de l'ordre naturel demeure fortement ancrée dans la théorie du pouvoir constituant, notamment telle qu'elle pensée par Sieyès.

278. De ce point de vue, le concept de pouvoir constituant témoigne, comme le principe de souveraineté, du poids de la tradition romano-impériale, romano-canonique et théologique sur la construction théorique de l'Etat. Comme le principe de souveraineté, le concept de pouvoir constituant plonge ses racines dans la pensée théologique médiévale mais parachève la sécularisation du droit propre à la modernité juridique. Selon la théorie du pouvoir constituant, la Constitution de la société politique (c'est-à-dire, selon la définition qui influence le plus les Révolutionnaires français, « *l'organisation, les formes et les lois propres à faire remplir à un corps politique les fonctions auxquelles on a voulu le destiner* »⁹⁰⁶) est le produit de la volonté et de la raison humaines et non plus un donné, un cadre immuable posé par le Créateur. Le pouvoir de se donner à soi-même sa propre organisation politique appartient désormais à la collectivité politique

⁹⁰² C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Op. cit., p. 192.

⁹⁰³ *La puissance de l'Etat*, Op. cit., p. 218-219.

⁹⁰⁴ C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Op. cit., p. 188.

⁹⁰⁵ Cf. *infra*, II, B du présent §.

⁹⁰⁶ Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état ?* (1789), Flammarion (coll. Champs classiques), Paris, 2018, Chap. V, p. 118.

elle-même : « l'homme est un dieu pour l'homme » selon le mot de Spinoza. Le pouvoir constituant participe de l'idée de liberté portée par l'édification du principe de souveraineté et la mise sur pied de l'Etat.

B. La maturation moderne du concept de pouvoir constituant

279. Selon Pasquale Pasquino, le concept moderne de pouvoir constituant naît dans l'Angleterre du XVII^e siècle, à l'époque de l'*interregnum*. Le professeur Pasquino attribue en effet la « *source originare* »⁹⁰⁷ de la doctrine moderne du pouvoir constituant à George Lawson, un ministre anglican. Celui-ci oppose la souveraineté réelle (*real majesty*) au « *pouvoir du commonwealth déjà constitué* »⁹⁰⁸, que Pasquale Pasquino qualifie de souveraineté personnelle. La souveraineté réelle dispose ainsi du pouvoir de façonner l'Etat (« *to model a State* »), contrairement au titulaire de la souveraineté personnelle.

280. Cependant, au-delà de l'expérience pionnière du constitutionnalisme anglais moderne, c'est au XVIII^e siècle que l'expression « pouvoir constituant » apparaît et que le discours sur le pouvoir constituant s'épanouit⁹⁰⁹. La paternité de la notion de pouvoir constituant est objet de débat. L'époque qui vit naître cette notion fut scandée par les secousses des révolutions étasunienne et française ainsi que par l'intense échange intellectuel qui les accompagna. L'ensemble des grands concepts du droit constitutionnel en formation (la séparation des pouvoirs, la garantie des droits mais également, et surtout, la Constitution et le pouvoir constituant) se trouvaient en circulation, bouillonnant dans les esprits et engendrant la publication de nombreux écrits⁹¹⁰. Retrouver la trace de l'origine de la notion de pouvoir constituant peut donc relever de la gageure. Cela étant, l'historiographie française attribue sa paternité à l'abbé Sieyès dans son ouvrage *Qu'est-ce que le tiers état ?* publié en janvier 1789, quelques six mois avant la déflagration révolutionnaire. Sieyès

⁹⁰⁷ P. Pasquino, « Constitution et pouvoir constituant : le double corps du peuple », *Op. cit.*, p. 13.

⁹⁰⁸ *Ibid*, p. 14.

⁹⁰⁹ C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, *Op. cit.*, p. 7.

⁹¹⁰ En France seulement et concernant les réflexions sur le concept de représentation, de nombreuses publications virent le jour entre la fin de l'année 1788 et les six premiers mois de l'année suivante. Ainsi que l'indique Annie Jourdan, « depuis novembre 1788, après que Louis XVI a demandé à ses sujets de lui communiquer leurs vues sur la réunion à venir des Etats généraux du royaume, des milliers de brochures, de pétitions et pamphlets - le Journal Politique, en 1789, estime leur nombre à 3 000 ou 4 000 - ont envahi la place publique pour exiger du roi une représentation du tiers état proportionnelle au nombre réel de personnes représentées ». « Entretien avec Annie Jourdan » in Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état ?* *Op. cit.*, p. II.

se revendiquait lui-même (implicitement) comme en étant l'un de ses premiers promoteurs lorsqu'il proclamait en 1795 : « *une idée saine et utile fut établie en 1788⁹¹¹ : c'est la division du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués [...]. Elle est due aux Français* »⁹¹². Olivier Beaud partage cette idée en considérant que « *c'est dans son fameux opuscule révolutionnaire, Qu'est-ce que le tiers état ?, qui est davantage un libelle de combat qu'un traité de droit constitutionnel, qu[e Sieyès] propose la première théorie du pouvoir constituant* »⁹¹³. Cet auteur affirme même que Sieyès « *est un peu à la théorie du pouvoir constituant ce que Bodin est à la théorie de la souveraineté* »⁹¹⁴, c'est-à-dire son premier théoricien.

281. Or il est certain que l'expérience américaine⁹¹⁵ avait déjà servi aux Révolutionnaires comme une source majeure d'inspiration. Le marquis de Lafayette écrit dans ses *Mémoires* que « *les Américains non seulement avaient eu cette idée, mais l'avaient appliquée dans des conventions d'Etat* » et ajoute « *que les constitutions de ces divers Etats furent changées et rechangées par des pouvoirs constituants séparés des pouvoirs constitués* »⁹¹⁶. A ce titre, comme le montre Claude Klein en s'appuyant sur les travaux de W. P. Adams, les Américains auraient non seulement inventé le concept de pouvoir constituant mais également le terme⁹¹⁷.

282. On s'aperçoit donc que le concept de pouvoir constituant est l'un des tous premiers concepts d'un constitutionnalisme libéral qui se globalise avec les deux révolutions atlantiques. Comme le note Claude Klein, « *la doctrine du pouvoir constituant a, plus que tout autre, vocation universelle, dans la mesure où elle doit rendre compte d'une situation universelle, à savoir celle de l'adoption d'une constitution en rupture de l'ancien ordre constitutionnel (après une révolution ou encore au moment de la création d'un nouvel Etat) ou plus rarement dans le cas du passage organisé d'un*

⁹¹¹ C'est-à-dire au moment où il rédigeait *Qu'est-ce que le tiers état ?*

⁹¹² Déclaration de Sieyès le 2 thermidor an II (22 juillet 1795) à l'occasion de la présentation de son projet de Constitution. Cité par C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Op. cit., p. 8.

⁹¹³ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Op. cit., p. 224.

⁹¹⁴ *Idem*.

⁹¹⁵ Les Etats-Unis avaient élaboré la première Constitution écrite de l'ère contemporaine entre 1787 et 1789 (date de son entrée en vigueur). Pour une description approfondie de la période constituante étasunienne v. : Ph. Lauvaux, A. Le Divellec, *Les grandes démocraties contemporaines*, PUF (coll. Classiques Droit fondamental), Paris, 2015, p. 269-271.

⁹¹⁶ Cité par C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Op. cit., p. 8.

⁹¹⁷ « *les Américains ont non seulement inventé la chose mais aussi son nom* » . C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Op. cit., p. 12.

ordre constitutionnel à un autre »⁹¹⁸. Cependant, cette intuition, certainement cohérente sur le plan théorique, est démentie par l'étude comparée de la pratique du pouvoir constituant dans différents Etats ainsi que par l'analyse des différents auteurs⁹¹⁹.

283. Cela étant, il est possible de considérer que Sieyès, s'il n'a pas inventé le concept de pouvoir constituant, lui a donné un contenu et une fonction particuliers, qui semblent avoir durablement influencé la doctrine constitutionnaliste française. Il convient alors d'étudier plus précisément la signification et la portée du concept de pouvoir constituant comme composante de la théorie de la souveraineté constituante.

II. Le concept de pouvoir constituant, composante de la théorie de la souveraineté constituante

284. C'est à l'abbé Sieyès que la doctrine constitutionnaliste française doit la première et plus influente théorisation du pouvoir constituant, qui va de paire avec la théorie de la souveraineté constituante. Le point de départ est le rapport entre la nation et le pouvoir constituant originaire, qui témoigne de l'empreinte du contractualisme et du jusnaturalisme⁹²⁰ dans la pensée de l'abbé révolutionnaire. Cette articulation permet de comprendre le pouvoir constituant originaire comme l'exercice de la souveraineté constituante par la nation. Cette dernière est, dès lors, placée au fondement du droit constitutionnel, elle devient *constitutiones solutus*, de la même manière que le souverain bodinien est *legibus solutus*. Comme l'indique Sieyès dans une puissante expression dont il a le secret : « *de quelque manière qu'une nation veuille, il suffit qu'elle veuille ; toutes les formes sont bonnes et sa volonté est toujours la loi suprême* »⁹²¹.

⁹¹⁸ Ibid, p. 18.

⁹¹⁹ Comme l'indique C. Klein, « *on s'aperçoit que la plupart des systèmes, c'est-à-dire des auteurs de systèmes, s'enferment dans leur propre discours, s'adaptant aux circonstances du moment* ». Idem.

⁹²⁰ Ainsi que l'indique Erwan Sommerer, « *contractualisme et de jusnaturalisme apparaissent comme les deux facettes fondatrices d'une œuvre cohérente dont les aspects les plus célèbres et les plus discutés on pense surtout à la théorie du pouvoir constituant ne sont peut-être que des conséquences secondaires. Non pas au sens, bien sûr, où ils seraient moins importants, mais parce que la démarche même de Sieyès, sa volonté de décrire les principes premiers de l'ordre social, lui imposait une réflexion sur l'origine de la société et de la légitimité du pouvoir* ». E. Sommerer, « Le contractualisme révolutionnaire de Sieyès. Formation de la nation et prédétermination du pouvoir constituant », in *RFHIP* 2011/1 (N° 33), p. 5.

⁹²¹ Ibid, p. 123.

285. Une telle conception de la nature du pouvoir constituant (A) suscite néanmoins de considérables paradoxes doctrinaux traduisant la difficulté des approches juridiques pour se saisir de cet étrange objet qu'est le concept de pouvoir constituant (B).

A. L'affirmation du pouvoir constituant comme mode d'exercice de la souveraineté constituante

286. L'abbé Sieyès ne fut pas un juriste mais plutôt un « *mécanicien du social* »⁹²². Comme lui-même l'affirmait, « *jamais on ne comprendra le mécanisme social si l'on ne prend pas le parti d'analyser une société comme une machine ordinaire, d'en considérer séparément chaque partie et de les rejoindre ensuite en esprit toutes l'une après l'autre, afin d'en saisir les accords et d'entendre l'harmonie générale qui doit en résulter* »⁹²³. Rien d'étonnant, dès lors, qu'il adopte, comme nous le verrons ultérieurement, une conception de la Constitution comme machine⁹²⁴.

287. C'est ainsi que sa réflexion se situe au carrefour de la pensée sociologique, la philosophie politique et la théorie constitutionnelle naissante. Membre d'un ordre privilégié, il est animé par la « *passion égalitaire* » qui jaillit à la fin des années 1780 du « *bouillonnement général des esprits* »⁹²⁵. Partant, la démarche de Sieyès ne s'inscrit pas dans une recherche de neutralité axiologique mais s'engage à corps perdu dans l'entreprise de démolition de la monarchie absolue de droit divin. Son ouvrage *Qu'est-ce que le tiers état ?* n'est pas un essai de droit constitutionnel ou même un traité de philosophie politique mais un pamphlet, un « *cri de guerre* »⁹²⁶ selon la formule de Tocqueville ou un « *libelle de combat* »⁹²⁷ selon les mots Olivier Beaud. Ainsi, le principal apport sieyèsien à la déstabilisation de la légitimité monarchique, qui mettait en œuvre un « *Etat des sujets* » (O. Beaud), est la proclamation de la souveraineté constituante. Celle-ci passe par la proclamation du tiers état comme « *nation complète* »⁹²⁸. Par ce procédé, Sieyès ramène la société au plus grand nombre. En

⁹²² C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, *Op. cit.*, p. 16.

⁹²³ Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état ?*, *Op. cit.*, Chap. V, p. 116.

⁹²⁴ Cf. *Infra*. §2, I.

⁹²⁵ J.-J. Chevallier, Y. Guchet, *Les grandes œuvres politiques de Machiavel à nos jours*, *Op. cit.*, p. 134.

⁹²⁶ Cité par P. Pasquino, « *Constitution et pouvoir constituant : le double corps du peuple* », *Op. cit.*, p. 13.

⁹²⁷ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 224.

⁹²⁸ C'est en effet l'objet du premier Chapitre de *Qu'est-ce que le tiers état ?*, dont l'intitulé est : « *le tiers état est une nation complète* ».

effet, dans la logique institutionnelle de l'Ancien régime, la nation était réputée trouver son incarnation et son unité à travers le roi. Ce dernier disposait du monopole de la représentation de la nation, ainsi que Louis XV l'affirme avec force dans son discours de la flagellation⁹²⁹. Sieyès conserve le principe représentatif mais, pour lui, la représentation de la nation ne peut pas se limiter à la seule institution du monarque.

288. Pour revigorer le corps national dans une société intrinsèquement fragmentée, Sieyès préconise d'en finir avec les privilèges, qu'il considère comme le principal facteur d'affaiblissement de la collectivité nationale. Pour Sieyès, les privilégiés sont une charge pour la nation : « *le tiers état [...] est l'homme fort et robuste dont un bras est encore enchaîné. Si l'on ôtait l'ordre privilégié, la nation ne serait pas quelque chose de moins mais quelque chose de plus* »⁹³⁰. Empruntant à la botanique, il compare les privilégiés à l'une des ces « *tumeurs végétales, qui ne peuvent vivre que de la sève des plantes qu'elles fatiguent et dessèchent* »⁹³¹.

289. Mais si l'ordre privilégié est considéré comme une charge pour la nation, il est, de surcroît, une charge *extérieure* à celle-ci. En effet, qu'est-ce qu'une nation pour Sieyès ? A cette question qui devient récurrente à partir du début du XIXe siècle, l'abbé révolutionnaire répond par une nouvelle formule puissante et à la postérité remarquable : « *Qu'est-ce qu'une nation ? Un corps d'associés vivant sous une loi commune et représentés par une même législature* »⁹³². Or comment admettre que la « *caste des nobles* »⁹³³, avec son lot de privilèges, de droits et de dispenses, fasse partie de l'ordre commun, de la loi commune ? Les privilégiés représentent, de ce point de vue, « *un peuple à part dans la grande nation* » , un « *imperium in imperio* »⁹³⁴. Il conclut son exposé par une formule lapidaire : « *le Tiers embrasse donc tout ce qui appartient à la nation ; et tout ce qui n'est pas le Tiers ne peut pas se regarder comme étant de la nation. Qu'est-ce que le Tiers ? TOUT* »⁹³⁵. Sieyès n'a donc pas de mots assez durs pour condamner la société d'Ancien régime, dans laquelle l'unité

⁹²⁹ « *L'ordre public tout entier émane de moi et que les droits et les intérêts de la Nation, dont on ose faire un corps séparé du Monarque, sont nécessairement unis avec les miens et ne reposent qu'en mes mains* ».

⁹³⁰ Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état ?* (1789), *Op. cit.*, Chap. I, p. 34-35.

⁹³¹ *Ibid*, p. 36, note 1.

⁹³² *Ibid*, p. 37.

⁹³³ *Ibid*, p. 36. Sieyès justifie l'usage de ce mot en précisant qu'il désigne « *une classe d'hommes qui, sans fonctions comme sans utilité et par cela seul qu'ils existent, jouissent de privilèges attachés à leur personne* » (*Idem*, note 1).

⁹³⁴ *Ibid*, p. 37.

⁹³⁵ *Ibid*, p. 37-38.

est impossible tant que le fait n'est pas rejoint par le droit ; autrement dit, tant que le tiers état⁹³⁶ n'exerce pas la compétence juridique suprême dont la nation est titulaire : la souveraineté constituante.

290. Sous la plume de Sieyès, la nation devient ainsi un objet supra-juridique et, surtout, pré-juridique. Sieyès postule que *« la nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même. Avant elle et au-dessus d'elle il n'y a que le droit naturel »*⁹³⁷. On retrouve ici le même dispositif intellectuel que celui que Bodin avait mis en place pour forger le principe de souveraineté : l'identité entre la volonté du souverain et la loi d'une part et, d'autre part, la limitation par le droit naturel⁹³⁸. Il ajoute qu'*« il serait ridicule de supposer la nation liée elle-même par les formalités ou par la constitution, auxquelles elle a assujetti ses mandataires. S'il lui avait fallu attendre pour devenir une nation, une manière d'être positive, elle n'aurait jamais été. La nation se forme par le droit naturel. Le gouvernement, au contraire, ne peut appartenir qu'au droit positif »*⁹³⁹. De la volonté de la nation émanent par conséquent *« la suite des lois positives »*⁹⁴⁰, au premier rang desquelles se trouvent les lois constitutionnelles. Celles-ci sont réputés *« fondamentales »*, dès lors que *« les corps qui existent et agissent par elles ne peuvent point y toucher »*⁹⁴¹. Partant, *« la Constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation. C'est ainsi et non autrement que les lois constitutionnelles sont fondamentales »*⁹⁴².

291. A partir de la distinction entre pouvoir constituant et pouvoir délégué (ou constitué) peut être déterminée la distinction entre droit constitutionnel et législation ordinaire. La proclamation de la nation comme *« corps d'associés vivant sous une loi commune et représentés par une même législature »* permet de relier la théorie de la souveraineté nationale (*« de quelque manière qu'une nation veuille, il suffit qu'elle veuille »*) avec l'identification proprement juridique du pouvoir constituant. C'est ainsi que Sieyès *« est non seulement le penseur de la souveraineté nationale,*

⁹³⁶ « The 99% » diraient les personnes ayant occupé les places et les rues à travers le monde dans les années 2010.

⁹³⁷ Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état ?* (1789), *Op. cit.*, Chap. V, p. 120.

⁹³⁸ Cf. *supra*. Titre 1, Chap. 2, Sect. 1. §2.

⁹³⁹ Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état ?* (1789), *Op. cit.*, p. 121.

⁹⁴⁰ *Ibid*, p. 120.

⁹⁴¹ *Idem*.

⁹⁴² *Idem*.

mais aussi et surtout le penseur de la souveraineté constituante »⁹⁴³. Tel est l'apport tout à fait déterminant de Sieyès à l'évolution du principe de souveraineté à l'aube du constitutionnalisme libéral. Cependant, la théorie sieyèsienne telle que nous venons de la présenter met la pensée constitutionnelle face à une difficulté considérable : comment saisir juridiquement un objet qui a pour attribut intrinsèque d'échapper au droit ?

B. Les paradoxes du pouvoir constituant comme mode d'exercice de la souveraineté constituante

292. L'apport de Sieyès à la théorie constitutionnelle, encore embryonnaire en France au moment où il écrit, est tout aussi fondamental que problématique. En effet, les postulats sieyèsiens concernant les rapports entre le pouvoir constituant et la Constitution, très influents au sein de la théorie constitutionnelle française, apparaîtront de plus en plus gênants au fur et à mesure que celle-ci sera gagnée par le positivisme.

293. L'abbé Sieyès développe, en homme d'Eglise, la conception théologique du pouvoir constituant que nous avons évoquée auparavant faisant de la nation le titulaire de ce pouvoir. Cependant, comme le montre Olivier Beaud, la démarche par laquelle Sieyès conçoit le pouvoir constituant est marquée par une « énigme » : *« d'une part, il conçoit ce pouvoir comme délié de toute forme, et, d'autre part, il étudie comment il s'exerce, c'est-à-dire les formes de son exercice »*⁹⁴⁴. Il s'agit là de la « contradiction fondamentale » entre « *l'apparente reconnaissance d'un pouvoir constituant dégagé de toute contingence formelle* » et « *l'enfermement du pouvoir constituant* »⁹⁴⁵ dans des dispositions constitutionnelles. Cette contradiction ramène à la double nature du pouvoir constituant, « *qui oscille entre le droit d'insurrection et l'établissement de la constitution* »⁹⁴⁶.

294. Or cette contradiction est apparemment résolue par la distinction entre deux phases au sein du moment constituant, correspondant chacune à deux pouvoirs. La première serait une phase

⁹⁴³ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Op. cit., p. 207.

⁹⁴⁴ Ibid, p 224.

⁹⁴⁵ C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Op. cit., p. 16.

⁹⁴⁶ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Op. cit., p. 223.

«déconstituante», caractérisée par l'absence de formalisme, et la seconde serait une phase «reconstituante», marquée par l'adoption d'une Constitution et le nécessaire encadrement juridique du pouvoir constituant. Toutes deux peuvent être comprises à la lumière de la logique contractualiste qui anime la pensée de Sieyès⁹⁴⁷. Comme l'indique Carlos-Miguel Pimentel, *«Hobbes invente la notion de pacte d'association (la chose, sinon le mot), qui [...] institue le pouvoir politique, l'habilité, au sens fort du mot, en lui donnant l'existence. C'est de là que va sortir, plus tard, la notion d'acte constituant comme acte démiurgique, comme création juridique du monde»*⁹⁴⁸. Or le contractualisme sieyèsien, s'il apparaît « classique par ses concepts et les influences qu'il intègre » s'avère également « atypique par son optique nationaliste et révolutionnaire »⁹⁴⁹.

295. La phase « déconstituante » , tout d'abord, marque « l'irruption du droit d'insurrection dans la théorie constitutionnelle »⁹⁵⁰. Comme l'indique Olivier Beaud, « l'appel à la souveraineté nationale, au pouvoir constituant, n'est rien moins que le slogan junsocialiste d'appel au droit naturel contre le droit positif, concrètement l'appel à la révolte contre la monarchie »⁹⁵¹. Le contractualisme permet d'abord d'attaquer l'existence des privilèges, l'une des pierres angulaires de la rhétorique de Sieyès dans *Qu'est-ce que le tiers état ?*⁹⁵². Il rend légitime, ensuite, le soulèvement contre l'ordre social d'Ancien régime. En effet, pour Sieyès le contrat social permet de garantir et d'augmenter les droits dont jouissent les individus dans l'état de nature : « l'objet de l'union sociale est le bonheur des associés »⁹⁵³. Ainsi, « loin de diminuer la liberté individuelle, l'état social en étend et en assure l'usage »⁹⁵⁴. Dès lors, le contrat social sieyèsien ne marque pas, comme chez Hobbes, une rupture avec l'état de nature. Au contraire, l'état social est, pour Sieyès, « la pleine

⁹⁴⁷ L'abbé révolutionnaire semble davantage influencé par Locke que par Rousseau mais un débat existe à propos de l'hypothèse d'un Sieyès « rousseauiste » (v. E. Sommerer, « Le contractualisme révolutionnaire de Sieyès. Formation de la nation et prédétermination du pouvoir constituant », *Op. cit.*, p. 5, note 1).

⁹⁴⁸ C.-M. Pimentel, « Du contrat social à la norme suprême. L'invention du pouvoir constituant », *Op. cit.*, p. 12.

⁹⁴⁹ E. Sommerer, « Le contractualisme révolutionnaire de Sieyès. Formation de la nation et prédétermination du pouvoir constituant », *Op. cit.*, p. 6.

⁹⁵⁰ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 224.

⁹⁵¹ *Ibid*, p. 225.

⁹⁵² Chez Sieyès, le contractualisme fonde sa critique des privilégiés, qui se situent en dehors de la nation : « j'entends par privilégié tout homme qui sort du droit commun. [...] Nous avons suffisamment prouvé ailleurs que tout privilège était, de sa nature, injuste, odieux et contraire au pacte social » (Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état ?*, *Op. cit.*, Chap. VI, p. 163.).

⁹⁵³ Sieyès, *Préliminaire de la Constitution française*, *Op. cit.*, p. 24.

⁹⁵⁴ *Ibid*, p. 25.

*réalisation des droits naturels et de la nature humaine »*⁹⁵⁵. C'est en cela que la pensée de Sieyès est influencée par le libéralisme. Plus particulièrement, Sieyès se rapprocherait des physiocrates sur ce point, pour lesquels « *droits naturels et droits sociaux sont deux catégories situées sur un même plan : l'état social est l'état naturel de l'homme si celui-ci suit les principes que lui dicte sa nature, donc s'il agit comme un individu rationnel, soucieux de garantir sa liberté et sa propriété* »⁹⁵⁶.

296. Partant, dès lors que l'ordre d'Ancien régime étouffe la nation sous le poids des privilèges et consacre un ordre social profondément inégalitaire, son renversement semble inéluctable : il doit être destitué⁹⁵⁷. La phase « reconstituante » suivant chronologiquement et logiquement à la phase « destituante » se traduit par « *l'élaboration d'une constitution censée régir le nouvel ordre juridique* »⁹⁵⁸. Elle désigne ainsi le passage au droit positif après le « moment jusnaturaliste » que représentait la phase « destituante ». Cette thèse est compatible avec la conception théologique du pouvoir constituant exposée précédemment. Dans la phase « déconstituante », le pouvoir constituant balaye l'ordre politique et social d'Ancien régime à la manière d'une intervention divine, d'un « *Deus ex nube, qui reste invisible dans les circonstances ordinaires, et qui se montre à certains moments, pour renverser tous les pouvoirs établis* »⁹⁵⁹.

297. Le pouvoir « reconstituant » est la manifestation constructive et juridique du pouvoir constituant. La théorie contractualiste peut également nous aider à comprendre le sens et la portée du pouvoir « reconstituant ». Dans le cadre de la phase « reconstituante », l'exercice du pouvoir constituant réalise, selon la logique contractualiste, « *la positivisation d'un régime dont les bases sont déjà posées* »⁹⁶⁰. C'est la thèse d'Erwan Sommerer : le concept de pouvoir constituant ne revêt

⁹⁵⁵ E. Sommerer, « Le contractualisme révolutionnaire de Sieyès. Formation de la nation et prédétermination du pouvoir constituant », *Op. cit.*, p. 9.

⁹⁵⁶ *Ibid*, p. 11.

⁹⁵⁷ Une illustration pratique du « pouvoir destituant » peut être fournie par certains exemples récents de bouleversements politiques en Amérique latine. La politologue brésilienne Victoria Darling identifie dans certains mouvements sociaux en Equateur (en 2000), en Argentine (en 2001) et en Bolivie (en 2003 et en 2005) la présence d'un discours se prévalant d'un « *pouvoir populaire latent et destituant* » contre un exécutif impopulaire (cf. V. Darling, « Reflexiones sobre el poder destituyente de los movimientos sociales en América Latina », *Andamios*, Vol. 10, n°21, janv./avr. 2013 [En ligne : https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632013000100014&lng=es&nrm=iso&tlng=es]).

⁹⁵⁸ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 227.

⁹⁵⁹ C. Bon-Compagni, « Introduction », in P. Rossi (rec. par A. Porée), *Œuvres complètes. Cours de droit constitutionnel professé à la Faculté de droit de Paris*, Librairie Guillaumin et C°, Paris, 1877, p. XXV [disponible en ligne : <http://cuja-num.univ-paris1.fr/ark:/45829/pdf0605546244>].

⁹⁶⁰ E. Sommerer, « Le contractualisme révolutionnaire de Sieyès. Formation de la nation et prédétermination du pouvoir constituant », *Op. cit.*, p. 15.

pas, pour Sieyès, une puissance décisionnelle complètement indépendante. Autrement dit, le résultat de l'expression du pouvoir constituant serait fixé d'avance par les déterminations issues de la nature humaine qui sont prolongées par l'état social. La volonté du pouvoir constituant ne peut que conduire à la « *consolidation institutionnelle d'une évolution préalable des rapports sociaux et juridiques qui structurent la communauté nationale* »⁹⁶¹. La représentation se présente, par exemple, comme le seul mode de gouvernement légitime⁹⁶², directement issu du passage à l'état social⁹⁶³. De même, certaines formulations contenues dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 peuvent témoigner de cette idée selon laquelle le pouvoir « reconstituant » rétablit des droits naturels dont « *l'ignorance, l'oubli ou le mépris sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements* ».

298. Ce fondement jusnaturaliste de la théorie du pouvoir constituant n'est d'ailleurs pas tout à fait étranger à nos représentations contemporaines. En effet, si le pouvoir constituant est considéré comme étant pleinement autonome et indépendant, des limites à son action sont envisagées, de manière plus ou moins formelle⁹⁶⁴. Dans le cas français, par exemple, la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution contient un ensemble de principes que le gouvernement du général de Gaulle dû nécessairement mettre en œuvre dans le projet de loi constitutionnelle qui porta la Constitution de la Ve République.

299. Influencée par le contractualisme et le jusnaturalisme, la théorie du pouvoir constituant provoque une double métamorphose du principe de souveraineté à l'aune du constitutionnalisme libéral. La première est l'apparition de la souveraineté constituante. Mais l'apparition d'une « souveraineté constituante » n'est pas sans entraîner des difficultés quant à la détermination du titulaire de la souveraineté dans l'Etat. Raymond Carré de Malberg remarquait, dans son ouvrage *La*

⁹⁶¹ *Ibid*, p. 17.

⁹⁶² « *Convenez que le système d'un Gouvernement représentatif est le seul qui soit digne d'un Corps d'Associés qui aiment la liberté, ou pour dire plus vrai, c'est le seul gouvernement légitime* ». « Instruction donnée par S.A.S. Monseigneur le Duc d'Orléans, à ses représentants aux baillages. Suivie de délibérations à prendre dans les assemblées », in *Œuvres*, vol. 1, p. 73. Cité par E. Sommerer, *Sieyès, Le révolutionnaire et le conservateur*, Michalon (Coll. « Le Bien Commun »), Paris, 2011, p. 47.

⁹⁶³ Selon Sieyès, il n'y a pas, dans la représentation, « *fin ou perte de liberté. Il y a exercice, accroissement, comme il y a accroissement quand on entre en société plutôt que de rester indépendant, c'est-à-dire sans engagement, dans l'état de nature* ». Cité par E. Sommerer, « Le contractualisme révolutionnaire de Sieyès. Formation de la nation et prédétermination du pouvoir constituant », *Op. cit.*, p. 17.

⁹⁶⁴ Les juristes positivistes réfutent toute limitation de l'exercice du pouvoir constituant dérivé et, partant, toute distinction entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé (cf. par ex. G. Vedel, « Débat : souveraineté et supra-constitutionnalité », *Pouvoirs*, n°67, nov. 1993 (La souveraineté), p.79-97).

loi expression de la volonté générale publié en 1931, le statut singulier du Parlement sous la IIIe République, à qui la Constitution reconnaissait « *une puissance d'une autre essence que celle des pouvoirs qui appartiennent normalement à des autorités constituées* »⁹⁶⁵. Cette « *gradation des pouvoirs* » entre le parlement et le gouvernement ne correspondait plus, pour Carré de Malberg, à une « *gradation hiérarchique* » mais « *implique dans le Parlement une primauté transcendante de puissance* » à laquelle « *la science juridique ne peut donner d'autre nom que celui de souveraineté* »⁹⁶⁶. Le professeur de Strasbourg en concluait que la séparation du pouvoir constituant et du pouvoir législatif a été « *dès les débuts, datant de l'époque révolutionnaire, et est, aujourd'hui encore, plus nominale que réelle* »⁹⁶⁷. Cela le conduisit à théoriser le concept de « *parlementarisme absolu* », caractérisé par l'existence d'une souveraineté du Parlement. L'avènement de la IVe République et, *a fortiori*, de la Ve, remédie à cette indistinction propre à la IIIe République, largement critiquée dès lors qu'elle avait conduit à cette forme de « *souveraineté parlementaire* » jugée excessive. Les procédures propres à l'exercice du pouvoir constituant ont été soigneusement distinguées de celles relatives à l'exercice de la fonction législative ordinaire. Au Royaume-Uni, où la distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir législatif ordinaire n'a jamais été établie, le Parlement (la réunion du monarque, de son cabinet et de la chambre des communes) est réputé être doté d'un pouvoir illimité, et la souveraineté réside dans « *The king in Parliament* »⁹⁶⁸. La seconde métamorphose du principe de souveraineté provoquée par l'irruption de la théorie du pouvoir constituant concerne son titulaire. En effet, le rapport entre le pouvoir constituant et le peuple ou la nation traduit un transfert du titulaire ultime de la souveraineté qui présage la révolution démocratique.

§2. Les rapports entre le pouvoir constituant et le principe démocratique : l'émergence de la démocratie constitutionnelle

300. L'admission d'un rapport de consubstantialité entre la souveraineté, le pouvoir constituant et le principe démocratique peut être traduite par le concept de démocratie constitutionnelle. Celui-ci

⁹⁶⁵ R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale* (1931), Economica (coll. Classiques), Paris, 1999, p. 90.

⁹⁶⁶ *Ibid*, p. 91.

⁹⁶⁷ *Ibid*, p. 104.

⁹⁶⁸ la décision *R. Miller and another v. Secretary of State for Exiting the European Union* (24 janvier 2017) de la Cour suprême britannique l'a encore montré en refusant que la notification de l'article 50 du TFUE soit déclenchée par le gouvernement sans un vote du parlement - et ceci malgré la victoire du « Oui » au référendum.

correspond à l'idée selon laquelle le principe de souveraineté se serait transformé avec l'évolution des conditions de légitimation de la puissance publique. Celle-ci requerrait désormais « *une légitimation démocratique et libérale, illustrée par la Constitution* »⁹⁶⁹. Ainsi, comme le montre Olivier Beaud, l'Etat aurait, depuis la révolution démocratique, « *changé de Souverain tout en conservant le monopole de commandement, ou de la puissance publique* »⁹⁷⁰. En d'autres mots, l'Etat aurait changé de souverain sans avoir fait disparaître la souveraineté. Par conséquent, « *son principe structurant n'est plus la loi du Prince, mais la Constitution qui est l'acte exprimant la souveraineté de l'Etat et du peuple* »⁹⁷¹. Il semble cependant que le concept de démocratie constitutionnelle, comme toutes les acceptions de la démocratie, pose de sérieuses difficultés à l'analyse et tout particulièrement à l'analyse juridique. Comme le notait Hans Kelsen il y a près d'un siècle, « *par le fait que – pour obéir à la mode politique – on croit devoir l'utiliser à toutes les fins possibles et en toute occasion, cette notion, dont on a abusé plus que toute autre notion politique, prend les sens les plus divers* »⁹⁷².

301. C'est ainsi qu'il faut d'abord éclairer le rapport entre la démocratie et la Constitution (I) avant de mettre en évidence les implications théoriques de la démocratie constitutionnelle sur la notion de Constitution (II).

I. Les significations de la démocratie constitutionnelle

302. Deux difficultés s'imposent au juriste souhaitant produire une analyse au sujet du concept de démocratie. La première concerne l'appréhension du concept de démocratie de manière générale, au-delà du droit ; la seconde son appréhension par le droit, de manière particulière.

303. De manière générale, le concept de démocratie renvoie à un système de légitimation du pouvoir. En tant que tel, il a permis de qualifier une grande diversité de configurations institutionnelles, faisant l'objet de déclinaisons à l'infini (démocratie directe, démocratie indirecte, démocratie référendaire, démocratie représentative, etc). Cet emploi intensif du mot « démocratie »

⁹⁶⁹ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Op. cit., p. 25.

⁹⁷⁰ *Ibid*, p. 24-25.

⁹⁷¹ *Ibid*, p. 25.

⁹⁷² H. Kelsen, *La Démocratie: sa nature, sa valeur*, Paris, Dalloz, 2004, p. IX.

accompagné d'une « *floraison d'adjectifs* »⁹⁷³ a conduit à un affaiblissement de son contenu. De nos jours, le professeur Bertrand Mathieu se demande si, derrière la permanence des mots de souveraineté et de démocratie, les réalités auxquelles ils sont censés renvoyer ne se sont pas évaporées⁹⁷⁴. Anne-Marie Le Pourhiet formule une interrogation allant le même sens quand elle se demande « *si l'on peut à tout moment changer le sens d'une notion aussi capitale, au point de pouvoir lui faire dire à peu près ce que l'on veut, ou s'il n'y a pas, quand même, une exigence minimale de stabilité dans les définitions des termes utilisés dans des normes juridiques, en l'occurrence constitutionnelles* »⁹⁷⁵⁹⁷⁶.

Ces hésitations autour de la signification du concept de « démocratie » conduisent généralement à la conclusion selon laquelle ce dernier n'a, en réalité, pas d'essence⁹⁷⁷. Otto Pfersmann considère que « *le principe démocratique est indéterminé au sens où, toutes choses égales par ailleurs, il admet un grand nombre de variantes et on peut se demander quelle est exactement la signification de ses propriétés constitutives* »⁹⁷⁸. Partant, selon Jean-Marie Denquin, « *seule la pratique décide donc en dernière analyse du sens* »⁹⁷⁹.

304. Les significations, nécessairement plurielles, du concept de démocratie dépendent ainsi « *du milieu et du contexte dans lequel le projet démocratique et ses réalisations institutionnelles s'insèrent* »⁹⁸⁰. Cependant, cela ne signifie pas que l'usage de ce concept ne soit soumis à aucune règle. Si son sens « *est certes arbitraire, [...] il n'en résulte pas qu'il soit disponible : les plus subtiles spéculations doctrinales ne peuvent le modifier* »⁹⁸¹. Par exemple, les différentes interprétations que donnent du terme démocratie les « interprètes authentiques » n'est pas

⁹⁷³ A.-M Le Pourhiet, « Définir la démocratie », *RFDC*, 2011/3 (n° 87), p. 453.

⁹⁷⁴ *La Constitution : rien ne bouge, tout change*, *Op. cit.*, p.

⁹⁷⁵ A.-M Le Pourhiet, « Définir la démocratie ». *Op. cit.*, p. 453.

⁹⁷⁶ M. Troper, comme nous l'avons indiqué dans l'Introduction, distingue les « concepts » des « métaconcepts ». Alors que « *les concepts n'ont pas d'histoire parce qu'ils ne se transforment pas* », les « métaconcepts » sont forgés par l'historien ou le comparatiste pour décrire le concepts et peuvent donc voyager dans le temps et l'espace. « Chapitre III. Les concepts juridiques et l'histoire », *Op. cit.*

⁹⁷⁷ J.-M. Denquin, « Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *JP*, n°2 (Droit, politique et justice constitutionnelle), mars 2009 [En ligne : <http://juspoliticum.com/article/Que-veut-on-dire-par-democratie-L-essence-la-democratie-et-la-justice-constitutionnelle-76.html>]. Cet auteur cite Dominique Rousseau, qui reproche aux contradicteurs de son concept de « démocratie continue » d'adopter une conception « essentialiste » de la démocratie, sous-entendant que la démocratie n'a pas d'essence.

⁹⁷⁸ O. Pfersmann, « Normes juridiques et relativisme politique en démocratie », *Cités*, 2011/3-4 (n°47-48), p. 275.

⁹⁷⁹ *Idem.*

⁹⁸⁰ L. Klein, « Démocratie constitutionnelle et constitutionnalisme démocratique : essai de classification des théories juridiques de la démocratie », *RFDC*, 2017/1 (N° 109), p. 121.

⁹⁸¹ *Idem.*

absolument libre, « *car il ne servirait à rien qu'elles soient souveraines si elles demeuraient incomprises* »⁹⁸². En ce sens, l'interprétation authentique (acte de volonté) dont être alimentée ou inspirée par l'interprétation scientifique, c'est-à-dire la théorie, notamment la théorie constitutionnelle (acte de connaissance)⁹⁸³.

305. Or pour le juriste constitutionnaliste il est d'autant plus malaisé d'appréhender le concept de démocratie que celui-ci ne fait pas partie des objets dont il a traditionnellement à connaître. En effet, le droit constitutionnel se concentre historiquement « *sur l'étude de différents types de régimes, et non sur l'idée même de démocratie* »⁹⁸⁴. Or, comme le montre Bernard Manin dans sa célèbre étude au sujet des régimes représentatifs⁹⁸⁵, les premiers régimes libéraux issus des révolutions constitutionnalistes de la fin du XVIII^e siècle - ainsi que le parlementarisme britannique pionnier - ne furent pas des régimes démocratiques. Par conséquent, avant d'organiser les conditions de possibilité d'une démocratie, les premières Constitutions s'attelèrent à renouveler le principe ancien de la représentation. En effet, la démocratie n'avait pas bonne presse parmi les inventeurs du régime représentatif libéral. Non seulement cette dernière, conçue comme étant « *basée sur l'idée d'une participation directe et perpétuelle des citoyens aux tâches politiques* »⁹⁸⁶, semblait peu adaptée à des sociétés nationales étendues et fortement peuplées, mais, de plus, le système représentatif apparaissait comme la seule voie pour consacrer un système libéral, le « *seul gouvernement légitime* »⁹⁸⁷. Autrement dit, le système représentatif n'était pas conçu comme « *une forme imparfaite, placée à l'ombre d'un idéal démocratique dont il faudrait la rapprocher* »⁹⁸⁸, mais comme une « *évidence philosophique* » pour toute « *nation moderne, affranchie des nostalgies envers le modèle athénien et désireuse d'offrir le maximum de liberté à ses membres* »⁹⁸⁹.

⁹⁸² *Idem.*

⁹⁸³ Selon une distinction kelsénienne. Cf. par ex. M. Troper, « Chapitre V. Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 85.

⁹⁸⁴ L. Klein, « Démocratie constitutionnelle et constitutionnalisme démocratique : essai de classification des théories juridiques de la démocratie », *Op. cit.*, p. 121.

⁹⁸⁵ *Principes du gouvernement représentatif*, Flammarion (Coll. « Champs essais »), Paris, 2019 (3^{ème} ed.).

⁹⁸⁶ E. Sommerer, Sieyès, *Le révolutionnaire et le conservateur*, *Op. cit.* p. 47.

⁹⁸⁷ « *le système d'un gouvernement représentatif est le seul qui soit digne d'un corps d'associés qui aiment la liberté, ou pour dire plus vrai, c'est le seul gouvernement légitime* ». « Instruction donnée par S.A.S. Monseigneur le Duc d'Orléans, à ses représentants aux baillages. Suivie de délibérations à prendre dans les assemblées », in *Œuvres*, vol. 1, p. 73. Cité par *Idem.*

⁹⁸⁸ *Idem.*

⁹⁸⁹ *Idem.*

306. C'est ainsi que les grands libéraux du XVIII^e siècle partagent cette préférence pour le régime représentatif. Montesquieu affirme que « *le peuple, qui a assez de capacité pour se faire rendre compte de la gestion des autres, n'est pas propre à gérer par lui-même* »⁹⁹⁰ ; Sieyès, dans son célèbre « Dire sur la question du veto royal » , conclut que « *la France n'est point, ne peut pas être une démocratie* » ; James Madison estime, dans un papier du *Federalist*, que « *la volonté publique formulée par les représentants du peuple s'accorde mieux avec le bien public que si elle était formulée par le peuple lui-même, rassemblé à cet effet* »⁹⁹¹. Selon Bernard Manin, ce n'est qu'à partir de la fin du XIX^e siècle que les régimes représentatifs se transforment, sous l'effet de l'extension du droit de vote et de l'apparition des premiers partis politiques de masse, en « démocraties de partis »⁹⁹². C'est à ce moment-là que le libéralisme devient démocratique.

307. La théorie constitutionnelle en tire une première conséquence : le système de production des normes juridiques doit associer les destinataires des normes à leur élaboration. De ce point de vue, Otto Pfersmann définit la démocratie « *comme la forme juridique de l'autonomie collective, c'est-à-dire le principe de la production des normes juridiques par leurs destinataires* »⁹⁹³. En effet, l'idéal démocratique vise à faire coïncider les gouvernants avec les gouvernés. La démocratie est donc perçue comme la mise en œuvre du principe de souveraineté du peuple⁹⁹⁴. C'est ainsi que, comme le note Olivier Beaud, « *l'émergence de la signification démocratique de la souveraineté du peuple* » amène à décrire la souveraineté « *à l'aide des notions de pouvoir constituant et de pouvoir de suffrage* »⁹⁹⁵. Le premier, le pouvoir constituant, permet d'établir le cadre général dans lequel s'exerce le second, le pouvoir de suffrage. Celui-ci a pour fonction d'élire les représentants : c'est cela que le concept de « démocratie représentative », qui s'apparente donc à un oxymore, permet de traduire.

⁹⁹⁰ *De l'esprit des lois*, Livre II, Chap. 2, *Op. cit.*, p. 241.

⁹⁹¹ *The Federalist*, n°10 (« The Same Subject Continued: The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrections »).

⁹⁹² *Principes du gouvernement représentatif*, *Op. cit.*, p. 250.

⁹⁹³ O. Pfersmann, « Normes juridiques et relativisme politique en démocratie », *Op. cit.*, p. 275.

⁹⁹⁴ M. David, *La souveraineté du peuple*, *Op. cit.*

⁹⁹⁵ *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 19.

308. Or l'analyse politique a mis en évidence les évolutions considérables du régime démocratique depuis la fin du XIXe siècle. Comme nous venons de le mentionner, Bernard Manin nomme le premier avatar de la démocratie la « démocratie des partis ». Ces derniers sont au centre de la compétition électorale, qu'ils organisent autour d'un programme et d'une « *structure préalablement organisée avec son réseau de relations et d'influences, ses capacités à collecter des fonds et sa main-d'œuvre bénévole* »⁹⁹⁶. Ainsi, les étiquettes partisans - et non pas les personnalités - jouent un rôle prédominant dans la détermination du vote car « *l'orientation du vote est déterminée par la position sociale et économique des individus ou celles de leurs parents* »⁹⁹⁷. Progressivement, le rapport entre les représentants et les représentés se transforme pour devenir plus étroit. Depuis les années 1970, il est possible de constater que les électeurs votent de plus en plus pour une personnalité : la relation représentative acquiert un « *caractère personnel* », ce qui la rapproche, selon Bernard Manin, du parlementarisme originel⁹⁹⁸. Autrement dit, l'adhésion partisane ne permet plus d'anticiper (*a priori*) et d'expliquer (*a posteriori*) le comportement électoral. Ce phénomène de « personnalisation du choix électoral » apparaît sous la pression de deux facteurs : d'une part la progression de l'idéal démocratique et de l'individualisme et, d'autre part, les progrès techniques en matière de communication⁹⁹⁹. La personnalisation du choix électoral préside à l'avènement de la « démocratie du public », dans laquelle règne l'expert en communication (le fameux « *spin doctor* »)¹⁰⁰⁰.

309. Ce très bref aperçu de quelques mutations de la démocratie représentative met en lumière la diversité de ses manifestations et la profondeur de ses transformations, toutes deux aboutissant à une forme de paralysie pour en penser les nouvelles formes et à l'abus de références à la « crise de la représentation ». Ces évolutions de nature politique et sociologique n'ont néanmoins pas eu d'effets directs sur le plan juridique. Le rapport entre la souveraineté et la démocratie se manifeste toujours par l'exercice du pouvoir constituant et du droit au suffrage, qu'il permette de choisir des représentants ou de décider directement par la voie du référendum. Il y a cependant eu des effets

⁹⁹⁶ B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Op., Cit., p. 280.

⁹⁹⁷ *Ibid*, p. 267.

⁹⁹⁸ *Ibid*, p. 280.

⁹⁹⁹ D'abord l'entrée de la télévision dans tous les foyers à partir des années 1960 et, plus récemment, la révolution numérique et le développement des réseaux sociaux.

¹⁰⁰⁰ Selon B. Manin, « *ceux qui parviennent à se faire élire ne sont pas des notables locaux, mais des individus qui maîtrisent mieux que les autres les techniques de communication, ce qu'on appelle des « figures médiatiques* » ». *Ibid*, p. 281.

indirects issus, d'une part, de la montée de l'individualisme¹⁰⁰¹ et, d'autre part, d'une conception subjective des droits et libertés¹⁰⁰². A partir de la fin de la Seconde Guerre mondiale, avec l'adoption quasi générale, dans les « grandes démocraties », d'un contrôle de conformité des lois votées par le Parlement à la Constitution, une distinction s'est établie entre la « démocratie électorale » et la « démocratie par le droit ». A partir de cette distinction, une controverse est née en vue d'établir lequel de ces deux systèmes est, non seulement le « meilleur », mais « le plus démocratique », un débat traduisant la confusion entre démocratie et bon régime.

310. De manière simplifiée, certains auteurs ont considéré que l'introduction d'un organe de contrôle de la constitutionnalité de la loi aurait affaibli le principe démocratique dès lors que le « contrôleur » devient « co-législateur »¹⁰⁰³. D'autres, au contraire, estiment que l'apparition et la consolidation d'un contrôle de constitutionnalité des lois a contribué à renforcer la démocratie. Cette dernière prise de position repose sur deux arguments. Le premier, de nature instrumentale, consiste à avancer que la démocratie comme système de gouvernement ne peut s'épanouir que dans le cadre du libéralisme politique. Comme l'énonce Michel Troper, le fonctionnement normal et régulier du système démocratique « *implique que la volonté du peuple puisse se former librement, par la mise en concurrence des idées et des opinions, de telle manière que la minorité d'aujourd'hui puisse devenir majorité de demain* »¹⁰⁰⁴. Le contrôle de constitutionnalité de la loi, dont l'une des fonctions primordiales est de sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis, est donc une condition *sine qua non* de la démocratie, un instrument au service de cette dernière. Le second argument en faveur de l'idée selon laquelle l'affermissement de la justice constitutionnelle

¹⁰⁰¹ Tocqueville déplorait déjà en 1840 cette tendance des sociétés démocratiques. Selon lui, la volonté d'autonomie des individus et l'oubli du devenir collectif conduirait inexorablement vers « *un amour passionné et exagéré de soi-même* » (*De la démocratie en Amérique*, Tome 2, Flammarion, Paris, 1993, p. 143). Cette conception pessimiste fut critiquée par Emile Durkheim, pour lequel « *la reconnaissance des droits des individus autonomes est en fait un humanisme et un solidarisme, une « religion de l'humanité » qui « nous assigne un idéal », non pas un égoïsme mais la préoccupation de toutes les misères humaines, une volonté de les combattre et une soif de justice* ». (P. Bréchon, « Chapitre 13. Individualisation et individualisme dans les sociétés européennes », in *Les valeurs des Européens*, Armand Collin (Coll. U - Science politique), Paris, 2014, p. 221. A propos des débats que ce phénomène a provoqués sur le plan méthodologique : C. Tarot, « Individu, société et individualismes. Une introduction au débat sociologique », *Essaim*, 2004/1 (n°12).

¹⁰⁰² M. Tetu met en évidence ce phénomène dans sa thèse *La catégorie juridique des droits et libertés*. Elle souligne « *l'existence d'un certain nombre de points communs entre les droits et libertés et les droits subjectifs : les sujets de droit comme titulaires ; la prérogative comme objet du droit ; leur fondement au sein du droit objectif ; la possibilité de les opposer aux autres sujets de droit et d'en réclamer le respect auprès d'un juge* ». M. Tetu (dir. D. Mongoin). *La catégorie juridique des droits et libertés*, Thèse pour l'obtention du titre de docteur en droit, Université Jean Moulin (Lyon 3), 2020, p. 337.

¹⁰⁰³ Cela « *alors que la loi a été adoptée par les représentants du peuple souverain, qu'elle est l'expression de la volonté générale, et qu'il n'est pas lui-même un élu, qu'il ne représente personne* ». M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF (Coll. « Léviathan »), 1994, p. 330.

¹⁰⁰⁴ *Ibid*, p. 331.

constitue un progrès démocratique repose sur une conception procédurale de la célèbre expression : « la loi est l'expression de la volonté générale » (article 6 de la Déclaration de 1789). Selon celle-ci, la loi ne serait l'expression de la volonté générale que dans le respect de la Constitution, comme cela fut affirmé par le Conseil constitutionnel¹⁰⁰⁵. C'est à cette lumière que « *le contrôle de la constitutionnalité des lois n'est pas un frein, ni un correctif à la démocratie, mais son instrument nécessaire* »¹⁰⁰⁶.

311. L'érosion de l'autorité et du prestige de la loi votée par le Parlement conduit, dans l'ordre juridique national, à une valorisation du pouvoir constituant, dont l'exercice est réputé représenter la manifestation la plus pure de la souveraineté. L'équivalence entre démocratie et pouvoir constituant, que l'on désigne par le terme de « démocratie constitutionnelle » a, naturellement, eu des effets sur le concept de Constitution, ainsi que nous le verrons à présent.

II. Les conséquences de la démocratie constitutionnelle sur le concept de Constitution

312. La démocratie constitutionnelle, c'est-à-dire l'attribution de la compétence constituante au peuple, témoigne de l'irruption de ce dernier comme « *acteur juridique dans un monde dont il avait été, jusque là, écarté* »¹⁰⁰⁷. Elle atteste « *du lien étroit entre le pouvoir constituant et la démocratie moderne, lien par ailleurs attesté par l'exemple des deux grandes révolutions, américaine et française, fondatrices de l'ordre constitutionnel moderne* »¹⁰⁰⁸. Il devient possible, avec l'avènement de la démocratie constitutionnelle, de considérer l'exercice du pouvoir constituant comme l'expression ultime de la souveraineté en tant que compétence normative suprême¹⁰⁰⁹.

313. C'est ainsi que, selon le mot du professeur Bertrand Mathieu, la Constitution devient pleinement « *un acte de souveraineté* »¹⁰¹⁰. Cet auteur ajoute que « *c'est au sein d'un Etat*

¹⁰⁰⁵ Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, considérant n°27.

¹⁰⁰⁶ M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 331.

¹⁰⁰⁷ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 220.

¹⁰⁰⁸ *Idem.*

¹⁰⁰⁹ Cf. *infra*. Sect. 2.

¹⁰¹⁰ *Constitution : rien ne bouge et tout change*, *Op. cit.*

démocratique la règle qu'un peuple se donne à lui-même »¹⁰¹¹, attestant du rapport entre pouvoir constituant et principe démocratique. Olivier Beaud adopte une analyse qui paraît aller dans le même sens. Pour ce dernier, « l'acte constituant — qui pose la constitution — est l'acte moderne de souveraineté, l'équivalent démocratique de la loi monarchique, et le pouvoir constituant le nouveau pouvoir souverain. L'auteur de l'acte constituant est en principe le peuple souverain qui, en cette qualité, détient le pouvoir constituant »¹⁰¹². La spécificité de l'analyse d'Olivier Beaud réside néanmoins dans le fait qu'il refuse de séparer l'analyse juridique du droit constitutionnel de l'idéologie politique qui le fonde.

314. C'est ainsi que la théorie du pouvoir constituant doit être informée à la fois par le principe de souveraineté et par le principe démocratique. Olivier Beaud s'éloigne de la distinction classique entre « pouvoir constituant originaire » et « pouvoir constituant dérivé ». Il distingue ce qu'il appelle « l'acte de souveraineté » - qu'il fait correspondre avec l'« acte constituant », c'est-à-dire l'acte posant une Constitution - de l'acte de révision constitutionnelle, qui serait un « acte de magistrature ». Ainsi, en vertu de l'hypothèse selon laquelle « l'acte constituant et l'acte de révision sont, ainsi que les pouvoirs qui s'y rattachent, fondamentalement distincts et opposés », Olivier Beaud critique une « erreur de la doctrine » consistant à « ranger ces deux pouvoirs dans un genre unique, d'adopter une différenciation relative (différence de degré), alors qu'elle devrait être absolue. L'opposition entre un pouvoir absolu et un pouvoir non absolu constitue une différence de nature, comme nous l'enseigne la notion de souveraineté »¹⁰¹³. La distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision constitutionnelle a, logiquement, des implications en ce qui concerne la faculté de réviser la Constitution mais, également, en ce qui concerne la notion de Constitution elle-même dans le cadre d'un régime démocratique. Cette importance justifie que l'on se penche de plus près sur cette dichotomie.

315. S'il existe une distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision, cette dernière se traduit à la fois sur le terrain formel et sur le plan matériel. Sur le plan formel, Olivier Beaud considère, sur le fondement d'une étude du droit constitutionnel positif de la III^e République et de la doctrine positiviste de l'époque (notamment Carré de Malberg) que « le pouvoir de révision

¹⁰¹¹ *Idem.*

¹⁰¹² O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 217.

¹⁰¹³ *Ibid*, p. 314.

constitutionnelle est subordonné, comme les autres pouvoirs publics ordinaires, aux règles constitutionnelles de forme (compétence et procédure) »¹⁰¹⁴. Il assimile donc le pouvoir de révision à un pouvoir constitué¹⁰¹⁵. Sur le plan matériel, le pouvoir de révision est également limité. Tout « comme la loi ordinaire, la loi organique ou l'acte administratif »¹⁰¹⁶, il ne pourrait pas aller à l'encontre de la Constitution¹⁰¹⁷. Ainsi, l'« acte de révision a une valeur constitutionnelle, c'est-à-dire infraconstituante et supralégislative »¹⁰¹⁸.

316. La distinction entre l'acte constituant et l'acte de révision entraîne des conséquences sur la conception de la Constitution. Selon Olivier Beaud, elle révèle « l'existence d'une hiérarchie matérielle entre des principes intangibles et des dispositions qui ne le sont pas »¹⁰¹⁹, les seconds pouvant, inversement aux premiers, être révisés par un acte de révision. Il s'inspire ici de Maurice Hauriou et de Carl Schmitt¹⁰²⁰. Ce noyau de la Constitution permet de désigner « l'ensemble des décisions fondamentales qui fondent « l'identité de la constitution », c'est-à-dire qui structurent ou configurent le régime politique et social d'un pays donné »¹⁰²¹. Sur le plan du droit positif, cette idée trouve application, selon Olivier Beaud, en ce qui concerne les rapports entre la France et l'Union européenne. Cette dernière est fondée par le traité de Maastricht, qui peut être considéré comme le premier traité « constitutionnel » européen à deux égards. D'une part, il est le premier à aborder des domaines de nature matériellement constitutionnelle (les droits de l'homme, la démocratie et l'Etat de droit¹⁰²²), posant ainsi les bases du développement d'un « constitutionnalisme européen »¹⁰²³, dont la particularité est de désigner un ensemble de règles de nature à la fois constitutionnelle et extra-étatique, c'est-à-dire non rattachables à l'expression d'une volonté souveraine. D'autre part, il est le premier, en France, à entraîner une révision de la

¹⁰¹⁴ *Ibid*, p. 321.

¹⁰¹⁵ Selon lui, « le pouvoir de révision est une magistrature constitutionnelle, et à ce titre soumis à la constitution, sur le fond comme sur la forme ». *Ibid*, p. 357.

¹⁰¹⁶ *Ibid*, p. 352.

¹⁰¹⁷ « L'acte de révision existe donc (est valide) sous réserve de conformité à la constitution ». *Ibid*, p. 351.

¹⁰¹⁸ *Ibid*, p. 352.

¹⁰¹⁹ *Ibid*, p. 364.

¹⁰²⁰ « Tandis que Maurice Hauriou qualifie ces principes essentiels d'une constitution — écrits et même non écrits — de « superlégalité constitutionnelle », Schmitt préfère les désigner de « substance » ou de « noyau » (Kern) de la constitution ». *Idem*.

¹⁰²¹ *Idem*.

¹⁰²² Cf. son Préambule.

¹⁰²³ Cf. *infra*. Partie 2, Titre 2, Chap. 1, Sect. 2.

Constitution avant sa ratification sur le fondement de l'article 54. En ce sens, le traité de Maastricht pose les soubassements d'une union d'une nature nouvelle entre Etats, que certains auteurs comme Olivier Beaud¹⁰²⁴ qualifie de « fédération européenne »¹⁰²⁵. Or, pour Olivier Beaud, « *la formation d'une Fédération européenne par les Etats ne pourrait avoir lieu que par une brisure de la légalité, par une rupture constitutionnelle, c'est-à-dire par un acte de nature constituante* »¹⁰²⁶. Autrement dit, un acte de révision ne pouvait pas permettre la ratification du traité de Maastricht.

317. Olivier Beaud s'éloigne ainsi d'une bonne partie de la doctrine juridique française, qui conçoit différemment les rapports entre souveraineté, démocratie et pouvoir constituant. Comme nous l'avons évoqué précédemment, une majorité de la doctrine assimile en effet le pouvoir constituant et le pouvoir de révision du fait d'une adhésion plus ou moins explicite au positivisme juridique. Un raisonnement caractéristique de cette conception du pouvoir constituant est offert par le doyen Vedel. Pour ce dernier, le pouvoir constituant constitue un « *lieu juridique où la souveraineté démocratique s'exerce sans partage* »¹⁰²⁷. Aussi, « *le pouvoir constituant dérivé n'est pas un pouvoir d'une autre nature que le pouvoir constituant initial* »¹⁰²⁸. En effet selon le doyen Vedel, « *la Constitution lui donne sa procédure (qui, d'ailleurs, peut faire l'objet d'une révision comme le prouve la loi constitutionnelle du 3 juin 1958), elle ne borne point son étendue (car même la prohibition concernant la forme républicaine du gouvernement porté à l'article 89, dernier alinéa, serait tenue en échec par une révision du même dernier alinéa)* »¹⁰²⁹. Jean Gicquel et Jean- Eric Gicquel adoptent la même approche, conduisant à une explication en deux temps. Ils reprennent d'abord la distinction classique entre « pouvoir constituant originaire » et « pouvoir constituant dérivé » puis ils considèrent immédiatement après que la « *plénitude* » de ce dernier est indiscutable¹⁰³⁰, ce qui conduit à fusionner les deux objets préalablement distingués. Par ailleurs, leur adhésion au positivisme ne les empêche pas de s'intéresser aux procédures d'élaboration des

¹⁰²⁴ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 457 et s.

¹⁰²⁵ Cette terminologie a, depuis, fait florès dans la doctrine comme nous le verrons *infra*. Partie 2, Titre 2, Chap. 1, Sect. 2, § 2.

¹⁰²⁶ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 365.

¹⁰²⁷ G. Vedel, « Schengen et Maastricht (A propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *RFDA*, n°2, 1992, p. 179.

¹⁰²⁸ *Idem*.

¹⁰²⁹ *Idem*.

¹⁰³⁰ J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ (Coll. Précis Domat), Paris, 2019 (32e éd.). p. 230.

Constitutions, c'est-à-dire à l'exercice du « pouvoir constituant originaire ». De ce point de vue, ils distinguent les « *modes autoritaires d'élaboration des Constitutions* » des « *modes démocratiques d'élaboration des Constitutions* »¹⁰³¹, dans la mesure où le droit positif offre ces deux modalités.

318. Un autre raisonnement qui se revendique également du positivisme est celui adopté par les tenants du normativisme. Ces derniers, en bons positivistes, écartent également l'étude du « pouvoir constituant originaire » en traçant une distinction entre la révision constitutionnelle proprement dite et la révolution juridique. Dès lors que la première « *a pour objet la modification du droit constitutionnel formel* », cela implique « *qu'il existe une Constitution formelle en vigueur* ». Par conséquent, « *il y a révision aussi longtemps qu'il est possible de fonder la validité d'un acte normatif formellement constitutionnel à partir d'un ensemble normatif formellement constitutionnel en vigueur* »¹⁰³².

Cependant, dès l'instant que cette continuité se rompt, on est, selon ces auteurs, confrontés à une révolution juridique. Ils qualifient ainsi de « *Première Constitution historique* »¹⁰³³ « *l'ensemble de normes formellement constitutionnelles issu de la dernière révolution juridique* ». Le résultat est que l'institution d'une nouvelle Constitution « *en rupture avec celle qui existe jusqu'alors* » ne correspond pas à l'exercice d'un droit ou d'un pouvoir juridiquement réglé mais à un fait juridiquement insaisissable¹⁰³⁴ : l'établissement de la « *Première Constitution historique* »¹⁰³⁵. Ce raisonnement conduit donc à écarter de l'analyse juridique tout ce qui relève de l'élaboration de la Constitution, c'est-à-dire de la phase pré-constituante¹⁰³⁶. De la même façon, la question éminemment importante du rapport entre démocratie et pouvoir constituant est marginalisée. En effet, cette dernière demeurerait réduite à une simple « revendication politique », dont la réalité juridique ne serait reconnue que si le système juridique positif « *la traduit en normes*

¹⁰³¹ *Ibid*, p. 233-234.

¹⁰³² L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz (Coll. Précis), Paris, 2021 (23e éd.), p. 117.

¹⁰³³ *Idem*.

¹⁰³⁴ Cette idée est résumée par une phrase qui peut paraître déconcertante : « *L'établissement d'une Constitution ne relève pas du droit, il fonde le droit* ». *Ibid*, p. 121.

¹⁰³⁵ *Ibid*, p. 121.

¹⁰³⁶ Alexis Blouët a réfléchi à cette question dans sa thèse au sujet du « pouvoir pré-constituant ». Il estime que cette première Constitution historique peut elle-même être également considérée comme une Constitution provisoire ou transitoire, auquel cas la phase pré-constituante pourrait également faire l'objet d'une étude du point de vue des normativistes. Cf. A. Blouët, *Le pouvoir pré-constituant. Analyse conceptuelle et empirique du processus constitutionnel égyptien après la Révolution du 25 janvier 2011*, Op. cit.

de droit »¹⁰³⁷. La traduction de la démocratie constitutionnelle en matière de pouvoir constituant reçoit donc un traitement différencié selon les approches juridiques adoptées. Si l'approche dont se réclame Olivier Beaud¹⁰³⁸ l'amène à « prendre au sérieux » l'hypothèse de la démocratie constitutionnelle, la démarche des auteurs positivistes¹⁰³⁹ conduit à écarter l'étude du rapport entre le principe démocratique et le pouvoir constituant.

319. Pour notre part, nous retiendrons que l'avènement du libéralisme démocratique a profondément transformé la nature et l'exercice du pouvoir constituant. Comme le montre Olivier Beaud, le peuple s'est progressivement vu reconnaître la qualité de souverain dans nos démocraties constitutionnelles dès le moment où il s'est vu reconnaître la faculté d'adopter la Constitution¹⁰⁴⁰. Cette idée est d'autant plus pertinente en France, sous la Ve République. Comme le général de Gaulle l'exposait en 1969 dans un entretien avec Michel Droit, « *pour un bon nombre de professionnels de la politique qui ne se résignent pas à voir le peuple exercer directement sa souveraineté par dessus leur intermédiaire, et aussi pour certains juristes qui en sont restés au droit tel qu'il était à l'époque où cette pratique éminemment démocratique n'existait pas dans nos institutions, le référendum apparaît comme fâcheux et anormal. [...] En 1945, c'est malgré ces objecteurs que j'ai institué le référendum afin qu'il rouvre la porte à la démocratie, et qu'il devienne ensuite la sanction obligatoire de toute constitution* »¹⁰⁴¹. À ce moment, « *l'expression juridique de la souveraineté du peuple passe alors par le référendum constituant, la forme juridique typiquement démocratique de la ratification de la constitution* »¹⁰⁴².

320. Nous avons montré que le principe de souveraineté désigne, en droit, une compétence de nature normative et de rang suprême monopolisée par l'Etat. Progressivement, cette compétence a

¹⁰³⁷ L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, Op. cit., p. 120.

¹⁰³⁸ Selon laquelle il convient d'étudier le droit constitutionnel en lien avec son substrat idéologico-politique.

¹⁰³⁹ Que ce soit l'orthodoxie positiviste dont se réclament les normativistes ou le positivisme d'autres auteurs, qu' Armel Le Divellec qualifie de « post-kelsenisme mou » ((Entretien avec A. Le Divellec, « *JP : le droit ressaisi par la politique ?* » . En ligne : https://www.nonfiction.fr/articleprint-4108-jus_politicum_le_droit_ressaisi_par_la_politique.html).

¹⁰⁴⁰ Comme le note Olivier Beaud, « *dans la sphère du droit constitutionnel, et non plus des idées constitutionnelles, le mouvement historique a substitué à la représentation constituante la sanction populaire qui est devenue de droit commun* ». *Ibid*, p. 288.

¹⁰⁴¹ Entretien avec le journaliste Michel Droit, avant le référendum sur la création des régions et la réforme du Sénat fixé au 27 avril [En ligne sur le site de l'INA : <https://fresques.ina.fr/de-gaulle/fiche-media/Gaulle00282/entretien-avec-michel-droit.html>].

¹⁰⁴² *Ibid*, p. 300. Olivier Beaud considère que la conception gaullienne de la fonction constituante témoigne à ce titre de « *la filiation entre de Gaulle et les Bonaparte* » (*Ibid*, p. 287).

été rattachée à la compétence constituante. Dès lors, les concepts de souveraineté, d'Etat et de Constitution sont devenus indissociables au sein des approches « stato-nationales du droit ». Ainsi, la souveraineté devient le fondement du droit constitutionnel et, partant, demeure le concept de justification du pouvoir de l'Etat.

Section 2. Souveraineté et *instrumentum* : les rapports entre la souveraineté et la Constitution

321. Comme nous venons de le montrer, les révolutions libérales, et tout particulièrement la Révolution française, marquent à la fois une rupture et une continuité du point de vue de l'histoire du principe de souveraineté. D'une part, animée par l'idée que l'exercice du pouvoir doit être encadré et limité par l'instauration de contrôles et de contrepoids, la Révolution de 1789 annonce la fin de l'absolutisme comme système de gouvernement et, plus largement, comme phénomène culturel¹⁰⁴³. La rupture réside en ceci que l'absolutisme avait pu être conçu comme l'aboutissement nécessaire des postulats issus du principe de souveraineté. En quelque sorte, la souveraineté avait été conçue comme si elle devait nécessairement impliquer une conception exclusiviste et radicale de la puissance du roi, conduisant irrémédiablement à l'absolutisme¹⁰⁴⁴. Comme l'indique O. Beaud, « ce leitmotiv, aussi courant chez les publicistes que chez les internationalistes, a pour effet d'identifier la souveraineté à la souveraineté monarchique absolue, et de décrire ensuite l'avènement du constitutionnalisme comme la preuve tangible de l'obsolescence définitive de la notion de souveraineté »¹⁰⁴⁵. Nous avons pu voir en examinant la doctrine bodinienne que ce rapport est loin d'être reconnu par le juriste angevin, notamment car l'exercice de la puissance du

¹⁰⁴³ L'absolutisme a, en effet, des implications politiques, juridiques et culturelles. Tout d'abord, il se caractérise par la reconnaissance au profit du monarque d'une légitimité politique absolue. Ensuite, d'un point de vue juridique, le monarque est réputé concentrer l'ensemble des compétences de nature normative. Il incarne donc le souverain au sens de Bodin (Cf. *infra*. Titre 1, Chap. 2, Sect. 2, §2). Enfin, après la période de la Fronde (entre 1648 et 1653), l'absolutisme, entraîne également un raidissement des rapports entre le pouvoir d'une part et la société et l'individu d'autre part. Paul Hazard rapporte la controverse qui oppose Bossuet et le pasteur protestant Claude en 1678. S'affrontant au sujet des droits de la conscience individuelle, l'évêque de Meaux interroge son contradicteur sur les limites qui doivent lui être apposées. Alors que ce dernier défend « le droit de penser sans contrainte, le droit d'examiner sans restrictions, le droit de faire prévaloir les décisions d'une conscience individuelle sur le consentement général », Bossuet plaide pour « la volonté de penser en commun, la joie austère d'obéir à une discipline une fois pour toutes acceptée, la nécessité de reconnaître une autorité pour continuer à vivre » (propos rapportés par P. Hazard, *La crise de la conscience européenne. 1680-1715*, Op. cit., p. 82).

¹⁰⁴⁴ Cf. *Supra*. Introduction et *infra*. Chap. 2 pour des exemples d'auteurs qui associent le principe de souveraineté à la logique absolutiste. Aujourd'hui, nous pouvons penser à Dominique Rousseau ou Monique Chemillier-Gendreau. Cf. en ce sens : M. Chemillier-Gendreau, « Le concept de souveraineté a-t-il encore un avenir ? », *RDP* 2014, n°5, p. 1283 et D. Rousseau, « Pour une gouvernance mondiale démocratique », *RED*, 02, mars 2021 [En ligne : <https://legrandcontinent.eu/fr/2021/03/21/pour-une-gouvernance-mondiale-democratique/>].

¹⁰⁴⁵ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Op. cit., p. 214.

monarque demeure à la fois encadré et déterminé par le droit naturel¹⁰⁴⁶. Mais il est vrai qu'entre Bodin et Bossuet plus d'un siècle s'est écoulé et bien des digues ont sauté.

322. Or, d'autre part, et c'est là où réside la continuité, la Révolution française n'aboutit pas à l'abolition de toute référence à la souveraineté. Au contraire, la souveraineté est conservée comme principe d'un droit public nouveau, au prix d'une transformation de son titulaire et ses conditions d'exercice¹⁰⁴⁷. De ce point de vue, le constitutionnalisme a deux corollaires : il consacre le pouvoir constituant comme nouvel avatar de la souveraineté¹⁰⁴⁸ et il sépare l'exercice des différentes compétences afférentes à la souveraineté en les distribuant parmi plusieurs organes. La Constitution est l'instrument du constitutionnalisme libéral pour réaliser la séparation des pouvoirs et affirmer la garantie des droits.

323. Cela ne signifie évidemment pas qu'un régime autoritaire ne puisse pas être fondé par une Constitution¹⁰⁴⁹ mais seulement que, comme nous souhaiterons le montrer à présent, le constitutionnalisme libéral s'est emparé de la Constitution comme un outil pour mettre en œuvre un programme politique : la séparation des pouvoirs.

324. Longtemps, le terme de « constitution », au singulier, a reçu des acceptions diverses. Provenant du latin *constitutio*, il renvoie, en médecine, à « *l'idée d'état, d'ordre ou d'organisation d'un tout* »¹⁰⁵⁰. Une première acception politique tient de l'analogie naturaliste et désigne, ainsi que l'indique Pierre Brunet, « *une disposition morale propre à certaines sociétés* »¹⁰⁵¹. De ce point de vue, le concept de Constitution est proche de celui de « condition naturelle » et renvoie au même usage qui peut être employé pour décrire l'aspect ou la texture d'un corps humain. A ce titre, comme le note O. Beaud, « *il se réfère autant au corps d'un individu (« la constitution humaine ») qu'à un corps social ou abstrait - désignant par là, très tôt, « la manière dont une chose est faite, la*

¹⁰⁴⁶ Cf. *supra*. Titre 1, Chap. 2, Sect. 1, §2, I.

¹⁰⁴⁷ C'est notamment ce que Carré de Malberg cherchera à montrer (cf. *infra* Chap. 2, Sect. 1).

¹⁰⁴⁸ Cf. *supra*. Sect. 1.

¹⁰⁴⁹ Dans ce cas-là, nous pouvons retenir une conception normative de la Constitution. Celle-ci est alors envisagée, dans la perspective d'une théorie des sources du droit, comme une norme suprême réglant la question de la production et de la hiérarchie des normes juridiques dans l'Etat.

¹⁰⁵⁰ O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat », *JP*, n°3 (Autour de la notion de Constitution), déc. 2009, p. 7.

¹⁰⁵¹ P. Brunet, « Constitution », in *Encyclopædia Universalis* [consultable en ligne : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedia/constitution/>.]

*composition d'une chose »*¹⁰⁵². Au pluriel, le terme de « constitutions » se rapporte, depuis l'Antiquité romaine, à une catégorie d'acte juridique. En effet, les *constitutiones principum* désignaient les décisions ou les législations adoptées par les empereurs : les *edicta*, les *mandata*, les *rescripta* et les *decreta*. Ce terme a ensuite été intégré, dans une logique que nous avons déjà montrée¹⁰⁵³, par le droit canon¹⁰⁵⁴. Il faut attendre la fin du XVIII^e siècle pour retrouver l'acception proprement juridique et publiciste du terme de « constitution ». Ainsi, à partir de 1772 on entend par « constitution de l'état », selon la définition d'Emer de Vattel, « *le règlement fondamental qui détermine la manière dont l'autorité politique doit être exercée. En elle se voit la forme sous laquelle la nation agit en qualité de corps politique* »¹⁰⁵⁵.

325. Ont ainsi cohabité, à l'origine de la notion de Constitution, une acception naturelle et une acception politique-positive. Son acception naturelle désigne un ensemble de principes et de valeurs prétendument intrinsèques à l'être politique d'une société ou à la texture d'un individu, « *un ensemble complexe de phénomènes sociaux* » ainsi que des « *structures profondes de la société qui, dans tous les cas, révèlent la nature humaine* »¹⁰⁵⁶. Dans un sens, cette croyance en la Constitution comme ordre du monde ou ordre naturel s'est maintenue après les révolutions libérales dans une partie de la pensée conservatrice¹⁰⁵⁷. Son acception politique désigne, comme l'indique déjà la définition susévoquée d'Emer de Vattel, un instrument d'organisation des pouvoirs publics issu de la volonté d'une nation exprimée à travers l'activité constituante¹⁰⁵⁸. Nous retrouvons donc dès le début de la seconde moitié du XVIII^e siècle un rapport de consubstantialité entre la Constitution et l'Etat-nation qui fera florès en s'installant au cœur de la théorie constitutionnelle contemporaine. En

¹⁰⁵² O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat », *Op. cit.*, p. 8.

¹⁰⁵³ Cf. *supra*. Titre 1, Chap. 1. Sect. 1.

¹⁰⁵⁴ O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat », *Op. cit.*, p. 8.

¹⁰⁵⁵ *Dictionnaire universel et raisonné des connaissances humaines*, F.-B. de Felice, Yverdon, vol. 11, 1772, pp. 189-191. Cité par O. Beaud, *Ibid*, p. 9 à la suite de M. Valensise, « La constitution française », in K.M. Baker (ed. by), *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture, Vol. I, The Political Culture of the Old Regime*, Oxford / Pergamon Press, New York (Etats-Unis), 1987, p. 445.

¹⁰⁵⁶ J.-M. Denquin, « L'objet du droit constitutionnel : Etat, Constitution, Démocratie ? », in D. Chagnollaud et M. Troper (sous la dir. de), *Traité international de droit constitutionnel, Tome 1*, Dalloz (coll. Traité Dalloz), Paris, 2012, p. 54.

¹⁰⁵⁷ En témoignent les écrits d'Edmund Burke et de Joseph de Maistre, tous deux auteurs post-révolutionnaires et contre-révolutionnaires. V. *Idem*. Selon de Maistre, « *une des grandes erreurs du siècle qui les professa toutes fut de croire qu'une constitution politique pouvait être écrite et créée a priori, tandis que la raison et l'expérience se réunissent pour établir qu'une constitution est une œuvre divine* ». Cité par *Idem*.

¹⁰⁵⁸ Cf. *supra*. Sect. 1.

effet, la définition canonique de l'Etat reprise par le doyen Vedel dans son *Manuel élémentaire de droit constitutionnel* reprend quasiment mot pour mot la définition de la Constitution d'Emer de Vattel. Pour le doyen Vedel, « *l'Etat est l'ensemble des moyens par lesquels la Nation s'organise*¹⁰⁵⁹. [...] *l'Etat est la Nation juridiquement organisée, la Nation en tant qu'elle agit sur le plan du droit* »¹⁰⁶⁰. Du point de vue matériel, pour les penseurs libéraux, « *l'acte constitutionnel [...] est, dans l'idée, la mise en acte de ce qui fait le principe libéral, à savoir la limitation du pouvoir d'Etat par l'existence d'une sphère autonome de droits et libertés* »¹⁰⁶¹.

326. Bien que la dimension naturelle et la dimension politique de la Constitution soient intimement liées, la notion de Constitution qui nous intéresse dans le cadre de la présente étude est la Constitution comme objet positif. Celle-ci s'est transformée pour devenir une norme juridique (§1) dont le rapport avec la souveraineté est tout aussi étroit que soumis à controverse (§2).

§1. Les mutations de la notion de Constitution : de la constitution comme mécanisme à la Constitution comme norme

327. La notion moderne de Constitution s'inscrit dans le cadre posé par le constitutionnalisme libéral. Celui-ci tient surtout de l'héritage gréco-latin ainsi que des théories du constitutionnalisme médiéval. Les premières réflexions sur les conditions de possibilité d'un exercice vertueux du pouvoir politique voient le jour dans le cadre de la démocratie athénienne, après la tyrannie de Pisistrate et des Pisistratides (560-510) et les réformes de Clisthène (507-501). Le régime démocratique athénien accorde une place centrale à la loi écrite, « *nomos* », dans le gouvernement de la Cité¹⁰⁶². Il s'agit d'une spécificité grecque et, plus particulièrement, à partir du Ve siècle, athénienne : « *Hérodote fait dire à des ambassadeurs grecs, face à leurs homologues perses, « nous n'avons pour maître que la loi* »¹⁰⁶³. Son respect est donc érigé en obligation civique de premier

¹⁰⁵⁹ G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949 (Rééd. Dalloz, 2002), Paris, p. 100.

¹⁰⁶⁰ *Ibid*, p. 103.

¹⁰⁶¹ L. Fontaine, « Libéralisme et démocratie ». [En ligne sur le blog de l'autrice : <https://www.ledroitdelafontaine.fr/liberalisme-et-democratie/>].

¹⁰⁶² J. Gaudemet, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Montchrestien (Anthologie du droit), Paris, 2016, p. 79.

¹⁰⁶³ J. Krynen, *Le théâtre juridique. Une histoire de la construction du droit*, Op. cit. p. 117.

ordre, comme en témoigne le serment que tout jeune Athénien doit prêter pour devenir citoyen¹⁰⁶⁴. La croyance dans les vertus d'un « gouvernement des lois » comme cadre et limite à l'exercice du pouvoir par les hommes puise donc ses origines dans la pensée et l'expérience athéniennes¹⁰⁶⁵.

328. La République romaine est héritière de la conception grecque classique du *nomos*. La légende raconte d'ailleurs que des émissaires romains furent envoyés à Athènes pour s'enquérir des lois de Solon, grand législateur antérieur à la mise en place de la démocratie, avant d'édicter la Loi des XII Tables. Le cadre dans lequel se constitue la communauté politique et s'exerce le pouvoir à Rome, la *res publica*, désigne, comme dans la cité de l'Attique, une forme de domination politique légitime, reposant sur l'adhésion du peuple et fondée sur le droit. Le penseur le plus éminent de la *res publica* romaine est Cicéron, dont l'œuvre fut très influente dès le Moyen-Âge car elle ne fut pas temporairement perdue pas comme celle de Polybe. Pour lui, « *la république est la chose du peuple : mais un peuple n'est pas un rassemblement quelconque de gens réunis n'importe comment ; c'est le rassemblement d'une multitude d'individus, qui se sont associés en vertu d'un accord sur le droit et d'une communauté des intérêts* »¹⁰⁶⁶.

329. Ainsi, pour Cicéron, l'existence d'une loi adoptée dans le cadre d'institutions politiques humaines contribue à constituer le peuple. L'existence d'une *res publica* fondée sur le droit entraîne également la reconnaissance d'un ensemble normatif composé de règles relatives à la dévolution et à l'exercice du pouvoir. Ce *status reipublicae* repose donc sur la distinction entre ce qui est de l'ordre de la *res publica* et ce qui appartient à la *res privata*. Le Digeste, plus d'un demi siècle après Cicéron, affirme ce principe : « *le droit public est celui qui concerne la chose publique ; le droit privé est celui qui concerne le bien-être des particuliers* »¹⁰⁶⁷. La *res publica* est organisée selon la doctrine du gouvernement mixte, en intégrant une institution monarchique (les consuls), une

¹⁰⁶⁴ « *Si quelqu'un veut renverser les lois ou leur désobéir, je ne le souffrirai point, mais je combattrai pour elles, seul ou avec tous* ». Cité par *Ibid*, p. 121.

¹⁰⁶⁵ Ainsi que l'indique Mauro Barberis, « dans Les Lois, Platon admet que, puisqu'on ne trouve pas de gouvernants meilleurs que les lois, le gouvernement des lois sera toujours meilleur que le gouvernement des hommes. Aristote développera cette affirmation de Platon pour soutenir qu'« il est préférable, sans doute, que la loi gouverne plutôt qu'un quelconque citoyen et [que], même s'il est préférable que quelques-uns gouvernent, ceux-là il faut les constituer en gardiens de lois, subordonnés aux lois ». V.M. Barberis, « Idéologies de la Constitution - Histoire du constitutionnalisme », *Op. cit.*, p. 119.

¹⁰⁶⁶ Cicéron, *La République, Tome I, Livre I*, Les Belles Lettres, Paris, 1980, p. 222. Nous apprécions, au passage, l'influence de cette définition du peuple sur la définition que Sieyès adoptera de la nation plusieurs siècles plus tard (« *Un corps d'associés vivant sous une loi commune et représentés par une même législature* », cf. *Supra*. Sect. 1, §1, II).

¹⁰⁶⁷ Citée par A. Passerin d'Entrèves, *la notion de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 99.

institution aristocratique (le Sénat), et une institution populaire (les comices). Le gouvernement mixte incarne l'idéal constitutionnaliste romain et inspirera «*les doctrines modernes du républicanisme et de la séparation des pouvoirs*»¹⁰⁶⁸.

330. Comme nous l'avons évoqué précédemment, le constitutionnalisme médiéval postule, en France, l'idéal de limitation du gouvernement monarchique par deux contraintes principales. La première postule que «*le Prince doit gouverner par consentement*»¹⁰⁶⁹. Les autorités dont le Prince doit recueillir le consentement sont notamment les cours souveraines, dont le Parlement de Paris «*considéré par les auteurs humanistes (surtout Budé) comme l'équivalent du Sénat romain*»¹⁰⁷⁰. La seconde contrainte principale du constitutionnalisme médiéval français est «*l'idée selon laquelle le Prince doit respecter les coutumes et ne peut pas les modifier unilatéralement*»¹⁰⁷¹. Ainsi que nous l'avons vu, la théorie de la souveraineté apparaît comme l'«*antagoniste historique*»¹⁰⁷² du constitutionnalisme médiéval. Comme l'affirme O. Beaud, «*l'opposition entre le constitutionnalisme médiéval et la souveraineté de l'Etat est inévitable : elle sera tranchée en France au détriment du premier et au profit de la seconde*»¹⁰⁷³. L'installation de l'absolutisme à partir du milieu du XVII^e siècle consacre ce choix en faveur d'une conception radicale de la souveraineté.

331. Inscrit dans une tradition ancienne, le constitutionnalisme moderne tel qu'il surgit avec les révolutions libérales de la fin du XVIII^e siècle opère toutefois une rupture déterminante dans la manière dont est pensée l'idéal de limitation du pouvoir. En effet, l'expérience antique et le constitutionnalisme médiéval reposent tous deux sur une «*éthique de la vertu*»¹⁰⁷⁴. Cela signifie que le respect du principe du «*gouvernement des lois*» relève d'une qualité personnelle, d'une aptitude particulière dont les gouvernants devraient être dotés. Cependant, le constitutionnalisme moderne rompt, dès le milieu du XVIII^e siècle, avec cette éthique de la vertu : la pensée

¹⁰⁶⁸ M. Barberis, «*Idéologies de la Constitution - Histoire du constitutionnalisme*», *Op. cit.*, p. 119.

¹⁰⁶⁹ O. Beaud, «*L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat*», *Op. cit.*, p. 14-15.

¹⁰⁷⁰ *Ibid*, p. 15.

¹⁰⁷¹ *Idem*.

¹⁰⁷² M. Barberis, «*Idéologies de la Constitution - Histoire du constitutionnalisme*», *Op. cit.*, p. 122.

¹⁰⁷³ O. Beaud, «*L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat*», *Op. cit.*, p. 15.

¹⁰⁷⁴ M. Barberis, «*Idéologies de la Constitution - Histoire du constitutionnalisme*», *Op. cit.*, p. 122.

machiavélienne et la logique de la souveraineté ont laissé de profondes traces. Il affirme, ainsi, une vision de « *la constitution comme machine politique mue par les passions et les intérêts des individus* »¹⁰⁷⁵ (I). Dès le début du XIXe siècle aux Etats-Unis et près d'un siècle plus tard en Europe se répand une nouvelle conception de la Constitution qui y voit une règle de droit (II).

I. La conception mécaniste de la Constitution

332. La conception de la Constitution comme machine ou comme mécanisme, analogie inspirée de la science de l'ingénieur, postule que « *la constitution produira certains comportements non pas parce qu'ils seront prescrits d'une façon solennelle, mais parce que la répartition des compétences, les équilibres et les rapports mutuels des autorités les forceront à les adopter* »¹⁰⁷⁶. Elle est, de ce point de vue, indissociable de la modernité et, ce, pour plusieurs raisons. La première, que nous avons déjà indiquée, est qu'elle ne fait pas dépendre le respect des dispositions constitutionnelles de la justesse des idéaux qui les suscitent - ou de la solennité avec laquelle ces idéaux sont affirmés. C'est le signe de l'érosion de la dimension métaphysique du pouvoir : l'exercice de ce dernier est calqué sur le fonctionnement d'une vaste machine ; il ne s'agit plus d'un art faisant appel à la vertu et devant s'inscrire dans le respect de la nature. Ainsi, l'exercice du pouvoir doit être gouverné par des lois physiques (des contrôles, des poids et des contre-poids) et non plus directement par des règles morales ou éthiques. Cela rejoint le second élément dénotant la modernité de la conception mécaniste de la Constitution. Dans une logique individualiste et pragmatique typiquement machiavélienne, il est admis que chaque organe de l'Etat aura vocation à rechercher la plus grande accumulation de pouvoir. Or, pour l'en empêcher, les principes éthiques ou moraux sont vains. La solution réside dans l'encadrement technique de l'exercice du pouvoir afin de l'orienter vers l'approfondissement de la liberté.

333. Si la conception mécaniste de la Constitution a pour berceau l'Angleterre et les Etats-Unis (A), la France a l'accueillie de manière précoce, à la fois sur le plan intellectuel et, sur le terrain du droit positif, avec les travaux de la Constituante (B).

¹⁰⁷⁵ *Idem.*

¹⁰⁷⁶ M. Troper, « Chapitre II. Sieyès et la hiérarchie des normes », in *Le droit et la nécessité*, *Op. cit.*, p. 247.

A. Le berceau de la conception mécaniste de la Constitution : l'Angleterre et les Etats-Unis

334. Cette manière de penser la Constitution est née en Angleterre. Elle correspond, dans le contexte anglais, à une historiographie particulière du constitutionnalisme conforme à la doctrine libérale. Selon celle-ci, la Constitution anglaise ne serait pas le fruit d'une volonté supérieure et méta-juridique mais elle proviendrait de l'action conjuguée de différents acteurs institutionnels, chacun recherchant la satisfaction de ses intérêts¹⁰⁷⁷. Plus précisément, le conflit chronique entre la Couronne, la noblesse et la bourgeoisie aurait progressivement conduit à un « *résultat non intentionnel* »¹⁰⁷⁸ : un équilibre entre les prétentions concurrentes de chaque acteur. Le régime parlementaire anglais, déclinaison moderne du régime mixte antique, serait donc, tout comme le fonctionnement du marché pur et parfait, le produit d'une « main invisible » qui, dans le cadre d'un système politique dans lequel chaque acteur poursuit ses intérêts stratégiques, conduit naturellement vers un équilibre des pouvoirs et, donc, vers un régime libéral.

335. La conception mécaniste de la Constitution influence également les constituants étasuniens. Ces derniers, contrairement aux Anglais qui leur servent de modèle, établissent une Constitution libérale de toutes pièces. Celle-ci, rédigée en 1787 et entrée en vigueur en 1789, est la première Constitution écrite du constitutionnalisme moderne. Son commentaire le plus vénérable et prestigieux est fourni par l'ensemble d'articles composant les *Federalist Papers*, publiés entre 1787 et 1788. Plus précisément, les *Papers* n°48 et n°51 offrent un fidèle exemple de la doctrine constitutionnaliste qui s'impose à la fin du XVIII^e siècle. Celle-ci tourne la page de l'éthique de la vertu et préconise la mise sur pied de *checks and balances*. A cet égard, l'influence de Montesquieu et de la Constitution anglaise¹⁰⁷⁹ est patente. Ainsi, John Madison affirme, dans le *Paper* n°48, que « *le pouvoir a une nature envahissante et qu'il doit être efficacement empêché de dépasser les limites qui lui sont assignées. Après avoir distingué, donc, en théorie, les différentes classes de pouvoir,*

¹⁰⁷⁷ M. Barberis, « Idéologies de la Constitution - Histoire du constitutionnalisme », *Op. cit.*, p. 124.

¹⁰⁷⁸ *Idem.*

¹⁰⁷⁹ Selon le *Paper* n°47, « *La Constitution britannique fut pour Montesquieu ce que Homère avait été pour les spécialistes de poésie épique* ». [*The British constitution was to Montesquieu, what Homer has been to the didactic writers on epic poetry.* »] C'est ainsi que les rédacteurs des *Federalist Papers* puisent directement dans la Constitution anglaise les principes du gouvernement libéral [« *this great political critic appears to have viewed the constitution of England as the standard, or to use his own expression, as the mirror of political liberty; and to have delivered, in the form of elementary truths, the several characteristic principles of that particular system. That we may be sure then not to mistake his meaning in this case, let us recur to the source from which the maxim was drawn* »]. V.A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers* (1787-1788), *The Liberty Fund*, Indianapolis (Etats-Unis), 2001, p. 250.

telles qu'elles peuvent être, par nature, législatives, exécutives ou judiciaires, la tâche suivante, et la plus difficile, est de fournir une certaine sécurité pratique à chacune d'entre elles contre l'invasion des autres. Ce que cette sécurité devrait être, c'est le grand problème à résoudre. Suffira-t-il de marquer avec précision les limites de ces départements dans la constitution du gouvernement et de faire confiance à ces barrières de parchemin contre l'esprit envahissant du pouvoir ? C'est sur cette sécurité que semblent s'être principalement appuyés les compilateurs de la plupart des constitutions américaines. Mais l'expérience nous assure que l'efficacité de cette disposition a été largement surestimée et qu'une défense plus adéquate est indispensable pour les plus faibles, contre les membres les plus puissants du gouvernement ». Madison conclut que « une simple démarcation sur parchemin des limites constitutionnelles des différents départements n'est pas une garantie suffisante contre ces empiètements qui conduisent à une concentration tyrannique de tous les pouvoirs du gouvernement entre les mêmes mains »¹⁰⁸⁰. Ainsi, la plus importante garantie « contre une concentration progressive des différents pouvoirs dans un même organe consiste à donner à ceux qui les administrent les moyens constitutionnels nécessaires, ainsi que les motifs personnels, pour résister aux empiètements des autres. La disposition relative à la défense contre les empiètements doit, en l'occurrence, être rendue proportionnelle au danger de l'attaque. L'ambition doit être conçue pour contrecarrer l'ambition. L'intérêt de l'homme doit être lié aux droits constitutionnels de l'organe »¹⁰⁸¹.

336. Le constitutionnalisme étasunien est ainsi animé par une conception de la Constitution comme un mécanisme dont les différents rouages doivent épouser les intérêts égoïstes des personnes qui exercent effectivement les compétences juridiques. Cette mécanique constitutionnelle est justifiée par une vision de l'homme qui se veut réaliste : « si les hommes étaient des anges, aucun

¹⁰⁸⁰ « It will not be denied, that power is of an encroaching nature, and that it ought to be effectually restrained from passing the limits assigned to it. After discriminating, therefore, in theory, the several classes of power, as they may in their nature be legislative, executive, or judiciary; the next, and most difficult task, is to provide some practical security for each, against the invasion of the others. What this security ought to be, is the great problem to be solved. Will it be sufficient to mark, with precision, the boundaries of these departments, in the constitution of the government, and to trust to these parchment barriers against the encroaching spirit of power? This is the security which appears to have been principally relied on by the compilers of most of the American constitutions. But experience assures us, that the efficacy of the provision has been greatly overrated; and that some more adequate defence is indispensably necessary for the more feeble, against the more powerful members of the government. [...] a mere demarkation on parchment of the constitutional limits of the several departments, is not a sufficient guard against those encroachments which lead to a tyrannical concentration of all the powers of government in the same hands. » Ibid, Paper n°48, p. 256.

¹⁰⁸¹ « But the great security against a gradual concentration of the several powers in the same department, consists in giving to those who administer each department, the necessary constitutional means, and personal motives, to resist encroachments of the others. The provision for defence must in this, as in all other cases, be made commensurate to the danger of attack. Ambition must be made to counteract ambition. The interest of the man, must be connected with the constitutional rights of the place ». Ibid, Paper n°51, p. 268.

gouvernement ne serait nécessaire. Si les anges gouvernaient les hommes, aucun contrôle externe ou interne du gouvernement ne serait nécessaire »¹⁰⁸². Le recours à une telle image n'est pas sans rappeler l'héritage de Machiavel¹⁰⁸³ ou la fameuse formule de Jean-Jacques Rousseau dans le Chapitre IV du Livre III de son *Contrat social* : « *s'il y avait un peuple de dieux, il se gouvernerait démocratiquement. Un gouvernement si parfait ne convient pas à des hommes* ».

B. La réception française de la conception mécaniste de la Constitution

337. La conception mécaniste de la Constitution ne se limite pas au constitutionnalisme anglo-saxon. Nous avons pu évoquer l'influence que la pensée de Montesquieu exerça sur les auteurs des *Federalist Papers*. Le magistrat bordelais part de la même conception pragmatique du pouvoir (« *c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il y va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait ! la vertu même a besoin de limites* ») pour préconiser la solution des « *checks and balances* » ou poids et contrepoids (« *il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*¹⁰⁸⁴ »). Ce fameux passage met en scène la rupture avec l'éthique de la vertu qui dominait le constitutionnalisme médiéval car y compris un gouvernant vertueux a besoin de contrepoids. Autrement, la nature humaine le poussera inmanquablement à abuser de son pouvoir. En France, la pensée sieyèsienne se rattache tout à fait à la conception de la Constitution comme machine. Cela peut se déduire de la définition que l'abbé révolutionnaire donne de la Constitution dans son discours du 2 thermidor : « *Si nous ne donnions au mot constitution que sa juste valeur, nous la verrions presque entière dans l'organisation de l'établissement public central, c'est-à-dire dans cette partie de la machine politique que vous constituez pour donner la loi, et dans celle qui lui tient immédiatement et que vous destinez à procurer, du point central où vous la placez, l'exécution de la loi sur tous les points de la République* »¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸² « *If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary* ». Ibid, p. 269.

¹⁰⁸³ Celui-ci, rappelons-le, fonde sa démarche sur la prise en compte de « la réalité effective des choses » : l'homme tel qu'il est non pas tel qu'il devrait être selon une conception éthique de la politique.

¹⁰⁸⁴ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), Seconde Partie, Livre XI, Chapitre IV.

¹⁰⁸⁵ Cité par M. Troper, « Chapitre II. Sieyès et la hiérarchie des normes », *Op. cit.*, p. 248.

338. En réalité, la théorie de la Constitution comme machine est inhérente à la pensée libérale. Elle traduit une conception politique de la Constitution, par opposition à une conception juridique, car « *le libéralisme a souvent préféré les moyens politiques, comme les freins et les contrepoids (checks and balances) ou comme le marché* »¹⁰⁸⁶. De ce point de vue, le constitutionnalisme de la fin du XVIII^e siècle « *envisageait la constitution comme l'organisation de la société elle-même* »¹⁰⁸⁷. Le terme de Constitution se rapporte à l'organisation non pas de l'Etat comme objet distinct de la société mais de cette dernière dans son ensemble¹⁰⁸⁸. Le constitutionnalisme de cette époque, qu'il soit anglais, étasunien ou français, s'inscrit, par conséquent, dans une entreprise plus générale d'établissement d'une société libérale. C'est cette parenté doctrinale que partagent Montesquieu, les constituants étasunien, l'abbé Sieyès mais également les physiocrates et Adam Smith. Par conséquent, le constitutionnalisme moderne ne postule pas une nouvelle théorie de la souveraineté mais une doctrine, pratique et réaliste, de la procédure législative. Ce constitutionnalisme mécaniste apparaît dès lors comme une technique de nature procédurale qui tend à assurer que la loi soit respectueuse des libertés individuelles. Dans ce cadre, la loi demeure l'acte juridique de souveraineté par excellence¹⁰⁸⁹.

339. Il reste que Sieyès opère déjà le glissement de la conception de la Constitution comme machine à la Constitution comme norme¹⁰⁹⁰. Il a en effet pu affirmer, dans une célèbre formule, qu'« *une Constitution est un corps de lois obligatoires ou ce n'est rien* »¹⁰⁹¹. Il a également considéré que « *les pouvoirs compris dans l'établissement public (c'est-à-dire les pouvoirs constitués) sont tous soumis à des lois, à des règles, à des formes, qu'ils ne sont pas les maîtres de changer. Comme ils n'ont pas pu se constituer eux-mêmes, ils ne peuvent pas non plus changer leur constitution ; de même ils ne peuvent rien sur la constitution les uns des autres* »¹⁰⁹². Enfin, son

¹⁰⁸⁶ M. Barberis, « Idéologies de la Constitution - Histoire du constitutionnalisme », *Op. cit.*, p. 129.

¹⁰⁸⁷ M. Troper, « Chapitre XIII. Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit », *Op. cit.*, p. 217.

¹⁰⁸⁸ Ainsi qu'en témoigne l'art. 16 de la Déclaration de 1789 (« *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* »).

¹⁰⁸⁹ Comme le note M. Troper, Sieyès n'échappe pas plus que ses contemporains à l'idée « *universellement acceptée* » selon laquelle « *la loi est l'expression de la volonté générale, c'est-à-dire de la volonté du souverain* ». M. Troper, « Chapitre II. Sieyès et la hiérarchie des normes », *Op. cit.*, p. 252.

¹⁰⁹⁰ Selon M. Troper, la doctrine de l'abbé révolutionnaire « *constitue l'une des voies qui permettent de commencer à concevoir la constitution comme une norme* ». *Ibid*, p. 254.

¹⁰⁹¹ Cité par M. Barberis, « Idéologies de la Constitution - Histoire du constitutionnalisme », *Op. cit.*, p. 128.

¹⁰⁹² E.-J. Sieyès, « Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen », in E.-J. Sieyès, *Ecrits politiques*, (R. Zapperi éd.), Éditions des archives contemporaines, 1985, Paris, p. 198-199. Cité par M. Troper, « Sieyès et la hiérarchie des normes », *Op. cit.*, p. 251.

fameux projet de «jury (ou jurie) constitutionnaire» présenté à la Convention nationale le 2 et le 18 thermidor an III - 20 juillet et 5 août 1795 - a pu être perçu comme un lointain antécédent du système kelsénien de justice constitutionnelle¹⁰⁹³. Cependant, la reconnaissance de la Constitution comme une norme juridique ne se fait qu'à partir du début du XXe siècle.

II. La Constitution comme norme : la consécration de la technique juridique

340. La conception de la Constitution comme norme marque l'avènement du droit constitutionnel comme une discipline juridique à vocation scientifique. Aujourd'hui, « *le terme constitution désigne désormais non seulement un texte mais un texte qui a force de loi, dont des juges se sont emparés et qui est régulièrement opposé au législateur* »¹⁰⁹⁴. La croyance selon laquelle la Constitution représente un « corps de lois » remonte à Sieyès. De ce point de vue, l'abbé révolutionnaire aurait été le précurseur (mais non l'inventeur) de la théorie de la hiérarchie des normes et du contrôle de constitutionnalité des lois. En postulant l'encadrement des pouvoirs ainsi que la soumission de l'acte législatif à la Constitution, Sieyès semble bien poser les jalons d'une conception hiérarchique de l'agencement des actes juridiques nationaux, avec la Constitution au sommet.

341. De là à faire de Sieyès l'inspireur de Hans Kelsen il n'y a qu'un pas, franchi par Pasquale Pasquino. Selon le professeur Pasquino, le modèle constitutionnel pensé par Sieyès est fondé sur le « *principe de la hiérarchie des normes et de la supralégalité de la constitution* ». Il s'agit à ce titre du « *modèle constitutionnel qui, repensé par Hans Kelsen, s'est imposé beaucoup plus tard dans les constitutions européennes* »¹⁰⁹⁵. Michel Troper conteste, quant à lui, une filiation directe entre la pensée sieyèsienne et la pensée constitutionnelle de Kelsen en montrant que non seulement la hiérarchie des normes est absente de la pensée de Sieyès mais, qu'en plus, elle s'avère inconcevable à la fin du XVIIIe siècle¹⁰⁹⁶, précisément parce que la Constitution n'était pas communément conçue comme une norme. Au-delà des controverses sur son origine, il nous intéresse de montrer comment s'affirme la théorie contemporaine de la Constitution comme norme. Il nous sera ensuite

¹⁰⁹³ M. Troper s'inscrit en faux contre cette interprétation. V. M. Troper, *Idem*.

¹⁰⁹⁴ P. Brunet, Entrée « Constitution », *Encyclopædia Universalis*, *Op. cit.*

¹⁰⁹⁵ P. Pasquino, *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Odile Jacob, Paris, 1998, p. 12.

¹⁰⁹⁶ M. Troper, « Sieyès et la hiérarchie des normes », *Op. cit.* p. 247-254.

possible de mettre en lumière les paradoxes qu'elle suscite du point de vue de la théorie de la souveraineté.

342. La pensée libérale, ainsi que la conception mécaniste de la Constitution dont elle a accouché, dominant en France pendant tout le XIX^e siècle, alors que l'Angleterre ne s'en est jamais vraiment départie¹⁰⁹⁷. Progressivement, le registre juridique vient se greffer au discours constitutionnel sans pour autant le dominer complètement. En effet, la littérature constitutionnaliste libérale se développe en France avec l'avènement de la Monarchie de juillet, qui marque la victoire du libéralisme orléaniste après la chute de Charles X, acquis aux idées des « Ultras ». Le 22 août 1834, une ordonnance du roi établit la première chaire de « droit constitutionnel français » à la Faculté de droit de Paris. François Guizot, à cette époque Ministre Secrétaire d'Etat au département de l'Instruction publique, précise dans le rapport précédant cette ordonnance que la Charte constitutionnelle du 14 août 1830 « *ne consacre pas un simple système philosophique livré aux disputes des hommes ; c'est une loi écrite, reconnue, qui peut et doit être expliquée, commentée aussi bien que la loi civile ou toute autre partie de notre législation* »¹⁰⁹⁸.

343. De ce point de vue, Pellegrino Rossi, le premier titulaire de la chaire de droit constitutionnel, définit la Constitution « *dans un sens étroit* » comme « *la loi des pays libres, des pays qui ont échappé au règne du privilège, et qui sont arrivés à l'organisation d'un peuple jouissant de ses libertés* »¹⁰⁹⁹. Or sa discipline, le droit constitutionnel, semble tenir davantage de l'histoire, de la philosophie et de la mécanique institutionnelle que de l'étude du droit et de la procédure juridique. Si « *en tant que révélation vivante du développement d'un grand peuple, dans une période donnée de son existence, le droit constitutionnel se rattache aux études philosophiques et à*

¹⁰⁹⁷ Selon M. Barberis, « *le constitutionnalisme anglais n'a jamais évolué de l'Etat législatif à l'Etat constitutionnel* » (M. Barberis, « Idéologies de la Constitution - Histoire du constitutionnalisme », *Op. cit.*, p. 132). Notamment, aucune procédure de contrôle de la conformité de la loi adoptée par le parlement à la Constitution n'est prévue au Royaume-Uni. En effet, le *Constitutional Reform Act* de 2005 a mis en place la Cour suprême britannique mais cette loi « *ne lui a donné le pouvoir d'annuler une disposition législative qu'elle jugerait contraire aux droits et libertés applicables au Royaume-Uni. Elle reste subordonnée au pouvoir de la loi et à la souveraineté du Parlement* ». O. Deparis, « La Cour suprême au Royaume-Uni et la question de constitutionnalité », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°32 (Dossier : Royaume-Uni), juillet 2011. Cf. également A. Duffy-Meunier, « La Cour suprême au Royaume-Uni après le *Constitutional Reform Act* 2005 : une juridiction hors norme », *JP*, n°9, juillet 2013 (Constitutions écrites dans l'histoire).

¹⁰⁹⁸ Cité dans C. Bon-Compagni, « Introduction », in P. Rossi (rec. par A. Porée), *Œuvres complètes. Cours de droit constitutionnel professé à la Faculté de droit de Paris*, *Op. cit.*, p. VII.

¹⁰⁹⁹ P. Rossi (rec. par A. Porée), « Première leçon », in *Œuvres complètes. Cours de droit constitutionnel professé à la Faculté de droit de Paris*, *Op. cit.*, p. 7.

la haute histoire »¹¹⁰⁰, il vise à montrer « la structure et les formes particulières de ce corps politique indépendant, autonome, la nation française »¹¹⁰¹ et à faire connaître « à grands traits l'organisation sociale et politique du pays »¹¹⁰². Mais c'est surtout la conception que Pellegrino Rossi se fait de la garantie constitutionnelle contre le despotisme qui nous donne d'intéressantes indications à propos de sa conception de la Constitution. Dans sa leçon d'ouverture, le professeur italien alerte en effet contre la « grande et funeste erreur » que serait « d'imaginer que le mécanisme constitutionnel peut se suffire à lui-même, que la machine, après avoir reçu la première impulsion, peut fonctionner toute seule, qu'on peut ne pas tenir compte des penchants et des passions de l'homme, ne pas demander le concours des volontés »¹¹⁰³. S'ensuit une longue tirade sur l'importance de « l'amour de la patrie, du dévouement du citoyen » pour garantir l'harmonieuse marche des institutions constitutionnelles. Il est possible de rapprocher cette formule de l'article 66 de la Charte de 1830 selon lequel « la présente Charte et tous les droits qu'elle consacre demeurent confiés au patriotisme et au courage des gardes nationales et de tous les citoyens français ». Mais on peut également y percevoir l'écho du constitutionnalisme antique, marqué par l'éthique de la vertu. Au demeurant, Pellegrino Rossi ne propose pas une conception fondamentalement différente de la Constitution que celle de Benjamin Constant, l'un des auteurs libéraux les plus influents du début du XIXe siècle. Dans son *Cours de politique constitutionnelle* professé entre 1818 et 1820, Constant formule une technique de limitation des pouvoirs davantage politique et économique que juridique¹¹⁰⁴.

344. Tout cela permet de mettre en lumière la persistance de la conception libérale de la Constitution comme machine encore dans les années 1830, malgré le développement d'un constitutionnalisme qui se qualifie déjà de « droit constitutionnel ». Aussi, l'affirmation de la Constitution comme norme provient d'abord de la doctrine juridique germanique¹¹⁰⁵. Hans Kelsen est le premier juriste théoricien ayant développé, dans sa « théorie pure du droit », une conception proprement juridique de la Constitution. Dans sa conception hiérarchique et pyramidale de l'ordre

¹¹⁰⁰ P. Rossi (rec. par A. Porée), « Leçon d'ouverture », *Ibid*, p. LXI.

¹¹⁰¹ *Ibid*, p. LXII

¹¹⁰² *Idem*.

¹¹⁰³ *Ibid*, p. LXVII.

¹¹⁰⁴ M. Barberis, « Idéologies de la Constitution - Histoire du constitutionnalisme », *Op. cit.*, p. 130.

¹¹⁰⁵ *Ibid*, p. 132 et s.

juridique¹¹⁰⁶, Kelsen perçoit la Constitution comme « *une norme sur la production normative, une délégation au législateur du pouvoir de produire des normes juridiques* »¹¹⁰⁷. Sur le plan formel, elle est caractérisée par sa rigidité, dès lors qu'il s'agit d'une norme particulièrement difficile à élaborer, amender ou abolir. De ce point de vue, définition matérielle et définition formelle sont intimement liées dans la théorie kelsénienne¹¹⁰⁸. La conception de la Constitution comme norme permet que soient pensées les modalités du contrôle de conformité à la Constitution des lois votées par le parlement¹¹⁰⁹. C'est ainsi que Hans Kelsen a grandement contribué à que la Constitution autrichienne de 1920 envisage une modalité de contrôle de la constitutionnalité des lois¹¹¹⁰.

345. En France, la « *banalisation de la révision constitutionnelle* »¹¹¹¹ et l'essor de la justice constitutionnelle après 1958 contribuent de manière concrète à installer la conception de la Constitution comme une norme juridique. Celle-ci entraîne une mutation déterminante des conditions dans lesquelles il devient possible de penser le rapport entre le principe de souveraineté et la Constitution aujourd'hui. Il s'agit à présent de l'examiner.

§2. La souveraineté : principe constitutionnel ou supra-constitutionnel ?

346. Dès lors que s'impose une conception normative de la Constitution et que l'on admet, avec Kelsen, sa définition formelle, il semble nécessaire de reconnaître la suprématie de l'autorité dont dispose son auteur, notamment vis-à-vis du législateur. C'est ainsi que le législateur ne peut pas, par

¹¹⁰⁶ Pour une analyse de la Théorie pure du droit kelsénienne et de ses implications en termes scientifiques v. *infra*. Chap. 2.

¹¹⁰⁷ M. Barberis, « Idéologies de la Constitution - Histoire du constitutionnalisme », *Op. cit.*, p. 134.

¹¹⁰⁸ N. Zanon, « La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. V, 1989, p. 180.

¹¹⁰⁹ Cependant, comme le montre Renaud Baumert, l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des lois n'est pas une condition *sine qua non* pour considérer le caractère normatif de la Constitution. V. R. Baumert, « Validité et justice constitutionnelle », in T. Hochmann, X. Magon et R. Ponsard (sous la dir. de), *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, Mare & Martin (coll. Le sens de la science), Paris, 2019, p. 315 et s.

¹¹¹⁰ Il s'agit d'un contrôle concentré, abstrait et *a priori* qui s'est constitué en modèle, gardant le nom de l'illustre juriste viennois. On distingue en effet classiquement le modèle kelsénien du modèle adopté par les Etats-Unis dès le fameux arrêt de la Cour suprême *Marbury vs Madison* de 1803. Dans ce dernier, la Haute Juridiction étasunienne consacre, de manière précoce, la normativité de la Constitution en estimant que « *tous ceux qui ont élaboré des Constitutions écrites les considèrent comme formant la loi fondamentale et suprême de la nation, et par conséquent, la théorie d'un tel système politique doit conduire à ce qu'un acte du législateur contraire à la constitution soit nul* ». Ce contrôle est déconcentré, concret et *a posteriori*. Michel Fromont montre néanmoins la formidable diversité des modalités pratiques par lesquelles les Etats européens contrôlent la conformité des lois à la Constitution. La distinction duale semble ainsi bien trop simplificatrice. V. M. Fromont, « La diversité de la justice constitutionnelle en Europe », in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n°9, 2005, p. 89-103.

¹¹¹¹ L. Favoreu, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », in *Pouvoirs* n°67 - Novembre 1993, p. 72.

l'adoption d'une loi ordinaire, modifier, abolir ou adopter la Constitution. Il ne peut pas non plus s'affranchir du cadre, à la fois matériel et formel, posé par cette dernière. On considère à cet égard que la hiérarchie des normes reflète un ordre à la fois statique et dynamique : le contenu des normes inférieures doit être conforme à celui des normes supérieures (ordre statique) et leur adoption doit obéir à la procédure envisagée par les normes supérieures (ordre dynamique). Partant, la loi ne peut plus être réputée comme étant la seule et unique expression de la volonté du souverain, ainsi qu'elle l'était encore à la fin du XVIII^e siècle¹¹¹².

347. Cependant, dans quelle mesure est-il possible de considérer que la volonté du souverain au sens de Bodin s'exprime désormais pleinement à travers l'exercice du pouvoir constituant ? En effet, nous l'avons vu¹¹¹³, le pouvoir constituant n'a pas vocation à exercer effectivement les compétences normatives qu'il institue¹¹¹⁴. Ainsi que l'affirme Olivier Beaud, « *au lieu d'être permanente comme la souveraineté du Prince selon Bodin, la souveraineté constituante s'épuise et s'éteint par l'acte même qui la réalise, l'acte constituant* »¹¹¹⁵. Partant, l'admission d'une conception de la Constitution comme norme ne conduit-elle pas *in fine* à la remise en cause pure et simple de la théorie de la souveraineté ? Comme le suggère C.-M. Pimentel, « *dans la séparation entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués, personne n'est véritablement souverain : d'un côté, on a un législateur suprême, qui définira les compétences mais ne les exercera pas lui-même ; de l'autre un pouvoir normatif subordonné, qui régira effectivement les gouvernés, mais qui ne peut en aucun cas étendre les bornes de son propre pouvoir* »¹¹¹⁶.

348. Or, comme nous l'avons montré précédemment¹¹¹⁷, il nous semble que le constitutionnalisme conserve la souveraineté en la fondant dans la théorie du pouvoir constituant. Or, à travers l'avènement de cette dernière, le principe de souveraineté revêt une acception différente. Il fonde désormais la dimension à la fois libérale et démocratique, ou, du moins, représentative, de la

¹¹¹² Dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la loi exprime la volonté générale (article 6). Elle reconnue à ce titre comme l'unique acte juridique à même de déterminer les conditions dans lesquelles s'exercent les droits et libertés les plus précieux de l'homme (articles 4, 5, 7, 8 et 11). Pour M. Troper, « *l'idée que la loi est l'expression de la volonté générale [...] est universellement acceptée et Sieyès n'y échappe pas plus que ses contemporains* » (M. Troper, « Sieyès et la hiérarchie des normes », *Op. cit.* p. 252).

¹¹¹³ Cf. *supra*. Sect. 1.

¹¹¹⁴ Cela en vertu de la distinction entre « pouvoir constituant » et « pouvoirs constitués (ou délégués) ».

¹¹¹⁵ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 445.

¹¹¹⁶ C.-M. Pimentel, « Du contrat social à la norme suprême. L'invention du pouvoir constituant », *Op. cit.*, p. 16.

¹¹¹⁷ Cf. *supra*. Sect. 1.

Constitution. Dès lors, un lien de consubstantialité semble s'être établi entre démocratie, Constitution et souveraineté. Plus particulièrement, la nature du lien entre Constitution et souveraineté fait l'objet d'intenses débats dans la doctrine française, notamment depuis que l'intégration européenne se manifeste en droit interne par l'adoption de lois constitutionnelles. A cette lumière, deux thèses principales s'opposent : la thèse de la souveraineté dans la Constitution

(I) et celle de la Constitution par la souveraineté (II).

I. La souveraineté dans la Constitution

349. L'avènement du constitutionnalisme moderne et la consécration d'une conception normative de la Constitution donne une nouvelle vie au principe de souveraineté. En France, ce dernier devient un concept du droit constitutionnel. D'une part, la Constitution consacre son existence, elle en qualifie le titulaire et précise ses conditions d'exercice. La conséquence est que les questionnements ayant animés, depuis l'œuvre de Jean Bodin, les travaux des théoriciens de la souveraineté trouvent désormais une réponse constitutionnelle - c'est-à-dire une réponse en droit positif. Ce dernier ne s'impose pas en tant que tel aux théoriciens¹¹¹⁸. Cependant, ceux-ci peuvent difficilement l'ignorer. D'autre part, l'exercice de la souveraineté est mécaniquement rapproché de l'exercice du pouvoir constituant. Aussi, comme nous l'avons observé, les enjeux liés au pouvoir constituant sont loin de se cantonner au domaine de la « pure théorie » - si tant est qu'une telle chose existe. Ces questionnements et leur résolution sur le plan théorique permettent également de répondre à des enjeux de nature très concrète, dont les conséquences en matière de souveraineté et, donc, de démocratie, sont considérables. L'examen de la manière dont la démarche positiviste envisage la théorie du pouvoir constituant originaire permet donc de comprendre la place qu'elle réserve à la souveraineté vis-à-vis de la Constitution.

350. Pour les raisons que nous avons avancées précédemment¹¹¹⁹, la démarche positiviste est incompatible avec la théorie du pouvoir constituant originaire. Comme l'indique le doyen Georges Vedel de manière limpide : *« l'idée simple et seule vraie (à moins qu'on ne recoure au droit naturel) est que [...] le pouvoir constituant dérivé est l'expression de la souveraineté dans toute sa*

¹¹¹⁸ D'une part car la Constitution doit être interprétée, ce à quoi les théoriciens peuvent contribuer, et d'autre part parce qu'il existe une distinction entre le droit positif et les discours théoriques.

¹¹¹⁹ Cf. *supra*. Sect. 1, §1.

plénitude»¹¹²⁰. Le Conseil constitutionnel n'a pas statué dans un sens différent lorsqu'il a affirmé dans sa décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992 relative au Traité sur l'Union européenne (dite « Maastricht 2 ») que « *sous réserve, d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16 et 89, alinéa 4, du texte constitutionnel et, d'autre part, du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles « la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision », le pouvoir constituant est souverain* »¹¹²¹. De même, il s'est explicitement déclaré incompétent pour contrôler la conformité à la Constitution d'une loi constitutionnelle en considérant qu'il « *ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle* »¹¹²². Enfin, dans une décision du 27 juillet 2006 sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir, le Conseil constitutionnel a précisé les limites de l'exigence constitutionnelle de transposition d'une directive européenne. Il a ainsi estimé, notamment, qu'il était compétent pour censurer la loi de transposition d'une directive qui irait « *à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti* »¹¹²³. En admettant la faculté du pouvoir constituant dérivé de régulariser une atteinte à l'identité constitutionnelle de la France par une directive, le Conseil constitutionnel reconnaît une étendue considérable à la compétence de ce dernier, y compris pour réviser les « *règles inhérentes à notre ordre constitutionnel* »¹¹²⁴.

351. La conclusion à tirer peut être résumée ainsi : « *souverain, le pouvoir constituant ne saurait être contrôlé ; souverain sous réserve de limitations temporelles et matérielles que la Constitution a prévues, le pouvoir de révision n'en est pas moins constitutionnellement encadré. La souveraineté*

¹¹²⁰ Cité par L. Favoreu, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Op. cit.*, p. 71. Nous soulignons.

¹¹²¹ Cons. const., déc. n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, « Traité sur l'Union européenne », considérant 19.

¹¹²² Cons. const., déc. n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, « Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République », considérant 2.

¹¹²³ Cons. const., déc. n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, « Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », considérant 19.

¹¹²⁴ Il s'agit là de la définition d'« identité constitutionnelle de la France » adoptée par le commentaire autorisé de la décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 suscitée (v. « Commentaire de la décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 », in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n° 21, p. 3). Nous reviendrons ultérieurement sur cette notion qui renvoie à des règles et principes fondant la spécificité de l'ordre constitutionnel français par rapport à l'ordre constitutionnel de l'Union européenne.

*l'emportant sur l'encadrement, il était peu probable que les lois constitutionnelles puissent être examinées et, a fortiori, censurées »*¹¹²⁵.

352. C'est ainsi que l'approche positiviste a pour effet de constitutionnaliser la souveraineté en la ramenant à l'exercice du pouvoir constituant dérivé. Cette juridicisation de la souveraineté s'oppose aux thèses qui postulent son caractère a-juridique ou supra-constitutionnel.

II. La Constitution par la souveraineté

353. A la question de savoir si la puissance que la souveraineté qualifie s'exerce entièrement dans le cadre de la Constitution, les approches positivistes, nous venons de le voir, répondent par l'affirmative. Pour ces dernières, toute puissance normative « *procède de la Constitution* »¹¹²⁶. A l'inverse, certaines approches non positivistes (ou positivistes-critiques) mettent en exergue les limites du droit pour appréhender le type de phénomène que qualifie la souveraineté. La pensée de Carl Schmitt offre un exemple emblématique d'une approche intrinsèquement anti-positiviste et, plus largement, anti-libérale. Sa fameuse formule, « *est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle* », résume son approche décisionniste dès la première phrase de sa *Théologie politique*¹¹²⁷. Pour Schmitt, le droit ne peut encadrer le surgissement du souverain qui, dans le contexte d'une situation exceptionnelle, donc par définition imprévisible, peut se manifester de manière « déliée ». La prétention à enfermer la souveraineté dans la cage constitutionnelle est donc nécessairement vaine.

354. En dehors de la pensée de Carl Schmitt, certaines approches postulent l'existence de règles ou de principes juridiques qui se placent au-delà du droit constitutionnel. Elles considèrent donc que peuvent exister des règles ou des principes supraconstitutionnels, dont le principe de souveraineté

¹¹²⁵ A. Le Divellec, A. Levade, C.-M. Pimentel, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles - Avant-propos », in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°27 (Dossier : le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles), janvier 2010, p. 2. Sans revenir sur le paradoxe d'un « souverain encadré » ou d'un « souverain sous réserve de... », il importe néanmoins de noter que cette position selon laquelle « la souveraineté l'emporte sur l'encadrement » est en train d'évoluer, comme témoigne la jurisprudence Hauchemaille et ses suites, concernant le contentieux des actes préparatoires à un référendum. Cf. les décisions « Hauchemaille » (Déc. n° 2000-24 REF du 23 août 2000, déc. n° 2000-21 REF du 25 juillet 2000, et déc. n° 2000-26 REF du 6 septembre 2000). Le Conseil constitutionnel se reconnaît une compétence juridictionnelle exceptionnelle en matière référendaire qui concerne ainsi les actes préparatoires du scrutin (décrets relatifs à la convocation et à l'organisation du référendum).

¹¹²⁶ R. Abraham, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Hachette (Coll. PES), Paris, 1989, p. 35.

¹¹²⁷ C. Schmitt, *Théologie politique* 1922, 1969, *Op. cit.*, p. 15.

ferait partie. Ces derniers ont la propriété de s'imposer y compris au pouvoir constituant dérivé, c'est-à-dire au pouvoir qui est, selon les thèses positivistes, est titulaire de la souveraineté « *dans toute sa plénitude* »¹¹²⁸. La controverse entre les thèses positivistes et les tenants de l'hypothèse de la supraconstitutionnalité¹¹²⁹ connut un renouveau à l'aune de l'inclusion dans la Constitution française de la « clause Europe » (Titre XV – De l'Union européenne) par la révision constitutionnelle du 25 juin 1992¹¹³⁰.

355. Selon le doyen Louis Favoreu, la question classique de l'existence de règles ou de principes supraconstitutionnels mérite d'être réexaminée à l'aune de certaines évolutions profondes du droit constitutionnel contemporain. Une première tendance est la « *banalisation de la révision constitutionnelle* » (la « *dédramatisation du pouvoir constituant* » selon la formule de Claude Klein) à laquelle s'ajoute, dans certains Etats comme l'Allemagne, l'Autriche, l'Italie ou encore l'Inde¹¹³¹ une « *banalisation du contrôle des lois constitutionnelles* »¹¹³². Sur ce plan, la Ve République a opéré une véritable révolution constitutionnaliste par rapport aux régimes républicains précédents, fondés sur le légicentrisme¹¹³³¹¹³⁴. La consolidation et l'élargissement du contrôle de constitutionnalité pourrait, à terme, conduire à y inclure les lois constitutionnelles¹¹³⁵. Or un éventuel contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles, s'il concerne à la fois le contrôle du fond et celui de la procédure, impliquerait que soit admise une « *hiérarchie entre les normes*

¹¹²⁸ G. Vedel, « Schengen et Maastricht (A propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », in *RFDA*, n°2, 1992, p. 178.

¹¹²⁹ Pour une analyse de droit comparé de la notion de « norme supraconstitutionnelle », cf. G. Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, LGDJ, Paris, 2021, p. 749.

¹¹³⁰ Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992.

¹¹³¹ Cf. *Minerva Mills Ltd. v. Union of India*, AIR 1980 SC 1789, 1789. Cité par M. Troper, « Argumentation et explication », *Droits*, n°54, 2011, p. 14-15.

¹¹³² L. Favoreu, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Op. cit.*, p. 73.

¹¹³³ Cf. la démonstration d'Olivier Beaud dans *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 55-68.

¹¹³⁴ Le légicentrisme s'exprime dans la première phrase de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « la loi est l'expression de la volonté générale ». Le constituant de 1958 consacre, dans la tradition classique du régime représentatif, l'idée selon laquelle « *la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants* » (art. 3). Il est ajouté, pour prendre acte de la révolution démocratique dont témoignent par ailleurs les art. 11 et 89, « *et par la voie du référendum* ».

¹¹³⁵ Nous avons évoqué plus haut la jurisprudence Hauchemaille et ses suites, concernant le contentieux des actes préparatoires à un référendum. Cf. les décisions « Hauchemaille » (Déc. n° 2000-24 REF du 23 août 2000, déc. n° 2000-21 REF du 25 juillet 2000, et déc. n° 2000-26 REF du 6 septembre 2000).

*constitutionnelles, certaines d'entre elles constituant le noyau intangible qui ne peut être atteint même par des lois votées en la forme constitutionnelle »*¹¹³⁶.

356. Une seconde tendance identifiée par le doyen Favoreu est de nature externe. Il s'agit de l'extraordinaire développement du droit international, du droit de l'Union européenne et du système européen de protections des droits de l'homme depuis les années 1950. Le doyen Favoreu considère en effet que ces trois ensembles juridiques supranationaux seraient désormais à même de fournir des règles supranationales et supraconstitutionnelles. Il va jusqu'à considérer que les *«jurisprudences concordantes des cours constitutionnelles»* configurent *« une série de principes communs à l'ordre constitutionnel des différents pays européens »*¹¹³⁷. Cet ensemble hétérogène de normes juridiques supranationales appartient donc au droit positif, et non plus au droit naturel. Or cela conduirait nécessairement à renouveler les conditions d'un débat à propos de la supraconstitutionnalité qui était traditionnellement posé comme un débat entre tenants d'un droit naturel supraconstitutionnel et partisans des thèses positivistes¹¹³⁸. L'hypothèse supraconstitutionnelle telle que le doyen Favoreu tâche de la vérifier amène à la conclusion selon laquelle le pouvoir constituant n'est pas le maître absolu du droit positif ou, autrement dit, n'est pas souverain. Mais, si ce n'est pas le pouvoir constituant, dérivé, qui serait le titulaire de la souveraineté ? La souveraineté comme puissance normative pourrait être proprement introuvable au sein d'un ordre juridique qui admet l'existence de règles supraconstitutionnelles.

357. Cependant, l'hypothèse de l'existence de règles ou de principes supérieurs à la Constitution peut également conduire à y ranger, précisément, le principe de souveraineté nationale. Ainsi, certains auteurs ont postulé que le titulaire de la souveraineté se trouverait dans une position de surplomb, au-dessus de la Constitution et hors d'atteinte du pouvoir constituant dérivé. Olivier Beaud résume ce postulat lorsqu'il estime que *« la démocratie constitutionnelle repose sur le double axiome interdépendant : il existe toujours un Souverain qui est « au-dessus de la Constitution », mais il n'y a jamais de Souverain « dans la Constitution »*»¹¹³⁹. Il réfute ainsi *« la prétendue apologie de la souveraineté du peuple contenue dans la conception « néo-absolutiste »*

¹¹³⁶ L. Favoreu, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Op. cit.*, p. 73.

¹¹³⁷ *Ibid*, p. 74.

¹¹³⁸ Selon le doyen Favoreu : *« les temps ont changé : la querelle entre jusnaturalistes et juspositivistes n'a plus qu'un intérêt historique et y faire appel aujourd'hui pour répondre à la question [de la supraconstitutionnalité] n'a plus de sens car le contexte n'est plus le même »*. *Ibid*, p. 72.

¹¹³⁹ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 437.

du pouvoir constituant »¹¹⁴⁰ selon laquelle le pouvoir constituant dérivé est considéré, *de facto et de jure*, comme la manifestation du souverain « dans toute sa plénitude ». Rappelons que, pour Olivier Beaud, le titulaire de la souveraineté ne peut pas être le titulaire du pouvoir constituant dérivé car celui-ci est un « magistrat constitutionnel », c'est-à-dire un pouvoir constitué selon la terminologie issue des travaux de Bodin. Ainsi, dans un Etat constitutionnel, « *un gouvernant serait toujours Magistrat et jamais Souverain. Il y a usurpation de la souveraineté lorsque l'un des pouvoirs constitués s'arroge le pouvoir constituant* »¹¹⁴¹. Où se trouverait alors le souverain ? Dans cette configuration, le souverain serait le titulaire du pouvoir constituant, le « *peuple diachronique* »¹¹⁴², c'est-à-dire le peuple comme institution au sens de Maurice Hauriou. Comme l'indique Olivier Beaud, « *l'institutionnalisation de la constitution résulte de ce que le phénomène de la durée, de la fondation continuée, fait que cette constitution se détache progressivement de la personne concrète et active du peuple comme génération pour former un ensemble constitutif de l'Etat auquel adhèrent les générations successives. Comme la théorie de l'institution est une théorie de la personnalité morale de l'Etat, la constitution épouse alors les qualités de l'Etat : impersonnalité et intemporalité. Cela permet à Hauriou de concilier la souveraineté de la Constitution avec la continuité de l'Etat comme l'illustre l'exemple paradigmatique de la dette publique* »¹¹⁴³. Le peuple est ainsi réputé se trouver à l'origine d'une « fondation constituante », qui est « *conçue à la fois comme une rupture décisive — on « fonde » quelque chose qui n'existait pas auparavant — et comme l'amorce d'un mouvement continu de création ininterrompue du droit constitutionnel qui entretiendra l'existence de la constitution ainsi « fondée* »¹¹⁴⁴. Cette « théorie de la fondation constituante »¹¹⁴⁵ tâche ainsi à la fois de prendre en charge le principe de la souveraineté du peuple constituant en tant que « *rupture décisive* »¹¹⁴⁶, d'admettre le caractère

¹¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 434.

¹¹⁴¹ *Ibid.*, p. 438.

¹¹⁴² *Ibid.*, p. 446.

¹¹⁴³ *Ibid.*, p. 450.

¹¹⁴⁴ *Ibid.*, 448.

¹¹⁴⁵ V. *Ibid.*, p. 441-453.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*, 448.

continu et permanent de la dynamique de création du droit constitutionnel¹¹⁴⁷ et d'éviter de tomber « dans les excès du subjectivisme qui place le peuple toujours au-dessus de la constitution »¹¹⁴⁸.

358. Un autre argument en faveur du caractère supraconstitutionnel de la souveraineté est de nature logique-historique. Il postule l'antériorité de l'Etat souverain par rapport à la Constitution. C'est ainsi que la souveraineté, caractère essentiel de l'Etat, préexisterait à la Constitution. De ce point de vue, « la souveraineté de l'Etat (ou ce « fait-d'être-un-Etat », *Staatlichkeit*) conditionne l'existence de la constitution »¹¹⁴⁹. C'est cela qu'affirme Dieter Grimm lorsqu'il estime qu'il ne put y avoir, historiquement, de Constitution sans Etat : « comprise comme une réglementation cohérente et complète de l'établissement et de l'exercice du pouvoir public, la Constitution ne pouvait émerger que si deux autres conditions préalables étaient acquises. Premièrement, il devait y avoir un objet susceptible d'être réglementé sous la forme spécifique d'une Constitution. Un tel objet n'existait pas avant l'émergence de l'Etat moderne. [...] Ce n'est qu'après que le pouvoir public est devenu identique au pouvoir de l'Etat qu'il a pu être réglementé de manière exhaustive dans une loi spécifique »¹¹⁵⁰. La Constitution serait donc instituée par la souveraineté de l'Etat et celle-ci dernière demeurerait extérieure à celle-là.

359. La souveraineté de l'Etat devrait, par conséquent, être mise à l'abri de l'intervention du pouvoir constituant dérivé (ou pouvoir de révision) par le truchement d'un contrôle matériel de la révision. C'est ainsi qu'Olivier Beaud peut critiquer les formes prises par la révision constitutionnelle du 25 juin 1992¹¹⁵¹. En effet, selon cet auteur, la distinction entre acte constituant et acte de révision empêche que « la ratification de n'importe quel traité [puisse] être autorisée par

¹¹⁴⁷ V. l'article du professeur Dominique Rousseau pour une démonstration canonique de sa théorie de la Constitution comme « charte jurisprudentielle des droits et libertés des citoyens », c'est-à-dire comme un ensemble de règles de droit dont l'actualisation est sans cesse assurée par le juge constitutionnel : D. Rousseau, « Une résurrection: la notion de constitution », *RDP*, n°1, 1990, p. 5 et s.

¹¹⁴⁸ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 447

¹¹⁴⁹ *Ibid*, p. 481.

¹¹⁵⁰ « Understood as a coherent and comprehensive regulation of the establishment and exercise of public power, the constitution could not emerge unless two further preconditions were in place. First, there has to be an object capable of being regulated in the specific form of a constitution. Such an object did not exist before the emergence of the modern State. [...] Only after public power had become identical with state power could it be comprehensively regulated in one specific law ». D. Grimm, « The achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World », *Op. cit.*, p. 11.

¹¹⁵¹ V. O. Beaud, « En conclusion. Le traité de Maastricht et le pouvoir constituant », in *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 457 à 491.

n'importe quelle révision constitutionnelle »¹¹⁵². En d'autres mots, ceux des traités qui entraîneraient une évolution constitutionnelle majeure, un « *changement matériel de Constitution* »¹¹⁵³, devraient se voir ratifiés par le biais d'un acte constituant. Or, selon le professeur Olivier Beaud, la révision du 25 juin 1992, dès lors qu'elle conduit à la délégation de certains « *droits de puissance publique à une instance supranationale* »¹¹⁵⁴, provoque l'aliénation de la souveraineté de l'Etat « *en faveur d'une Fédération* »¹¹⁵⁵. Par conséquent, ce « *changement matériel de Constitution* » ne saurait être adopté juridiquement que par l'intervention du pouvoir constituant, et non plus du pouvoir de révision, par la convocation d'un référendum constituant.

360. Nous aurions l'occasion de revenir, dans la seconde partie de la présente étude, sur les débats à propos de la nature de l'Etat membre de l'Union européenne. Mais ce passage en revue de différentes thèses concernant les rapports entre pouvoir constituant, souveraineté et Constitution permet de mettre en exergue que les débats qui en découlent ont un intérêt qui dépasse la pure controverse théorique - si tant est qu'une telle chose existe.

¹¹⁵² *Ibid*, p. 458-459.

¹¹⁵³ *Ibid*, p. 459.

¹¹⁵⁴ *Ibid*, p. 483.

¹¹⁵⁵ *Idem*.

Conclusion du Chapitre

361. Le triomphe des révolutions libérales de la fin du XVIII^e siècle représente un défi pour le modèle bodinien d'Etat souverain. En effet, le libéralisme accouche d'une doctrine particulière concernant l'exercice de la puissance publique : le constitutionnalisme. Celui-ci postule que l'exercice de la puissance publique doit faire l'objet d'un aménagement afin d'empêcher le despotisme. Comme le montre Paul Hazard, la révolution dont les prémisses apparaissent à la fin du XVII^e siècle représente un véritable renversement de perspective : le pouvoir, qui avait occupé le cœur des préoccupations et du travail des plus grands théoriciens du XVI^e et du XVII^e siècle, est déplacé au profit de l'individu et de ses libertés. Le but ultime de toute société politique n'est plus communément considéré comme devant être la protection de la paix publique et de la concorde nationale (contractualisme hobbesien) mais celle des libertés individuelles (contractualisme lockien). Le pouvoir doit donc s'adapter. Il doit être aménagé à travers la mise en œuvre du principe de séparation des différentes fonctions qui concourent à l'élaboration de la loi.

362. Les assauts contre l'absolutisme ne conduisent cependant pas à la déchéance du principe de souveraineté. Ce dernier survit au sein du constitutionnalisme au travers d'un double rapport avec la Constitution. D'une part, la théorie du pouvoir constituant permet de penser la Constitution comme l'acte de souveraineté par excellence. Comme l'affirme Sieyès, « *le pouvoir constituant (...) n'est point soumis d'avance à une constitution donnée. La nation qui exerce alors le plus grand, le plus important de ses pouvoirs, doit être dans cette fonction, libre de toute contrainte, et de toute forme, autre que celle qu'il lui plaît d'adopter* »¹¹⁵⁶. La souveraineté garde, au sein de la théorie du pouvoir constituant, sa dimension métaphysique. Elle synthétise le mystère du pouvoir en le résumant par ce qu'Ernst Kantorowicz appelle les « *mystères de l'État* »¹¹⁵⁷. D'autre part, comme une conséquence de cette conception du pouvoir constituant, l'exercice des fonctions normatives de l'Etat - notamment la fonction législative - doit se réaliser dans le cadre que pose la Constitution. La Constitution correspond désormais à la loi au sens de Bodin, comme le montre Olivier Beaud dans sa *Puissance de l'Etat*.

¹¹⁵⁶ Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen (20-21 juillet 1789), in *Ecrits politiques*, éd. R. Zapperi, p. 199. Cité par O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Op. cit., p. 228.

¹¹⁵⁷ *Mystères de l'État. Un concept absolutiste et ses origines médiévales (bas Moyen Âge)*, in *Mourir pour la patrie, et autres textes*, Fayard, Paris, 2004 (rééd. 1955), p. 103 et s.

363. Aussi, la souveraineté devient un principe essentiel dans le système théorique constitutionnaliste. La survivance de la souveraineté se fait au prix d'une translation de son titulaire au sein de l'Etat. C'est la consécration de la souveraineté nationale, dont Sieyès est le principal théoricien en France. Cela permettra l'émergence du principe démocratique à partir de la fin du XIXe siècle. On s'aperçoit, en ce sens, que l'Etat tel qu'il est théorisé dans les régimes libéraux et démocratiques est l'héritier de trois influences historiques que nous avons retracées : le décisionnisme bodinien, le libéralisme et le principe démocratique.

364. La révolution apportée par le constitutionnalisme libéral est capitale pour apprécier la cohérence du rapport entre la souveraineté, l'Etat et la Constitution que les approches « stato- nationales » du droit public consacrent à partir de la seconde moitié du XIXe siècle. Nous caractériserons dans les pages qui suivent ces approches et nous verrons qu'elles ont fondé d'influents théories scientifiques du droit public. Comme nous essayerons de le montrer ultérieurement¹¹⁵⁸, dès lors que ce rapport de consubstantialité est affaibli, c'est l'ensemble du système théorique « stato-national » qui est remis en cause. Or c'est, aujourd'hui, l'un des principaux enjeux auxquels est confronté le principe de souveraineté : la dissociation entre l'Etat et la Constitution - et, plus largement, le droit constitutionnel.

¹¹⁵⁸ Cf. *infra*. Partie 2.

CHAPITRE 2. LA SOUVERAINETE FACE AU DEVELOPPEMENT DE LA SCIENCE DU DROIT CONSTITUTIONNEL

365. Le principe de souveraineté, fondement de l'Etat, permet à ses inventeurs d'apporter une réponse juridique à « *l'expérience tragique de leur époque* »¹¹⁵⁹, marquée par la guerre civile et la remise en cause de l'autorité politique¹¹⁶⁰. Il traverse la révolution constitutionnaliste de la fin du XVIIIe siècle au prix des mutations que nous venons de montrer. Le droit public naissant à partir des années 1830 se voit insuffler par le constitutionnalisme son esprit libéral. En même temps, la théorie de la souveraineté, fondatrice de la pensée d'Etat, connaît une éclipse. Selon Grégoire Bigot, la « *vérité du droit public* » se trouve alors dans un « *constitutionnalisme libéral et, partant, sans État* »¹¹⁶¹. Ce point permet de souligner un problème que nous avons déjà rencontré : la difficile conciliation - voire la possible incompatibilité - entre la théorie du pouvoir souverain et la doctrine libérale. C'est ainsi que les plus grands défenseurs du caractère libéral de l'ordre juridique des Etats modernes, comme Léon Duguit par exemple, prônent l'abandon du principe de souveraineté¹¹⁶².

366. Par conséquent, le traitement de la souveraineté et de l'Etat par la science juridique moderne, qui naît, comme toutes les sciences humaines, avec la « *transition tourmentée du XIXe au XXe siècle* »¹¹⁶³, permet de dessiner une nouvelle ligne de fracture. D'une part se trouvent les auteurs qui fondent leur théorie du droit constitutionnel sur le principe de la souveraineté de l'Etat. D'autre part se situent ceux qui proposent une nouvelle vision du droit constitutionnel, débarrassée du principe de souveraineté et de son monde, considéré comme dépassé, enterré par l'émergence d'une science juridique véritablement moderne. La Première Guerre mondiale pose un premier jalon. La souveraineté dégage une odeur de poudre, elle s'apparente déjà à un « *droit régalien au meurtre* », comme l'affirmera René Cassin après 1945. Eric Maulin remarque, concernant la *Contribution à la Théorie générale de l'Etat* de Raymond Carré de Malberg qu'elle « *est si marquée par les*

¹¹⁵⁹ A. Passerin d'Entrèves, *La notion de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 149.

¹¹⁶⁰ Cf. *Supra*, Titre 1, Chap. 2.

¹¹⁶¹ G. Bigot, « La théorie de l'État en France face à son histoire », *Pouvoirs*, 2021/2 (n°177), p. 8.

¹¹⁶² Cf. *infra*. Sect. 2.

¹¹⁶³ (F. Moderne « Préface », in L. Duguit, *L'ETAT, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz, (coll. Bibliothèque Dalloz), Paris, 2003 (rééd.), p. I).

problématiques d'avant-guerre que l'auteur se demande dans son Avant-Propos s'il convient de publier aujourd'hui un ouvrage sur le droit de l'Etat qui a été écrit avant la guerre ». En effet, « alors que la SDN se met en place et qu'un idéal éthique semble présider à la construction de l'Etat, est-il encore justifié de rechercher l'essence du droit public dans les manifestations de la puissance de l'Etat, comme l'ont notamment pensé les auteurs allemands ? Le principe de collaboration n'est-il pas devenu la raison d'être du nouveau droit public ? »¹¹⁶⁴. Ainsi, la remise en cause de l'Etat souverain - et de la puissance comme *differencia specifica* de l'Etat - ouvre un nouvel horizon pour la société et, plus largement, elle permet que soit introduite, dans l'analyse juridique, l'idée d'humanité, dont la portée transformatrice sera immense pour le droit international d'après-guerre¹¹⁶⁵.

367. La place qu'occupe le principe de souveraineté dans la science du droit constitutionnel doit donc faire l'objet d'une analyse. Pour cela, nous étudierons la pensée d'un certain nombre d'auteurs qui nous semblent avoir apporté des réponses importantes à cette question. Bien entendu, les auteurs dont les travaux sont ici présentés n'ont pas été les seuls à s'être intéressés au concept de souveraineté. Il s'agit néanmoins d'auteurs éminents, ayant tous consacré de longs développements à une enquête théorique à propos du concept de souveraineté. Il s'agit, de même, d'auteurs ayant entièrement bâti ou ayant profondément renouvelé une méthodologie spécifique concernant l'étude de l'Etat souverain. Ce sont, enfin, des auteurs influents, dont les travaux, et notamment les travaux sur la souveraineté, sont devenus incontournables pour des générations de juristes. Il s'agit, en définitive, de « grands juristes », à la fois car ils appartiennent tous au passé¹¹⁶⁶ et car ils jouissent d'une large reconnaissance¹¹⁶⁷. De ce point de vue, nous ne retiendrons pas un auteur comme Carl Schmitt, dont le travail sur la souveraineté et l'Etat est tout à fait considérable mais dont l'œuvre n'a pas eu le même degré d'influence que celle des auteurs positivistes ou de Kelsen, par exemple. Cela ne veut donc pas dire que cet auteur ne nous semble pas « intéressant » mais il ne correspond pas à ce double critère que nous nous sommes fixé : avoir produit une œuvre importante à propos de la

¹¹⁶⁴ E. Maulin, « Préface » in R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, Op. cit.

¹¹⁶⁵ C'est la naissance du droit pénal international, dont les catégories constitue une révolution pour une approche du droit international fondée sur la figure de l'Etat souverain. V. à ce propos l'excellent ouvrage que le professeur Philippe Sands consacre aux deux juristes à qui l'on doit la paternité des catégories de « crimes contre l'humanité » et de « génocide », respectivement Hersch Lauterpacht et Raphael Lemkin : Ph. Sands, *Retour à Lemberg*, Albin Michel, Paris, 2016.

¹¹⁶⁶ Il y a une « historicité » de ces « grands juristes » (L. Fontaine, *Qu'est-ce qu'un « grand juriste » ? Essai sur les juristes et la pensée juridique moderne*, Lextenso Ed. (Coll. Forum), Paris, 2012, p. 10).

¹¹⁶⁷ Certains de ces auteurs peuvent d'ailleurs répondre à la caractérisation que Lauréline Fontaine fait du « grand juriste » : assumer une pensée sociale qui soit réellement critique (*Ibid*, p. 62).

souveraineté et être devenu un auteur durablement influent. De la même façon, la pensée constitutionnelle de Maurice Hauriou conçoit l'Etat au travers de sa théorie de l'institution. A ce titre, le doyen de Toulouse affirme dans son *Précis de droit constitutionnel* que « *de toutes les institutions que l'ordre social a enfantées, celle de l'Etat est la plus éminente* »¹¹⁶⁸. L'Etat est donc envisagé comme une classe au sein de la catégorie englobante d'institution. Plus encore, la souveraineté n'apparaît pas pour le doyen Hauriou comme la *differentia specifica*, le fondement conceptuel de l'Etat. Celui-ci estime donc, dans une perspective anthropologique, qu'il est possible d'identifier des « *Etats-Puissance publique à base nationale* » dès les « *empires égyptiens et chaldéens* »¹¹⁶⁹. Il distingue seulement les Etats des « *autres types d'organisation sociale tels que les familles patriarcales, les clans et les tribus* »¹¹⁷⁰. Il identifie « *l'idée de l'Etat* » à la « *res publica* » romaine¹¹⁷¹ et, bien qu'il forge plusieurs concepts originaux de souveraineté¹¹⁷², celle-ci ne constitue pas le principe sur lequel il fonde intellectuellement l'Etat.

368. Enfin, les travaux des juristes que nous avons retenus ont permis l'émergence ou la consolidation d'« écoles » dont l'activité intellectuelle a dépassé la seule étude du principe de souveraineté. L'analyse des fondements doctrinaux de chacun de ces courants sera donc un préalable incontournable avant d'examiner l'acception qu'il retiennent du principe de souveraineté et la fonction que ce dernier revêt dans leur système théorique. Cette analyse pourrait permettre de montrer le caractère contingent du principe de souveraineté dans la pensée juridique. Elle nourrirait ainsi la réflexion au sujet de la fonction qu'il revêt dans les discours théoriques à propos du droit. A notre sens, le simple constat de la diversité d'attitudes vis-à-vis de ce dernier nous révèle déjà qu'il ne s'agirait pas d'un concept descriptif relevant de la constatation objective d'un phénomène juridique - à savoir, la puissance normative de l'Etat. Notre hypothèse selon laquelle le principe de souveraineté revêt une fonction justificative et non pas descriptive doit ainsi pouvoir être vérifiée ou démentie en confrontant différents courants théoriques se réclamant tous de la science juridique mais réservant à la souveraineté un traitement différent, voire antagonique. Le principe de souveraineté pourrait donc traduire (ou trahir) un parti pris, un engagement épistémologique, voire idéologique, comme cela fut le cas pour Machiavel, Jean Bodin ou Thomas Hobbes. Il est en effet

¹¹⁶⁸ M. Hauriou (prés. J. Hummel), *Précis de droit constitutionnel*, Op. cit., p. 78.

¹¹⁶⁹ *Idem*.

¹¹⁷⁰ *Idem*.

¹¹⁷¹ *Ibid*, p. 90.

¹¹⁷² la « souveraineté de gouvernement », la « souveraineté de sujétion », la « souveraineté de la chose publique ».

possible que les doctrines juridiques ayant élaboré un discours à propos du principe de souveraineté revêtent également une signification autre que juridique. Plus précisément, l'étude contextualisée de différentes écoles doctrinales qui ont favorisé l'émergence d'une science du droit constitutionnel pourrait permettre de révéler le lien entre leur conception de la souveraineté et leurs préférences quant à la place de l'Etat dans la société et quant aux rapports entre le droit et l'Etat. Comme le postule Guillaume Sacriste, « *analyser le rôle des théories constitutionnelles en situation – tout particulièrement dans les moments de changement de régime –, c'est donc les comprendre non pas seulement comme des œuvres académiques mais aussi comme des théories politiques participant de la légitimation des ordres politiques* »¹¹⁷³.

369. Aussi, nous souhaiterions rechercher, pour chaque « école », dans quelle mesure la démarche qui est adoptée pourrait être animée par des préférences idéologiques. Ceci peut s'avérer une gageure dès lors que l'on s'intéresse, comme cela a été exposé, à des théories appartenant au domaine de la science du droit, dont la démarche repose précisément sur l'exclusion des considérations de nature politique, morale ou idéologique. Toutefois, il peut parfois arriver que certains auteurs énoncent eux-mêmes des préférences quant à la nature du régime politique (c'est le cas de Carré de Malberg) ou émettent le souhait que l'Etat-nation soit dépassé au profit d'une unification davantage poussée du droit (c'est le cas, par exemple, de Hans Kelsen ou de Georges Scelle).

370. Les théories qui accordent à la souveraineté une fonction centrale dans la définition de l'Etat ainsi que dans l'identification du droit constitutionnel seront examinées dans un premier temps (Sect. 1). Ensuite, nous étudierons celles qui réservent un autre traitement au principe de souveraineté (Sect. 2).

¹¹⁷³ G. Sacriste, *La République des constitutionnalistes*, Presses de SciencesPo, Paris, 2011, p. 14.

Section 1 La fonction justificative de la souveraineté dans les théories nationales du droit public

«Celui qui s'occupe des problèmes de l'Etat, le fait de manière générale parce qu'il s'y intéresse ; si ses idées politiques transparaissent dans les résultats de l'œuvre c'est certes inutile mais cela n'enlève rien à l'intérêt des idées de fond qui y sont développées ».

E. Voeglin, « Die Verfassungslehre von Carl Schmitt (Versuch einer konstruktiven Analyse ihrer staatstheoretischen Prinzipien) », in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, IX, 1931, p. 108¹¹⁷⁴.

« Le merveilleux et le positif ont contracté une étonnante alliance ».

Paul Valéry.

371. La construction d'une théorie juridique de la souveraineté et de l'Etat dans le cadre de la pensée constitutionnaliste moderne, marquée du sceau du libéralisme, ne va pas de soi. En effet, le constitutionnalisme moderne opère une « re-signification » de la souveraineté en l'inscrivant dans un système institutionnel libéral. Or le phénomène de la permanence de la souveraineté recèle une part de mystère, pour ne pas dire une contradiction irréductible si l'on commet l'erreur de réduire le principe de souveraineté à une acception absolutiste ou décisionniste. Autrement dit, la survivance du principe de souveraineté sous la forme de la souveraineté nationale ou de la souveraineté du peuple n'est pas immédiatement logique au sein d'un système théorique dont la visée principale est de limiter le pouvoir. Le constitutionnalisme moderne se distingue des tentatives précédentes pour penser la limitation du pouvoir car il s'inscrit dans un environnement où l'Etat souverain devient la forme politico-juridique hégémonique¹¹⁷⁵. Dans la mesure où la souveraineté a vocation à fonder une théorie juridique du pouvoir, le constitutionnalisme moderne doit se placer sur ce même terrain, ce qu'il fera au travers de la norme constitutionnelle¹¹⁷⁶.

372. Cela a une conséquence très claire : l'absence, au départ, d'une théorie libérale de l'Etat, ce qui fait dire à Grégoire Bigot que rien de sérieux ne se publie en France qui porte sur l'État avant les années 1860¹¹⁷⁷. Mais, à partir de la fin du XIXe siècle, la pensée juridique accouche des théories

¹¹⁷⁴ Cité par O. Beaud, « Préface. Carl Schmitt ou le juriste engagé », in C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF (coll. Quadrige Grands Textes), Paris, 2008, p. 1

¹¹⁷⁵ A partir de 1848 et tout au long du XXe siècle, l'Etat-nation triomphera en Europe et dans le reste du monde avec l'éclatement des derniers empires entre 1918 et les années 1960.

¹¹⁷⁶ Cf. *supra*. Titre 2, Chap. 1, Sect. 2.

¹¹⁷⁷ G. Bigot, «La théorie de l'État en France face à son histoire », *Op. cit.*, p. 8.

contemporaines de la souveraineté et de l'Etat. Pour certains auteurs, celles-ci permettent de fonder une conception générale du droit : le droit est réputé provenir de l'expression directe ou indirecte de la volonté de l'Etat souverain. Le principe de souveraineté, critère de l'Etat, permet de signifier le rapport d'adhérence qu'entretiennent l'Etat et le droit, tout particulièrement le droit constitutionnel. On qualifie donc ces théories du droit public de « stato-nationales » (§1). Nous montrerons plus particulièrement comment le positivisme stato-national¹¹⁷⁸ dégage différentes acceptions du principe de souveraineté dans une visée davantage justificative que descriptive (§2).

§ 1. Caractérisation des théories stato-nationales du droit public

373. Commençons par évoquer une évidence qui doit néanmoins faire l'objet de précisions : les approches stato-nationales reposent sur une ontologie juridique¹¹⁷⁹ qui présuppose nécessairement le concept d'Etat. Celles-ci ont donc partie liée avec une discipline particulière du droit public, la théorie de l'Etat. Cette dernière a pour finalité de définir et de caractériser l'Etat en présentant ses fondements, ses attributs et ses modalités de fonctionnement. La théorie de l'Etat traite de concepts « *qui appartiennent au langage du droit, sans pour autant figurer dans les textes juridiques* »¹¹⁸⁰, comme ceux de représentation ou d'Etat de droit, mais également de concepts qui « *font bien partie du vocabulaire constitutionnel* »¹¹⁸¹, comme celui de souveraineté ou de pouvoir, mais dont la signification ne peut pas être seulement déduite de la lecture des dispositions normatives qui les énoncent. Aujourd'hui, comme nous l'avons évoqué précédemment¹¹⁸², la théorie de l'Etat traverse une crise prolongée. Celle-ci remet en cause son aptitude à produire une caractérisation stable de son objet. Par voie de conséquence, la pertinence ou l'intérêt théorique du principe de souveraineté est fragilisée.

¹¹⁷⁸ Nous retenons cette variante de la pensée stato-nationale du droit car il s'agit, sans conteste, de la plus influente dans la pensée juridique contemporaine, qui consacre le triomphe du positivisme (Cf. M. Villey : « Jusnaturalisme. Essai de définition », *RIEJ*, 1986/2, (Volume 17), p. 28). Mais ce n'est évidemment pas la seule. Par exemple, le décisionnisme, né en France sous la plume des grands juristes royaux qui inventèrent le principe de souveraineté, connu au début du XXe siècle d'importants développements en Allemagne, comme en témoigne l'œuvre intellectuelle de Carl Schmitt. Ce dernier adopte une approche stato-nationale du droit public mais il s'oppose au positivisme, notamment au normativisme kelsénien. Nous avons succinctement présenté la pensée schmittienne dans l'Introduction générale.

¹¹⁷⁹ C'est-à-dire une conception de « l'être du droit », de son essence.

¹¹⁸⁰ M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 6.

¹¹⁸¹ *Idem*.

¹¹⁸² Cf. *supra*. Introduction générale.

374. La théorie de l'Etat peut faire l'objet de plusieurs méthodes. Il est possible d'en distinguer trois principales. La première, que l'on peut qualifier de classique, s'articule autour du principe de souveraineté, qu'elle identifie comme le critère de l'Etat. Selon cette méthode, toute recherche sur l'Etat devrait être précédée d'une recherche robuste au sujet de la souveraineté¹¹⁸³. C'est pour cela que Grégoire Bigot fait remarquer que « *la théorie de l'État fondée sur le critère juridique de la souveraineté présente bizarrement cette particularité de nous renseigner bien plus sur la souveraineté que sur l'État* »¹¹⁸⁴. Cette méthode plonge ses racines dans les premières théories de l'Etat que nous avons présentées précédemment¹¹⁸⁵, dont Jean Bodin est un représentant illustre. De ce point de vue, « *la Théorie générale de l'Etat n'est pas une théorie qui décrit l'Etat, mais qui le constitue* »¹¹⁸⁶. Cette idée nous rappelle que, dès ses origines, « *l'Etat est, au sens plein du terme, une idée. N'ayant d'autre réalité que conceptuelle il n'existe que parce qu'il est pensé* »¹¹⁸⁷. Désormais, la théorie classique de l'Etat semble aujourd'hui menacée d'extinction. Elle ne fait plus l'objet de grands traités en langue française¹¹⁸⁸ ni de cours spécifiques en Licence de droit. Les manuels de droit constitutionnel consacrent quelques développements (souvent convenus) aux grands concepts relatifs à la théorie de l'Etat sans prétendre à l'exhaustivité et à l'esprit de système des traités de théorie de l'Etat. En effet, l'importance acquise par l'étude du droit constitutionnel positif¹¹⁸⁹ dans les études de droit ne laisse plus beaucoup de place à la théorie de l'Etat. Partant, selon Michel Troper, celle-ci s'est progressivement enfermée dans une « *métaphysique assez vaine* »¹¹⁹⁰, tendance d'ailleurs perceptible dès ses origines¹¹⁹¹.

375. La deuxième branche de la théorie de l'Etat se veut davantage juridique (voire « purement » juridique) en ce sens qu'elle conçoit la définition et la caractérisation de l'Etat à travers le prisme du

¹¹⁸³ C'est la démarche qu'adopte Olivier Beaud dans sa *Puissance de l'Etat*.

¹¹⁸⁴ G. Bigot, « La théorie de l'État en France face à son histoire », *Op. cit.*, p. 6.

¹¹⁸⁵ Cf. *supra*. Titre 1, Chap. 1.

¹¹⁸⁶ M. Troper, « Préface. Sur la théorie juridique de l'État », in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 7.

¹¹⁸⁷ G. Burdeau, *L'Etat*, Seuil, Paris, 2009, p. 14.

¹¹⁸⁸ Il est possible de citer l'*Introduction à la Théorie générale de l'État* de Christian Behrendt et Frédéric Bouhon, dont la 4^{ème} édition, publié chez Bruylant, date de 2020.

¹¹⁸⁹ Et, trop souvent, de la jurisprudence comme manifestation principale de ce dernier.

¹¹⁹⁰ M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 7.

¹¹⁹¹ Cf. M. Stolleis, « Droit naturel et théorie générale de l'Etat dans l'Allemagne du XIX^e siècle », *Le Débat*, 1993/2 n° 74, p. 63.

droit. En ce sens, la théorie de l'Etat devient « *une branche de la théorie générale du droit* »¹¹⁹². Il s'agit d'un renversement de perspective : le droit n'est plus conçu à partir de l'Etat mais c'est l'Etat qui est conçu à partir du droit. De ce point de vue, l'Etat devrait avant tout être compris comme un ordre juridique relativement centralisé, selon la formule de Hans Kelsen. Cependant, cette théorie juridique de l'Etat n'est que peu développée¹¹⁹³. En effet, la théorie générale du droit radicalement normologique d'inspiration kelsénienne écarte de son champ d'étude une partie des thèmes de la théorie de l'Etat classique, notamment « *toutes les représentations, les principes implicites, les idéologies en vertu desquelles les autorités politiques sont amenées à donner aux normes un certain contenu matériel* »¹¹⁹⁴.

376. C'est ainsi qu'une troisième approche qui se réclame de la théorie de l'Etat a été plus récemment défendue par Michel Troper afin de répondre à la crise que traverse cette discipline. Le professeur de Nanterre propose de construire ce qu'il appelle une « métathéorie » de l'Etat¹¹⁹⁵. Cette discipline, contrairement à la théorie de l'Etat classique, n'aurait pas pour objet la production théorique du concept d'Etat au travers d'un ensemble de principes et de concepts juridiques. En tant que « métathéorie », elle aurait pour fonction de produire un discours sur les principes et concepts qui composent la théorie classique de l'Etat. Michel Troper se fixe comme programme de confronter ces derniers à la structure générale du système juridique¹¹⁹⁶. Il s'agit « *d'analyser la spécificité de ce type de discours et de tenter de l'expliquer par la forme du droit* »¹¹⁹⁷.

377. L'enjeu de l'apparition des approches stato-nationales du droit public est intrinsèquement lié à l'histoire de la théorisation juridique de l'Etat (I). Ces approches peuvent être caractérisées comme réservant au concept d'Etat souverain une place cruciale dans l'élaboration d'une théorie particulière du droit et du droit constitutionnel en particulier (II).

¹¹⁹² M. Troper, « Préface. Sur la théorie juridique de l'Etat », *Op. cit.*, p. 20.

¹¹⁹³ Selon Michel Troper, la Théorie générale du droit ne prête aucune attention à l'Etat. *Ibid.*, p. 7.

¹¹⁹⁴ *Ibid*, p. 20.

¹¹⁹⁵ Cela signifie que la théorie de l'Etat doit être distincte de son objet. Elle ne devrait pas être formée des principes et des concepts constituant l'Etat mais d'énoncés à propos de ces principes et ces concepts.

¹¹⁹⁶ M. Troper, « Préface. Sur la théorie juridique de l'Etat », *Op. cit.*, p. 22.

¹¹⁹⁷ *Idem*.

I. L'émergence d'une théorie juridique de l'Etat

378. Comme l'indique Alexandre Passerin d'Entrèves, l'Etat est « *un mot nouveau, que l'on retrouve dans les diverses langues européennes qu'à partir d'une période relativement proche de la nôtre* »¹¹⁹⁸. Le concept d'Etat est ainsi inconnu des auteurs antiques et médiévaux, qui utilisent d'autres mots (*polis, civitas, res publica, regnum...*) recouvrant des concepts distincts de celui d'Etat. Ce mot provient du latin, « *status* », qui signifie « ce qui se tient debout » (il a donné l'adjectif « statique » par exemple). Dans le latin médiéval, « *status* » équivaut à « *prospérité, bien-être, bon ordre d'une communauté particulière - Eglise, Empire ou Royaume* »¹¹⁹⁹. Progressivement, le mot « *status* » est employé pour décrire « *la structure juridique d'une communauté donnée, ce que nous appellerions de nos jours ses composants constitutionnels* »¹²⁰⁰. La portée uniquement juridique de ce mot n'est toutefois pas acquise car il permet de désigner à la fois le pouvoir qui s'exerce sur un territoire, le territoire lui-même ou la population¹²⁰¹. Pionnier dans l'analyse moderne du fait politique, Machiavel est considéré comme le premier auteur à avoir adopté un usage moderne du terme d'Etat. Dès les premières lignes de son *Prince*, il divise les Etats en deux catégories, les républiques et les principautés, c'est-à-dire les monarchies, qui peuvent être de deux types, « héréditaires » ou « nouvelles ». Cela étant, Machiavel n'introduit pas une définition spécifique et complète de l'Etat car cela ne correspond pas à l'objet de sa démarche. Le secrétaire florentin est moins un théoricien de l'Etat qu'un stratège et fin analyste de la politique « en train de se faire »¹²⁰².

379. En effet, comme nous l'avons vu¹²⁰³, Jean Bodin est le premier à théoriser le concept d'Etat, sous le vocable de « République », en l'articulant autour du principe de souveraineté. En ce sens, comme le note Grégoire Bigot, les juristes ont « *conceptualisé la souveraineté avant l'État stricto sensu* »¹²⁰⁴. Grâce à l'apport du juriste angevin, l'Etat peut être pensé par le droit, au travers des

¹¹⁹⁸ A. Passerin d'Entrèves, *La notion de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 38.

¹¹⁹⁹ *Ibid*, p. 40.

¹²⁰⁰ *Idem*.

¹²⁰¹ A. Passerin d'Entrèves donne l'exemple des « états » de l'Eglise ou de l'« état de terre ferme » de Venise (*Ibid*, p. 41).

¹²⁰² L'étymologie de l'Etat permet d'opposer son caractère statique (*status*) à l'analyse machiavélienne de l'aspect dynamique de la politique.

¹²⁰³ Cf. *supra*. Titre 1, Chap. 2, Sect. 1.

¹²⁰⁴ G. Bigot, « La théorie de l'État en France face à son histoire », *Op. cit.*, p. 6.

concepts issus du droit romano-canonique. L'influence romaine en particulier est déterminante car, comme nous l'avons évoqué, «*le point de vue romain [...] introduit dans la notion de l'Etat un élément qui était resté pour le moins partiellement ignoré de la pensée grecque : l'élément juridique*»¹²⁰⁵. Nous avons, à ce titre, évoqué l'importance du concept romain d'institution pour penser l'Etat¹²⁰⁶. Il convient de préciser toutefois que le terme d'Etat ne s'impose pas immédiatement. Il reste «*concurrenté par d'autres termes provenant d'un usage antérieur ou transférés du latin dans l'idiome local* »¹²⁰⁷. En Angleterre par exemple, l'Etat est désigné par les termes de *realm*, *body politic*, *Commonwealth*, *state* ou *Civitas*.

380. Mais ce qui nous intéresse demeure le concept plus que le mot. Comme nous l'avons montré, celui-là est bien acquis au moment où apparaissent les premières théories constitutionnalistes libérales. Ainsi, si la pensée constitutionnaliste libérale ne s'intéresse pas à l'Etat, ce n'est pas parce qu'il n'existait pas mais car elle le présuppose nécessairement. La finalité des théoriciens libéraux est d'organiser l'exercice du pouvoir par les organes de l'Etat, non pas de détruire ce dernier. Il s'agit de «*diriger le pouvoir sans détruire la souveraineté* »¹²⁰⁸. Ainsi, «*la souveraineté de chaque Etat est la base, la condition même d'existence de sa constitution. Inversement : la constitution comme norme suprême présuppose l'Etat* »¹²⁰⁹. Par conséquent, l'absence d'une théorie de l'Etat dans le cadre de la doctrine constitutionnaliste libérale s'explique par l'évidence que représente la figure de l'Etat souverain - et qui n'est donc pas réellement remise en cause - et aussi par le fait que le libéralisme met au centre de sa réflexion non pas la question du pouvoir et de sa fondation mais celle de sa nécessaire limitation.

381. L'entreprise visant à élaborer une théorie juridique de l'Etat reprend donc plus tardivement, une fois la période révolutionnaire achevée. Grégoire Bigot considère que «*l'intrusion de l'Etat dans le débat politique et juridique* »¹²¹⁰ s'explique par l'émergence d'un «*Etat administratif* », bâti sous l'empire de la Constitution de l'an VIII. Après les excès commis par le régime conventionnel pendant la Révolution, celle-ci consacre le renforcement de l'autorité et des pouvoirs de l'exécutif.

¹²⁰⁵ A. Passerin d'Entrèves, *La notion de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 38.

¹²⁰⁶ Cf. *supra*. Titre 1, Chap. 2, Sect. 1, §1, I.

¹²⁰⁷ A. Passerin d'Entrèves, *La notion de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 42.

¹²⁰⁸ *Ibid*, p. 145.

¹²⁰⁹ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 208.

¹²¹⁰ G. Bigot, «*La théorie de l'Etat en France face à son histoire*», *Op. cit.*, p. 8.

La Constitution de l'an VIII inaugure ainsi une période durant laquelle l'autorité du chef de l'Etat est prépondérante. Ce dernier peut agir grâce à une « machine administrative »¹²¹¹ qui apparaît comme « *le moyen le plus efficace d'une gouvernabilité des hommes et de la société* »¹²¹². Cette forme d'« Etat administratif » est notamment incarnée par le Conseil d'Etat, créé par l'article 52 de la Constitution de l'an VIII afin de constituer l'auxiliaire technique indispensable du gouvernement, sous l'autorité duquel il se trouve entièrement. La Constitution de l'an VIII se retrouve donc aux antipodes du modèle libéral en imposant un régime autoritaire¹²¹³ qui rejette l'acquis révolutionnaire en matière de droits et libertés. La proclamation qui suit son adoption se finit d'ailleurs sur ce constat : « *Citoyens, la Révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée. Elle est finie* ».

382. Partant, l'Etat de l'après-Révolution française est pensé par ses détracteurs libéraux sous le prisme de l'illibéralisme, comme un « *État administratif concret, centralisateur et suspicieux à l'égard des droits entendus comme des libertés* »¹²¹⁴. Il est possible de citer l'exemple d'Alexis de Tocqueville. Selon le juriste libéral Édouard Laboulaye, le dernier chapitre de son ouvrage *De la démocratie en Amérique* met en évidence, comme nulle part ailleurs, « *le danger d'une égalité que rien ne tempère ; nulle part il n'a attaqué la centralisation avec plus d'éloquence et de raison. [...] c'est que l'objet essentiel de la politique, ce n'est pas l'État, mais l'individu. L'individu, c'est la seule force réelle et vivante ; l'amoindrir pour grandir l'État, c'est tout sacrifier à une stérile uniformité* ». Laboulaye conclut par une formule qui condense à elle seule le programme du libéralisme juridique moderne : « *développer l'individu [...], c'est là le problème de l'avenir* »¹²¹⁵. Une preuve supplémentaire des difficultés pour concilier le libéralisme et la théorie de l'Etat tout au long de la première moitié du XIXe siècle est fournie par le droit administratif. En effet, les administrativistes français de la première moitié du XIXe siècle construisent le concept d'Etat à partir de son rapport de consubstantialité avec la société. En ce sens, l'Etat est conçu

¹²¹¹ Nous devons l'expression, passée dans le langage courant, au tribun Dieudonné, qui la prononça, selon G. Bigot, le 24 pluviôse an VIII (*Ibid*, p. 9).

¹²¹² *Idem*.

¹²¹³ Le Consulat, qui se transforma en Empire cinq ans plus tard.

¹²¹⁴ G. Bigot, «La théorie de l'État en France face à son histoire», *Op. cit.*, p., p. 10.

¹²¹⁵ *L'État et ses limites*, 3e éd., Paris, Charpentier, 1865, p. 174. Cité par G. Bigot, «La théorie de l'État en France face à son histoire», *Op. cit.*, p. 11.

comme la personnification de la société¹²¹⁶. Cette idée « conduit non seulement à faire de l'État la réalisation de la société mais également de la société l'unique finalité de l'État »¹²¹⁷. Or elle s'inscrit en faux contre le postulat fondateur de la doctrine libérale, qui reconnaît précisément une distance, un espacement entre la société et l'Etat. Selon E. Fraysse, « par cette affirmation implacable, difficilement contestable, les administrativistes mettent leurs outils intellectuels au service de l'État : il est bien certain que nul ne peut vérifier si l'État agit véritablement et concrètement en faveur de la société. Mais le dire, c'est renforcer la croyance qu'il le fait »¹²¹⁸.

383. L'activité de théorisation de l'Etat évolue après la défaite du Second Empire face à la Prusse en septembre 1870. Cet événement ouvre une période caractérisée par une obsession germanique en France - la fameuse « crise allemande de la pensée française »¹²¹⁹. En effet, la chute du Second Empire est réputée dépasser le seul domaine militaire. Le rapide développement de la puissance prussienne entre 1850 et 1870 est surtout attribué à l'excellence de la pensée allemande et au rôle joué par ses élites savantes. La chute du Second Empire provoque un douloureux « examen de conscience en France au miroir de l'Allemagne »¹²²⁰. Une réflexion est donc entamée en France sur ses causes afin de poser les jalons d'un renouveau national, à la fois scientifique, politique et militaire¹²²¹.

384. C'est dans ce contexte que les juristes s'attellent à la création « d'un Etat à eux » selon l'expression du doyen Duguit¹²²². Ainsi, les premiers jalons d'une théorie juridique de l'Etat moderne en France s'inscrivent « dans un contexte plus large de crise intellectuelle et morale où les auteurs français étaient obsédés par le caractère sublime de la pensée allemande et par la nécessité de dépasser les Allemands, tâche presque impossible, mais que leur fierté nationale exigeait »¹²²³.

¹²¹⁶ E. Fraysse (dir. D. Mongoin), *L'État dans la construction doctrinale du droit administratif*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit public, Univ. Jean Moulin Lyon 3, 2019, p. 97.

¹²¹⁷ *Ibid*, p. 98.

¹²¹⁸ *Ibid*, p. 99.

¹²¹⁹ Cf. C. Digeon, *La crise allemande de la pensée française (1870-1914)*, PUF, Paris, 1992.

¹²²⁰ J.-F. Giacuzzo, « Un regard sur les publicistes français montés au « front intellectuel » de 1914-1918 », in *JP*, n°12 (Histoire du droit public allemand), juillet 2014, p. 2.

¹²²¹ Cette réflexion mènera, par exemple, à la création de l'Ecole libre des Sciences politiques par Emile Boutmy en 1872.

¹²²² L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901, p. 242.

¹²²³ A. Stora-Lamarre, « La guerre au nom du droit », in *Revue d'histoire du XIXe siècle*, n°30, 2005, p. 2. [En ligne : <https://journals.openedition.org/rh19/1017>.]

Partant, l'entreprise juridique de théorisation de l'État à la fin du XIXe siècle « *est d'abord un produit d'importation allemand* »¹²²⁴. Nous le verrons de manière plus précise ultérieurement, lorsque nous présenterons la pensée de Raymond Carré de Malberg, l'un des principaux publicistes germanistes du début du XXe siècle¹²²⁵. L'importance qu'acquiert l'effort de théorisation de l'Etat en France à partir des années 1870 conduit à l'éclosion des approches stato-nationales du droit public.

II. L'éclosion des approches stato-nationales du droit public

385. Comme l'indique Léon Duguit, les doctrines juridiques stato-nationales reposeraient sur le double présupposé suivant : « *la règle de droit est le commandement d'une volonté supérieure à une volonté subordonnée ; cette volonté supérieure ne peut être que celle de l'Etat* »¹²²⁶. Le lien entre souveraineté et Etat est, dans le cadre des doctrines étatistes, un lien de nature ontologique : cette «volonté supérieure» est perçue comme l'expression de la souveraineté de l'Etat qui institue l'ordre juridique dans son ensemble. Aussi, le principe de souveraineté revêt une place cruciale comme principe d'imputation et de légitimation de la puissance de l'Etat dans les théories stato-nationales du droit public.

386. Nous avons vu que l'Etat fait l'objet d'une moindre attention de la part des penseurs libéraux, qui conçoivent l'Etat comme potentiellement antinomique vis-à-vis de l'héritage de la Révolution « *en ce qu'il entend placer les libertés sous tutelle* »¹²²⁷. Elise Fraysse affirme que les libéraux individualistes pensent les libertés contre l'Etat¹²²⁸. La théorisation de l'Etat est d'autant plus complexe que le prestige et l'influence de l'Ecole de l'*Isolierung* allemande, pour laquelle le critère de l'Etat réside dans sa puissance¹²²⁹, sont importants¹²³⁰. Le défi des penseurs de l'Etat à l'aune de

¹²²⁴ G. Bigot, « La théorie de l'État en France face à son histoire », *Op. cit.*, p. 11.

¹²²⁵ Cf. *infra*. § 2, II.

¹²²⁶ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, *Op. cit.*, p. 100.

¹²²⁷ G. Bigot, « La théorie de l'État en France face à son histoire », *Op. cit.*, p. 10.

¹²²⁸ E. Fraysse, *L'État dans la construction doctrinale du droit administratif*, *Op. cit.*, p. 106.

¹²²⁹ Cf. *infra*. § 2, I.

¹²³⁰ Cette influence va au-delà de l'Allemagne et de la France car elle se vérifie également en Italie, où l'École publiciste italienne du début du XXe siècle, alors dominée par Vittorio Emanuele Orlando, est, selon David Soldini, inspirée de « *l'approche étatiste et positiviste inspirée par l'Ecole allemande de Carl Friedrich von Gerber et Paul Laband* ». D. Soldini, « Santi Romano, penseur pluraliste et étatiste », *JP*, n°14 (« Peut-on penser juridiquement l'Empire comme forme politique ? », juin 2015.

la consolidation de la III^e République est donc de « resignifier » ce concept en conciliant trois traditions intellectuelles : la pensée juridique française, qui a fait de la souveraineté la pierre angulaire de sa pensée d'Etat, les travaux des juristes germaniques de l'*Isolierung* et le libéralisme politique hérité de la Révolution, que la République parlementaire est réputée devoir incarner.

387. La doctrine allemande fait l'objet d'un accueil critique de la part des professeurs de droit constitutionnel français, qui s'explique par leur fidélité à l'héritage des Lumières, sublimé par le régime républicain libéral, ainsi que par la volonté de construire une pensée d'Etat intrinsèquement française. Malgré leurs désaccords de fond, ces derniers ne partagent donc pas moins « *une opposition de principe au modèle allemand* »¹²³¹. C'est l'Etat tel qu'il se présente en Allemagne et tel qu'il est théorisé par la doctrine allemande qui est directement visé. D'une part, le droit administratif et constitutionnel germanique est considéré comme étant intrinsèquement autoritaire.

Le *Reich* prendrait la forme d'un « régime de police »¹²³² aux antipodes des avancées jurisprudentielles libérales du Conseil d'Etat français à partir de 1872. D'autre part, l'influence des catégories juridiques issues de la doctrine allemande est dénoncée. Le concept de personnalité juridique de l'Etat est particulièrement attaqué dès lors qu'il peut conduire à considérer l'exercice de la puissance souveraine comme un droit subjectif de l'Etat écrasant les droits individuels¹²³³. La pensée d'Etat allemande doit donc être « acclimatée » à la France.

388. En effet, malgré ces difficultés, l'érection d'une théorie juridique de l'Etat revêt un intérêt particulier pour la science juridique naissante. Les concepts qui forment l'Etat présentent une densité à la fois historique et théorique de nature à fonder une science du droit public moderne et scientifiquement rigoureuse. L'Etat est le point d'ancrage à partir duquel les professeurs de droit public parviennent à penser « *la jonction entre le droit constitutionnel naissant et le droit administratif, d'extraction plus ancienne, mais auquel il manquait une cohérence d'ensemble* »¹²³⁴. L'Etat a ainsi vocation à devenir, selon la formule de Pierre Bourdieu, « *le point de vue des points*

¹²³¹ J.-F. Giacuzzo, « Un regard sur les publicistes français montés au « front intellectuel » de 1914-1918 », *Op. cit.*, p. 3.

¹²³² Henry Berthélémy considère, dans sa « Préface » au *Droit administratif allemand* d'Otto Mayer que « *la France n'est plus un Etat de police mais « un régime de droit », au contraire d'une Allemagne où « l'action administrative en dehors de la sphère d'exécution de la loi [est] la survivance partielle du régime de la police* » ». Cité par *Ibid*, p. 4.

¹²³³ C'est par exemple la position de la doctrine de Gerber et de Laband (cf. O. Jouanjan, « Histoire de la science du droit constitutionnel », *Op. cit.*, p. 89-90). Cf. *supra*. Introduction également.

¹²³⁴ G. Bigot, « La théorie de l'Etat en France face à son histoire », *Op. cit.*, p. 12.

de vue, le géométral de toutes les perspectives »¹²³⁵. Penser l'Etat constituerait donc le premier jalon pour bâtir une science française du droit public. La juridicisation de l'Etat revêt, en ce sens, une visée stratégique de la part des professeurs de droit public. Au moment où les disciplines universitaires se constituent autour d'une méthode scientifique et d'un objet construit scientifiquement, elle leur permet de « *renouveler leur champ disciplinaire* »¹²³⁶ en marquant leur distance avec la science politique et en soulignant leur différence vis-à-vis du droit privé (la fameuse et sans doute un peu dépassée¹²³⁷ « *summa divisio* » des études juridiques). Ainsi, certains juristes publicistes de la III^e République bâtissent leur discipline sur le fondement d'une théorie juridique de l'Etat « à la française ». C'est en ce sens qu'il s'agit de démarches à la fois « stato » et « nationales ».

389. Par exemple, Ferdinand Larnaude¹²³⁸ établit une distinction entre la science juridique et la science politique en se fondant sur leur approche de l'Etat. La première étudierait « l'être » de l'Etat cependant que la seconde s'intéresserait à son « devoir être »¹²³⁹. En filigrane, il est possible de percevoir non pas seulement une distinction mais une hiérarchisation implicite entre les deux disciplines : selon la « loi de Hume¹²⁴⁰ », seul le droit mériterait véritablement d'être considéré comme une science. De ce point de vue, la science politique est perçue comme « *le complément indispensable des études de droit public* »¹²⁴¹. L'Etat est, par ailleurs, considéré par Larnaude comme l'objet vers lequel convergent les différentes parties du vaste domaine que l'on connaît sous le nom de droit public (le droit constitutionnel, droit administratif, droit international, droits et

¹²³⁵ P. Bourdieu, *Sur l'Etat. Cours au Collège de France 1989-1992*, Seuil (Coll. Raisons d'agir / cours et travaux), Paris, 2012, p. 53.

¹²³⁶ G. Bigot, « La théorie de l'État en France face à son histoire », *Op. cit.*, p. 12.

¹²³⁷ Cf. par ex. B. Bonnet et P. Deumier (sous la dir. de), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Dalloz (Coll. Thèmes & commentaires), Paris, 2010.

¹²³⁸ Professeur à la Faculté de droit de Paris, où il est titulaire de la chaire « Droit public - Théorie générale de l'État », et fondateur de la RDP..

¹²³⁹ « *Le droit nous dit ce qui est, comment est organisé l'Etat, quelle est sa structure, quelles sont les fonctions qu'il remplit et comment il les remplit. La science politique nous apprendra comment il faut que soit organisé l'Etat, quelles sont les fonctions qu'il est désirable de lui voir remplir, quelles sont les tâches qu'il doit répudier dans une société donnée* ». F. Larnaude, « Notre programme », RDP, Tome 1er, 1^{ère} année, 1894, p. 3.

¹²⁴⁰ La distinction entre l'« être » et le « devoir être », mise au point par le philosophe David Hume, l'une des principales figures des « Lumières écossaises » à la fin du XVIII^e siècle, permet de poser les fondements d'une démarche scientifique. La science aurait vocation à rechercher l'« être » de son objet, sans formuler de propositions normatives sur son « devoir être ». En mobilisant cette distinction, Ferdinand Larnaude suggère que le droit aspire à une rigueur dans la description du réel dont est dépourvue la science politique. Il place donc cette dernière du côté de la philosophie politique - donc en dehors des sciences alors en formation.

¹²⁴¹ *Idem*.

libertés, législation financière, etc.¹²⁴²). Aussi, la prestigieuse *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* représente fidèlement le renouveau de la théorie juridique de l'Etat à la fin du XIXe siècle en France¹²⁴³.

390. Les juristes publicistes de la seconde moitié du XIXe siècle reprennent donc le flambeau de leurs prédécesseurs de la Renaissance. Malgré le passage du temps, leur défi reste le même : fonder juridiquement le pouvoir. Or les professeurs de droit qui s'attellent à l'établissement d'une théorie de l'Etat se fondent initialement sur le principe de souveraineté nationale. Cela contribue à une (con)fusion entre le concept d'Etat et celui de nation.

391. Dans ses célèbres *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* publiés en 1896 pour leur première édition, le germaniste Adhémar Esmein introduit l'acception la plus répandue du principe de souveraineté : une puissance « *qui ne connaît point de puissance supérieure ou concurrente* ». Considérant que « *l'Etat se confond avec la souveraineté* », il en donne une définition qui connaîtra une heureuse postérité. Pour Esmein, « *l'Etat est la personnification juridique d'une nation : c'est le sujet et le support de l'autorité publique* »¹²⁴⁴. C'est ainsi que « *la puissance publique et le gouvernement qui l'exerce n'existent que dans l'intérêt de tous les membres qui composent la nation* »¹²⁴⁵. Comme l'indique Grégoire Bigot, « *remplacer la nation par l'État, c'est offrir à une abstraction politique jugée insatisfaisante une assise juridique solide, c'est fonder les incertitudes du politique dans les certitudes du droit* »¹²⁴⁶. Nous avons là les jalons de la doctrine stato-nationale du droit public, qui s'impose dans les Universités hexagonales alors que l'enseignement du droit constitutionnel devient obligatoire en doctorat (1882) puis dès la première année de Licence (1889)¹²⁴⁷. A ce titre, les *Eléments de droit constitutionnel* d'Adhémar Esmein deviennent l'ouvrage de référence en la matière dès leur première édition¹²⁴⁸. Ils expriment une

¹²⁴² Ferdinand Larnaude les énumère dans son article programmatique susévoqué (*Idem*).

¹²⁴³ Cf. G. Bigot, « La théorie de l'État en France face à son histoire », *Op. cit.*, p. 12.

¹²⁴⁴ A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 1914, Sirey (rééd. Ed. Panthéon-Assas), 2001, Paris, p. 272.

¹²⁴⁵ *Idem*.

¹²⁴⁶ G. Bigot, « La théorie de l'État en France face à son histoire », *Op. cit.*, p. 12.

¹²⁴⁷ J.-F. Giacuzzo, « Un regard sur les publicistes français montés au « front intellectuel » de 1914-1918 », *Op. cit.*, p. 2. Cela fait donc, à ce moment, plus de cinquante ans depuis le premier (et éphémère) cours de droit constitutionnel professé par Pellegrino Rossi sous la Monarchie de juillet.

¹²⁴⁸ O. Jouanjan, « Histoire de la science du droit constitutionnel » *Op. cit.*, p. 92-93.

conception stato-nationale du droit public inspirée de la doctrine allemande que Raymond Carré de Malberg portera à son plus haut degré de robustesse théorique en France.

§ 2. Le positivisme stato-national : le dialogue germano-français

392. Le « Long XIXe siècle »¹²⁴⁹ est, en Europe, celui de tous les progrès et de tous les bouleversements. Plus particulièrement, c'est au cours de cette période que se développent et se consolident les grandes théories scientifiques contemporaines du droit. Celles-ci font du droit « *une science de l'observation, avec une transposition du modèle des sciences expérimentales et un déplacement de la science du droit sur le terrain des sciences sociales alors en pleine structuration académiques (histoire, sociologie, psychologie, économie)* »¹²⁵⁰. Les doctrines scientifiques du droit visent, dans leur ensemble, à tourner la page du jusnaturalisme, encore très présent dans « *les grandes codifications de la fin de l'Ancien Régime et Déclarations des droits de l'homme* »¹²⁵¹. Cela justifie leur propre autonomie épistémologique et permet de doter les discours au sujet du droit d'un caractère scientifique. Dans ce contexte, « *le jusnaturalisme subit les attaques de l'Ecole historique, puis de l'Étatisme triomphant* »¹²⁵². Le résultat est que « *le Positivisme juridique triomphe, et le droit naturel est excommunié* »¹²⁵³.

393. En effet, deux grandes théories scientifiques juridiques fondées à la fin du XIXe siècle eurent une postérité remarquable : le positiviste juridique et l'approche sociologique du droit. Les deux se réclament du positivisme scientifique, la première pour faire de la science du droit une science autonome et la seconde pour en faire une science sociale, n'hésitant pas à aller chercher « *des gages de scientificité dans d'autres formes de savoir* »¹²⁵⁴. Néanmoins, seule la première est adossée à une théorie juridique de l'Etat, ce qui en fait une théorie stato-nationale. C'est pour cela qu'elle sera

¹²⁴⁹ Cette expression ainsi que le découpage chronologique qu'elle postule fait évidemment référence à l'historien Eric Hobsbawm. Cependant, on peut également la retrouver chez le spécialiste de l'histoire allemande et européenne David Blackbourn (cf. *The Long Nineteenth Century : A History of Germany (1780-1914)*, Oxford University Press, New York (Etats-Unis), 1997).

¹²⁵⁰ F. Audren, A.-S. Chambost, J.-L. Halpérin, *Histoires contemporaines du droit*, Op. cit., p. 130.

¹²⁵¹ V. l'originale définition du jusnaturalisme élaborée par Michel Villey : « Jusnaturalisme. Essai de définition », Op. cit., p. 28.

¹²⁵² M. Villey, « Jusnaturalisme. Essai de définition », Op. cit., p. 28.

¹²⁵³ Idem.

¹²⁵⁴ F. Audren, A.-S. Chambost, J.-L. Halpérin, *Histoires contemporaines du droit*, Op. cit., p. 130.

étudiée dans les pages suivantes alors que la seconde, qui aboutit souvent à une critique du principe de souveraineté et du concept d'Etat souverain, sera examinée ultérieurement¹²⁵⁵.

394. Le principe de souveraineté joue, au sein des théories stato-nationales du droit public, un rôle considérable. Pour E. Maunin, «*le positivisme juridique est une théorie étatiste qui repose sur le principe de souveraineté* »¹²⁵⁶. Comme nous l'avons noté précédemment¹²⁵⁷, Le positivisme britannique classique de Jeremy Bentham et de John Austin naît de la pensée juridique de Thomas Hobbes et postule la réduction du droit aux commandements du souverain (selon l'adage *auctoritas, non veritas, facit legem*¹²⁵⁸). Pour le célèbre constitutionnaliste Albert Venn Dicey, «*Constitutional law, as the term is used in England, appears to include all rules which directly or indirectly affect the distribution or the exercise of the sovereign power in the state* »¹²⁵⁹. Le positivisme allemand de l'Ecole Gerber-Laband construit sa théorie du droit autour d'une conception de la personnalité juridique de l'Etat comme support de la souveraineté-puissance de domination (*Herrschaft*)¹²⁶⁰. Il est très influent en France, comme nous l'avons évoqué antérieurement.

395. Il convient à présent de montrer l'usage du principe de souveraineté et la fonction qui lui est réservée dans les approches positivistes et stato-nationales du droit constitutionnel. Pour cela, nous commencerons d'abord par présenter l'école positiviste germanique, ou Ecole de l'*Isolierung* (I), ce qui nous permettra de mettre en lumière la spécificité de la pensée de Raymond Carré de Malberg, le représentant français le plus éminent de la pensée juridique d'Etat au début du XXe siècle (II).

¹²⁵⁵ Cf. *Infra*. Sect. 2.

¹²⁵⁶ E. Maunin, Entrée « Positivisme », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, *Op. cit.* Nous verrons néanmoins avec l'analyse de la pensée kelsenienne qu'il existe un courant positiviste non stato-national (cf. *Infra*. Sect. 2).

¹²⁵⁷ Cf. *supra*. Introduction générale.

¹²⁵⁸ F. Audren, A.-S. Chambost, J.-L. Halpérin, *Histoires contemporaines du droit*, *Op. cit.*, p. 125.

¹²⁵⁹ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan and Co., 1915 (8e éd.), Londres, p. CXL.

¹²⁶⁰ « *La personnalité juridique de l'Etat consiste en ceci qu'il possède des droits de souveraineté propres à l'effet de remplir son rôle et ses obligations, et une volonté souveraine indépendante* ». P. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1900, p. 100.

I L'Ecole de l'*Isolierung* : la puissance au service d'une théorie juridique scientifique de l'Etat

396. La pensée juridique allemande eut une grande influence dans le tournant positiviste du droit. Selon Frédéric Audren, Anne-Sophie Chambost et Jean-Louis Halpérin¹²⁶¹, elle serait à l'origine de la substitution du terme général et ambiguë de « droit » par ceux, plus techniques, d'«ordre juridique» et de « norme juridique »¹²⁶². Or « *le nouveau vocabulaire venu d'Allemagne propose, avec les termes de normes et d'ordre juridique, une conceptualisation en apparence plus claire du cadre juridique résultant du triomphe des Etats-nations et de l'émergence d'un droit international fondé sur les traités entre ces Etats* »¹²⁶³.

397. L'émergence de l'École de l'*Isolierung* s'inscrit dans une époque considérée, selon l'expression consacrée, comme un « âge d'or » de la doctrine juridique en France et en Allemagne¹²⁶⁴. Il s'agit en effet du moment où sont forgées les différentes méthodes scientifiques juridiques modernes. Parmi celles-ci, deux s'en distinguent particulièrement par leur influence, y compris au-delà des frontières du monde germanophone. Il s'agit, d'une part, du positivisme et, d'autre part, de l'Ecole historique du droit, ou Ecole Pandectiste. La démarche positiviste, qui nous intéresse à présent, est à l'origine de l'Ecole de l'*Isolierung*, qui tire donc son nom de l'«isolement»¹²⁶⁵ dont le droit positif doit faire l'objet en le distinguant et en le séparant des phénomènes qui le débordent. De cette manière, le pouvoir constituant originaire, les situations exceptionnelles et les questionnements autour de la finalité de l'Etat seraient, par exemple, exclus de l'analyse juridique¹²⁶⁶.

¹²⁶¹ F. Audren, A.-S. Chambost et J.-L. Halpérin, *Histoires contemporaines du droit*, Op. cit. p. 62.

¹²⁶² Or, selon l'analyse de Norberto Bobbio, le normativisme kelsénien aurait parachevé le «renversement de perspective» postulé par le positivisme : «*l'ordre juridique n'est pas défini comme un ensemble de normes juridiques, mais c'est la norme juridique qui est définie par son appartenance à l'ordre juridique qui permet d'envisager le droit*» (M. Troper, Chapitre X. Système juridique et Etat, in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF (coll. Léviathan), Paris, 1994, p. 162),

¹²⁶³ F. Audren, A.-S. Chambost et J.-L. Halpérin, *Histoires contemporaines du droit*, Op. cit. p. 62.

¹²⁶⁴ V. not. O. Beaud, P. Wachsmann, « Préface », in Op. cit., p. 5 et E. Maulin, «Préface. Raymond Carré de Malberg, le légiste de la République», Op. cit. : la Contribution « récapitule et synthétise l'état des doctrines allemande et française au moment où elles connaissent un véritable « âge d'or », entre 1870 et 1918 ».

¹²⁶⁵ Cf. *supra*. Introduction générale.

¹²⁶⁶ O. Beaud, « La souveraineté dans la Contribution à la Théorie générale de l'Etat de Carré de Malberg », Op. cit, p. 1253..

398. Gerber, promoteur de la doctrine de l'*Isolierung*, postule sa méthode dès 1865. Celle-ci se trouve aux antipodes de celle de l'Ecole historique de Savigny et de son maître Puchta. En effet, il exclut de la méthode juridique « *tout ce qui concerne l'histoire (réaction face à l'historicisme) et les sciences sociales (conservatisme social)* »¹²⁶⁷. Son approche repose sur une ontologie volontariste du droit, celui-ci étant conçu comme un pur produit des organes de l'Etat. Or il manque à la méthode positiviste de Gerber un objet qui corresponde à son ontologie juridique. En effet, le territoire allemand se trouve, en 1865, quadrillé par un chapelet d'Etats composant la confédération germanique, créée suite au Congrès de Vienne en 1815. Au total, 39 royaumes et villes libres forment cet « *instrument forgé par Metternich pour permettre la Restauration dans les territoires allemands* »¹²⁶⁸. Comme le note Gerber, « *on pourrait donc pour l'Allemagne parler seulement d'un droit public de chacun des Etats autonomes qui coexistent au sein de cette confédération des peuples* »¹²⁶⁹.

399. Aussi, il faut placer le développement de la méthode de Gerber dans le contexte de la construction de l'union nationale allemande sous la fêrule autoritaire du ministre-président de la Prusse, Otto von Bismarck, nommé à cette fonction par le roi Guillaume Ier en 1862. Bismarck, issu des cercles conservateurs de l'élite prussienne, incarne la politique du « *fer et du sang* »¹²⁷⁰. Or, après la guerre-éclair contre l'Autriche dans l'été 1866, la Prusse peut enfin affirmer sa «*prééminence sur les affaires allemandes*»¹²⁷¹. Elle fonde, avec la Constitution du 16 avril 1867, une nouvelle organisation politique, la Confédération de l'Allemagne du Nord, avec le roi Guillaume Ier pour chef d'Etat et Bismarck pour chancelier. Celle-ci entretient une relation étroite avec les «pays» d'Allemagne du sud qui demeurent indépendants¹²⁷². Une alliance militaire est mise en place entre la Confédération de l'Allemagne du Nord et ces territoires méridionaux. Elle se double dès 1868 d'une union douanière (*Zollverein*) et, surtout, d'un parlement douanier (*Zollparlament*) qui siège à Berlin. Ce dernier permet d'approfondir l'intégration économique et

¹²⁶⁷ O. Beaud, « Préface. Carl Schmitt ou le juriste engagé », *Op. cit.*, p. 65.

¹²⁶⁸ J. Chapoutot, *Histoire de l'Allemagne de 1806 à nos jours*, PUF (coll. QSJ?), Paris, 2014, p. 21.

¹²⁶⁹ Cité par O. Beaud in « Préface. Carl Schmitt ou le juriste engagé », *Op. cit.*, p. 65.

¹²⁷⁰ Johann Chapoutot cite un discours de Bismarck à la Chambre du 30 septembre 1862 qui résume sa vision politique : « *Ce n'est pas le libéralisme de la Prusse qu'attend l'Allemagne mais sa puissance [...]. Ce ne sont pas les discours et les votes majoritaires qui décident des grandes questions de notre temps - c'est là la grande erreur de 1848 et de 1849 - mais bien le fer et le sang* ». J. Chapoutot, *Histoire de l'Allemagne de 1806 à nos jours*, *Op. cit.*, p. 42.

¹²⁷¹ *Ibid*, p. 44.

¹²⁷² Il s'agit des royaumes de Bavière et de Wurtemberg et les grands-duchés de Hesse et de Bade (*Ibid*, p. 45).

préfigure le *Reichstag* du II Reich. Ce dernier est établi sur le fondement de la Constitution de 1871. A partir de ce moment, la méthode positiviste de Gerber peut permettre de théoriser et d'étudier le droit public positif de l'ensemble de l'Allemagne, c'est-à-dire celui de l'Empire. En quelque sorte, la trajectoire du droit public allemand vers une plus forte unité à partir de 1871 rend empiriquement pertinent le postulat de Gerber d'une réduction du droit à l'activité normative des seules autorités étatiques. L'étatisation du droit sur laquelle repose la méthode de ce premier positivisme allemand semble taillée sur mesure pour le II Reich naissant. Elle devient une véritable doctrine juridique d'Etat après avoir été conçue comme une doctrine étatiste du droit.

400. C'est Paul Laband, prédécesseur de Raymond Carré de Malberg à l'Université de Strasbourg, qui parachève la méthode de l'Ecole de l'*Isolierung*¹²⁷³. Il en devient ainsi le représentant emblématique après la publication de son ouvrage *Le droit public de l'Empire allemand (das Staatsrecht des deutschen Reiches)* en 1876¹²⁷⁴. Laband précise sa méthode dès la Préface de cette première édition. Tout d'abord, il se concentre sur l'étude du système constitutionnel issu de la Constitution impériale de 1871. Le professeur de Strasbourg part d'une conception de la Constitution du Reich comme un « *fait irrévocablement accompli, dont doivent s'accommoder ceux mêmes qui en furent contrariés* »¹²⁷⁵ et dont le juriste ne peut que constater l'existence.

401. Laband postule, à cet égard, le besoin nouveau d'établir « *l'intelligence de cette constitution même, la connaissance de ses principes fondamentaux et des corollaires qu'il convient d'en déduire, la science exacte des nouvelles formes juridiques* »¹²⁷⁶. Or, pour remplir ce rôle, la science juridique doit « *analyser les nouvelles conditions faites au droit public, en fixer la nature juridique, découvrir les notions plus générales auxquelles elles se subordonnent* »¹²⁷⁷. Il doit se garder d'inventer de nouveaux objets conceptuels car « *la création d'un principe juridique absolument nouveau et sans pareil, qui ne puisse pas être subordonné à un principe de droit plus élevé et plus*

¹²⁷³ Laband est ainsi considéré comme « l'exécuteur testamentaire intellectuel » de Gerber selon la formule de

Landsberg, historien des doctrines juridiques allemandes, reprise par O. Beaud dans sa « Préface. Carl Schmitt ou le juriste engagé », *Op. cit.*, p. 66 ainsi que par O. Jouanjan, « Carl Friedrich Gerber et la constitution d'une science du droit public allemande », in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, n°1, 1997, p. 11.

¹²⁷⁴ Celui-ci, traduit au français en 1900, est considéré par Ferdinand Larnaudé comme « *l'ouvrage le plus considérable jusqu'à ce jour sur la Constitution et l'administration de l'Empire allemand* ». « Préface à l'édition française », in P. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1900, p. VII.

¹²⁷⁵ « Préface à la première édition allemande », in P. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, *Op. cit.*, p. 2.

¹²⁷⁶ *Idem.*

¹²⁷⁷ *Ibid*, p. 3.

*général est aussi impossible que la découverte d'une nouvelle catégorie logique ou la naissance spontané d'une nouvelle force dans la nature »*¹²⁷⁸. Ainsi, il souhaite rompre avec la réduction de l'activité scientifique du juriste à une activité de description des « *formes historiques successives* » que prend le droit positif sans que les règles exprimées par ce dernier ne soient expliquées et ramenées à des notions générales¹²⁷⁹.

402. Paul Laband est donc animé par un esprit de système qui doit permettre de penser le droit constitutionnel positif dans une démarche logique descendante, en partant de principes et de règles généraux pour aboutir à des principes et des règles plus particuliers. Pour reprendre la typologie de Mario Losano, cité par Michel Troper, la structure du droit constitutionnel est conçue dans le cadre de la doctrine labandienne comme « *terminus ad quem de l'activité du juriste* » : il s'agit, pour celui-ci, de « *donner à des règles, à des normes, une organisation qu'elles ne possèdent pas* »¹²⁸⁰. Comme le résume Olivier Beaud, « *l'unité du système juridique résulte ainsi de la conjonction de deux opérations intellectuelles logiquement dépendantes : la première est la qualification juridique du fait, qualifiée par la doctrine allemande de « construction » (Konstruktion), et la seconde est l'opération logique proprement dite, la subsumption du fait ainsi construit sous la règle de droit* »¹²⁸¹. Paul Laband précise cette double opération dans la « Préface » à la première édition de son *Droit public de l'Empire allemand* : « *découvrir les principes généraux n'est pas toute la tâche qui s'impose : il faut encore développer les conséquences qui découlent des principes découverts et mettre en lumière leur concordance avec les institutions réellement en vigueur et les prescriptions positives des lois* »¹²⁸². Ainsi, la production doctrinale de l'Ecole Gerber-Laband met particulièrement bien en lumière l'activité de « *reconstruction, qui passe par un travail de systématisation et de mise en cohérence* »¹²⁸³ qu'exerce la doctrine comme interprète du droit.

¹²⁷⁸ *Idem.*

¹²⁷⁹ *Idem.*

¹²⁸⁰ M. Troper, « Chapitre X. Système juridique et Etat », *Op. cit.*, p. 161.

¹²⁸¹ O. Beaud, « Préface. Carl Schmitt ou le juriste engagé » *Op. cit.*, p. 68. Comme l'affirme P.-M. Gaudemet, Laband envisage « *la tâche scientifique de la dogmatique d'un droit positif déterminé* » comme « *la construction d'un système juridique. Elle ramène des dispositions juridiques particulières à des concepts plus généraux et inversement tire de ces concepts les conséquences qui en découlent* ». P.-M. Gaudemet, « Paul Laband et la doctrine française », *Op.cit.*, p. 967.

¹²⁸² « Préface à la première édition allemande », in P. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, *Op. cit.*, p. 3.

¹²⁸³ J. Chevallier, « Les interprètes du droit », in *La doctrine juridique*, PUF, Paris, 1993, p. 264.

403. Ensuite, Paul Laband s'oppose très clairement au syncrétisme méthodologique des auteurs non positivistes - et notamment des tenants de l'Ecole historique du droit. Sous sa plume se dessine, comme l'indique P.-M. Gaudemet, « *une doctrine du droit pure, une Reine Rechstelehre qui envisage les normes juridiques en elles-mêmes en les dépouillant de tous les éléments métajuridiques* »¹²⁸⁴. Pour lui, la logique suffit au juriste pour « *construire un système juridique et résoudre les problèmes posés par le droit positif assimilé au droit étatique* »¹²⁸⁵. Selon P.-M. Gaudemet, « *c'est un système de logique pure appuyé sur la législation positive que Laband présente et applique* »¹²⁸⁶. Celle-ci fait d'ailleurs l'objet de critiques car elle représenterait une forme d'« *impérialisme logiciste en droit* »¹²⁸⁷. Laband y répond dans la « Préface » de la seconde édition de son *Droit public de l'Empire allemand* publiée en 1887¹²⁸⁸. Il explique ne pas méconnaître « *ni l'importance des recherches en histoire du droit [...] ni l'utilité que présentent, pour la connaissance du droit, l'histoire, l'économie politique, la politique, la philosophie* »¹²⁸⁹. Il précise donc qu'il vise ainsi à combattre, non pas les autres méthodes de recherche scientifique, mais « *le dilettantisme qui, d'une part, se contentait de compulser mécaniquement des lois et des matériaux législatifs, et donnait d'autre part de banales discussions de politique du jour, de superficielles considérations d'opportunité, des notices historiques fragmentaires et sans suite pour des recherches de droit public* »¹²⁹⁰. Cette volonté de « purification méthodologique » parachève le positivisme anglo-saxon et ouvre la voie à la « Théorie pure du droit » de Hans Kelsen, auteur qui conduira le positivisme à un « *niveau théorique et épistémologique jusque là jamais atteint* »¹²⁹¹.

404. En bâtissant une méthode purement logicienne, Laband souhaite affirmer la spécificité ainsi que la « scientificité » du droit public comme discipline autonome. Comme nous l'avons mentionné, le deuxième volet du programme de Laband est « *de faire du droit public un véritable droit tout aussi indiscutable que le droit privé* »¹²⁹². D'une part, il souhaite partir des principes du

¹²⁸⁴ P.-M. Gaudemet, « Paul Laband et la doctrine française », *Op.cit.*, p. 966.

¹²⁸⁵ O. Beaud, « Préface. Carl Schmitt ou le juriste engagé », *Op. cit.*, p. 67

¹²⁸⁶ P.-M. Gaudemet, « Paul Laband et la doctrine française », *Op.cit.*, p. 967-968.

¹²⁸⁷ O. Beaud, « Préface. Carl Schmitt ou le juriste engagé », *Op. cit.*, p. 67.

¹²⁸⁸ P.-M. Gaudemet, « Paul Laband et la doctrine française », *Op.cit.*, p. 966.

¹²⁸⁹ « Préface à la troisième édition allemande », in P. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, *Op. cit.*, p. 9.

¹²⁹⁰ *Ibid*, p. 10-11.

¹²⁹¹ O. Jouanjan, « Histoire de la science du droit constitutionnel », *Op. cit.*, p. 98. Cf. *Infra*. Sect. 2.

¹²⁹² O. Beaud, « Préface. Carl Schmitt ou le juriste engagé », *Op. cit.*, p. 66.

droit privé pour bâtir une science du droit public véritablement juridique car « *la science du droit privé a pris une telle avance sur toutes les autres disciplines du Droit que celles-ci ne doivent pas craindre de se mettre à l'école de la première* »¹²⁹³. D'autre part, il vise à affirmer la spécificité du droit public, celui-ci reposant « *sur l'existence d'un pouvoir sur les personnes* »¹²⁹⁴.

405. Le droit public allemand est ainsi pensé autour d'une théorie de la volonté de l'Etat comme puissance (*Herrschaft*). Dans le cadre de la méthode logiciste que nous avons évoquée, l'ensemble des concepts du droit public allemand est déduit de ce principe premier. Dans la lignée du subjectivisme de son maître Puchta, Gerber dote l'Etat d'une personnalité juridique, support de sa volonté. Si pour Gerber le droit est « *un système des possibilités de la volonté* »¹²⁹⁵, le droit public se définit donc comme le système des possibilités de la volonté étatique. La doctrine de Gerber et Laband repose par conséquent sur la croyance dans la personnalité juridique de l'Etat comme support d'un droit subjectif de domination qui s'impose aux individus sans que ceux-ci puissent revendiquer un quelconque droit subjectif individuel¹²⁹⁶. Le concept de personnalité juridique de l'Etat et celui, corrélatif, de domination permettent de circonscrire le domaine du droit public vis-à-vis du domaine du droit privé. La spécificité de celui-là est d'être le droit « *de la volonté en tant qu'elle domine* »¹²⁹⁷. Ainsi que l'affirme O. Jouanjan, « *en voulant, l'Etat peut obliger ses sujets, ses Untertanen, sans qu'il ait besoin de leur consentement : ainsi, par le concept de domination se trouve marqué le critère de distinction et de démarcation entre le droit privé et le droit public* »¹²⁹⁸.

406. Par conséquent, le positivisme juridique incarné par l'Ecole de l'*Isolierung* parvient à bâtir une théorie du droit public dont l'un des effets les plus notables en dehors du champ juridique a été de contribuer à légitimer l'Empire allemand. Or, à bien lire le maître-ouvrage de Laband, il semble que cet effet ne soit pas la conséquence collatérale et contingente d'une démarche purement «neutre»

¹²⁹³ « Préface à la première édition allemande », in P. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, *Op. cit.*, p. 4-5.

¹²⁹⁴ *Idem*.

¹²⁹⁵ La formule est initialement de Puchta. Elle est citée par O. Jouanjan, « Les droits publics subjectifs et la dialectique de la reconnaissance : Georg Jellinek et la construction juridique de l'Etat moderne », *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, n°46-1, 2014, p. 55.

¹²⁹⁶ Selon Laband, « *la personnalité juridique de l'Etat consiste en ceci qu'il possède des droits de souveraineté propres à l'effet de remplir son rôle et ses obligations, et une volonté souveraine indépendante* ». P. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, *Op. cit.*, p. 100.

¹²⁹⁷ O. Beaud, « Préface. Carl Schmitt ou le juriste engagé », *Op. cit.*, p. 66.

¹²⁹⁸ O. Jouanjan, « Les droits publics subjectifs et la dialectique de la reconnaissance : Georg Jellinek et la construction juridique de l'Etat moderne », *Op. cit.*, p. 51.

car uniquement scientifique. La manière dont le professeur de Strasbourg impose la Constitution de 1871 comme un fait incontestable et la puissance de domination de l'Empire comme le résultat inévitable d'une étude scientifique du droit constitutionnel impérial peut permettre de rejoindre Olivier Beaud lorsqu'il affirme que le succès de l'œuvre de Laband serait du, en partie, à une raison « *extérieure au champ juridique* »¹²⁹⁹. Celle-ci serait « *l'adéquation objective entre cette doctrine juridique et les nécessités sociales de l'époque* »¹³⁰⁰. En effet, la pensée constitutionnelle de Laband aurait permis de renforcer et parachever le programme politique bismarckien : l'unité de l'Allemagne par la « *conservation du pacte constitutionnel prussien* »¹³⁰¹. Selon la comparaison faite par Ferdinand Larnaude, Laband s'inscrit dans les pas des « *anciens légistes royaux* », qui « *ont efficacement travaillé à la reconstitution du pouvoir royal en France* »¹³⁰². En effet, poursuit F. Larnaude, « *c'est à coup de raisonnements, d'arguments, de théories juridiques que M. Laband construit l'Empire et ses droits [...] et c'est dans les mailles serrées du raisonnement juridique qu'il enserme les institutions politiques et administratives* »¹³⁰³. Admirateur du Chancelier de fer, dont il avait justifié dans une étude publiée en 1871 la décision de gouverner sans budget voté par le parlement¹³⁰⁴, Laband prétend œuvrer ainsi à la consolidation du projet politique bismarckien par excellence : la poursuite de l'unité de l'Empire. C'est pour cela qu'il prend pour point de départ le caractère juridique de la Constitution de 1871, car celui-ci rend l'Empire incontestable à ses yeux de juriste positiviste.

407. Les conclusions auxquelles arrive Laband vont dans le sens de la démonstration du caractère juridiquement supérieur, car étatique, de l'Empire. Le professeur de Strasbourg étudie la forme de l'Empire allemand en partant d'une distinction entre la Confédération d'Etats et l'Etat fédéral, tous deux des sous-groupes de la catégorie de « l'Etat d'Etats ». Selon Laband, la première repose sur des rapports de droit international (un traité) alors que la seconde serait fondée sur des rapports de droit public (une Constitution). Suivant sa propre orientation consistant à s'inspirer des concepts du droit privé, il ramène cette distinction à « *celle que l'on fait en droit privé entre la personne*

¹²⁹⁹ O. Beaud, « Préface. Carl Schmitt ou le juriste engagé », *Op. cit.*, p. 69.

¹³⁰⁰ *Idem.*

¹³⁰¹ *Idem.*

¹³⁰² Nous avons étudié leur démarche précédemment : cf. *supra*. Titre 1, Chap. 1, Sect. 2.

¹³⁰³ « Préface à l'édition française », in P. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, *Op. cit.*, p. IX.

¹³⁰⁴ P.-M. Gaudemet, « Paul Laband et la doctrine française », *Op.cit.*, p. 960.

juridique et la société »¹³⁰⁵. Il ne s'agit donc pas d'une distinction qui se fonderait sur l'étendu des pouvoirs cédés à l'Empire ou sur «*le nombre des affaires publiques qui lui incombent (compétence)*» mais elle reposerait sur un «*contraste de principes* »¹³⁰⁶ : l'Etat fédéral dispose de la personnalité juridique, c'est-à-dire qu'il est un sujet de droit, cependant que la Confédération d'Etats n'est que l'expression d'un «*rapport de droit* ». Partant, la volonté exprimée par la Confédération d'Etats n'est pas autonome : elle n'est que «*l'expression de la volonté commune de ses membres*»¹³⁰⁷. Dans l'Etat fédéral, au contraire, «*la volonté de l'Etat est différente de la volonté de ses membres ; elle n'est pas la somme de leurs volontés mais une volonté indépendante d'eux*»¹³⁰⁸. Autrement dit, seul l'Etat fédéral est considéré comme un Etat souverain, disposant d'une «*capacité propre et une puissance souveraine sur les Etats-membres*»¹³⁰⁹. Cela conduirait donc à admettre que la puissance d'Empire pourrait «*exercer directement, dans ses rapports particuliers, ses droits de souveraineté vis-à-vis du territoire de l'Empire ou des sujets de l'Empire* »¹³¹⁰. De plus, Laband considère que par le biais de «*manifestations déterminées de la puissance d'Empire, les Etats particuliers peuvent être non seulement médiatisés mais complètement mis hors de fonction*»¹³¹¹. Les Etats particuliers sont donc pleinement subordonnés à la puissance d'Empire. Le caractère étatique de ce dernier est consacré par le biais de l'analyse scientifique de la doctrine labandienne de l'*Isolierung*.

408. Partant, l'Ecole Gerber-Laband élabore une conception intrinsèquement autoritaire du droit public, dans laquelle prime par dessus tout la volonté de domination de l'Etat, c'est-à-dire sa

¹³⁰⁵ P. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand, Op. cit.*, p. 100.

¹³⁰⁶ *Idem.*

¹³⁰⁷ *Ibid*, p. 101.

¹³⁰⁸ *Idem.*

¹³⁰⁹ *Ibid*, p. 153.

¹³¹⁰ *Ibid*, p. 104.

¹³¹¹ *Idem.*

souveraineté dans un sens a-libéral¹³¹². C'est cette conception autoritaire des fondements du droit public qui ne peut pas faire l'objet d'une adhésion de la part des professeurs de droit français. Comme le note P.-M. Gaudemet, « *l'esprit démocratique et libéral des juristes français ne pouvait admettre une doctrine qui avait baigné dans le régime autoritaire du Chancelier de fer et s'était épanouie dans l'Empire de Guillaume II* »¹³¹³. Ainsi, Carré de Malberg, s'il demeure très influencé par Paul Laband, ne peut pour autant pas le rejoindre dans son exaltation de la puissance dominatrice de l'Etat.

II. La théorie de l'Etat de Raymond Carré de Malberg : le concept de souveraineté nationale comme fondement d'une théorie générale de l'Etat républicaine et libérale

409. « *Souveraineté signifie bien puissance dominatrice, mais non puissance affranchie de toute notion de droit* »¹³¹⁴. Par ces mots, Raymond Carré de Malberg affirme son éloignement de la doctrine gerbo-labandienne dans son entreprise de dévoilement de la signification et de la portée du principe de souveraineté nationale. Pour le professeur alsacien, la souveraineté, loin d'appartenir au seul registre de l'arbitraire ou de l'absolutisme, peut s'inscrire dans un régime politique libéral. En tant que tel, elle est pleinement insérée dans l'histoire constitutionnelle française plus que dans celle de toute autre nation. Par ailleurs, le principe de souveraineté fait également partie du droit constitutionnel positif français. C'est donc à ce double titre que le juriste-théoricien a vocation à

¹³¹² La portée essentiellement autoritaire de l'Ecole Gerber-Laband est fortement nuancée par le juriste germano-autrichien Georg Jellinek, professeur à Université de Heidelberg. Celui-ci adopte une conception de l'Etat fondamentalement différente. Pour Jellinek, le concept d'Etat ne désignerait pas une substance mais un « *ensemble complexe de relations interindividuelles* » : ce n'est plus l'Etat-substance de Gerber et Laband mais l'Etat-relation. L'Etat demeure une personne mais une personne corporative qui « *n'est pas juridiquement autrement pensable que comme un système de rapports de droit* ». Ainsi, il ne peut être pensé que par le biais de l'ordre juridique qui le constitue : « *un Etat sans droit ne peut être dit un Etat* ». Celui-ci est donc conduit à agir par le biais et dans les limites que lui pose son propre droit, ce qui permet à Jellinek de fonder une théorie de l'auto-limitation de l'Etat. Selon cette dernière, un Etat « hors-la-loi » n'est pas un Etat, il devient - ou demeure - « pistolet du brigand » selon la métonymie de Jean-Jacques Rousseau, c'est-à-dire pure force de contrainte. Dans le cadre de l'Etat-corporation de Jellinek, finalement assez proche de l'Etat-ordre juridique de Kelsen, les individus ne sont plus des sujets extérieurs et soumis. Ils y sont « *relationnellement incorporés* » et disposent de droits subjectifs. Le professeur de Heidelberg postule en effet la catégorie des « droits publics subjectifs », reconnaissant aux individus la faculté de se prévaloir d'un « *intérêt juridiquement protégé* » face à l'Etat. Par ailleurs, Jellinek poursuit la mise sur pied d'une « *science générale de l'Etat* » en enrichissant sa théorie juridique de l'Etat (*Allgemeine Staatsrechtslehre*) d'une théorie sociale de l'Etat (*Allgemeine Soziallehre des Staates*). Sur le plan théorique, « *l'œuvre de Jellinek balance entre le sociologisme et le juridisme* », rompant avec la vocation de Gerber et Laband à une forme de pureté méthodologique. Contre le « *logicisme* » de Laband, Jellinek « *réintroduit un lien entre le droit et la réalité sociale (l'histoire, la sociologie) ou la philosophie politique* ».

¹³¹³ P.-M. Gaudemet, « Paul Laband et la doctrine française », *Op.cit.*, p. 965.

¹³¹⁴ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 223.

l'étudier. D'une part, Carré de Malberg propose une clarification conceptuelle du principe de souveraineté, en examinant de manière détaillée la doctrine constitutionnaliste allemande et française. D'autre part, il tâche de déterminer l'acception particulière que le concept de souveraineté nationale acquiert en France, à travers son usage dans le discours juridique des Révolutionnaires.

410. Dans le cadre de son entreprise de développement d'une théorie générale de l'Etat qui soit intrinsèquement nationale, Carré de Malberg commence par rappeler le développement historique du concept de souveraineté dans la littérature politique et juridique française du XVe au XVIIIe siècle. Il parcourt également la doctrine publiciste francophone (L. Duguit, A. Esmein, L. Le Fur, etc.) et allemande (notamment G. Jellinek, H. Rehm et G. Meyer) afin d'analyser les différents usages et mésusages du mot. Il met en évidence la grande diversité et, parfois, les importantes contradictions, que recèle l'usage de ce mot. Il déplore l'absence d'une terminologie précise en langue française comme l'un des facteurs conduisant à cette relative confusion et indétermination du principe de souveraineté. Il propose donc, pour palier à cette difficulté, de faire la différence en français entre la *puissance d'Etat*, la souveraineté *de* l'Etat et la souveraineté *dans* l'Etat¹³¹⁵.

411. Le professeur alsacien s'inspire, en effet, des trois acceptions que reçoit le terme de souveraineté en langue allemande. Celle-ci dispose de trois mots différents : *Souveränität* (la souveraineté comme puissance étatique), *Staatsgewalt* (la souveraineté comme le faisceau de compétences dont dispose l'Etat) et *Herrscher* (la puissance dont dispose l'organe au sein de l'Etat). Cela lui permet de préciser la très célèbre distinction des trois acceptions du mot de souveraineté : « *dans son sens originare il désigne le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante, et en particulier de la puissance étatique. Dans une seconde acception, il désigne l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'Etat, et il est par suite synonyme de cette dernière. Enfin, il sert à caractériser la position qu'occupe dans l'Etat le titulaire de la puissance étatique, et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe* »¹³¹⁶. Par conséquent, Carré de Malberg estime qu'il faut, sur le plan de la théorie générale de l'Etat¹³¹⁷, éviter

¹³¹⁵ *Ibid*, p. 87.

¹³¹⁶ *Ibid*, p. 79.

¹³¹⁷ Non rattaché, par conséquent, à la description du droit constitutionnel positif d'un Etat en particulier.

d'employer les expressions de « puissance d'Etat » et de « souveraineté » comme s'il s'agissait de synonymes¹³¹⁸.

412. Il se penche, à travers ce choix terminologique, sur le droit constitutionnel allemand. Celui-ci reconnaît en effet une puissance de domination (« puissance d'Etat ») au profit des entités fédérées tout en accordant à l'Etat fédéral une forme de suprématie, caractérisée par le fait qu'il détient une faculté particulière que le professeur de Strasbourg qualifie donc de souveraineté. Ainsi, « *un Etat peut avoir une puissance de domination sans pour cela être souverain* »¹³¹⁹. Pour être considéré comme souverain, un Etat doit tout d'abord disposer de la faculté « *de déterminer sa compétence, exclusivement en vertu de sa volonté, c'est-à-dire de se fixer librement à lui-même les tâches qu'il veut remplir* »¹³²⁰.

413. On retrouve l'influence de la doctrine positiviste de Jellinek dans cette caractérisation de la souveraineté comme une « *kompetenz-kompetenz* », réfutée notamment par Hans Kelsen car elle se réfère non pas à une propriété formelle que pourrait revêtir un ordre juridique mais à une compétence matérielle, celle de fixer soi-même l'étendu de ses propres compétences¹³²¹. Néanmoins, la détention d'une « compétence de la compétence » n'est pas exactement, ou seulement, ce qui caractérise l'Etat souverain¹³²². Ce qui distingue l'Etat souverain pour Carré de Malberg est sa « *capacité à se déterminer exclusivement et indéfiniment par lui-même* »¹³²³, sans ne dépendre « *d'aucune volonté étrangère* »¹³²⁴. Il s'agit ici de la souveraineté dans le sens de « *Souveranität* » : la capacité pour s'auto-déterminer sans entraves. Il s'ensuit que, pour le juriste alsacien, « *la souveraineté prise en soi n'a point de contenu positif* »¹³²⁵. Elle se définit négativement comme « *l'absence de toute subordination ou limitation envers une puissance*

¹³¹⁸ Nous verrons que Duguit notamment s'inscrit en faux contre cette interprétation (cf. Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 1).

¹³¹⁹ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 174.

¹³²⁰ *Idem.*

¹³²¹ Cf. *infra*. Chapitre 2, Section 1, § 2.

¹³²² « *Toutefois - qu'on ne s'y méprenne pas - la compétence de la compétence, la capacité de se choisir librement ses tâches, le droit de se déterminer en vertu de sa propre volonté, la faculté d'auto-obligation et limitation, tout cela n'est pas spécial à l'Etat souverain : mais ces facultés sont communes à tous les Etats, souverains ou non* ». R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 175.

¹³²³ *Ibid*, p. 176.

¹³²⁴ *Idem.*

¹³²⁵ *Ibid*, p. 192.

supérieure »¹³²⁶. On rejoint ici l'acception qu'en retient le droit international, magistralement présentée par Jean Combacau¹³²⁷.

414. On reconnaît le caractère structurant de la souveraineté dans la Théorie générale de l'Etat de Carré de Malberg à son embarras au moment de théoriser l'Etat fédéral. Il affirme à ce titre que « *le développement contemporain du fédéralisme est venu jeter un grand trouble dans [la] doctrine traditionnelle* »¹³²⁸ de l'Etat un et souverain. En effet, les Etats fédérés semblent manquer de deux caractéristiques inhérentes au concept d'Etat souverain : d'une part, leur puissance est concurrencée par celle de l'Etat fédéral ; d'autre part, ils ne possèdent « *sur leur propre territoire qu'une partie des compétences qui découlent de la puissance étatique* » et demeurent partiellement subordonnés à l'Etat fédéral, ce qui, selon Carré de Malberg, « *exclut incontestablement en eux le caractère de souveraineté au sens propre de ce mot* »¹³²⁹. Notre auteur se demande alors s'il convient « *de maintenir la définition d'après laquelle la souveraineté est le signe distinctif de l'Etat* » - et conclure au caractère non étatique des Etats fédérés - ou s'il faut « *rejeter la théorie de l'Etat souverain* » pour admettre que « *malgré l'absence de souveraineté, les collectivités fédéralisées que contient l'Etat fédéral sont bien des Etats* »¹³³⁰. Sans surprise, le professeur alsacien retient la première branche de l'alternative. De ce point de vue, il s'aligne sur la distinction entre Etat fédéral et confédération d'Etats, institutionnalisée en France par Louis Le Fur en 1896¹³³¹. Après avoir déterminé la nature de l'Etat fédéral et avoir examiné les rapports que ce dernier entretient avec les Etats fédérés, Carré de Malberg reprend les travaux de Laband pour montrer les manifestations de « *la souveraineté de l'Etat fédéral* »¹³³² et de la « *non-souveraineté des Etats membres* »¹³³³. Il finit par ramener l'analyse de l'Etat fédéral au prisme de lecture stato-centré, au travers d'une grille de compréhension mobilisant le principe de souveraineté¹³³⁴. Sur le fondement d'une conception de la souveraineté qui

¹³²⁶ *Idem.*

¹³²⁷ « Pas une puissance, une liberté », *Op. cit.*

¹³²⁸ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 90.

¹³²⁹ *Idem.*

¹³³⁰ *Ibid*, p. 92.

¹³³¹ Cf. O. Beaud, Entrée « Fédération et Etat fédéral » in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, *Op. cit.*

¹³³² R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, *Op. cit.*, *Op. cit.*, p. 123.

¹³³³ *Idem.*

¹³³⁴ *Ibid*, p. 123 et s.

emprunte à l'Ecole de l'*Isolierung*, Carré de Malberg considère, en dernière analyse, que «*la souveraineté de l'Etat fédéral trouve son expression la plus haute et la plus décisive dans le droit qui appartient à cet Etat de déterminer sa propre compétence par lui-même et d'une façon illimitée*»¹³³⁵.

415. Cette brève restitution de l'analyse malbergienne de l'Etat fédéral permet de mettre en évidence le fait que cet auteur ne pense l'Etat qu'à travers la souveraineté. C'est sur cette base qu'il développe sa théorie du droit constitutionnel, en opérant une identification entre l'Etat souverain et la Constitution. A ce titre, la Constitution «*forme la condition absolue et la base même de l'Etat*», elle est «*génératrice de l'Etat*»¹³³⁶. Elle permet, indépendamment de son contenu, de réaliser «*l'union de tous les organes de l'Etat [...] sous la puissance de sa volonté supérieure*»¹³³⁷. Une fois établies les concepts d'Etat et de Constitution de manière générale, Carré de Malberg peut s'inspirer du droit et de la pratique des Révolutionnaires pour construire une théorie de la souveraineté nationale. Il s'agit là de son grand apport à la doctrine constitutionnaliste française.

416. Les Révolutionnaires adoptèrent une acception unitaire de la souveraineté (à la fois puissance publique et puissance indépendante). Ils admirent, de même, un rapport de consubstantialité entre l'Etat, la souveraineté et la nation. Ainsi, la nation, «*collectivité indivisible des citoyens*», «*entité extra-individuelle*», «*être abstrait*», est réputée être seule souveraine. L'Etat apparaît comme sa personnification¹³³⁸. C'est ainsi que, s'il peut reprocher à la doctrine juridique française de son époque l'indétermination et le manque de rigueur avec lesquels elle emploie le terme de souveraineté, le professeur alsacien estime que les «*fondeurs du droit public français moderne*»¹³³⁹ ont, au contraire, fait preuve d'une clarté irréprochable puisqu'ils rapportent la souveraineté exclusivement à la nation elle-même, «*à la collectivité unifiée, sans que celle-ci puisse jamais s'en trouver dessaisie au profit de qui que ce soit*»¹³⁴⁰. Par conséquent, comme le montre Guillaume Bacot, Carré de Malberg conçoit la souveraineté nationale en tant que synonyme

¹³³⁵ *Ibid*, p. 125.

¹³³⁶ *Ibid*, p. 65.

¹³³⁷ *Idem*.

¹³³⁸ *Ibid*, p. 87. La définition de l'Etat comme personnification de la nation ou de la société est très répandue à cette époque parmi les constitutionnalistes (nous avons cité A. Esmein plus haut) ainsi que parmi les administrativistes (E. Fraysse, *L'Etat dans la construction doctrinale du droit administratif*, *Op. cit.*, p. 82 et s.).

¹³³⁹ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 87-88

¹³⁴⁰ *Ibid*, p. 88.

d'Etat : «*les mots nation et Etat ne désignent que les deux faces d'une seule et même personne* »¹³⁴¹. En d'autres mots, «*affirmer la souveraineté nationale ne fait que rappeler le vieux principe juridique de la souveraineté de l'Etat* »¹³⁴², ce qui confirme bien le rapport intime que Carré de Malberg dessine entre les concepts d'Etat, de souveraineté et de nation. Selon Olivier Beaud, la nation et l'Etat symbolisent tous deux «*l'unité et la continuité du pays*»¹³⁴³.

417. Le concept de souveraineté nationale irrigue donc, pour Carré de Malberg, l'ensemble du droit public français depuis la Révolution. Le professeur de Strasbourg considère que la nation souveraine dispose d'une volonté supérieure, qui fonde et ordonne l'ensemble des compétences contenues dans la souveraineté de l'Etat (la souveraineté dans sa deuxième acception)¹³⁴⁴. Plus précisément, la nation revêt chez Carré de Malberg une double fonction. D'une part, elle fait référence à une collectivité abstraite et intemporelle, composée «*des morts qui l'ont fondée aussi bien que des vivants qui la continuent* », selon la formule d'Ernest Renan¹³⁴⁵. Il l'oppose ainsi à la souveraineté du peuple atomisé de la Constitution de 1793¹³⁴⁶. D'autre part, la nation, assurant la perpétuité et l'unité du pouvoir, devient alors, dans une perspective positiviste, la substance qui se cache derrière le concept technique de personnalité juridique de l'Etat¹³⁴⁷.

418. Face à la doctrine autoritaire de Laband, Carré de Malberg postule une conception libérale de la souveraineté et, donc, de la République comme forme particulière d'Etat. Partant, le concept de souveraineté nationale a, surtout, une fonction de légitimation. Comme le montre Olivier Beaud, Carré de Malberg fait de la souveraineté nationale «*une notion spécifique du régime politique français qui est dirigée à la fois contre les formes de souveraineté personnelle, c'est-à-dire soit la souveraineté monarchique (IIe Reich allemand et monarchie d'Ancien Régime), soit la souveraineté*

¹³⁴¹ G. Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, CNRS ed., Paris, 1985, p. 10.

¹³⁴² *Ibid*, p. 10.

¹³⁴³ O. Beaud, « La souveraineté dans la *Contribution à la Théorie générale de l'Etat* de Carré de Malberg », *Op. cit.*, p. 1273.

¹³⁴⁴ « le principe de souveraineté nationale ne saurait donc réellement signifier que la puissance étatique elle-même ait son siège effectif dans la nation : il signifie seulement que la création, l'organisation et le fonctionnement de cette puissance dépendent essentiellement de la volonté nationale et non de volontés particulières ». *Ibid*, note n°4, p. 88.

¹³⁴⁵ Dans un registre encore plus macabre, Maurice Barrès évoquait la « *possession en commun d'un antique cimetière* ».

¹³⁴⁶ M.-J. Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, Economica (coll. Droit public positif), Paris, 1992, p. 42.

¹³⁴⁷ O. Beaud, « La souveraineté dans la *Contribution à la Théorie générale de l'Etat* de Carré de Malberg », *Op. cit.*, p. 1274.

démocratique »¹³⁴⁸. Eric Maulin note, dans le même sens que dans la pensée de Carré de Malberg «prend forme une opposition entre une conception absolutiste du pouvoir dans l'État, celui du monarque ou celui du peuple, et la conception révolutionnaire d'une souveraineté nationale qui n'appartient à personne en particulier et dont l'exercice est toujours médiatisé»¹³⁴⁹. Cette opposition lui permet de distinguer le principe républicain par excellence, la souveraineté nationale, du principe impérial allemand de la souveraineté du *Kaiser*. Carré de Malberg précise lui-même que la souveraineté nationale « ne peut point se concilier avec les institutions monarchiques qui font que, dans les pays de monarchie, l'Etat trouve en la personne ou la puissance du prince le point culminant et essentiel de l'organisation qui parfait son existence»¹³⁵⁰. La souveraineté nationale malbergienne est également antagonique au principe de la souveraineté du peuple. Carré de Malberg distingue le régime représentatif mis en place par la Constitution de 1791, qui reçoit sa faveur, du régime démocratique de la Constitution de 1793, aussi condamnable que le régime impérial et autoritaire du *Reich* allemand.

419. Par sa conception de la souveraineté nationale, Carré de Malberg poursuit un double tour de force. D'une part, il octroie une légitimité historique à la IIIe République, en la fondant sur un concept qui la caractérise comme un régime politique libéral et représentatif, fidèle à l'héritage des Révolutionnaires de 1789-1792. D'autre part, il opère une critique du régime impérial allemand, qui repose sur une conception patrimoniale de l'Etat, confondant ce dernier avec l'organe monarchique¹³⁵¹. De ce point de vue, « l'œuvre doctrinale de Carré de Malberg vise à manifester la supériorité de la doctrine française sur la doctrine allemande »¹³⁵².

¹³⁴⁸ *Ibid*, p. 1264.

¹³⁴⁹ E. Maulin, *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, PUF (Coll. Léviathan), Paris, 2003, p. 89.

¹³⁵⁰ Cité par O. Beaud, « La souveraineté dans la *Contribution à la Théorie générale de l'Etat* de Carré de Malberg », *Op. cit.*, p. 1266.

¹³⁵¹ *Ibid*, p. 1267-1268.

¹³⁵² O. Beaud, « Carré de Malberg, juriste alsacien. La biographie comme élément d'explication d'une doctrine constitutionnelle », in O. Beaud, P. Wachsmann, (dir.) *Science juridique française et science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la faculté de droit de Strasbourg, Nouvelle Série, n°1, Presses universitaires de Strasbourg, 1997, p. 222.

Section 2. L'évincement de la souveraineté dans les théories non stato nationales du droit : «libérer le droit de la tutelle du discours sur la souveraineté»¹³⁵³

420. Parallèlement aux approches stato-nationales du droit public, d'autres approches se sont développées qui, contrairement aux premières, s'affranchissent du principe de souveraineté et de la figure de l'Etat souverain. Nous pouvons ranger ces dernières en deux groupes, en fonction de leur conception générale de la structure du droit. D'une part, il y a les approches pluralistes¹³⁵⁴, dont certaines sont marquées par la sociologie naissante à la fin du XIXe siècle. D'autre part, nous pouvons identifier les approches monistes du droit, dans la catégorie desquelles se range, par exemple, le normativisme.

421. Certains auteurs parmi les plus éminents, dont l'œuvre est incontournable au moment de présenter ces deux tendances, sont : Léon Duguit, l'un des plus grands pionniers français de la sociologie juridique ; Georges Scelle, disciple internationaliste de Duguit ; Santi Romano, théoricien d'une approche pluraliste¹³⁵⁵ « institutionnaliste »¹³⁵⁶ ; Georges Gurvitch, promoteur de la sociologie juridique en France¹³⁵⁷ et Hans Kelsen, fondateur de la théorie normativiste. Nous nous intéresserons plus particulièrement dans la pensée de Duguit, Scelle et Kelsen car elles nous semblent avoir été les plus influentes.

422. D'importantes différences sont perceptibles entre les démarches de tous ces auteurs. Les partisans d'une méthode qui s'inspire de la sociologie se situent, par exemple, aux antipodes de

¹³⁵³ M. Foucault, *Il faut défendre la société*, Gallimard-Le Seuil (Coll. Hautes études), Paris, 1997, p. 33.

¹³⁵⁴ David Soldini les définit, très simplement, comme des approches « *visant habituellement à contester la spécificité, l'unicité et parfois la primauté de l'État sur les autres formes d'organisations sociales* ». D. Soldini, « Santi Romano, penseur pluraliste et étatiste », *JP*, n°14 (« Peut-on penser juridiquement l'Empire comme forme politique ? »), juin 2015.

¹³⁵⁵ Nous avons hésité à ranger Santi Romano dans la catégorie des théoriciens pluralistes car David Soldini montre que son pluralisme le conduit à penser « *un Etat total ayant vocation à englober l'ensemble des collectivités organisées, susceptible d'être le réceptacle de toutes les poussées organisationnelles fondées sur la défense d'intérêts légitimes que pourra engendrer la société* ». *Idem*.

¹³⁵⁶ Sur la notion d'institution dans l'institutionnalisme, cf. O. Tholozan, « L'Institution entre le concept et l'action dans l'institutionnalisme et le néo institutionnalisme », *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*, 2012, n°26, p. 2193-2208.

¹³⁵⁷ Cf. la thèse passionnante de G. Navarro-Ugé (dir. P. Brunet et P. Bouretz), *L'idée du droit social de Georges Gurvitch. La société comme source de droit*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit public, Univ. Paris-1 et EHESS, 2021.

Kelsen, qui dénonça avec constance le syncrétisme méthodologique, postulant la spécificité irréductible de la science juridique. Tous ces auteurs ont néanmoins un point commun qui apparaît à la lumière de notre étude du principe de souveraineté. Ils partagent, en effet, un rejet de la primauté de l'Etat qui se fonde, parfois très explicitement, sur une condamnation de la métaphysique de l'Etat. Certains d'entre eux adhèrent au positivisme mais, comme nous le verrons, l'acception du positivisme que chacun retient peut varier. Par exemple, le normativisme se réclame de la tradition positiviste germanique issue de l'Ecole Gerber-Laband (nonobstant les critiques assez fortes Kelsen adresse à cette dernière) alors que la démarche de Duguit s'inspire des enseignements d'Auguste Comte et de la sociologie. Il demeure que ces deux écoles doctrinales se revendiquent d'une approche scientifiquement exigeante pour écarter les considérations philosophiques, politiques ou idéologiques à propos de l'Etat et du droit. Elles s'inscrivent toutes deux dans un tournant scientifique du discours juridique qui a vocation à laisser derrière lui la dimension métaphysique de la souveraineté.

423. La finalité de ces doctrines est donc de « rationaliser » et démystifier l'Etat par l'adoption d'une méthode scientifique. A ce titre, le normativisme kelsénien ainsi que l'approche duguiste et certaines approches pluralistes apparaissent comme des doctrines engagées dans une entreprise de limitation, voire de dépassement, de l'Etat nation souverain. La limitation de l'Etat peut se réaliser, d'une part, par la soumission de l'ordre juridique étatique à un ordre juridique tiers, typiquement le droit international. L'Etat serait alors conçu comme la partie d'un ordre juridique plus large dans une logique moniste. Il peut s'agir, d'autre part, de postuler une théorie pluraliste du droit permettant de nuancer, voire de nier, la primauté de l'ordre juridique étatique. Dans les deux cas de figure, les procédures de résolution de conflits normatifs occupent une place importante, que ce soit pour faire primer l'ordre juridique surplombant sur les ordres juridiques subalternes ou que ce soit pour articuler différents ordonnancements juridiques dans la perspective pluraliste. C'est ainsi que certaines évolutions contemporaines du droit positif¹³⁵⁸ permettent de reconnaître à ces approches théoriques une actualité remarquable.

424. Nous examinerons successivement la pensée juridique à inspiration sociologique en nous intéressant au courant Duguit-Scelle (§1) et la pensée moniste à primauté du droit international en nous concentrant sur le normativisme kelsénien (§2).

¹³⁵⁸ Cf. *infra*. Partie 2, Titre 1.

§ 1. Le courant Duguit - Scelle : le dépassement positiviste de la métaphysique de l'Etat

425. La pensée juridique à inspiration sociologique se fonde sur une étude de la société pour en déduire des analyses sur le contenu et la structure du droit. Nous pensons à la célèbre phrase de Montesquieu, selon lequel « *les lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses* ». Dans ce cadre, le droit est perçu comme le fruit de rapports sociaux et non pas comme le produit d'une volonté suprême qui s'impose à la société. L'autrichien Eugen Ehrlich dans ce sens, que « *le centre de gravité du développement juridique ne réside pas, depuis des temps immémoriaux, dans l'activité de l'État, mais dans la société elle-même* »¹³⁵⁹. L'intime rapport d'adhérence entre l'Etat et le droit qui, dans les théorie étatistes, est médiatisé par la souveraineté, se trouve donc méthodiquement démantelé par les approches sociologiques. Le doyen Duguit est un illustre représentant de ce courant en France. Il fut très fortement marqué par la philosophie positiviste d'Auguste Comte et la sociologie¹³⁶⁰, notamment les travaux d'Emile Durkheim et du britannique H. Spencer¹³⁶¹. Ce patronage¹³⁶² conduit Duguit à construire une pensée toute orientée vers la critique des théories stato-nationales du droit telles qu'elles proviennent de la tradition juridique bodinienne et de la théorie générale de l'Etat allemande.

426. Nous limiterons les développements suivants au courant Duguit-Scelle à la fois pour ne pas alourdir le propos et, surtout, pour des motifs liés à l'objet de notre démonstration. D'une part, Léon Duguit et le courant qu'il a initié incarnent parfaitement l'école sociologique française du droit public. De ce point de vue, son étude est incontournable. D'autre part, l'œuvre du doyen Duguit et de Georges Scelle constitue un terrain fécond pour notre analyse car ces deux auteurs ont beaucoup

¹³⁵⁹ G. Teubner, « Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society », in G. Teubner (ed.), *Global Law Without a State*. Aldershot, Dartmouth (R.-U.), 1997, p. 3.

¹³⁶⁰ Le doyen Duguit définit sa propre pensée comme étant réaliste, sociologique et, surtout, positive, c'est-à-dire contraire à toute métaphysique (« *Notre doctrine est ainsi réaliste et positive* », comme il l'affirme dans son *Manuel de droit constitutionnel*, Ed. de Panthéon-Assas (Coll. Les introuvables), 2007 (rééd. 1923), Paris, p. 30).

¹³⁶¹ V.F. Moderne « Préface », in L. Duguit, *L'ETAT, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz (coll. Bibliothèque Dalloz), Paris, 2003 (rééd.), p. XI-XII.

¹³⁶² Selon Stéphane Pinon, reprenant la thèse de Hans-Georg Gadamer, Léon Duguit aurait « reçu » plus qu'il n'aurait été « influencé » ou placé sous la filiation d'Emile Durkheim ou d'Auguste Comte. Ainsi, « *le «récepteur» (L. Duguit) y joue le rôle d'un interprète produisant les travaux de l'«émetteur» plus qu'il ne les reproduit. Loin d'une reprise fidèle, les leçons des premiers « maîtres » de la sociologie interviendront donc davantage pour servir sa propre démonstration* ». S. Pinon, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », *RIEJ*, 2011/2 (Volume 67), p. 69.

travaillé - ou en tout cas davantage que d'autres auteurs de la même sensibilité doctrinale - sur la théorie de l'Etat et sur le principe de souveraineté. En effet, les évolutions du droit public positif et les préoccupations de leurs contemporains ne sont pas étrangères à leur intérêt pour ces questions. Le développement du droit administratif, la transformation du périmètre d'intervention des personnes publiques dans la sphère économique et sociale, la place des syndicats et autres organisations privées dans l'évolution du droit, tout cela imprègne la pensée de Léon Duguit, notamment ses réflexions sur l'Etat et la souveraineté. Enfin, le courant Duguit-Scelle nous intéresse particulièrement car, comme nous l'avons mentionné, certaines évolutions contemporaines du droit positif ont conduit à sa revalorisation¹³⁶³.

427. Léon Duguit s'est intéressé à l'Etat et à la souveraineté du point de vue du droit interne (I). Son disciple Georges Scelle a développé, sur les mêmes fondements théoriques, une pensée cosmopolitique du droit international (II).

I. Le dépassement positiviste de la métaphysique de l'Etat

428. « *L'Etat n'est pas comme on a voulu le faire croire et comme on a cru quelque temps qu'il était, une puissance qui commande, une souveraineté. Il est une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants* »¹³⁶⁴. Cette citation résume parfaitement la conception que Léon Duguit se fait de l'Etat et de la souveraineté. Sa pensée juridique est, en effet, toute entière bâtie autour de prémisses épistémologiques et de convictions idéologiques dont l'articulation logique conduit à une récusation totale de la conception moderne de l'Etat souverain¹³⁶⁵. Condamnant à la fois les concepts de souveraineté et de puissance publique¹³⁶⁶, le

¹³⁶³ Cf. *infra*. Partie 2, Titre 2, Chap. 1.

¹³⁶⁴ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Tome Premier, Fontemoing, Paris, 1927, p. 59.

¹³⁶⁵ Léon Duguit définit l'acception classique de la souveraineté comme attribut de l'Etat de la façon suivante : « *La souveraineté est une volonté qui a ce caractère à elle propre et à elle seulement de ne jamais se déterminer que par elle-même. Le motif qui seul peut déterminer la volonté souveraine à agir est un motif qu'elle tire d'elle-même. Jamais une volonté souveraine ne peut être déterminée à agir par ce motif qu'une autre volonté veut qu'elle agisse en tel ou tel sens. Le souverain ne peut jamais être déterminé à agir parce qu'il y aurait des faits ou des actes étrangers à sa propre volonté qui l'y obligerait. Il a ce pouvoir de n'être jamais obligé à agir ou à agir dans tel sens que s'il le veut et parce qu'il le veut. C'est lui et lui seul qui se crée à lui-même les motifs déterminants de son action. Tous les développements, toutes les définitions qu'on a données de la souveraineté se ramènent tous à cette formule* ». L. Duguit, « Cinquième leçon. Qu'est-ce que la souveraineté ? », in *Souveraineté et liberté*, La Mémoire du droit (Coll. Bibl. Léon Duguit), Paris, 2002, p. 75.

¹³⁶⁶ Comme l'indique Nicolas Roussellier, Léon Duguit « *dresse tout simplement le double acte de décès de la notion de puissance publique et celle de souveraineté. Pour lui, l'Etat ne possède plus aucun pouvoir de commandement sur la société* ». V. N. Roussellier, *La force de gouverner*, Gallimard (NRF Essais), Paris, 2015, p. 217.

doyen de Bordeaux s'inscrit en faux contre la théorie de l'Etat dominante en son temps, influencée par les grands penseurs de la Révolution¹³⁶⁷ ainsi que par la doctrine juridique allemande¹³⁶⁸. C'est ainsi que, comme nous le verrons plus en détail, la doctrine duguiste amène à une déconstruction méthodique du concept juridique de souveraineté pour le réduire à un fait social : celui d'une plus grande force.

429. Pour une pensée juridique qui trouve dans le réalisme et dans la démarche sociologique ses deux influences principales, le concept classique de souveraineté s'avère un concept impossible. Impossible, tout d'abord, car il fait appel à une source de légitimité qui tient de la croyance métaphysique. Impossible, ensuite, car il évoque une puissance soi-disant suprême et incontestable mais qui fait, en réalité, toujours l'objet de résistances et de stratégies de contournement. Impossible, enfin, parce que les fondements sociologiques du pouvoir ne sont pas, pour Léon Duguit et Georges Scelle, la contrainte et l'autorité mais la coopération et l'approfondissement de la solidarité sociale. Toutefois, le doyen Duguit n'est pas pour autant indifférent vis-à-vis du principe de souveraineté et il ne se contente pas non plus de propositions convenues et banales à son propos. Au contraire, le professeur de Bordeaux articule une pensée exigeante et poussée autour du principe de souveraineté afin de justifier sa prise de position relativement originale dans le paysage publiciste français de son époque. Léon Duguit, opposant résolu au concept classique de souveraineté, contribue donc à penser la souveraineté et à nourrir les débats autour de son origine, sa nature, sa substance et sa fonction.

430. Une présentation de la place qu'occupe l'Etat dans la théorie du droit de Léon Duguit (A) nous permettra, dans un second temps, de mieux mettre en lumière la conception que celui-ci retient du principe de souveraineté (B).

¹³⁶⁷ Duguit résume ainsi, dans les premières pages de son essai *Les transformations du droit public*, les postulats hérités de la Révolution qu'il combat : « Puissance souveraine qui est le droit subjectif de la nation organisée en Etat, limitation de cette puissance par les droits naturels de l'individu, obligation pour l'Etat de s'organiser de manière à protéger le mieux possible les droits individuels, interdiction à l'Etat de limiter ces droits au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger les droits de tous, obligation pour l'Etat d'organiser et de faire fonctionner des services de guerre, de police et de justice, voilà en raccourci tout le système du droit public, produit d'un long passé historique et formulé en termes d'une précision parfaite par les lois de la Révolution. C'est un système subjectiviste [...], c'est un système métaphysique [...], c'est enfin un système impérialiste ou régalien. En le formulant, les hommes de la Révolution croyaient édicter des dogmes éternels [...]. Or à peine un siècle s'est-il écoulé que la désagrégation du système apparaît à tous ». V.L. Duguit, *Les transformations du droit public*, Armand Colin, Paris, 1913, p. XIV-XV.

¹³⁶⁸ Comme nous le savons, cette dernière exerce une forte influence dans la pensée publiciste française à travers, précisément, les concepts de personnalité juridique et de souveraineté de l'Etat, tous deux communément acceptés en France au début du XXe siècle. Nous avons vu, à ce titre, que la *Contribution* de Raymond Carré de Malberg constitue l'archétype d'une théorie juridique éminemment française mais fortement inspirée par les grands concepts de la doctrine allemande. A cet égard, la théorie juridique de Léon Duguit se situe aux antipodes.

A. Une théorie sociologique du droit s'opposant aux doctrines étatistes

431. Duguit, né en 1859, a vingt ans lorsque se consolide la III^e République après la « crise de mai 1877 ». Il traverse une époque d'importantes transformations du droit public français, à la fois comme science et comme ensemble de règles juridiques. Nous avons évoqué comment l'enseignement du droit constitutionnel devient obligatoire en doctorat (1882) puis dès la première année de Licence (1889)¹³⁶⁹. Au début du XX^e siècle, la doctrine est traversée de querelles qui animent une science du droit constitutionnel en train de se faire¹³⁷⁰. Différents points de vue s'opposent quant à la démarche du juriste constitutionnaliste¹³⁷¹, quant à son méthode¹³⁷² ou quant à son degré de politisation¹³⁷³. Ainsi, lorsqu'éclate la Première Guerre mondiale, la doctrine constitutionnaliste française est loin d'être homogène. Cependant, les professeurs français convergent tous, comme nous l'avons indiqué¹³⁷⁴, sur la critique du modèle politico-administratif allemand. Léon Duguit affirme ainsi sans ambages : « *ma doctrine est le contre-pied des théories allemandes* »¹³⁷⁵, mettant en cause notamment la nature intrinsèquement autoritaire¹³⁷⁶ de ces dernières¹³⁷⁷. A cet égard, Duguit, thuriféraire de la jurisprudence libérale du Conseil d'Etat, s'attèle à bâtir une théorie juridique qui puisse justifier « *l'hétérolimitation de l'État, des gouvernants, par le droit* »¹³⁷⁸.

432. Enfin, alors les Facultés de droit hexagonales sont amenées à se réformer profondément pour répondre à la « crise allemande de la pensée française », Duguit fait partie des universitaires qui souhaitent élargir le champ de la recherche et de l'enseignement juridiques. La haute idée qu'il se

¹³⁶⁹ Cf. *supra*. Sect. 1, § 2.

¹³⁷⁰ J.-F. Giacuzzo, « Un regard sur les publicistes français montés au « front intellectuel » de 1914-1918 », *Op. cit.*, p. 3.

¹³⁷¹ Faut-il adopter une démarche prescriptive ou descriptive ?

¹³⁷² Celle-ci doit-elle être purement juridique-technique ou doit-elle s'ouvrir aux sciences sociales ?

¹³⁷³ La III^e République doit-elle être encensée, combattue ou seulement considérée comme un fait ?

¹³⁷⁴ Cf. *supra*. Sect. 1, § 2.

¹³⁷⁵ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Fontemoing, 3^e éd., Paris, 1927, p. 549.

¹³⁷⁶ Cf. notre explication de la doctrine « Gerber-Laband » (*supra*. Sect. 1).

¹³⁷⁷ De ce point de vue, la théorie juridique duguiste est fortement marquée par le libéralisme, ce qui se traduit par une recherche continue du meilleur équilibre entre la satisfaction des besoins inhérents à la vie collective et le respect des libertés individuelles.

¹³⁷⁸ F. Melleray, « Léon Duguit et Georges Scelle », *RHFD*, 2000, n°21, p. 58.

fait de la fonction du professeur de droit le conduit à valoriser la place que ce dernier doit occuper dans la vie des idées : plus qu'un simple commentateur du droit positif, le juriste universitaire est un « *savant du social* »¹³⁷⁹. Il est donc partisan de diversifier les enseignements prodigués dans les Facultés de droit¹³⁸⁰. Par ailleurs, tout cela coïncide avec la consécration universitaire de la sociologie à la fin du siècle, à la fois en France, en Allemagne et en Angleterre¹³⁸¹. Or, dans un contexte historique où la prise en charge intellectuelle de la « question sociale » (et singulièrement de la question ouvrière) devient chaque fois plus urgente, la sociologie apparaît à la fois comme une concurrente et comme une source d'enrichissement du droit administratif en tant que discipline scientifique¹³⁸².

433. En effet, la fin du XIXe et le début du XXe siècle sont marqués par d'importantes transformations sur le plan juridique et social. Comme le constate le doyen de Bordeaux, la France se modernise considérablement : une transformation de la structure économique couplée à d'importantes découvertes scientifiques et industrielles enfante une société nouvelle, dans laquelle « *les relations entre les hommes sont devenues si complexes et si nombreuses, l'interdépendance sociale est devenue tellement étroite que le fait seul que quelques-uns ne remplissent pas leur besoin propre réagit sur tous les autres* »¹³⁸³. Dans ce contexte, la fonction des gouvernants tend également à évoluer : la société n'attend plus d'eux qu'ils se bornent à assurer l'exercice de compétences régaliennes, mais elle leur demande « *d'organiser et de faire fonctionner toute une série de services industriels et d'empêcher qu'ils ne soient interrompus pendant un seul instant* »¹³⁸⁴.

¹³⁷⁹ Un *social scientist* selon l'expression en langue anglaise qui siérait si bien à la démarche de Duguit.

¹³⁸⁰ « *Je le dis nettement et avec la plus entière conviction : si le rôle du professeur de droit devait se borner à commenter les lois positives, il ne vaudrait pas une minute d'effort et de travail. La mission des Facultés de droit va encore plus loin. Elles sont, elles doivent être des Facultés de sciences sociales* ». L. Duguit, *Leçons de droit public général*, ed. De Boccard, Paris, 1926, p. 27-28. Il fait ainsi précéder son cours d'histoire du droit à la Faculté de droit de Caen d'une « introduction sociologique » entre 1883 et 1886. Il assure de même un cours de « science sociale » en 1891.

¹³⁸¹ Ce processus est assez rapide. Ainsi que l'explique Michel Lallement, « *en 1887, Émile Durkheim est nommé chargé de cours de sciences sociales et éducation à la faculté des lettres de Bordeaux. En 1902, il obtient le poste de suppléant à la chaire de sciences de l'éducation de la Sorbonne. Titulaire de cette dernière en 1906, Durkheim obtient la modification de l'intitulé. En 1913, celui-ci devient « science de l'éducation et sociologie* ». En Angleterre, Leonard Trelawny Hobhouse est élu à une chaire de sociologie en 1907. En Allemagne, Georg Simmel est également le premier en 1914 à occuper une chaire de philosophie et de sociologie. » M. Lallement, Entrée « *Sociologie - Histoire* », *Encyclopædia Universalis*.

¹³⁸² E. Fraysse, dans sa thèse à propos de la place de l'Etat dans la construction doctrinale du droit administratif, estime que « *la mobilisation de l'argument sociologique en droit administratif, qui constitue une réponse à la « question sociale » sur le plan juridique, va permettre de structurer la discipline et de lui donner l'ampleur et la profondeur qu'elle connaît aujourd'hui. On peut estimer que sans elle, le droit administratif aurait eu davantage de difficultés à s'extraire de l'aridité qui caractérisait son étude au cours du XIXème siècle* ». V. E. Fraysse, *Op. cit.*, p. 342.

¹³⁸³ L. Duguit, *Les transformations du droit public*, *Op. cit.*, p. XVII.

¹³⁸⁴ *Idem*.

Partant, le droit public doit s'adapter à cette modification des clauses du contrat social : désormais « ceux qui en fait détiennent le pouvoir n'ont point un droit subjectif de puissance publique; mais ils ont le devoir d'employer leur pouvoir à organiser les services publics, à en assurer et à en contrôler le fonctionnement »¹³⁸⁵.

434. Dans ce contexte, il s'agit, pour Duguit, de développer une méthode positiviste et réaliste pour une science du droit moderne qui épouse son époque en tournant la page de la métaphysique et de croyances qu'il juge archaïques. Cette finalité repose, bien entendu, sur une épistémologie particulière qui se veut essentiellement empirique. C'est ainsi que la réflexion de Léon Duguit repose sur l'observation de faits objectifs et non pas sur des dogmes ou des croyances qui brouilleraient plus qu'ils n'éclaireraient la tâche du juriste-théoricien. Le doyen de Bordeaux fonde ainsi sa théorie sur une approche objectiviste du droit qui détermine sa conception particulière de l'Etat.

435. D'une part, Léon Duguit établit une séparation entre l'Etat et la société qui tranche totalement avec la pensée des publicistes de son temps¹³⁸⁶. Il en résulte un déplacement de l'objet sur lequel porte l'analyse du juriste : celui-ci ne serait plus seulement l'Etat mais également la société. D'autre part, l'Etat devrait être envisagé non pas comme un concept ou une fiction engendrée par l'imagination féconde des juristes mais comme un fait social.

436. Pour Duguit, la conception de l'Etat comme un fait est un corollaire de la nature réaliste et positive de sa doctrine juridique¹³⁸⁷. Plus précisément, le doyen de Bordeaux définit l'Etat comme le fait, dans une société donnée, qu'il y ait « une différenciation politique, quelque rudimentaire ou quelque compliquée et développée qu'elle soit », séparant les gouvernants des gouvernés, les faibles des forts¹³⁸⁸. Mais une telle définition s'avère passablement confuse car elle ne permet pas de

¹³⁸⁵ *Ibid*, p. XVIII.

¹³⁸⁶ V. E. Fraysse, *L'Etat dans la construction doctrinale du droit administratif*, *Op. cit.*, p. 358. La séparation entre la société et l'Etat relève davantage du libéralisme et, dans le domaine scientifique, d'une perspective anthropologique. V. l'ouvrage majeur de Pierre Clastres, *La société contre l'Etat* (1974) ou les travaux de son héritier intellectuel James C. Scott, not. *Homo domesticus. Une histoire profonde des premiers Etats*, La Découverte, Paris, 2019. Chez ces deux auteurs, de sensibilité anarchiste, le rapport entre la société et l'Etat est clairement conflictuel : l'Etat est perçu comme un dispositif de domination de la société. Ce n'est pas le cas chez Léon Duguit, qui, comme nous le verrons, associe l'Etat à la fourniture de services publics et, donc, à une action positive et nécessaire en faveur de la société.

¹³⁸⁷ « Notre doctrine est ainsi réaliste et positive. Pour nous l'Etat est un simple fait ». L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *Op. cit.*, p. 30.

¹³⁸⁸ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, *Op. cit.*, p. 670.

déterminer clairement la réalité que désigne la notion d'Etat pour Duguit. Est-ce un ensemble d'individus (les gouvernants), un fait social (le pouvoir politique) ou la société de manière générale ? Il semblerait que ce soit tout cela en même temps. Comme il le précise une vingtaine d'années avant la publication de son *Manuel de droit constitutionnel*, l'Etat lui apparaît comme « *un groupement dans lequel il y a des hommes qui doivent employer leur force matérielle à réaliser l'intégration sociale en protégeant l'individu et protéger l'individu en travaillant à l'intégration sociale* »¹³⁸⁹. Nous retrouvons donc à la fois la dimension de distinction sociale (l'existence d'une classe de gouvernants distincte des gouvernés), la dimension interindividuelle (l'exercice par les gouvernants d'une puissance de contrainte irrésistible dans leur rapport avec les gouvernés) et la dimension téléologique-collective (la finalité d'intégration sociale).

437. Partant, le maître de Bordeaux s'emploie à récuser ce qu'il appelle les « doctrines étatistes ». Duguit caractérise ces dernières comme les théories qui enseignent que « *la notion de règle de droit implique l'existence de l'Etat, parce que l'Etat seul peut lui donner le caractère impératif qui est son caractère essentiel et l'Etat seul peut faire intervenir la contrainte qui est la condition indispensable à l'existence du droit* »¹³⁹⁰. La théorie duguiste s'inscrit en faux contre les « doctrines étatistes » pour au moins deux raisons. D'une part, elle rejette la conception subjectiviste¹³⁹¹ et métaphysique¹³⁹² de l'Etat comme « puissance voulante ». D'autre part elle refuse, dans un réflexe libéral, que l'Etat puisse être le détenteur d'une volonté s'imposant sans limites à tous les membres du corps social. Le doyen de Bordeaux ne peut pas accepter la fusion entre le droit et l'Etat dès lors qu'il conçoit l'hypothèse d'une limitation de la puissance de ce dernier comme une nécessité ontologique pour le déploiement du droit et, plus largement, pour l'existence même de la vie

¹³⁸⁹ L. Duguit, *L'ETAT, le droit objectif et la loi positive*, Op. cit., p. 10.

¹³⁹⁰ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Op. cit., p. 100.

¹³⁹¹ La souveraineté comme un « droit subjectif » de l'Etat, ainsi que le postule la théorie germanique de l'*Isolierung*.

¹³⁹² Nous avons vu, en effet, que Duguit se place sous le patronage d'Auguste Comte (positivisme comtien) et s'inspire de la démarche sociologique, expulsant hors du champ de l'analyse juridique les hypothèses ou les présupposés de nature « métaphysique ». C'est ainsi qu'il refuse d'admettre l'existence, sur le plan juridique, des personnes morales et, donc, de l'Etat. On lui attribue, à ce titre, le fameux aphorisme : « Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale ».

sociale¹³⁹³. Partant, il postule la nécessité d'admettre que le droit ne provienne pas exclusivement de l'Etat afin d'assurer la limitation de l'action de celui-ci par celui-là¹³⁹⁴.

438. Enfin, dans un registre plus polémique, la critique des doctrines étatistes passe également par un rapprochement entre ces dernières et la pensée juridique allemande. Duguit opère en effet une distinction très claire entre, d'une part, les doctrines allemandes «*de Kant à Jhering et Jellinek*»¹³⁹⁵ et, d'autre part, la pensée juridique française issue de la Révolution de 1789. Selon Duguit, les doctrines germaniques feraient l'apologie de l'usage de la force et, sous le voile de la théorie juridique, elles n'auraient pour unique objet que de rétablir l'absolutisme de l'Etat - et plus particulièrement celui du prince qui le représente¹³⁹⁶. La pensée juridique française, en revanche, aurait persisté, depuis 1789, dans la recherche d'un fondement juridique à la mise en place de limitations à l'exercice de la puissance étatique¹³⁹⁷. Malgré la diversité des sensibilités théoriques (du socialisme aux doctrines individualistes), la finalité aurait toujours été la même : faire la démonstration de la limitation de la puissance de l'Etat par une règle de droit supérieure à l'Etat lui-même¹³⁹⁸.

439. Ainsi, c'est dans l'apport de la sociologie et la tradition libérale que Léon Duguit inscrit sa pensée juridique. Le tableau conformé par l'approche « réaliste » (ou sociologique), le refus des théories étatistes du droit et la croyance dans un ensemble de règles juridiques dont le respect s'impose à l'Etat fonde l'originalité de la théorie duguiste. Il fonde aussi son intérêt dans le cadre de

¹³⁹³ Il affirme, à propos de son *Traité de droit constitutionnel*, que « *tout cet ouvrage est dominé par cette idée que l'Etat est limité dans son action par une règle de droit, qu'il doit l'être, qu'il ne peut ne pas l'être, que la vie sociale serait impossible s'il ne l'était pas* ». L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Op. cit. p. 104.

¹³⁹⁴ « *Plus j'avance en âge, plus j'étudie et approfondis le problème du droit, plus je suis convaincu que le droit n'est pas une création de l'Etat, que la notion de droit et que la règle de droit s'impose à l'Etat comme elle s'impose aux individus* ». *Idem*.

¹³⁹⁵ L. Duguit, « The law and the State », *HLR*, Vol. XXXI, 1917-1918, p. 1.

¹³⁹⁶ « *German doctrines of public law in the nineteenth century from Kant to Jhering and Jellinek were, for the most part, mere apologies for the use of force ; and under the cover of juridical theories they had only for their object the reestablishment of absolutism of the State, and especially of the prince who represents it at home and abroad* ». *Idem*.

¹³⁹⁷ « *On the contrary, the persistent effort of French juridical doctrine has ever been, from 1789 to the present time, to find the true juristic basis for legal limitations upon the power of the State, and to insure its sanction* ». *Idem*.

¹³⁹⁸ Ce récit à propos de la différence entre la nature de la doctrine allemande et celle de la pensée juridique française n'est d'ailleurs pas uniquement adopté par Duguit mais peut être retrouvé à l'identique, par exemple, chez Raymond Carré de Malberg. Ce dernier, comme nous l'avons vu, reprend les catégories de personnalité juridique de l'Etat et de souveraineté, telles qu'elles sont issues de la doctrine allemande, pour les adapter à l'étude du droit positif français et produire de la sorte une théorie générale de l'Etat d'inspiration allemande mais fondée sur l'étude du droit public de la Révolution française.

notre étude car la pensée de Léon Duguit se caractérise également par la critique du principe de souveraineté.

B. Les critiques duguistes de la souveraineté

440. Le principe de souveraineté est critiqué et évacué par Léon Duguit pour deux raisons. D'une part, il correspond à une épistémologie juridique étatiste, au sein de laquelle il joue une fonction de légitimation de la puissance suprême de l'Etat. Or, du point de vue libéral, celle-ci est inacceptable. D'autre part, la dimension métaphysique du principe de souveraineté, héritée de sa filiation avec le droit romano-canonique¹³⁹⁹, est incompatible par essence avec la pensée duguiste. Ainsi, c'est l'ensemble de la théorie de l'Etat dont le principe de souveraineté est le fondement que rejette le professeur de Bordeaux. Léon Duguit identifie trois questions qui constituent, classiquement, autant de portes d'entrée pour l'analyse du principe de souveraineté : l'origine, la nature et les limites de la souveraineté. Soutenant que ces questions sont, en réalité, dépourvues de pertinence¹⁴⁰⁰, il élabore ainsi une critique globale du principe juridique de souveraineté.

441. Le doyen de Bordeaux aborde la question de l'origine de la souveraineté comme un problème qui impose *in fine* d'admettre l'existence du surnaturel dans le domaine du droit. Comment justifier, en effet, que « *dans un groupe humain donné, il y a[it] certains individus qui [puissent] légitimement imposer leur volonté comme telle aux autres individus, mettre légitimement en mouvement une puissance de contrainte irrésistible, déterminer les cas dans lesquels ils peuvent la mettre en mouvement* »¹⁴⁰¹ ? Selon lui, cela ne peut passer que par l'intervention d'une volonté supra-humaine, surnaturelle « *qui aurait investi certains hommes de la puissance commandante* »¹⁴⁰². Une telle volonté a historiquement été rapprochée de la volonté d'une puissance divine dans le cadre de théories théocratiques. Or les théories démocratiques se seraient, elles aussi, fondées sur un même biais jusnaturaliste selon le doyen Duguit. Par conséquent, si la souveraineté désigne une volonté suprême et auto-déterminée, elle ne peut être elle-même conférée que par une autorité

¹³⁹⁹ Cf. *supra*. Titre 1, Chap. 1.

¹⁴⁰⁰ « *Je crois pouvoir dire qu'après quarante années d'étude du droit public je reste convaincu que toutes ces discussions sur le sens et la portée du mot souveraineté sont purement oiseuses, que les expressions souveraineté, pouvoir politique, pouvoir de domination sont synonymes et que l'on peut dire aussi dans le même sens puissance publique* ». L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Op. cit., p. 544.

¹⁴⁰¹ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Op. cit., p. 551.

¹⁴⁰² *Ibid*, p. 552.

supra-humaine, qu'elle soit de nature divine ou qu'elle provienne de la volonté du peuple. Nous arrivons dans les deux cas au même constat : le problème de l'origine de la souveraineté est donc insoluble à moins d'ouvrir la porte à une explication métaphysique¹⁴⁰³.

442. La question de la nature de la souveraineté est tout aussi susceptible de déboucher sur des apories majeures, à moins de considérer la souveraineté comme un fait et non pas, à la manière des théoriciens de l'*Isolierung*, comme un droit subjectif de l'Etat¹⁴⁰⁴. Or c'est ce choix épistémologique qui est adopté par le doyen de Bordeaux. Il est déterminé à la fois par sa démarche sociologique ainsi que par sa volonté de déconstruire le principe de souveraineté. Tout d'abord, la conception de la souveraineté comme un fait permet de se concentrer sur les manifestations matérielles de la puissance publique en expulsant hors de l'analyse juridique sa dimension

« métaphysique » (qui concerne son origine et sa légitimité). C'est ainsi que la souveraineté devient, sous la plume de Léon Duguit, « *tout simplement une différenciation se produisant spontanément, dans un groupement social donné, entre les faibles et les forts* ». Il considère « *que la souveraineté est ainsi un fait de plus grande force* »¹⁴⁰⁵. Cette logique l'amène à admettre une homonymie entre les termes de « souveraineté », de « puissance publique », de « puissance étatique » et d'« autorité politique »¹⁴⁰⁶. Autrement dit, il refuse une spécificité quelconque au principe de souveraineté¹⁴⁰⁷.

¹⁴⁰³ « *Si la souveraineté est une volonté supérieure à l'individu, elle peut lui conférer un droit ; mais il faut une volonté supérieure à la souveraineté pour que celle-ci soit un droit ; or, par définition même, il n'y a pas sur la terre de volonté supérieure à la souveraineté. Celle-ci ne peut donc être un droit que par la décision d'une volonté supraterrrestre. C'est revenir aux conceptions théocratiques tout à fait étrangère à toute recherche scientifique. Voilà pourquoi se sont élevées d'innombrables controverses depuis des siècles sur le problème de l'origine de la souveraineté, problème insoluble parce qu'il ne se pose pas en science positive* ». Ibid, p. 545.

¹⁴⁰⁴ En effet, le doyen Duguit rejette d'emblée la notion de « droit subjectif ». Selon lui, un droit subjectif est le fait, pour certaines volontés, d'avoir « *d'une manière permanente ou temporaire, une qualité propre qui leur donne le pouvoir de s'imposer comme telles à d'autres volontés [...] lesquelles sont réciproquement grevées d'un devoir subjectif envers les premières* ». En définissant le droit subjectif comme la propriété d'une ou de plusieurs volontés, Duguit écarte la possibilité de pouvoir en faire une analyse juridique. Selon lui, la notion de droit subjectif concerne un objet, la volonté humaine, qui est intrinsèquement insaisissable pour le juriste car on ne peut émettre d'énoncés scientifiques valides à propos de sa nature. La question des droits subjectifs *des collectivités*, qui est celle posée par la fiction de la volonté souveraine de l'Etat-nation, est, donc, tout à fait vaine. En effet, elle envisage des groupes humains « *plus ou moins cohérents, plus ou moins établis* » comme s'il s'agissait de personnes, de sujets individuels. Or une telle fiction apparaît, à l'aune de la démarche sociologique et positiviste qu'adopte Léon Duguit, comme un reliquat de l'état métaphysique. Pour le doyen de Bordeaux, ce que l'on considère comme étant l'expression de la volonté d'une collectivité humaine est, d'un point de vue purement positiviste, la simple manifestation de volontés individuelles qui font *comme si* elles représentaient une volonté collective qui les transcendait. Ce « *comme si* » renvoie au registre de la fiction et donc de la métaphysique : doter une collectivité quelconque d'une volonté, d'une âme ou d'un esprit tiendrait ainsi davantage de l'exercice de style que de l'analyse empirique et scientifique. Cf. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Op. cit., p. 15 et s.

¹⁴⁰⁵ L. Duguit, « Cinquième leçon. Qu'est-ce que la souveraineté ? », in *Souveraineté et liberté*, Op. cit., p. 68.

¹⁴⁰⁶ *Idem*.

¹⁴⁰⁷ Contrairement à Carré de Malberg (cf. *supra*. Section 1).

443. Enfin, le problème des limites de la souveraineté conduit nécessairement, pour le doyen Duguit, à une aporie indépassable dans un régime politique libéral : « *ou bien l'Etat est souverain, et alors ne se déterminant jamais que par sa propre volonté il ne peut être soumis à une règle impérative qui le limite ; ou bien l'Etat est soumis à une règle impérative qui le limite, et alors il n'est pas souverain* »¹⁴⁰⁸. L'existence d'une volonté souveraine, libre de s'auto-déterminer, doit être contredite par la nécessaire garantie de limites contre son exercice arbitraire. Par conséquent, les interrogations à propos de l'origine, la substance et l'exercice de la souveraineté, qui font l'objet de longs développements dans la plupart des traités de droit public à partir de Jean Bodin, ne doivent plus, selon le doyen de Bordeaux, trouver leur place dans les travaux des juristes.

444. De même, Duguit articule une critique qui n'est pas seulement dirigée contre la souveraineté comme principe juridique mais également contre la souveraineté comme principe d'organisation des rapports entre l'Etat et la société - c'est-à-dire comme principe politique. Pour mettre ce pan de sa critique en évidence, il faut faire un bref détour par l'ontologie juridique de notre auteur. Le doyen bordelais postule une conception du droit comme un ensemble de normes sociales particulières¹⁴⁰⁹. Selon Duguit, « *toute norme juridique est ou morale ou économique ; mais toute norme morale ou économique n'est pas nécessairement juridique* »¹⁴¹⁰. Qu'est-ce qui fait donc qu'une norme « morale ou économique » soit, en plus, considérée comme une norme juridique ? Pour Léon Duguit, il s'agit de l'intervention de la contrainte sociale dans son exécution¹⁴¹¹. Ainsi, « *si la force ne crée jamais le droit* »¹⁴¹², les membres d'une collectivité sociale « *ont conscience que, pour garantir le respect de certaines normes sociales, la force est légitime* »¹⁴¹³. Ainsi, le droit est, pour Duguit, le produit d'un état de conscience de la « *masse des esprits* », qui perçoit certaines règles comme « *tellement essentielles à la réalisation du double sentiment [...] de socialité, sentiment solidariste* » et de « *justice, sentiment individualiste, que l'intervention de la force collective pour les sanctionner apparaît à tous naturelle et légitime* »¹⁴¹⁴. En d'autres mots, « *la*

¹⁴⁰⁸ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Op. cit., p. 632.

¹⁴⁰⁹ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Op. cit., p. 89. Les normes sociales constituent, dans l'approche de Duguit, l'ensemble de règles qui dirigent et limitent « *l'activité consciente et volontaire de l'homme, qui fixe l'objet et le but de son vouloir, qui lui interdit certains actes et lui impose certains autres* ». (Idem, p. 70).

¹⁴¹⁰ Ibid, p. 92.

¹⁴¹¹ Idem.

¹⁴¹² Ibid, p. 93.

¹⁴¹³ Idem.

¹⁴¹⁴ Idem.

règle de droit est le résultat de l'acceptation plus ou moins consciente par les membres d'une collectivité d'une certaine règle que l'on reconnaît juste et nécessaire de sanctionner par la contrainte collective »¹⁴¹⁵. Il en déduit que, « quand un acte émanant des gouvernants s'impose à l'obéissance des gouvernés, ce n'est point parce qu'il émane d'une prétendue volonté supérieure investie d'un prétendu droit subjectif de commandement, mais parce que, par hypothèse, il est, par son objet et par son but, conforme au droit objectif de la collectivité considérée »¹⁴¹⁶.

445. Il opère ainsi un renversement de la perspective du juriste, déplaçant le curseur de l'Etat vers la société, dont la finalité première demeure la promotion des principes de solidarité et de justice. La contrainte que suppose la norme juridique adoptée par l'Etat ne se justifie donc qu'en référence à ces derniers. Cette conception du droit fonde, par ailleurs, le principe de la responsabilité de l'Etat. Non seulement Duguit y est-il absolument favorable, comme penseur libéral et au même titre que nombre de ses collègues administrativistes comme Hauriou, Barthélémy ou le vice-président du Conseil d'Etat, Edouard Laferrière ; mais il considère, en allant plus loin que ses contemporains, que la mise sur pied d'un «*système juridique de la responsabilité publique [...] ne peut s'expliquer que par l'élimination complète de la notion de puissance souveraine* »¹⁴¹⁷. De même, il célèbre l'élargissement des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir comme un «*progrès considérable sur lequel on ne saurait trop insister*»¹⁴¹⁸. Il y voit la condamnation du «dogme» de l'acte de gouvernement, qu'il rattache à la doctrine de la raison d'Etat et, donc, à la l'idée de souveraineté¹⁴¹⁹.

446. Comme le note justement Nicolas Roussellier, « *dans la théorie de Duguit, l'analyse du contentieux administratif se révèle centrale : c'est depuis le lieu du contentieux que l'on peut découvrir les « transformations du droit public » et la nouvelle nature de l'Administration* »¹⁴²⁰. Dès lors, Duguit insiste sur le caractère objectif du contentieux de l'annulation. Il considère que le justiciable n'agit pas en vertu d'un droit subjectif qu'il opposerait au «*droit de puissance de l'Etat*»

¹⁴¹⁵ Ibid, p. 296-297.

¹⁴¹⁶ Ibid, p. 673-674.

¹⁴¹⁷ L. Duguit, *Les transformations du droit public*, Op. cit., p. 254.

¹⁴¹⁸ Ibid, p. 197.

¹⁴¹⁹ Ibid, p. 199-200.

¹⁴²⁰ N. Roussellier, *La force de gouverner*, Op. cit., p. 218.

mais en « *défense de la légalité, du droit objectif, de la loi du service public* »¹⁴²¹. Ainsi, bien que chaque justiciable doive se prévaloir d'un intérêt à agir, ce n'est pas l'intérêt individuel qui est protégé par le juge : c'est la solidarité (le bon fonctionnement du service public) et la justice (le respect de la loi) qui sont, en réalité, sauvegardés par le recours pour excès de pouvoir¹⁴²². Enfin, la nouvelle nature de l'action administrative est également incarnée par la fonction de fourniture de services publics. L'acte administratif n'est plus, pour Duguit, caractérisé par son origine, c'est-à-dire l'exercice de la puissance publique ; il n'est plus ce « *moyen lancé par une puissance tutélaire en vue d'organiser la société* »¹⁴²³. Il devient, sous la plume du doyen de Bordeaux, un ensemble de dispositions juridiques édictées par les gouvernants en vue d'assurer le bon fonctionnement du service public. Contrairement au postulat de Maurice Hauriou, l'administration n'est donc pas définie comme étant titulaire d'une improbable et surnaturelle puissance publique : elle devient une « *entreprise de coordination sociale* »¹⁴²⁴.

447. Cette fonction n'est pas seulement dévolue à l'administration et au pouvoir exécutif. Pour Duguit, c'est l'activité de l'ensemble des organes normatifs de l'Etat qui doit être tournée vers l'approfondissement de la solidarité sociale. C'est ainsi que Duguit distingue deux catégories différentes de lois : les lois normatives et les lois constructives. Les premières formulent une règle de droit elle-même obligatoire en tant que règle sociale, par exemple les lois pénales définissant les infractions et les prohibant¹⁴²⁵. Il s'agit, en quelque sorte, de lois de transposition dans l'ordre juridique positif de normes sociales. Les secondes ont pour objet l'organisation des services publics et forment « *la majeure partie des lois modernes* »¹⁴²⁶. Léon Duguit estime ainsi que, en vertu de la « *conception moderne du droit public et de la loi, [...] la loi n'est plus l'ordre souverain de la puissance commandante; elle trouve sa force dans sa destination à un service public; elle est le statut d'un service public* »¹⁴²⁷. C'est pour cela qu'il justifie la nécessité de prévoir des procédures juridictionnelles afin de contrôler la conformité des lois à la Constitution ; dès lors que la loi n'est

¹⁴²¹ L. Duguit, *Les transformations du droit public*, Op. cit., p. 205.

¹⁴²² *Idem*.

¹⁴²³ N. Roussellier, *La force de gouverner*, Op. cit., p. 220.

¹⁴²⁴ *Ibid*, p. 221.

¹⁴²⁵ L. Duguit, *Les transformations du droit public*, Op. cit., p. 77.

¹⁴²⁶ *Ibid*, p. 80.

¹⁴²⁷ *Ibid*, p. 136.

pas « *l'expression de la volonté souveraine de l'Etat* »¹⁴²⁸ et qu'elle doit correspondre aux besoins issus de l'organisation et du fonctionnement des services publics, « *il doit exister une tendance très forte à reconnaître aux tribunaux le droit d'apprécier la constitutionnalité des lois* »¹⁴²⁹.

448. L'Etat souverain, autorité suprême de production normative selon les théories juridiques stato-nationales, ne pourrait donc pas exprimer une volonté propre, encore moins une volonté suprême et pleinement indépendante vis-à-vis d'autres sources de normativité sociale. Il serait donc cantonné à un rôle de notaire, prenant acte des normes considérées par la conscience collective comme devant être revêtues d'une portée contraignante pour servir la solidarité et la justice. Comme l'affirme notre auteur de manière limpide : « *si l'on reconnaît un pouvoir aux gouvernants, ce n'est plus en vertu d'un droit primaire de puissance publique, mais à raison des devoirs qui leur incombent ; par conséquent ce pouvoir n'existe que dans la mesure où ils remplissent ces devoirs. Ces activités dont l'accomplissement s'impose aux gouvernants constituent l'objet même des services publics* »¹⁴³⁰.

449. La souveraineté est donc remplacée par la solidarité comme principe politique originaire. Par conséquent, la pensée de Léon Duguit s'oriente vers un horizon d'émancipation et de développement social. En « *demandant à l'action administrative de se placer en accord avec les nécessités et les attentes du corps social* »¹⁴³¹ ou en louant le développement de modes alternatifs de réalisation de services publics, comme les contrats de concession, Duguit défend un modèle de société moins hiérarchisé. Il souhaite ainsi en finir avec l'Etat souverain, entité extrinsèque à la société, pour laisser place à l'auto-organisation des forces intrinsèques à cette dernière. Il se trouve donc aux antipodes de la doctrine de Gerber et de Laband¹⁴³².

450. C'est ainsi que Duguit met en lumière la fonction de justification à la fois métaphysique et logique de l'Etat que revêt le principe de souveraineté. Sa démarche sociologique et « positiviste » est adoptée par son disciple Georges Scelle pour produire une théorie cosmopolitique du droit international.

¹⁴²⁸ *Ibid*, p. 97.

¹⁴²⁹ *Idem*.

¹⁴³⁰ L. Duguit, *Les transformations du droit public*, *Op. cit.*, p. XVIII.

¹⁴³¹ N. Roussellier, *La force de gouverner*, *Op. cit.*, p. 221.

¹⁴³² Cf. *supra*. Sect. 1.

II. Le cosmopolitisme juridique de Georges Scelle

451. La théorie du droit international de Georges Scelle apparaît comme le pendant internationaliste de l'œuvre de Duguit¹⁴³³. Comme le note Carlo Santulli dans sa « Présentation » du *Précis du droit des gens*, Georges Scelle consacra l'essentiel de son œuvre scientifique « à la transposition dans l'ordre international des analyses de l'école sociologique française »¹⁴³⁴. Georges Scelle reprend à la fois l'ontologie juridique et l'approche d'inspiration sociologique¹⁴³⁵ de Léon Duguit. L'expression même de « *droit des gens* »¹⁴³⁶ évoque d'emblée le point de vue sociologique et réaliste, selon lequel le droit international, comme tout ensemble de règles juridiques, « *est fait par les hommes pour s'appliquer aux hommes* »¹⁴³⁷.

452. Comme l'indique Jacques Dehaussy, « à la suite de Duguit, Scelle fait l'irrécusable constat qu'en fin de compte ce sont toujours les individus qui, par des actes juridiques ou des comportements constitutifs de processus normateurs, sont à l'origine du droit, et que toujours aussi c'est la situation juridique des individus qui se trouve affectée par l'application du droit »¹⁴³⁸. Aussi, la distinction duguiste entre le droit objectif¹⁴³⁹ et le droit positif¹⁴⁴⁰ est intégralement reprise par Georges Scelle¹⁴⁴¹. Le refus, typiquement sociologique, de l'existence de droits subjectifs ainsi

¹⁴³³ A tel point que Charles Rousseau put considérer Duguit comme « le « seul et vrai maître » de Scelle » (cité par F. Melleray, « Léon Duguit et Georges Scelle », *Op. cit.* p. 46).

¹⁴³⁴ C. Santulli, « Présentation », in G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, *Op. cit.*, p. 2

¹⁴³⁵ Il affirme dès les premières lignes du volume I de son *Précis de droit des gens* que « la science juridique est tributaire de la sociologie historique ». V. G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Dalloz (Bibliothèque Dalloz), Paris, 2008 (rééd. 1932), p. 1-2.

¹⁴³⁶ G. Scelle précise que le mot « gens » est à prendre « dans son sens vulgaire et courant d'individus, considérés isolément comme tels et, collectivement, comme membres des sociétés politiques ». *Ibid*, p. VII.

¹⁴³⁷ C. Santulli, « Présentation », *Op. cit.*, p. 2.

¹⁴³⁸ J. Dehaussy, « Préface », in Ch. Apostolidis, H. Tourard (sous la dir. de), *Actualité de Georges Scelle*, Editions Universitaires de Dijon (coll. Institutions), Dijon (France), 2013, p. 6.

¹⁴³⁹ Ensemble de règles provenant de la conscience qu'éprouve chaque individu membre d'une collectivité sociale de la notion de solidarité sociale.

¹⁴⁴⁰ La reconnaissance par les gouvernants d'un énoncé de droit objectif.

¹⁴⁴¹ Pour le professeur normand, le droit positif est une « traduction des lois biologiques qui gouvernent la vie et le développement de la société ». Le droit objectif, en revanche, désigne « le droit naturel ou dynamique de chaque société ». Il peut ainsi y avoir des « divergences notables » entre droit objectif et droit positif. En effet, « le droit positif peut, dans certains cas, être un droit anti-juridique, bien qu'étant le droit en vigueur, obligatoire. La discordance entre le droit objectif ou naturel et le droit positif peut alors engendrer des ruptures de solidarité qui se traduisent par des révolutions. Celles-ci ont pour résultat de substituer de nouvelles normes juridiques positives aux anciennes, sans d'ailleurs qu'on puisse toujours dire qu'elles soient une traduction plus exacte de la solidarité sociale ». V. G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, *Op. cit.*, p. 5.

que du concept de personnalité morale structurent également la pensée juridique de ce dernier¹⁴⁴². Georges Scelle rejette ainsi, comme Léon Duguit, la possibilité de l'existence de l'Etat comme une «*réalité personnelle* »¹⁴⁴³. Enfin, la fonction du droit selon Scelle rappelle également la doctrine du guiste car il aurait pour finalité le «*dégagement et l'application effective des règles de solidarité sociale* »¹⁴⁴⁴. En effet, pour Scelle le droit est un «*produit spontané du milieu social* »¹⁴⁴⁵. Il est issu des contraintes engendrées par la vie d'une collectivité humaine. Ces contraintes sont celles de l'organisation sociale de manière générale et notamment de l'exigence d'un équilibre entre la solidarité par similitudes¹⁴⁴⁶ et la solidarité par division du travail¹⁴⁴⁷. En d'autres mots, le droit incarne le besoin des sociétés humaines de s'organiser et, notamment, d'organiser la solidarité entre ses membres¹⁴⁴⁸.

453. Georges Scelle est donc à l'origine d'une théorie cosmopolitique du droit international (A) sur le fondement de laquelle il peut, tout comme son maître Léon Duguit, articuler une critique du principe de souveraineté sur deux plans : le plan du droit et le plan de l'idéologie politique (B).

A. Une théorie cosmopolitique du droit international

454. L'originalité de l'approche sociologique de Georges Scelle tient, comme l'indique Carlo Santulli, «*dans le rôle central reconnu à la prise en compte de la fonction sociale du droit pour*

¹⁴⁴² Ce dernier estime en effet qu'«*il n'y a pas d'autres sujets de droit que les représentés et les représentants, et pas d'autres compétences que celles des individus agissants* ». *Ibid*, p. 11.

¹⁴⁴³ *Ibid*, p. 10. Scelle considère donc que «*lorsqu'on dit que la commune veut, que l'Etat commande, on dissimule les agissements, la volonté, l'ordre donné par le maire ou le gouvernant ; on cède à une mystique qui attribue des qualités immanentes à des êtres fictifs, mais qui bénéficie à des personnes réelles devenues irresponsables et toutes puissantes derrière l'écran qui les dissimule* ». *Idem*, p. 12.

¹⁴⁴⁴ *Ibid*, p. IX.

¹⁴⁴⁵ *Ibid*, p. 2.

¹⁴⁴⁶ Il s'agit, pour Scelle, du sentiment de solidarité le plus basique, qui provient des liens familiaux et tribaux les plus élémentaires.

¹⁴⁴⁷ Selon Scelle, c'est celle qui se développe et se consolide avec la croissance des sociétés. La division du travail, «*loi d'intégration et de progrès*», permet d'agir de groupe à groupe et, donc, d'élargir les communautés originaires. La solidarité par similitudes, instinctive et mécanique, peut la menacer dès lors qu'elle peut aboutir à la «*xénophobie ou répulsion pour ce qui est étranger et différent* ». *Ibid*, p. 3.

¹⁴⁴⁸ Comme l'explique Monique Chemillier-Gendreau, Georges Scelle «*se rattache aux doctrines objectivistes et le sociologisme juridique est au fondement de son œuvre. Pour lui, le droit dépend du milieu social et des nécessités découlant des rapports sociaux, c'est-à-dire de lois causales indépendantes de la volonté humaine* ». M. Chemillier-Gendreau dans «*L'Etat : la souveraineté* », in Ch. Apostolidis, H. Tourard (sous la dir. de), *Actualité de Georges Scelle*, *Op. cit.*, p. 92

l'intelligence du phénomène juridique »¹⁴⁴⁹. Le droit exercerait une fonction particulière au service du déploiement et de l'épanouissement des activités sociales, quelle que soit leur nature. L'approche sociologique, selon laquelle le droit provient « *de la base* » (dans une logique « *bottom-up* » dirait-on en anglais), est radicalisée par la métaphore biologiciste. Celle-ci conçoit la collectivité sociale comme un corps vivant, dont l'activité secrète, à la manière d'un tissu organique, les règles de droit nécessaires à sa vitalité. Ainsi, Georges Scelle situe l'origine du droit au moment de l'apparition, dans une société humaine donnée, de besoins biologiques de cohésion et de développement du groupe social¹⁴⁵⁰. Aussi, les premières règles de droit prennent naissance dans le cadre de sociétés primitives, relativement autocentrées et autarchiques¹⁴⁵¹. Mais elles tendent à se développer avec l'intégration et l'interconnexion croissante des différentes collectivités et des individus entre eux, au-delà de leur collectivité originaire. Ce phénomène d'accroissement des liens de solidarité « intersociaux » contribue d'abord au développement des sociétés étatiques (sociales)¹⁴⁵² puis ensuite des sociétés inter-étatiques (inter-sociales)¹⁴⁵³.

455. Partant, le droit international est défini comme l'ensemble de règles juridiques générées par les collectivités intersociales « *afin d'assurer le maintien et le développement de la solidarité qui leur sert de base* »¹⁴⁵⁴. Georges Scelle accorde, en effet, une grande importance à l'adage « *ubi societas, ibi jus* » car il traduit l'idée, fondamentale pour lui, selon laquelle « *toute société de fait est en même temps une société de droit* »¹⁴⁵⁵. Selon le professeur normand, « *il ne peut pas y avoir de fait*

¹⁴⁴⁹ C. Santulli, « Présentation », *Op. cit.*, p. 2.

¹⁴⁵⁰ Pour Scelle, la naissance du droit est tributaire « *des lois naturelles auxquelles chacun des membres du groupe est tenu de se plier, sous peine de compromettre l'efficacité et l'existence même du lien social, c'est-à-dire l'existence du groupe et la sienne propre* ». Le professeur normand adopte une conception biologiciste de l'origine du droit, selon laquelle « *toutes les contraintes sociales sont originellement d'ordre biologique, puisqu'elles conditionnent à la fois la cohésion du groupe et celle de l'individu. Le Droit qui englobe primitivement toutes ces contraintes est donc lui aussi d'origine biologique. C'est ce point de départ qu'il ne faudra jamais perdre de vue* ». G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, *Op. cit.*, p. 3.

¹⁴⁵¹ Georges Scelle donne l'exemple de la « *horde primitive vivant de la chasse* ». *Ibid*, p. 3.

¹⁴⁵² Scelle estime en effet que « *un Etat se présente comme une société de sociétés. [...] La société française, par exemple, est formée d'individus qui composent déjà d'autres groupes : groupes de droit privé, familles, sociétés de commerce, syndicats, associations ; groupes de droit public, communes, cantons, départements* ». *Ibid*, p. 29.

¹⁴⁵³ Les sociétés inter-sociales, plutôt que la société internationale, car le phénomène d'interconnexion commerciale, économique, culturelle, etc. des sociétés sociales (nationales) génère une diversité de sociétés inter-sociales (internationales). Ainsi « *certaines sociétés internationales sont spécialisées à la satisfaction d'intérêts isolés ; d'autres ont un caractère de solidarité générale ; les unes donnent satisfaction à des intérêts privés, d'autres à l'intérêt public d'Etats entiers ; d'aucunes sont intégrées, hiérarchisées, organisées aussi parfaitement que les sociétés étatiques, tandis que beaucoup apparaissent comme diffuses, anarchiques et empruntent à d'autres groupements politiques leurs institutions et leur cadre* ». *Idem*.

¹⁴⁵⁴ *Ibid*, p. 30.

¹⁴⁵⁵ *Ibid*, p. 4.

social, ou de groupement cohésif, sans que les conditions de cette cohésion soient observées, sans qu'un certain nombre de règles de vie commune se dégagent spontanément et s'imposent aux membres du groupe »¹⁴⁵⁶. L'équivalence « *sociabilité = solidarité = juridicité* » résume bien l'ontologie juridique de Georges Scelle, que « *Léon Duguit aurait sûrement repris à son compte* »¹⁴⁵⁷. Un dernier aspect manquerait cependant à cette équation : le caractère contraignant. En effet, les règles nées du développement du milieu intersocial constituent un ensemble de règles juridiques dès lors qu'elles revêtent un caractère contraignant¹⁴⁵⁸. Partant, il faut mais il suffit, pour que puisse être constaté le droit des gens, deux conditions. La première est la naissance d'un milieu intersocial caractérisé par l'existence d'une solidarité entre individus issus de sociétés étatiques différentes. La seconde est la sécrétion par celui-ci d'un ensemble de règles contraignantes. Se pose alors la question de l'identité des sujets de ce droit des gens.

456. Georges Scelle refuse d'admettre la centralité des Etats dans l'élaboration et l'application du « droit des gens » et lui substitue l'action des sociétés fondées sur la solidarité intersociale. C'est en ce sens que sa théorie du droit international est influencée par le cosmopolitisme. Par conséquent, selon cet auteur, seulement les individus doivent être considérés comme des sujets de droit, que ce soit sur le plan des sociétés étatiques ou sur celui des milieux intersociaux. Il en va ainsi pour deux raisons. D'une part, il y a la raison historique ou chronologique que nous venons de montrer, qui tient à ce que « *les rapports internationaux de base, ceux qui sont à l'origine des groupements intersociaux, sont des rapports entre particuliers* »¹⁴⁵⁹. Notre auteur note par exemple qu'« *un traité de commerce n'a pas de signification s'il n'y a pas, de part et d'autre, des commerçants* »¹⁴⁶⁰. Une fois ces rapports interindividuels établis, « *gouvernants et agents n'ont pour mission que de fournir aux particuliers les institutions juridiques et les services matériels nécessaires à l'entretien de ces relations* »¹⁴⁶¹. D'autre part, comme nous l'avons également mentionné, Georges Scelle s'inscrit dans une démarche sociologique et réaliste récusant la fiction de la personnalité morale. Il postule

¹⁴⁵⁶ *Idem.*

¹⁴⁵⁷ F. Melleray, « Léon Duguit et Georges Scelle », *Op. cit.* p. 65.

¹⁴⁵⁸ Nous savons en effet que, pour Léon Duguit, le fait pour une norme d'être contraignante définit sa juridicité. Comme l'explique Georges Scelle, « *toute norme sociale ou intersociale dérive d'une contrainte qui s'impose d'elle-même aux individus. Si elle n'est pas respectée, s'il n'y a pas réalisation de la solidarité dans le groupe, celui-ci s'évanouit et disparaît* ». V.G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, *Op. cit.*, p. 31.

¹⁴⁵⁹ *Ibid*, p. 46.

¹⁴⁶⁰ *Idem.*

¹⁴⁶¹ *Idem.*

donc, dans la filiation de Léon Duguit, que « *les individus seuls sont sujets de droit international public* »¹⁴⁶². En effet, le professeur normand constate, lorsqu'il observe le fonctionnement du droit international, que l'ensemble des actes juridiques « *dont on dit qu'ils engagent l'Etat sont toujours des actes émanant d'individus, agents ou gouvernants, investis d'une compétence représentative et jamais de l'être fictif qu'on appelle l'Etat* »¹⁴⁶³. Par conséquent, le droit international est le produit non pas de l'activité des Etats mais de l'activité d'individus composant une société au-delà des sociétés nationales. La fonction du droit international, comme celle de tout ensemble de règles juridiques quel qu'il soit, est de reconnaître des compétences au profit d'individus. La critique de l'Etat souverain est donc, dans le cadre de la pensée scellienne, un préalable à la reconnaissance du droit des gens.

457. En effet, pour Georges Scelle la chose est simple : il n'y a point de droit international possible dans une société d'Etats considérés comme souverains. Georges Scelle se définit donc comme « *très nettement partisan d'un monisme absolu dans lequel la question de la supériorité des ordres juridiques ne se pose même pas, puisque nous acceptons le principe de l'unité fondamentale de l'ordre juridique universel* »¹⁴⁶⁴. Cette prise de position moniste révèle une conception générale du droit comme « *un continuum entre le droit interne et le droit international* »¹⁴⁶⁵. Au sein de ce continuum, la primauté reviendrait au système juridique « coordonateur »¹⁴⁶⁶, c'est-à-dire à celui qui est le mieux à même de conduire vers l'objectif idéal d'unité du droit (ou fédéralisme universel). Ainsi, le monisme de Georges Scelle traduit sa recherche d'un universalisme juridique d'inspiration cosmopolitique.

458. Le fédéralisme universel se manifeste tout d'abord dans les rapports entre les systèmes juridiques internationaux (ou intersociaux) et l'ordre juridique interne. Scelle pose comme « *règle de base de la vie internationale* »¹⁴⁶⁷ le postulat suivant : « *toute norme intersociale prime toute norme interne en contradiction avec elle, la modifie, ou l'abroge ipso facto* »¹⁴⁶⁸. Cela est tout à fait

¹⁴⁶² *Ibid*, p. 42.

¹⁴⁶³ *Idem*.

¹⁴⁶⁴ *Ibid*, p. 334.

¹⁴⁶⁵ M. Chemillier-Gendreau, « L'Etat : la souveraineté », *Op. cit.*, p. 94.

¹⁴⁶⁶ G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, *Op. cit.*, p. 32.

¹⁴⁶⁷ *Ibid*, p. 31.

¹⁴⁶⁸ *Idem*.

cohérent avec sa conception du droit des gens. En effet, une fois que les rapports intersociaux établis entre deux groupes d'individus provenant de collectivités étatiques différentes s'avèrent nécessaires au maintien de la solidarité qui les unit, leurs Etats respectifs ne peuvent qu'adapter le droit interne sous peine de menacer la société intersociale nouvellement créée¹⁴⁶⁹. Si cette adaptation n'intervient pas, les deux ordres juridiques deviennent incompatibles. Or la persistance de cette incompatibilité ne peut être envisagée dans la durée car soit « *la solidarité intersociale sera assez dense, assez profonde pour s'imposer, malgré la contrariété des formules, et le droit interne tombera en désuétude* », soit « *elle sera superficielle et passagère, et c'est le phénomène intersocial qui s'évanouira* »¹⁴⁷⁰. La perspective fédéraliste universaliste de Georges Scelle inspire également sa conception des rapports juridiques « *entre groupements intersociaux eux-mêmes* »¹⁴⁷¹. La limite serait atteinte lorsque « *le système normatif de la société humaine, ou Droit des gens, ait encadré et conditionné tous les autres systèmes de toutes les autres sociétés politiques nationales ou internationales* »¹⁴⁷². Cela confirmerait l'avènement du fédéralisme universel.

459. Dans le cadre de ce fédéralisme universel, Georges Scelle postule, c'est l'un des éléments les plus originaux de sa pensée juridique¹⁴⁷³, l'existence d'un droit constitutionnel international. Dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye, Scelle introduit une définition du droit constitutionnel *latissimo sensu* comme « *un ensemble de principes normatifs et constitutifs sur lesquels [toute société] vit, sans l'observation desquels elle périrait* »¹⁴⁷⁴. Ce droit constitutionnel international est défini matériellement comme l'ensemble de normes déterminant les compétences « *des sujets de droit, notamment des gouvernants* »¹⁴⁷⁵ à l'échelle d'une communauté intersociale. Le droit constitutionnel international prévoit ainsi la répartition et les modalités de fonctionnement des trois principales fonctions normatives qui s'exerceraient à l'échelle universelle :

¹⁴⁶⁹ *Idem.*

¹⁴⁷⁰ *Idem.*

¹⁴⁷¹ *Ibid*, p. 32.

¹⁴⁷² *Idem.*

¹⁴⁷³ M. Chemillier-Gendreau insiste sur l'originalité et le courage du professeur normand « *dans ses prises de position monistes et dans sa critique de l'Etat, compte tenu des théories dominantes dans la période où il écrit* ». V. « L'Etat : la souveraineté », *Op. cit.*, p. 96.

¹⁴⁷⁴ G. Scelle, « Règles générales du droit de la paix (Vol. 46) », in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law*, Brill / Nijhoff, Leiden (Pays-Bas), 1933, p. 421.

¹⁴⁷⁵ *Ibid*, p. 422.

la fonction législative, la fonction juridictionnelle et la fonction exécutive¹⁴⁷⁶. A travers sa théorie du dédoublement fonctionnel¹⁴⁷⁷, Scelle insiste sur le haut degré d'imbrication des ordres juridiques internes et externes, qui ont tous des organes communs assumant l'exercice de ces différentes fonctions.

460. Le droit constitutionnel international est essentiellement composé de règles de droit international coutumier et de règles conventionnelles contenues dans des traités internationaux. Parmi ces derniers, Scelle identifie une catégorie particulièrement importante « *dans l'élaboration de la règle de droit des sociétés internationales* »¹⁴⁷⁸ : les traités-lois. Ceux-ci sont des actes juridiques se présentant sous la forme de traités mais traduisant matériellement une règle de droit objectif. Ils ont donc pour spécificité de s'imposer à l'ensemble de la collectivité intersociale. Concrètement, cela signifie qu'ils s'imposeraient y compris aux Etats ne les ayant pas ratifiés¹⁴⁷⁹. La doctrine des traités-lois est donc tout à fait particulière et originale. Elle pousse la logique d'un monisme juridique radical jusqu'à ses dernières conséquences. Elle permet, dans le cadre d'une pensée juridique originale, de fonder une théorie critique de la souveraineté.

B. Une théorie critique du principe de souveraineté

461. L'internationalisme universaliste et cosmopolitique de Scelle réduit l'Etat à une simple « *circonscription administrative* »¹⁴⁸⁰ de la communauté globale du droit des gens. L'examen de son œuvre fait ainsi apparaître un fil rouge structurant : sa critique radicale des conceptions stato-

¹⁴⁷⁶ V. *Ibid*, p. 422-425.

¹⁴⁷⁷ Il s'agit d'un élément central de la pensée scellienne par lequel il est fait référence à la compétence internationale de gouvernants nationaux.

¹⁴⁷⁸ G. Scelle, « Règles générales du droit de la paix (Vol. 46) », *Op. cit.*, p. 444.

¹⁴⁷⁹ Ainsi que l'explique le professeur normand : « *Les traités doivent être observés dans la mesure où ils sont conformes ou supposés conformes au droit objectif. Mais le seul fait de l'existence du consentement des signataires ne suffit pas à motiver leur observation. Nous l'avons déjà dit, un traité ne peut abroger une règle de droit de validité supérieure et, à l'inverse, l'abrogation d'un traité, même de l'accord unanime de tous ses signataires, ne peut pas faire disparaître entre eux le caractère obligatoire de la règle de droit qu'il enregistrait, si cette règle continue de correspondre au droit objectif du milieu intersocial envisagé. Enfin, il ne suffira pas qu'un gouvernement ne soit pas signataire d'un traité déterminé ou qu'il l'ait dénoncé pour se soustraire aux règles qui y sont contenues, si ces règles font, à un autre titre, partie intégrante du système juridique de la communauté internationale à laquelle il appartient.* » *Idem*, p. 449.

¹⁴⁸⁰ M. Chemillier-Gendreau, « L'Etat : la souveraineté », *Op. cit.*, p. 92.

centrées du droit¹⁴⁸¹. Selon Monique Chemillier-Gendreau, Scelle fait partie de ces juristes qui souhaitent « *enlever à l'Etat son caractère exceptionnel, son essence particulière, sa nature exclusive* »¹⁴⁸². Or cette essence particulière de l'Etat est bien la souveraineté. Nous avons vu que Scelle développe une théorie du droit international dont les fondements juridiques sont ontologiquement incompatibles avec la conception de l'Etat telle qu'elle est envisagée par les doctrines dualistes¹⁴⁸³ en vertu de postulats communs avec la théorie générale de l'Etat classique¹⁴⁸⁴. Il caractérise l'Etat en reprenant le mot d'Ésope à propos du verbe : l'Etat serait « *la meilleure et la pire des choses* »¹⁴⁸⁵. La meilleure car c'est dans le cadre de l'Etat que les groupes sociaux nationaux ont réalisé les formes les plus abouties de solidarité¹⁴⁸⁶. La pire car sa « *déification* »¹⁴⁸⁷ a poussé à la « *soustraction de l'acte gouvernemental au contrôle du Droit* »¹⁴⁸⁸ et a engendré « *une effroyable suite de crimes individuels et d'égarements collectifs* »¹⁴⁸⁹.

¹⁴⁸¹ L'analyse critique de l'Etat élaborée par Georges Scelle « *traverse ainsi toute son œuvre, du cours à l'Académie de droit international jusqu'aux différentes éditions de son Manuel de droit international public après la Seconde Guerre mondiale ou encore à l'Introduction à l'étude du droit de 1951* ». *Idem*, p. 91.

¹⁴⁸² *Ibid*, p. 93.

¹⁴⁸³ Georges Scelles les appelle d'ailleurs « le droit international public classique » tant elles sont dominantes à son époque.

¹⁴⁸⁴ Il en résume ainsi les principaux postulats au début de ses « Règles générales du droit de la paix » : « *La Société internationale est une société d'Etats. Les Etats sont des personnes juridiques; sinon les seules personnes du droit international, au moins les personnes originaires et principales de cet ordre juridique. Les Etats sont sujets de droit et créateurs du Droit. Les gouvernants et agents des sociétés étatiques sont leurs organes ; les individus leurs ressortissants. Les Etats-personnes sont souverains, la souveraineté étant donnée comme une qualité juridique qui fait de la volonté de son possesseur la source et le régulateur du droit. La règle de droit élaborée n'a de valeur obligatoire pour l'Etat que si elle a été voulue, ou du moins reconnue et acceptée par l'Etat. La validité des situations juridiques où se trouve impliqué l'Etat ne relève que de l'appréciation de l'Etat ou de ses délégués. Il n'existe dans la Société des Etats aucun pouvoir superétatique compétent pour imposer à l'Etat l'acceptation d'une règle de droit ou d'une sentence juridictionnelle et employer à ces fins la coercition. Des organes institutionnels interétatiques peuvent être créés par les Etats, mais ils n'existent et ne subsistent que par leur consentement* ». « Règles générales du droit de la paix », *Op. cit.*, p. 331-332.

¹⁴⁸⁵ G. Scelle, *Précis de droit des gens*, *Op. cit.*, p. 74.

¹⁴⁸⁶ Bien que la solidarité nationale corresponde en grande partie, pour Scelle, à une « solidarité par similitudes », le type de solidarité le plus basique et primitif, le plus « *proche de l'animalité* », qui risque d'engendrer « *la xénophobie ou répulsion pour ce qui est étranger ou différent* ». *V. Ibid*, p. 3.

¹⁴⁸⁷ *Ibid*, p. 74.

¹⁴⁸⁸ *Idem*.

¹⁴⁸⁹ *Idem*. Cette formule est saisissante lorsqu'on sait que Scelle l'a publiée en 1932, quelques mois avant la nomination d'Adolf Hitler comme chancelier d'Allemagne.

462. Formidable outil d'intégration, l'Etat se caractérise par conséquent par une vocation universaliste qui le fait tendre vers l'unité¹⁴⁹⁰. Cette unité est le résultat de l'exercice par les gouvernants étatiques de leur autorité, fruit d'une histoire les ayant conduit à « *monopoliser la gérance de la solidarité collective* »¹⁴⁹¹. Mais l'analyse scellienne ne reconnaît guère de spécificité à la forme étatique, ainsi que le font les théoriciens classiques de l'Etat. Scelle estime qu'« *il ne reste aucun critère juridique de la compétence étatique* »¹⁴⁹² et qu'il « *n'y a, en particulier, aucune différence d'essence entre une société nationale ou étatique et une société internationale* »¹⁴⁹³. Il écarte ainsi le principe de souveraineté comme critère de l'Etat. Il se rapproche, de ce point de vue, de la position adoptée par Hans Kelsen car les deux partent d'une perspective moniste qui considère l'Etat comme un échelon parmi d'autres au sein de l'ordre juridique universel.

463. Aussi, non seulement Georges Scelle abandonne le principe de souveraineté mais il fait de ce choix épistémologique un étendard. Le « *rejet définitif de la notion de souveraineté* », comme il intitule l'une des parties de son cours à l'Académie de droit international de La Haye, est un élément fondamental de sa pensée juridique. La souveraineté est perçue par le professeur normand comme simple « *négarion du droit objectif* »¹⁴⁹⁴. C'est dire à quel point elle ne peut trouver de place au sein de son architecture théorique. Cependant, ce rejet définitif de la souveraineté peut être également lié à l'engagement politique dans lequel s'inscrit la vie et l'œuvre du professeur normand. Ainsi que l'indique Carlos Miguel Herrera, la volonté de Georges Scelle d'« *amoindrir la portée du principe de souveraineté de l'Etat national* »¹⁴⁹⁵ s'inscrit dans un engagement politique qu'il n'a, par ailleurs, jamais caché. En effet, loin d'être « *un juriste en chambre* »¹⁴⁹⁶, Georges Scelle contribue à la vie politique internationale et nationale de son temps. Carlos Miguel Herrera considère même qu'il est possible de « *placer toute l'œuvre juridique de Scelle sous le prisme de*

¹⁴⁹⁰ Cette caractérisation de l'Etat par l'unité est commune à Raymond Carré de Malberg et à Hans Kelsen, deux juristes au demeurant que tout oppose à Georges Scelle. Si le professeur alsacien considère que « *du point de vue juridique, l'essence propre de tout communauté étatique consiste d'abord en ceci que, malgré la pluralité de ses membres et malgré les changements qui s'opèrent parmi eux, elle se trouve ramenée à l'unité* » (*Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 10). Pour Kelsen, l'Etat est défini comme un « *ordre juridique relativement centralisé* » (*Théorie pure du droit*, *Op. cit.*, p. 281).

¹⁴⁹¹ G. Scelle, *Précis de droit des gens*, *Op. cit.*, p. 82.

¹⁴⁹² *Ibid*, p. 78.

¹⁴⁹³ G. Scelle, « Règles générales du droit de la paix », *Op. cit.*, p. 345.

¹⁴⁹⁴ G. Scelle, *Précis de droit des gens*, *Op. cit.*, p. 79.

¹⁴⁹⁵ C. M. Herrera, « Georges Scelle et Hans Kelsen : la construction d'une doctrine internationaliste, entre science et politique », *Op. cit.*, p. 37.

¹⁴⁹⁶ M. Chemillier-Gendreau, « L'Etat : la souveraineté », *Op. cit.*, p. 92.

l'engagement politique »¹⁴⁹⁷. Partant, l'engagement politique de Georges Scelle, loin d'être en rupture avec sa pensée juridique, permettrait de mieux comprendre cette dernière.

464. Né en 1878 et disparu en 1961, Georges Scelle traverse une époque exceptionnelle, pendant laquelle se construit péniblement la première organisation internationale à vocation universelle, la Société des Nations (SDN), dont la faillite laisse place à un déchaînement de violence sans précédent. Il fut particulièrement bien placé pour constater l'échec de cette première expérience d'architecture juridique mondiale car il fut membre de la délégation française de la SDN et membre de la Commission de contrôle des conventions internationales de travail à l'Organisation internationale du travail (OIT) dès sa création en 1919. En 1945, la fondation de l'Organisation des Nations Unies (ONU) semble confirmer la dynamique inexorable de développement d'un droit universel ayant vocation à s'imposer aux ordres juridiques étatiques. Georges Scelle préside d'ailleurs la Commission du droit international de l'ONU en 1950 tout en poursuivant son engagement à l'OIT, dont il sera vice-président du tribunal administratif. L'engagement politico-administratif de Georges Scelle se manifeste également sur le plan interne. Il occupe, entre 1924 et 1925, la fonction de directeur de cabinet du ministre du Travail Justin Godart, dans le premier gouvernement d'Édouard Herriot, du Cartel des gauches¹⁴⁹⁸.

465. Il nous semble à ce titre que deux principes juridiques structurant l'œuvre de Scelle sont également dotés d'une importante portée politique. Il s'agit du fédéralisme et du pacifisme. La théorie du fédéralisme occupe une place importante dans l'œuvre de Scelle. En effet, les valeurs de libre consentement et de libre association alimenteraient plus que toutes autres le développement du droit intersocial. Comme Georges Scelle l'affirme de manière ramassée, l'« *extension continue du phénomène de solidarité intersociale implique donc l'existence d'une hiérarchie juridique et institutionnelle, exclusive de l'idée de souveraineté, et dont l'aboutissement idéal serait le fédéralisme universel. C'est vers lui que se dirige, parfois inconsciemment, à travers toutes ses*

¹⁴⁹⁷ C. M. Herrera, « Georges Scelle et Hans Kelsen : la construction d'une doctrine internationaliste, entre science et politique », *Op. cit.*, p. 37, note 3.

¹⁴⁹⁸ Cela lui valut d'ailleurs l'hostilité d'une frange conservatrice des étudiants de l'Université de Paris, dont les membres de l'Action française, lorsqu'il fut nommé professeur à la chaire de Droit international en février 1925. En effet, le ministre de l'Instruction Publique et des Beaux-Arts, François Albert, avait attribué la prestigieuse chaire à Georges Scelle alors que le Conseil de la Faculté l'avait classé deuxième, après le professeur Louis le Fur. Or la coutume voulait alors que le ministre se conformât toujours au premier choix effectué par la Faculté. Sa transgression fut donc perçue comme une faveur au profit d'un enseignant proche du pouvoir politique et déclencha une violente protestation contre sa nomination. La polémique enfla et le ministre dut, finalement, renoncer à cette dernière et nommer Louis le Fur à la place. Georges Scelle continua à enseigner à l'Université de Dijon encore huit ans et put enfin être nommé à l'Université de Paris en 1933. Il y resta jusqu'à sa retraite, en 1948.

péripéties politiques et sociales, une humanité vieille peut-être d'un millier de siècles. Ce fut jadis la loi de formation des Empires, c'est celle actuellement du fédéralisme volontaire ou conventionnel»¹⁴⁹⁹. La supériorité que, selon Scelle, revêt le fédéralisme sur le plan des valeurs politiques l'amène à souhaiter un dépassement de l'Etat souverain comme unique voie pour libérer les forces normatrices de la solidarité intersociale. Ce postulat de nature axiologique-politique, par nature indémontrable objectivement, permet donc de fonder une conception téléologique du droit international s'opposant essentiellement à la conception « classique » bâtie sur l'Etat souverain.

466. De la même manière, le pacifisme irrigue l'ensemble de la doctrine juridique de Scelle. En effet, à partir du moment où le professeur normand fait reposer sa conception du droit sur une équivalence entre la solidarité et la juridicité¹⁵⁰⁰, il postule que la source du droit objectif réside dans *«le lien fraternel qui oblige tous les être humains les uns vers les autres, et leur fait un devoir d'assister leurs semblables lorsqu'ils sont dans l'infortune»*¹⁵⁰¹. Dans ce cadre, le droit objectif a toujours pour but de favoriser des relations harmonieuses et pacifiques entre individus. C'est pour cela que le droit positif, droit reconnu comme tel par les gouvernants, doit toujours être conforme au droit objectif et à la finalité de solidarité sociale¹⁵⁰².

467. Dans les traces de Duguit, la question centrale de la validité du droit est abordée comme une question de conformité entre le droit positif et le droit objectif. Scelle nie l'acception volontariste, typiquement hobbesienne et positiviste, ainsi que la définition formelle et organique de la loi. Pour lui comme pour Duguit, la loi n'est légitime que lorsque son contenu est conforme à celui qui est envisagé par le droit objectif. Il s'agit de la conception défendue par les jusnaturalistes de la fin du XVIIIe siècle, à ceci près que le droit objectif dont Scelle fait le critérium de la valeur juridique dérive d'une conception dynamique et solidariste de la société, et non pas d'une conception statique et axiologique du droit naturel. Ainsi, lorsque la loi s'écarte du droit objectif en devenant le reflet de l'égoïsme et de la volonté de domination des gouvernants, le droit positif devient *« un droit anti-*

¹⁴⁹⁹ G. Scelle, *Précis de droit des gens*, Op. cit., p. 188.

¹⁵⁰⁰ Il affirme effectivement qu'*«il n'y a pas, comme on le croit souvent, plusieurs sources du Droit mais une seule : le fait social lui-même ou la solidarité»*. Ibid, p. 6.

¹⁵⁰¹ M. Chemillier-Gendreau, « L'Etat : la souveraineté », Op. cit., p. 92.

¹⁵⁰² *« L'acte juridique est donc une manifestation de volonté consciente, pour produire un effet de droit. Il est déterminé par un motif et par un but. Le motif est un élément psychologique indifférent au Droit : c'est la représentation psychologique qui provoque l'acte. Le but, lui aussi, détermine la volonté ; mais il doit être conforme à la solidarité sociale et à la règle de droit, car c'est en considération des buts que sont conférées les compétences »*. G. Scelle, *Précis de droit des gens*, Op. cit., p. 16.

juridique, bien qu'étant le droit en vigueur, obligatoire »¹⁵⁰³. La possibilité d'une discordance entre le droit positif et le droit objectif représenterait une « *rupture de solidarité* »¹⁵⁰⁴. Or ce risque serait favorisé par l'admission du principe de souveraineté des Etats. Celui-ci est perçu dans le cadre de la doctrine scellienne comme une source d'arbitraire, d'anti-juridisme, faisant primer « *l'immédiateté des égoïsmes individuels et collectifs* »¹⁵⁰⁵. Cela lui permet de prophétiser que « *le droit international progressera dans la mesure où il deviendra superétatique, et périlitera dans la mesure où l'autarchie étatique se maintiendra* »¹⁵⁰⁶.

468. De ce point de vue, il sera possible de dire la même chose de la doctrine internationaliste de Hans Kelsen, qui affirme dans son cours à l'Académie de Droit International de La Haye de 1926 que l'«*organisation du monde en un Etat universel [...] doit être le but ultime, encore lointain d'ailleurs, de tout effort politique* »¹⁵⁰⁷. C'est ainsi que, comme le montre Carlos Miguel Herrera dans une étude confrontant la théorie du droit kelsénienne de celle développée par Georges Scelle, «*la construction doctrinale du droit international ne se fait pas en complète rupture avec l'engagement politique* »¹⁵⁰⁸.

§ 2. La souveraineté comme « dogme à dissoudre »¹⁵⁰⁹ dans le cadre du normativisme kelsénien

469. La pensée de Hans Kelsen intéresse tout particulièrement notre propos car, au-delà de son prestige indéniable, que l'on adhère ou pas à ses postulats¹⁵¹⁰, le juriste autrichien produisit une

¹⁵⁰³ *Ibid*, p. 5.

¹⁵⁰⁴ *Idem*.

¹⁵⁰⁵ *Ibid*, p. 693.

¹⁵⁰⁶ *Idem*.

¹⁵⁰⁷ H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public (Vol. 14) », in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law*, Brill / Nijhoff, Leiden (Pays-Bas), 1926, p. 37.

¹⁵⁰⁸ C. M. Herrera, « Georges Scelle et Hans Kelsen : la construction d'une doctrine internationaliste, entre science et politique », in Ch. Apostolidis, H. Tourard (sous la dir. de), *Actualité de Georges Scelle*, *Op. cit.*, p. 38.

¹⁵⁰⁹ La formule est de Carlos Miguel Herrera (v. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Ed. Kimé, Paris, 1997, p. 118).

¹⁵¹⁰ Comme le notait Denys de Béchillon dans une formule désormais célèbre, la pensée juridique contemporaine demeure marquée par l'œuvre de Kelsen : « *nul n'y peut rien, il faut penser avec, après ou contre Kelsen* ». D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Economica (Coll. Droit public positif), Paris, 1999, p. 3.

réflexion dense et approfondie au sujet de la souveraineté. Il nous apparaît donc comme un auteur incontournable. Promoteur du normativisme, Kelsen propose, à travers sa Théorie pure du droit, une méthode rigoureuse (voire rigoriste) pour analyser juridiquement le principe de souveraineté. De cette dernière découle également une définition assez originale et sans doute inédite¹⁵¹¹. Selon Francis Jaeger, auteur suisse qui consacra une étude à la conception kelsénienne de la souveraineté, le juriste viennois fut le premier à en faire un objet d'étude juridique spécifique et autonome. Il marqua ainsi une rupture méthodologique vis-à-vis de ses prédécesseurs¹⁵¹². La singularité de la pensée kelsénienne à propos de la souveraineté provient donc de ce que le juriste viennois l'isole *a priori* de la notion d'Etat pour lui consacrer une étude à vocation purement juridique (ou, plutôt, normologique, c'est-à-dire ne concernant que les normes juridiques et leurs rapports entre elles).

470. En effet, Kelsen ne s'intéresse pas au développement historique ou à l'épaisseur philosophique du principe de souveraineté. Le juriste autrichien l'appréhende en tant que concept juridique et l'insère dans son entreprise d'édification d'une « *reine Rechtslehre* » d'inspiration kantienne¹⁵¹³. Ce pan de son œuvre revêt ainsi une forte particularité.

471. Kelsen s'intéresse au principe de souveraineté dès 1916, année où il rédige une étude publiée en 1920 et intitulée : *Das Problem der Souveranität u. die Theorie des Völkerrecht, Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*¹⁵¹⁴. En 1932, Kelsen reprend largement la démarche et les conclusions du *Problème de la souveraineté* dans le premier de ses trois cours à l'Académie de droit international de La Haye¹⁵¹⁵ puis dans sa *Théorie générale du droit et de l'Etat*, publiée en 1945. Sa conception du principe de souveraineté présente par conséquent une remarquable stabilité à travers le temps. Ceci mérite d'être souligné tant la pensée de cet auteur a pu évoluer entre la publication de la

¹⁵¹¹ Kelsen a exposé ses vues sur ces questions dans deux études, essentiellement : dans *Du problème de la souveraineté et de la théorie du droit international, contribution à une théorie pure du droit* et dans sa *Théorie générale du droit et de l'Etat*. Il en reprend les éléments dans ses cours à l'Académie de droit international de La Haye (« Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public (Volume 014) », *Op. cit.*).

¹⁵¹² F. Jaeger, *Le problème de la souveraineté dans la doctrine de Kelsen : exposé et critique*, ed. E. D. Boccard, Paris, 1932, p. 29.

¹⁵¹³ V. A. Viala, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *Op. cit.*, p. 95-117.

¹⁵¹⁴ Que l'on pourrait traduire au français par : « Du problème de la souveraineté et de la théorie du droit international, contribution à une Théorie pure du droit ».

¹⁵¹⁵ Comme l'indique François Rigaux dans « Kelsen et le droit international », in *RBDI*, 1996/2, p. 382.

Théorie pure du droit en 1934 et celle, posthume, de son œuvre inachevée, la *Théorie générale des normes*, en 1979¹⁵¹⁶.

472. Nous présenterons la théorie du droit de Hans Kelsen et, au sein de cette dernière, la manière dont il définit le principe de souveraineté (I) afin de mettre en lumière le décentrement de ce dernier vis-à-vis de l'Etat (II).

I. Une conception originale de la souveraineté inscrite dans une approche normologique du droit

473. Comme nous l'avons indiqué, l'étude kelsénienne du principe de souveraineté s'inscrit dans le cadre de sa « Théorie pure du droit ». Celle-ci provient de la volonté de Kelsen de doter la science du droit d'une épistémologie *ad hoc*, condition *sine qua non* pour approcher un objet qu'il considère comme étant spécifique, distinct de la philosophie politique, des faits sociaux ou des faits politiques. De ce point de vue, le droit est conçu sous une perspective purement formelle, comme un ensemble de règles de conduite contraignantes et hiérarchiquement organisées.

474. L'un des grands apports de la pensée juridique kelsénienne est précisément sa représentation macro-juridique du droit comme un système normatif hiérarchisé et essentiellement dynamique. La validité des normes dans un système normatif dynamique repose sur leur procédure d'édiction et non pas sur un quelconque critère matériel. En revanche, la validité des règles qui composent un système statique repose sur leur conformité à un critère matériel¹⁵¹⁷. Affirmer qu'un ordre juridique est un système à la fois hiérarchique et dynamique signifie donc que chaque norme qui le compose est valide car elle a été édictée selon une procédure déterminée par une norme hiérarchiquement supérieure. Aussi, on peut noter que la dimension statique n'est pas tout à fait étrangère au fonctionnement d'un ordre juridique dès lors qu'une norme juridique peut être effectivement

¹⁵¹⁶ V. not. l'importante introduction à la *Théorie générale du droit et de l'Etat* rédigée par Stanley L. Paulson. L'auteur y expose une division de l'œuvre de Kelsen en trois grands moments : « *primitive ou constructionniste, intermédiaire ou classique (elle-même subdivisée en deux périodes, néo-kantienne et hybride), et tardive ou volontariste* ». « Introduction », in H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Bruylant/LGDJ (coll. La pensée juridique), Paris, 1997, p.5.

V. de même V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et de la science du droit*, *Op. cit.*, p. 125 à 127.

¹⁵¹⁷ « *leur validité peut être rapportée à une norme sous le fond de laquelle leur propre fond se laisse subsumer comme le particulier sous le général* ». H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *Op. cit.*, p. 258.

invalidée sur le fondement du contrôle de son contenu et non pas seulement de sa procédure d'édiction.

475. La méthodologie normativiste s'apparente donc à un positivisme radicalisé (A) au sein duquel la souveraineté acquiert des caractères inédits (B).

A. Le normativisme juridique, un positivisme radicalisé

476. La Théorie pure du droit kelsénienne peut être comprise comme la déclinaison sur le plan de la science juridique des postulats généraux du Cercle de Vienne. Fortement influencé par le positivisme comtien, ce dernier joue un rôle fondateur dans la détermination d'une attitude positiviste et logique sur le plan philosophique et scientifique. Dans le manifeste programmatique du Cercle de Vienne, la science apparaît comme *«le paradigme de la rationalité humaine, qui serait susceptible de balayer la théologie et la métaphysique comme des vestiges des Âges obscurs»*¹⁵¹⁸. La métaphysique, c'est-à-dire tout ce qui échapperait à la raison pure, est perçue comme une *«théologie déguisée»*, comme *«l'expression d'une superstition ou d'un élan artistique qui se serait égaré»*¹⁵¹⁹. S'inscrivant dans ses postulats, Kelsen ambitionne d'élaborer une méthodologie du droit fidèle aux principes de rationalité et de rejet de la métaphysique. Carlos Miguel Herrera souligne que *« déjà en 1925, Kelsen déclarait s'inscrire dans un courant de pensée qui, contre la «nébuleuse métaphysique de l'Etat» voulait construire une « théorie de l'Etat positif », c'est-à-dire une théorie de l'Etat strictement juridique, non teintée de politique »*¹⁵²⁰.

477. La Théorie pure du droit kelsénienne est bâtie sur le postulat de la neutralité axiologique du juriste, notamment théorisé par Max Weber dans sa fameuse conférence de 1917 intitulée «La Vocation de savant»¹⁵²¹. Comme l'indique Alexandre Viala, *« selon le point de vue wéberien, la science est axiologiquement neutre et les questions portant sur les valeurs, celles qui consistent à déterminer le juste et l'injuste, sont reléguées hors du champ scientifique »*¹⁵²². Ces limites à

¹⁵¹⁸ H.-J. Glock, *Qu'est-ce que la philosophie analytique ?*, Gallimard (coll. Folio Essais), Paris, 2010, p. 227.

¹⁵¹⁹ *Idem.*

¹⁵²⁰ C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *Op. cit.*, p. 10.

¹⁵²¹ Publiée en 1919 dans l'ouvrage *Le savant et le politique*.

¹⁵²² V. A. Viala, *Op. cit.*, p. 96.

l'activité scientifique remontent à la triple critique kantienne de la raison. Kant détermine en effet «une sorte de répartition des tâches au sein de la raison qui se voit ainsi revêtir deux fonctions radicalement opposées : la raison pratique mobilisée au service de l'action morale ou politique – ce que Kant appelle la « métaphysique des mœurs » – et la raison pure assignée à la spéculation et à la connaissance »¹⁵²³. Par conséquent, si le droit comme ensemble de normes véhicule un « devoir être » (*sollen*), la science juridique comme activité produisant une connaissance sur le droit a vocation, elle, à décrire ce qui est (*sein*), sans jugements de valeurs ni énoncés prescriptifs. La science du droit fait ainsi partie de la raison pure. Cela ne signifie pas, bien entendu, que le droit comme ensemble d'énoncés normatifs ne soit pas empreint de valeurs morales ou de convictions philosophiques - c'est plutôt tout à fait le contraire. Néanmoins, c'est le discours du juriste à propos du droit qui a vocation à demeurer neutre. Cette distinction entre l'« être » et le « devoir être », que le philosophe écossais David Hume avait déjà mise en lumière à la fin du XVIIIe siècle, constitue donc un pilier sur lequel repose la méthodologie normativiste kelsénienne.

478. Ensuite, le caractère dynamique du système juridique tel que Kelsen le conçoit amène à considérer le droit d'un point de vue formel : «*le Droit pur, selon Kelsen, est un Droit formel, un droit vidé de tout contenu déterminé*»¹⁵²⁴. Ceci a deux implications. D'une part, la définition de l'objet « droit » élaborée par le juriste viennois évacue les références d'ordre substantiel. Autrement dit, le droit ne peut pas être défini, dans la perspective kelsénienne, par rapport à un contenu donné ou sur le fondement de sa conformité vis-à-vis de principes ou des valeurs déterminés. Ainsi, par exemple, le droit n'a pas vocation, pour Kelsen, à être conforme à un idéal de justice, d'équité ou à d'autres ensembles normatifs (le droit naturel ou le «droit objectif» de Duguit et Scelle¹⁵²⁵). D'autre part, s'inscrivant dans la lignée du formalisme positiviste allemand, Hans Kelsen rejette hors du domaine de la théorie juridique l'étude de la signification matérielle, du contenu du droit.

479. Il critique ainsi la manière dont la science juridique qu'il qualifie de «traditionnelle» a pu mélanger l'étude du droit avec, notamment, la psychologie, sociologie, éthique et théorie politique¹⁵²⁶. Il prétend, de cette manière, apporter de la clarté à l'activité scientifique du juriste en mettant fin au « *syncrétisme de méthodes qui obscurcit l'essence propre de la science du droit et qui*

¹⁵²³ *Ibid*, p. 99.

¹⁵²⁴ F. Jager, *Le problème de la souveraineté dans la doctrine de Kelsen : exposé et critique Op. cit.*, p. 30.

¹⁵²⁵ Cf. *supra*. §1.

¹⁵²⁶ F. Jager, *Le problème de la souveraineté dans la doctrine de Kelsen : exposé et critique Op. cit.*, p. 30.

rend floues et vagues les bornes qui lui sont assignées par la nature de son objet : le droit »¹⁵²⁷. En ce sens, Kelsen « prétend accomplir véritablement le projet positiviste, auquel ses promoteurs et la plupart de ses adeptes auraient été insuffisamment fidèles »¹⁵²⁸. C'est ainsi que pour lui, la « théorie pure du droit » serait simplement la théorie du positivisme juridique.

480. Ce qui précède permet de comprendre la singularité des développements que Kelsen consacre à la souveraineté. Celui-ci conduit son analyse sur un plan purement normologique¹⁵²⁹, en explorant la place que peut revêtir le principe de souveraineté dans la compréhension du droit positif conçu comme un ordre de contrainte de la conduite humaine. La souveraineté est envisagée en lien avec ce à quoi elle fait référence de manière abstraite : une puissance de création normative suprême et incontestable. Son épaisseur historique et le rapport avec la notion d'Etat qui en découle sont mis de côté. A ce titre, l'utilité du principe de souveraineté dans la pensée normativiste peut être potentiellement considérable car celui-ci doit permettre de proposer une systématisation normologique du droit. Ainsi que l'explique F. Jaeger, « conformément aux fins poursuivies par toute science spéculative, la science juridique tend à la synthèse la plus rationnelle de sa matière, c'est-à-dire des ordres juridiques particuliers. La souveraineté qui, en donnant à toutes les normes rassemblées une source unique, les affecte d'une valeur commune, est un des meilleurs instruments de cette synthèse »¹⁵³⁰.

481. L'adoption de la démarche préconisée par la Théorie pure du droit peut laisser d'emblée présager d'une difficulté majeure. Ainsi que nous l'avons vu précédemment, le principe de souveraineté est, en effet, chargé d'une signification qui dépasse largement le domaine du droit entendu comme un phénomène purement normologique. C'est, d'ailleurs, le concept juridique qui a vocation à faire le lien entre une question fondamentale de philosophie politique (qui gouverne?) et l'analyse juridique. C'est pour cela que la souveraineté est classiquement associée à l'Etat comme organisation ultime de domination politique. Selon Kelsen, le juriste risquerait cependant, en partant de présupposés tels que l'unité ontologique entre l'Etat et la souveraineté, de définir à l'avance la valeur ou la signification de son objet, s'engouffrant alors dans un cheminement intellectuel à

¹⁵²⁷ *Idem.*

¹⁵²⁸ J.-F. Kervégan, « La critique schmitienne du normativisme kelsénien », in C.-M. Herrera (sous la dir. de), *Le droit, le politique, autour de Max Weber, Hans Kelsen et Carl Schmitt*, L'Harmattan, Paris, 1995, p. 229.

¹⁵²⁹ Kelsen ne s'intéresse qu'aux rapports entre normes au sein d'un ordre juridique donné ainsi qu'aux rapports de différents ordres juridiques entre eux.

¹⁵³⁰ F. Jaeger, *Le problème de la souveraineté dans la doctrine de Kelsen : exposé et critique*, *Op. cit.*, p. 76-77.

contresens de la logique scientifique. Les conclusions seraient alors viciées par ces présupposés trop forts et, donc, trop restrictifs.

482. C'est ainsi que le juriste viennois « estime indispensable, en traitant de la souveraineté, de définir avant tout ce qu'elle est, ce qui en découle logiquement. Ce n'est après qu'il est permis de lui chercher un sujet, d'étudier si elle convient à l'Etat. Et, dans la négative, avant de l'éliminer de la science juridique sans autre forme de procès, d'examiner si on peut lui trouver quelque autre sujet que l'Etat »¹⁵³¹.

B. La souveraineté, propriété formelle d'un ordre juridique

483. L'enquête de Kelsen à propos de la souveraineté et de son titulaire se fonde, comme il le résume lui-même, sur la conviction selon laquelle « la souveraineté en tant que concept juridique ne peut être la propriété que d'un système juridique, et le problème de la souveraineté de l'Etat est, dès lors, le problème de la souveraineté du système juridique étatique dans ses rapports avec le droit international »¹⁵³². C'est donc dans le cadre des rapports entre ordres juridiques, et non pas dans celui d'une théorie générale de l'Etat, que le principe de souveraineté a vocation, pour Kelsen, à trouver une fonction de systématisation normologique du droit¹⁵³³. Cette approche est tout à fait stimulante près d'un siècle plus tard¹⁵³⁴. Hans Kelsen ne pouvait certainement pas imaginer le degré d'intégration juridique suscité par l'évolution des Communautés européennes, fondées en 1957,

¹⁵³¹ *Ibid.*, p. 37.

¹⁵³² « Sovereignty as a legal concept can only be the property of a legal system, and the problem of the sovereignty of the State is, therefore, the problem of the sovereignty of the State legal system in its relation to the system of international law ». H. Kelsen, « Sovereignty », in S. L. Paulson et B. Litschweski Paulson, *Normativity and Norms. Critical Perspectives in Kelsenian Themes*, Oxford University Press, Oxford (R.-U.), 1999, p. 526.

¹⁵³³ Il réaffirme cette idée de manière limpide dans son premier cours à l'Académie de droit international de La Haye : « [...] à la base même du problème de la souveraineté de l'Etat se trouve le problème des rapports entre droit interne et droit international. En effet, que l'Etat soit supérieur aux communes et autres communautés juridiques dont on peut reconnaître immédiatement qu'elles lui sont incorporées, cela va de soi. Mais comment la souveraineté de l'Etat peut-elle se concilier avec la validité du droit international en tant que celui-ci prétend obliger l'Etat à titre d'autorité supérieure ? Comment peut-on comprendre l'existence d'un Etat véritablement souverain dans le cadre d'une communauté d'Etats fondée par cet ordre international et où ils sont juridiquement limités les uns par rapport aux autres, donc égaux en droit ? ». H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Op. cit.*, p. 260-261.

¹⁵³⁴ Comme nous le verrons ultérieurement (*infra*. Partie 2, Titre 1), l'intensification des rapports entre ordres juridiques s'est durablement accélérée après la fin de la Seconde Guerre mondiale. Un exemple particulièrement significatif de cette dynamique contemporaine du droit sont les révisions constitutionnelles successives souhaitées par le constituant afin de poursuivre l'intégration européenne. Celles-ci ont permis d'introduire dans la Constitution de 1958 des dispositions issues des exigences du droit de l'Union européenne, primaire et dérivé, contribuant de la sorte à créer une véritable « Constitution européenne de la France » (H. Gaudin (sous la dir.), *La Constitution européenne de la France*, Dalloz (coll. Thèmes et commentaires), Paris, 2017).

mais sa conception moniste des rapports entre ordres juridiques le conduisit immédiatement à comprendre le caractère potentiellement problématique d'une conception absolutiste de la souveraineté.

484. L'approche normologique de Kelsen retient une conception de la souveraineté qui s'avère exclusivement formelle et non matérielle¹⁵³⁵. Selon celle-ci, « *l'acception de la souveraineté de l'Etat qui serait pertinente du point de vue de la connaissance juridique ne correspond pas à un degré particulier de pouvoir réel. [...] La question de savoir si un Etat est souverain correspond à la question de savoir si le système juridique étatique doit être considéré comme le système juridique le plus élevé* »¹⁵³⁶. Comme l'indique C. M. Herrera, « *en particulier contre la doctrine traditionnelle, Kelsen soutient que la souveraineté n'est nullement un maximum de puissance réelle. La souveraineté est l'hypothèse qu'un ordre normatif est un ordre suprême dont la validité ne peut pas être déduite d'aucun ordre supérieur* »¹⁵³⁷.

485. La souveraineté apparaît donc comme la propriété formelle d'un ordre juridique pleinement autonome. Comme l'énoncent d'éminents représentants de l'école aixoise de droit constitutionnel (sensible à la pensée normativiste¹⁵³⁸), « *la souveraineté apparaît juridiquement comme une propriété d'un système normatif, comme quelque chose qui caractérise le système et non ses destinataires, mais aussi quelque chose dont dispose le système en tant que tel* »¹⁵³⁹.

486. Aussi, l'ordre juridique souverain, dont la validité n'est pas hétéro-déterminée, entretient avec les ordres juridiques qu'il fonde un rapport de supériorité / infériorité, entendu comme un rapport

¹⁵³⁵ Pour rappel, la souveraineté se rapporterait, en son sens matériel, à un faisceau de compétences : la capacité du souverain de battre monnaie, de déclarer la guerre et de négocier la paix, de déterminer le contenu des règles pénales, par exemple. C'est cette acception que Carré de Malberg désigne sous le terme de « *Staatsgewalt* » dans sa fameuse énumération des trois significations du principe de souveraineté.

¹⁵³⁶ « *The question of whether the state is sovereign cannot be answered by enquiring into natural or social reality. The state sovereignty that is of interest from the standpoint of legal cognition is not a particular magnitude of real power. States that have no power comparable at all to that of the great nations are no less «sovereign» than these. The question of whether a State is sovereign is the question of whether the state legal system is to be presupposed as the highest legal system* ». H. Kelsen, « *Sovereignty* », *Op. cit.*, p. 528.

¹⁵³⁷ C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *Op. cit.*, p. 116.

¹⁵³⁸ Sans pour autant pouvoir être considérée comme totalement acquise au normativisme de Kelsen, ainsi que le soutiennent les professeurs X. Magnon et A. Vidal-Naquet (« *Le droit constitutionnel est-il un droit politique ?* », in *Les cahiers Portalis*, n°6, décembre 2018, p. 110, note n°13).

¹⁵³⁹ L. Favoreu (et al.), *Droit constitutionnel*, *Op. cit.*, p. 47.

d'habilitation / validité. Pour Kelsen, ce rapport est déduit de l'étymologie du mot¹⁵⁴⁰. Il affirme dans sa *Théorie générale du droit et de l'Etat* que « lorsque nous disons que la souveraineté est une qualité essentielle de l'Etat, nous indiquons que l'Etat est une autorité suprême. L'«autorité» est habituellement définie comme le droit ou le pouvoir de donner des ordres impératifs »¹⁵⁴¹. La souveraineté devient une « qualité comparative et repose sur un rapport ou, au mieux, une série de rapports entre le sujet de la souveraineté et les éléments normologiques qu'on lui compare »¹⁵⁴². Cette même origine est d'ailleurs attestée par Albert Rigaudière¹⁵⁴³. C'est ainsi que Kelsen envisage une recherche normativiste sur la souveraineté, en la décentrant vis-à-vis de la figure de l'Etat.

II. Le décentrage de la souveraineté vis-à-vis de l'Etat

487. L'approche du principe de souveraineté préconisée par le normativisme conduit Kelsen à le disjoindre de l'Etat afin de le penser en lien avec la notion d'ordre juridique. Contrairement à la notion d'Etat, cette dernière est spécifique à la science du droit et revêt ainsi une forme de «pureté» conceptuelle. Radicalisant la prétention à la pureté méthodologique, qui demeurerait l'un des piliers de la méthode positiviste allemande, le professeur autrichien souhaite dépouiller le principe de souveraineté de toute dimension métaphysique et politique. Les idées de puissance ou de légitimité sont écartées afin de pouvoir en extraire la substantifique moelle juridique. Comme nous venons de le montrer, celle-ci traduit un attribut formel, et non matériel, qui s'exprime dans le cadre des rapports entre ordres juridiques, c'est-à-dire dans un cadre relationnel¹⁵⁴⁴. Ainsi, la souveraineté désigne le siège d'une compétence suprême d'habilitation normatrice qui peut résider dans l'ordre juridique étatique ou dans l'ordre juridique international. Pour Kelsen, « il ne s'agit donc pas de savoir si l'État en général ou tel État en particulier « est » souverain ; mais si la théorie de l'État

¹⁵⁴⁰ « que signifie «souveraineté»? Au sens littéral d'abord, être souverain signifie «dominer», être placé au sommet». (F. Jaeger, *Le problème de la souveraineté dans la doctrine de Kelsen : exposé et critique*, Op. cit., p. 20).

¹⁵⁴¹ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Bruylant/LGDJ (coll. La pensée juridique), Paris, 1997, p. 428.

¹⁵⁴² F. Jaeger, *Le problème de la souveraineté dans la doctrine de Kelsen : exposé et critique*, Op. cit., p. 32.

¹⁵⁴³ «Tandis que souverain ou sous-souverain sert simplement à qualifier celui qui est le plus élevé dans une hiérarchie, souverain ou souverain n'est utilisé que pour désigner, à l'image de Dieu qui détient l'autorité suprême, celui qui dans son genre se trouve placé au-dessus des autres et les dépasse». A. Rigaudière, « L'invention de la souveraineté », in *Pouvoirs*, n°67, novembre 1993, p. 10.

¹⁵⁴⁴ Comme l'indique Carlos Miguel Herrera, l'œuvre théorique de Kelsen est traversée par la volonté de lutter « contre l'ontologisme et le substantialisme » et vise à « construire une théorie politique relationniste, c'est-à-dire épurée des «concepts-substance» tels que « Etat », « peuple », «souveraineté » ». C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Op. cit., p. 13.

peut ou doit admettre, pour interpréter ses matériaux, la souveraineté de l'ordre étatique ou au contraire la souveraineté du seul ordre international »¹⁵⁴⁵.

488. Or, sans surprise, la conception moniste du droit que retient Kelsen (A) l'amène à reconnaître la qualité de souverain à l'ordre juridique international (B).

A. La conception moniste du droit de Hans Kelsen

489. La théorie kelsénienne repose sur une vision unitaire et holistique du droit¹⁵⁴⁶, découlant de son esprit synthétique et logique¹⁵⁴⁷. Kelsen est conduit à rejeter toute conception pluraliste ou dualiste dès son essai suscité *Das Problem der Souveränität*. Il reprend substantiellement le même raisonnement dans son premier cours dispensé à l'Académie de droit international de La Haye¹⁵⁴⁸, publié en 1926, ainsi que dans sa *Théorie générale du droit et de l'Etat*, publiée deux ans plus tard, en 1928.

490. Kelsen résume la théorie dualiste en affirmant que, pour celle-ci, « *le droit international et le droit de l'Etat (les systèmes juridiques étatiques individuels) seraient différents systèmes de normes, des systèmes indépendants les uns des autres du point de vue de leur validité et, en même temps, des systèmes égaux* »¹⁵⁴⁹. Il l'oppose à la théorie moniste pour laquelle « *le droit international et le droit étatique forment une unité : soit le droit international est au-dessus du droit étatique, de telle sorte que le fondement de la validité du droit étatique est à rechercher dans le droit international (primauté du droit international), ou, inversement, le droit étatique se trouve au-dessus du droit*

¹⁵⁴⁵ H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Op. cit.*, p. 255.

¹⁵⁴⁶ Comme l'indique François Rigaux, « *l'ambition de Kelsen fut d'appréhender tous les systèmes juridiques dans une «grand unified theory», selon le langage de la physique contemporaine* ». V. « Kelsen et le droit international », *Op. cit.*, p. 381.

¹⁵⁴⁷ « *Les ordres normologiques en tant qu'ils sont l'objet d'une étude scientifique doivent former une synthèse. Et cela impose, au préalable, l'uniformisation de leur valeur par l'élection d'une source commune* ». F. Jaeger, *Le problème de la souveraineté dans la doctrine de Kelsen : exposé et critique*, *Op. cit.*, p. 43.

¹⁵⁴⁸ H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Op. cit.*, p. 381.

¹⁵⁴⁹ « *According to the dualistic theory, international law and the state law (the individual state legal systems) are different systems of norms, systems that, in their validity, are independent of one another but at the same time equal* ». H. Kelsen, « Sovereignty », *Op. cit.*, p. 526.

international, de telle manière que le fondement de la validité du droit international réside dans le droit étatique (primauté du droit étatique) »¹⁵⁵⁰.

491. Kelsen décèle, sur le fondement de ces définitions, une contradiction majeure dans les théories dualistes. Il considère que l'hypothèse qu'un Etat exerce une puissance normatrice suprême à l'intérieur de ses frontières tout en demeurant indépendant (et donc égal) à ses *alter ego* à l'extérieur ne peut être admise qu'en acceptant l'existence d'un ordre juridique surplombant coordonnant les différents ordres juridiques étatiques, qu'il qualifie d'«ordres juridiques partiels». Or, selon ce raisonnement, « *L'État cesse d'être un ordre suprême même à l'intérieur : même de ce côté, il y a un ordre qui lui est supérieur,—le droit international, — dont l'ordre étatique dépend dans sa totalité bien que ce soient ses organes propres qui soient chargés, dans une très large mesure, de le créer* »¹⁵⁵¹. Comme l'explique Francis Jaeger, « *le résultat est toujours de limiter à un seul ordre l'attribution de la souveraineté. Car si A est subordonné à B, c'est B seul qui est souverain. Et si A n'est pas subordonné à B, mais cependant en rapport avec lui, il faut que A et B soient subordonnés à C, et c'est alors C qui bénéficie seul de la souveraineté* »¹⁵⁵².

492. Partant, l'hypothèse dualiste conduirait, dans l'esprit de Kelsen, à reconnaître à chaque Etat membre de la communauté internationale une forme de souveraineté relative¹⁵⁵³. Cela conduirait à exclure le caractère absolu de la souveraineté... et donc à exclure la pertinence du principe de souveraineté dans son entièreté. Comme l'indique F. Jaeger, les conclusions de Kelsen débouchent sur « *l'impossibilité d'une synthèse rationnelle du droit, sitôt que l'on admet l'existence de plusieurs ordres juridiques souverains. L'ordre juridique souverain est unique, il n'a point d'égaux : sa valeur est donc absolue* »¹⁵⁵⁴. Ainsi, soit le principe de souveraineté apparaît comme n'étant pas opératoire, et il est possible d'admettre l'hypothèse du pluralisme juridique, soit on le «prend au sérieux» et, dans ce cas, un seul ordre juridique peut être considéré comme étant souverain. Kelsen, rejetant les postulats pluralistes, est donc amené à «prendre au sérieux» le principe de souveraineté

¹⁵⁵⁰ «According to the monistic theory, international law and state law form a unity : either international law is above state law, so that the basis of the validity of state law is to be found in international law (primacy of international law), or, conversely, state law is above international law, so that the basis of the validity of international law lies in state law (primacy of state law)». Ibid, p. 527.

¹⁵⁵¹ Ibid, p. 260.

¹⁵⁵² F. Jaeger, *Le problème de la souveraineté dans la doctrine de Kelsen : exposé et critique*, Op. cit., p. 43

¹⁵⁵³ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Op.cit., p. 431.

¹⁵⁵⁴ F. Jaeger, *Le problème de la souveraineté dans la doctrine de Kelsen : exposé et critique*, Op. cit., p. 45.

dans une perspective moniste. Aussi, une fois la théorie dualiste écartée, encore reste-t-il à examiner les deux formes de monisme (monisme à primauté du droit étatique et monisme à primauté du droit international) pour déterminer quel est l'ordre juridique souverain.

493. Kelsen écarte rapidement les conceptions monistes à prépondérance du droit étatique¹⁵⁵⁵, qu'il qualifie de « *subjectivisme étatique* »¹⁵⁵⁶ et de « *solipsisme étatique* »¹⁵⁵⁷. Partant, il lui reste à examiner la possibilité d'une souveraineté du droit international à travers l'admission d'un monisme qui lui reconnaisse la primauté. Le monisme à primauté du droit international implique que celui-ci ne puisse pas être considéré comme un « droit public externe de l'Etat ». Cela amène à déplacer le prisme du point de vue interne au point de vue du droit international. Autrement dit, les Etats comme ordres juridiques n'occupent plus une position centrale dans la production du droit. Au contraire, leur validité est soumise au droit international. Hans Kelsen estime, sans excès de modestie, que la reconnaissance du monisme à primauté du droit international au détriment du monisme à primauté du droit interne représente une révolution paradigmatique¹⁵⁵⁸ équivalente à celle qui permit de passer de la conception géocentrique de l'univers postulée par Ptolémée au II^e siècle à l'héliocentrisme de Nicolas Copernic¹⁵⁵⁹. Il est certain, dans tous les cas, qu'il constitue une négation des théories stato-nationales du droit. Aussi, dans le paradigme kelsénien, le droit international doit être reconnu comme l'unique ordre juridique souverain car il acquiert une position suprême vis-à-vis des ordres juridiques étatiques, égaux entre eux.

¹⁵⁵⁵ V.F. Rigaux, *Op. cit.*, p. 382. Pour une explication détaillée du raisonnement qui conduit Kelsen à rejeter la thèse du monisme à primauté du droit étatique (et, donc, de la souveraineté de l'Etat), voir, une fois encore, l'ouvrage suscité de Francis Jaeger, not. p. 110-129.

¹⁵⁵⁶ Cela nous fait en effet penser à la souveraineté comme un droit subjectif de l'Etat telle qu'elle est pensée par Laband (cf. *supra*. Sect.1).

¹⁵⁵⁷ « *A consequence of the primacy of one's own state legal system is that only one's own state can be comprehended as sovereign, for the sovereignty of that state excludes the sovereignty of all other states. In this sense, the primacy of one's own state legal system can be characterized as state subjectivism, indeed, as state solipsism* ». H. Kelsen, «Sovereignty», *Op. cit.*, p. 534.

¹⁵⁵⁸ Un changement de paradigme scientifique au sens de Thomas Samuel Khun. V. *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion (coll. Champs sciences), Paris, 1983 (rééd. 2008)].

¹⁵⁵⁹ « *The opposition between the two legal constructions can also be compared with the opposition that exists between the geocentric cosmic system of Ptolemy and the heliocentric cosmic system of Copernicus* ». H. Kelsen, «Sovereignty», *Op. cit.*, p. 534.

B. La souveraineté, attribut de l'ordre juridique international

494. Dans la perspective moniste kelsénienne, « *l'ordre juridique proclamé souverain doit être l'ordre universel du droit positif* ». Cela implique donc qu'il faille « *considérer tous les autres ordres, sans exceptions, comme réunis dans sa dépendance* »¹⁵⁶⁰. Aussi, il n'est pas attendu du droit international qu'il dispose d'une force de contrainte comparable à la puissance étatique car, pour Kelsen, le principe de souveraineté est distinct de l'idée de puissance. Rappelons que la souveraineté n'est pas conçue par le juriste viennois comme un pouvoir mais comme « *une propriété que doit avoir la valeur d'un ordre juridique indépendant* »¹⁵⁶¹ et que cette propriété correspond à son caractère autonome et suprême vis-à-vis des ordres juridiques tiers. Or, du point de vue moniste à primauté du droit international, la valeur des règles internationales ne provient pas du droit étatique mais réside dans l'ordre juridique international lui-même, bien que leur contenu soit souvent fixé par les Etats.

495. La démonstration de Hans Kelsen apparaît empreinte d'une logique implacable, chaque étape du raisonnement s'imposant comme une conséquence nécessaire des étapes précédentes. Cependant, comme il finit par le reconnaître lui-même¹⁵⁶², sa prise de position en faveur du monisme à primauté du droit international recèle des motivations qui nuancent la neutralité axiologique dont il se prévaut. En effet, la démonstration à travers laquelle Kelsen tâche de prouver le bien-fondé du monisme à primauté du droit international est congruente avec un choix politique. Celui-ci réside, comme cela est fort bien connu, en sa préférence pour un dépassement de l'Etat comme forme ultime d'organisation politique et juridique. Il affirme à ce sujet que « *l'idée de la souveraineté de l'État national a fait jusqu'à présent [...] obstacle à toutes les tentatives pour organiser l'ordre international, pour créer des organes spécialisés pour l'élaboration, l'application et l'exécution du droit international, en un mot pour transformer la communauté internationale, aujourd'hui encore très peu évoluée, en une civitas maxima, au plein sens du mot. Et c'est cette organisation du monde en un État universel qui doit être le but ultime, encore lointain d'ailleurs, de tout effort politique* »¹⁵⁶³.

¹⁵⁶⁰ F. Jaeger, *Le problème de la souveraineté dans la doctrine de Kelsen : exposé et critique*, Op. cit., p. 77.

¹⁵⁶¹ *Ibid*, p. 128.

¹⁵⁶² V. H. Kelsen, « Sovereignty », Op. cit., p. 535.

¹⁵⁶³ H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », Op. cit, p. 326. Cf. l'analyse qu'en fait Th. Hochmann, « Le constitutionnalisme global », RFDC, 2019/4, n°120, p. 896.

496. Kelsen apparaît, de ce point de vue, comme un disciple d'Emmanuel Kant et un partisan du cosmopolitisme juridique. Il est, en ce sens, fermement opposé à la théorie de la souveraineté comme « *un masque vraiment tragique derrière lequel se cache, de diverses manières, la prétention de dominer* »¹⁵⁶⁴. Le normativisme aboutit, par une formalisation de l'Etat, réduit à son caractère d'ordre juridique, à une « *dépolitisation et à une relativisation de la spécificité de celui-ci au regard des autres ordres juridiques* »¹⁵⁶⁵. L'Etat est un ordre juridique parmi d'autres¹⁵⁶⁶, seulement différent de par un critère purement technique-formel : son degré de centralisation.

497. Cette volonté de dépasser le modèle classique de l'Etat-nation souverain s'explique également par les origines de Hans Kelsen. Citoyen autrichien né à Prague dans un empire austro-hongrois finissant, sa théorie juridique l'aurait conduit, selon Armel Le Divellec, à rechercher des formes politico-juridiques à même de gouverner la complexité¹⁵⁶⁷. Or la conception classique de la souveraineté que Kelsen récuse serait difficilement compatible avec une telle entreprise. Ainsi, l'usage du principe de souveraineté, ou son non-usage, présuppose une certaine conception du pouvoir politique et du droit. C'est à cet égard que la souveraineté revêt, dans les discours théoriques du droit, une fonction de justification et non pas de description.

498. Aussi, si l'influence de l'œuvre de Kelsen dans la pensée juridique contemporaine n'est plus à démontrer¹⁵⁶⁸, il s'agit néanmoins d'un auteur qui est davantage cité que suivi. Le normativisme kelsénien préconise une forme de pureté méthodologique et de rigueur logique¹⁵⁶⁹ extrêmement exigeante, qui a fait l'objet de critiques récurrentes de la part de courants doctrinaux aux

¹⁵⁶⁴ C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Op. cit., p. 116.

¹⁵⁶⁵ X. Magnon, « Le droit en dehors de l'Etat et les rapports entre ordres normatifs chez Kelsen », in *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, Mare & Martin, (coll. Le sens de la science), Paris, 2019, p. 410.

¹⁵⁶⁶ C'est-à-dire comme un ordre normatif caractérisé par la contrainte : « *l'Etat est un ordre idéal de la conduite humaine, un ordre de contrainte et par conséquent, un ordre juridique* ». Cité par C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Op. cit., p. 104.

¹⁵⁶⁷ V. l'interview d'A. Le Divellec, « JP : le droit ressaisi par la politique ? », disponible à l'adresse suivante : https://www.nonfiction.fr/articleprint-4108-jus_politicum_le_droit_ressaisi_par_la_politique_.htm.

¹⁵⁶⁸ L'influence indéniable de Kelsen peut se mesurer, par exemple, à son omniprésence dans les manuels et les cours de droit constitutionnel et d'introduction au droit dès la première année de Licence de droit. Sa «pyramide normative», bien que la paternité revienne à Adolf Merkl et qu'elle puisse être critiquée (à raison), demeure le paradigme dominant pour se représenter l'ordre juridique.

¹⁵⁶⁹ Pierre Legendre a cette formule très juste pour qualifier l'approche positiviste-formaliste de Kelsen : il considère qu'elle enferme le droit « *dans une totalité autoréférentielle* » (*Leçons IX. L'autre Bible de l'Occident : le monument romano-canonique. Etude sur l'architecture dogmatique des sociétés*, Op. cit. p. 16).

méthodologies souvent syncrétiques et hybrides. Ces dernières perdent en capacité pour articuler un récit purement juridique sur son objet ce qu'elles gagnent en aptitude à offrir une compréhension plus globale et complète de la dimension non juridique du droit.

499. En ce qui concerne plus particulièrement l'étude du principe de souveraineté, la pensée de Kelsen n'est pas parvenue à convaincre, encore moins dans le contexte français. En effet, il s'avère difficile d'ignorer l'apport de la philosophie politique et de l'histoire, très particulière, du Royaume de France dans le long processus qui permit de bâtir le principe de souveraineté. Ainsi, la signification que ce dernier revêt ne saurait être épuisée, en France, par une interprétation formaliste issue de la méthodologie normativiste. Il semble, au contraire, que la conception substantielle de la souveraineté formulée par la théorie allemande de la « *kompetenz-kompetenz* » permette aujourd'hui de justifier que chaque Etat membre de l'Union européenne puisse transférer l'exercice de compétences souveraines¹⁵⁷⁰ sans pour autant cesser d'être considéré comme demeurant pleinement souverain¹⁵⁷¹. Les débats récurrents à propos d'une émergente « souveraineté juridique européenne »¹⁵⁷², qui serait néanmoins compatible et complémentaire de la souveraineté maintenue par les Etats membres¹⁵⁷³, témoigne de la richesse d'un objet conceptuel que Kelsen concevait dans l'étroitesse d'une dimension uniquement formelle.

500. Néanmoins, la dimension politique de l'entreprise doctrinale de Kelsen, qui réside dans sa « *critique de la place centrale de l'État au profit de l'établissement d'une organisation mondiale* »¹⁵⁷⁴ semble connaître une nouvelle jeunesse à l'aune de la prise en compte croissante des effets de la mondialisation dans les rapports juridiques¹⁵⁷⁵.

¹⁵⁷⁰ C'est-à-dire de compétences historiquement considérées comme régaliennes, comme étant au coeur de l'existence juridique et matérielle de l'Etat.

¹⁵⁷¹ V. par ex. B. Nabli, « L'Union des Etats et les Etats de l'Union », in *Pouvoirs*, 2007/2, p. 118 : « *la qualité d'État membre vient confirmer la pleine et entière souveraineté des États de l'Union. Il suffit pour cela de distinguer définitivement souveraineté et compétence, c'est-à-dire souveraineté et exercice de la souveraineté. L'État membre, parce qu'il est souverain, reste libre de transférer des compétences. Suivant un raisonnement a contrario, tant que les transferts de compétence sont le produit de sa libre volonté, l'État membre n'abandonne pas sa souveraineté. Telle est la conséquence implacable de la théorie allemande de la kompetenz-kompetenz* ».

¹⁵⁷² Cf. par ex. F.-V. Guiot (sous la dir. de), *La souveraineté européenne. Du discours politique à une réalité juridique ?*, Mare & Martin (Coll. Horizons européens), Paris, 2022.

¹⁵⁷³ C'est la thèse de Florence Chaltiel.

¹⁵⁷⁴ Selon la formule de T. Hochmann (« Le constitutionnalisme global », *Op. cit.*, p. 890).

¹⁵⁷⁵ Comme le suggère, de manière très juste, T. Hochmann (*Idem*).

Conclusion du Chapitre

501. La science juridique naît à la fin du XIXe siècle, avec le développement de discours à propos du droit qui se prévalent d'une « *science de l'observation, avec une transposition du modèle des sciences expérimentales et un déplacement de la science du droit sur le terrain des sciences sociales alors en pleine structuration académiques (histoire, sociologie, psychologie, économie)* »¹⁵⁷⁶. La notion d'Etat, adossée au principe de souveraineté dès la fin du XVIe siècle, devient le centre de controverses agitées. Alors que le triomphe du libéralisme à la fin du XVIIIe siècle s'était soldé par un relatif désintérêt vis-à-vis de la théorie juridique du pouvoir, certaines approches juridiques contemporaines mettent à nouveau la question de la domination au centre de leur conception du droit. Le positivisme juridique s'élève, dans un premier temps, sur le fondement d'une théorie étatiste du droit. Comme le résume Eric Maulin, « *le positivisme juridique est une théorie étatiste qui repose sur le principe de souveraineté* »¹⁵⁷⁷. Le positivisme de Jeremy Bentham et de John Austin, né de la pensée juridique de Thomas Hobbes, postule la réduction du droit aux commandements du souverain¹⁵⁷⁸. Le positivisme de l'Ecole Gerber-Laband construit sa théorie du droit autour d'une conception de la personnalité juridique de l'Etat comme support de la souveraineté-puissance de domination (*Herrschaft*)¹⁵⁷⁹. Celui-ci fut très influent en France, comme en témoigne notamment l'œuvre de Raymond Carré de Malberg.

502. Cependant, selon les démarches adoptées, la souveraineté et l'Etat ne reçoivent pas le même traitement. Alors que dans le cadre de certaines approches que nous avons qualifiées de « stato-nationales » la notion d'Etat, assise sur le principe de souveraineté, constitue le cadre et le fondement du droit public, celle-ci n'a pas la même portée au sein des approches sociologiques et du normativisme. Constituant le miroir inversé des théories étatistes, ces dernières décentrent le point de vue classique du juriste stato-positiviste qui pense l'ordre juridique strictement à partir de l'Etat. Elles offrent une perspective plus large sur le droit. Dans le cas du monisme kelsénien, la

¹⁵⁷⁶ F. Audren, A.-S. Chambost, J.-L. Halpérin, *Histoires contemporaines du droit*, Op. cit., p. 130.

¹⁵⁷⁷ Entrée «Positivisme», in D.Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Op. cit., p.

¹⁵⁷⁸ F. Audren, A.-S. Chambost, J.-L. Halpérin, *Histoires contemporaines du droit*, Op. cit., p. 125. Cf. l'analyse de G. Tusseau : « Les contraintes intellectuelles de la construction des notions juridiques. L'exemple du concept de pouvoir chez Jeremy Bentham et John Austin », Op. cit.

¹⁵⁷⁹ « *La personnalité juridique de l'Etat consiste en ceci qu'il possède des droits de souveraineté propres à l'effet de remplir son rôle et ses obligations, et une volonté souveraine indépendante* ». P. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, Op. cit., p. 100.

perspective est plus englobante. Dans le cas de la doctrine duguiste, elle vise à adopter le point de vue de la société. Dans le cas du cosmopolitisme de Georges Scelle, elle est à la fois moniste et fortement imprégnée de sociologie juridique. Dans tous les cas, le concept d'Etat souverain est considéré comme un ennemi à abattre. Hans Kelsen s'emploie à dissoudre le dogme de la souveraineté pour parvenir à penser cette dernière dans un cadre extra-étatique. Il plaide en faveur de « l'unité épistémologique » du droit international et du droit étatique en considérant qu'il est possible de rechercher dans le droit international positif une norme qui détermine le fondement et la sphère de validité des systèmes juridiques étatiques individuels. Léon Duguit, dans un geste de «réalisme sociologique» radical, rejette le principe de souveraineté hors de la théorie juridique.

503. Les différences notables quant au traitement scientifique de la souveraineté en fonction de l'approche retenue mettent en lumière son caractère contingent. Concevoir le droit public, singulièrement le droit constitutionnel, à partir de la notion d'Etat souverain relève d'un choix scientifique et non pas d'une nécessité imposée par la nature ou la structure pré-déterminées de l'objet théorisé. Comme l'affirme Olivier Jouanjan, « *les juristes, pour construire le « système » du droit doivent en déterminer la grammaire, ainsi d'ailleurs qu'une sémantique fondamentale, qui sont les moyens de la classification, du mode taxinomique de la pensée juridique* »¹⁵⁸⁰. Or les théoriciens jouissent d'une liberté considérable au moment de déterminer et de définir les catégories juridiques autour desquelles s'articule leur système théorique. Dans le cadre de leur activité théorique, les juristes peuvent être influencés par des contraintes de nature scientifique (neutralité, rigueur, logique), argumentative (aptitude à emporter la conviction) mais également par des convictions idéologiques. Lorsqu'il s'agit d'approcher des notions aussi riches de signification que l'Etat ou la souveraineté, ces dernières ne sont souvent jamais loin.

¹⁵⁸⁰ V. O. Jouanjan, « Prendre le discours juridique nazi au sérieux ? », *RIEJ*, 2013/1, Vol. 73, Université Saint-Louis, Bruxelles, p. 5-6.

Conclusion du Titre

504. Après une longue maturation, la souveraineté et l'Etat furent théorisés entre la fin du XVI^e et le XVII^e siècle comme un couple conceptuel indissociable. Ainsi, la souveraineté désigna la *differentia specifica* de l'Etat en tant que forme particulière de domination politique et l'Etat fut pensé grâce au principe de souveraineté. Ce dernier permit de doter l'ordre juridique étatique des propriétés de centralisation, hiérarchisation et auto-réformabilité.

505. A partir de la fin du XVII^e siècle, les assauts du libéralisme provoquèrent une éclipse de l'Etat. C'est comme si les grands penseurs libéraux étaient convaincus que l'enjeu du siècle n'était plus de penser l'Etat mais d'en modérer le caractère liberticide. De fait, les sociétés de l'occident européen s'étaient considérablement transformées en l'espace de deux siècles. En France, les conflits religieux ne constituaient plus une menace existentielle pour la nation et le pouvoir du monarque s'était solidement enraciné après la Fronde. Le temps était alors au développement des libertés, ce que permet de traduire le discours des droits de l'homme. Mais, loin d'enterrer la souveraineté, les révolutions du XVIII^e siècle, notamment la Révolution française, lui donnèrent une nouvelle vie en lui accordant, sous le nouveau régime du constitutionnalisme moderne, une importance tout aussi fondamentale que sous l'Ancien régime. Ce moment historique préside à la stabilisation d'un rapport indissociable entre l'Etat, la souveraineté et le droit constitutionnel.

506. L'admission de ce rapport est au fondement des théories stato-nationales du droit public. Celles-ci furent très influentes dans la pensée publiciste française. En témoigne la *Contribution à la Théorie générale de l'Etat* de Raymond Carré de Malberg, qui vise à consolider juridiquement la République française, représentative et libérale, en opposition à l'Empire allemand. Le succès des approches stato-nationales du droit public peut s'expliquer par la cohérence de leur postulat initial - le rapport de consubstantialité entre la souveraineté, l'Etat et la Constitution - et leur habileté à articuler une démarche positiviste, donc scientifique, avec la prise en compte de concepts à haute valeur symbolique. Le principe de souveraineté permet d'apporter un fondement à l'ensemble de ce système théorique : c'est en ce sens que, au départ, sa fonction n'est pas descriptive. Aussi, les critiques qui lui sont adressées mettent en cause la cohérence des approches stato-nationales du droit public. Ces critiques sont, aujourd'hui, particulièrement présentes dans les études internationales et européennes, comme nous le verrons dans la prochaine partie.

Conclusion de la Partie

507. Le principe de souveraineté constitue la pierre sur laquelle est bâtie la pensée d'Etat. Son élaboration dès la fin du XVI^e siècle est ancrée dans un contexte intellectuel et matériel particulier. D'une part, il s'inscrit dans le développement d'une littérature visant à dépasser les deux grandes formes juridico-politiques de son temps, la forme impériale et la *Res publica Christiana*. En effet, le principe de souveraineté épouse parfaitement son époque, celle du triomphe du rationalisme par l'abandon des structures complexes et bigarrées qui caractérisaient l'ordre politique et juridique vassalo-féodal. D'autre part, le principe de souveraineté traduit également une évolution progressive des rapports de force sur le continent, à la fois sur un plan que l'on pourrait qualifier de « géo-politique » et sur le plan interne. Les guerres de religion se trouvent à la croisée de ces deux niveaux : elles concernent, dès leur origine, une bonne partie de l'Europe occidentale et elles revêtent, en France, une gravité particulière. La menace qu'elles représentent pour la paix civile ouvre un gouffre par lequel risque de sombrer la nation. Le principe de souveraineté est en partie forgé pour conjurer ce risque existentiel. Il s'inscrit dans le cadre d'un engagement politique fort et assumé au service d'une conception centralisée et autonome du pouvoir normatif national. Il permet de penser l'Etat. C'est ainsi que la théorisation de l'Etat, avec ses périodes d'éclat et ses éclipses, repose sur la théorisation de la souveraineté.

508. Celle-ci ne présuppose pas nécessairement la mise en œuvre d'un régime politique autoritaire, même s'il trouve d'abord à s'épanouir dans le modèle de la monarchie absolue de droit divin si parfaitement théorisé par l'abbé Bossuet. Les révolutions libérales et constitutionnalistes en fournissent la preuve : la souveraineté entretient un lien de consubstantialité avec l'Etat et non pas avec un aménagement particulier de la puissance publique au sein de ce dernier. A travers la fiction du pouvoir constituant, un rapport d'indissociabilité entre souveraineté et Constitution est reconnu. Ce rapport s'inspire directement, et se substitue, à celui qui avait été admis dès Jean Bodin entre la souveraineté et la loi¹⁵⁸¹.

509. Toutefois, alors que se développe, dès la seconde moitié du XIX^e siècle, une activité scientifique dans le domaine juridique, le traitement que reçoit la souveraineté devient extrêmement

¹⁵⁸¹ Cf. les développements d'O. Beaud au sujet de la notion bodinienne de « loy » (*La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 53-130).

variable. En dehors des théories stato-nationales du droit, la souveraineté peut apparaître comme un objet étranger au droit¹⁵⁸², voire incompatible avec l'idée même de droit dans une société libérale.

510. Nous avons vu comment, pour certains auteurs, le principe de souveraineté de l'Etat est considéré comme dépassé, contraint de se soumettre aux forces normatives de la société ou à la primauté du droit international. Sa dimension métaphysique est enterrée par la science juridique positive. Cette remise en cause de l'Etat souverain projette de nouvelles perspectives pour la science juridique et pour la théorie du droit. Elle ouvre de nouveaux horizons pour la société également. Comme l'énonce Georges Scelle de manière étonnamment prophétique : « *l'évolution des formes sociales, des conditions économiques, des moyens de communication, a bouleversé l'équilibre des groupements humains. La solidarité universelle repose sur des bases nouvelles. L'interdépendance des Etats, que la doctrine classique avait constatée, a des exigences qu'elle avait à peine entrevues. La juxtaposition des sociétés politiques n'est plus le phénomène essentiel : elles se superposent, se compénètrent, se combinent, dans un monde de plus en plus rétréci et de plus en plus fébrile, de telle sorte que les anciennes déductions tirées de l'individualité des peuples et de leur psychologie exclusiviste sont aujourd'hui controuvées. L'internationalisme est aujourd'hui le fait capital* »¹⁵⁸³.

511. Cela permet donc de comprendre la dimension contingente du principe de souveraineté. Cette prise de recul nous permet également de mesurer le caractère un peu vain de certaines controverses autour de la souveraineté. Par exemple, la question de savoir si elle peut être limitée, divisée ou déplacée (par exemple) sans disparaître présuppose de l'envisager comme s'il s'agissait d'une substance dont les caractères sont à la fois immuables et connaissables, ce qui ne nous semble pas être le cas.

512. Aujourd'hui, les dynamiques d'enchevêtrement et d'interpénétration entre les ordres juridiques se sont traduites par des tentatives de conservation du principe de souveraineté, au prix de nouvelles formulations censées refléter le nouvel état des rapports entre ordres juridiques. Dans ce contexte, la souveraineté subsiste donc, à la fois comme concept et comme vocable juridique. Mais cette permanence cache mal les bricolages dont elle a fait l'objet. Il semblerait, à rebours du fameux

¹⁵⁸² La souveraineté appartiendrait au domaine de la métaphysique de l'Etat si l'on croit Léon Duguit et Georges Scelle ou à celui de la philosophie politique si l'on suit Hans Kelsen.

¹⁵⁸³ G. Scelle, *Précis de droit des gens*, Op. cit., p. VIII.

aphorisme de Giuseppe Tomasi di Lampedusa, que rien ne doive changer en surface pour que tout change en profondeur. C'est ce que nous allons étudier au cours des pages suivantes.

SECONDE PARTIE. REMISES EN CAUSE ET PERMANENCES CONTEMPORAINES DE LA SOUVERAINETE

513. La démonstration réalisée tout au long de la première partie nous a permis de conclure que la fonction revêtue par la souveraineté dans les discours sur le droit n'est pas de décrire une réalité objective et connaissable. A la lumière de son histoire et de son usage dans la théorie juridique, la souveraineté apparaît comme un ensemble de concepts traduisant des propriétés que certains discours imputent à l'Etat¹⁵⁸⁴. Par conséquent, la souveraineté de l'Etat ne désigne pas une réalité incontestable et indispensable à la compréhension du droit, à moins de considérer les nombreuses théories qui s'en émancipent (normativisme, cosmopolitisme, approches sociologiques...) comme des théories juridiques fantaisistes. Ainsi, le principe de souveraineté répond, tout d'abord, à des besoins de justification.

514. Au demeurant, cela ne signifie pas que les différents concepts évoqués par le terme de souveraineté soient dépourvus d'intérêt. D'une part, il ne nous semble pas que la centralité de l'Etat dans l'élaboration du droit puisse être contestée tout au long du XXe siècle. De ce point de vue, la théorie de la souveraineté a une portée performative indéniable dès son apparition, comme nous l'avons également montré¹⁵⁸⁵. D'autre part, l'intérêt d'une théorie juridique ou d'un principe est également lié à sa cohérence logique, à ses propriétés argumentatives intrinsèques et à son aptitude pour épouser l'esprit de son temps. Aussi, l'adéquation de la souveraineté aux « *conceptions dominantes et courantes de la connaissances dans un contexte historique, académique, culturel ou social déterminé* »¹⁵⁸⁶ est sûrement aussi importante que son « *ancrage dans la réalité empirique* »¹⁵⁸⁷. De la même façon, la disparition de certaines propriétés que les approches « stato-nationales » du droit constitutionnel reconnaissent à la souveraineté pourrait provenir d'une érosion

¹⁵⁸⁴ A l'exception notable de Kelsen, qui théorise la souveraineté de l'ordre juridique international.

¹⁵⁸⁵ Avec l'exemple de Jean Bodin puis avec la théorie « stato-nationale » du droit de Gerber et de Laband notamment.

¹⁵⁸⁶ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Op. cit., p. 277.

¹⁵⁸⁷ *Ibid*, p. 276.

de sa pertinence, de sa cohérence logique, vis-à-vis du droit constitutionnel positif mais également vis-à-vis d'un contexte politique, social, culturel, économique, etc.

515. Nous souhaitons néanmoins nous concentrer sur les manifestations dans le droit constitutionnel positif d'une possible remise en cause du principe de souveraineté (Titre 1). Il conviendra ensuite d'en montrer les effets, c'est-à-dire les recompositions et les signes de permanence de la souveraineté (Titre 2).

TITRE 1. LA REMISE EN CAUSE CONTEMPORAINE DE LA SOVERAINETE DANS LE DROIT CONSTITUTIONNEL POSITIF

516. Comme nous l'avons montré, les théories « stato-nationales » du droit assimilent la puissance normative souveraine au pouvoir constituant¹⁵⁸⁸, de telle sorte que la Constitution est réputée être l'acte juridique emblématique de la souveraineté¹⁵⁸⁹. Dotée des attributs de suprématie et de primauté en droit interne, la Constitution clôt l'ordre juridique sur lui-même. Pour ces théories « classiques » et hégémoniques du droit constitutionnel, « *c'est le pouvoir constituant qui manifeste de la manière la plus visible la souveraineté de l'Etat parce que, en se donnant lui-même une Constitution, l'Etat affirme le caractère originaire et suprême de son autorité* »¹⁵⁹⁰. Il est ainsi possible de considérer le pouvoir constituant comme « *la première des prérogatives nationales et comme l'attribut d'un souverain dont l'incarnation se confond avec celle du peuple exerçant le pouvoir suprême* »¹⁵⁹¹. L'importance de l'idée selon laquelle il existerait un rapport de consubstantialité entre la souveraineté, le pouvoir constituant et la Constitution amène donc mécaniquement à envisager certaines atteintes à la Constitution comme des atteintes à la souveraineté. De même, les atteintes à la souveraineté se matérialiseraient juridiquement par des atteintes à la Constitution.

517. Nous pouvons donc conclure que la souveraineté demeure un objet conceptuel pertinent pour les juristes tant que la Constitution est en mesure d'imposer sa primauté sur l'ensemble des règles de droit susceptibles de trouver application dans l'ordre juridique de l'Etat. C'est pour cela que nous faisons le choix de nous concentrer sur les mutations qui concernent le droit constitutionnel positif

¹⁵⁸⁸ Cf. *supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 1, Sect. 1.

¹⁵⁸⁹ Cf. *supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 1, Sect. 2.

¹⁵⁹⁰ G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *Op. cit.*, p. 134.

¹⁵⁹¹ G. Cahin, « Limitation du pouvoir constituant : le point de vue de l'internationaliste », *Op. cit.*, p. 58.

car il s'agit du domaine le plus intimement lié, et ce depuis la fin du XVIII^e siècle, à l'idée de souveraineté¹⁵⁹².

518. Certaines dynamiques contemporaines, qui se développent sur fond d'intensification des rapports entre ordres juridiques, nous intéressent particulièrement. En effet, il nous apparaît que l'ouverture du droit constitutionnel national à des règles juridiques extra-nationales (qu'elles soient internationales ou européennes) a façonné de nouveaux rapports entre le droit constitutionnel et l'Etat. Ces phénomènes peuvent représenter un vecteur majeur de bouleversement du principe classique de souveraineté. Hanan Qazbir souligne, en ce sens, que « *l'internationalisation du droit constitutionnel [...] impacte la relation de l'Etat à la souveraineté et, par voie de conséquence, au droit constitutionnel* »¹⁵⁹³. Il convient donc de les étudier avant de montrer comment ils ont pu inspirer la critique contemporaine de la souveraineté.

519. Nous commencerons par examiner le rapprochement entre le droit constitutionnel et le droit international (Chapitre 1) puis nous nous intéresserons au phénomène d'européanisation du droit constitutionnel (Chapitre 2).

¹⁵⁹² Cf. *supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 1.

¹⁵⁹³ H. Qazbir, *L'internationalisation du droit constitutionnel*, Dalloz (Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses), Paris, 2015, p. 15.

CHAPITRE 1. LE RAPPROCHEMENT ENTRE LE DROIT CONSTITUTIONNEL ET LE DROIT INTERNATIONAL

520. Le rapprochement entre le droit constitutionnel national et le droit international découle d'un phénomène plus large : l'atténuation de la distinction entre droit interne et droit extra-étatique. Ce phénomène a pu être envisagé comme une conséquence de l'internationalisation du droit.

521. Selon Louis Delbez, « *internationaliser un rapport juridique - ou une situation juridique, c'est-à-dire un ensemble de rapports - c'est soustraire ce rapport au droit interne, qui le régissait jusqu'alors et le placer sous l'emprise du droit international, qui le régira dorénavant* »¹⁵⁹⁴. Hélène Tourard retient une définition différente qui permet de compléter celle de Louis Delbez. Pour elle, l'internationalisation du droit se réalise lorsque plusieurs Etats décident de gérer ensemble une situation qui dépasse les frontières de chacun. Elle estime que « *de nombreux domaines sont internationalisés dans la mesure où ils sont l'objet d'une coopération bilatérale ou multilatérale entre les Etats, au moyen essentiellement des conventions internationales* »¹⁵⁹⁵. L'internationalisation du droit est donc une réponse au caractère international ou transnational d'une situation donnée. Comme le précisent Anne Levade et Bertrand Mathieu, « *originellement, [...] l'internationalisation était principalement conçue comme phénomène d'« interétatisation » d'une situation, plusieurs Etats participant au règlement - le cas échéant conventionnel - d'une situation de fait créatrice de problèmes de droit* »¹⁵⁹⁶.

¹⁵⁹⁴ L. Delbez, « Le concept d'internationalisation », *RGDIP*, 1967, p. 8.

¹⁵⁹⁵ H. Tourard, *L'internationalisation des Constitutions nationales*, LGDJ (Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique), Paris, 2000, p. 1.

¹⁵⁹⁶ A. Levade et B. Mathieu, « L'internationalisation du droit constitutionnel. Acteurs-domaines-techniques », *ERPL/REDP*, Vol. 18, n°1, 2006, p. 161.

522. L'internationalisation du droit est, historiquement, une question dont s'est d'abord saisie la doctrine privatiste¹⁵⁹⁷. Cela est probablement lié au fait qu'elle soit intervenue avec force dans le droit privé positif dès les premières décennies du XXe siècle. Hélène Tourard affirme en ce sens que « *l'internationalisation est sensiblement plus importante en droit privé qu'en droit public, parce que le développement des situations internationales concerne essentiellement les relations entre les personnes privées* »¹⁵⁹⁸. Georges Dor met en lumière un « *mouvement de rapprochement entre les différentes législations civiles et commerciales* » par « *la codification fort poussée du droit fluvial, de la législation du chèque et de la lettre de change, et dans une mesure plus restreinte les principes relatifs à la nationalité* »¹⁵⁹⁹. Jean Carbonnier constate, en évoquant le droit international privé, qu'« *il n'est pas anormal qu'un droit étranger s'applique en France [...] à des étrangers ou à des situations juridiques comportant un élément d'extranéité* »¹⁶⁰⁰. Il se réfère, dans ce cas-là, non pas à un phénomène de rapprochement matériel entre les réglementations de différents Etats mais à la régulation de rapports entre personnes privées nécessitant que soient prises en compte les dispositions de différents ordres juridiques nationaux. L'internationalisation du droit désigne donc une diversité de phénomènes qui, tous, insistent sur une perméabilité entre ce qui appartient au domaine du droit interne et ce qui relève du champ du droit international.

523. Aussi, le droit constitutionnel n'a pas été épargné par ce phénomène. Nous nous attellerons donc d'abord à présenter les manifestations positives de l'internationalisation du droit constitutionnel national (Section 1). Ensuite, nous étudierons une évolution qui concerne, cette fois-ci, le droit international et que certains auteurs qualifient de constitutionnalisation du droit international public. Pour Gérard Cahin, celle-ci viserait à « *décrire aussi bien le rapprochement du droit international et du droit constitutionnel à raison de certaines similitudes apparentes (règles semblables en matière de droits dits fondamentaux, caractère constitutionnel des traités constitutifs*

¹⁵⁹⁷ Selon Xavier Philippe, « *le droit international et plus généralement la communauté des juristes internationalistes sont restés longtemps éloignés de la question des rapports entre les systèmes internationaux et les systèmes internes à l'exception de celles et ceux qui en ont fait un champ d'étude spécifique. La réciproque est d'ailleurs vraie pour les juristes constitutionnalistes internistes qui ont souvent adopté un regard lointain sur les normes internationales, leur classification et leur développement* ». Y. Kerbrat et X. Philippe, « *Internationalisation du droit constitutionnel et constitutionnalisation du droit international. Entretien croisés* », in M. Fatin-Rouge Stéfanini (sous la resp. scientif. de), *Internationalisation des constitutions et constitutionnalisation du droit international : réflexions sur quelques interactions entre droit constitutionnel et droit international*, PUAM (Coll. Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu), Aix-Marseille (France), n°4, p. 9.

¹⁵⁹⁸ H. Tourard, *L'internationalisation des Constitutions nationales*, *Op. cit.*, p. 5.

¹⁵⁹⁹ G. Dor, « *Contribution à l'étude du problème de l'internationalisation des règles du droit public interne* », in *Mélanges offerts à Ernest Mahaim*, Tome II (Sciences juridiques), Sirey, Paris, 1935, p. 117.

¹⁶⁰⁰ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion (Coll. Champs Essais), Paris, 1996, p. 44.

*d'organisations internationales) que la structuration de la société internationale à partir de la Charte des Nations Unies »*¹⁶⁰¹. Nous nous y intéresserons car elle permet d'illustrer un autre vecteur de rapprochement entre le droit constitutionnel et le droit international public qui peut également avoir pour effet de remettre en cause le lien de consubstantialité entre le droit constitutionnel et le principe de souveraineté (Section 2).

Section 1. Les manifestations positives de l'internationalisation du droit constitutionnel national

524. L'internationalisation du droit constitutionnel national fait l'objet d'un intérêt doctrinal avéré. A ce titre, le professeur Cahin note que l'expression « internationalisation des Constitutions » a acquis, du fait de son succès, une « *flagrante polysémie* »¹⁶⁰². Cette dernière est le reflet de son caractère éminemment protéiforme¹⁶⁰³. L'internationalisation des Constitutions nationales, qui est l'une des manifestations de l'internationalisation du droit constitutionnel, peut, en effet, désigner une variété de situations ou de procédés juridiques. Elle désignerait « *indifféremment le développement des matières constitutionnelles susceptibles de faire l'objet d'une réglementation internationale, l'influence des règles de droit international sur l'ensemble des dispositions constitutionnelles, la prise en considération spécifique des premières par les constitutions nationales ou encore l'emprise du droit international sur le processus d'édiction et de révision de la constitution, en d'autres termes sur la fonction constituante* »¹⁶⁰⁴. Cette définition permet de prendre la mesure de la complexité du phénomène. Elle fait apparaître l'internationalisation des Constitutions nationales comme un processus vertical descendant¹⁶⁰⁵ qui désigne, de manière très générale, l'influence plus ou moins déterminante du droit international sur le droit constitutionnel des Etats.

¹⁶⁰¹ G. Cahin, « Limitation du pouvoir constituant : le point de vue de l'internationaliste », *Civitas Europa*, 2014/1 (n°32), p. 57.

¹⁶⁰² *Idem*.

¹⁶⁰³ A. Levade et B. Mathieu, « L'internationalisation du droit constitutionnel. Acteurs-domaines-techniques », *Op. cit.*, p. 162.

¹⁶⁰⁴ G. Cahin, « Limitation du pouvoir constituant : le point de vue de l'internationaliste », *Op. cit.*, p. 57. Gérard Cahin considère qu'il s'agit ainsi d'une « *notion trop équivoque pour être lestée d'une réelle valeur ajoutée* » (*Ibid*, p. 58).

¹⁶⁰⁵ Si l'on adopte une conception des rapports entre ordres juridiques fondée sur l'image d'un plan en deux dimensions dans lequel le droit international se situerait « au-dessus » du droit interne, non pas nécessairement dans un sens hiérarchique mais dans un sens spatial.

525. Cette définition de l'internationalisation des Constitutions nationales empêche néanmoins de comprendre ce phénomène comme un processus qui concerne également les rapports horizontaux entre ordres constitutionnels étatiques, comme le fruit d'une « *interaction entre deux ou plusieurs systèmes constitutionnels de robustesse plus ou moins égale* »¹⁶⁰⁶. La doctrine anglo-saxonne parle de « *cross-fertilization* » (« fertilisation croisée ») pour désigner une hybridation par mélange de règles de droit ou de traditions constitutionnelles nationales¹⁶⁰⁷. Ce phénomène peut d'ailleurs être favorisé par des organisations extra-nationales. Cela est particulièrement visible dans l'espace européen. Des organisations comme l'Union européenne ou le Conseil de l'Europe, elles-mêmes considérées comme ayant sécrété un ordre constitutionnel propre¹⁶⁰⁸, agiraient en effet comme « découvreurs » et comme « passeurs » de règles ou de « valeurs » appartenant à un « patrimoine constitutionnel commun »¹⁶⁰⁹ formé à partir des traditions constitutionnelles nationales. On peut identifier un phénomène analogue à l'échelle mondiale, où certaines agences onusiennes développent des standards constitutionnels mondiaux à partir de règles, principes ou valeurs issus des ordres constitutionnels d'Etats occidentaux. Ces derniers ont vocation à exercer une influence sur les Constitutions et l'organisation institutionnelle d'Etats en crise. Nous aurons l'occasion d'y revenir pour illustrer des formes hétérodoxes et plus récentes d'internationalisation du droit constitutionnel, parmi lesquelles se trouvent aussi les exemples d'internationalisation du pouvoir constituant (§2). Auparavant, nous examinerons des formes davantage classiques d'internationalisation du droit constitutionnel qui témoignent d'une internationalisation maîtrisée par les Etats (§1).

§ 1. L'internationalisation maîtrisée : la gestion constitutionnelle des rapports entre droit interne et droit international

526. Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, les Constitutions nationales sont devenues le lieu privilégié de régulation des rapports entre droit international et droit interne. Il est, à ce titre,

¹⁶⁰⁶ « *genuine « cross-fertilization » supposes interaction between two or more constitutional systems of more or less equal health* ». E. Smith, « Give and Take : Cross-fertilization of Concepts in Constitutional Law », in J. Beaston et T. Tridimas (dir.), *New Directions in European Public Law*, Hart Publishing, Londres, 1998, p. 102.

¹⁶⁰⁷ H. Qazbir, *L'internationalisation du droit constitution*, *Op. cit.*, p. 52.

¹⁶⁰⁸ Cf. *infra*. Titre 2, Chap. 1., Sect. 2.

¹⁶⁰⁹ Cette expression est notamment employée par la Commission de Venise (cf. *Le patrimoine constitutionnel européen*, Conseil de l'Europe (Coll. Science et technique de la démocratie), n°18, Actes du colloque tenu à Montpellier les 22 et 23 novembre 1996, janvier 1997).

possible d'y déceler un « droit constitutionnel international »¹⁶¹⁰ dès lors que le droit constitutionnel est amené à prévoir les modalités d'interaction entre le droit international et le droit interne.

527. Le droit constitutionnel national organise les rapports entre le droit international et le droit interne sur deux plans. D'une part, il encadre la faculté de l'Etat de s'engager conventionnellement. Par exemple, certaines autorités sont investies de pouvoirs pour négocier, conclure et faire respecter les traités au nom de l'Etat. Dans ce sens, l'article 52 de la Constitution de 1958 détermine que le *«Président de la République négocie et ratifie les traités»*. L'article 5 dispose que le chef d'Etat *«est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités»*. L'article 11 consacre sa compétence pour convoquer un référendum qui tendrait *«à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions»*.

528. Des dispositions analogues sont prévues dans les Constitutions de grand nombre d'Etats, où l'exécutif dispose de compétences particulières, qu'il exerce souvent après autorisation du Parlement¹⁶¹¹. D'autre part, le droit constitutionnel national prévoit les modalités selon lesquelles le droit international trouve à s'appliquer en droit interne. Hélène Tourard note à cet égard que *« les dispositions internationales des constitutions correspondent à la fois aux stipulations constitutionnelles relatives au pouvoir de faire des traités et à l'attitude de l'Etat face aux rapports entre le droit international et le droit constitutionnel »*¹⁶¹². Le droit interne s'est donc ouvert au droit international à travers le développement d'un droit constitutionnel de la gestion des rapports entre ordre juridique interne et droit international.

¹⁶¹⁰ P. Gaïa définit ce dernier comme *« les prescriptions constitutionnelles initiales régissant les rapports entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international »* P. Gaïa, « Le Conseil constitutionnel peut-il encore résister à l'Europe ? », *RFDC*, 2014/4 (n°100), p. 929.

¹⁶¹¹ Selon l'article 63 de la Constitution espagnole de 1978, il correspond au roi de *« manifester le consentement de l'Etat pour s'obliger sur le plan international à travers des traités, conformément à la Constitution et aux lois »*. Dans la logique de la monarchie parlementaire, le chef d'Etat ne pourra agir en ce sens qu'après autorisation du Parlement ou, dans certains domaines considérés comme mineurs, après que le gouvernement ait informé ce dernier (articles 94 et 95). Dans cette même logique, le président italien *« accrédite et reçoit les représentants diplomatiques, ratifie les traités internationaux avec, s'il y a lieu, l'autorisation des chambres »* (article 87 de la Constitution italienne de 1947). L'intervention du parlement est obligatoire en ce qui concerne *« la ratification des traités internationaux qui sont de nature politique, ou qui prévoient des arbitrages ou des règlements judiciaires, ou qui comportent des modifications du territoire, ou des charges pour les finances ou des modifications de lois »* (article 80). L'intervention du Parlement n'est cependant pas seulement prévue dans les régimes parlementaires, comme en témoigne l'article II, Section 2, alinéa 2 de la Constitution des Etats-Unis (*« [le président] aura le pouvoir, sur l'avis et avec le consentement du Sénat, de conclure des traités, sous réserve de l'approbation des deux tiers des sénateurs présents »*).

¹⁶¹² *L'internationalisation des Constitutions nationales*, *Op. cit.*, p. 251.

529. Aussi, pour reprendre la formule de Jean-Marc Sauvé, le droit international n'entre pas « *par effraction* » dans l'ordre juridique interne des Etats¹⁶¹³. Ainsi entendu, l'internationalisation du droit constitutionnel est à la fois souhaitée et maîtrisée. D'une part, elle est souhaitée car ses modalités proviennent d'un choix du constituant qui est autonome des stipulations du droit international général. En ce sens, l'internationalisation du droit constitutionnel doit être perçue comme une confirmation de la souveraineté nationale et non pas comme un défi, voire une négation, de cette dernière (I). D'autre part, elle est maîtrisée car les juges nationaux ont vocation à veiller au respect du droit interne et à la primauté formelle de la Constitution (II).

I. Un fait ancien provenant de l'exercice de la souveraineté nationale

530. Il est possible de considérer l'ouverture des Constitutions nationales au droit international comme un bien établi. En France, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 disposait dans son alinéa 14 que « *la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international* » et dans son alinéa 15 que « *sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix* ». Dès lors, l'article 27 de ce texte constitutionnel consacre une conception moniste des rapports entre le droit interne et le droit international¹⁶¹⁴. La Constitution espagnole de 1931, de son côté, accordait déjà une place importante au droit international. D'une part, elle posait solennellement le renoncement à la guerre comme « *instrument de politique nationale* »¹⁶¹⁵ et soumettait l'Etat au respect des « *normes universelles de droit international* » à travers leur incorporation à l'ordre juridique national¹⁶¹⁶. D'autre part, elle encadrait matériellement la faculté de l'Etat de se lier sur le plan international. Par exemple, son article 30 proscrivait les engagements internationaux prévoyant l'extradition de « *délinquants politico-sociaux* »¹⁶¹⁷. La Constitution italienne de 1947 consacre

¹⁶¹³ Jean-Marc Sauvé, « L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ? », *Colloque organisé par le Conseil d'État et la Cour de cassation au Conseil d'État le vendredi 10 avril 2015* [En ligne : <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/l-ordre-juridique-national-en-prise-avec-le-droit-europeen-et-international-questions-de-souverainete>].

¹⁶¹⁴ Il affirme en effet que « *les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi dans le cas même où ils seraient contraires à des lois françaises, sans qu'il soit besoin pour en assurer l'application d'autres dispositions législatives que celles qui auraient été nécessaires pour assurer leur ratification* ».

¹⁶¹⁵ Article 6 : « *España renuncia a la guerra como instrumento de política nacional* ».

¹⁶¹⁶ Article 7 : « *El Estado español acatará las normas universales del Derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo* ».

¹⁶¹⁷ « *El Estado no podrá suscribir ningún Convenio o Tratado internacional que tenga por objeto la extradición de delincuentes político sociales* ». Il faut y voir la volonté d'interdire l'extradition de personnes recherchées en raison de leur engagement syndical ou politique, c'est-à-dire de prisonniers politiques.

également l'ouverture du droit constitutionnel au droit international lorsqu'elle dispose dans son article 10.1 que « *l'ordre juridique italien se conforme aux règles de droit international généralement reconnues* ». Le champ visé par cette disposition s'étend donc au-delà des seuls traités internationaux ratifiés par l'Italie. Selon Massimo Luciani, cet alinéa « *fonctionne comme un «transformateur permanent» de droit international en droit interne* »¹⁶¹⁸ car il permet l'insertion automatique des normes de droit international « *du seul fait qu'elles existent* »¹⁶¹⁹.

531. Par conséquent, comme le notent Anne Levade et Bertrand Mathieu, « *il n'est pas de Constitution nationale qui ne consacre des développements à la question de la place du droit international par rapport à l'ordre juridique constitutionnel national* »¹⁶²⁰. Les rapports entre le droit interne et le droit international déterminés par les Constitutions nationales s'inscrivent dans deux classes principales de doctrines : les doctrines monistes et les doctrines dualistes. Dans le cadre des premières¹⁶²¹, « *toutes les normes s'organisent au sein d'un ordre juridique universel homogène, de telle sorte que le «droit interne» et le «droit international» ne sont que les sous-ensembles d'un ordre global* »¹⁶²². Dans l'optique des secondes, « *l'ordre juridique international et chacun des ordres juridiques étatiques ont leurs sources propres : l'ordre juridique de l'Etat ne saurait dériver de l'ordre international* »¹⁶²³.

532. L'étude des professeurs Levade et Mathieu conclut que la plupart des Etats d'Europe ont fait le choix, de manière explicite, du monisme¹⁶²⁴. C'est notamment le cas de la France depuis 1946¹⁶²⁵. Dans la Constitution du 4 octobre 1958, l'article 55¹⁶²⁶ «*est classiquement interprété comme*

¹⁶¹⁸ M. Luciani, « La Cour constitutionnelle italienne », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1992, p. 166.

¹⁶¹⁹ *Idem*.

¹⁶²⁰ A. Levade et B. Mathieu, « L'internationalisation du droit constitutionnel. Acteurs-domaines-techniques », *Op. cit.*, p. 163.

¹⁶²¹ Nous avons pu le voir lorsque nous avons étudié la pensée de Georges Scelle et celle de Hans Kelsen (cf. *supra*. Partie 2, Titre 2, Chap. 2, Sect. 2).

¹⁶²² J. Combacau, « Sources internationales et européennes du droit constitutionnel », in D. Chagnollaude et M. Troper, *Traité international de droit constitutionnel*, *Op. cit.*, p. 410.

¹⁶²³ *Ibid*, p. 411.

¹⁶²⁴ A. Levade et B. Mathieu, « L'internationalisation du droit constitutionnel. Acteurs-domaines-techniques », *Op. cit.*, p. 165 et s.

¹⁶²⁵ *Ibid*, p. 165.

¹⁶²⁶ « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

*traduisant le monisme juridique retenu par le constituant français »*¹⁶²⁷. Le monisme juridique offre lui-même une alternative parmi deux conceptions des rapports entre le droit interne et le droit international : le monisme à primauté du droit interne (que d'aucuns rapprochent d'un « *nationalisme constitutionnel* »¹⁶²⁸) et le monisme à primauté du droit international (consacrant une position davantage « internationaliste »). Or le choix majoritairement adopté par les constituants nationaux européens penche vers le monisme à primauté du droit interne, ce qui témoigne, selon Anne Levade et Bertrand Mathieu, d'un « *attachement de la plupart des Etats européens au principe de souveraineté* »¹⁶²⁹. Le fait que les Pays-Bas aient retenu un système moniste à primauté du droit international est d'ailleurs relié au fait qu'il s'agirait du « *seul pays européen dans lequel la souveraineté n'a pas joué de rôle particulier dans l'histoire constitutionnelle* »¹⁶³⁰. C'est peut-être également le signe de leur engagement en faveur du système de la SDN d'abord puis du système de l'ONU après 1945¹⁶³¹.

533. Dès lors, chaque Etat pris individuellement décide des conditions dans lesquelles le droit international trouve à s'appliquer en droit interne et ce choix se manifeste en droit positif dans une ou plusieurs dispositions de rang constitutionnel. L'ordre juridique étatique, couronné et clôturé par la Constitution, semble donc pleinement autonome et auto-institué car c'est en son sein qu'il faut rechercher les principes qui gouvernent ses rapports avec d'autres ensembles normatifs. De ce point de vue, nous pourrions envisager le phénomène d'ouverture des Constitutions nationales au droit international sous la forme d'un système de vannes et d'écluses permettant à l'ordre juridique interne de maîtriser son ouverture vis-à-vis du droit international en fonction du choix initial du constituant. Cette représentation est également acceptable du point de vue de la théorie classique de la souveraineté en droit international car, comme l'a montré Jean Combacau, « *on dit de l'Etat qu'il est souverain après avoir recherché hors de lui et dessus de lui une autorité légale et n'en avoir pas*

¹⁶²⁷ A. Levade et B. Mathieu, « L'internationalisation du droit constitutionnel. Acteurs-domaines-techniques », *Op. cit.*, p. 165.

¹⁶²⁸ *Idem*, p. 168.

¹⁶²⁹ *Idem*.

¹⁶³⁰ B. Mirkine-Guetzévitch, « Droit international et droit constitutionnel », *RCADI IV*, 1931, p. 274 (Cité dans *Idem*).

¹⁶³¹ Selon l'explication donnée à l'auteur par un professeur de droit international exerçant les fonctions de greffe à la Cour pénale internationale de La Haye, cet engagement serait le fruit d'une « mauvaise conscience » provoquée par le refus des Pays-Bas d'extrader le *Kaiser* Guillaume II après la Première Guerre mondiale. Cela aurait empêché la mise sur pied de la première juridiction pénale internationale et aurait constitué un précédent pour les dictateurs européens des années 1920 et 1930.

trouvé »¹⁶³². C'est ainsi que « *la souveraineté nationale, notion fondatrice de l'Etat, est toujours au coeur des rapports entre ordres juridiques interne et international* »¹⁶³³. Baptiste Bonnet souligne les apories auxquelles conduit aujourd'hui une telle conception des rapports entre ordres juridiques tout en admettant qu'elle demeure toujours très prégnante. En ce sens, la phrase de Ronny Abraham selon laquelle « *tout procède de la Constitution* »¹⁶³⁴ dans l'ordre interne semble être toujours d'actualité pour un pan majoritaire de la doctrine¹⁶³⁵.

534. Quel que soit le choix adopté par le constituant national quant à la structure des rapports entre droit interne et droit international, les Constitutions des Etats prévoient des procédés afin de garantir la compatibilité entre les règles internationales et celles relevant du droit interne¹⁶³⁶. Ces procédés sont utiles pour prévenir les conflits normatifs, c'est-à-dire les situations de non conformité entre deux règles potentiellement applicables à un même cas d'espèce. Ils permettent de déterminer un rapport hiérarchique, une norme supérieure et une norme inférieure, pour empêcher ou mettre fin au conflit en appliquant la première.

535. De ce point de vue, l'une des grandes innovations de la Constitution de 1958 est la création du Conseil constitutionnel, avec la possibilité pour ce dernier de contrôler la constitutionnalité des engagements internationaux avant leur ratification en vertu de l'article 54¹⁶³⁷. Cette procédure a pu être perçue comme un dispositif à peine dissimulé pour « *barrer la route au droit international et surtout, au droit européen communautaire, perçus à tort ou à raison, comme devenus l'un et l'autre par trop envahissants* »¹⁶³⁸. Dans tous les cas, il est peu discutable qu'elle fait le deuil du volontarisme internationaliste qui avait tant imprégné la Constitution de 1946, et dont témoigne notamment le célèbre article 15 du Préambule. En ce sens, la Ve République marque une rupture qui repose sur une conception exigeante de la souveraineté nationale. D'une part, la Constitution de

¹⁶³² J. Combacau, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », *Op. cit.*, p. 50.

¹⁶³³ B. Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, LGDJ (Coll. Forum), Paris, 2013, p. 188.

¹⁶³⁴ *Droit international, droit communautaire et droit français*, Hachette (Coll. « P.E.S. »), Paris, 1989, p. 35.

¹⁶³⁵ B. Bonnet cite les propos de juristes éminents tels Bernard Stirn, René Chapus, Yves Gaudement, Denys de Béchillon, Serge Combacau, Serge Sur ou Pierre-Marie Dupuy (B. Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, *Op. cit.*, p. 50-51).

¹⁶³⁶ Nous reprenons le terme de « compatibilité » de l'étude suscitée d'Anne Levade et Bertrand Mathieu (« L'internationalisation du droit constitutionnel. Acteurs-domaines-techniques », *Op. cit.*, p. 168).

¹⁶³⁷ P. Gaïa, « Le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et les normes internationales : duel ou duo ? », *RFDC*,

2021/1, n° 125, p. 9-10.

¹⁶³⁸ *Idem*, p. 10.

1958 affirme la suprématie de la Constitution, plus haute expression de la souveraineté nationale. D'autre part, elle introduit la condition de réciprocité dans l'appréciation de l'application interne des traités, dans une acception «*rigoureuse, voire rigoriste*»¹⁶³⁹ qui peut entrer en conflit avec la logique du droit international¹⁶⁴⁰.

536. L'exemple du contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux de la France prévu à l'article 54 permet d'insister sur l'importance des procédures juridictionnelles de gestion des rapports entre l'ordre juridique interne et le droit international. Celles-ci correspondent à différents contrôles de compatibilité, qui permettent, le cas échéant, d'appliquer le droit international en consacrant sa primauté sur les dispositions juridiques nationales contraires. Ces procédures concernent à la fois l'office du juge constitutionnel et celui du juge ordinaire. Comme l'explique Hélène Tourard, «*tandis que le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif sont impliqués dans le processus d'élaboration du droit international, le pouvoir juridictionnel intervient dans la conciliation des normes appartenant aux deux ordres juridiques, interne et international. Au sein du pouvoir juridictionnel, une fonction différente est attribuée au juge constitutionnel et au juge ordinaire*»¹⁶⁴¹. Il convient donc d'analyser cette double fonction des juges nationaux.

II. Le rôle des juridictions internes : le cas français

537. Si la Constitution établit les voies et les modalités de la pénétration du droit international dans l'ordre juridique national, les juges en contrôlent le respect. A ce titre, leur marge de manœuvre est considérable. Mireille Delmas-Marty souligne en ce sens que l'intensification des rapports entre droit international et droit interne produit une «*émancipation des juges*». Les professeurs Pierre- Marie Dupuy et Yann Kerbrat notent encore que «*entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international s'affirment de nécessaires rapports d'interdépendance et de complémentarité. Il reste que la façon dont ces rapports sont établis dépend largement, en théorie, de l'option constitutionnelle propre à chaque Etat et, beaucoup plus encore en pratique, de*

¹⁶³⁹ *Ibid*, p. 11.

¹⁶⁴⁰ Dès lors qu'elle «*suggère une application de la réserve au cas par cas, avec à chaque fois – dans l'hypothèse d'une inexécution quelconque constatée unilatéralement par la France – la possibilité d'une sanction se traduisant par la suspension des effets du traité, voire par son extinction*». *Idem*.

¹⁶⁴¹ H. Tourard, *L'internationalisation des Constitutions nationales*, *Op. cit.*, p. 249.

l'interprétation qui en est faite par les juges internes »¹⁶⁴². C'est de ce point de vue que les juridictions nationales peuvent être perçues comme les gardiennes de la souveraineté nationale ou, au contraire, comme les co-responsables de son affaiblissement¹⁶⁴³.

538. En France, trois juridictions (le Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation) ont été amenées à élaborer une « jurisprudence internationale ». A ce trio de juridictions doivent s'ajouter d'autres « *intervenants judiciaires* »¹⁶⁴⁴ - des juridictions régionales et internationales - avec lesquels les juges nationaux doivent exercer collectivement le rôle de « *régulateurs des rapports de systèmes* »¹⁶⁴⁵. Le « dialogue des juges », à la fois entre Hautes Cours nationales et entre ces dernières et les juridictions internationales, est ainsi devenu incontournable car les hiérarchies normatives sont différemment appréciées selon que l'on situe du point de vue du droit international, du droit communautaire ou du droit interne¹⁶⁴⁶. Du point de vue du droit interne, cependant, la primauté de la Constitution est reconnue par l'ensemble des juridictions nationales.

539. Nous étudierons à présent sur le rôle du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation (A) puis sur celui du Conseil constitutionnel (B) dans ce domaine.

A. Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation

540. Le Conseil d'Etat cultive une « jurisprudence administrative internationale » assez ancienne. En ce sens, il vérifie depuis longtemps l'existence d'un acte de ratification ou d'approbation visant à introduire en droit interne une convention internationale¹⁶⁴⁷, puis il s'est reconnu compétent pour examiner la régularité des procédures de ratification et de publication par une autorité

¹⁶⁴² P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 14e éd., 2018, p. 463.

¹⁶⁴³ Cf. la conclusion de P. Gaïa in « Le Conseil constitutionnel est-il encore le gardien de la souveraineté nationale ? », *Politéia*, n°25 (2014), p. 236-237. La jurisprudence « européenne » du Conseil constitutionnel sera examinée dans le chapitre suivant.

¹⁶⁴⁴ P. Gaïa, « Le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et les normes internationales : duel ou duo ? », *Op. cit.*, p. 12.

¹⁶⁴⁵ *Idem.*

¹⁶⁴⁶ Nous approfondirons cette question *infra*. (Chap. 2, Sect. 2).

¹⁶⁴⁷ CE, Ass., 16 novembre 1956, *Villa*, n° 25627.

compétente¹⁶⁴⁸. Plus récemment il a accepté de contrôler l'obligation d'une autorisation législative dans le cadre de la ratification d'un traité par voie réglementaire¹⁶⁴⁹.

541. En ce qui concerne la place des traités dans la hiérarchie des normes, le juge administratif reconnaît dès 1952¹⁶⁵⁰ la supériorité d'une stipulation conventionnelle sur un acte administratif. De même, il a accepté assez tôt de faire prévaloir un traité sur une loi antérieure¹⁶⁵¹. Toutefois, si le constituant est réputé avoir opté pour une conception moniste des rapports entre droit interne et droit international depuis 1946¹⁶⁵², le juge administratif est demeuré longtemps réticent à admettre la primauté immédiate du droit international sur la loi postérieure¹⁶⁵³. Ce n'est qu'en 1989¹⁶⁵⁴, près de quinze ans après la Cour de cassation¹⁶⁵⁵, que le Conseil d'Etat a finalement accepté d'abandonner la fameuse jurisprudence dite « des semoules », à laquelle il semblait fort attaché, pour admettre la primauté des conventions internationales sur la loi, y compris postérieure, en opérant un contrôle de conventionnalité.

542. Cependant, la Haute juridiction administrative n'a jamais reconnu la suprématie des traités sur la Constitution. Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de rappeler, dans son célèbre arrêt «*Sarran Levacher*», que « *si l'article 55 de la Constitution dispose que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie », la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle* »¹⁶⁵⁶. C'est ainsi que le juge administratif se reconnaît la possibilité d'interpréter les stipulations conventionnelles à la lumière des règles de rang

¹⁶⁴⁸ CE, Ass., 13 juillet 1965, *Société Navigator*, n° 05278.

¹⁶⁴⁹ CE, Ass., 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activité de Blotzheim*, n° 181249.

¹⁶⁵⁰ CE, Ass., 30 mai 1952, *Mme Kirkwood*, n° 16690. Il s'agissait en l'espèce de l'admission dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir d'un moyen tiré de la méconnaissance d'un traité international par un décret d'extradition.

¹⁶⁵¹ CE, Sect., 15 mars 1972 80242, *Dame veuve Sadok Ali*, n° 80242.

¹⁶⁵² A. Levade et B. Mathieu, « L'internationalisation du droit constitutionnel. Acteurs-domaines-techniques », *Op. cit.*, p. 165.

¹⁶⁵³ CE, Sect, 1er mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, n° 62814.

¹⁶⁵⁴ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243.

¹⁶⁵⁵ Cour cass., Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société Cafés Jacques Vabre*, n°73-13.556.

¹⁶⁵⁶ CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran Levacher*, n° 200286 200287.

constitutionnel¹⁶⁵⁷. Le Conseil d'Etat a pu s'opposer, dans la lignée de sa jurisprudence *Koné*, à l'extradition d'un ressortissant kazakh à la Russie au motif que celle-ci était motivée pour des raisons politiques et devait donc être regardée comme contraire au principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel « *l'Etat doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique* »¹⁶⁵⁸. De la même manière, les conflits entre plusieurs traités internationaux doivent être résolus au travers d'une interprétation conciliatrice, « *le cas échéant, au regard des règles et principes à valeur constitutionnelle et des principes d'ordre public* »¹⁶⁵⁹. Partant, on s'aperçoit de la perméabilité qu'il peut y avoir - dans des cas, certes, exceptionnels - entre l'interprétation des traités et celle de la Constitution. Enfin, si les traités priment désormais les lois postérieures, la Haute juridiction administrative n'a pas reconnu à la coutume internationale le même statut. Bien que celle-ci soit considérée comme applicable en droit interne¹⁶⁶⁰, elle ne prime pas les lois¹⁶⁶¹. A travers cette jurisprudence, le Conseil d'Etat conçoit l'ordre constitutionnel comme le cadre général dans le respect duquel l'ensemble des stipulations conventionnelles doivent s'inscrire. Par ailleurs, comme le montre Cédric Meurant, le Conseil d'Etat peut aussi être amené à nous éclairer sur « *la consistance de la souveraineté étatique et de son encadrement* » lorsqu'il remplit ses fonctions consultatives¹⁶⁶².

543. La Cour de cassation a également contribué à introduire le droit international public en droit interne, conformément au choix du constituant. La jurisprudence « *Jacques Vabre* »¹⁶⁶³ susévoquée a permis de reconnaître, pour la première fois en France, la primauté du Traité de Rome de 1957 (instituant la Communauté économique européenne) sur la loi nationale française postérieure. Du fait de son office, le juge judiciaire a contribué à l'ouverture du droit interne en matière civile et pénale, y compris vis-à-vis du droit d'Etats tiers. Sur le plan civil, la Cour de cassation fait

¹⁶⁵⁷ CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, n° 169219.

¹⁶⁵⁸ CE, Section, 9 décembre 2016, *M. A*, n° 394399 et 400239. Il est à noter que, dans cette espèce, le Conseil d'Etat a également fondé la censure du décret d'extradition sur le paragraphe 2 de l'article 3 de la convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957.

¹⁶⁵⁹ CE, Ass., 23 décembre 2011, *M. Kandyrine de Brito Paiva* n° 303678.

¹⁶⁶⁰ CE, Sect., 23 octobre 1987, *Société Nachfolger Navigation Compagny LTD*, n°72951.

¹⁶⁶¹ Comme l'expliquent P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, « *qu'il s'agisse du contentieux de l'annulation ou de celui de la réparation, un moyen tiré de la méconnaissance de la coutume internationale par l'acte administratif attaqué ne pourrait au mieux être retenu que s'il n'y a pas de conflit entre la coutume invoquée et la loi postérieure* ». P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, Op. cit., p.473.

¹⁶⁶² Cf. l'étude de C. Meurant, « Les avis du Conseil d'Etat relatifs aux engagements internationaux de la France », *RFDA*, n°1, 2023, p. 169 et s.

¹⁶⁶³ Cour cass., Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société Cafés Jacques Vabre*, n°73-13.556.

appliquer la loi étrangère en France. Cependant, elle ne peut toutefois pas déclarer l'inconstitutionnalité de la loi étrangère, « *activité créatrice qui dépasse la simple constatation d'inconstitutionnalité de la loi déjà déclarée par les autorités étrangères* »¹⁶⁶⁴. En ce qui concerne la matière pénale, le juge national n'a pas à appliquer la loi étrangère mais il ne saurait néanmoins l'ignorer complètement. C'est ainsi que « *l'extradition ou le mandat d'arrêt européen offrent des exemples de la nécessité pour le juge pénal de prendre en compte la loi pénale étrangère pour se prononcer, au regard des règles internes ou conventionnelles qui lui sont applicables, sur la demande de remise dont il est saisi* »¹⁶⁶⁵.

544. Mais, tout comme le Conseil d'Etat, la Cour de cassation n'a pas reconnu la primauté des traités internationaux sur la Constitution. Dans son arrêt « *Fraisse* », qui portait sur l'application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, de la Convention européenne des droits de l'homme et du traité de Maastricht, le juge judiciaire reconnaît que « *la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle* »¹⁶⁶⁶.

B. Le Conseil constitutionnel

545. De manière générale, le juge constitutionnel doit, d'une part, assurer le suprématie de la Constitution tout veillant, d'autre part, à la bonne insertion en droit interne des engagements internationaux consentis par l'Etat. Il apparaît ainsi sous les traits de Janus biface : du point de vue du droit interne, il est perçu comme un gardien de la suprématie constitutionnelle et, du point de vue du droit extra-étatique, il est perçu comme un agent d'exécution du droit international, selon la thèse du « *dédoublement fonctionnel* » chère à Georges Scelle. Les exigences découlant du développement de la vie internationale des Etats ont conduit à la généralisation d'un contrôle de constitutionnalité des traités internationaux¹⁶⁶⁷, avec les exceptions notables, en Europe, de la Suisse et de la Belgique¹⁶⁶⁸.

¹⁶⁶⁴ Cour de cassation, « *Le juge et la mondialisation dans la jurisprudence de la Cour de cassation* », Etude annuelle, 2017, p. 25.

¹⁶⁶⁵ *Ibid*, p. 27.

¹⁶⁶⁶ Cour cass., Ass. pl., *Fraisse*, 2 juin 2000, n° 99-60.274.

¹⁶⁶⁷ Cour de cassation, « *Le juge et la mondialisation dans la jurisprudence de la Cour de cassation* », Etude annuelle, 2017, p. 259.

¹⁶⁶⁸ *Ibid*, p. 257.

546. Comme nous l'avons mentionné, le Conseil constitutionnel français peut contrôler la compatibilité entre les traités et la Constitution avant la ratification ou l'approbation des premiers en vertu de l'article 54 de la Constitution¹⁶⁶⁹. Cette procédure a été notamment engagée avant la ratification d'importants traités européens depuis le Traité du Luxembourg¹⁶⁷⁰. En tout, le Conseil a été saisi à quatorze reprises sur le fondement de l'article 54. Pour reprendre la métaphore précédente, ce mécanisme donne au Conseil constitutionnel le contrôle de la vanne qui permet de maîtriser l'ouverture de l'ordre juridique interne aux droits extra-nationaux. En dernière analyse, la procédure envisagée par l'article 54 s'assure que « *les normes constitutionnelles ne [puissent] être «renversées» par les normes internationales ou européennes sans qu'il y ait décision prise par le pouvoir constituant, c'est-à-dire au plus haut niveau de l'ordre juridique* »¹⁶⁷¹. La souveraineté normative de l'Etat est *formellement* - la précision est importante¹⁶⁷² - sauvegardée par le mécanisme de l'article 54 dès lors que le constituant détient le « dernier mot » au moment d'intégrer ou de ne pas intégrer au droit interne une stipulation conventionnelle contraire à la Constitution.

547. Toutefois, le Conseil a écarté, depuis sa célèbre décision *I.V.G.* de 1975¹⁶⁷³, la possibilité de contrôler la conformité de la loi aux engagements internationaux de la France. Cette jurisprudence est à l'origine de la fameuse distinction entre le « bloc de constitutionnalité »¹⁶⁷⁴ et le « bloc de conventionnalité ». Celle-ci permet de déterminer la répartition des tâches : il appartient au Conseil constitutionnel, selon les dispositions de l'article 61 de la Constitution, de contrôler la conformité des lois à la Constitution cependant que le juge ordinaire, judiciaire et administratif, doit assurer la

¹⁶⁶⁹ « Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ».

¹⁶⁷⁰ Décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *Traité de Luxembourg*. Cf. le Chapitre 2 pour une analyse plus précise à propos de la jurisprudence européenne du Conseil constitutionnel.

¹⁶⁷¹ L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, *Op. cit.*, p. 385.

¹⁶⁷² Cf. *infra*. Chap. 2.

¹⁶⁷³ Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *I.V.G.* V. not. le considérant 7 : « *il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international* ».

¹⁶⁷⁴ Expression que l'on attribue à Louis Favoreu et qui a pu faire l'objet de controverses doctrinales (v. en ce sens la critique de Denis Baranger : « Comprendre le « bloc de constitutionnalité » », *JP*, n°21, (« La jurisprudence du Conseil Constitutionnel et les différentes branches du droit »), juillet 2018.

primauté des stipulations internationales sur la loi¹⁶⁷⁵. Comme le résume Bruno Genevois, «cela signifie que le Conseil constitutionnel, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, veille à ce que la loi ne méconnaisse pas directement l'article 55, par exemple en réduisant par avance la portée ou en interdisant aux juges de l'application des normes de veiller au respect de la hiérarchie édictée par cet article. A l'inverse, il n'est pas juge de l'inconstitutionnalité indirecte d'une loi qui serait contraire à un traité. Un conflit de ce type doit être résolu au stade de l'application de la loi»¹⁶⁷⁶. Le Conseil constitutionnel a reconnu plus récemment cette répartition des tâches dans sa décision du 12 mai 2010, *Jeux en ligne*¹⁶⁷⁷.

548. Même si elle a été atténuée depuis 1975, la position jurisprudentielle adoptée avec la décision « *I.V.G.* » n'est pas propre uniquement au juge constitutionnel français. Elle est partagée, par exemple, par la Cour constitutionnelle fédérale allemande¹⁶⁷⁸ ainsi que par le Tribunal constitutionnel espagnol. Dans sa jurisprudence « *Solange II* » du 22 octobre 1986, la Cour de Karlsruhe admet que son contrôle de la conformité d'une mesure nationale de mise en œuvre du droit communautaire aux droits et libertés constitutionnellement garantis ne peut intervenir que lorsque cette mesure intervient dans la marge d'appréciation laissée à l'Allemagne. Le juge constitutionnel espagnol, quant à lui, a déterminé dans une importante décision STC 28/1991 du 14 février 1991 que les stipulations conventionnelles ne peuvent pas être assimilées aux règles de rang constitutionnel. Cette jurisprudence emporte deux conséquences : d'une part, la validité des lois nationales n'est pas redevable de leur conformité au droit international et, d'autre part, la résolution des conflits entre les lois nationales et le droit international ne relèvent pas de la compétence du Tribunal constitutionnel¹⁶⁷⁹.

¹⁶⁷⁵ Cf. Cour cass., Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre* et CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo* précité.

¹⁶⁷⁶ B. Genevois, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°7 (dossier : la hiérarchie des normes), décembre 1999.

¹⁶⁷⁷ Il distingue « le contrôle de conformité des lois à la Constitution, qui incombe au Conseil constitutionnel, et le contrôle de leur compatibilité avec les engagements internationaux ou européens de la France, qui incombe aux juridictions administratives et judiciaires ». Considérant 11, Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

¹⁶⁷⁸ Cf. Ch. Langenfeld, « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°2 (Titre VII), avril 2019.

¹⁶⁷⁹ V. pour plus de précisions : V. « Los tribunales constitucionales europeos ante la nueva Constitución europea (incluyendo la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea) y su futura articulación con el Tribunal de Justicia europeo (y con el Tribunal europeo de derechos humanos) », in *Seminario de Estudios de los Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, Lisboa, 27 y 28 de noviembre de 2003/Roma, 18 de junio de 2004* [En ligne sur le site du Tribunal constitutionnel portugais : https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri5/ctri_5_2003_espanha.pdf].

549. Par conséquent, l'internationalisation du droit constitutionnel - entendue comme la prise en considération spécifique des règles de droit international par les Constitutions nationales - exprime un choix souverain qui est mis en œuvre par les juridictions nationales. De ce fait, celles-ci se trouvent aux avants postes de la gestion des rapports entre ordres juridiques. Cette modalité d'internationalisation du droit constitutionnel est cohérente avec la conception rationnelle et hiérarchisée du droit instituée par le principe de souveraineté¹⁶⁸⁰. Ce dernier permet ici de penser la maîtrise par l'ordre juridique national de sa propre ouverture vis-à-vis des ordres juridiques extra-nationaux en assurant la primauté de la Constitution. Cependant, d'autres formes davantage hétérodoxes d'internationalisation du droit constitutionnel peuvent être de nature à mettre en cause le rapport de consubstantialité qu'entretenaient le droit constitutionnel et souveraineté.

§2. Les formes hétérodoxes d'internationalisation du droit constitutionnel

550. Il nous apparaît utile à présent de déplacer le regard des procédures de réception formelle de règles de droit international par l'ordre juridique interne vers des processus moins classiques d'internationalisation du droit constitutionnel. Leur étude révèle en effet l'apparition de certaines tendances dans les rapports entre le droit international et le droit constitutionnel qui remettent en cause le postulat d'un rapport de consubstantialité entre souveraineté et droit constitutionnel.

551. D'une part, nous nous intéresserons à l'internationalisation du pouvoir constituant (I). Bien qu'il s'agisse d'un phénomène rare¹⁶⁸¹, il est intéressant car il incarne le plus haut degré d'intervention du droit international dans la sphère constitutionnelle étatique. Elle correspond *«à la fois à une réponse de la communauté internationale qui s'appuie sur une conception plus activiste du droit international, mais également en écho, à une situation spécifique d'Etats ou de territoires conduits à accepter une intervention internationale »*¹⁶⁸². D'autre part, nous aborderons deux autres

¹⁶⁸⁰ Cf. not. *supra*. Partie 1, Titre 1, Chap. 2, Sect. 2, §2, II. Cf. aussi *supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 2, Sect. 1.

¹⁶⁸¹ L'encadrement de la fonction constituante concerne, comme nous le verrons, d'une part, *« les territoires en voie d'accéder à l'indépendance et pour lesquels la communauté internationale a jugé bon d'encadrer leur autodétermination (la Palestine en 1947, la Namibie en 1990, le Timor oriental en 2001 et dans un cadre assez particulier l'Autorité palestinienne en 1995) »* et, d'autre part, les *« Etats qui, à un moment donné de leur histoire, n'ont pas d'autre choix que d'accueillir la mise sous tutelle de leur souveraineté pour une durée déterminée. C'est le cas du Cambodge en 1991 comme de la Macédoine en 2001 »*. N. Maziau, *« L'internationalisation du pouvoir constituant. Essai de typologie : le point de vue hétérodoxe du constitutionnaliste »*, *RGDIP*, 2002, p. 555.

¹⁶⁸² *Idem*.

modalités, moins radicales, d'internationalisation du droit constitutionnel national : la prise en compte explicite du droit international par le droit constitutionnel national et l'élaboration par le droit international de standards constitutionnels mondiaux (II).

I Les formes directes d'internationalisation : le cas de l'internationalisation du pouvoir constituant

552. La forme la plus radicale et la moins usitée d'internationalisation du droit constitutionnel est celle qui consiste à internationaliser le pouvoir constituant originaire ou dérivé. Ce phénomène a pour effet l'élaboration de « Constitutions internationalisées » ou « Constitutions hétéronomes ». Pour certains auteurs, l'internationalisation du pouvoir constituant devrait être distinguée de l'internationalisation du droit constitutionnel. En effet, si cette dernière concerne la prise en compte du droit international par les Constitutions nationales, voire « *l'influence du droit international sur les constitutions nationales* », c'est « *l'aspect organique, l'irruption d'un acteur international* »¹⁶⁸³ qui caractérise la première. Il est donc certain qu'il y a, entre les deux, à la fois une différence de degré et une différence de nature organique.

553. Cependant, nous incluons l'internationalisation du pouvoir constituant national dans notre étude pour deux raisons. La première est qu'elle n'est pas complètement sans rapport avec l'influence du droit international sur le droit constitutionnel national. En effet, comme le relève Marie Guimezane, « *l'implication d'un acteur international [dans la procédure constituante] peut avoir pour conséquence l'influence des normes internationales sur le contenu de la Constitution, comme le montrent la place importante du droit international et la mention des engagements internationaux de l'État dans les Constitutions internationalisées* »¹⁶⁸⁴. La seconde raison tient à ce qu'il s'agit d'un phénomène particulièrement frappant, voire « *brutal* »¹⁶⁸⁵, du point de vue de la théorie classique de la souveraineté. En ce sens, l'internationalisation du pouvoir constituant provoque la remise en cause de cette dernière en tant que fondement de la théorie des deux

¹⁶⁸³ M. Guimezane, « Les transitions constitutionnelles « internationalisées » : étude de droit interne », *RFDC*, 2015/04 (N°104), p. 802.

¹⁶⁸⁴ *Idem*, note n°4.

¹⁶⁸⁵ A. Levade et B. Mathieu, « L'internationalisation du droit constitutionnel. Acteurs-domaines-techniques », *Op. cit.*, p. 162.

sphères¹⁶⁸⁶. Si, du point de vue du droit international, l'autonomie constitutionnelle appartiendrait à «la sphère intime des Etats»¹⁶⁸⁷, l'internationalisation du pouvoir constituant représente un exemple paroxystique et exceptionnel de l'aptitude du droit international à prendre en charge n'importe quel domaine du droit interne. Cela conforte l'affirmation ancienne de Michel Virally selon laquelle «l'évolution actuelle des rapports internationaux et de la technique des traités démontre de la façon la plus claire qu'il n'y a plus de domaine dans lequel le droit international ne puisse pénétrer»¹⁶⁸⁸.

554. L'internationalisation du pouvoir constituant concerne surtout des Etats fragilisés, voire en complète désagrégation, souvent en situation de transition à la suite d'un conflit armé. En ce sens, elle correspond à l'action de la « Communauté internationale »¹⁶⁸⁹ dans le pilotage du processus constituant dans un Etat souverain ou accédant à la souveraineté internationale pour la première fois. Dès lors qu'il s'agit d'un phénomène qui se trouve à la croisée des ordres juridiques, nous l'aborderons d'un double point de vue : celui du droit international (A) et celui du droit interne (B).

A. L'internationalisation du pouvoir constituant du point de vue du droit international

555. L'aptitude de règles internationales (notamment des traités) à organiser une procédure constituante nationale ne va pas de soi, y compris du point de vue du droit international. En effet, les approches dominantes du droit international reposent sur une conception exigeante de la souveraineté de l'Etat. Comme l'indiquait Michel Villary dans un article célèbre, « le droit international se développe dans une société caractérisée par le pluralisme des ordres juridiques autonomes qui la composent, et qui sont seuls à disposer des moyens propres à assurer l'exécution forcée du droit. Il tient compte de cette situation en qualifiant ces ordres étatiques de souverains et en reconnaissant leur capacité à soumettre aux normes juridiques qu'ils créent eux-mêmes les rapports sociaux qui s'établissent en leur sein »¹⁶⁹⁰.

¹⁶⁸⁶ Cf. *Supra.*, Introduction générale.

¹⁶⁸⁷ G. Cahin, « Limitation du pouvoir constituant : le point de vue de l'internationaliste », *Op. cit.*, p. 58.

¹⁶⁸⁸ M. Virally, « Sur un pont-aux-ânes : le rapport entre droit international et droits internes », *Mélanges offerts à Henri Rollin*, Ed. Pédone, Paris, 1964, p. 491.

¹⁶⁸⁹ En réalité, comme nous le verrons, la « Communauté internationale » se réduit le plus souvent aux Etat-Unis et à ses alliés, notamment les Etats membres de l'OTAN, dont la majorité font également partie de l'Union européenne.

¹⁶⁹⁰ « Sur un pont aux ânes : le rapport entre droit international et droits internes », *Op. cit.*, p. 505.

556. L'importance du principe de souveraineté internationale de l'Etat est telle qu'il a pu être considéré comme l'un des ses «droits fondamentaux». Pascaline Motsch montre que la doctrine des « droits fondamentaux des Etats » jouit du statut de «*paradigme du droit international*»¹⁶⁹¹ dans le paysage internationaliste français de la fin du XIXe et du début du XXe siècles. Selon Emmanuelle Tourme-Jouannet, « *cette doctrine, qui codifie complètement la pratique, connaît une incroyable faveur durant tout le XIXe et le XXe siècles jusqu'à la Seconde Guerre mondiale. Elle considère le coeur du droit international classique comme étant constitué par un petit noyau dur de droits- libertés* »¹⁶⁹². Or, au sein de ces derniers, Pascaline Motsch identifie un *quintuor* : le droit de conservation, de souveraineté, d'égalité, de respect et de commerce¹⁶⁹³. Ces cinq droits fondamentaux constituent un « noyau dur » dans la mesure où ce sont ceux qui « *reviennent le plus souvent sous la plume des internationalistes classiques* »¹⁶⁹⁴.

557. Dès lors que la souveraineté est comprise dans son acception internationaliste, elle est assimilée au droit fondamental de liberté ou d'indépendance¹⁶⁹⁵. Ce dernier revêt une acception formelle-abstraite et une acception matérielle-concrète. D'un point de vue formel, l'indépendance de l'Etat peut être rapprochée de la liberté individuelle dans la doctrine contractualiste libérale¹⁶⁹⁶. Tout comme celle-ci, la liberté des Etats est considérée comme un « droit primitif »¹⁶⁹⁷ dès lors qu'elle appartient aux Etats par le fait même de leur existence. Selon Henry Bonfils et Paul Fauchille, « *le droit à l'indépendance est en lui-même inaliénable* » et « *sa disparition complète entraînerait l'extinction de l'Etat* »¹⁶⁹⁸.

¹⁶⁹¹ P. Motsch (Pref. J.-D. Mouton), *La doctrine des droits fondamentaux des Etats*, Pedone (Coll. Publication de la Revue générale de Droit International Public), Paris, p. 122.

¹⁶⁹² *Le droit international libéral-providence, une histoire du droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 142. Cité par *Idem*.

¹⁶⁹³ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des Etats*, *Op. cit.*, p. 123.

¹⁶⁹⁴ *Ibid*, p. 131.

¹⁶⁹⁵ *Ibid*, p. 152.

¹⁶⁹⁶ Telle qu'on peut la lire sous la plume de John Locke dans son *Essai sur le gouvernement civil* publié en 1690, par ex.

¹⁶⁹⁷ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des Etats*, *Op. cit.*, p. 152.

¹⁶⁹⁸ Cité par P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des Etats*, *Op. cit.*, p. 169.

558. Cela justifie que l'indépendance de l'Etat en droit international soit considérée comme absolue¹⁶⁹⁹. Comme le relève Jean Combacau, « *notion non quantitative, à l'instar, par exemple, de la personnalité de l'Etat, la souveraineté internationale est insusceptible de plus ou de moins, et ne peut être ni limitée ni accrue dans les attributs qu'elle comporte* »¹⁷⁰⁰. Cette conception de la souveraineté internationale de l'Etat a été reconnue en droit positif¹⁷⁰¹. Aussi, le droit d'indépendance de l'Etat a été décliné en plusieurs « droits de souveraineté » qui sont autant de marques de l'autonomie de l'Etat.

559. Selon l'analyse de Pascaline Motsch, les droits de souveraineté et d'indépendance de l'Etat se déclinent en droits d'autonomie intérieure et droits d'autonomie extérieure. Parmi les premiers, nous pouvons citer l'autonomie constitutionnelle¹⁷⁰². Celle-ci signifie, « *pour l'ensemble des théoriciens des droits fondamentaux des Etats* », que « *chaque peuple a le droit de se donner la constitution qu'il préfère et qui convient le mieux à ses moeurs, à ses habitudes, à ses traditions, à sa civilisation, à l'étendu de son territoire, etc., et d'en changer* »¹⁷⁰³. Par conséquent, le principe de souveraineté permet de penser la compétence constituante dont dispose tout Etat, que ce soit du point de vue de la doctrine constitutionnelle que de celui de la doctrine internationaliste.

560. Dès lors, comme l'indique Nicolas Maziau, « *l'internationalisation du pouvoir constituant de l'Etat représente une exception aux principes de non-ingérence et d'autonomie constitutionnelle, et l'aboutissement de l'évolution du droit international* »¹⁷⁰⁴. Cet auteur la définit comme le fait pour la « Communauté internationale » de s'auto-investir « *des compétences souveraines d'un Etat en se substituant au peuple souverain et aux organes qui le représentent* »¹⁷⁰⁵. Ce phénomène conduit à

¹⁶⁹⁹ *Ibid*, p. 161.

¹⁷⁰⁰ J. Combacau, « La souveraineté internationale de l'Etat dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°9 (Dossier : souveraineté de l'Etat et hiérarchie des normes), février 2001.

¹⁷⁰¹ C'est ainsi qu'une série de textes adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies réaffirme l'attachement de la communauté des Etats aux principes de non-ingérence et d'autonomie constitutionnelle des peuples / des Etats dans les années 1960 et 1970 (Résolution 2131 (XX) adoptée le 21 décembre 1965, « Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des Etats et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté » ; Résolution 2625 (XXV) adoptée le 24 octobre 1970 ; Résolution 3281 (XXIX) adoptée le 12 décembre 1974, « Charte des droits et devoirs économiques des Etats »).

¹⁷⁰² Avec l'autonomie législative et l'autonomie administrative.

¹⁷⁰³ P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des Etats*, *Op. cit.*, p. 160-161.

¹⁷⁰⁴ N. Maziau, « L'internationalisation du pouvoir constituant. Essai de typologie : le point de vue hétérodoxe du constitutionnaliste », *Op. cit.*, p. 551.

¹⁷⁰⁵ *Idem*.

s'interroger non plus seulement sur l'évolution des rapports entre les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique international mais sur l'effacement de la frontière entre les deux. Ainsi, pour Nicolas Maziau, « *l'internationalisation du pouvoir constituant est le produit direct de l'évolution du droit international et de la société internationale et, en particulier, des rapports que les Etats entretiennent avec la notion de souveraineté* »¹⁷⁰⁶. Partant, « *en incorporant le processus constituant dans des rapports de droit international, celui-ci franchit une étape dans la dépossession du droit constitutionnel de sa sphère originelle de compétences* »¹⁷⁰⁷.

561. Jean Combacau va dans le même sens en considérant que « *la question des sources extranationales de la Constitution formelle ne tolère une réponse positive, et encore n'est-elle pas très assurée, que dans l'une des variantes de la perspective moniste* »¹⁷⁰⁸. Mais, y compris dans le cadre de cette dernière, « *l'idée d'une source extranationale de la Constitution n'y est à la rigueur tolérable que si l'on estime que c'est la branche étatique qui détient la clé de l'organisation hiérarchique des normes et de leurs modes de formation* »¹⁷⁰⁹. Partant, on perçoit bien le défi théorique que constitue pour le droit international le phénomène d'internationalisation du pouvoir constituant.

562. Il est possible de distinguer, avec Nicolas Maziau et Gérard Cahin¹⁷¹⁰, deux formes différentes d'internationalisation du pouvoir constituant : l'encadrement international du pouvoir constituant dérivé d'une part et l'internationalisation du pouvoir constituant originaire d'autre part. En fonction des cas d'espèce, le pouvoir constituant originaire peut être plus ou moins internationalisé. Il l'est partiellement dans le premier cas, lorsque la procédure est encadrée par un acte de droit international mais se déroule au sein de l'ordre juridique interne. Il l'est complètement dans le second cas. Le souverain (peuple ou nation) est alors dépossédé de la compétence constituante originaire au profit d'acteurs externes (puissances étrangères ou organisations internationales). Il s'agit là d'une « internationalisation intégrale »¹⁷¹¹ du pouvoir constituant. D'un point de vue

¹⁷⁰⁶ *Idem*, note n°11.

¹⁷⁰⁷ *Ibid*, p. 551.

¹⁷⁰⁸ J. Combacau, « Sources internationales et européennes du droit constitutionnel », in M. Troper, D. Chagnollaud, *Traité international de droit constitutionnel*, *Op. cit.*, p. 416.

¹⁷⁰⁹ *Ibid*, p. 417.

¹⁷¹⁰ G. Cahin, « Limitation du pouvoir constituant : le point de vue de l'internationaliste », *Op. cit.*

¹⁷¹¹ *Idem*, p. 555.

temporel, l'internationalisation du pouvoir constituant, qu'elle soit partielle ou intégrale, peut prendre place soit au moment où un Etat devient indépendant, pour « *faciliter les processus d'accession à l'indépendance de territoires non souverains* »¹⁷¹², soit lorsqu'un Etat a traversé de graves troubles internes. Comme le relève Marie Guimezane, « *les transitions constitutionnelles internationalisées le sont de manière générale du fait d'un renversement du pouvoir en place (Afghanistan, Irak), d'une situation de guerre civile (Cambodge, Bosnie, Kosovo), ou d'une indétermination de l'autorité sur un territoire donné (Timor oriental, Chypre, Kosovo)* »¹⁷¹³.

563. Les « Constitutions hétéronomes », provenant donc de processus d'internationalisation intégrale, demeurent rares mais la tendance est à leur développement. Les raisons peuvent être recherchées dans une mutation non pas tant du droit international¹⁷¹⁴ lui-même mais des relations internationales et, plus précisément, de la conception que d'importants acteurs de la société internationale se font de la souveraineté.

564. Le secrétaire général de l'ONU, Kofi Annan, partageait, dans un article publié en 1999 dans *The Economist*¹⁷¹⁵, ses réflexions autour de cette question. Selon lui, « *la souveraineté de l'État, dans son sens le plus fondamental, est en train d'être redéfinie, notamment par les forces de la mondialisation et de la coopération internationale. Les États sont désormais largement considérés comme des instruments au service de leurs peuples, et non l'inverse. Dans le même temps, la souveraineté individuelle - j'entends par là la liberté fondamentale de chaque individu, consacrée par la charte des Nations Unies et les traités internationaux ultérieurs - a été renforcée par une conscience renouvelée et répandue des droits individuels* ». Cette conception des rapports entre l'Etat, la souveraineté et les droits de l'homme est emblématique de l'ère qui s'ouvre avec la fin de la Guerre froide.

¹⁷¹² *Idem.*

¹⁷¹³ M. Guimezane, « Les transitions constitutionnelles « internationalisées » : étude de droit interne », *Op. cit.*, p. 812.

¹⁷¹⁴ Car celui-ci repose toujours, du moins formellement, sur le postulat de la souveraineté des Etats comme un « droit fondamental » de ces derniers.

¹⁷¹⁵ K. Annan, « Two concepts of sovereignty », *The Economist*, 18 sept. 1999.

565. La « Communauté internationale », incarnée au départ par « l'hyperpuissance »¹⁷¹⁶ des Etats-Unis¹⁷¹⁷, a eu davantage tendance à s'ingérer dans les affaires intérieures des Etats¹⁷¹⁸. Après l'échec de la Mission des Nations Unies pour l'assistance au Rwanda (MINUAR) et de la Force de protection des Nations Unies (FORPRONU) dans l'ex-Yougoslavie, qui n'ont pas été en mesure d'empêcher respectivement le génocide des Tutsis et celui des Bosniaques, le principe de la « responsabilité de protéger» (R2P dans son acronyme anglais), adopté lors du Sommet mondial des Nations Unies de 2005¹⁷¹⁹, justifie l'ingérence internationale lorsqu'il existe des risques de génocide, crimes de guerre, nettoyage ethnique et crimes contre l'humanité.

566. Un exemple emblématique d'un processus d'adoption d'une Constitution hétéronome est précisément celui de la Bosnie-Herzégovine. Cette dernière avait une existence politique préalable en tant que république fédérée au sein de la fédération yougoslave. Au printemps 1992, elle accède à l'indépendance par le biais d'un référendum dont le résultat est reconnu par les Etats-Unis et l'ONU¹⁷²⁰. La sécession bosnienne provoque une réponse immédiate de l'armée yougoslave qui déclenche le conflit le plus meurtrier depuis 1945 sur le territoire européen¹⁷²¹. Les accords de Dayton, signés à Paris le 14 décembre 1995, marquent la fin de la guerre, consacrant l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine et son accession à une pleine souveraineté sur le plan du droit international. Sa Constitution y est contenue à l'annexe 4 : c'est à la fois cette dernière et le pouvoir constituant originaire qui sont d'origine internationale.

567. La Constitution de Chypre fait également partie de la catégorie des Constitutions hétéronomes dès lors qu'elle fut « *formellement intégrée dans un accord international négocié par les différentes parties prenantes sous la direction du Royaume-Uni qui exerçait, à cette époque, la souveraineté*

¹⁷¹⁶ La formule est de l'ancien ministre des Affaires étrangères (entre 1997 et 2002), Hubert Védrine.

¹⁷¹⁷ A la tête de l'OTAN, les Etats-Unis conduisent l'Opération « Force alliée » entre mars et juin 1999 afin de provoquer la défaite des forces serbes dans la guerre de Yougoslavie.

¹⁷¹⁸ Dès 1948, la création des « casques bleus » permet à l'ONU de disposer d'une force de maintien de la paix mais ses missions sont limitées pendant la Guerre froide.

¹⁷¹⁹ Le R2P repose sur trois piliers : « 1. Chaque État a la responsabilité de protéger ses populations contre quatre atrocités de masse : le génocide, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le nettoyage ethnique ; 2. La communauté internationale au sens large a la responsabilité d'encourager et d'aider les États à assumer cette responsabilité ; 3. Si un État n'assure manifestement pas la protection de ses populations, la communauté internationale doit être prête à prendre des mesures collectives appropriées, en temps utile et de manière décisive, conformément à la Charte des Nations Unies».

¹⁷²⁰ L'Etat bosnien est admis à l'ONU le 22 mai 1992, deux mois après la célébration du référendum.

¹⁷²¹ Près de 100.000 personnes perdent la vie sur fond de multiples crimes internationaux (génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité).

sur l'île »¹⁷²². Il s'agit de l'accord de Zurich de 1959, amendé par l'accord de Lancaster House¹⁷²³. Comme l'indique Nicolas Maziau, la Constitution chypriote « *n'a pas fait l'objet d'un processus d'élaboration dans le cadre d'une assemblée constituante mais au sein de forums de négociations internationaux auxquels ont été associés formellement des représentants des communautés [grecque et turque]* »¹⁷²⁴. Cependant, ces derniers n'ont eu aucune fonction dans la procédure constituante. Leur rôle s'est limité à l'acceptation en bloc, sans possibilité de l'amender, de la proposition effectuée par les représentants de la Grèce, de la Turquie et du Royaume-Uni. Curieusement, les accords de Zurich-Londres furent ratifiés par le parlement grec, par le parlement turc ainsi que par la Chambre des communes mais n'ont pas fait l'objet d'un vote de la part des parlementaires ou des citoyens chypriotes.

568. Les processus constitutants allemand et japonais après la fin de la Seconde Guerre mondiale sont deux exemples classiques de l'internationalisation partielle du pouvoir constituant au sein d'Etats déjà constitués. Ils correspondent à l'imposition du droit du vainqueur jusque dans les fondements constitutionnels des Etats vaincus. L'exemple japonais est particulièrement intéressant car il représente un exemple frappant de la détermination hétéronome d'une procédure constituante nationale. Après la signature des actes de capitulation du Japon, la puissance militaire occupante, les Etats-Unis, prépare un projet de Constitution sous l'autorité du Général Mac-Arthur. Celui-ci est ensuite adopté par les représentants élus (le gouvernement et les parlementaires) du pays et entre en vigueur. La Constitution japonaise du 3 mai 1947 prévoit notamment le passage à un régime parlementaire dans lequel l'empereur perd son statut de « divinité incarnée » ainsi que toute compétence effective dans l'exercice de la fonction exécutive. Elle énonce également dans son article 9 le renoncement du Japon au recours à la force armée, consacrant le principe du « pacifisme

¹⁷²² Cf. N. Maziau, « Les constitutions internationalisées. Aspects théoriques et essai de typologie », *Op. cit.*, p. 27.

¹⁷²³ « *L'accord de Zurich du 11 février 1959, complété par l'accord de Lancaster House du 19 février, inclut un document présentant les structures de base de la République de Chypre, en fait les principes constitutionnels devant servir de référence pour l'adoption de la Constitution, puis un Traité de garanties signé entre la République de Chypre d'une part, le Royaume-Uni, la Grèce et la Turquie d'autre part, dans lequel les Hautes parties contractantes s'engagent à respecter les termes de l'accord et, en particulier, l'indépendance de l'île et sa Constitution, également un Traité d'alliance entre la République de Chypre, la Grèce et la Turquie et différents autres accords, parmi lesquels la République de Chypre cède, à perpétuité et en pleine souveraineté, deux bases aéronavales au Royaume-Uni* ». *Idem*, p. 27-28.

¹⁷²⁴ *Ibid*, p. 29.

constitutionnel»¹⁷²⁵. Les conditions de sa révision sont strictement encadrées afin, notamment, «d'éviter le « révisionnisme » d'une partie de la classe politique parfois désireuse de remettre en cause les clauses du pacifisme constitutionnel»¹⁷²⁶. Comme le note Otto Pfersmann, « la procédure de révision n'est pas insurmontable, mais très lourde, elle exige un vote à la majorité des deux tiers dans les deux chambres du Parlement et un référendum populaire où décide la majorité simple. Elle n'a jamais été menée jusqu'à la fin. Il n'existe pas d'exemple dans l'histoire récente d'une Constitution inchangée depuis son entrée en vigueur et pendant soixante-dix ans »¹⁷²⁷.

569. Les exemples d'internationalisation du pouvoir constituant que nous avons présentés obéissent à des projets politiques déterminés, qui répondent à la fois aux intérêts de puissances étrangères (souvent les Etats-Unis et les puissances européennes comme la France ou le Royaume-Uni, comme cela fut le cas pour l'Allemagne, le Japon, Chypre ou la Bosnie-Herzégovine) et à des dynamiques propres au droit international (la protection des droits de l'homme, la prise en compte des minorités, la consolidation de l'Etat de droit, la sauvegarde de l'ordre public intérieur, la pacification de sociétés en situation de post-conflit...). L'internationalisation de la procédure constituante tend à produire une architecture constitutionnelle empreinte d'un *telos*¹⁷²⁸ traduisant les choix de puissances étrangères ou, parfois, d'organisations internationales comme les Nations Unies, l'Union européenne ou le Conseil de l'Europe. Elle pose donc d'importantes questions du point de vue du droit interne.

¹⁷²⁵ L'article 9 de la Constitution japonaise affirme : « aspirant sincèrement à une paix internationale fondée sur la justice et l'ordre, le peuple japonais renonce à jamais à la guerre en tant que droit souverain de la nation, ainsi qu'à la menace ou à l'usage de la force comme moyen de règlement des conflits internationaux. Pour atteindre le but fixé au paragraphe précédent, il ne sera jamais maintenu de forces terrestres, navales et aériennes, ou autre potentiel de guerre. Le droit de belligérance de l'Etat ne sera pas reconnu ».

¹⁷²⁶ N. Maziau, « Les constitutions internationalisées. Aspects théoriques et essai de typologie », *Op. cit.*, p. 22.

¹⁷²⁷ O. Pfersmann, « Le paradoxe politique de la conception constitutionnelle au Japon. Le pacifisme comme fondement de la militarisation », *Cités*, 2018/3 (n° 75), p. 89.

¹⁷²⁸ Ce terme grec désigne, en philosophie, une finalité ou un achèvement, un accomplissement. Il est généralement employé par la doctrine européenne dans l'expression « *telos sans demos* » pour signifier que l'Union européenne constitue un ensemble institutionnel animé par une finalité (la fameuse « union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe ») mais dépourvue d'un peuple, c'est-à-dire d'un *demos*. Cf. J.H.H. Weiler, « The State «über alles». *Demos, Telos and the German Maastricht Decision* », *Jean Monnet Working Papers*, n°6, 1995 et P.C. Jiménez Lobeira, « EU Citizenship and Political Identity: The *Demos* and *Telos* Problems », *ELJ*, Vol. 18, Issue 4, 2012, p. 504-517.

B. L'internationalisation du pouvoir constituant du point de vue du droit interne

570. L'internationalisation du pouvoir constituant doit également être envisagée du point de vue du droit interne. En effet, celle-ci concerne toujours un Etat, que ce soit un Etat souverain en devenir, un Etat souverain confronté à une crise intérieure qui menace son existence ou un Etat vaincu à qui le vainqueur impose une Constitution. En ce sens, elle diffère des phénomènes d'annexion de territoires par un Etat tiers ou de mise sous tutelle à travers la création d'un protectorat.

571. Ainsi, dès l'instant que le phénomène étudié s'inscrit dans le cadre étatique, il devient possible de l'étudier à travers le prisme du droit interne, particulièrement du droit constitutionnel et du droit administratif. De ce point de vue, l'internationalisation du pouvoir constituant pose d'intéressantes questions, non seulement en ce qui concerne le principe de souveraineté mais par rapport, également, au respect des droits et libertés.

572. D'une part, l'internationalisation du pouvoir constituant remet en cause la conception classique du principe de souveraineté. Nous avons vu que, du point de vue du droit international, la souveraineté entendue dans son acception formelle-abstraite, comme l'indépendance de l'Etat, a une portée absolue. En revanche, la souveraineté comprise dans un sens matériel-concret, comme un ensemble de compétences, peut être encadrée et son exercice délimité. Or cette même distinction peut également être envisagée du point de vue du droit interne en considérant, avec Stéphane Rials, que *«le principe du respect de l'intégrité de la puissance étatique serait de valeur supraconstitutionnelle, cependant que la délimitation de son cadre d'application serait de valeur simplement constitutionnelle»*¹⁷²⁹.

573. D'autre part, comme le relève Marie Guimzanes, *«le pouvoir international s'exerce ici sur des personnes privées, nationales, et non sur un État. Or, ces personnes privées n'ont pas la possibilité de faire valoir leurs droits sur la scène internationale. C'est alors une question de respect de l'état de droit interne qui se pose, concernant la limitation de la puissance publique (internationale) et la protection des droits individuels»*¹⁷³⁰.

¹⁷²⁹ S. Rials, « La puissance étatique et le droit dans l'ordre international : éléments d'une critique de la notion usuelle de la «souveraineté externe» », *ADP*, n° 32, 1987, p. 215, note n°66.

¹⁷³⁰ M. Guimezane, «Les transitions constitutionnelles « internationalisées » : étude de droit interne », *Op. cit.*, p. 803.

574. Enfin, dans le cas des Constitutions hétéronomes, leur origine internationale imprime une texture hybride au droit constitutionnel, à la fois extraétatique et nationale. Dans certains cas, l'intervention des « parrains » internationaux ne se limite pas à la procédure constituante. Ces derniers continuent à influencer le droit constitutionnel et la vie institutionnelle de l'Etat tiers une fois la Constitution entrée en vigueur.

575. Sur le plan théorique, d'aucuns considèrent que le phénomène d'internationalisation de la fonction constituante trouve sa justification dans une conception normative de la Constitution, qui arrache cette dernière à son substrat humain en effaçant sa dimension politique. Stéphane Pierré-Caps affirme, à cet égard, que le succès rencontré par la conception normative de la Constitution tend à remettre en cause « *cette création radicale de la constitution, en vertu d'une décision du pouvoir constituant de la nation* »¹⁷³¹. Ce phénomène conduit objectivement à « dénationaliser » et, *in fine*, à dépolitiser le droit constitutionnel¹⁷³².

576. La conception que Carl Schmitt retient de la Constitution et du pouvoir constituant permet d'éclairer cette critique des Constitutions hétéronomes. Le point de départ de son analyse du pouvoir constituant est le postulat selon lequel la Constitution « *ne repose pas sur une norme dont la justesse serait la raison de sa validité. Elle repose sur une décision politique émanant d'un être politique sur le genre et la forme de son propre être* »¹⁷³³. Si l'on considère que le sujet du pouvoir constituant est le peuple, celui-ci l'exerce « *par n'importe quelle expression discernable de sa volonté globale directe qui porte sur une décision sur le genre et la forme de l'existence de l'unité politique* »¹⁷³⁴. Ainsi, le pouvoir constituant doit être considéré, dans la pensée de Schmitt, comme une « *volonté politique* » qui fonde et englobe l'ensemble des pouvoirs de l'Etat¹⁷³⁵. Cette conception du pouvoir constituant n'est pas, au demeurant, spécifique ou seulement imputable à la

¹⁷³¹ S. Pierré-Caps, « Le constitutionnalisme et la nation », in J.-C. Colliard et Y. Jégouzo (textes rassemblés par), *Le nouveau constitutionnalisme, mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, Paris, 2001, p.72.

¹⁷³² Selon S. Pierré-Caps, « *en privant ainsi le pouvoir constituant de son caractère dynamique et volontaire, et sans pour autant remettre en cause l'idée même du pouvoir constituant du peuple ou de la nation, cette intrusion normative dans le pouvoir constituant laisse entrevoir la possibilité d'une Constitution détachée de son substrat national, désincarnée, «dénationalisée» en un mot, pur engrenage de normes hiérarchisés* ». *Idem*.

¹⁷³³ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, *Op. cit.*, p. 212.

¹⁷³⁴ *Ibid*, p. 218.

¹⁷³⁵ « *ce n'est pas un pouvoir supplémentaire qui coexiste avec d'autres «pouvoirs» distincts (législatif, exécutif et judiciaire). Il fonde en les englobant tous les autres «pouvoirs» et «séparations des pouvoirs* ». *Ibid*, p. 213.

théorie schmittienne. En effet, comme nous l'avons montré antérieurement¹⁷³⁶, les doctrines positivistes admettent communément l'idée selon laquelle l'exercice du pouvoir constituant originaire ne relève pas de l'exercice d'un pouvoir de nature juridique¹⁷³⁷. Cette idée a notamment été défendue par Sieyès.

577. Les Constitutions hétéronomes et l'ordre constitutionnel qu'elles mettent en place sont la projection du droit international, de certains de ses principes et de ses standards, sur une population et un territoire qui sont ainsi dotés d'un ordre constitutionnel et reconnus comme formant une entité étatique. Partant, l'internationalisation du pouvoir constituant conduit à une « dénationalisation » de la notion de Constitution. La nation n'est plus le « vecteur exclusif du pouvoir constituant »¹⁷³⁸ tel que la théorie sieyèsienne l'avait postulé à la fin du XVIIIe siècle¹⁷³⁹. La théorie classique du pouvoir constituant est en effet bousculée par la possibilité reconnue à la « Communauté internationale » - ou, plus prosaïquement, pour un ensemble de puissances occidentales¹⁷⁴⁰ - de sécréter un ordre constitutionnel national à partir d'instruments conventionnels.

578. Sur le plan du droit positif, le droit constitutionnel qui résulte des procédures d'internationalisation du pouvoir constituant originaire revêt une texture hybride dès lors qu'il est fortement marqué par la perméabilité du droit constitutionnel vis-à-vis du droit international. Nous pouvons évoquer l'exemple de deux institutions bosniennes qui témoignent du rôle que jouent des puissances internationales dans l'ordre constitutionnel national. Il s'agit d'une part du Haut représentant, prévu dans l'article 10 des Accords de Dayton, et, d'autre part, de la Cour constitutionnelle. Le Haut représentant est une autorité décisionnaire dont la nomination revient au Conseil pour la réalisation de la paix, lui-même composé des représentants de dix Etats et puissances étrangères, dont la France, les Etats-Unis, la Russie ou l'Union européenne. Le Haut

¹⁷³⁶ Cf. Partie 1, Titre 2, Chap. 1, Sect. 1.

¹⁷³⁷ Selon L. Favoreu et al., « en droit positif, tout « pouvoir », plus exactement toute compétence constitutionnelle, est nécessairement dérivée. Il ne peut y avoir d'autre. L'établissement d'une Constitution ne relève pas du droit, il fonde le droit ». *Droit constitutionnel*, *Op. cit.*, p. 121.

¹⁷³⁸ S. Pierré-Caps, « Le constitutionnalisme et la nation », *Op. cit.*, p. 73.

¹⁷³⁹ Cf. *supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 1, Sect. 1.

¹⁷⁴⁰ En effet, ces procédés promeuvent une forme de sanctuarisation du constitutionnalisme occidental. Paraphrasant Guillaume Tusseau à propos du « constitutionnalisme global », les exemples examinés ci-dessus montrent que l'encadrement ou l'exercice international du pouvoir constituant peut favoriser l'établissement du droit constitutionnel des « pays occidentaux aisés, des organisations internationales, [...], des comités d'experts, des arbitres, des juges, etc. qui appartiennent tous à des réseaux transnationaux de praticiens » (« Un chaos conceptuel qui fait sens : la rhétorique du constitutionnalisme global », in J.-Y. Chérot et B. Frydman, *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant (coll. « Penser le droit »), Bruxelles, 2012, p. 227).

représentant dispose de compétences considérables à la suite de l'interprétation qui est donnée de l'annexe 10 par la conférence de Bonn des 9 et 10 décembre 1997. Il peut, notamment, adopter des dispositions législatives, imposer des sanctions sur des formations politiques voire destituer des responsables élus. Plus encore, ses décisions ne sont pas susceptibles de recours en droit interne bosnien¹⁷⁴¹. La Cour constitutionnelle, quant à elle, est formée de neuf juges, dont six sont bosniens et trois sont étrangers. Ces derniers sont nommés par le président de la Cour européenne des droits de l'homme. C'est à ce titre que le doyen Louis Favoreu y siégea en qualité de juge étranger de 1997 à 2002. La mise en pied d'une telle juridiction témoigne de l'aptitude du droit extranational - du système européen de sauvegarde des droits de l'homme dans ce cas-là - à s'hybrider avec le droit constitutionnel national afin de consolider, sur le plan interne, les acquis qui font l'objet d'une législation internationale (ici, l'Etat de droit et les droits de l'homme).

579. Il ressort des expériences cyprite et bosnienne que la mise sur pied d'architectures constitutionnelles hétéronomes peut conduire à plaquer sur une communauté politique donnée des principes et des valeurs qui s'avèrent, avec le temps, inadaptés pour stabiliser et pacifier la société. Sans pour autant sur-évaluer la responsabilité du droit constitutionnel de chacun de ces Etats dans les difficultés que leurs sociétés traversent, il ressort de l'analyse de ces exemples que les Constitutions hétéronomes ne sont pas parvenues à bâtir une nation à partir de communautés différenciées. Au contraire, la juxtaposition de communautés opposées a conduit à institutionnaliser leur existence et leur affrontement. Stéphane Pierré-Caps considère, en se référant au cas cyprite, que « *faute d'un sujet juridique et originaire du pouvoir constituant, celui-ci devait faire face à deux prétentions identitaires subjectives, prenant bien soin de les rendre exclusives l'une de l'autre, sans pour autant leur offrir la possibilité de se fondre dans une véritable nation juridique cyprite, reflet et projection de l'Etat* »¹⁷⁴². Il semble en effet que l'équilibre paradoxal que suppose, d'une part, la reconnaissance de communautés différentes et, d'autre part, la construction d'une nation (*Nation building*) conduit à une solution déséquilibrée au profit de la deuxième exigence.

580. Dans tous les cas, l'internationalisation du pouvoir constituant originaire ne conduit manifestement pas à l'établissement d'un droit constitutionnel élaboré et souhaité par un organe

¹⁷⁴¹ V. le rapport d'information n° 367 (2004-2005) des sénateurs Hubert Haenel et Didier Boulaud, « La Bosnie-Herzégovine : dix ans après Dayton, un nouveau chantier de l'Union européenne », not. p. 7 et s. [En ligne sur le site du Sénat : <https://www.senat.fr/rap/r04-367/r04-367.html>].

¹⁷⁴² S. Pierré-Caps, « Le constitutionnalisme et la nation », *Op. cit.*, p. 73.

national souverain. La souveraineté constituante serait « dénationalisée » ; or cela laisse songeur quant à la pertinence de l'usage de ces termes - souveraineté nationale, souveraineté constituante - pour qualifier un objet aussi insolite pour le constitutionnaliste que la procédure constituante hétéronome.

581. Au-delà de ce phénomène extrême, l'internationalisation du droit constitutionnel peut emprunter des voies qui passent par une prise en compte du droit international par le droit constitutionnel.

II. La prise en compte du droit international par le droit constitutionnel national

582. Certaines Constitutions nationales, et non pas nécessairement celles qui appartiennent à des Etats en situation de post-conflit, envisagent le droit international comme une source particulière du droit constitutionnel (A). Par ailleurs, de manière plus subreptice, le travail d'institutions internationales autour des questions institutionnelles et des droits de l'homme a dégagé de nouvelles formes de normativité souples ou relatives (*soft law*) qui tendent à « *substituer l'indication à la prescription, l'invitation à la sanction, le programme à l'obligation* »¹⁷⁴³. En ce sens, Pierre-Marie Dupuy note que « *le système normatif de l'ordre juridique international est en cours de transformation, essentiellement en vue de permettre une productivité accrue que les sources classiques ne suffisent plus à garantir* »¹⁷⁴⁴. L'apparition de ces formes de normativité alternative n'est pas nécessairement nouvelle mais leur prise en compte par une doctrine se revendiquant du positivisme paraît plus récente. Parmi celles-ci, se trouvent notamment les standards constitutionnels, dont certains sont devenus universels (B).

¹⁷⁴³ P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, *Op. cit.*, p. 452.

¹⁷⁴⁴ *Ibid*, p. 453.

A. La prise en compte directe du droit international par le droit constitutionnel national

583. Parfois, dans certains domaines, le droit constitutionnel national envisage le droit international dans les règles de référence du contrôle de conformité de la loi à la Constitution. Cela correspond donc à la logique opposée à celle adoptée par le Conseil constitutionnel français dans sa jurisprudence « *I.V.G.* ». Guillaume Tusseau donne l'exemple de plusieurs Etats latino- américains¹⁷⁴⁵ dont les Constitutions reconnaissent la valeur constitutionnelle de certains traités de sauvegarde des droits de l'homme, dont notamment la Convention américaine relative au droits de l'homme (ou Pacte de San José)¹⁷⁴⁶. Il donne, de même, l'exemple de l'Autriche, dont la cour constitutionnelle a reconnu en 1964, de manière rétroactive, la valeur constitutionnelle de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁷⁴⁷.

584. Ensuite, sans reconnaître de manière explicite une valeur constitutionnelle à certaines règles de droit international, certaines Constitutions prévoient des « directives interprétatives »¹⁷⁴⁸ en leur faveur. L'article 10.2 de la Constitution espagnole prévoit cette modalité d'ouverture particulière au droit international en ce qui concerne la protection des droits et libertés fondamentaux. Celui-ci dispose que « *les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne* ». Selon la présidente du Tribunal constitutionnel espagnol, María Emilia Casas Baamonde, cette reconnaissance constitutionnelle du droit international correspond à une « *superposition substantielle des ordres de reconnaissance des droits, ordre international et ordre constitutionnel* »¹⁷⁴⁹. Elle témoigne ainsi d'une équivalence substantielle entre les droits et libertés fondamentaux constitutionnellement protégés et ceux qui font l'objet d'une protection internationale. Dès lors, la sauvegarde des droits et libertés fondamentaux n'est pas assurée en

¹⁷⁴⁵ L'Argentine, la Bolivie et le Venezuela.

¹⁷⁴⁶ G. Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Op. cit., p. 765.

¹⁷⁴⁷ *Idem.*

¹⁷⁴⁸ *Ibid*, p. 766.

¹⁷⁴⁹ « Le contrôle de constitutionnalité, l'expérience espagnole », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Hors-série - Colloque du cinquantenaire, 3 novembre 2009.

«vase clos», c'est-à-dire en ne tenant compte que des dispositions de droit interne, fût-il constitutionnel.

585. Dans le même ordre d'idées, l'article 39 de la Constitution d'Afrique du Sud impose aux juridictions nationales d'interpréter les dispositions de la Déclaration des Droits (*Bill of Rights*) en tenant compte du droit international¹⁷⁵⁰. Ce même article autorise également les juges sud-africains à s'inspirer de la jurisprudence de juridictions étrangères¹⁷⁵¹. Comme l'indique Noëlle Lenoir, « *la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, à l'instar d'autres cours (comme le Tribunal constitutionnel de Karlsruhe ou encore la Cour suprême du Canada et de l'Inde) n'hésite pas, chaque fois qu'elle le juge utile, à se référer, dans les motifs de ses décisions, à la jurisprudence d'autres cours. Elle a ainsi déjà cité à plusieurs reprises la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* »¹⁷⁵².

586. Autre exemple : pour la Cour de Karlsruhe, le droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme « *est, sur la base du principe de l'ouverture de l'ordre constitutionnel allemand à l'égard du droit international public, intégrée dans le droit ordinaire et prise en compte comme aide importante pour l'interprétation de la Loi fondamentale et des principes de l'État de droit que cette dernière contient* »¹⁷⁵³.

587. Il est donc possible de voir, dans ce phénomène, une forme de « *disqualification autonome* »¹⁷⁵⁴ des Constitutions nationales vis-à-vis du droit international dans la mesure où celles-là marquent une déférence particulière vis-à-vis de celui-ci. Cela témoigne d'une évolution majeure du droit constitutionnel, qui devient « *un langage juridique commun, quel que soit par ailleurs le système auquel chaque démocratie se rattache* »¹⁷⁵⁵.

¹⁷⁵⁰ « *When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum [...] b.) must consider international law* ».

¹⁷⁵¹ « *When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum [...] c.) may consider foreign law* ».

¹⁷⁵² N. Lenoir, « Le nouvel ordre constitutionnel en Afrique du Sud », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°1, déc. 1996.

¹⁷⁵³ Ch. Langenfeld, « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne », *Op. cit.*

¹⁷⁵⁴ G. Tusseau, « Un chaos conceptuel qui fait sens : la rhétorique du constitutionnalisme global », *Op. cit.*, p. 188.

¹⁷⁵⁵ N. Lenoir, « Le nouvel ordre constitutionnel en Afrique du Sud », *Op. cit.*

588. Enfin, le processus d'internationalisation du droit constitutionnel peut revêtir des manifestations normatives formellement plus souples. Il s'agit, par exemple, de la circulation de normes de « droit mou », comme les standards constitutionnels mondiaux, qui n'entraîne pas une modification de la Constitution formelle mais peut en influencer l'élaboration ou l'interprétation, c'est-à-dire l'application.

B. L'élaboration de standards constitutionnels mondiaux

589. Si, comme nous venons de le voir, le droit international et le droit constitutionnel des Etats sont en contact depuis très longtemps par le jeu des rapports entre ordres juridiques, les voies d'interaction et de communication semblent s'être multipliées. Ainsi, les rapports entre les ordres constitutionnels et le droit international ne prendraient plus seulement la voie indiquée par les procédures formelles que nous avons présentées (dispositions constitutionnelles et procédures conventionnelles d'internationalisation du pouvoir constituant). Ces derniers emprunteraient des voies moins évidentes à identifier. Nous faisons référence au développement de nouveaux objets secrétés par le droit international qui ont vocation à influencer le droit constitutionnel des Etats. Parmi ces objets se trouvent notamment les standards constitutionnels, dont certains sont devenus mondiaux¹⁷⁵⁶.

590. La catégorie des standards est distincte de celle des règles, des principes ou des indicateurs¹⁷⁵⁷. Selon Maxime St-Hilaire, ces derniers sont définis comme « *une pratique en soi-même, ou un ensemble de pratiques considérées comme étant parmi les meilleures* »¹⁷⁵⁸. Cependant, « *les standards se distinguent des principes et des indicateurs par leur plus haut degré de précision et de positivité* »¹⁷⁵⁹. Aussi, « *contrairement aux principes et aux indicateurs qui ne permettent qu'un*

¹⁷⁵⁶ V. par ex. M. Disant, G. Lewkowicz, P. Türk (sous la dir. de), *Vers des standards constitutionnels mondiaux*, Bruylant (Coll. Penser le droit), Bruxelles, 2018.

¹⁷⁵⁷ Comme ceux, chaque fois plus nombreux, élaborés par des organisations internationales telles que la Banque mondiale (*World Bank's Worldwide Governance Indicators*) ou des ONGs comme la *World Justice Project*, qui publie chaque année son *Rule of Law Index*.

¹⁷⁵⁸ « *a standard is, for its part, more directly a practice itself or, as we shall see, a category of practices regarded as being among the best* ». « *Global Standards of Constitutional Law: Epistemology and Methodology* », avril 2015, p. 30 [Disponible sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=2598489> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2598489>]. Une version française de ce papier est reproduite dans M. Disant, G. Lewkowicz, P. Türk (sous la dir. de), *Vers des standards constitutionnels mondiaux*, Op. cit., p. 11-78.

¹⁷⁵⁹ « *Standards are different from principles or indicators by their greater degree of concreteness, of positivity, of precision* ». *Idem*.

*contrôle de cohérence relative, un standard doit normalement pouvoir fonder un contrôle de conformité absolue »*¹⁷⁶⁰. Ainsi, les standards constitutionnels globaux proviendraient d'une activité comparative¹⁷⁶¹ et seraient dotés d'un degré de juridicité et d'applicabilité relativement importants.

591. Concrètement, des standards constitutionnels globaux peuvent notamment être diffusés par les agences des Nations Unies, en particulier auprès de sociétés en situation de post-conflit¹⁷⁶². Sans aller jusqu'à l'élaboration intégrale de Constitutions nationales dans le cadre d'instruments conventionnels, comme dans le cas des Constitutions hétéronomes, l'Organisation des Nations Unies a développé une expertise spécifique afin d'encadrer et soutenir des processus constitutifs dans le monde. Le Département des affaires politiques et de la consolidation de la paix (UNDDPA¹⁷⁶³), le Département des opérations de maintien de la paix (UNDPO¹⁷⁶⁴), le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF) et ONU Femmes sont autant d'agences onusiennes qui travaillent, chacune dans son domaine, sur des questions de nature constitutionnelle¹⁷⁶⁵.

592. Il est également possible de noter le travail d'organisations ou de réseaux d'experts, comme la Commission de Venise qui, dans le cadre du Conseil de l'Europe et au-delà, assiste et porte conseil aux Etats sur des sujets de nature constitutionnelle. La Commission de Venise a, par exemple, examiné pour avis les Constitutions de nombreuses « démocraties *«en transition»* »¹⁷⁶⁶. Elle s'est également occupée « *de réformes dans des démocraties consolidées, telles la Belgique, la Finlande, très récemment la France (le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation), le*

¹⁷⁶⁰ « Lastly, contrary to principles or indicators which only enable a relative consistency control, a standard must normally be capable of grounding an absolute conformity control ». *Ibid*, p. 31.

¹⁷⁶¹ « To value some effective practices of constitutional law above others that exist in the world, and so to make them into standards, already implies resorting to some extent to comparative constitutional law ». *Ibid*, p. 32.

¹⁷⁶² Cf. K. F. Ndjimba (dir. J.-D. Mouton), *L'internationalisation des constitutions dans les Etats en crise. Réflexions sur les rapports entre droit international et droit constitutionnel*, Thèse pour l'obtention du titre du docteur en droit public, Nancy 2, 2011.

¹⁷⁶³ Sigles en anglais.

¹⁷⁶⁴ *Idem*.

¹⁷⁶⁵ Présentation de la newsletter « UN Constitutional » sur le site web de UN Peacemaker, une émanation du UNDDPA [En ligne : <https://peacemaker.un.org/Constitutions/Newsletter>].

¹⁷⁶⁶ L'Albanie, l'Arménie, l'Azerbaïdjan, la Bosnie-Herzégovine, la Bulgarie, la Croatie, la Fédération de Russie, la Géorgie, la Hongrie, le Kirghizistan, le Kazakhstan, la Moldavie, le Monténégro, l'Ouzbékistan, la Roumanie, la Serbie, la Slovaquie, la Tunisie et l'Ukraine. Cf. S. Granata-Menghini, « La Commission de Venise du Conseil de l'Europe : méthodes et perspectives de l'assistance constitutionnelle en Europe », *LNCC*, 2017/2-3 (n° 55-56), p. 72.

Luxembourg, le Liechtenstein, l'Islande, l'Italie, le Royaume-Uni, Monaco, l'Espagne et la Suisse»¹⁷⁶⁷. Malgré le fait qu'il s'agisse d'une émanation du Conseil de l'Europe, ses interventions ont pu largement dépasser le champ européen¹⁷⁶⁸. Ainsi, certains des membres de la Commission de Venise ne sont pas eux-mêmes citoyens d'un Etat européen¹⁷⁶⁹.

593. Cet organe consultatif d'experts fonde ses recommandations sur l'exploitation d'un patrimoine constitutionnel européen commun, qu'il identifie et contribue, donc, à diffuser dans le monde¹⁷⁷⁰. Partant, son rôle est ambiguë car la Commission de Venise participe à la détermination d'un ensemble de règles matériellement constitutionnelles nimbées d'un prestige particulier (en tant que faisant partie du patrimoine européen) qu'elle est ensuite amenée à diffuser dans d'autres continents. Toujours à une échelle globale, des organisations internationales comme la Banque mondiale peuvent également exercer une influence afin de conduire certains Etats à adopter des réformes de nature constitutionnelle¹⁷⁷¹.

594. Il ne s'agit donc plus, ici, d'internationaliser le pouvoir constituant en l'extrayant du cadre national mais de fournir une assistance constitutionnelle dans le cadre de procédures constitutives nationales. Dans le système des Nations Unies, celle-ci peut être déclenchée soit à la demande de l'Etat concerné (par exemple la Mongolie en 2013), soit à la demande du Conseil de sécurité (CSNU) (par exemple le Libéria en 2012¹⁷⁷² ou la Syrie en 2015¹⁷⁷³). Elle a pu se déployer dans de nombreux Etats, surtout africains (Libye, Libéria, Yemen, Kenya, Sierra Leone, Centrafrique,

¹⁷⁶⁷ *Idem*.

¹⁷⁶⁸ Cf. par ex. l'avis sur l'Assemblée nationale constituante au Venezuela adopté par la Commission de Venise à la demande de l'Organisation des Etats Américains (OEA).

¹⁷⁶⁹ La Commission de Venise compte 61 membres individuels provenant de 61 pays différentes, dont la République de Corée, le Japon, l'Algérie ou le Pérou, pour ne donner que quelques exemples de trois continents différents.

¹⁷⁷⁰ V. la présentation de la Commission de Venise sur son site Internet (https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Presentation&lang=FR). Elle semble, à ce titre, s'inscrire directement dans le vœux formulé par Georges Dor en 1935 de voir les juristes travailler à « *préparer un terrain favorable à l'internationalisation* [du droit constitutionnel], *par la détermination des grands principes qu'il est essentiel de faire entrer dans le patrimoine juridique commun ; s'accorder sur une interprétation identique des règles dont on envisage l'unification ; arrêter une méthode susceptible de faire passer aisément les conceptions scientifiques ainsi dégagées, du plan théorique dans le domaine des réalisations positives* ». G. Dor, « Contribution à l'étude du problème de l'internationalisation des règles du droit public interne », *Op. cit.*, p. 130.

¹⁷⁷¹ C'est le cas du *Legal and Judicial Sector Assessment*, qui finance des projets visant spécifiquement à l'adoption de réformes juridiques et juridictionnelles. Cf. S. Battini, « The Globalisation of Public Law », *ERPL/REDP*, Vol. 18, n°1, 2006, p. 28-29.

¹⁷⁷² Cf. résolution 2066 (2012)

¹⁷⁷³ Cf. résolution 2254 (2015).

Burkina Faso, Tanzanie, Tunisie, Somalie...) et asiatiques (Mongolie, Népal, Irak, Vietnam...). Elle prend toutes sortes de formes et peut inclure : du conseil en matière de bonnes pratiques politiques, d'État de droit, de politiques publiques de genre et de droits de l'homme ; le renforcement des capacités juridiques et techniques ; la fourniture de bonnes pratiques comparées et d'un soutien financier et administratif¹⁷⁷⁴. Comme le souligne le Secrétaire général des Nations Unies, « *l'engagement et l'assistance des Nations Unies dans les procédures constitutives sont de plus en plus essentiels dans le cadre de ses stratégies de paix, de construction de l'État et de développement humain durable* »¹⁷⁷⁵.

595. Parmi les principes et stratégies qui informent l'activité des agences onusiennes dans le domaine de l'assistance constitutionnelle se trouve, selon le Secrétaire général, la promotion des « *normes et standards internationaux* »¹⁷⁷⁶. Ceux-ci visent à favoriser la convergence du droit constitutionnel des États « *vers des principes communs d'organisation des institutions politiques* »¹⁷⁷⁷. L'activité des agences onusiennes en matière d'assistance constitutionnelle témoigne d'un rapport ambivalent vis-à-vis de l'idée de souveraineté. Le constitutionnaliste sud-africain Nicholas Fink Hayson, envoyé spécial du secrétaire générale des Nations Unies dans de nombreux États en situation de post-conflit, l'exprime assez clairement. D'une part, il considère comme une évidence l'idée selon laquelle l'élaboration d'une Constitution est un « *acte éminemment souverain qui ne peut pas être imposé* »¹⁷⁷⁸. D'autre part, il met immédiatement en garde contre un danger : l'exercice de la souveraineté constitutive ne doit pas être amenée à « *répéter des erreurs* »¹⁷⁷⁹. Une telle affirmation pose une question évidente : qu'est-ce qu'une « erreur » et qui en décide ?

¹⁷⁷⁴ « UN assistance will always need to be calibrated to specific contexts but could include political good offices, rule of law, gender and human rights advice, legal and technical capacity building, the provision of comparative good practice, and financial and administrative support ». *Guidance Note of the Secretary General on United Nations Constitutional Assistance*, septembre 2020, p. 1 [En ligne : https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/SG%20Guidance%20Note%20on%20Constitutional%20Assistance_2.pdf].

¹⁷⁷⁵ « UN engagement in, and assistance to, constitution making is increasingly a core component of its peace, state-building and sustainable human development strategies ». *Idem*.

¹⁷⁷⁶ *Ibid*, p. 3.

¹⁷⁷⁷ H. Qazbir, *L'internationalisation du droit constitutionnel*, *Op. cit.*, p. 128.

¹⁷⁷⁸ « Of course, making a constitution is still a supremely sovereign act and cannot be imposed ». *The UN Constitutional*, a newsletter on United Nations Constitutional Support, Hiver 2013/2014, p. 3 [En ligne : <https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/UNConstitutional-Issue1.pdf>].

¹⁷⁷⁹ « However, that sovereignty is exercised by making choices – not by repeating mistakes ». *Idem*.

596. Ainsi, du point de vue des Nations Unies, une Constitution est réputée avoir une finalité précise, un *telos*. Celui-ci pourrait être dégagé à travers l'exercice autonome de la souveraineté constituante dans le cadre d'un Etat. Mais il pourrait également être indiqué par des acteurs internationaux, dont l'ONU elle-même. En ce sens, la finalité de la Constitution devrait tendre à consolider la paix (*Peacebuilding*) en bâtissant des régimes démocratiques inclusifs pour les minorités. Sur le plan international, ce *telos* s'exprime sur le plan normatif par les standards constitutionnels mondiaux et également par des règles internationales de droit impératif (ou *jus cogens*)¹⁷⁸⁰. De ce point de vue, la Constitution est envisagée comme un ensemble de règles juridiques visant à atteindre une finalité politique prédéterminée et transcendante et non pas comme le produit d'un acte politico-juridique éminemment indéterminé car souverain, l'acte constituant.

597. Cette idée selon laquelle la Constitution devrait avoir un certain contenu n'est pas nouvelle ni propre aux règles et standards de droit international : le célèbre article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 ne dispose-t-il pas que « *toute société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* » ? Comme nous l'avons vu¹⁷⁸¹, il s'agissait pour les révolutionnaires de 1789 de rattacher l'édiction d'une Constitution à la construction d'une société libérale, c'est-à-dire, *lato sensu*, anti-absolutiste. Néanmoins, la règle posée par l'article 16 fut élaborée à une époque où la Constitution ne disposait pas encore du statut de norme juridique¹⁷⁸². Par ailleurs, subsiste une controverse sur le caractère de la Déclaration de 1789 : est-ce l'expression de la volonté de l'Assemblée constituante ou bien la déclaration de droits naturels dont l'individu dispose par essence et qui préexistent à leur constatation¹⁷⁸³ ? Il est donc à tout le moins délicat de qualifier l'article 16, comme l'ensemble des dispositions de la Déclaration, de règle « supra-constitutionnelle », contrairement à la conception que certaines organisations internationales se font de certains standards et certaines règles internationaux. Enfin, les règles exprimées dans la Déclaration demeureraient toujours des normes

¹⁷⁸⁰ Cf. *infra*. Sect. 2, § 1, II.

¹⁷⁸¹ Cf. *supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 1, Sect. 1.

¹⁷⁸² V. la distinction entre la conception mécaniste de la Constitution et sa conception normative (*supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 1, Sect. 2).

¹⁷⁸³ V. M. Troper, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789 », in Conseil constitutionnel, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence. Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, PUF (Coll. Recherches politiques), Paris, 1989, p. 13-33.

que la France s'est donnée à elle-même : l'idée de souveraineté constituante ne serait pas remise en cause.

598. Par conséquent, le phénomène d'internationalisation du droit constitutionnel invite à prendre la mesure du développement de l'encadrement international du pouvoir constituant et du droit constitutionnel. Celui-ci a eu lieu de manière progressive, au fil de l'approfondissement d'une «Communauté internationale» fondée sur les valeurs du libéralisme occidental. Les Etats qui sollicitent - ou qui sont contraints de recevoir - le soutien international en matière constitutionnelle doivent, du moins formellement, adopter dans leur droit interne, au rang constitutionnel, les principes et les valeurs à vocation universelle des sociétés occidentales.

599. Les différents degrés d'internationalisation concourent à un même résultat : un triple phénomène « *d'incorporation, d'appropriation et d'imbrication* »¹⁷⁸⁴ entre le droit constitutionnel et le droit international. Or l'érosion des rapports entre l'Etat et le droit constitutionnel national peut conduire, à son tour, à une « *érosion de l'étatité* »¹⁷⁸⁵. Le principe de souveraineté ne sort pas indemne de cette tension entre internationalisation du droit constitutionnel et souveraineté des Etats. Le professeur Gábor Halmai se demande dans son ouvrage consacré au «constitutionnalisme global», « *comment le constitutionnalisme et les principes mondiaux des droits de l'homme de plus en plus acceptés au niveau international peuvent influencer l'action de l'État, qui est toujours considéré comme souverain* »¹⁷⁸⁶. La rationalité juridique que le principe de souveraineté institue depuis son invention au XVI^e siècle est, *a minima*, contrariée : les attributs classiques de l'ordre juridique étatique, réputé être auto-référentiel, auto-réformable et autonome, sont remis en cause.

600. Si le droit constitutionnel s'est internationalisé dans la mesure où sa perméabilité, voire sa soumission, au droit international public s'est accrue, l'internationalisation du droit constitutionnel peut avoir une autre dimension : l'évolution du droit international vers une formalisation normative accrue. Ces deux aspects - l'ouverture du droit constitutionnel national au droit international d'une part et la possibilité d'une constitutionnalisation du droit international d'autre part - apparaissent

¹⁷⁸⁴ Jean-Marc Sauvé, «L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ?», *Op. cit.*

¹⁷⁸⁵ G. Tusseau, « Un chaos conceptuel qui fait sens : la rhétorique du constitutionnalisme global », *Op. cit.*, p. 188..

¹⁷⁸⁶ « *how constitutionality and the internationally increasingly accepted global principles of human rights can influence state action, which is still considered sovereign* ». G. Halmai, *Perspectives on Global Constitutionnalism. The use of foreign and international law*, Eleven International Publishing, La Haye (Pays-Bas), 2014, p. 1.

comme deux dimensions de la transformation générale des rapports entre la souveraineté et le droit constitutionnel. Il s'agit de processus dont les causes et les effets semblent converger¹⁷⁸⁷.

601. La tendance du droit international vers une formalisation croissante et une hiérarchisation se fonde sur la reconnaissance de règles et de principes traditionnellement liés au droit constitutionnel : les droits de l'homme, les questions institutionnelles et, plus récemment, les questions environnementales.

Section 2. Les manifestations positives de la constitutionnalisation du droit international

602. A présent, plutôt que de rechercher les preuves d'une éventuelle Constitution internationale - ce qui nous amènerait à prendre part à une longue controverse conceptuelle autour des différentes définitions, plus ou moins strictes ou plus ou moins larges, de la Constitution¹⁷⁸⁸ - nous préférons insister sur un processus, celui d'une constitutionnalisation du droit international. Ce phénomène imprime au droit international un mouvement vers son unité et sa hiérarchisation autour de règles et de principes matériellement constitutionnels. Il tendrait à doter l'ordre juridique international « *d'une structure formelle comparable à celle qui semblait un monopole des Etats : la hiérarchie des normes* »¹⁷⁸⁹.

603. La constitutionnalisation du droit international revêt une dimension matérielle autant que formelle¹⁷⁹⁰. D'un point de vue matériel, elle peut être définie, dans une acception très générale, comme une translation, au droit international, de principes, de règles ou de procédures classiquement rattachés au droit constitutionnel national. Elle se réaliserait notamment à travers le réarrangement du droit international permis par l'adoption de la Charte des Nations Unies en 1945¹⁷⁹¹. Cette dernière « *refonde en partie l'ordre international de l'après-guerre non seulement*

¹⁷⁸⁷ Cf. H. Qazbir, *L'internationalisation du droit constitutionnel*, *Op. cit.*, p. 155-198.

¹⁷⁸⁸ Nous évoquerons néanmoins cette questions ultérieurement (*infra*. Titre 2, Chap. 1).

¹⁷⁸⁹ G. Tusseau, « Un chaos conceptuel qui fait sens : la rhétorique du constitutionnalisme global », *Op. cit.*, p. 194.

¹⁷⁹⁰ P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, *Op. cit.*, , p. 21.

¹⁷⁹¹ V. par ex. R. Chemain et A. Pellet (sous la dir. de), *La Charte des Nations Unies, une Constitution mondiale ?*, Pedone (Coll. Cahiers internationaux), Paris, 2006. Nous présenterons la conception de la Charte de San Francisco comme une Constitution ultérieurement (Cf. *infra*. Titre 2, Chap. 1).

sur des principes juridiques mais aussi sur des valeurs éthiques elles-mêmes intégrées dans des règles ainsi légalisées »¹⁷⁹². Parmi celles-ci, nous pouvons penser à la sauvegarde de la paix internationale, le respect des droits de l'homme et, plus particulièrement, des minorités¹⁷⁹³.

604. Sur le plan formel, le concept de constitutionnalisation renvoie à l'idée d'un « *ordonnement juridique établi à partir d'une structure normative hiérarchisée, doublée d'une armature organique intégrée* »¹⁷⁹⁴. La constitutionnalisation du droit international correspondrait donc à un processus permettant à la société internationale de s'organiser en s'intégrant plus fortement sur le plan juridique et politique.

605. Nous présenterons d'abord la dimension formelle du phénomène de constitutionnalisation du droit international (§1) puis nous nous pencherons ensuite sur le contenu des règles d'un possible droit constitutionnel international (§2).

§1. La constitutionnalisation du droit international : manifestations formelles

606. Sur le plan formel, il convient tout d'abord de souligner que la logique interne du système international est *a priori* intrinsèquement opposée à l'idée d'une constitutionnalisation du droit international. Fondé sur le principe d'égalité formelle entre Etats souverains, le droit international est décentralisé. Il ne connaît de centralisation ni du pouvoir d'édiction normative, ni du pouvoir d'interprétation, ni du pouvoir de sanction. Comme le note P.-M. Dupuy, « *dans l'ordre interne, la constitution est une loi à portée générale, par définition applicable à tous, à l'intérieur de l'ordre juridique qu'elle organise. Or, quant à elle, la Charte des Nations Unies n'est jamais qu'un traité, obéissant au principe de l'autorité relative* »¹⁷⁹⁵.

607. Il faut néanmoins insister sur les spécificités de la Charte de San Francisco. P.-M. Dupuy souligne « *la novation juridique que ce traité sans équivalent introduit dans l'ordre international*

¹⁷⁹² P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, Op. cit., p. 21.

¹⁷⁹³ Article 1er de la Charte.

¹⁷⁹⁴ P.-M. Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international », *Cours général de droit international public*, RCADI 2002, Vol. 297, p. 215.

¹⁷⁹⁵ *Ibid*, p. 216.

d'après la Seconde Guerre mondiale. [...] Quelle que soit, en effet, la fonction de la Charte à l'égard de l'ordre juridique international général, la volonté de ses promoteurs de marquer une rupture fondamentale avec le système des relations internationales qui prévalait antérieurement ne saurait faire de doute. Dans cette mesure-là, on peut déjà dire que les pères de la Charte voulaient accomplir un acte fondateur, constitutif d'un nouvel ordre international »¹⁷⁹⁶. Par conséquent, le nouvel ordre juridique international postérieur à 1945 recèlerait les potentialités pour que soit réalisée sa constitutionnalisation, entendue, comme nous l'avons évoqué, de manière très large.

608. Il y aurait, tout d'abord, une dimension institutionnelle à la constitutionnalisation du droit international (I) et, ensuite, une dimension normative (II). La première fait référence à l'intégration autour des institutions faisant partie du système des Nations Unies. De ce point de vue, la Charte de San Francisco présente une bivalence : elle est « *à la fois convention internationale énonçant des droits et des obligations pour les Etats parties, et constitution, établissant des organes, les dotant de compétences, leur assignant des fins* »¹⁷⁹⁷. La seconde, la dimension normative, désigne la hiérarchisation du droit international autour de deux éléments : la Charte des Nations Unies et le *jus cogens*.

I. La dimension institutionnelle

609. Tout d'abord, la dimension institutionnelle du processus de constitutionnalisation du droit international est liée à la reconnaissance d'une Communauté internationale. Comme nous l'avons vu, cela est absolument central dans la doctrine scellienne, qui associe la Constitution à l'existence d'une collectivité sociale et le droit international à l'existence de rapports intersociaux entre différentes sociétés nationales. Plus largement, ce lien entre Constitution et communauté politique correspond à un présupposé général de toute théorie de la Constitution. Dans les théories constitutionnalistes, qui postulent une définition plus stricte de la Constitution, celle-ci a vocation à structurer le pouvoir politique au sein d'un Etat. Or tout Etat se caractérise, en partie, par un substrat humain, une nation, un peuple ou, plus prosaïquement, une population.

¹⁷⁹⁶ P.-M. Dupuy, *L'unité de l'ordre juridique international*, *Op. cit.*, p. 217.

¹⁷⁹⁷ *Ibid*, p. 221.

610. Mais cela ne suffit pas. Encore faut-il que la communauté humaine dont la Constitution consacre l'existence et organise les institutions politiques soit, précisément, juridiquement reconnue. La question est donc de savoir, dans un premier temps, si le droit international reconnaît la société internationale. La réponse est affirmative. Comme l'indique Raphaële Rivière, *«différentes données à la fois politiques, économiques et idéologiques concourent depuis la fin des années 1960 à faire émerger l'idée d'une « communauté internationale » constituée autour de valeurs communes aux Etats»*¹⁷⁹⁸.

611. Sur le plan du droit positif, l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités est le premier instrument conventionnel qui mentionne l'existence d'une «Communauté internationale». La communauté internationale est plus précisément qualifiée de «communauté internationale des Etats». Ainsi, c'est la structure classique (donc « stato-centrée ») du droit international, dominée par les Etats, qui est consacrée par la Convention de Vienne¹⁷⁹⁹. La fiction juridique de la « communauté internationale des Etats » est devenue un *leitmotiv* dont l'usage peut avoir différentes significations¹⁸⁰⁰. Tout d'abord, elle peut exprimer la prise de conscience par les Etats de leur interdépendance. La « communauté internationale » permet d'incarner un idéal de responsabilité partagée au-delà des intérêts, voire des égoïsmes, nationaux. Ensuite, il s'agit d'une fiction permettant de doter certains organes internationaux multilatéraux d'une légitimité particulière. C'est ainsi que l'Assemblée générale des Nations Unies peut être considérée comme la *«représentation organique de la communauté internationale»*, dont la volonté majoritaire *«s'affirme comme l'expression de la volonté communautaire»*¹⁸⁰¹. Enfin, la référence à la «communauté internationale» revêt un caractère incantatoire. Celle-ci peut avoir pour fonction d'être *«une compensation symbolique dans l'ordre du discours à l'hétérogénéité très persistante de la société internationale dans celui des faits»*¹⁸⁰².

612. Au demeurant, le recours aux références à la « communauté internationale » semble s'être considérablement développé depuis plusieurs décennies. Comme le remarque P.-M. Dupuy, *«la référence à la communauté internationale n'est en tout cas plus l'apanage des pays en*

¹⁷⁹⁸ R. Rivière, *Droit international public*, PUF (Coll. Thémis Droit), Paris, 3e éd., 2017, p. 19.

¹⁷⁹⁹ Ce qui n'est nullement étonnant car cet instrument fut adopté pour codifier le droit des traités.

¹⁸⁰⁰ P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, *Op. cit.*, p. 451.

¹⁸⁰¹ *Ibid*, p. 452

¹⁸⁰² *Idem*.

développement»¹⁸⁰³. Faisant partie de ces « concepts fédérateurs à forte connotation éthique », la «communauté internationale» est le support social de l'ordre international, un objet juridique distinct des Etats pris individuellement. Elle revêt également une fonction primordiale dans la structuration du droit international sur le plan organique.

613. Les indices qui permettent d'apprécier cette fonction peuvent être recherchés dans le statut que revêt la Charte de San Francisco. Comme le note Baptiste Tranchant, la Cour internationale de Justice a employé le terme de « constitution » en 1948 pour se référer à la Charte des Nations Unies lorsqu'elle a examiné les pouvoirs que celle-ci confère au Conseil de sécurité et à l'Assemblée générale dans la procédure d'admission de nouveaux membres à l'Organisation¹⁸⁰⁴. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie reprend le 2 octobre 1995 le raisonnement de l'avis suscité de la Cour de 1948 pour examiner l'exception d'incompétence par laquelle l'accusé Dusko Tadic conteste la création du Tribunal. Celui-ci considère que la charte «sert de cadre constitutionnel» à l'ONU et que le «Conseil de Sécurité est, par conséquent, assujetti à certaines limites constitutionnelles, aussi larges que puissent être ses pouvoirs tels que définis par [cette] constitution»¹⁸⁰⁵. De même, la Cour qualifie les règles des Nations Unies de «constitutionnelles»¹⁸⁰⁶ dans un avis rendu en 2004¹⁸⁰⁷.

614. Si l'on tient compte des développements précédents au sujet de l'émergence d'une «communauté internationale», la Charte peut être envisagée, «non plus seulement comme la constitution des Nations Unies mais comme celle de l'ordre juridique de la communauté internationale»¹⁸⁰⁸. «Le nombre désormais extrêmement restreint sinon peu représentatif des Etats

¹⁸⁰³ *Idem*.

¹⁸⁰⁴ « le caractère politique d'un organe ne peut le soustraire de l'observation des dispositions conventionnelles qui le régissent, lorsque celles-ci constituent des limites à son pouvoir ou des critères à son jugement. Pour savoir si un organe a la liberté de choisir les motifs de ses décisions, il faut se référer aux termes de sa constitution. En l'espèce, l'article 4 fixe le cadre dans lequel s'exerce cette liberté, cadre qui comporte une large liberté d'appréciation ». CIJ, Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte), avis consultatif du 28 mai 1948, Rec. CIJ, p. 64. Cité par B. Tranchant, « Les instruments de la constitutionnalisation : la Charte des Nations Unies », in P.-F. Laval et R. Prouvère (Sous la dir de), *L'ONU, entre internationalisation et constitutionnalisation*, Op. cit., p. 63, note 17.

¹⁸⁰⁵ Cité par *Ibid*, p. 64.

¹⁸⁰⁶ B. Tranchant, « Les instruments de la constitutionnalisation : la Charte des Nations Unies », Op. cit., p. 64.

¹⁸⁰⁷ CIJ, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif du 9 juillet 2004, Rec. CIJ, p. 152.

¹⁸⁰⁸ P.-M. Dupuy, *L'unité de l'ordre juridique international*, Op. cit., p.232.

toujours tiers à l'Organisation des Nations Unies»¹⁸⁰⁹ est notamment considéré comme une preuve supplémentaire du caractère constitutionnel de la Charte. Par ailleurs, celle-ci apparaît comme « *un texte énonciateur de principes mais demeure aussi une constitution organique, établissant les organes chargés de réaliser le maintien de la paix* »¹⁸¹⁰. Ces derniers seraient l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité. Aussi, une perspective historique permet de relever « *une potentialité* » en faveur de ces derniers « *selon laquelle ils n'agiraient plus seulement comme organes de l'Organisation mais comme expression et action de la communauté internationale, celle-ci venant alors fusionner avec celle-là* »¹⁸¹¹. En effet, pendant les années de « détente », entre la fin de l'année 1962¹⁸¹² et la fin des années 1970¹⁸¹³, l'Assemblée générale est le foyer d'une intense « *activité paranormative* » qui la désigne « *comme l'agora universelle* »¹⁸¹⁴. Il est par exemple possible de citer la résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, qui amorce l'adoption du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et des Protocoles facultatifs s'y rapportant, la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats, conformément à la Charte des Nations Unies¹⁸¹⁵ ou la Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international¹⁸¹⁶.

615. De même, « *la légitimité d'une action décidée en tant qu'organe de la communauté internationale dans son ensemble fut également reconnue au Conseil de sécurité pendant la crise du Golfe et ses suites immédiates, de l'été 1990 à l'enlisement de l'intervention des Nations Unies en Bosnie* »¹⁸¹⁷. En application du Chapitre VII de la Charte, « *le Conseil de sécurité a été capable, pour la première fois de son existence, de fonctionner comme une sorte d'« exécutif » ou de bras séculier de la « communauté internationale », dont il se prévaut alors d'ailleurs explicitement dès*

¹⁸⁰⁹ Ibid, p. 231.

¹⁸¹⁰ Ibid, p. 224.

¹⁸¹¹ Ibid, p. 232.

¹⁸¹² En automne de cette année, la crise des missiles de Cuba constitue un moment paroxystique de l'affrontement entre l'Est et l'Ouest.

¹⁸¹³ Cette décennie marque le retour à un raidissement des rapports entre l'Ouest et l'Est, laisse place à une période que l'historiographie a baptisée « guerre fraîche » ou « guerre chaude ».

¹⁸¹⁴ P.-M. Dupuy, *L'unité de l'ordre juridique international*, Op. cit., p. 232.

¹⁸¹⁵ Résolution 2625 (XXV) du 24 oct. 1970.

¹⁸¹⁶ Résolution A/RES/3201 (S-VI) du 1er mai 1974.

¹⁸¹⁷ P.-M. Dupuy, *L'unité de l'ordre juridique international*, Op. cit., p. 232.

*qu'il le peut, pour en défendre les valeurs fondamentales et les intérêts »*¹⁸¹⁸. C'est ainsi que l'«*extraordinaire diversification du champ d'application de la notion de menace ou d'atteinte au maintien de la paix et de la sécurité internationales*» conduit le Conseil de sécurité à s'affirmer «*comme le « gardien de l'ordre international », entendu non seulement dans l'acception proprement policière de l'expression mais aussi, dans celle, infiniment plus large, de promoteur des valeurs d'ordre public sur lesquelles des nations ennemies armaient vouloir cimenter leur union*»¹⁸¹⁹.

616. L'ordre juridique international disposerait donc des attributs organiques d'un ordre constitutionnel : une communauté politique de référence et un ensemble d'organes dotés de légitimité pour assurer l'élaboration et, parfois, la mise en œuvre de règles communes. L'étude de ces dernières peut permettre de mettre en lumière une autre dimension, la dimension normative, du processus de constitutionnalisation du droit international.

II. La dimension normative

617. A première vue, le prisme constitutionnel ne saurait permettre l'analyse du droit international du point de vue des normes qui le composent. En effet, sur le plan normatif, le droit international est traditionnellement marqué par un « *triple phénomène d'indifférenciation ou, plus précisément, d'équivalence* »¹⁸²⁰. Il s'agit de l'équivalence des règles juridiques, l'équivalence des règles d'édiction des normes et, enfin, l'équivalence des sources du droit international¹⁸²¹.

618. Tout d'abord, le système international est composé de règles juridiques se situant toutes sur le même plan, dans une structure caractérisée par l'absence de hiérarchie. Qu'il s'agisse de simples traités passés entre deux Etats ou des traités multilatéraux destinés à régir un domaine spécifique des relations internationales, la valeur de ces instruments est la même.

¹⁸¹⁸ *Idem.*

¹⁸¹⁹ *Ibid*, p. 233.

¹⁸²⁰ P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, *Op. cit.*, p. 19.

¹⁸²¹ *Idem.*

619. Ensuite, le droit international ne présente pas de distinction entre les règles secondaires - c'est-à-dire des règles qui portent sur l'édiction d'autres normes - et les règles primaires - c'est-à-dire des règles qui visent les sujets de droit en autorisant, interdisant ou rendant obligatoires certains comportements. Par exemple, la Convention de Vienne sur le droit des traités est, formellement, un traité international, bien qu'elle énonce des règles et des principes applicables à l'adoption des traités internationaux. Elle a donc une valeur juridique égale à celle des actes dont elle réglemente l'adoption.

620. Enfin, cette équivalence concerne également les sources de droit international. En effet, l'origine des règles de droit international se trouve toujours, nonobstant la diversité des modalités de formation de ces dernières, dans l'expression de la volonté des Etats souverains¹⁸²². La structure du système juridique international est ainsi anarchique, car faiblement centralisée, sans être, bien entendu, anémique, car il est saturé de normes¹⁸²³.

621. Partant, il semble hasardeux de prétendre calquer sur le droit international les attributs des ordres juridiques étatiques, caractérisés par la logique hiérarchique que leur imprime le principe de souveraineté. Plus précisément, ainsi que se le demande P.-M. Dupuy, « *fût-ce au titre de pure métaphore juridique, l'usage du terme de constitution n'est-il pas, parfaitement inapproprié à la réalité persistante d'une décentralisation de pouvoirs placés par leur égale souveraineté dans la position d'éternels rivaux ?* »¹⁸²⁴.

622. Néanmoins, si nous adoptons une conception plus flexible, moins exigeante du phénomène de constitutionnalisation, en l'envisageant, ainsi que nous l'avons évoqué, comme une évolution du droit international vers une formalisation normative accrue, nous pouvons alors nous intéresser à deux objets. Il s'agit, à nouveau, de la Charte des Nations Unies d'une part et de la reconnaissance du *jus cogens* d'autre part.

¹⁸²² Comme l'affirment P.-M. Dupuy et Y. Kerbat, « *les normes internationales procèdent toutes, quoique à des degrés et selon des modalités diverses, de la manifestation de volonté de ces Etats souverains, qu'ils veuillent vraiment reconnaître le caractère obligatoire d'une norme ou qu'ils soient réduits à le faire par le jeu des contraintes sociales* ». *Idem*.

¹⁸²³ Pour ne donner que l'exemple de la France, celle-ci signe entre 250 et 400 accords par an selon les services du Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères.

¹⁸²⁴ P.-M. Dupuy, *L'unité de l'ordre juridique international*, *Op. cit.*, p. 216.

623. Pierre-Marie Dupuy insiste sur la double identité de la Charte, à la fois texte juridique et document à portée philosophique et politique. Selon lui, « *elle est certes un texte éminemment normateur, mais dont on pourrait dire que les normes s'inscrivent, comme on le dit en comptabilité, « en partie double », c'est-à-dire selon un double registre normatif : juridique, d'une part ; idéologique et politique, ensuite. Jouant ainsi du plein champ normatif, elle peut apparaître comme la Loi fondamentale par excellence, le Grundgesetz international. Son style comme son contenu manifestent en effet l'engagement moral, introduit dans la norme juridique, de renier les aberrations du passé pour engager l'avenir sur des bases radicalement nouvelles. La Charte, alors, est Livre fondateur* »¹⁸²⁵.

624. Sur le plan substantiel, la Charte contient huit principes fondamentaux¹⁸²⁶ : 1) la finalité de maintien de la paix et de la sécurité internationales¹⁸²⁷, ce qui entraîne 2) la prohibition du recours à la force dans les relations entre Etats¹⁸²⁸ ainsi que 3) l'obligation du règlement pacifique des différends¹⁸²⁹; 4) le respect de l'égalité souveraine tous les Etats ; 5) le respect du principe de l'égalité de droit des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes; 6) le principe de coopération¹⁸³⁰ ; 7) le respect et la promotion des « droits de l'homme et des libertés fondamentales ... sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion »¹⁸³¹ et, enfin, 8) le droit «naturel» de légitime défense¹⁸³². L'article 103 consacre le principe de primauté des principes et objectifs contenus dans la Charte. Il stipule que « *en cas de conflit entre les obligations des membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront* ».

625. C'est ainsi que, selon Rudolf Bernhardt, «*la Charte est devenue la Constitution de la communauté internationale et les États tiers doivent, dans leurs relations et autrement, respecter les*

¹⁸²⁵ *Ibid*, p. 222.

¹⁸²⁶ Cf. l'énumération posée par *Idem*, p. 238-239.

¹⁸²⁷ Art. 1, §1.

¹⁸²⁸ Art. 2, §1.

¹⁸²⁹ Art. 1, §1 et art. 2, §3.

¹⁸³⁰ Art. 1, §3.

¹⁸³¹ Art. §3 également.

¹⁸³² Art. 51.

obligations découlant de la Charte pour les membres des Nations Unies»¹⁸³³. Dès lors, pour P.-M. Dupuy, « la primauté normative accordée aux « obligations en vertu » de la Charte amènerait naturellement à envisager l'ordre juridique international comme désormais doté d'un système normatif structuré verticalement, et affecté d'un régime de validité substantielle, non plus (seulement) formel »¹⁸³⁴.

626. Un second exemple de la hiérarchisation normative du droit international est la reconnaissance d'une catégorie des normes impératives ou normes de *jus cogens*. Selon l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la communauté internationale des Etats dispose de la compétence d'accepter et de reconnaître toute norme impérative du droit international général «*en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère*». Ainsi, un traité qui comporterait des stipulations contraires au *jus cogens* doit être considéré comme « nul », c'est-à-dire qu'il est réputé ne pas avoir été formé¹⁸³⁵. L'article 71, alinéa 1 de la même Convention contraint les Etats qui sont à l'origine d'une stipulation contraire au droit impératif de revenir au *statu quo ante*.

627. Par ailleurs, le champ de l'indérogeabilité du *jus cogens* ne se limite pas aux normes conventionnelles. Celui-ci s'étend également aux actes unilatéraux des Etats. Ainsi, « *l'efficacité des relations que les Etats cherchent à instaurer entre eux par leurs actes unilatéraux concordants dépend de leur conformité au jus cogens* »¹⁸³⁶. L'interdiction du recours illicite à la force peut, par exemple, être considéré comme une règle de *jus cogens* dès lors qu'une déclaration unilatérale d'indépendance assortie d'un recours illicite à la force ne saurait être reconnue comme conforme au droit international¹⁸³⁷. La conséquence pour les Etats tiers est qu'ils ne peuvent pas reconnaître le titre territorial de l'autorité sécessionniste comme acquis¹⁸³⁸.

¹⁸³³ Cité par P.-M. Dupuy, *L'unité de l'ordre juridique international*, *Op. cit.*, p. 239.

¹⁸³⁴ *Ibid*, p. 244.

¹⁸³⁵ *Ibid*, p. 678.

¹⁸³⁶ *Ibid*, p. 679.

¹⁸³⁷ Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif, CIJ Recueil 2010, p. 403.

¹⁸³⁸ R. Rivière, *Droit international public*, *Op. cit.*, p. 679.

628. Selon le célèbre internationaliste Hersch Lauterpacht¹⁸³⁹, les règles impératives doivent être comprises comme des « *principes impérieux du droit international qui peuvent être considérés comme constituant des principes d'ordre public international* »¹⁸⁴⁰. C'est ainsi que « *l'on peut considérer d'un point de vue substantiel que l'existence objective d'une interdépendance croissante des Etats et la montée de périls communs doivent immanquablement se traduire d'une façon ou d'une autre par la prise de conscience de l'appartenance des nations à une communauté de destin, entraînant des devoirs incontournables pour chaque Etat* »¹⁸⁴¹. La reconnaissance en droit positif de cet ensemble de normes impératives du droit international permet donc de déduire à la fois l'existence de règles supérieures et indérogeables et la reconnaissance d'une société politique à laquelle celles-ci ont vocation à s'appliquer. Ainsi que l'affirment P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, « *la résultante la plus directe de l'affirmation d'une communauté internationale est ainsi simultanément celle de l'existence d'un droit propre à cette communauté, non plus un jus gentium mais bien un jus cogens, ouvrant sur l'idée qu'il existe un ordre public international* »¹⁸⁴². Aussi, dès lors qu'aucun Etat ne peut s'affranchir de son respect¹⁸⁴³, Raphaële Rivière considère que « *le jeu du jus cogens est autoritaire* »¹⁸⁴⁴. Toutefois, en droit positif, les règles de *jus cogens* demeurent difficilement définissables et, comme l'indique Denis Alland, « *si la jurisprudence internationale a fait des allusions très nettes aux normes impératives érigées en une sorte d'ordre public international, force est de constater que la sanction de nullité prévue par la Convention [de Vienne sur le droit des traités] n'a jamais été prononcée en pratique* »¹⁸⁴⁵.

¹⁸³⁹ Titulaire de la chaire de droit international de l'Université de Cambridge de 1937 à 1955, conseiller aux procès de Nuremberg, il est membre de la Commission de droit international (CDI) de l'ONU. Lauterpacht est notamment connu pour ses réflexions au sujet de l'universalité des normes de droit international et pour sa défense d'un cadre juridique de protection des droits de l'homme après la Seconde Guerre mondiale. Il est l'un des plus grands promoteurs de la justice pénale internationale, ayant forgé la catégorie de « crime contre l'humanité ». L'ouvrage remarquable de Philippe Sands *Retour à Lemberg* (*Op. cit.*) retrace la vie et l'œuvre de ce juriste ainsi que celle de son compatriote Raphael Lemkin, inventeur de la catégorie de « crime de génocide ». V. également M. Laviaille, « La Commission du droit international des Nations Unies : genèse et enjeux », *Bulletin de l'Institut Pierre Renouvin*, 2015/1 (n°41), p. 109.

¹⁸⁴⁰ « *overriding principles of international law which may be regarded as constituting principles of international public policy* ». Cité par M. W. Janis, « The Nature of Jus Cogens », *Connecticut Journal of International Law* (359), 1988, p. 361.

¹⁸⁴¹ P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, *Op. cit.*, p. 451.

¹⁸⁴² *Ibid*, p. 450.

¹⁸⁴³ Celui-ci lie en effet les Etats par le biais d'une obligation à l'égard de tous (*erga omnes*). V. D. Alland, *Les 100 mots du droit international*, PUF (Coll. QSJ?), Paris, 2021, p. 79.

¹⁸⁴⁴ R. Rivière, *Droit international public*, *Op. cit.*, p. 680.

¹⁸⁴⁵ D. Alland, *Les 100 mots du droit international*, *Op. cit.*, p. 79.

629. Malgré cette limite, nous retrouvons avec le *jus cogens* l'idée d'un ensemble de règles qui, du fait de leur contenu et de leurs modalités d'élaboration, contribuent à l'unité et à la hiérarchisation du droit international. En ce sens, la « découverte » et la consolidation du *jus cogens* au travers de l'activité normative de la « communauté internationale » impose un cadre juridique aux Etats lorsque ces derniers élaborent du droit international ou interviennent sur la scène internationale. Une forme originale de constitutionnalisation du droit international peut ainsi passer par la structuration progressive de l'ordre public international autour des dispositions des règles de *jus cogens*. En effet, le *jus cogens* introduit une part d'objectivité dans un système international dominé par la subjectivité de chaque Etat. L'hypothèse du *jus cogens* évoquerait ainsi le passage « *d'une conception traditionnelle du droit international à un modèle objectif dans lequel l'Etat souverain est assujéti à des exigences matérielles supérieures à sa volonté* »¹⁸⁴⁶.

630. Correspondant à une forme d'« éthique du monde »¹⁸⁴⁷, le *jus cogens* plonge ses racines dans la doctrine jusnaturaliste¹⁸⁴⁸. C'est ainsi qu'il est possible de le comprendre comme « *une émanation juridique issue de l'école naturaliste, de ceux qui n'étaient pas à l'aise avec l'élévation de l'État par les positivistes au rang de source unique du droit international* »¹⁸⁴⁹. Paradoxalement, la logique du *jus cogens* est « calquée » sur le modèle du droit interne étatique : « *la communauté internationale est érigée en personne morale capable d'imposer le respect de règles d'intérêt communautaire* »¹⁸⁵⁰. C'est ainsi que « *l'on peut aujourd'hui parler d'un début d'ordre public international sur le modèle qu'offre le droit interne, un « ordre » propre à une communauté des Etats conçue comme distincte de ses membres* »¹⁸⁵¹.

631. Toujours est-il que le potentiel que contient le droit international pour poursuivre le processus de constitutionnalisation et déboucher sur un ensemble de règles proprement constitutionnelles appelle, pour se réaliser, une double révolution majeure. D'une part, les Etats devraient accepter de

¹⁸⁴⁶ R. Rivièrè, *Droit international public*, Op. cit., p. 680.

¹⁸⁴⁷ A. Verdross, « *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law* », AJIL, No. 1 (Jan., 1966), p. 56.

¹⁸⁴⁸ Christian Wolff et Emer de Vattel reconnaissent, par exemple, l'existence d'un « droit nécessaire » s'imposant à l'ensemble des Etats. Il distinguent ce dernier du *jus dispositivum*, c'est-à dire du droit créé par « *la volonté présumée, expresse ou tacite des Etats* ». Cités par *Idem*.

¹⁸⁴⁹ « *Jus Cogens is a legal emanation which grew out of the naturalist school, from those who were uncomfortable with the positivists' elevation of the state as the sole source of international law* ». « *The Nature of Jus Cogens* », Op. cit., p. 362.

¹⁸⁵⁰ R. Rivièrè, *Droit international public*, Op. cit., p. 681.

¹⁸⁵¹ *Ibid*, p. 19.

minorer la portée de leur liberté de création normative. D'autre part, cette minoration de l'autonomie juridique étatique devrait aller de paire avec l'émergence d'un organe centralisant l'exercice de compétences afférentes à la sauvegarde de l'ordre public international. Cette fonction pourrait être remplie, dans la logique instituée par le chapitre VII de la Charte des Nations Unies, par le Conseil de sécurité¹⁸⁵².

632. L'histoire contemporaine du droit international depuis les années 1950 montre qu'après les évolutions traversées dans les années 1960 et 1970, l'existence d'un ensemble de règles impératives dont le respect est garanti de manière plus ou moins centralisée ne s'est pas concrétisée. Le droit international positif demeure marqué par un « *culte de la souveraineté* »¹⁸⁵³. Il semble ainsi que la perspective que trace le processus de hiérarchisation du droit international n'est pas celle d'une constitutionnalisation entendue au sens strict. A nouveau, il faut entendre la constitutionnalisation du droit international non pas comme le processus de construction d'un « Etat constitutionnel mondial » - expression qui relève conceptuellement du registre de l'oxymore¹⁸⁵⁴ - mais comme un processus davantage souple et inabouti conduisant à une hiérarchisation du droit international autour d'un document pouvant présenter certains attributs formels d'une Constitution (la Charte des Nations Unies) et de règles matériellement constitutionnelles (le *jus cogens*). Nous présenterons ultérieurement de manière plus précise les théories qui postulent le rôle de la Charte de San Francisco comme une « Constitution mondiale »¹⁸⁵⁵.

633. Il convient à présent d'examiner le contenu que recouvrent les règles autour desquelles s'articule ce processus d'internationalisation *lato sensu* du droit international.

¹⁸⁵² Selon Joe Verhoeven, le Conseil de Sécurité serait l'unique organe des Nations Unies étant techniquement en droit de prendre des décisions supranationales (« ONU et compétences supranationales »; in R. Chemain, A. Pellet, *La Charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, *Op. cit.*, p. 184.

¹⁸⁵³ P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, *Op. cit.*, p. 451.

¹⁸⁵⁴ Comme nous l'avons vu, l'Etat se caractérise précisément par son inscription territoriale à l'intérieur de ses frontières. L'Etat est en ce sens une organisation intrinsèquement territoriale.

¹⁸⁵⁵ Cf. *infra*. Titre 2, Chap. 1.

§2. La constitutionnalisation du droit international : manifestations substantielles

634. C'est sur le plan substantiel que les frontières entre le droit constitutionnel national et le droit international peuvent devenir le plus floues. Les doctrines qui rejettent la conception dualiste traduite par l'image des « deux sphères »¹⁸⁵⁶ estiment que le domaine du droit international peut virtuellement s'étendre sans rencontrer de limites. Georges Dor, qui n'adhérait pourtant pas à cette vision du droit international, considérait, en 1935, que « *rationnellement, rien ne fait obstacle à ce que le développement de la conscience juridique des peuples s'accompagne du rapprochement de leurs législations nationales, en ce qui concerne les principes appelés à régir ces deux éléments essentiels de l'Etat, le territoire et la population, en rattachant à cette dernière notion celle de la protection internationale des droits individuels* »¹⁸⁵⁷. Son propos était néanmoins nuancé par la conviction que « *ne pourront, au contraire, jamais viser à l'internationalisation les principes constitutionnels, qui par essence, se meuvent dans la sphère des intérêts spécifiquement politiques* »¹⁸⁵⁸.

635. Nous souhaiterions donc nous pencher sur la progression du droit international substantiel dans des domaines matériellement constitutionnels. Comme l'énonce l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹⁸⁵⁹, les deux matières originellement constitutionnelles sont l'architecture institutionnelle des pouvoirs publics et la sauvegarde des droits et libertés fondamentaux. Les définitions communément acceptées de la Constitution matérielle - ou du critère matérielle de la Constitution - insistent sur trois domaines : « *la détermination de la forme de l'Etat [...] ; la distribution des relations entre les pouvoirs publics ou constitués [...] enfin, l'énonciation de droits et libertés dont les personnes sont titulaires* »¹⁸⁶⁰. Par une évolution tendant à la

¹⁸⁵⁶ C'est-à-dire les doctrines du monisme à primauté du droit international.

¹⁸⁵⁷ G. Dor, « Contribution à l'étude du problème de l'internationalisation des règles du droit public interne », *Op. cit.*, p. 129.

¹⁸⁵⁸ *Ibid*, p. 128.

¹⁸⁵⁹ « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

¹⁸⁶⁰ J. Gicquel et J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *Op.cit.*, p. 225.

constitutionnalisation de l'ensemble des branches du droit¹⁸⁶¹, d'autres matières sont entrées dans le domaine du droit constitutionnel.

636. Il ne s'agit pas de présenter les matières constitutionnelles dans lesquelles intervient le droit international de manière exhaustive. Nous nous concentrerons sur deux catégories. La première concerne les matières qui font l'objet d'une internationalisation intense et ancienne. La seconde, au contraire, est formée par des matières dont l'internationalisation est récente mais revêt d'importantes potentialités. L'internationalisation des droits de l'homme fait partie du premier groupe. Il s'agit d'un phénomène ancien, qui a sous-tendu le développement du droit international depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale¹⁸⁶². Il reflète l'émergence d'une conscience universelle partagée sur la valeur de la vie et de la dignité humaines. Les questions institutionnelles relatives à la sauvegarde de l'Etat de droit sont à ranger dans le même groupe car elles constituent l'autre face de la même médaille (I). La protection de l'environnement, d'un autre côté, est un domaine plus récemment internationalisé et constitutionnalisé. Or elle est aujourd'hui devenue un enjeu important du débat public national¹⁸⁶³ et international, voire transnational¹⁸⁶⁴. Elle partage avec la question de la sauvegarde des droits de l'homme la même signification existentielle pour l'humanité. Leur ignorance, leur oubli ou leur mépris sont en effet susceptibles de mettre en danger non seulement le

¹⁸⁶¹ V. par ex. l'étude de S. Mouton (dir. H. Roussillon), *La constitutionnalisation du droit en France : rationalisation du pouvoir et production normative*, Thèse pour le doctorat de droit public, Université de Toulouse 1, 1998. Ce phénomène traduit l'accroissement de l'influence du droit constitutionnel sur l'ensemble des branches du droit. La Constitution de 1958 a marqué, à cet égard, un tournant important. Elle a constitutionnalisé les principes classiques du droit pénal, jusqu'alors étranger au droit constitutionnel, affirmé les « sources » du droit administratif que le doyen Vedel avait déjà entrevues dès 1954, servi de fondement à une jurisprudence constitutionnelle à propos des principes traditionnellement civilistes de liberté contractuelle, responsabilité civile ou d'état des personnes. La révision constitutionnelle du 1er mars 2005 a introduit la Charte de l'environnement dans le préambule de la Constitution, ouvrant ainsi la voie au développement d'un droit constitutionnel de l'environnement et consacrant la protection de l'environnement comme « une dimension nouvelle et autonome de la protection des droits fondamentaux ». Enfin, accroissant la juridictionnalisation du droit constitutionnel, l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) en mars 2010 a favorisé cette dynamique. Dorénavant, « la Constitution contient des règles qui ont vocation à s'appliquer dans l'ensemble du champ social et juridique ». La constitutionnalisation du droit signifie que c'est désormais l'ensemble du droit qui est régi par des règles et des principes constitutionnels, dont le respect est sanctionné par l'ensemble des juridictions nationales.

¹⁸⁶² Avant 1945, les premières stipulations de droit international humanitaire furent consacrées par la Première Convention de Genève de 1864. De même, les Quatorze Points du président Wilson (1918) puis le Pacte de la Société des Nations (1919-1920) dans son article 23 s'intéressent au droit des minorités et des travailleurs.

¹⁸⁶³ V. par ex. la mise en place de la Convention citoyenne pour le climat et les débats politiques et juridiques qu'elle a provoquée (V. les propos de Denis Baranger dans le journal *La Croix* : « Climat, la convention citoyenne doit-elle avoir le dernier mot ? », 07/12/2020 ou de Jean-Philippe Derosier dans le même médium : « Convention climat : quelle légitimité pour les assemblées citoyennes ? », 19/06/2020).

¹⁸⁶⁴ Comme en témoigne la montée en puissance en 2019 des « grèves pour le climat » particulièrement suivies par une partie de la jeunesse dans le monde entier. Le terme « transnational » fait référence ici à un mouvement qui n'est plus de l'ordre des rapports inter-étatiques mais qui traverse les Etats.

système économique, politique ou juridique international mais l'humanité elle-même. Cela justifie son internalisation (II).

I. Droits de l'homme et Etat de droit

637. « *Charbonnier est maître chez soi. Nous traiterons comme nous l'entendons nos socialistes, nos communistes et nos juifs* ». Cette phrase glaçante prononcée par Joseph Goebbels¹⁸⁶⁵ devant la SDN en septembre 1933, alors qu'étaient mis en cause les pogroms nazis, illustre ce contre quoi le droit international, et le droit international des droits de l'homme plus particulièrement, s'est construit depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale : l'instrumentalisation du principe de souveraineté pour justifier un « droit régalien de meurtre », selon la formule de René Cassin.

638. La reconnaissance internationale des droits de l'homme est l'un des piliers de la reconstruction du droit international après 1945 et le principal fondement de son développement institutionnel. Samantha Besson, titulaire de la chaire « Droit international des institutions » au Collège de France, considère que le « *nouvel ordre institutionnel universel et égalitaire d'après-guerre trouve d'ailleurs sa meilleure expression dans le « droit d'avoir des droits » de l'article 28 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Selon cette disposition : « Toute personne a droit à ce que règne, sur le plan social [ndl : national] et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet* » »¹⁸⁶⁶. Comme le relève Frédéric Sudre, « *les règles internationales des droits de l'homme [...] visent à donner naissance à un droit de la protection de l'individu* ». Les droits de l'homme sont donc entendus comme « *les droits et facultés assurant la liberté et la dignité de la personne humaine et bénéficiant de garanties institutionnelles* »¹⁸⁶⁷. L'auteur considère ainsi que « *l'impuissance originaire du droit international général à assurer cette fonction protectrice*¹⁸⁶⁸ engendre l'apparition de règles

¹⁸⁶⁵ Citée par B. Kouchner, « À qui appartient le malheur des autres ? », *Imaginaire & Inconscient*, 2005/1 (n° 15), p. 27.

¹⁸⁶⁶ « Reconstruire l'ordre institutionnel international », *Leçon inaugurale prononcée au Collège de France le jeudi 3 décembre 2020*.

¹⁸⁶⁷ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF (Coll. Droit fondamental), Paris, 15e éd., 2021, p. 15.

¹⁸⁶⁸ Pensons une nouvelle fois à la citation de Goebbels, qui se référait à « nos socialistes, nos communistes, nos juifs » (nous soulignons).

internationales spécifiques qui traduisent un dépassement de la conception classique du droit international »¹⁸⁶⁹.

639. Il est ainsi possible de noter un essor spectaculaire, à partir de 1945, des règles internationales couvrant le domaine des droits de l'homme. Ainsi, à côté de nombreuses conventions universelles ou régionales à caractère général (Déclaration universelle de 1948, Convention européenne de 1950, Pacte international relatif aux droits civils et politiques et Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966, Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969, Charte africaine des droits de l'homme de 1981...), il existe désormais d'importants instruments internationaux à caractère particulier (Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948, Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1969, Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984...).

640. Si la multiplication des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, notamment les déclarations, n'implique pas toujours leur caractère contraignant¹⁸⁷⁰, les conditions générales d'application des règles internationales obligatoires relatives aux droits de l'homme témoignent de leur importance et de leur « *originalité profonde* »¹⁸⁷¹. En effet, leur caractère objectif tient en échec les mécanismes classiques que le droit des relations inter-étatiques met à disposition des Etats pour leur permettre de se soustraire à leurs obligations (réciprocité, réserves et dénonciation¹⁸⁷²).

641. Cette véritable « révolution internationale des droits de l'homme », pour paraphraser la formule que Marcel Gauchet emploie au sujet de la Déclaration de 1789¹⁸⁷³, implique que le monopole du droit constitutionnel sur l'organisation des rapports entre les pouvoirs publics et les gouvernés soit désormais partagé. Comme le reconnaît Pierre-Marie Dupuy, « *affirmer au plan international la primauté de la dignité humaine implique que l'Etat organise et contrôle l'action des organes des pouvoirs publics de telle façon que cette dignité soit assurée ; cette affirmation*

¹⁸⁶⁹ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *Op. cit.*, p. 21.

¹⁸⁷⁰ Frédéric Sudre note que le droit international des droits de l'homme « *est aujourd'hui encore plus un droit virtuel qu'un droit opérationnel* ». *Ibid*, p. 47.

¹⁸⁷¹ *Ibid*, p. 41.

¹⁸⁷² *Ibid*, p. 53.

¹⁸⁷³ M. Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme*, Gallimard (Coll. Bibliothèque des Histoires), Paris, 1989.

suppose également la réalisation d'un certain type de rapports entre gouvernants et gouvernés. Le droit constitutionnel interne en avait longtemps le monopole ; il n'en a désormais plus l'exclusivité»¹⁸⁷⁴. Pour Michel Virally, l'adoption de la Charte des Nations Unies et de la Déclaration universelle des droits de l'homme a donné les clés au droit international pour pénétrer «*au coeur même du sanctuaire de la souveraineté*»¹⁸⁷⁵. Le philosophe Jean-Marc Ferry résume cette idée de manière très claire : «*toute souveraineté étatique dont l'exercice n'est pas auto-limité selon le principe de respect des personnes physiques et morales, qui sont au fondement des droits de l'homme et du droit des gens, devra être politiquement limitée de l'extérieur* »¹⁸⁷⁶.

642. L'internationalisation des droits de l'homme a conduit le droit international à s'intéresser, par voie de conséquence, à la vaste question de l'organisation interne des Etats, notamment à travers le développement d'un paradigme international de l'Etat de droit (*Rule of law*)¹⁸⁷⁷. Le rapport avec la sauvegarde des droits de l'homme est assez évident : dans la mesure où l'histoire a montré que l'exercice de la puissance publique peut être la source la plus importante d'atteintes aux droits de l'homme et à la sécurité internationale, la domestication de cette puissance est envisagée comme une condition *sine qua non* pour réaliser les objectifs les plus élémentaires du système des Nations Unies. Dans un registre moins dramatique, l'internationalisation des questions institutionnelles est également liée à l'objectif onusien de développement harmonieux des sociétés. En ce sens, une doctrine économique-gestionnaire s'est spécialisée dans la recherche des meilleures conditions pour favoriser le progrès économique et social des nations¹⁸⁷⁸. Or la réunion de ces conditions implique de s'intéresser à des questions institutionnelles et administratives.

643. Comme pour l'objectif de sauvegarde des droits de l'homme, les enjeux d'organisation politique et institutionnelle interne relèvent traditionnellement du droit constitutionnel national. D'ailleurs, le droit international, et le système des Nations Unies en particulier, ont longtemps fait preuve d'une indifférence par rapport à ces sujets, qui s'explique la prégnance du principe de souveraineté et de son corollaire, le principe de non-ingérence. Georges Dor préoyaient d'ailleurs

¹⁸⁷⁴ P.-M. Dupuy, « Considérations élémentaires sur la « vie privée » des Etats », *Op. cit.*, p. 102.

¹⁸⁷⁵ M. Virally, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1983, T.183, p. 124 (cité par F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *Op. cit.*, p. 41).

¹⁸⁷⁶ J.-M. Ferry, *La question de l'Etat européen*, Gallimard (Coll. NRF essais), Paris, 2000, p. 117.

¹⁸⁷⁷ Cf. *supra.*, Sect. 1, § 2, II. B.

¹⁸⁷⁸ Cf. les travaux de UNDDPA, du PNUD ou d'UNICEF ainsi que les rapports « Doing Business » de la Banque Mondiale, qui s'intéressent également aux questions institutionnelles.

qu'il était possible « *d'éliminer d'emblée les matières sujettes à l'internationalisation tous les problèmes relatifs à l'autorité souveraine c'est-à-dire qui ont trait à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs* »¹⁸⁷⁹. L'intérêt du droit international pour les questions institutionnelles ne va donc pas de soi si l'on adopte un prisme basé sur une conception classique (donc stato-nationale) du droit international.

644. Le tournant géopolitique du début des années 1990¹⁸⁸⁰ provoque une évolution de la position des Nations Unies dans le domaine du respect de la démocratie et de la promotion de l'Etat de droit. Il est d'ailleurs possible d'observer une confusion entre ces deux concepts qui désignent, dans un premier temps, des objets différents¹⁸⁸¹. C'est la fin de la neutralité ou de l'indifférence de l'Organisation vis-à-vis de ces questions et le début de l'expansion matérielle du droit international dans ce domaine. L'internationalisation des questions institutionnelles se fonde d'abord sur une (ré)interprétation de textes relativement anciens, notamment la Déclaration universelle de 1948 et les Pactes de 1966¹⁸⁸². Celle-ci lie désormais la défense des droits de l'homme et la consolidation de la paix à la prise en charge par le droit international de la question démocratique. Le premier document qui marque ce virage doctrinal est l'*Agenda pour la paix* rendu par le secrétaire général

B. Boutros-Ghali le 17 juin 1992 à la demande du Conseil de sécurité. L'auteur y acte la fin de la Guerre froide¹⁸⁸³ et le début d'une nouvelle ère où l'indépendance des Etats doit être conjuguée avec l'interdépendance entre Etats¹⁸⁸⁴. Si « *aucune mention de la démocratie n'est faite dans la Charte des Nations Unies* »¹⁸⁸⁵, le secrétaire général insiste toutefois sur « *le respect des principes*

¹⁸⁷⁹ G. Dor, « Contribution à l'étude du problème de l'internationalisation des règles du droit public interne », *Op. cit.*, p. 129.

¹⁸⁸⁰ Cette évolution correspond, de manière plus générale, à la victoire historique remportée par les « démocraties libérales » sur le bloc soviétique.

¹⁸⁸¹ La démocratie permet d'établir le titre de légitimité du pouvoir alors que l'Etat de droit concerne ses conditions d'exercice. Désormais, le concept d'Etat de droit inclut l'idée de démocratie.

¹⁸⁸² H. Qazbir, *L'internationalisation du droit constitutionnel*, *Op. cit.*, p. 133.

¹⁸⁸³ « *Au cours des dernières années, l'immense barrière idéologique qui, pendant des décennies, a suscité la méfiance et l'hostilité - et les terribles outils de destruction qui en étaient les compagnons inséparables - s'est effondrée* ». (« *In the course of the past few years the immense ideological barrier that for decades gave rise to distrust and hostility - and the terrible tools of destruction that were their inseparable companions - has collapsed* »). *An Agenda for Peace. Preventive Diplomacy, Peacemaking and Peace-keeping*, Report of the Secretary-General pursuant to the statement adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992, p. 5.

¹⁸⁸⁴ « *Il appartient aujourd'hui aux dirigeants des États de trouver un équilibre entre les besoins de bonne gouvernance interne et les exigences d'un monde de plus en plus interdépendant.* » (« *It is the task of leaders of States today to understand this and to find a balance between the needs of good internal governance and the requirements of an ever more interdependent world* »). *Idem*, p. 9.

¹⁸⁸⁵ V. Huet, « L'autonomie constitutionnelle de l'État : déclin ou renouveau ? », *Op. cit.*, p. 78.

démocratiques à tous les niveaux de l'existence sociale [...] : dans les communautés, dans les États et dans la communauté des États »¹⁸⁸⁶.

645. Un an plus tard, en 1993, l'importance de la démocratie est affirmée pour la première fois explicitement dans un document multilatéral à travers la Déclaration adoptée dans le cadre de la Conférence mondiale de Vienne sur les droits de l'homme. Celle-ci affirme que « *la démocratie, le développement et le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont interdépendants et se renforcent mutuellement* ». Ce texte, qui est à l'origine de la création du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, préconise notamment la mise en œuvre de programmes d'assistance technique aux États qui le demandent en matière de sauvegarde des droits de l'homme. Plus précisément, il est souhaité que ces programmes comportent « *un élément de renforcement des institutions qui défendent les droits de l'homme et la démocratie, de protection juridique des droits de l'homme, de formation des fonctionnaires et autre personnel et d'éducation et d'information du grand public en vue de promouvoir le respect des droits de l'homme* ».

646. Dans les années 2000, la promotion de l'État de droit fait l'objet d'une attention soutenue de la part du successeur de B. Boutros-Ghali au secrétariat général des Nations Unies, Kofi Annan. Cela se manifeste surtout dans les opérations onusiennes de maintien de la paix et de reconstruction post-conflit. Dès l'an 2000, le rapport Brahimi¹⁸⁸⁷ soutient un élargissement de la notion de consolidation de la paix pour y envisager un large ensemble d'actions qui vont bien au-delà de l'intervention pour mettre fin au conflit¹⁸⁸⁸.

647. Le système des Nations Unies a donc atteint un haut degré de développement quant à la détermination des droits fondamentaux et des standards institutionnels dont il promeut la

¹⁸⁸⁶ « *Respect for democratic principles at all levels of social existence is crucial: in communities, within States and within the community of States* ». *An Agenda for Peace. Preventive Diplomacy, Peacemaking and Peace-keeping*, Op. cit., p. 10.

¹⁸⁸⁷ Rapport du Groupe d'étude sur les opérations de paix de l'Organisation des Nations Unies.

¹⁸⁸⁸ « *La consolidation de la paix est un terme d'origine plus récente qui, au sens où l'entend le présent rapport, définit l'action menée après les conflits, en vue de reconstituer des bases propres à affermir la paix et de fournir les moyens d'édifier sur ces bases quelque chose de plus que la simple absence de guerre. Ainsi la consolidation de la paix recouvre, sans se limiter à elles, les activités de réintégration d'anciens combattants dans la société civile, le renforcement de l'état de droit (par exemple par le biais de la formation et de la restructuration de la police locale et de la réforme du système judiciaire et pénal); l'amélioration du respect des droits de l'homme par le biais de la surveillance, de l'éducation, de l'ouverture d'enquêtes sur les mauvais traitements passés et présents; la fourniture d'une assistance technique pour un développement démocratique (notamment une assistance pour l'organisation d'élections et un appui aux médias libres); et la mise en œuvre de techniques de règlement des conflits et de réconciliation* ». Idem, p. 3.

reconnaissance sur le plan interne. Ce travail de définition et de diffusion de principes et de standards constitutionnels configure une exigence générale de «*respectabilité démocratique*»¹⁸⁸⁹ qui, sans s'imposer juridiquement aux Etats¹⁸⁹⁰, peut influencer la reconnaissance internationale de nouveaux Etats¹⁸⁹¹. Aux questions institutionnelles s'est ajouté plus récemment un domaine qui a fait l'objet d'une protection à la fois constitutionnelle et internationale : la question environnementale.

II. Le droit de l'environnement et du climat

648. L'environnement est une question éminemment internationale qui transite également, et au même moment, par le droit constitutionnel national. Il y a donc, en matière de droit de l'environnement, une forte émulation entre le droit international et le droit constitutionnel depuis les années 1970. Comme l'affirment M.-A. Cohendet et M. Fleury, « *si la protection de l'environnement est traitée par le droit international mais pas par le droit constitutionnel, ce dernier paraît dépassé, désuet. Et réciproquement* »¹⁸⁹². Il en est ainsi car la naissance du droit de l'environnement sur le plan interne et international provient d'une prise de conscience provoquée par un ensemble de découvertes scientifiques. Celui-ci apparaît donc comme une branche juridique caractérisée par l'internormativité et l'interdisciplinarité dès lors que sa création «*suppose de prendre en compte des données techniques et scientifiques fournies par des experts, des contextes économiques, des contextes sociologiques, des situations géographiques ou des considérations historiques* »¹⁸⁹³. Ainsi que le note Bertrand Mathieu à propos de la Charte de l'environnement : «*la science [...] est au centre de la logique sur laquelle est construit ce texte* »¹⁸⁹⁴. Par exemple,

¹⁸⁸⁹ H. Qazbir, *L'internationalisation du droit constitutionnel*, *Op. cit.*, p. 134.

¹⁸⁹⁰ Cf. l'étude de J. D'Aspremont, *L'état non démocratique en droit international. Etude critique du droit international positif et de la pratique contemporaine*, Pedone (Coll. Publications de la Revue Générale de Droit International Public - Nouvelle série), Paris, 2008.

¹⁸⁹¹ Cf. l'exemple du refus de la part de la Communauté européenne de reconnaître la Macédoine comme un nouvel Etat souverain, contrairement à la Bosnie-Herzégovine, la Croatie et la Slovénie. V. *Idem*.

¹⁸⁹² M.-A. Cohendet, M. Fleury, « Droit constitutionnel et droit international de l'environnement », *RFDC*, 2020/2 (n° 122, p. 279).

¹⁸⁹³ A. Pomade, « Penser l'interdisciplinarité par l'internormativité. Illustration en droit de l'environnement », *RIEJ*, 2012/1, Vol. 68, p. 85. Cité par A. Treillard, « L'acte de lecture en droit constitutionnel. Quelques réflexions sur l'intertextualité de la Charte de l'environnement », in M. Torre-Schaub (sous la dir. de), *Droit et changement climatique : comment répondre à l'urgence climatique. Regards croisés à l'interdisciplinaire*, Mare&Martin (Coll. de l'Institut des sciences juridiques et philosophiques de la Sorbonne), Paris, 2020, p. 281.

¹⁸⁹⁴ B. Mathieu, « Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°15 (Dossier : Constitution et environnement), 2004, p. 2.

l'Accord de Paris sur le climat affirme *juridiquement* l'objectif *scientifique* de limitation de l'augmentation de la température moyenne de la planète¹⁸⁹⁵.

649. Par ailleurs, le phénomène d'internationalisation du droit de l'environnement répond à la nature éminemment globale des risques liés à la dégradation de la nature et au réchauffement climatique. Dès lors qu'il s'agit d'un enjeu universel, le droit international est apparu comme le véhicule idoine pour y faire face. Comme le remarque Jacqueline Morand-Deville dans une étude à propos des concepts du droit de l'environnement, « *la mondialisation des concept environnementaux apparaît comme une évidente nécessité en raison du caractère d'universalité d'une matière qui ignore les frontières* »¹⁸⁹⁶. En effet, la protection de l'environnement peut être considérée, à l'instar de la sauvegarde des droits de l'homme, comme un vecteur indispensable de maintien de la paix et de la sécurité globales¹⁸⁹⁷. Les deux domaines se croisent d'ailleurs parfois, comme en témoigne l'enjeu des « réfugiés environnementaux », que les projections des Nations Unies établissent à 250 millions d'ici 2050¹⁸⁹⁸.

650. Aussi, le caractère global des risques environnementaux a été reconnu par la Cour de justice internationale. Dans son avis consultatif sur la « Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires », cette dernière a affirmé que l'« *obligation générale qu'ont les Etats de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale [...]* fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement »¹⁸⁹⁹.

651. Ainsi, s'il n'y a pas de définition juridique précise de l'environnement, la Cour internationale de justice a exprimé sa « *conscience que l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris*

¹⁸⁹⁵ Cf. article 2, 1.a).

¹⁸⁹⁶ J. Morand-Deville, « Avant-Propos », in J.-C. Bonichot et J. Morand-Deville (dir.), *Mondialisation et globalisation des concepts juridiques : l'exemple du droit de l'environnement*, Mission de recherche « Droit & Justice », novembre 2008, p. 13.

¹⁸⁹⁷ M.-A. Cohendet, M. Fleury, « Droit constitutionnel et droit international de l'environnement », *Op. cit.*, p. 277.

¹⁸⁹⁸ P. Canfin, « Défense : « Il y a davantage de réfugiés climatiques que de réfugiés liés aux conflits dans le monde » », *Le Monde*, 27 mars 2018. [En ligne : https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/03/27/defense-il-y-a-davantage-de-refugies-climatiques-que-de-refugies-lies-aux-conflits-dans-le-monde_5277061_3232.html].

¹⁸⁹⁹ CIJ, Avis consultatif, 8 juillet 1996, para. 29.

pour les générations à venir »¹⁹⁰⁰. En France, la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature propose une définition articulée autour de cinq éléments : l'environnement inclut la nature (espaces, espèces animales et végétales, diversité et équilibres biologiques), les terres, le sol, l'eau, l'air, le climat, les biens matériels, le patrimoine culturel, le paysage et l'interaction entre ces facteurs.

652. Sur le plan historique, le droit international s'empare des questions environnementales dans la foulée des premières études visant à montrer les « externalités négatives » des activités humaines sur la nature et, plus particulièrement, sur le climat. En ce qui concerne le réchauffement de la planète, les premières études alertant contre les conséquences catastrophiques pour l'humanité de l'émission massive de gaz à effet de serre datent de la fin des années 1950¹⁹⁰¹. Ensuite, à la fin des années 1970, le comité Jason¹⁹⁰² élabore et adresse au ministère de l'Energie étasunien un rapport crucial intitulé « The Long-Term Impact of Atmospheric Carbon Dioxide on Climate ». Ce dernier conclut à une augmentation des températures mondiales d'entre 2 et 3°C dès l'année 2035 ou, au plus tard, dès 2060¹⁹⁰³. La première conférence mondiale sur le climat est organisée à Genève par l'Organisation météorologique mondiale (OMM) et le PNUE du 12 au 23 février 1979. L'OMM et le PNUE créent en 1988 le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) afin d'évaluer de manière régulière l'état des connaissances scientifiques sur le changement climatique.

653. Concernant la protection de l'environnement de manière plus large, la première conférence internationale se tient à Stockholm du 5 au 16 juin 1972. Elle est convoquée par l'Assemblée générale des Nations Unies suite à une résolution du Conseil économique et social se faisant écho

¹⁹⁰⁰ Avis consultatif du 8 juillet 1996, para. 29.

¹⁹⁰¹ Le géophysicien Roger Revelle, scientifique éminent, l'un des premiers à étudier l'histoire climatique, publia en 1957 un article avec son collègue Hans Suess dans lequel ils pointaient « *l'expérience géophysique à grande échelle d'un genre tout à fait nouveau* » que représentait le relâchement de plusieurs milliers de tonnes de CO₂ dans l'atmosphère. Revelle fit part de son inquiétude au président Lyndon Johnson qui commanda en 1965 une étude à son Comité consultatif scientifique. Celle-ci fut dirigée par Roger Revelle et aboutit à une mise en garde concernant un ensemble de phénomènes environnementaux (fonte des glaces, élévation du niveau des mers, acidification des océans, des lacs et des rivières) qui pourraient « *ne pas être maîtrisables par des actions au niveau local, ni même national* ». Cf. l'étude passionnante de N. Reich, *Perdre la Terre*, Seuil (Coll. Points), Paris, 2019, p. 34-35.

¹⁹⁰² Il s'agit d'un groupe de travail composé de scientifiques éminents provenant de différentes disciplines (biologie, mathématiques, physiques, informatique, océanographie, etc.) chargé de conseiller les services de renseignement en matière de prévention des risques touchant à la sécurité nationale.

¹⁹⁰³ N. Reich, *Perdre la Terre*, *Op. cit.*, p. 28.

de « *travaux importants consacrés aux problèmes du milieu humain* »¹⁹⁰⁴. La conférence de Stockholm de 1972 aboutit à plusieurs documents (une Déclaration, un Plan d'action pour l'environnement et plusieurs résolutions). De plus, elle est à l'origine de la création du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE). Elle figure comme le premier « Sommet de la Terre », inaugurant ces rencontres décennales entre chefs d'Etat et de gouvernement devant aboutir à des engagements mondiaux sur la protection de l'environnement. La conférence de Stockholm a, par ailleurs, une influence considérable sur le développement du droit constitutionnel de l'environnement : entre 1972 et 1992, 46 Etats introduisent des dispositions environnementales dans leur Constitution¹⁹⁰⁵.

654. Le troisième Sommet de la Terre, organisé à Rio de Janeiro en 1992, accouche de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC) qui est devenue aujourd'hui l'instrument international relatif à la protection de l'environnement le plus largement ratifié (197 Parties en 2018¹⁹⁰⁶). La CCNUCC est un texte majeur qui consacre notamment le principe de précaution et le droit au développement durable. Un effet analogue à celui observé en 1972 peut être noté à partir de 1992 : comme le soulignent M.-A. Cohendet et M. Fleury, « *entre 1992 et 1999, 68 nouveaux États adoptent des dispositions constitutionnelles environnementales, dont 18 durant la seule année de Rio, 1992 !* »¹⁹⁰⁷. Les conférences des parties à la CCNUCC, qui prennent le nom de COP, deviennent un lieu incontournable d'élaboration de normes internationales relatives à l'environnement dès la COP 3 de Kyoto. Celle-ci permet l'adoption d'un Protocole à la CCNUCC (le « Protocole de Kyoto ») relatif à la réduction des émissions de gaz à effet de serre, considérées comme largement responsables de la hausse continue des températures sur Terre.

655. En 1998, la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (« Convention d'Aarhus ») est adoptée. S'agissant d'une convention internationale et non plus d'une simple déclaration, elle a vocation à produire des effets contraignants sur le chef des Etats. La Convention d'Aarhus met en œuvre les bases d'une « démocratie environnementale » fondée sur la reconnaissance du rôle des

¹⁹⁰⁴ Résolution E/RES/1346(XLV).

¹⁹⁰⁵ M.-A. Cohendet, M. Fleury, « Droit constitutionnel et droit international de l'environnement », *Op. cit.*, p. 280.

¹⁹⁰⁶ Cf. le site de l'agence UN Climate Change [<https://unfccc.int/fr/processus-et-reunions/la-convention/qu-est-ce-que-la-ccnucc-la-convention-cadre-des-nations-unies-sur-les-changements-climatiques>].

¹⁹⁰⁷ M.-A. Cohendet, M. Fleury, « Droit constitutionnel et droit international de l'environnement », *Op. cit.*, p. 281.

citoyens dans les processus de prise décision en matière environnementale. Elle reprend en ce sens le principe 10 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992. Celle-ci affirme en effet que « *la meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient* ». Ce principe a une grande influence en droit constitutionnel français puisqu'il a été « transposé » par l'article 7 de la Charte de l'environnement, qui représente le fondement de la moitié des décisions du Conseil constitutionnel sur ce texte¹⁹⁰⁸.

656. Aujourd'hui, le droit international de l'environnement fait l'objet de plus de 500 accords multilatéraux¹⁹⁰⁹ et de 900 traités bilatéraux¹⁹¹⁰. Il se présente ainsi sous la forme d'un ensemble composite et passablement baroque. Dès lors, différentes initiatives ont visé à en regrouper les grands principes actuellement éparpillés dans plusieurs d'instruments dont la portée normative est variable (déclarations et conventions). En 2015, le président François Hollande a promu l'adoption d'un projet de « Déclaration universelle des droits de l'humanité ». De même, deux autres initiatives provenant de la France ont été présentées dans le cadre des Nations Unies : un projet de « Pacte international relatif au droit des êtres humains à l'environnement », rédigé par l'ONG « Centre International de Droit Comparé de l'Environnement » et divulgué le 2 février 2017, et un projet de « Pacte mondial pour l'Environnement », diffusé le 24 juin 2017 et préparé par un groupe d'experts présidé par Laurent Fabius¹⁹¹¹.

657. Dans la mesure où tous ces projets n'ont pas fait l'objet d'un engagement multilatéral, l'Accord de Paris sur le climat entré en vigueur en 2016 représente pour l'heure le cadre universel de référence de la lutte contre le changement climatique et la dégradation de l'environnement. Il a été ratifié par 183 Parties sur les 197 Parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques. Ce chiffre important témoigne du consensus, chose rare dans un monde de plus en plus fragmenté, qui s'est créé autour des objectifs fixés par ce texte. Mais, pour l'heure, le droit international de l'environnement est animé par la logique classique du droit international

¹⁹⁰⁸ *Idem*.

¹⁹⁰⁹ Y. Petit, « Le droit international de l'environnement a la croisée des chemins : globalisation versus souveraineté nationale », *RJE*, 2011/1 (Vol. 36), p. 33.

¹⁹¹⁰ M.-A. Cohendet, M. Fleury, « Droit constitutionnel et droit international de l'environnement », *Op. cit.*, p. 278.

¹⁹¹¹ *Ibid*, p. 283.

comme un droit de la coopération et de la coordination entre Etats souverains¹⁹¹². Ainsi, comme l'énonce Yves Petit, « *la globalisation des questions environnementales et les risques écologiques, forcément globaux, qui découlent des atteintes à l'environnement, voire même de sa destruction, représentent un défi aux systèmes juridiques qui reposent traditionnellement sur l'Etat* »¹⁹¹³.

658. En effet, la protection de l'environnement révèle de manière dramatique le décalage entre, d'une part, la dimension transnationale et globale d'un risque reconnu par le droit et, d'autre part, la logique inter-étatique des instruments par lesquels le droit peut agir. Emblématique de la volonté cosmopolitique d'établir un droit commun de l'humanité, le droit international de l'environnement se heurte à l'infirmité congénitale qui frappe le droit international dans son ensemble : il repose largement sur le consentement des Etats à accepter des objectifs contraignants. Par exemple, la Convention sur la diversité biologique signée à Rio en 1992 affirme dans son préambule que « *la conservation de la diversité biologique est une préoccupation commune à l'humanité* » avant de « réaffirmer » la souveraineté des Etats sur leurs ressources biologiques¹⁹¹⁴. Cela ne signifie cependant pas que le droit international de l'environnement soit totalement impuissant à influencer, voire à déterminer, l'action des Etats¹⁹¹⁵. Mais, dès lors que les risques globaux liés à la dégradation de l'environnement deviennent chaque fois plus urgents, l'interventionnisme international pourrait y trouver un nouvel aliment.

659. De ce point de vue, il est possible de tracer un parallélisme entre le rôle que le Conseil de sécurité des Nations Unies a acquis en matière de prévention de crimes internationaux et celui que d'aucuns souhaitent qu'il revête dans le domaine de l'urgence climatique. Ainsi, Lucile Maertens note que « *depuis quelques années, les États membres et d'autres intervenants lors des réunions du*

¹⁹¹² Pour une critique des lacunes du droit international de l'environnement cf. Y. Aguila, M.-C. de Bellis, « Un Martien aux Nations Unies, ou réflexions naïves sur la gouvernance mondiale de l'environnement », *RED*, Année 02, mars 2021.

¹⁹¹³ Y. Petit, « Le droit international de l'environnement a la croisée des chemins : globalisation versus souveraineté nationale », *Op. cit.*, p. 31.

¹⁹¹⁴ A ce titre, son article 3 stipule que « *conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement* ».

¹⁹¹⁵ Comme nous l'avons évoqué, la prise de conscience quant aux menaces qui pèsent sur l'environnement a en effet conduit de nombreux Etats à réviser leur Constitution. Bertrand Mathieu relève que « *c'est ainsi à une réception du droit international et du droit communautaire qu'est invité à se livrer le constituant français* » lorsque ce dernier adopte la Charte de l'environnement. Cf. « Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement », *Op. cit.*, p.1.

*Conseil ont demandé au CSNU de prendre ses responsabilités dans la crise climatique mondiale, comme il a été appelé à le faire dans les questions de sécurité humaine dans les années 1990 »*¹⁹¹⁶.

660. Dès lors, l'hypothèse d'une *climatization of the UN Security council* met en lumière la place que les questions climatiques occupent désormais dans les relations internationales et dans le rôle attribué au CSNU. Lucile Marteens souligne à cet égard que «*les débats du Conseil de sécurité des Nations Unies suivent une logique d'expansion de la politique climatique en garantissant un agenda climatique stable, en attribuant au Conseil une responsabilité dans la crise climatique, en impliquant des acteurs climatiques et en plaidant pour des politiques axées sur le climat afin de maintenir la sécurité internationale* ». Partant, le changement climatique serait devenu un «*cadre dominant et un sujet incontournable des relations internationales* »¹⁹¹⁷. Dans ce cadre, le rôle du Conseil de sécurité évoluerait notamment, mais pas seulement, pour assurer la continuité d'un programme climatique¹⁹¹⁸ ou assumer la responsabilité de répondre à la crise climatique comme une menace à la paix et à la stabilité internationales¹⁹¹⁹.

661. Par conséquent, l'évolution du droit international dans le sens, d'une part, d'une hiérarchisation croissante de ses normes et, d'autre part, du développement de règles internationales relatives à des domaines matériellement constitutionnels, conduit celui-ci à se rapprocher, voire à imiter, le droit constitutionnel national. Cependant, la constitutionnalisation du droit international ne semble pas aboutie. Il est en cours et n'a pas nécessairement vocation à se conclure par l'établissement d'un «*Etat mondial* » doté d'une «*Constitution mondiale* ». Les voies de la hiérarchisation du droit international ne sont pas amenées à suivre celles qui ont présidé à la formation des ordres juridiques étatiques. Il reste toutefois que, comme nous le verrons ultérieurement, les théories qui postulent l'émergence d'un constitutionnalisme global ont connu un formidable essor grâce à deux aliments principaux : les évolutions du droit international que nous

¹⁹¹⁶ «*Over the past years, member states and other speakers intervening during the Council's meetings have asked the UNSC to take responsibility in the global climate crisis, like it has been called to do so in matters of human security in the 1990s* » L. Maertens, «*Climatizing the UN Security Council* », *International Politics* (2021), p. 11.

¹⁹¹⁷ «*climate change has become a dominant framing and an inescapable topic of international relations and that the UNSC debates follow a logic of expansion of climate politics by securing a steady climate agenda, attributing responsibility to the Council in the climate crisis, involving climate actors and advocating for climate-oriented policies to maintain international security.* » *Idem*.

¹⁹¹⁸ *Ibid*, p. 9 et s.

¹⁹¹⁹ *Ibid*, p. 11 et s.

venons de présenter et les limites rencontrées par le constitutionnalisme national dans le cadre de la globalisation. Nous les étudierons donc ultérieurement¹⁹²⁰.

¹⁹²⁰ Cf. *infra*. Titre 2, Chap. 1.

Conclusion du Chapitre

662. Historiquement, le droit constitutionnel n'est pas indifférent au droit international. Il en tient compte au travers de dispositions qui envisagent les modalités de négociation et de ratification des traités ou qui déterminent la valeur de ces derniers en droit interne. La prise en compte de l'existence du droit international par le droit constitutionnel n'est donc pas, *per se*, de nature à mettre en cause les conceptions stato-nationales du droit adossées au principe de souveraineté. Au contraire, cette logique confirme leur pertinence car elle découle de l'idée selon laquelle, en droit interne, *«tout procède de la Constitution »*¹⁹²¹.

663. Cela étant, la perméabilité du droit constitutionnel national vis-à-vis du droit international s'est fortement accrue depuis les années 1950. Surtout, cette perméabilité a multiplié ses formes. Dès la fin de la Seconde Guerre mondiale, l'exercice même du pouvoir constituant originaire a pu faire l'objet d'une internationalisation en étant largement déterminé par des puissances étrangères. Or l'internationalisation du pouvoir constituant conduit à un rapport de dépendance juridique du droit interne vis-à-vis du droit international. Celle-ci est définie par Jean Combacau comme suit :

*« lorsque des ensembles normatifs sont, en droit et non plus en fait, dans un rapport de dépendance l'un par rapport à l'autre, celui-ci ne peut s'expliquer que par l'existence d'une norme, appartenant à l'un des ensembles en présence ou à un ensemble tiers, d'où résulte la qualité normative reconnue aux autres : c'est de cette norme fondatrice de leur juridicité et de leur place dans un ensemble normatif que résulte la dépendance proprement entendue, c'est-à-dire la dépendance formelle d'une norme par rapport à l'autre »*¹⁹²². C'est dans cette circonstance, nous semble-t-il, que le principe de souveraineté risque de perdre sa pertinence.

664. Au-delà de cet exemple, certes rare mais révélateur, le droit international a pu exercer une influence sur le droit constitutionnel national selon d'autres modalités. Nous avons mis en lumière, par exemple, la sécrétion de « droit souple » sous la forme de standards constitutionnels globaux véhiculés, par exemple, par les programmes d'assistance constitutionnelle onusiens ou l'activité de la Commission de Venise. Cette pratique est animée par la conviction selon laquelle le droit extra-étatique (droit international et droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme)

¹⁹²¹ R. Abraham, *Droit international, droit communautaire et droit français*, *Op. cit.*, p. 35.

¹⁹²² J. Combacau, « Sources internationales et européennes du droit constitutionnel », *Op. cit.*, p. 407.

présente une aptitude à faire converger les droits constitutionnels nationaux vers une forme de « *jus commune* » permettant de reconnaître et de sauvegarder l'Etat de droit, les droits de l'homme et la démocratie.

665. Par ailleurs, le droit international s'est parallèlement transformé, à la fois formellement et substantiellement, afin de revêtir une plus forte cohérence et prendre en charge cette fonction d'harmonisation des ordres constitutionnels nationaux. Le droit international ne s'inscrit donc plus dans une logique purement inter-étatique.

666. Il faut ainsi tenir compte de ces deux éléments, la perméabilité croissante du droit constitutionnel par rapport au droit international et la tendance que présente ce dernier à la structuration et la hiérarchisation, pour prendre la mesure des pressions auxquelles est soumis le principe de souveraineté. En effet, la fonction justificative du principe de souveraineté est affaiblie dès lors que, sur le plan interne, le rapport de consubstantialité entre l'Etat et le droit constitutionnel s'effrite et que, sur le plan externe, le droit international s'émancipe de la logique purement inter-étatique.

667. En-deçà du système universel, de nouvelles formes d'association entre Etats souverains ont vu le jour après la Seconde Guerre mondiale. Elles ont présidé au développement de systèmes juridiques extra-nationaux plus ou moins centralisés. Parmi ces derniers, l'Union européenne fait figure de pionnière. Ses rapports avec les ordres juridiques des Etats membres demeurent l'exemple le plus abouti de la perméabilité du droit constitutionnel vis-à-vis de normes et de systèmes juridiques extra-nationaux. Parallèlement à l'Union européenne, le Conseil de l'Europe a également développé une influence non négligeable sur les ordres juridiques et les Constitutions des Etats parties. Le droit né de la Convention européenne des droits de l'homme - notamment au travers de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, des relations diplomatiques engagées au sein du Comité des ministres et des travaux de la Commission de Venise - a « *suscité une adaptation ou une réorganisation significative des hiérarchies normatives traditionnelles, en particulier du point de vue des rapports entre normes constitutionnelles et normes*

internationales »¹⁹²³. C'est donc le phénomène d'eupéanisation du droit constitutionnel qu'il s'agit à présent d'analyser.

¹⁹²³ S. Henneute-Vauche, « La mise en place du « monde de la Convention » et l'affirmation d'une doctrine maison », in S. Henneute-Vauche, J.-M. Sorel (sous la dir. de), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Bruylant (Coll. Colloques), Bruxelles, 2011, p. 1.

CHAPITRE 2. L'EUROPEANISATION, DU DROIT CONSTITUTIONNEL

*«Le projet d'intégration européenne naît d'une méfiance, c'est trop peu dire, d'un rejet des formes tragiques d'expression de la souveraineté étatique en Europe : l'hégémonie à l'extérieur, l'oppression à l'intérieur. Créer l'Europe c'est se défendre contre les tentations isolées de la puissance [...]». L. Azoulay, « L'Etat », in J.-B. Auby, *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, Paris, 2010.*

« Je désire souligner ici, solennellement, qu'il n'y a là aucune atteinte au principe fondamental de la souveraineté nationale... La souveraineté de la France est inaliénable, imprescriptible, incessible et indivisible... Il ne peut y avoir de transfert, c'est-à-dire de cession définitive de la souveraineté d'un Etat. Il ne peut pas davantage y avoir cession d'une partie de la souveraineté, car la souveraineté est indivisible. La souveraineté est un principe qui est supérieur à la constitution. De même que le peuple souverain détient un pouvoir constituant lui-même supérieur à la constitution, qu'il peut réviser ou abolir à sa guise, de même, le peuple souverain peut en toute souveraineté délimiter l'espace où s'exerce sa souveraineté. »

Propos tenus par Michel Vauzelle, Garde des Sceaux, ministre de la Justice, à l'Assemblée nationale le 6 mai 1992.

668. La création des Communautés européennes et du Conseil de l'Europe au lendemain de la Seconde Guerre mondiale¹⁹²⁴ est aujourd'hui devenu un fait majeur dans l'histoire du droit constitutionnel et, plus largement, dans la trajectoire historique des Etats concernés. Le professeur Pablo Pérez Tremps considère, en ce sens, qu'il est aujourd'hui désormais « *doctrinalement banal* » d'affirmer que « *l'une des plus grandes transformations que le droit public ait traversé à la fin du XXe et au début du XXIe siècle est son adaptation aux exigences des processus d'intégration supranationale et, logiquement, en particulier, au processus d'adaptation qui concerne l'Union européenne* »¹⁹²⁵.

669. Le Conseil de l'Europe et les Communautés européennes furent fondés par le biais d'instruments conventionnels classiques, des traités entre Etats souverains, mais leur développement les a rapidement conduit à s'émanciper des objectifs, des formes de légitimité et des

¹⁹²⁴ La Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) fondée en 1951 et la Communauté économique (CE) créée en 1993 pour remplacer la Communauté économique européenne (CEE) ont disparu avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009. La Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEa ou «Euratom»), fondée en 1957, est l'unique survivante après Lisbonne des trois Communautés européennes d'origine.

¹⁹²⁵ M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. E. Casas Baamonde (dir.), *Comentarios a la Constitución Española. Tomo II*. Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, p. 296.

procédures propres au droit international public général. Dès 1972¹⁹²⁶, Pierre Pescatore comprit parfaitement, non seulement le potentiel, mais la réalité incarnée par les Communautés européennes. Selon Pescatore, les Communautés s'éloignent « *des caractéristiques inhérentes aux rapports réglés par le droit international traditionnel : un projet d'unification comme objectif ; l'introduction de nouveaux principes de représentativité, différents de la représentation d'Etats et amenant une structuration institutionnelle distincte de celles des organisations internationales ; enfin, un réaménagement des compétences et pouvoirs au niveau de la souveraineté des Etats* »¹⁹²⁷. Du point de vue de leur légitimité, cet auteur note que les Communautés européennes « *sont la première tentative, à une échelle significative, de créer de véritables pôles structurels [de légitimité] en dehors de celui, jusque-là dominant, de l'Etat* »¹⁹²⁸.

670. Pour en souligner la spécificité, Pierre Pescatore qualifie le droit communautaire de « droit de l'intégration ». Contrairement au droit international, qui est un droit de la coopération, le droit de l'intégration poursuit, à travers des mécanismes juridiques inspirés du droit constitutionnel des Etats fédéraux - notamment la primauté et l'effet direct¹⁹²⁹ - une finalité de nature politique : l'« *union sans cesse plus étroite entre les peuples* ». Par conséquent, le droit de l'intégration vise à bâtir une union d'inspiration fédérale entre plusieurs Etats souverains européens¹⁹³⁰. De ce point de vue, il revêt une nature supranationale, comme l'évoque la citation susévoquée de Pablo Pérez Tremps.

671. La supranationalité a reçu de nombreuses définitions depuis ses premiers usages dans les années 1950. Pour Pierre Pescatore, elle revêt trois caractéristiques essentielles : « *la*

¹⁹²⁶ V. P. Pescatore, *Le droit de l'intégration: émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruylant (coll. Droit de l'Union européenne), Bruxelles, 2005 (rééd. 1972)

¹⁹²⁷ *Ibid*, p. 48.

¹⁹²⁸ *Ibid*, p. 15.

¹⁹²⁹ Peu après la création des Communautés européennes, la Cour de justice initie une jurisprudence constructive jalonnée par des arrêts emblématiques et visant à préciser et à renforcer les conditions d'applicabilité du droit communautaire. Celui-ci est rapidement perçu par la Cour de Luxembourg comme « *un nouvel ordre juridique de droit international au profit duquel les Etats ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains dont l'exercice affecte aussi bien les Etats membres que leurs citoyens* » (CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos c/ Pays-Bas*, Aff. 26-62, p. 23). En ayant accepté la fondation de cet ordre juridique propre et intégré à leurs systèmes juridiques, les Etats membres renoncent à lui opposer une « *mesure unilatérale ultérieure* ». Partant, « *le droit né du traité issu d'une source autonome* » ne saurait, « *en raison de sa nature spécifique originale, se voir opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même* » CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, Aff. 6-64, p. 1159). C'est ainsi que sont consacrés de manière prétorienne les principes d'effet direct et de primauté.

¹⁹³⁰ Le maintien de la souveraineté nationale malgré l'intégration européenne a été notamment examiné par Florence Chaltiel (cf. *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français*, *Op. cit.*).

*reconnaissance, par un groupe d'Etats, d'un ensemble d'intérêts communs ou, d'une manière plus large, d'un ensemble de valeurs communes ; la création d'un pouvoir effectif, placé au service de ces intérêts ou de ces valeurs ; enfin, l'autonomie de ce pouvoir »*¹⁹³¹. La reconnaissance de valeurs communes et la création d'institutions à leur service peut être retrouvée aisément en droit international, comme en témoigne le système des Nations Unies¹⁹³² ou celui de la Société des Nations avant lui. D'ailleurs, le droit supranational est le produit d'une évolution de règles et de pratiques de droit international¹⁹³³. Partant, ce qui caractérise véritablement un pouvoir supranational est son caractère autonome, « *en d'autres termes, qu'il soit distinct du pouvoir des Etats participants* »¹⁹³⁴.

672. La nature intégrative et supranationale du droit des Communautés puis de l'Union européenne provoque une transformation de l'Etat membre. A ce titre, il faut préciser que l'Union européenne intègre et transforme les Etats de manière différenciée. Il existe en effet une Europe « à plusieurs vitesses ». Ainsi, les effets de l'appartenance à l'Union ne sont pas les mêmes pour la France, par exemple, membre de la zone euro et de l'espace Schengen, que pour la Suède, qui ne partage pas la monnaie unique et ne fait pas non plus partie de l'espace de libre-circulation.

673. Les Etats européens les plus intégrés, comme la France, subissent des effets de l'intégration y compris jusque dans leur structure constitutionnelle. En effet, « *la naissance et le développement ultérieur d'entités supranationales a entraîné l'adaptation des structures constitutionnelles internes aux structures juridiques et politiques de l'intégration, produisant un phénomène que l'on pourrait appeler la communautarisation des constitutions, comme manifestation d'un processus plus général de communautarisation de l'ensemble de l'ordre juridique interne* »¹⁹³⁵. En un sens, la communautarisation des Constitutions nationales est une réponse de ces dernières face au défi que pose le pluralisme juridique européen.

¹⁹³¹ *Le droit de l'intégration, Op. cit.*, p. 50.

¹⁹³² Cf. *supra*. Chap. précédent.

¹⁹³³ Pierre Pescatore cite l'exemple du processus de décision majoritaire au GATT « *dont l'effet s'impose [aux Etats] grâce au régime de réciprocité dans le cadre de consolidations pour des périodes limitées* » comme l'un des précurseurs de la supranationalité. *Le droit de l'intégration, Op. cit.*, p. 52.

¹⁹³⁴ *Ibid*, p. 51.

¹⁹³⁵ P. Pérez Tremps, « La integración en la Unión Europea », *Op. cit.*, p. 296.

674. Le droit de l'intégration provoque également une transformation dans les rapports entre Etats membres. Ces derniers font désormais partie d'une structure institutionnelle et politique qui les dépasse et les contraint de tenir compte de situations de fait et de droit concernant leurs partenaires. Comme l'indique E. Dubout, « *en participant à l'Union, l'Etat lie son destin à d'autres en n'étant plus en mesure de décider exclusivement de ce qui est bon pour la collectivité nationale* »¹⁹³⁶. Cette « fédéralisation horizontale » contribue largement à un processus de *dénationalisation* de l'Etat selon lequel « *les intérêts externes sont internalisés au sein des mécanismes décisionnels étatiques aboutissant à ce que les organes de l'Etat n'agissent plus uniquement dans un intérêt national mais dans un intérêt plus global tenant compte d'autres intérêts nationaux concurrents* »¹⁹³⁷. Si nous avons aperçu ce phénomène au travers de l'étude de certaines transformations du droit international dans ses rapports avec le droit constitutionnel¹⁹³⁸, il apparaît de manière autrement plus importante dans le cadre de l'Union européenne.

675. Par ailleurs, un « droit de l'harmonisation », « *catégorie intermédiaire entre l'intégration et la coopération* »¹⁹³⁹, se serait développé dans le cadre du Conseil de l'Europe¹⁹⁴⁰, à côté du droit de l'intégration propre à l'Union européenne. François Ost et Michel van de Kerchove considèrent ainsi que « *ce sont plusieurs espaces juridiques européens variables dans leur circonscription territoriale et distincts quant à leurs objectifs et l'impérativité de leur législation qui interfèrent désormais avec les réglementations nationales* »¹⁹⁴¹. Dès lors, le droit de l'Union européenne et le droit secrété par les organes du Conseil de l'Europe entretiennent des similitudes. Comme le note le professeur Mathieu, « *le droit de la Convention européenne des droits de l'homme participe, comme le droit de l'Union européenne, à la construction d'un droit produit de l'interaction entre des ordres juridiques non hiérarchisés, complémentaires, mais aussi concurrents* »¹⁹⁴².

¹⁹³⁶ « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *RDLF*, 2015, chron. n°09, p. 11.

¹⁹³⁷ *Ibid*, p. 7

¹⁹³⁸ Cf. *supra*. Chap. précédent.

¹⁹³⁹ F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *Op. cit.*, p. 66.

¹⁹⁴⁰ Le Conseil de l'Europe fut institué par le Traité de Londres de 1949. Réunissant 10 membres au départ, il en compte aujourd'hui 47.

¹⁹⁴¹ *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *Op. cit.*, p. 66.

¹⁹⁴² B. Mathieu, « Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme :

Coexistence – Autorité – Conflits – Régulation », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°32, juillet 2011.

676. Toutefois, si les deux organisations sont nées « *de l'ambition de dépasser la toute-puissance de l'Etat en l'inscrivant dans un cadre supranational plus large* »¹⁹⁴³, ce dépassement est conçu de manière différenciée. En effet, si le « *système de la Convention continue d'envisager l'Etat nation comme l'idéal-type de la forme de détention du pouvoir sur un espace donné, dont il suffit d'encadrer l'exercice afin d'éviter les passions politiques, le système de l'Union s'est employé à déconstruire la conception de l'Etat comme agissant dans un intérêt exclusivement national* »¹⁹⁴⁴.

677. Il n'en demeure pas moins que le droit de l'Union européenne et celui issu de la Convention exercent tous deux une influence sur le droit constitutionnel national, bien que celle-ci soit d'intensité différente (Section 1). De ce point de vue, leur développement conduit à poser la question des rapports entre ordres juridiques dans l'espace européen comme une nouvelle question de nature constitutionnelle dont les approches stato-nationales du droit fondées sur le principe de souveraineté peinent à rendre compte de manière satisfaisante (Section 2).

Section 1. L'influence des droit européens sur le droit constitutionnel national

678. Les rapports entre ordres juridiques nés dans l'espace européen sont marqués par deux caractéristiques qui semblent *a priori* contradictoires : l'autonomie et l'interdépendance. L'autonomie car, comme nous le verrons plus précisément, chaque ensemble juridique en présence¹⁹⁴⁵ manifeste sa spécificité et son indépendance vis-à-vis des ensembles juridiques tiers en recherchant son fondement dans une norme qui lui est propre. Néanmoins, l'ordre juridique de l'Union, le droit issu de la Convention et les ordres juridiques nationaux sont interdépendants les uns vis-à-vis des autres et, ce, à un double titre. D'une part, l'existence de chacun est reconnue par les autres au plus haut degré de leurs hiérarchies normatives respectives¹⁹⁴⁶. D'autre part, leur unité et leur intégrité peut dépendre de la prise en compte, et parfois de la bonne application, des règles

¹⁹⁴³ E. Dubout, « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *Op. cit.*, p. 11.

¹⁹⁴⁴ *Idem.*

¹⁹⁴⁵ Ordres juridiques nationaux, ordre juridique de l'Union et droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁹⁴⁶ Les Constitutions nationales pour les Etats, les traités (TFUE et TUE) pour l'Union et la Convention européenne des droits de l'homme pour le système européen de protection des droits de l'homme construit autour de la Cour de Strasbourg.

qu'ils édictent par les organes relevant d'ordres juridiques tiers. De ce point de vue, l'ordre juridique de l'Union, le droit issu de la Convention et les ordres juridiques nationaux sont enchevêtrés.

679. Or la préservation de l'autonomie dans l'interdépendance n'est pas simple. En effet, chaque ensemble juridique tend à proclamer la primauté de ses règles sur celles issues d'ensembles juridiques tiers, ce qui engendre une négociation permanente afin de concilier les prétentions de primauté concurrentes.

680. Les deux organisations régionales européennes que sont le Conseil de l'Europe et l'Union européenne exercent, au travers du droit qu'elles secrètent, une double influence sur le droit constitutionnel des Etats qui les composent. D'une part, l'Union et le Conseil de l'Europe exercent une influence d'ordre matériel, qui porte sur le contenu du droit constitutionnel national. D'autre part, ces organisations exercent une influence de nature formelle, qui concerne le statut du droit constitutionnel national. Ce dernier, tout comme l'ensemble du droit national, est réputé, du point de vue de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, devoir se conformer au droit que ces organisations édictent. Ainsi, le droit constitutionnel national ne peut pas être considéré, depuis la perspective de ces dernières, comme un ensemble de règles jouissant de la primauté absolue en droit interne¹⁹⁴⁷. Plus largement, c'est l'Etat comme forme de domination politico-juridique qui est transformé par son appartenance à l'Union européenne et sa participation au Conseil de l'Europe. Tout cela pose d'importants défis à une conception stato-nationale du droit fondée sur le principe de souveraineté.

681. Nous procéderons d'abord à l'étude des rapports entre le droit des Communautés (puis de l'Union européenne) et le droit constitutionnel national car ces derniers font naître des situations juridiques qui mettent directement en cause le principe de souveraineté (§1). En effet, les atteintes à l'intégrité de l'ordre juridique étatique peuvent être perçues comme des atteintes à la souveraineté nationale. Le droit constitutionnel national est également soumis à l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme dans des domaines parfois considérés comme sensibles du point de vue de leur rapport avec l'exercice de la souveraineté nationale (§2).

¹⁹⁴⁷ Cf. la distinction entre « primauté » et « suprématie » que Baptiste Bonnet tâche de réaliser (*Repenser les rapports entre ordres juridiques*, *Op. cit.*, p. 73 et s.).

§1. L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit constitutionnel national

682. Du point de vue des Etats membres, la « construction » ou l'« intégration »¹⁹⁴⁸ européenne est un processus déclenché par un acte de volonté souverain prévu dans la Constitution nationale : la ratification des traités fondateurs de 1951¹⁹⁴⁹ et de 1957¹⁹⁵⁰. Cependant, les implications postérieures de cet acte initial ont transformé profondément les Etats qui en font partie et, ce, jusque dans leurs fondations constitutionnelles. C'est en ce sens qu'il est possible de parler de *communautarisation* ou, depuis l'adoption du traité de Lisbonne et la disparition des Communautés¹⁹⁵¹, d'*européanisation* du droit constitutionnel. Cette expression désigne un phénomène par lequel la Constitution intègre des dispositions matérielles provenant directement de stipulations du droit de l'Union européenne (ex droit communautaire). Comme l'affirme Bertrand Mathieu, « *on a les lois qui transposent les directives, on a aussi des Constitutions qui transposent des traités* »¹⁹⁵².

683. Si la manifestation initiale de la communautarisation du droit constitutionnel est l'ancrage du droit communautaire dans les Constitution nationales (I), sa conséquence plus profonde se lit dans les rapports que le droit communautaire entretient avec la souveraineté nationale (II).

I. L'ancrage constitutionnel de la construction européenne

684. Le phénomène de communautarisation du droit constitutionnel a ancré la dynamique de développement et d'approfondissement des Communautés et de l'Union européenne dans la

¹⁹⁴⁸ Luuk van Middelaar attire l'attention sur les représentations évoquées par les différents termes qui sont choisis pour qualifier ce processus. Selon lui, « *plusieurs substantifs circulent à propos de l'Europe : « intégration », « construction », « unification », « coopération ». [...] « Intégration » évoque un processus quasi chimique, qui se termine par une fusion totale ; « construction » fait penser à un chantier hors de l'histoire où, tout restant à faire, chacun doit apporter sa pierre à l'édifice ; « unification » suppose un projet politique sans préciser si celui-ci va se faire de gré ou de force ; « coopération », enfin, met l'accent sur la permanence des Etats (membres) en tant qu'entités autonomes* ». *Le passage à l'Europe*, Gallimard (coll. Bibliothèque des idées), Paris, 2012, p. 27.

¹⁹⁴⁹ Année d'entrée en vigueur du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (ou Traité de Paris).

¹⁹⁵⁰ Année d'entrée en vigueur du Traité instituant la Communauté économique européenne (ou Traité de Rome).

¹⁹⁵¹ Hormis la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEa).

¹⁹⁵² B. Mathieu, « Repenser le droit constitutionnel ? », in B. Bonnet (sous la dir. de), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, Paris, 2016, p. 830.

Constitution des Etats membres. En France, il est permis par la révision de la Constitution après une décision rendue par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 54¹⁹⁵³. Ainsi, du point de vue du droit interne, le pouvoir constituant national et la jurisprudence constitutionnelle organisent la pénétration du droit communautaire dans le droit constitutionnel (A), ce qui illustre la maîtrise par les organes de l'Etat du phénomène de communautarisation du droit constitutionnel national (B).

A. Les procédures d'introduction du droit de l'Union dans la Constitution

685. La rencontre entre le Conseil constitutionnel et le droit communautaire était, pour reprendre le mot d'Anne Levade, « *juridiquement inévitable* »¹⁹⁵⁴ au vu de la teneur de l'article 54 de la Constitution. Ce dernier présente en effet une importante innovation par rapport à la Constitution de 1946 qui serait expliquée par la prise de conscience du constituant de 1958 de la nature nouvelle des engagements internationaux ratifiés par la France¹⁹⁵⁵. De ce point de vue, comme dans tant d'autres, la Constitution de 1958 serait fortement influencée par la conception gaullienne de l'Etat et de la souveraineté. En particulier, comme le rapporte Olivier Beaud, certains gaullistes n'auraient pas apprécié « *que le traité de Rome de 1957 fût approuvé par le Parlement en vertu d'une loi ordinaire, sans contrôle préalable de constitutionnalité* »¹⁹⁵⁶.

686. L'article 54 devait ainsi permettre d'assurer la suprématie de la Constitution dans l'hypothèse d'une incompatibilité entre cette dernière et un projet de traité. D'ailleurs, cette disposition aurait été immédiatement perçue ainsi, comme un bouclier visant à protéger la Constitution. Au sein du Comité consultatif constitutionnel, l'ancien garde des Sceaux Pierre-Henri Teitgen, qui deviendra un critique du général de Gaulle dès les premières années de la Ve République, perçoit dans cette

¹⁹⁵³ « Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ».

¹⁹⁵⁴ A. Levade, « Le Conseil constitutionnel et l'Union européenne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Hors-série - Colloque du cinquantenaire, 30 novembre 2009.

¹⁹⁵⁵ D'ailleurs, comme nous le verrons à la suite, il n'existe pas, en Allemagne, de procédure équivalente à celle de l'article 54 de la Constitution de 1958.

¹⁹⁵⁶ O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et ses approximations », *JP*, n°21, juillet 2018, p. 157.

disposition un « *inquiétant nationalisme juridique* »¹⁹⁵⁷. Les motivations idéologiques ou philosophiques ayant présidé à la rédaction de l'article 54 s'expliquent ainsi par la prégnance d'une conception exigeante du principe de souveraineté. Sur le plan organique, cet article entraîne une conséquence immédiate : la reconnaissance d'un rôle majeur au profit du Conseil constitutionnel dans la gestion des rapports entre ordres juridiques. Ce dernier devient le gardien de la Constitution et, mécaniquement, de la souveraineté nationale¹⁹⁵⁸, vis-à-vis des projets de traités internationaux qui pourraient être incompatibles avec cette dernière.

687. La Haute Instance rend, pour la première fois, une décision sur le fondement de l'article 54 en 1970. Celle-ci concerne un traité négocié dans le cadre des Communautés européennes¹⁹⁵⁹. Ensuite, depuis cette date, le Conseil constitutionnel a été saisi à six reprises pour contrôler la conventionnalité d'un traité européen¹⁹⁶⁰. C'est ainsi qu'il a examiné la conformité à la Constitution de l'ensemble des traités modificatifs européens à l'exception de l'Acte unique de 1986 et le traité de Nice de 2001. De plus, en vertu de l'article 61 de la Constitution, 60 députés saisirent le Conseil de la loi autorisant l'approbation des Accords de Schengen¹⁹⁶¹.

688. La première décision du Conseil qui conclut à la non conformité d'un engagement international non encore ratifié vis-à-vis de la Constitution fut adoptée suite à l'examen du traité de Maastricht¹⁹⁶². Cet examen est d'une grande importance. Comme le souligne le conseiller rapporteur du texte, Maurice Faure, il s'agit de « *la première fois que le Conseil est saisi d'un traité qui pose dans son ensemble la problématique de la construction européenne* »¹⁹⁶³. A partir de 1992, le Conseil a adopté un constat de non conformité à chaque examen d'un traité modificatif

¹⁹⁵⁷ Travaux du Comité consultatif constitutionnel, séance du 1er août 1958, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution de 1958, t. II, Le Comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958*, Documentation française, 1988, Paris, p. 133. .

¹⁹⁵⁸ Sur ce point v. P. Gaïa, « Le Conseil constitutionnel est-il encore le gardien de la souveraineté nationale ? », *Politéia*, n°25 (Printemps 2014), p. 209-239 et, du même auteur, « Le Conseil constitutionnel peut-il encore résister à l'Europe ? », *RFDC*, 2014/4 (n° 100), p. 921-941.

¹⁹⁵⁹ Décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *Traité de Luxembourg*.

¹⁹⁶⁰ Décision n° 76-71 DC du 30 décembre 1976, *Election des membres de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct* ; décision n° 92-308 DC du 09 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne* (Maastricht I) ; décision n° 92-312 DC du 02 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne* (Maastricht II) ; décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* et décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne*.

¹⁹⁶¹ Décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, *Accords de Schengen*.

¹⁹⁶² Décision 308 DC du 9 avril 1992, *Traité de Maastricht*.

¹⁹⁶³ Compte-rendu de la séance du mardi 7 avril 1992 (Traité de Maastricht), p. 3.

européen¹⁹⁶⁴. Ainsi, tous les instruments établissant le « cadre constitutionnel »¹⁹⁶⁵ européen examinés par le Conseil constitutionnel se sont avérés contraires à la Constitution et, qui plus est, à la souveraineté nationale¹⁹⁶⁶. Suite à une déclaration de non conformité entre un traité européen non encore ratifié et la Constitution, celle-ci a été révisée à quatre reprises.

689. La première révision fut donc réalisée pour permettre la ratification du traité de Maastricht (loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992), la deuxième permit de ratifier le traité d'Amsterdam (loi constitutionnelle n° 99-49 du 25 janvier 1999) et une troisième fut adoptée en vue de ratifier le traité de Lisbonne (loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008). La loi constitutionnelle n°2005-204 du 1er mars 2005 devait rendre possible la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe mais, s'agissant d'un traité de substitution de l'ensemble des traités existant et non pas un « simple » traité modificatif, l'entrée en vigueur de la révision fut différée à celle du traité. Ainsi, après le rejet de la ratification par référendum, la loi constitutionnelle votée devint sans objet. Le résultat de toutes ces révisions a été l'introduction puis la modification d'une « clause Europe » dans la Constitution de 1958 : le titre XV.

690. Les révisions du 25 novembre 1993¹⁹⁶⁷ et du 25 mars 2003¹⁹⁶⁸ méritent une mention à part. Bien qu'elles aient été réalisées pour mettre la Constitution en conformité avec le droit européen, la procédure suivie fut différente de celle envisagée dans l'article 54. La première révision, relative au droit d'asile, fut rendue nécessaire après la censure par le Conseil constitutionnel, saisi en vertu de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution, d'une loi transposant les stipulations de deux traités¹⁹⁶⁹ déjà

¹⁹⁶⁴ Le seul qui a été jugé conforme fut, comme le note P. Gaïa, le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union européenne du 2 mars 2012 (cf. décision n°2012-653 DC du 9 août 2012). V. « Le Conseil constitutionnel est-il encore le gardien de la souveraineté nationale ? », *Op. cit.*, p. 221.

¹⁹⁶⁵ La formule est de la Cour de justice de l'Union européenne, qui relève dans son avis 2/13 du 18 décembre 2014 relatif à la procédure d'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme que « *l'Union est dotée d'un ordre juridique d'un genre nouveau, ayant une nature qui lui est spécifique, un cadre constitutionnel et des principes fondateurs qui lui sont propres, une structure institutionnelle particulièrement élaborée ainsi qu'un ensemble complet de règles juridiques qui en assurent le fonctionnement* » (cf. point 158).

¹⁹⁶⁶ Cf. *infra*. B.

¹⁹⁶⁷ Loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993.

¹⁹⁶⁸ Loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003.

¹⁹⁶⁹ La Convention signée à Dublin le 15 juin 1990 relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée auprès d'un Etat membre des Communautés européennes et la Convention d'application de l'accord de Schengen signée le 19 juin 1990.

ratifiés sans avoir été soumis préalablement au contrôle prévu par l'article 54¹⁹⁷⁰. La seconde révision, relative au mandat d'arrêt européen institué par la décision-cadre du 13 juin 2002, fut décidée après avis du Conseil d'Etat¹⁹⁷¹.

691. L'appartenance de la France aux Communautés puis à l'Union, consacrée par l'article 88-1 du Titre XV, est, par ailleurs, considérée par le Conseil comme établissant une obligation constitutionnelle de transposition des directives européennes, qu'il s'est reconnu compétent pour contrôler¹⁹⁷². En revanche, afin d'aménager son contrôle dans le respect du droit de l'Union européenne, il a enserré sa compétence dans une double limite : d'une part le délai d'un mois dans lequel il est constitutionnellement contraint de statuer l'empêche de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle. Il « *ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer* »¹⁹⁷³. D'autre part, il se reconnaît la possibilité de censurer toute loi de transposition qui irait « *à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti* »¹⁹⁷⁴.

B. La maîtrise par la France de la pénétration du droit de l'Union dans la Constitution

692. Il est possible de déduire des développements qui précèdent que les conditions de participation de la France aux Communautés européennes et à l'Union sont bien déterminées par la Constitution et non pas par le droit européen. Ainsi, la communautarisation du droit constitutionnel français est bien réelle car l'appartenance de la France aux Communautés puis à l'Union est consacrée par la Constitution. Mais il ne s'agit ni d'une fatalité, ni du fruit d'une décision imposée à la France. La

¹⁹⁷⁰ Décision n°93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*. Ensuite, sur saisine du Premier ministre, le Conseil d'Etat estima que la Constitution devait être révisée afin de surmonter la censure constitutionnel (CE, Ass. (Sect. de l'intérieur), avis du 23 septembre 1993, n°355113).

¹⁹⁷¹ CE, Ass., avis du 26 septembre 2002, n°368282.

¹⁹⁷² Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.

¹⁹⁷³ Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

¹⁹⁷⁴ *Idem*.

décision ultime appartient au constituant après l'éventuel contrôle du Conseil constitutionnel. De ce point de vue, c'est parce que la Constitution consacre l'ouverture du droit interne au droit international¹⁹⁷⁵, en conférant une valeur particulière au droit des Communautés et de l'Union¹⁹⁷⁶, que la *communautarisation* devient possible. En cas d'incompatibilité entre la Constitution et un traité non encore ratifié, le principe selon lequel « *toute souveraineté réside essentiellement dans la nation* »¹⁹⁷⁷ permet à cette dernière, par ses représentants ou par la voie du référendum¹⁹⁷⁸, de mettre en œuvre le pouvoir constituant afin d'autoriser la ratification en révisant la Constitution. Comme le Conseil l'affirme dans sa décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Maastricht II* : « *le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée ; qu'ainsi rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle ; que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite* »¹⁹⁷⁹.

693. Ainsi, comme nous l'avons noté dans le chapitre précédent, la Constitution demeure, du point de vue du Conseil constitutionnel et des juridictions nationales suprêmes, au sommet de l'ordre juridique interne¹⁹⁸⁰. L'intégrité de l'ordre constitutionnel interne et, partant, le respect de la souveraineté nationale sont donc sauvegardés.

694. Cette affirmation peut être appuyée par les exemples contraires d'engagements européens n'ayant pas été ratifiés par la France pour cause d'incompatibilité avec la Constitution. L'illustration la plus frappante est sans doute celle fournie par le cas du traité établissant une Constitution pour l'Europe de 2005. Celui-ci devait consacrer formellement le «saut constitutionnel» européen en fusionnant l'ensemble des traités constitutifs en un seul document. Le traité de 2005 est l'aboutissement d'un long processus de réflexion sur l'avenir de l'Union qui débute avec la

¹⁹⁷⁵ Quatorzième et quinzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946, Titre VI et Titre XV de la Constitution de 1958. Cf. *supra*. Chap. précédent.

¹⁹⁷⁶ Titre XV, et en particulier article 88-1, de la Constitution de 1958.

¹⁹⁷⁷ Article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

¹⁹⁷⁸ Article 3 de la Constitution de 1958.

¹⁹⁷⁹ Considérant 19.

¹⁹⁸⁰ Comme le Conseil l'a déclaré lors de l'examen du traité établissant une Constitution pour l'Europe (décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, considérant n°10). Le Conseil d'Etat (CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, n°200286 200287) et la Cour de cassation (C. cass., Ass. pl., du 2 juin 2000, *Fraisse*, n°99-60.274) étaient arrivés à la même conclusion auparavant.

Déclaration de Laeken de 2001. Ce traité présente des spécificités dès sa genèse. Tout d'abord, sa rédaction est le fruit d'un changement important concernant la méthode, qui s'écarte du modèle de la négociation intergouvernementale classique. Le projet de traité est en effet rédigé par une assemblée d'un genre nouveau, consacrée entièrement à la réflexion sur l'approfondissement de l'intégration européenne : la Convention sur l'avenir de l'Europe. Celle-ci est présidée par Valéry Giscard d'Estaing et composée de 105 membres titulaires. Elle comprend non seulement des représentants des États, mais aussi des représentants du Parlement européen, des parlements nationaux et de la Commission européenne. La mise en place de cette Convention correspond au modèle des conventions ou des comités constituants nationaux¹⁹⁸¹, bien que les Etats membres conservent le contrôle sur l'aboutissement de la procédure. Ensuite, l'objectif principal des débats est également inédit. Il ne s'agit plus seulement de l'élargissement du champ de compétences de l'Union européenne, mais d'une réflexion globale sur la démocratie européenne, son organisation et son avenir. C'est ce changement d'objectif qui débouche finalement sur le Traité établissant une constitution pour l'Europe, sans que l'élaboration d'un tel texte ait fait explicitement partie du mandat de la Convention sur l'avenir de l'Europe. Finalement, le texte adopté lors du sommet de Bruxelles le 18 juin 2004 reflète les compromis entre Etats membres sans avoir dénaturé le projet préparé par la Convention. L'ambition constitutionnelle pour l'Union européenne franchit ainsi le cap de la décision intergouvernementale mais s'échoue, en France et aux Pays-Bas, sur celui du référendum, où le « non » au traité l'emporta. L'échec de ce « moment constituant européen » souligne le caractère ultime du choix souverain réalisé par les Etats.

695. Par conséquent, si la communautarisation du droit constitutionnel est un fait juridique majeur depuis 1992, il n'est pas moins « *politiquement souhaité et souverainement accepté* »¹⁹⁸². En théorie, donc, la souveraineté n'est pas reniée par ce phénomène, elle en constitue, au contraire, la condition de possibilité¹⁹⁸³. Il reste cependant qu'un examen plus approfondi des procédures que nous avons décrites permet d'envisager cette question théorique de manière plus fine, dans la mesure où il existe une jurisprudence constitutionnelle spécifique, en France comme dans d'autres Etats européens, concernant la souveraineté nationale.

¹⁹⁸¹ Elle renvoie particulièrement à la « Convention de Philadelphie ».

¹⁹⁸² A. Levade, « La construction européenne et son incidence sur les compétences étatiques et la hiérarchie des normes », *Op. cit.*, p. 293.

¹⁹⁸³ C'est la thèse défendue par Florence Chaltiel (*La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'Etat membre*, *Op. cit.*).

II. Le principe de souveraineté nationale face au droit de l'Union européenne : le cas français

696. Les inquiétudes autour des incidences sur la souveraineté nationale des dispositifs européens de coopération interétatique sont anciennes. En 1954, le projet de la Communauté européenne de défense provoquait déjà un débat important au sein de la classe politique et parmi la doctrine juridique malgré l'ouverture remarquable de la Constitution de 1946 au droit international¹⁹⁸⁴. Les opposants - il s'agissait essentiellement des gaullistes orthodoxes, de Jacques Chaban-Delmas et d'une partie des socialistes de la SFIO (notamment Max Lejeune) - se rejoignaient sur l'importance de conserver l'outil de la défense sous la maîtrise nationale. Selon ces derniers, sans armée l'Etat ne serait plus en mesure de sauvegarder l'intégrité et la souveraineté de la nation¹⁹⁸⁵. Nous retrouvons l'un des « serpents de mer » des débats sur l'Europe juridique : la question insoluble - et, selon nous, posée de manière insatisfaisante¹⁹⁸⁶ - du degré à partir duquel l'Etat perdrait une compétence essentielle, emblématique de son être, et deviendrait un sous-ensemble politique au sein d'une institution souveraine englobante.

697. Ces inquiétudes se sont déplacées au domaine du contentieux constitutionnel (A), amenant le Conseil à articuler une conception particulière de la souveraineté nationale dont il convient d'examiner la signification (B).

A. L'apparition de la souveraineté dans la jurisprudence européenne du Conseil constitutionnel

698. Le Conseil constitutionnel entretient des relations anciennes et inéluctables avec le principe de souveraineté. Anciennes car il s'y réfère dès sa première décision concernant la compatibilité à la

¹⁹⁸⁴ Selon Patrick Gaïa, « *partisans et adversaires de ce projet (éminemment politique mais aux implications juridiques majeures) - au nombre desquels prenaient rang quelques-unes des voix les plus écoutées de la doctrine française de l'époque - s'étaient disputés principalement sur la question de savoir si, précisément, la souveraineté nationale sortirait ou non indemne de l'entreprise au cas où celle-ci eût été conduite jusqu'à son terme* ». « Le Conseil constitutionnel est-il encore le gardien de la souveraineté nationale ? », *Op. cit.*, p. 217.

¹⁹⁸⁵ J. Kergoat, « Comment fut rejeté en 1954 le projet d'une Communauté européenne de défense », *Le Monde*, 9 juin 2004.

¹⁹⁸⁶ Cf. *infra*. Titre 2, Chap. 2.

Constitution d'un engagement international sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, en 1970¹⁹⁸⁷. Inéluctables car, comme nous l'avons mentionné, la souveraineté est un objet structurant de la Constitution de 1958. Le général de Gaulle voyait dans la souveraineté à la fois le « *fondement absolu de la légitimité de l'Etat* »¹⁹⁸⁸ et le critère de la puissance de ce dernier. La spécificité la plus intéressante et la plus féconde de la conception gaullienne de l'Etat est peut-être cette « *synthèse réalisée de l'Etat-République et de l'Etat-puissance* »¹⁹⁸⁹.

699. Pourtant, la Constitution de 1958 se limite à des dispositions convenues à propos de la souveraineté et rien ne prédisposait le Conseil constitutionnel à faire de cette dernière un objet à part entière du contrôle de conformité à la Constitution des traités internationaux. Rien, si ce n'est le caractère structurant que les conceptions stato-nationales du droit reconnaissent à la souveraineté. En effet, selon ces dernières, la souveraineté ne pourrait pas se laisser enfermer dans une disposition particulière du droit positif, fût-elle de rang constitutionnel, car elle serait inhérente à la condition d'Etat. Le simple contrôle du respect des dispositions constitutionnelles relatives à la souveraineté ne serait donc pas de nature à protéger cette dernière : celle-ci appelle un contrôle spécifique. Notons que cette conception des rapports entre la souveraineté et la Constitution est conforme à celle que se font les doctrines positivistes¹⁹⁹⁰, pour lesquelles la souveraineté doit être considérée comme étant contenue dans la Constitution.

700. Ainsi, dès sa première décision sur le fondement de l'article 54¹⁹⁹¹, la Haute Instance précise que son contrôle vise les « *clauses contraires à la Constitution* » et celles qui porteraient atteinte aux « *conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* »¹⁹⁹². Il s'agit, pour reprendre la formule de Jean-Philippe Derosier, de « *limites constitutionnelles à l'intégration européenne* »¹⁹⁹³. Si le Conseil considère en 1970 que le traité du Luxembourg ne porte pas atteinte aux « *conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* », l'apparition de cette formule

¹⁹⁸⁷ Décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *Traité de Luxembourg*, considérant n°9.

¹⁹⁸⁸ V. Alibert-Fabre, « La pensée constitutionnelle du général de Gaulle à « l'épreuve des circonstances » », *RFSP*, n°5, 1990, p. 701.

¹⁹⁸⁹ *Ibid*, p. 710.

¹⁹⁹⁰ Cf. *supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 1, Sect. 2, §2, I.

¹⁹⁹¹ Décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *Traité de Luxembourg*.

¹⁹⁹² *Idem*, considérant n°9.

¹⁹⁹³ J.-Ph. Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne. Étude comparée : Allemagne, France, Italie*, LGDJ (Coll. Thèses), Paris, 2015.

sonnait comme un avertissement pour l'avenir. Comme le relève Olivier Beaud, « *si la décision contestée du 21 avril 1970¹⁹⁹⁴ n'avait qu'une valeur « technique » et ne posait pas de problème de principe* », le Conseil prévient de ce que, « *à l'avenir, une disposition plus importante, et non seulement technique, ne manquerait pas d'être contrôlée plus sévèrement* »¹⁹⁹⁵.

701. Cependant, la formule des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » disparaît assez rapidement. Dans la décision de 1976 relative à l'élection des parlementaires européens au suffrage universel direct¹⁹⁹⁶, le Conseil constitutionnel retient de manière éphémère la distinction entre les « *limitations de souveraineté* » tolérées par la Constitution et les « *transferts de tout ou partie de la souveraineté nationale* » prohibés. Mais cette distinction fut abandonnée après avoir fait l'objet de critiques, y compris au sein du Conseil. Comme l'explique le premier rapporteur, Maurice Faure, elle retient un critère organique, qui est celui de l'autorité qui exerce la compétence (est-elle nationale ou supranationale?), au détriment d'un critère matériel, qui insisterait sur le domaine concerné par le transfert de compétences. Sa substitution par l'expression visant les « *conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* » permet ainsi de ne pas « *traiter de la même façon la défense nationale et - pour prendre des exemples extrêmes - la protection des consommateurs ou la pêche* »¹⁹⁹⁷.

702. Ainsi, lorsque le Conseil est saisi, en 1985, du Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme concernant l'abolition de la peine de mort, il réaffirme à nouveau, comme dans sa décision de 1970, son contrôle sur les clauses d'un engagement international contraires à la Constitution ou compromettant les « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Il sous-entend que celle-ci découle du « *devoir pour l'Etat d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et libertés des citoyens* »¹⁹⁹⁸. Cette formule est définitivement adoptée par le Conseil constitutionnel dès 1985.

¹⁹⁹⁴ Décision du Conseil relative au remplacement des contributions financières des Etats membres par des ressources propres aux Communautés.

¹⁹⁹⁵ O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et ses approximations », *Op. cit.*, p. 160.

¹⁹⁹⁶ Décision n° 76-71 DC du 30 décembre 1976, *Election des membres de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*

¹⁹⁹⁷ Compte-rendu de la séance du mardi 7 avril 1992 (Traité de Maastricht), p. 16.

¹⁹⁹⁸ Décision n° 85-188 DC du 22 mai 1985, *Protocole n°6 à la Convention européenne des droits de l'homme*, considérant n°2 et n°3.

703. Selon Maurice Faure, la référence aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » permet de « *mieux prendre en compte l'imbrication entre le droit communautaire et le droit interne, en donnant sa pleine valeur à l'article 55 de la Constitution et au 14ème alinéa du préambule de la Constitution de 1946 selon lequel la France se conforme aux règles du droit public international. Mais en définissant le domaine où le transfert de compétences s'opère, on aboutit à réaffirmer, de la manière la plus nette, l'importance de la souveraineté* »¹⁹⁹⁹. En outre, cette expression s'accorde bien avec le style laconique des décisions du Conseil. Elle s'avère à la fois brève et précise. Elle laisse une importante marge à la Haute Instance pour se positionner au cas par cas : elle revêt, en cela, une fonction stratégique appréciable dans un domaine hautement sensible. A cet égard, l'évocation simple des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », sans énumération des domaines d'exercice de la souveraineté²⁰⁰⁰, a été préférée par le Conseil constitutionnel car elle ne l'engage pas pour l'avenir et préserve cette marge de manœuvre²⁰⁰¹.

704. Le contrôle du respect des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale repose sur l'identification au cas par cas d'un seuil d'atteinte. Il s'organise en deux phases et met en œuvre trois types différents de critères. La première phase correspond à l'identification d'un « critère d'alerte », qui réside sur la nature de la compétence en cause²⁰⁰². Sont ici visées les matières faisant partie du domaine (sans doute un peu subjectif) du « régalien » (la monnaie, le contrôle aux frontières, la politique pénale...) dont le renoncement par l'Etat signifie que celui-ci « *sacrifie un*

¹⁹⁹⁹ Compte-rendu de la séance du mardi 7 avril 1992 (Traité de Maastricht), p. 16.

²⁰⁰⁰ Il est seulement possible d'affirmer que les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale sont distinctes de l'exercice des droits et libertés fondamentaux. La décision 188 DC du 22 mai 1985 concernant le Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme effectue un rapprochement entre « *le devoir pour l'Etat d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et libertés des citoyens* » et les « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Dans ce sens, comme le note Patrick Gaïa, le Préambule de la Constitution de 1958 indique que « *le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale* », ce qui, selon lui, tendrait à distinguer la sauvegarde des droits et libertés de l'exercice de la souveraineté. Aussi, « *s'il est des droits fondamentaux qui ont partie liée avec l'exercice de la souveraineté nationale (les droits de participation par exemple), la plupart d'entre eux sont indépendants de l'exercice de la souveraineté nationale sauf à adopter une conception hyper-extensive de cette notion* ». P. Gaïa, « Le Conseil constitutionnel est-il encore le gardien de la souveraineté nationale ? », *Op. cit.*, p. 225). Bruno Genevois avance la même idée dans son commentaire de la décision n°92-308 DC du 9 avril 1992 (« Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution », *RFDA*, 1992, p. 373).

²⁰⁰¹ Lors des échanges au sein du Conseil à propos de la décision portant sur le traité de Maastricht, le président considère en effet que le premier rapporteur Maurice Faure a « *choisi l'approche la plus habile en ne retenant pas une énumération* » (*Ibid*, p. 17). Le conseiller Georges Abadie lui emboîte le pas, estimant qu'il est « *toujours dangereux d'énumérer* ». *Idem*.

²⁰⁰² P. Gaïa, « Le Conseil constitutionnel est-il encore le gardien de la souveraineté nationale ? », *Op. cit.*, p. 230.

*élément de son identité, comme s'il perdait « un peu de son âme » »*²⁰⁰³. La seconde phase examine deux autres critères, les « *critères du déclenchement d'inconstitutionnalité* » selon la formule de Patrick Gaïa²⁰⁰⁴. Ceux-ci concernent l'ampleur du transfert (s'agit-il d'une compétence précise ou d'un bloc entier de compétences ?) ainsi que les conditions dans lesquelles ce dernier a lieu (la France peut-elle revenir sur son engagement en le dénonçant ? La procédure décisionnelle mise en œuvre pour exercer la compétence ou le bloc de compétences transféré permet-elle à la France de s'opposer à la décision ?). Ces trois critères (ou indices) sont systématisés par Noëlle Lenoir à deux reprises à l'occasion de l'examen du traité de Maastricht²⁰⁰⁵. Ils sont ensuite repris par Roland Dumas, conseiller rapporteur de la décision à propos du Traité d'Amsterdam de 1997, par Pierre Mazeaud, dans son rapport relatif au traité établissant une Constitution pour l'Europe en 2004 et, enfin, par Guy Canivet, alors qu'il est conseiller rapporteur de la décision relative au Traité de Lisbonne en 2007²⁰⁰⁶.

705. Cependant, si cette formule est heureuse du point de vue stratégique, elle soulève des interrogations sur le plan théorique. En fixant le standard des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », le Conseil décide d'appréhender l'enjeu de la participation de la France aux Communautés puis à l'Union comme un enjeu de conservation de la souveraineté nationale. Or, si les tribunaux constitutionnels sont « *prisonniers et dépendants des systèmes juridiques respectifs auxquels ils appartiennent et dont ils sont gardiens* »²⁰⁰⁷, cette prison est d'abord intellectuelle. Elle empêche le Conseil de concevoir le rapport de la France aux Communautés et à l'Union européennes autrement que comme un « jeu à somme nulle » à l'issue duquel la France risque de perdre sa condition d'Etat.

706. Cependant, comme l'indique Pierre Pescatore, le transfert de compétences peut être conçu comme une transaction « *fondée, et voilà l'essentiel, sur un échange de pouvoirs nationaux contre*

²⁰⁰³ *Idem.*

²⁰⁰⁴ *Idem.*

²⁰⁰⁵ « Nous avons utilisé trois éléments pour juger de l'atteinte aux conditions essentielles de la souveraineté. Le domaine [...], [l]a procédure [...]. Enfin, troisième notion : l'irrévocabilité ou l'irréversibilité ». Compte-rendu de la séance du 9 avril 1992 (Traité de Maastricht), p. 27. « Quels sont les critères que nous avons voulu retenir jusqu'à présent pour apprécier une atteinte à la souveraineté nationale ? J'en vois trois : le domaine concerné, la procédure prévue par le traité et le degré d'atteinte concret qui en résulte ». *Ibid*, p. 44-45.

²⁰⁰⁶ O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et ses approximations », *Op. cit.*, p. 168.

²⁰⁰⁷ A. Levade, « Constitution et Europe ou le juge constitutionnel au cœur des rapports de système », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°18 (Dossier : Constitution et Europe), juillet 2005.

*des droits de cogestion dans l'organisme attributaire de ces transferts. [...] Or ces droits de cogestion font plus que compenser les pertes de souverainetés assumées par les Etats concessionnaires; la transaction leur apporte, en effet, un bénéfice supplémentaire en ce qu'ils participent, sur le plan international, à l'exercice de droits d'action qu'un Etat isolé n'aurait jamais pu déployer »*²⁰⁰⁸.

707. L'impossibilité pour le Conseil constitutionnel de concevoir la participation de la France à la «construction» européenne autrement que comme une menace pour la souveraineté nationale ne provient pas de son office de « gardien de la souveraineté ». Cette position jurisprudentielle découle des conceptions de la souveraineté nationale que la Haute Instance a développées lorsqu'elle a été confrontée aux traités européens.

B. La signification de la souveraineté nationale dans la jurisprudence européenne du Conseil constitutionnel

708. Nous pouvons identifier les trois acceptions classiques de la souveraineté mises en lumière par Carré de Malberg²⁰⁰⁹ dans les différentes décisions du Conseil constitutionnel.

Tout d'abord, la souveraineté est perçue, dans une perspective substantielle, comme une somme de compétences. C'est ainsi que le Conseil examine les effets des transferts de l'exercice de certaines compétences sur les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Nous pouvons citer la décision n°308 DC du 9 avril 1992, dans laquelle le Conseil constitutionnel estime que « *la mise en œuvre d'une politique monétaire et d'une politique de change uniques* » suit des modalités telles « *qu'un État membre se trouvera privé de compétences propres dans un domaine où sont en cause les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* »²⁰¹⁰. Il en va de même dans la décision n°505 DC du 19 novembre 2004, à l'occasion de laquelle le Conseil considère que domaine du contrôle aux frontières, celui de la coopération judiciaire en matière

²⁰⁰⁸ P. Pescatore, « La souveraineté dans une société d'inégaux, pouvoir suprême... coalisable, partageable, divisible, intégrable... responsable ? Justiciable ? », *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puisseux*. *L'Etat souverain dans le monde d'aujourd'hui*, A. Pedone, Paris, 2008, p. 244.

²⁰⁰⁹ Pour rappel, Carré de Malberg estime « *le mot de souveraineté a acquis dans le passé trois significations*

principales, bien distinctes. Dans son sens originare, il désigne le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante, et en particulier de la puissance étatique. Dans une seconde acception, il désigne l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'Etat, et il est par suite synonyme de cette dernière. Enfin il sert à caractériser la position qu'occupe dans l'Etat le titulaire suprême de la puissance étatique, et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe ». *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 79.

²⁰¹⁰ Considérant n°43.

civile et celui de la coopération judiciaire en matière pénale constituent des «*compétences inhérentes à l'exercice de la souveraineté nationale* »²⁰¹¹. Dans cette même acception, la souveraineté renvoie également aux conditions d'exercice de ces compétences une fois transférées. Par exemple, la Haute Instance a déterminé que le passage de la règle de l'unanimité à celle de la majorité qualifiée dans le cadre de la procédure législative ordinaire concernant les matières inhérentes à l'exercice de la souveraineté nationale, mais relevant déjà des compétences des Communautés ou de l'Union, nécessite une révision de la Constitution²⁰¹².

Ensuite, la souveraineté a également été envisagée par le Conseil constitutionnel comme l'attribut de l'organe suprême au sein de l'Etat. En ce sens, la Haute Instance s'est appuyée sur l'article 3 de la Constitution, qui ancre la souveraineté nationale dans le peuple. Ainsi, la référence aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » ne traduit pas seulement une conception stato-nationale classique du droit mais elle traduit également l'attachement à la nation comme cadre privilégié d'épanouissement d'un gouvernement démocratique. La décision n°71 DC du 30 décembre 1976 relative à l'élection au suffrage universel direct des membres de l'Assemblée parlementaire européenne²⁰¹³ et la décision n°308 DC du 9 avril 1992 à propos du Traité de Maastricht²⁰¹⁴ fournissent deux exemples de cette jurisprudence. Le lien entre l'exercice du suffrage universel par les nationaux français et la souveraineté est clairement identifié.

Enfin, la souveraineté comme autonomie (souveraineté externe de l'Etat) est considérée comme la possibilité pour la France d'accepter, sous réserve de réciprocité, « *les limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix* »²⁰¹⁵. Mais cette dernière est également perçue comme un bouclier qui permet à la France « *de contenir, non seulement sur le*

²⁰¹¹ Considérant n°27.

²⁰¹² Le Conseil soutient notamment qu'une telle situation prive « *la France de tout pouvoir d'opposition, soit en conférant une fonction décisionnelle au Parlement européen, lequel n'est pas l'émanation de la souveraineté nationale, soit en privant la France de tout pouvoir propre d'initiative* ». Décision n°505 DC du 19 novembre 2004, considérant n°29.

²⁰¹³ Le Conseil constitutionnel précise que « *la souveraineté qui est définie à l'article 3 de la Constitution de la République française, tant dans son fondement que dans son exercice, ne peut être que nationale et que seuls peuvent être regardés comme participant à l'exercice de cette souveraineté les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République* » (considérant n°6). Il conclut dans le considérant n°7 que le Parlement européen « *n'appartient pas à l'ordre institutionnel de la République française et [...] ne participe pas à l'exercice de la souveraineté nationale* ».

²⁰¹⁴ Le Conseil estime que le droit de vote des étrangers aux élections municipales contrevient à l'article 3 de la Constitution dès lors que le Sénat, qui participe à l'exercice de la souveraineté nationale, est élu par un corps électoral émanant lui-même des collectivités territoriales, dont notamment les conseils municipaux (considérant n°24 à 27).

²⁰¹⁵ La formule provient de l'article 15 du Préambule de la Constitution de 1946. Il est repris par le rapporteur de la décision n°71 DC du 30 décembre 1976, v. le Compte-rendu de la séance du 29 décembre 1976 (élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct), p. 37.

plan politique mais aussi sur le plan juridique, les prétentions éventuelles d'une assemblée élue »²⁰¹⁶ et, par extension, de toute autre institution ou organe de l'Union européenne.

709. En définitive, le Conseil constitutionnel envisage son rôle de gardien de la souveraineté nationale face au développement des Communautés et de l'Union européennes dans une double perspective. Il s'intéresse, d'une part, aux effets des traités européens sur l'exercice du faisceau de compétences nationales souveraines. Il veille, d'autre part, à ce que la France puisse conserver un titre de résistance à l'extension du droit de l'Union par le biais de son contrôle des procédures d'élaboration du droit primaire (ratification des traités) puis dérivé.

710. De ce point de vue, les échanges au sein du Conseil trahissent la présence, comme un « éléphant dans la pièce », des craintes relatives à l'apparition d'un super-Etat européen. En ce sens, comme le note Olivier Beaud, l'évolution fédérale de l'Union européenne est souvent comprise, en France, comme une évolution étatique²⁰¹⁷ : un « saut fédéral » européen impliquerait de franchir le « seuil étatique »²⁰¹⁸. Parfois, ces sujets sont évoqués directement, comme lorsque Pierre Chatenet affirme qu'il n'y a, à son avis, ni « *nation européenne* » ni « *super-Etat doté d'une supra nationalité* »²⁰¹⁹, considérant, au contraire, que « *la seule souveraineté est exercée par les Etats au nom des nations, tout le reste ne consiste qu'en organismes techniques ad hoc ayant des objets très déterminés* »²⁰²⁰. Mais, le plus souvent, les membres de la Haute Instance n'évoquent pas cette question explicitement.

711. L'analyse de la jurisprudence et des compte-rendus de séance nous amène à conclure que, pour aboutir à une déclaration d'inconstitutionnalité sur la base d'une atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, le Conseil constitutionnel avance à tâtons, à la fois en ce qui concerne les formules retenues et la conception qu'il se fait du principe de souveraineté. Les membres du Conseil se réfèrent parfois explicitement à certains auteurs mais les penseurs les plus

²⁰¹⁶ *Ibid*, p. 38.

²⁰¹⁷ O. Beaud, *Le pacte fédératif. Essai sur la constitution de la Fédération et sur l'Union européenne*, Dalloz (Coll. Droit politique), Paris, 2022, p. 468.

²⁰¹⁸ O. Beaud illustre cette idée en citant le raisonnement de Charles Leben : « A propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits*, 1991, n°14, p. 61 et s. (Cf. O. Beaud, *Ibid*, p. 16).

²⁰¹⁹ Compte-rendu de la séance du 29 décembre 1976 (élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct), p. 47.

²⁰²⁰ *Idem*.

importants de la souveraineté et de l'Etat (Machiavel, Jean Bodin, Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, Raymond Carré de Malberg pour ne citer que certains d'entre eux dont nous avons présenté la pensée²⁰²¹) ne sont pas mentionnés, leur œuvre n'est pas évoquée et encore moins discutée. D'ailleurs, les auteurs cités restent peu nombreux et, surtout, aucune tentative n'est faite de rattacher la conception retenue de la souveraineté à une théorie en particulier. Les décisions du Conseil constitutionnel - concises et précises mais très laconiques - ainsi que les débats que retracent les comptes-rendus laissent une impression d'indétermination, comme si les acceptions retenues de la souveraineté étaient évidentes et allaient de soi, comme si ce principe n'avait pas fait l'objet de controverses théoriques extrêmement importantes.

712. Par exemple, le conseiller rapporteur Paul Legatte note, à l'occasion des débats sur le Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme concernant l'abolition de la peine de mort, « *l'imprécision du concept de souveraineté* »²⁰²². De manière étonnante, il se déclare même prêt à affirmer que le texte examiné ne porte pas atteinte à la souveraineté sans être pour autant en mesure de le démontrer (!)²⁰²³. Un tel aveu témoigne du terrain difficile sur lequel le Conseil a lui-même décidé de se placer. Il témoigne aussi, soit dit en passant, de l'importance pratique que revêt la théorie juridique et, plus particulièrement, la théorie générale de l'Etat, dans l'interprétation des mots du droit, notamment les plus structurants. Cette démarche du Conseil constitutionnel n'a d'ailleurs pas manqué d'être critiquée, Olivier Beaud allant jusqu'à la qualifier de « *bricolage* » de faible densité juridique »²⁰²⁴.

713. Nous pouvons fournir deux exemples des apories sur lesquelles débouche ce manque de réflexion à propos de la souveraineté. Le premier concerne la saisine de 60 sénateurs qui donna lieu à la décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992 (Traité de Maastricht II). Dans celle-ci, les parlementaires prennent pour point de départ une définition de la souveraineté qu'ils déduisent de la jurisprudence constitutionnelle et qui est essentiellement une définition substantielle. Ils

²⁰²¹ Cf. *supra*. Introduction générale et Partie 1.

²⁰²² Compte-rendu de la séance du 22 mai 1985 (Protocole n°6 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme), p. 5.

²⁰²³ Le compte-rendu décrit que M. Legatte « se déclare prêt à affirmer, mais sans pouvoir le démontrer autrement, que la ratification par la France du Protocole n°6 additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme, n'attenterait pas à la souveraineté nationale ». Compte-rendu de la séance du 22 mai 1985 (Protocole n°6 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme), p. 5.

²⁰²⁴ O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et ses approximations », *Op. cit.* résumé en ligne [<http://juspoliticum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-sur-la-souverainete-et-ses-approximations-1238.html>].

s'interrogent : « si la souveraineté n'est plus qu'une « addition de compétences » (selon un auteur qui dit cependant par ailleurs que la souveraineté est un « bloc » inaltérable, F Luchaire, RDP, 1992, p 606) et si on peut lui ôter successivement des compétences comme des feuilles à un artichaut, à partir de quel moment ou de quel degré la « souveraineté-artichaut » verra-t-elle son cœur atteint ? ». En partant de ce présupposé, et de cette remarquable métaphore botanique, les sénateurs saisissants exhortent donc le Conseil à « fixer un seuil au-delà duquel la révision constitutionnelle serait toujours possible, mais devrait avoir pour objet la réforme d'ensemble de l'Etat et le changement de nature de celui-ci ». En effet, argumentent-ils, « il ne peut y avoir deux constitutions : l'une correspondant à la conception traditionnelle de la souveraineté nationale et de son exercice indivisible par les représentants du peuple français et l'autre introduisant l'idée d'une souveraineté partagée et d'un Etat membre d'un ensemble plus vaste de type quasi fédéral ».

714. Le second exemple est fourni par Paul Legatte. Celui-ci file une comparaison originale qui se rapproche du raisonnement que nous venons de présenter. Il compare la souveraineté à un élément chimique dont l'apparence, la couleur, pourrait être transformée par le contact avec un « corps étranger », le droit extra-national. Ce propos le conduit à retenir une conception matérielle de la souveraineté : cette dernière serait un « faisceau de compétences » dont le retrait d'un « petit chevron » pourrait avoir pour effet de transformer sa nature²⁰²⁵. Que l'inspiration soit botanique ou chimique, la logique est la même : la souveraineté serait « habillée » par un ensemble de compétences dont le retrait progressif, traité après traité, conduirait *in fine* à la dépouiller de toute substance et, partant, de toute existence.

715. Les apories apparaissent lorsque ces propos sont lus avec le recul historique apporté par trois décennies d'euphémisation continue de la Constitution de 1958. En effet, il semble que c'est précisément vers cette solution, jugée absurde en 1992, que s'est dirigé le droit constitutionnel positif. Comme le relève Olivier Beaud, « le Souverain (« pouvoir constituant ») vient, au nom de son pouvoir de libre décision, déroger à la Constitution de sorte que, après son intervention et modification de la Constitution, le texte de celle-ci contient des principes contradictoires : d'un côté, le principe de la souveraineté nationale (art. 3) et de l'autre le principe de la participation à l'Union européenne (art. 88-1). Il y aurait en quelque sorte deux États qui coexisteraient dans la

²⁰²⁵ « Dans la question du Protocole et de la souveraineté nationale, il y a également un moment critique. Le retrait de ce petit « chevron » de compétences du faisceau des compétences qui constitue la souveraineté nationale a-t-il pour effet de transformer la nature de la souveraineté nationale ? » Compte-rendu de la séance du 22 mai 1985, p. 5.

Constitution depuis Maastricht : l'État souverain et l'État membre de l'Union européenne »²⁰²⁶. Cela a été possible car, comme nous l'avons montré, l'atteinte aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » ne constitue pas un écueil infranchissable à la ratification des traités européens. En dernière instance, seul le constituant est compétent pour réviser les modalités d'interaction entre ordres juridiques²⁰²⁷. Le Conseil joue ici son rôle d'« aiguilleur », selon la formule du doyen Favoreu, en déterminant que la poursuite de l'intégration juridique doit passer par une intervention du constituant.

716. La logique de la souveraineté héritée de la révolution constitutionnaliste est donc formellement respectée²⁰²⁸. Mais son usage révèle son inadaptation pour envisager le pluralisme juridique provoqué par l'appartenance de la France à l'Union. Tout d'abord, la souveraineté mobilisée, comme nous l'avons vu, pour traduire un obstacle à l'intégration²⁰²⁹ puis pour justifier le franchissement de cet obstacle²⁰³⁰. La désinvolture avec laquelle le Conseil constitutionnel semble manier ce principe, sans que son raisonnement ne soit adossé à une réflexion théorique préalable à son sujet, conduit à un usage qui peut paraître peu cohérent. Ensuite, si l'on envisage l'usage de la souveraineté du point de vue son effectivité pour « résister à l'Europe » en « protégeant la Constitution », l'objectif ne semble pas atteint. L'eupéanisation de la Constitution représente pour cette dernière une transformation majeure, conduisant à la reconnaissance du pluralisme juridique au plus haut niveau de l'ordre juridique interne. Enfin, le processus français d'eupéanisation du droit constitutionnel national a quelque chose de déconcertant, qui tient au fait que le pouvoir constituant apparaît comme un rouage secondaire au sein d'un mécanisme général piloté par les juges et les gouvernements nationaux ainsi que les institutions de l'Union.

²⁰²⁶ O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et ses approximations », *Op. cit.*, p. 176.

²⁰²⁷ Olivier Beaud critique dans sa *Puissance de l'Etat* que ce soit le Congrès et non pas le peuple par référendum qui intervienne mais cette distinction est sans objet dans le cadre de l'art. 89 de la Constitution.

²⁰²⁸ Dans le sens de la note précédente, Olivier Beaud considère toutefois qu'il existait un empêchement d'ordre matériel à l'adoption de la Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 ajoutant à la Constitution un titre « Des Communautés européennes et de l'Union européenne ». Cette dernière fut adoptée par le Congrès selon la procédure de l'article 89 de la Constitution afin de surmonter le « veto constitutionnel » empêchant, en l'état, de ratifier le traité de Maastricht. Or, selon Olivier Beaud, la ratification de ce traité « vaut matériellement modification essentielle des constitutions européennes ». Elle aurait du donc être autorisée par le pouvoir constituant du peuple au travers d'un référendum constituant (*La puissance de l'Etat, Op. cit.*, p. 460).

²⁰²⁹ A travers le respect des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ».

²⁰³⁰ A travers l'intervention du pouvoir constituant dérivé.

717. On se rend bien compte que, dans ce mécanisme, les juges sont à l'avant-garde et le pouvoir constituant à la traîne. Comme le notait Léo Hamon en 1992 : « *il me semblait que les gouvernements devaient agir dans le cadre de la Constitution et non pas de manière à mettre les autorités parlementaires devant, non pas le fait accompli, mais un quasi-fait accompli grâce auquel on espère rendre le « non » si difficile aux parlementaires. Il y a là du point de vue du droit interne une singularité que je me permets de relever* »²⁰³¹.

718. L'eupéanisation du droit constitutionnel ravive les réflexions au sujet du statut de la souveraineté²⁰³². D'une part, si l'on se place dans une logique étroitement positiviste, il serait possible de considérer la souveraineté non pas comme un principe juridique mais comme un simple « mot du droit » - c'est-à-dire un terme qui, comme tant d'autres, apparaît dans une série de dispositions constitutionnelles. L'article 3 de la Constitution, qui détermine le siège et les modalités d'exercice de la souveraineté nationale, n'aurait pas plus de valeur que l'article 48 qui dispose des modalités de fixation de l'ordre du jour des assemblées. De ce point de vue, la souveraineté ferait entièrement partie du droit constitutionnel et pourrait, par exemple, être complètement effacée de la Constitution sans que le juriste positiviste ne trouve d'arguments juridiques pour s'en émouvoir²⁰³³.

719. D'autre part, si l'on considère au contraire que la souveraineté dispose d'une valeur « extra-juridique », en tant que « *condition ontologique de la qualité d'Etat* », on peut en déduire qu'elle n'a même pas à « *être affirmée de manière explicite par la Constitution [car] elle est consubstantielle à la qualité d'Etat* »²⁰³⁴. Ce point de vue pourrait admettre l'hypothèse de son caractère « supra-constitutionnel », comme le défend Olivier Beaud dans sa *Puissance de l'Etat*. Au regard de l'histoire et des usages du principe de souveraineté depuis la fin du XVI^e siècle, le point de vue strictement positiviste présente des limites fondamentales. Il envisage la souveraineté comme s'il s'agissait d'un principe qui se borne à décrire des réalités juridico-institutionnelles, au premier chef desquelles les modalités d'exercice de la puissance publique. Or, comme nous l'avons

²⁰³¹ *La Constitution et l'Europe, Journées d'études du 25 mars 1992 au Sénat*, Montchrestien, Paris, 1992, p. 221.

²⁰³² Cf. *supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 1, Sect. 2, §2, II.

²⁰³³ La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ferait encore référence à la souveraineté (art.3) mais rien ne pourrait empêcher, le cas échéant, le constituant d'effacer également toute référence à ce texte dans le Préambule de la Constitution.

²⁰³⁴ X. Magnon, « Souveraineté, identité, et Europe : autour des articles 1, 2 et 3 de la Constitution. De l'échec d'une formalisation d'une souveraineté interne à une reconnaissance inévitable d'une souveraineté internationale de l'Etat », in H. Gaudin (sous la dir. de), *La Constitution européenne de la France*, Dalloz, (Coll. Thèmes & commentaires), Paris, 2017, p. 53-54.

vu, le principe de souveraineté revêt une fonction plus structurante : il permet de justifier l'Etat, y compris l'Etat libéral et constitutionnel, comme forme de domination politico-juridique. Les incohérences que nous avons relevées concernant la jurisprudence européenne du Conseil constitutionnel témoignent des limites que rencontrent le principe de souveraineté et les approches du droit qu'il institue pour appréhender les effets de la participation de la France aux Communautés et à l'Union.

720. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande ainsi que celle du Tribunal constitutionnel espagnol offre une appréhension différente de la place que doit occuper le pouvoir constituant dans la mise en œuvre du phénomène d'eupéanisation de la Constitution nationale.

III. La sauvegarde des droits fondamentaux et de la démocratie face au droit de l'Union européenne : les exemples allemand et espagnol

721. A l'inverse de la Constitution de 1958, la Loi fondamentale allemande de 1949 ne mentionne pas la souveraineté nationale²⁰³⁵. C'est ainsi que la Cour constitutionnelle fédérale a opéré un contrôle des conditions dans lesquelles l'Allemagne participe aux Communautés et à l'Union en se fondant essentiellement sur trois principes : la sauvegarde des droits et libertés fondamentaux, le respect de « l'identité constitutionnelle de la Loi fondamentale » et la protection de la démocratie. La question de l'identité constitutionnelle et celle de la démocratie peuvent néanmoins être reliées à l'idée de souveraineté, comme nous le verrons à la suite. Il convient d'ajouter que la Cour de Karlsruhe contrôle également le respect par les actes et les institutions de l'Union des principes de subsidiarité et d'attribution consacrés par les traités²⁰³⁶. En cela, elle assume un rôle de tribunal constitutionnel du système juridique de l'Union dès lors que, pour remplir l'une de ses fonction (la protection des domaines de compétence des institutions allemandes), il lui est nécessaire de contrôler que les institutions de l'Union « *respectent les limites des droits de souveraineté attribués à ceux-ci dans le cadre du principe d'attribution* »²⁰³⁷. Ce contrôle est qualifié d'« *ultra vires* ».

²⁰³⁵ V. M. Fromont, « Les juges constitutionnels allemand et français, défenseurs de la souveraineté nationale », in Ch. Boutayeb (sous la dir. de), *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2013, p. 594 et 601.

²⁰³⁶ Il s'agit du contrôle *ultra vires*, dont le premier a eu lieu en 2010 avec le fameux arrêt BVerfG, 2661/06, 6 juillet 2010, *Honeywell*.

²⁰³⁷ BVerfG, 2/08, 30 juin 2009 relatif au Traité de Lisbonne, Considérations principales, paragraphe 4.

722. La sauvegarde des droits et libertés fondamentaux par la Cour constitutionnelle fédérale allemande est à l'origine de la célèbre saga jurisprudentielle « *So lange* »²⁰³⁸. A travers cette dernière, la Cour de Karlsruhe dégagait une « contre-limite » à la primauté absolue que la Cour de justice des Communautés européennes revendiquait au profit du droit communautaire, primaire et dérivé²⁰³⁹. Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la primauté du droit communautaire ne pouvait pas conduire à ce que les actes émanant des institutions des Communautés portent atteinte aux droits et libertés reconnus par la Loi fondamentale. Ainsi, elle se réservait la possibilité de contrôler la conformité d'un acte de droit communautaire vis-à-vis des droits fondamentaux constitutionnellement protégés aussi longtemps que (« *so lange* ») l'ordre juridique supranational ne garantissait pas une protection équivalente. Par un arrêt ultérieur (« *So lange II* »), le juge constitutionnel allemand reconnaissait à l'ordre communautaire une présomption de respect des droits fondamentaux. La Cour de Karlsruhe a « *de fait suspendu son contrôle du respect des droits fondamentaux, aussi longtemps que (« so lange ») était assurée de manière générale à l'échelon du droit communautaire une protection des droits fondamentaux essentiellement équivalente à celle qui est indispensable selon la Loi fondamentale* »²⁰⁴⁰. Le principe posé par la jurisprudence «*So lange*» est rappelé dans l'arrêt examinant la loi du 12 octobre 1993 ratifiant le Traité de Maastricht²⁰⁴¹. La Cour rappelle sa compétence pour garantir le respect des droits fondamentaux, y compris vis-à-vis du droit de l'Union. Néanmoins, elle reconnaît que, dans le cadre d'un rapport de coopération avec la Cour de justice des Communautés européennes, cette dernière assure la protection des droits fondamentaux dans le domaine d'application du droit communautaire.

723. La démocratie est intimement liée, dans la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe, à la souveraineté et, plus particulièrement, à sa dimension matérielle. Comme elle l'affirme dans son arrêt relatif à la loi ratifiant le Traité de Lisbonne, les principes fondateurs de la démocratie

²⁰³⁸ Le principe de cette jurisprudence est posé par un premier arrêt du 29 mai 1974 (dit « *Solange I* ») qui est ensuite complété par un arrêt du 22 octobre 1986 (dit « *Solange II* »).

²⁰³⁹ Primauté y compris sur les règles nationales de rang constitutionnel (cf. CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos c/ Pays-Bas*, suscité et CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11-70). V., plus récemment, la question de la primauté des directives sur la Constitution : CJUE, 11 fév. 2011, *M.V. e.a. contre Organismos Topikis Aftodioikisis (O.T.A.)*, aff. C-760/18).

²⁰⁴⁰ Ch. Langenfeld, « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne », *Op. cit.*

²⁰⁴¹ En effet, il n'y a pas, en Allemagne, de contrôle équivalent à celui envisagé par l'article 54 de la Constitution de

1958. Les engagements internationaux de la République fédérale sont contrôlés par le biais de l'examen de la loi qui les ratifie (M. Fromont, « Les juges constitutionnels allemand et français, défenseurs de la souveraineté nationale », *Op. cit.*, p. 598).

allemande²⁰⁴² seraient violés « *si les limites, découlant du principe de démocratie et du principe de la qualité d'Etat souverain, au transfert de droits de souveraineté à l'Union européenne étaient franchies* »²⁰⁴³. Encore faut-il rechercher le rapport entre les « droits de souveraineté », que l'on peut rapprocher de l'exercice de compétences afférentes à la souveraineté, et la démocratie. La jurisprudence constitutionnelle allemande relative aux transferts de « droits de souveraineté »²⁰⁴⁴ est inaugurée par l'arrêt examinant la loi du 12 octobre 1993. A cette occasion, la Cour constitutionnelle fédérale est saisie par des recours individuels formés par des électeurs qui considèrent que le Traité de Maastricht aura pour effet de vider de sa substance leur droit de vote²⁰⁴⁵. Dès ce moment, la Haute Juridiction rapproche l'enjeu du droit de vote de l'enjeu démocratique. Elle considère, en effet, qu'en exerçant son droit de vote, « *l'électeur allemand exerce son droit de participer à l'élection démocratique des institutions et organes dotés de compétences de souveraineté* »²⁰⁴⁶. Elle insiste sur l'importance de décrire de manière précise et prévisible les conditions d'appartenance de l'Allemagne aux Communautés européennes et le pouvoir de ces dernières « *d'édicter des actes juridiques directement applicables dans l'ordre interne* »²⁰⁴⁷.

724. Dès lors, Ingolf Pernice rapproche l'enjeu de la souveraineté nationale « à la française » de l'enjeu démocratique « à l'allemande ». En se fondant sur une analyse de Michel Fromont, Pernice considère que « *les problèmes que les Allemands considèrent comme relevant du domaine démocratique, par suite des pertes de compétences des parlements nationaux, seraient ressentis en France comme étant un problème relevant de la souveraineté. Ce qui constitue pour les uns une «atteinte au principe démocratique» est pour les autres plutôt une «atteinte à la souveraineté nationale* » »²⁰⁴⁸. En effet, comme nous l'avons montré précédemment²⁰⁴⁹, le passage de la

²⁰⁴² Il s'agit du droit de résistance (article 20 alinéa 4 de la Loi fondamentale), des compétences du Bundestag (article 38 et s.), du principe de séparation des pouvoirs et de la clause d'éternité (article 79 alinéa 3).

²⁰⁴³ Motifs, Paragraphe 121.

²⁰⁴⁴ « *Hoheitsrechte* » selon la formule de la Cour.

²⁰⁴⁵ M. Fromont, « Les juges constitutionnels allemand et français, défenseurs de la souveraineté nationale », *Op. cit.*, p. 600.

²⁰⁴⁶ *Idem.*

²⁰⁴⁷ *Idem.*

²⁰⁴⁸ I. Pernice, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Ed. Pedone (Coll. Cours & Travaux), Paris, 2004, p. 21.

²⁰⁴⁹ Cf. *supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 1, Sect. 1.

souveraineté du roi à la souveraineté nationale a finalement doté le principe de souveraineté d'une acception intimement liée à l'idéal démocratique.

725. Cette hypothèse au sujet du lien entre souveraineté et démocratie dans la jurisprudence constitutionnelle allemande trouve une vérification lorsque la Cour de Karlsruhe, à l'occasion de l'examen de la loi ratifiant le Traité de Lisbonne, passe subrepticement du contrôle du respect du principe démocratique au contrôle du respect de la souveraineté (*Souveränität*). Alors que, comme nous l'avons souligné, ce terme est complètement absent de la Loi fondamentale, il est employé trente-trois fois dans l'arrêt du 30 juin 2009 sur la loi d'approbation du Traité de Lisbonne²⁰⁵⁰. Cependant, il ne s'agit pas de la souveraineté comme ensemble de compétences (*Staatsgewalt*) mais de la souveraineté dans son acception formelle. Sa sauvegarde a deux implications. La première est que la République fédérale allemande doit conserver la faculté de décider la nature et l'étendue des compétences qui sont transférées à l'échelon supranational. La seconde est que les transferts ne doivent pas être irréversibles. Ainsi, comme elle l'énonce dès les premières lignes de son arrêt relatif au Traité de Lisbonne, « *l'unification de l'Europe sur la base d'une union conventionnelle d'Etats souverains régie par des traités ne saurait être réalisée de manière telle qu'il ne resterait plus dans les Etats membres de marge d'action politique suffisante à l'égard de la vie économique, culturelle et sociale* »²⁰⁵¹. Elle précise plus loin que « *seul le pouvoir constituant a le droit d'abandonner l'Etat créé par la Loi fondamentale. Le pouvoir constitué ne dispose pas de ce droit* »²⁰⁵². Par conséquent, la procédure ordinaire de ratification d'un traité européen ne peut pas conduire à la disparition de l'Etat par sa dissolution dans l'Union européenne - seul le pouvoir constituant est compétent pour cela. On s'aperçoit donc de la perméabilité entre les concepts de souveraineté constituante et de démocratie.

726. Plus largement, le principe démocratique est considéré par la Cour de Karlsruhe comme intangible. Dès lors, elle précise que « *dans le cadre de l'ordre juridique établi par la Loi fondamentale, les principes structurants de l'Etat consacrés par l'article 20 GG – c'est-à-dire la démocratie, l'Etat de droit, l'Etat social, la République, l'Etat fédéral et la substance des droits fondamentaux élémentaires indispensable au respect de la dignité humaine – sont en tout état de*

²⁰⁵⁰ M. Fromont, « Les juges constitutionnels allemand et français, défenseurs de la souveraineté nationale », *Op. cit.*, p. 601.

²⁰⁵¹ BVerfG, 2/08, 30 juin 2009 relatif au Traité de Lisbonne, Considérations principales, paragraphe 3.

²⁰⁵² *Idem*, Motifs, paragraphe 179.

*cause soustraits à toute modification qui toucherait à leur principe même »*²⁰⁵³. L'identité constitutionnelle allemande est exprimée par les articles 1 à 20 de la Loi fondamentale ainsi que par l'article 79 alinéa 3, qui y ajoute l'organisation de la Fédération en Länder et le principe de la participation des Länder à la législation. Elle est, selon la Cour²⁰⁵⁴, protégée par cette même disposition, qui établit la « clause d'éternité »²⁰⁵⁵. La sauvegarde de l'identité constitutionnelle nationale justifie également le contrôle « *ultra vires* »²⁰⁵⁶.

727. Par conséquent, le système allemand de sauvegarde des intérêts fondamentaux de l'Etat face au développement des Communautés et de l'Union s'avère très différent de celui mis en place en France. Contrairement au cas français, le pouvoir constituant allemand n'est intervenu qu'une seule fois²⁰⁵⁷ pour réviser la Constitution et la rendre matériellement compatible avec les traités

européens. Comme nous l'avons mentionné, le contrôle du traité est indirect et passe par le contrôle de la loi de ratification. Ainsi, dans la mesure où la Loi fondamentale ne subit pas de révision avant la ratification de chaque traité européen, l'incompatibilité potentielle entre celle-là et celui-ci doit être résolue par le biais d'une interprétation conforme du traité. Comme le note Michel Fromont, « *la Cour constitutionnelle a jugé que les traités de Maastricht et de Lisbonne n'étaient pas contraires à la Constitution, mais elle ne l'a fait qu'après les avoir interprétés de façon très restrictive. On pourrait presque dire qu'elle les a réécrits* »²⁰⁵⁸.

728. La Cour constitutionnelle allemande a en effet toujours souhaité être reconnue comme un interlocuteur privilégié dans le réseau juridictionnel européen, à même de contribuer à animer la

²⁰⁵³ *Idem*, paragraphe 217.

²⁰⁵⁴ Selon la Cour, l'article 79 alinéa 3 fixe la « *limite de l'identité constitutionnelle inaliénable* » (*Idem*, paragraphe 219).

²⁰⁵⁵ L'article 79 alinéa 3 de la Loi fondamentale dispose que : « *Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe de la participation des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite* ».

²⁰⁵⁶ « *Devant les juridictions allemandes, il doit en outre être possible d'invoquer la responsabilité d'intégration [...] pour préserver le noyau dur intangible de l'identité constitutionnelle de la Loi fondamentale dans le cadre d'un contrôle juridictionnel portant sur la sauvegarde de cette identité constitutionnelle (cf. Recueil BVerfGE 75, 223 < 235, 242 > ; 89, 155 < 188 > ; 113, 273 < 296 >). A cette fin, la Cour constitutionnelle fédérale a déjà ouvert la voie d'un contrôle ultra vires qui s'applique en cas de violation des limites lors de l'exercice de compétences par les organes communautaires ou de l'Union* ». BVerfGE, 2/08, 30 juin 2009 relatif au Traité de Lisbonne, Motifs, paragraphe 240.

²⁰⁵⁷ Loi constitutionnelle du 25 décembre 1992 introduisant un nouvel article 23 (l'ancien article 23, portant sur la réunification de l'Allemagne, étant devenu obsolète).

²⁰⁵⁸ *Idem*.

«communauté de droit vivante»²⁰⁵⁹ que constitue cet espace²⁰⁶⁰. Cela l'a même amené à s'aventurer sur le terrain glissant du contrôle « *ultra vires* »²⁰⁶¹, dont l'exercice n'est pas sans poser une menace au principe d'uniformité du droit de l'Union.

729. L'attitude de la Cour de Karlsruhe se distingue donc de celle adoptée par le Conseil constitutionnel. Celui-ci s'est montré plus discret et moins « activiste » dans sa jurisprudence relative à la participation de la France aux Communautés et à l'Union européennes. Comme nous l'avons vu, il s'est limité, de manière tout à fait cohérente au demeurant, à indiquer au constituant s'il devait intervenir ou pas afin de permettre la ratification de chaque traité examiné sans prendre la plume à sa place. La lecture des compte-rendus des séances et des décisions montre bien que le Conseil ne s'est pas préoccupé de comprendre le fonctionnement de l'Union européenne pour s'inscrire dans le système juridictionnel européen. Contrairement à lui, la Haute Cour allemande a reconnu assez tôt (jurisprudence « *So lange* ») la structure « fédéralisante » des Communautés européennes. Elle a ainsi accepté de participer activement au dialogue des juges au sein d'une communauté européenne de juridictions afin de mieux défendre les intérêts de l'Etat dont elle relève.

730. Sans doute, la structure constitutionnelle fédérale de l'Allemagne a favorisé la rapide compréhension des enjeux européens par la Haute Cour de Karlsruhe, alors que le Conseil constitutionnel est resté attaché²⁰⁶² à une conception des rapports entre les ordres juridiques marquée par la figure hégémonique de l'Etat souverain. Il est également possible que l'importance de l'intangibilité du principe démocratique et de l'Etat de droit dans le constitutionnalisme allemand à partir de 1949²⁰⁶³ - alors que le principe de souveraineté s'avère absent - ait justifié que ce soit le juge constitutionnel (et non pas le pouvoir constituant) qui se trouve au centre de la procédure juridique nationale permettant à l'Allemagne d'adapter son ordre juridique au développement des Communautés et de l'Union européennes.

²⁰⁵⁹ La formule est du Président de la Cour constitutionnelle fédérale, Andreas Voßkuhle, lors du prononcé du jugement dans l'affaire *Gauweiler* (2013). Elle est citée par Ch. Langenfeld, « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne », *Op. cit.*

²⁰⁶⁰ D'où son contrôle *ultra vires* des actes des institutions européennes.

²⁰⁶¹ Cf. *infra*. Sect. 2.

²⁰⁶² Voire « prisonnier » pour reprendre le terme évoqué plus haut.

²⁰⁶³ Dont aurait surgi le fameux « patriotisme constitutionnel » théorisé par Habermas.

731. Le Tribunal constitutionnel espagnol a suivi un raisonnement proche de celui du juge constitutionnel allemand. L'article 93 de la Constitution espagnole de 1978 autorise la ratification par le biais de lois organiques de « *traités en vertu desquels une organisation ou institution internationale puisse se voir attribuer l'exercice de compétences dérivées de la Constitution* ». Cette disposition trouve sa place au sein du Troisième Chapitre consacré aux traités internationaux. L'Union européenne n'est pas explicitement mentionnée²⁰⁶⁴. D'ailleurs, l'Union n'est mentionnée dans la Constitution de 1978 que dans l'article 135, qui établit la « règle d'or budgétaire » selon laquelle le déficit structurel ne peut pas dépasser les limites établies par les institutions européennes²⁰⁶⁵.

732. Le Tribunal constitutionnel de Madrid a interprété l'article 93 dans deux sens. D'une part, il en a dégagé une conception organique-procédurale. Selon cette dernière, l'article 93 se limite à réguler le mode de ratification - l'adoption d'une loi organique - d'une catégorie déterminée de traités internationaux. Ainsi, le contrôle de conformité à l'article 93 ne peut uniquement jouer que pour cette catégorie de traités²⁰⁶⁶. D'autre part, le Tribunal constitutionnel a également dégagé, dans une jurisprudence constructive, la dimension matérielle de cet article. De ce point de vue, ce dernier est considéré comme le fondement constitutionnel de l'intégration de l'Espagne à l'Union européenne²⁰⁶⁷. Il est donc interprété comme établissant également des limites constitutionnelles matérielles à l'intégration.

733. Celles-ci sont, selon le Tribunal constitutionnel : le respect de la souveraineté de l'Etat, de ses structures constitutionnelles de base et du système de valeurs et de principes, dont, notamment, les

²⁰⁶⁴ Contrairement à la Constitution française (Titre XV) et à la Loi fondamentale allemande (art. 23), qui mentionnent explicitement la participation de l'Etat à l'Union.

²⁰⁶⁵ Cette disposition a été introduite par la réforme constitutionnelle du 27 septembre 2011 alors que l'Espagne semblait dans une crise budgétaire historique.

²⁰⁶⁶ « *el precepto constitucional, de índole orgánico procedimental, se limita a regular el modo de celebración de una determinada clase de Tratados internacionales, lo que determina que únicamente tales Tratados puedan ser confrontados con el art. 93 C.E. en un juicio de constitucionalidad, por el hecho de ser dicha norma suprema la fuente de validez formal de los mismos* ». STC 28/1991, 14 février 1991, Fundamentos jurídicos, paragraphe 4.

²⁰⁶⁷ « *Tal y como se desprende de los trabajos de las Cortes constituyentes, el Artículo 93 se concibió como el medio constitucional de nuestra integración en las Comunidades europeas, fenómeno de integración que va más allá del puro procedimiento de la misma, y que comporta las consecuencias de la inserción en un ente supranacional distinto, susceptible de crear un Ordenamiento propio dotado de particulares principios rectores de la eficacia y de las exigencias y límites de la aplicabilidad de sus normas* ». DTC 1/2004, 13 décembre 2004, Fundamentos jurídicos, paragraphe 2.

droits fondamentaux, qui structurent la Constitution nationale²⁰⁶⁸. Ainsi, par exemple, la procédure de l'article 93 n'autorise pas les *Cortes* à céder le pouvoir constituant aux Communautés ou à l'Union²⁰⁶⁹. *A fortiori*, l'article 93 ne saurait autoriser le législateur organique à déléguer l'ensemble des compétences de l'Etat à l'échelon supranational. Comme la Cour de Karlsruhe, le Tribunal constitutionnel espagnol considère que « *la dissolution de l'État dans une entité plus vaste nécessiterait un véritable acte constituant négatif, exercé par le pouvoir constituant en vertu du titre X de la de la Constitution, et non par l'exercice du pouvoir d'intégration de l'art. 93* »²⁰⁷⁰. Aussi, le pouvoir constituant est intervenu en 1992²⁰⁷¹ afin de rendre l'article 13 de la Constitution compatible avec le Traité de Maastricht²⁰⁷².

734. Partant, en Allemagne comme en Espagne, le constituant intervient *a minima*, laissant au juge constitutionnel le soin de procéder à une interprétation des Traités permettant de conclure à leur conformité à la Constitution²⁰⁷³. En ce sens, le juge constitutionnel allemand et espagnol assume davantage de responsabilités dans le processus d'intégration européenne que le Conseil constitutionnel français.

735. Si l'intégration dans l'Union a des implications constitutionnelles considérables, le droit issu de la Convention apparaît comme un vecteur distinct mais important du phénomène général d'eupéanisation du droit constitutionnel national.

²⁰⁶⁸ « *La cesión constitucional que el Artículo 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (Artículo 10.1 CE)* ». *Idem*.

²⁰⁶⁹ « *En virtud del art. 93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de «competencias derivadas de la Constitución», no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar sus determinaciones, pues, ni el poder de revisión constitucional es una «competencia» cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su título X, esto es, a través de los procedimientos y con las garantías ya establecidas y mediante la modificación expresa de su, propio texto.* ». DTC 1/1992, 1er juillet 1992, Fundamentos jurídicos, paragraphe 4.

²⁰⁷⁰ P. Pérez Tremps, « La integración en la Unión Europea », *Op. cit.*, p. 299.

²⁰⁷¹ Réforme constitutionnelle du 27 août 1992.

²⁰⁷² Il s'agissait de rendre possible la participation des citoyens d'un Etat membre aux élections municipales.

²⁰⁷³ D'ailleurs, la doctrine espagnole s'est interrogée sur l'adéquation actuelle de la Constitution aux évolutions de l'Union

européenne (cf. P. Pérez Tremps, «La integración en la Unión Europea », *Op. cit.*, p. 299).

§2. L'influence du droit né de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit constitutionnel national

736. Le Conseil de l'Europe, bien qu'intervenant dans un domaine de compétence limité et présentant un degré de développement organique moins avancé que l'Union européenne, a grandement participé à l'harmonisation des ordres juridiques nationaux au travers de son activité dans le domaine de la protection des droits fondamentaux. Ces derniers apparaissent comme un puissant vecteur de rapprochement et d'articulation des ordres juridiques européens, nationaux et supranationaux²⁰⁷⁴. En effet, comme le note François-Xavier Millet, la problématique classique de la gestion des rapports entre ensembles juridiques différenciés semble aujourd'hui se poser notamment au travers de la question de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux²⁰⁷⁵. Par conséquent, les techniques rattachées à la protection des droits fondamentaux (protection équivalente, protection comparable, question préjudicielle de constitutionnalité en France ou «amparo» en Espagne) peuvent permettre de rapprocher différents ordres juridiques amenés à coexister dans un même espace.

737. Dans l'espace européen, le système européen de sauvegarde des droits de l'homme a notablement alimenté le phénomène général d'eupéanisation du droit constitutionnel national. En effet, la spécificité du droit européen des droits de l'homme (I) a amené ce dernier à devoir s'adapter à certains standards issus de la Convention (II).

I. La spécificité du droit européen des droits de l'homme

738. Comme nous l'avons évoqué, le droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme²⁰⁷⁶ a un statut qui le distingue du droit international général, à la fois sur le plan substantiel et d'un point de vue institutionnel. Sur le plan substantiel, dès lors qu'il porte sur les droits de l'homme, « *le régime juridique de la Convention européenne, comme celui des*

²⁰⁷⁴ V. par ex. à ce sujet E. Dubout et S. Touzé (Sous la dir. de), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Ed. A. Pedone, Paris, 2010.

²⁰⁷⁵ F.-X. Millet, « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », RFDA, 2012, p. 307.

²⁰⁷⁶ Signée à Rome le 4 novembre 1950 par les Etats membres du Conseil de l'Europe.

*conventions similaires, se démarque donc du régime de principe du droit international général »*²⁰⁷⁷.

739. Aussi, contrairement aux traités de droit international public classiques, la Convention «*déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants* »²⁰⁷⁸. Selon les stipulations de l'article 60 alinéa 5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, les « *dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire* » ne peuvent pas faire l'objet d'une suspension de la part des États parties comme mesure de réciprocité en cas de violation substantielle par un État partie tiers. Elle fait entorse, de ce point de vue, aux dispositions de l'article 55 de la Constitution²⁰⁷⁹.

740. Contrairement à un traité international classique, la Convention européenne des droits de l'homme ne vise pas seulement à former un cadre imposant des obligations aux États parties dans leurs rapports mutuels. Elle s'intéresse aux rapports entre les États et les individus qui se trouvent sous son autorité, créant donc des droits directement sur le chef de ces derniers. De même, « *en sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, [la Convention] crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une «garantie collective»* »²⁰⁸⁰. Ainsi, tout État contractant est en mesure « *d'exiger le respect de ces obligations sans avoir à justifier d'un intérêt dérivant, par exemple, de ce qu'une mesure qu'ils dénoncent a lésé un de leurs propres nationaux* »²⁰⁸¹ (article 33 de la Convention). La finalité de la Convention est donc de fonder un système objectif et supranational de protection des droits fondamentaux.

741. Sur le plan institutionnel, « *l'existence d'une juridiction supranationale confère à ce droit une place spécifique qui ne peut être assimilée exactement à celle du droit international* »²⁰⁸². Les

²⁰⁷⁷ F. Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF (Coll. QSJ?), Paris, 2015, p. 13.

²⁰⁷⁸ *Ibid.*, p. 12.

²⁰⁷⁹ « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

²⁰⁸⁰ Cour EDH, Ass. plen., 18 janvier 1978, req. n° 5310/71, *Irlande c/ Royaume-Uni*, paragraphe 239.

²⁰⁸¹ *Idem.*

²⁰⁸² B. Mathieu « Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme : Coexistence – Autorité – Conflits – Régulation », *Op. cit.*

articles 1²⁰⁸³, 19²⁰⁸⁴ et 32²⁰⁸⁵ de la Convention témoignent « *de la fusion des volontés des États contractants dans une volonté commune et unique non seulement de mettre en place un contrôle juridictionnel centralisé mais aussi de confier ce pouvoir qui leur appartient à une juridiction qui fonctionne de manière permanente* »²⁰⁸⁶. La Cour européenne des droits de l'homme est en effet un rouage fondamental du Conseil de l'Europe, à tel point qu'elle jouit d'une notoriété supérieure à celle de l'organisation internationale à laquelle elle appartient. Dans la mesure où il ne s'agit pas d'une juridiction de quatrième degré, ses arrêts sont réputés revêtir l'autorité de la chose interprétée²⁰⁸⁷. Selon Mathieu Disant, « *l'autorité directive de la chose interprétée repose sur une force d'orientation qui se traduit par une contrainte souple au plan formel, sans attendre des juridictions ordinaires qu'elles ne s'installent, tels des automates, en position d'approbateur inconditionnel de ses interprétations* »²⁰⁸⁸. Ainsi, dès lors que la Cour interprète, dans un litige concret, l'étendu des droits et libertés que la Convention sauvegarde, ses décisions ne valent qu'« *inter partes* ». Néanmoins, dès lors qu'elle jouit de la compétence de fournir une interprétation authentique des garanties de la Convention et des obligations des États qui en découlent, la portée de son interprétation va toujours au-delà des parties : elle vaut pour l'ensemble des États parties du système mis en place par le Conseil de l'Europe.

742. Lorsqu'elle a fait preuve d'activisme, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg a permis de faire évoluer le contenu et la portée des droits garantis par la Convention. En effet, dès 1978, elle a considéré la Convention comme un « *instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles* »²⁰⁸⁹. Or comme le relève le doyen Charbonnier, « *l'appel aux instances strasbourgeoise avait été conçu comme un ultime recours pour que fussent sanctionnées des*

²⁰⁸³ « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ».

²⁰⁸⁴ « Afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses protocoles, il est institué une Cour européenne des droits de l'homme, ci-dessous nommée « la Cour ». Elle fonctionne de façon permanente ».

²⁰⁸⁵ « 1. La compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles qui lui seront soumises dans les conditions prévues par les articles 33, 34, 46 et 47. 2. En cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide ».

²⁰⁸⁶ Ch. Giannopoulos, « L'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDLF*, 2018, thèse n°02.

²⁰⁸⁷ L'article 46 ne laisse aucun doute quant à l'effet des décisions de la Cour, qui ne trouve à produire des effets que vis-à-vis des États Parties.

²⁰⁸⁸ M. Disant, « L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel - Permanence et actualité(s) », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°28, juillet 2010.

²⁰⁸⁹ Cour EDH, Ch., 25 avril 1978, req. n°5856/72, *Tyrer c. Royaume-Uni*, paragraphe 31.

violations flagrantes des droits et libertés énoncés dans la Convention. Ce devait être une sauvegarde, répondant à un SOS, rien de plus »²⁰⁹⁰. Aussi, la logique portée par le principe de subsidiarité²⁰⁹¹, qui « *fait des autorités nationales les premières garantes du respect de la Convention* »²⁰⁹², est progressivement nuancée par une pratique activiste qui réduit la marge nationale d'appréciation.

743. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme, en déterminant la marge nationale d'appréciation en fonction du degré de consensus dont elle estime qu'une question peut faire l'objet parmi les Etats parties à un moment donné, contribue largement à l'extension du domaine des droits et libertés garantis par la Convention. Par exemple, le traitement d'une question sensible comme celle de l'avortement laisse aux Etats une large marge d'appréciation qui a tendance à se réduire au fur et à mesure qu'une partie substantielle de ces derniers adopte des régulations libérales sur cette question²⁰⁹³. Par ailleurs, le maniement du contrôle de proportionnalité²⁰⁹⁴ offre à la Cour un formidable outil pour examiner très précisément la conduite par les Etats parties de pans entiers de leurs politiques publiques.

744. Si l'ensemble du droit interne des Etats parties à la Convention est irrigué par le droit auquel cette dernière a donné naissance, la substance du droit élaboré par le Conseil de l'Europe a vocation à couvrir des champs traditionnellement occupés par le droit constitutionnel. En particulier, la vocation matériellement constitutionnelle de la Convention a été très tôt reconnue par les institutions du Conseil de l'Europe. La Commission européenne des droits de l'homme a notamment considéré dès 1961 que « *en concluant la Convention, les États contractants n'ont pas voulu se concéder des droits et obligations réciproques utiles à la poursuite de leurs intérêts*

²⁰⁹⁰ J. Charbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Op. cit., p. 55.

²⁰⁹¹ Le Préambule de la Convention stipule en ce sens que « *il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme* ».

²⁰⁹² M. Guyomar, « La Cour européenne des droits de l'homme, garante du respect du principe de proportionnalité : le «contrôle du contrôle» », *Revue Justice Actualités - RJA*, N°24, ENM, déc. 2020, p. 15.

²⁰⁹³ Cour EDH, 16 déc. 2010, req. n°25579/05, *A, B et C c/ Irlande*, paragraphe 232 et s.

²⁰⁹⁴ Selon Matthias Guyomar, ce type de contrôle exercé par la Cour « *correspond à un test en trois temps clairement balisés : l'ingérence en litige est-elle prévue par la loi ? ; poursuit-elle un but légitime ? ; revêt-elle un caractère proportionné ? Le troisième temps du contrôle porte sur l'appréciation de la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique. C'est à ce stade que s'effectue l'opération de mise en balance qui conduit la Cour à rechercher si l'atteinte portée au droit en cause est ou non proportionnée au but légitime poursuivi* ». « La Cour européenne des droits de l'homme, garante du respect du principe de proportionnalité : le «contrôle du contrôle» », Op. cit., p. 15.

nationaux respectifs, mais réaliser les objectifs et idéaux du Conseil de l'Europe, tels que les énonce le statut, et instaurer un ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe afin de sauvegarder leur patrimoine commun de traditions politiques, d'idéaux, de liberté et de prééminence du droit »²⁰⁹⁵.

745. De ce point de vue, la Convention est conçue comme un instrument de reconnaissance et de sauvegarde du « *patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques* »²⁰⁹⁶ des Etats parties. Dans son célèbre arrêt *Loizidou c/ Turquie*, la Cour de Strasbourg a reconnu la valeur de la Convention comme « *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* »²⁰⁹⁷. La formule combine l'avantage de l'ambiguïté avec celui de l'emploi de termes extrêmement signifiants (« constitutionnel » et « ordre public »).

746. C'est ainsi que certaines questions relatives plus particulièrement aux rapports entre le droit constitutionnel national et le droit européen ont pu être exprimées à travers la grammaire de la souveraineté. Cela a été notamment le cas en France, où le standard des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » a été mobilisé pour gérer les rapports entre le droit interne et le droit supranational. Il a également servi à mesurer la compatibilité entre le droit européen et la Constitution nationale lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi, sur le fondement de l'article 54, du contrôle du Protocole n°6 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme concernant l'abolition de la peine de mort.

747. A cette occasion, la Haute Instance a considéré que ce protocole était conforme à la Constitution ainsi qu'au « *devoir pour l'Etat d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et libertés des citoyens* ». Le Conseil constitutionnel a également contrôlé que ce protocole ne porte pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Ainsi, le fait d'examiner la constitutionnalité du Protocole n°6 à la Convention à la lumière de la souveraineté manifeste l'importance des enjeux de la participation de la France au système mis en place par la Convention européenne des droits de l'homme. La confrontation du droit européen des droits de l'homme au droit constitutionnel

²⁰⁹⁵ Décision de la Commission n° 788/60 du 11 janvier 1961, *Autriche c. Italie*, p. 141.

²⁰⁹⁶ Cf. Préambule de la Convention.

²⁰⁹⁷ Cour EDH, Gd. Ch., 23 mars 1995, req. n°15318/89, *Loizidou c/ Turquie*, paragraphe 75.

national sous le prisme de la souveraineté traduit également l'intensité de la pénétration du premier dans l'ordre juridique national. Aussi, comme le relève Vincent Berger, « *il est inévitable que la jurisprudence de Strasbourg soit confrontée à celle des cours constitutionnelles chaque fois que les droits constitutionnels et les droits conventionnels se recoupent et que la même question est examinée successivement au niveau national et au niveau européen* »²⁰⁹⁸. Ces interactions ont, à leur tour, des effets sur le droit constitutionnel national. Celui-ci a dû s'adapter, comme toutes les autres branches du droit, à certains standards fixés par la Cour.

II. L'adaptation du droit constitutionnel national au droit issu de la Convention

748. L'exemple le plus évident d'adaptation du droit constitutionnel national au droit issu de la Convention se manifeste lorsqu'une révision de la Constitution est nécessaire pour accorder le droit constitutionnel interne au droit de la Convention.

749. Ce fut par exemple le cas lorsque la Cour de Strasbourg considéra que la composition des « Cours de sûreté de l'Etat » turques²⁰⁹⁹ n'était pas conforme aux stipulations de l'article 6-1 de la Convention relatives au procès équitable. L'intervention du constituant permit d'abord de modifier la composition de ces juridictions puis, finalement, celles-ci furent supprimées de la Constitution. Le constituant turque est d'ailleurs intervenu à plusieurs reprises pour mettre la Constitution en accord avec les standards du droit de l'Union et de la Convention européenne des droits de l'homme. Après le sommet de Helsinki des 10 et 11 décembre 1999, où le Conseil européen affirme la « vocation » de la Turquie (à l'instar d'autres Etats candidats) à rejoindre l'Union européenne, une procédure se déclenche qui aboutira à la révision la plus importante de la Constitution turque. Celle-ci intervient le 3 octobre 2001 et concerne le Préambule, 31 articles et un article transitoire²¹⁰⁰. Parmi les dispositions introduites, deux concernent l'article 69, qui précise les règles auxquelles les partis politiques doivent se conformer. Il est notamment question des conditions de dissolution des partis (alinéas 4, 5, 6 et 7).

²⁰⁹⁸ *Idem*.

²⁰⁹⁹ Prévues par la Constitution de 1982 afin de « *connaître des infractions touchant notamment à l'intégrité territoriale et l'unité nationale, son régime démocratique ainsi que sa sécurité étatique* » (Cour EDH, req. n°22678/93, 9 juin 1998, *Incal c/ Turquie*, Point 26).

²¹⁰⁰ Cf. la version de la Constitution turque reproduite sur la Digithèque de matériaux juridiques et politiques de l'Université de Perpignan [en ligne : <https://mjp.univ-perp.fr/constit/tr1982.htm>].

Ce sujet particulièrement délicat en démocratie avait en effet fait l'objet d'un examen par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans la célèbre affaire *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*²¹⁰¹, la juridiction de Strasbourg condamna la Turquie après l'illégalisation de l'organisation requérante. Elle considéra en effet que les moyens tirés du nom du parti et de la volonté de ce dernier d'améliorer le sort de la minorité kurde n'étaient pas, « dans une société démocratique », de nature à fonder l'interdiction d'une formation politique. Elle conclut donc à la violation de l'article 11 de la Convention (liberté de réunion et d'association). Trois ans après cette affaire, la Cour de Strasbourg fut saisie d'une nouvelle requête concernant l'illégalisation des formations politiques en Turquie. Il s'agit cette fois-ci d'un parti ultra-conservateur islamiste, le *Refah Partisi* (Parti de la prospérité), qui vise à instaurer un système multijuridique fondé sur la charia. La Cour constitutionnelle turque en prononça la dissolution le 16 janvier 1998 au motif que le parti incriminé était devenu un « centre d'activités contre le principe de laïcité », portant ainsi atteinte à l'ordre démocratique. La Cour européenne des droits de l'homme valida la dissolution après avoir effectué un examen de proportionnalité entre la mesure adoptée et le « besoin social impérieux » qui la motivait. Ce n'est donc pas un hasard que la Constitution fût révisée sur ce point en 2001 alors que la Turquie se préparait à rejoindre l'Union européenne.

750. D'autres effets sur le droit constitutionnel national sont provoqués par la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle au profit de la Convention. Cela signifie que cette dernière peut être mobilisée en tant que norme de référence dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. En France, cela est notamment le cas lorsqu'il s'agit d'articuler le droit de l'Union, le droit de la Convention et le droit constitutionnel national au sein du système européen de protection des droits fondamentaux²¹⁰². Dans sa décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 à propos du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, le Conseil constitutionnel rend explicite la prise en compte de la Convention européenne des droits de l'homme²¹⁰³. Cet affichage est nouveau même si « depuis le milieu des années 1990, le Conseil constitutionnel prend en compte la Convention européenne des droits de l'homme dans l'interprétation des normes de référence du contrôle de constitutionnalité »²¹⁰⁴.

²¹⁰¹ Cour EDH, req. n°19392/92, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*.

²¹⁰² T. Racho (dir. Cl. Blumann), *Le système européen de protection des droits fondamentaux*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit européen, Université Paris-II (Panthéon-Assas), 2018.

²¹⁰³ V. J. Andriantsimbazovina, « La prise en compte de la Convention européenne des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel, continuité ou évolution ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°18, juillet 2006.

²¹⁰⁴ *Idem*.

751. Cela est également le cas en l'Allemagne, après une jurisprudence particulièrement constructive de la part de la Cour constitutionnelle fédérale. En effet, dans le cadre du « dualisme tempéré »²¹⁰⁵ que connaît cet Etat²¹⁰⁶, la Convention européenne des droits de l'homme a été introduite en droit interne au travers d'une loi fédérale du 7 août 1952. Elle devrait donc revêtir, en principe, comme l'ensemble des engagements internationaux, valeur de loi fédérale²¹⁰⁷. Mais cela aurait eu deux conséquences. La première est que ses stipulations n'auraient pas pu être directement invocables devant la Cour constitutionnelle²¹⁰⁸. La seconde, sans doute plus importante, est qu'elle serait en principe soumise à la règle *lex posterior derogat priori*, ce qui reviendrait à faire primer toute loi postérieure sur ses stipulations.

752. Néanmoins, comme nous l'avons évoqué, la Convention n'est pas un traité international comme les autres. Dès 1987, la Cour de Karlsruhe rendait une décision qui supprimait *de facto* la règle de la primauté de la loi postérieure et, plus encore, instaurait la technique dite « *de l'interprétation conforme* »²¹⁰⁹. Selon cette dernière, « *lors de l'interprétation de la Loi fondamentale, le contenu et le niveau de développement de la Convention EDH sont également à prendre en considération, à moins que cela n'ait pour effet de limiter ou d'amoindrir la protection des droits fondamentaux protégés par la Loi fondamentale [...]. La jurisprudence de la Cour EDH participe à l'interprétation du contenu et de la portée des droits fondamentaux et des principes de l'Etat de droit garantis par la Loi fondamentale* »²¹¹⁰. Dans une importante décision de 2004²¹¹¹, la Cour constitutionnelle fédérale allemande introduit la Convention dans son fondement juridique, confirmant sa « *fonction interprétative* »²¹¹². La Cour de Karlsruhe s'inspire du « *principe de*

²¹⁰⁵ Selon la formule de Hans-Jürgen Papier, ancien président de la Cour constitutionnelle fédérale allemande :

« L'exécution et les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique allemand », in *Dialogue entre juges, Cour européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, 2006, p. 60. 15.

²¹⁰⁶ Nous l'avons évoqué au sujet de sa participation aux Communautés et à l'Union.

²¹⁰⁷ C. Fercot, « Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit allemand. Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de Karlsruhe et regards sur le droit français », *RFDC*, 2007/3 n° 71, p. 642.

²¹⁰⁸ *Ibid*, p. 643.

²¹⁰⁹ *Ibid*, p. 650.

²¹¹⁰ BVerfGE, 36/85, 11 oct. 1985 *Pakelli*. Cité par *Idem*.

²¹¹¹ BVerfGE, 1481/04, 14 oct. 2004, *Görgülü*.

²¹¹² C. Fercot, « Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit allemand. Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de Karlsruhe et regards sur le droit français », *Op. cit.*, p. 651.

fidélité et d'ouverture de la Loi fondamentale au droit international public » consacré par les articles 24 et 25 de la Loi fondamentale²¹¹³.

753. Comme le souligne Jean-Marc Sauvé, « *la Convention, telle qu'interprétée par [la] Cour [européenne des droits de l'homme], y devient donc un point d'appui du contrôle de constitutionnalité* »²¹¹⁴. Dans la même logique, l'Espagne a consacré explicitement dans l'article 10-2 de sa Constitution l'ouverture du droit constitutionnel national aux engagements internationaux en matière de droits de l'homme²¹¹⁵.

754. Enfin, le développement du système européen de sauvegarde des droits de l'homme a des effets sur le droit constitutionnel national qui ne passent ni par la révision formelle de la Constitution, ni par la reconnaissance d'une valeur co-constitutionnelle au profit de la Convention. Ces effets concernent le rang qu'occupe la Constitution parmi les mécanismes de sauvegarde des droits de l'homme. En effet, le contrôle de conformité des actes ou des agissements adoptés par les Etats parties à la Convention (contrôle de conventionnalité) a progressivement adopté l'apparence d'un contrôle de constitutionnalité supranational. Comme le remarque Vincent Berger, « *l'imprégnation du droit constitutionnel par les droits de l'homme conduit les cours constitutionnelles et la Cour à œuvrer dans le même domaine* »²¹¹⁶.

755. En France le Conseil constitutionnel a indiqué certaines différences fondamentales entre les deux catégories de contrôles dans sa fameuse décision *I.V.G* de 1975. Le considérant n°5 vaut d'être cité. Il affirme « *que les décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif [...]* » cependant « *qu'au contraire, la supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l'article 55 précité, présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre*

²¹¹³ Ces derniers prévoient notamment que « *la Fédération peut transférer, par voie législative, des droits de souveraineté à des institutions internationales* » (art. 24-1) et que « *les règles générales du droit international public font partie du droit fédéral. Elles sont supérieures aux lois et créent directement des droits et des obligations pour les habitants du territoire fédéral* » (art. 25).

²¹¹⁴ « *Audience solennelle à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire* », *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2010, p. 42.

²¹¹⁵ L'article 10-2 dispose que « *les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiées par l'Espagne* ». Nous avons eu l'occasion de l'évoquer plus haut (cf. *supra*. Chap. 1).

²¹¹⁶ « *Les Cours constitutionnelles et la Cour européenne des droits de l'homme* », *Nouveaux cahiers du Conseil*

part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité²¹¹⁷ dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des Etats signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition ». Le Conseil constitutionnel précise également « *qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution* »²¹¹⁸ - et inversement.

756. Dès lors, le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité²¹¹⁹ semblent, en France, bien séparés. Tout d'abord, ils sont assurés par des autorités juridictionnelles différentes (juge « ordinaire » et juge constitutionnel). Ensuite, elles portent sur des normes de références bien distinctes également (droit conventionnel - ou « bloc de conventionnalité » - et droit constitutionnel - ou « bloc de constitutionnalité »). Enfin, alors que le contrôle de conventionnalité est un contrôle *a posteriori* et concret, le contrôle de constitutionnalité était, avant l'entrée en vigueur de la Question prioritaire de constitutionnalité (QPC)²¹²⁰, *a priori* et abstrait. Ainsi, la portée des décisions d'inconventionnalité et d'inconstitutionnalité n'est pas équivalente : « *alors que l'inconventionnalité de la loi reconnue par le juge le conduit seulement à écarter l'application de la loi au litige dont il s'agit, une déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel entraîne l'abrogation de la loi* »²¹²¹.

757. Cependant, les caractéristiques propres au contrôle de conventionnalité en ont fait pendant longtemps une procédure particulièrement utile et « compétitive » dans ce marché transnational de la protection des droits de l'homme. Comme le remarquent Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel, « *le contrôle de conventionnalité, qui peut être invoqué par tous les justiciables devant toutes les juridictions judiciaires et administratives, n'est enfermé dans aucun délai, à l'inverse du contrôle de constitutionnalité, et présente, au terme d'une démarche réticulaire, une garantie égale de*

²¹¹⁷ Comme nous l'avons mentionné, la condition de réciprocité n'a pas lieu de s'appliquer pour les engagements internationaux en matière de droits de l'homme comme le précise l'article 60-5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Le Conseil constitutionnel l'a reconnu dans sa décision relative à la CPI (décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, considérant 12).

²¹¹⁸ *Ibid*, considérant n°6.

²¹¹⁹ Comme nous l'avons expliqué précédemment, à la suite de la décision *I.V.G.*, le juge judiciaire (C. Cass., Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société Cafés Jacques Vabre*, n°73-13.55) puis le juge administratif (CE, Ass. 20 oct. 1989, n° 108243, *Nicolo*) prennent la place que le Conseil constitutionnel refuse d'occuper et acceptent d'opérer un contrôle de conventionnalité des lois sur le fondement de l'article 55 de la Constitution (cf. *Supra*. Chap. 1).

²¹²⁰ Cette voie de recours devant le Conseil constitutionnel est introduite dans la Constitution par la révision constitutionnelle de 2008 (loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008). Sa mise en œuvre pratique fait l'objet de la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

²¹²¹ B. Mathieu, « Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme :

protection »²¹²². C'est ainsi qu'il a fini par marginaliser le contrôle de constitutionnalité et, a provoqué, mécaniquement, une dépréciation de la Constitution par rapport à la Convention comme norme de référence pour la protection des droits et libertés fondamentaux.

758. La création de la QPC eut donc pour objectif de réagir à cette situation en replaçant «*la Constitution au centre du dispositif de protection de la personne, afin de ne pas laisser le champ libre aux traités*»²¹²³. Elle a pu être qualifiée, en ce sens, de mesure «*d'inspiration souverainiste*»²¹²⁴ car elle vise à «*nationaliser*» une partie du contentieux des droits de l'homme. En réalité, comme nous le précisons à la suite²¹²⁵, la mise en place de la QPC a été partiellement motivée par le constat d'une situation insatisfaisante. Alors que les règles juridiques supranationales jouissaient d'une place prééminente en matière de sauvegarde des droits de l'homme, la Constitution de 1958, qui dispose de ressources importantes dans ce domaine car elle est l'héritière d'une tradition remontant à 1789²¹²⁶, n'était pas en mesure d'étendre sa protection de manière équivalente. Ainsi, il est possible de rattacher l'introduction de la QPC par la révision constitutionnelle de 2008 au développement du droit européen et à son emprise sur le contentieux des droits de l'homme. La QPC a le mérite de réintroduire la Constitution comme norme concrète consacrant la protection de droits et libertés fondamentaux en ouvrant les portes du Conseil aux justiciables. Cependant, elle ne change rien à la procédure du contrôle de conventionnalité et ne modifie pas la place qu'occupe la Convention en droit interne²¹²⁷.

759. Aussi, l'influence des droits européens sur le droit constitutionnel national demeure l'un des vecteurs les plus importants et les plus déterminants de son évolution depuis les années 1950. Les exemples examinés, notamment l'exemple français, témoignent du défi que représente l'intégration européenne et le droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme pour les conceptions stato-nationales du droit. Semant la graine du pluralisme juridique au sein de la Constitution nationale, la dynamique supranationale pénètre dans le «*saint des saints*» de la souveraineté

²¹²² J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *Op. cit.*, p. 805.

²¹²³ *Ibid*, p. 850.

²¹²⁴ *Idem*.

²¹²⁵ Cf. *infra*. Sect. 2.

²¹²⁶ Grâce à la reconnaissance de la positivité du Préambule de la Constitution de 1946 par la décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 relative à la liberté d'association.

²¹²⁷ Cf. *infra*. Titre 2, Chap. 2, Sect. 2, § 3, I, B.

nationale. Elle bouscule les certitudes établies par les approches stato-nationales du droit à propos des rapports entre la souveraineté et la Constitution.

760. Partant, sa compréhension au travers de ce prisme s'avère source d'incohérences. Ces dernières sont le signe des limites des approches stato-nationales du droit constitutionnel. Ces limites s'observent plus particulièrement en matière de gestion des rapports entre droit de l'Union et droit de la Convention d'une part et droit interne d'autre part. Il s'agit d'une question constitutionnelle qui est devenue particulièrement épineuse.

Section 2. Les rapports entre ordres juridiques dans l'espace européen : une question constitutionnelle épineuse

761. Les rapports entre ordres juridiques dans l'espace européen revêtent un ensemble de spécificités qu'il convient à présent d'étudier de manière plus détaillée. L'eupéanisation des droits constitutionnels nationaux a conduit à une intensification croissante des rapports entre les ordres juridiques supranationaux et les ordres juridiques nationaux. Par ailleurs, cette question s'est étendue aux rapports entre l'ordre juridique de l'Union et le droit issu de la Convention. Aussi, l'intensité de ce phénomène est de nature à réévaluer la pertinence du concept même d'ordre juridique.

762. Par exemple, Baptiste Bonnet estime que celui-ci revêt une « *connotation [...] singulièrement hiérarchique* »²¹²⁸ car elle est fondée sur la suprématie et la primauté de la Constitution comme fondement de la validité en droit interne de la norme extra-étatique. En cas d'incompatibilité entre la norme constitutionnelle et la norme extra-étatique, la logique hiérarchique commanderait de faire prévaloir la Constitution, en provoquant une crise dans la coexistence entre ensembles juridiques distincts.

763. C'est ainsi que la lecture des rapports entre règles nationales et règles extra-étatiques sous le prisme des « rapports entre ordres juridiques » aboutit inmanquablement à des situations où le conflit normatif devient irréductible et sa solution entraîne des conséquences juridico-politiques

²¹²⁸ B. Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Op. cit., p. 67.

considérables et, surtout, imprévisibles²¹²⁹. C'est pour cela que Baptiste Bonnet plaide pour l'adoption d'une lecture des rapports entre ordres juridiques fondée sur l'idée de « système juridique ». Il indique à ce titre que « *un système consiste en un ensemble de normes qui s'articulent et s'enchaînent de manière cohérente, chaque système interne ou externe ayant son juge qui, le cas échéant, maintient la logique de l'ensemble. Des systèmes distincts établissent des relations, s'influencent mutuellement et c'est leur porosité qui crée ce que nous qualifions de rapports de système* »²¹³⁰. Dans la logique des rapports de système, le juge ne déterminerait pas « *la place respective de la norme interne et de la norme internationale dans une hiérarchie interne des normes* » mais il fixerait une « *une règle de priorité d'application* » en identifiant « *la norme applicable en priorité sans affirmer la primauté de cette norme sur la norme qui peut être appliquée du fait du conflit* »²¹³¹. Celle-ci évoque une logique davantage horizontale, permettant de favoriser « *l'harmonie des systèmes qui coexistent et s'influencent mutuellement* »²¹³². Elle tiendrait compte de la diversité des points de vue qui naît de la coexistence de plusieurs ensembles juridiques autonomes et auto-référentiels.

764. Le basculement de la logique des « rapports entre ordres juridiques » à celle des « rapports de système » vise donc à échapper au piège du conflit normatif irréductible en plaçant le juge à la croisée d'ensembles juridiques distincts. Il présuppose toutefois une conception irénique et téléologique des rapports entre normes nationales et extra-étatiques. Il s'agirait, selon cette dogmatique juridique, d'évoluer d'un mode conflictuel d'interaction entre ordres juridiques²¹³³ vers une « *vision d'ensemble qui admet l'existence de plusieurs systèmes mais n'envisage leurs rapports qu'au travers d'une forme d'harmonie collective* »²¹³⁴. Aussi, l'hypothèse qui consiste à remplacer une représentation hiérarchique fondée sur un lien de consubstantialité entre suprématie et primauté

²¹²⁹ V. par ex. la décision du 7 octobre 2021 du Tribunal constitutionnel polonais au sujet de la compatibilité des articles 1er, 4-3 et 19 du Traité sur l'Union européenne (TUE) avec les articles 2, 7, 8-1 90-1 et 178-1 de la Constitution polonaise. Nous reviendrons sur cette jurisprudence ultérieurement.

²¹³⁰ B. Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Op. cit., p. 68. Tania Racho identifie trois caractéristiques des systèmes juridiques : la pluralité, l'autonomie et la stabilité. La pluralité distingue les systèmes par rapport aux ordres juridiques (T. Racho, *Le système européen de protection des droits fondamentaux*, Op. cit., p. 22-23).

²¹³¹ B. Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Op. cit., p. 68. Plus loin, Baptiste Bonnet cite l'exemple de l'arrêt CE, Sous-sect. réunies, 5 janv. 2005, *Deprez et Baillard*, n°257341 comme un exemple de sortie « *du débat souvent stérile et invariablement irrésoluble de la concurrence hiérarchique entre normes fondamentales de l'ordre interne et de l'ordre externe* ». Ibid, p. 84.

²¹³² Ibid, p. 70-71.

²¹³³ « *Les rapports initiaux entre ordres juridiques (interne et externe), qui ont d'abord été massivement conflictuels, qui sont aujourd'hui conflictuels à la marge mais encore fondés sur des ressorts hiérarchiques* ». Ibid, p. 72.

²¹³⁴ Idem.

par la détermination d'une « règle de priorité d'application » au gré des affaires revient à sacrifier la prévisibilité et la stabilité sur l'autel de l'accélération des rapports entre ensembles juridiques distincts. Le juge, placé à l'intersection de ces différents ensembles, serait cependant soumis à une injonction contradictoire : faciliter les interactions et les influences réciproques tout en veillant à sauvegarder l'intégrité du système juridique dont il relève.

765. L'admission de cette hypothèse (le remplacement des rapports entre ordres juridiques par des rapports de système) a pour effet de « décentrer » le regard sur la Constitution et, donc, sur la souveraineté. Ainsi, la Constitution ne serait plus la norme suprême et originaire en tant qu'expression ultime de la souveraineté à travers l'exercice du pouvoir constituant. Chaque ensemble juridique disposerait de ses propres normes suprêmes et originaires, dont découlerait à la fois leur spécificité et leur autonomie vis-à-vis d'ensembles juridiques tiers. Il convient donc à présent d'examiner d'abord la manière dont le droit de l'Union et le droit issu de la Convention d'une part interagissent avec les ordres constitutionnels nationaux d'autre part (§1) puis d'étudier les caractères principaux des rapports entre le droit de l'Union et le droit européen des droits de l'homme (§ 2).

§ 1. L'articulation des droits européens et des ordres constitutionnels nationaux

766. L'eupéanisation des droits constitutionnels nationaux a conduit à un approfondissement des rapports entre les ordres juridiques supranationaux et les ordres juridiques nationaux. Or la gestion de ces rapports est devenue une question particulièrement brûlante. Depuis quelques décennies, ce sujet technique et passablement abscons fait l'objet d'un engouement médiatique et politique considérable. Pour prendre un exemple récent, la décision du 7 octobre 2021 du Tribunal constitutionnel polonais a été relayée par la presse généraliste dans plusieurs pays du continent²¹³⁵. Si les arrêts de la Cour de Karlsruhe concernant le contrôle « *ultra vires* » des actes des institutions européennes, notamment de la Banque centrale européenne, avaient déjà attiré l'attention des

²¹³⁵ V. par ex. : G. Abril, « Polonia se rebela contra la justicia europea y coloca el país al borde de la ruptura legal con la UE », *El País*, 7/10/2021 ; « En Pologne, le tribunal constitutionnel juge une partie des traités européens incompatible avec la Constitution », *Le Monde*, 7/10/2021 ; J. Henley et J. Rankin, « Polish court rules EU laws incompatible with its constitution », *The Guardian* 7/10/2021.

médias généralistes²¹³⁶, il est remarquable que la jurisprudence constitutionnelle polonaise puisse également intéresser l'ensemble des opinions publiques européennes.

767. Les rapports étroits qu'entretiennent les ordres juridiques nationaux et les ordres juridiques extra-nationaux conduisent à l'avènement d'un système juridique composé d'une pluralité d'ordres et d'espaces juridiques autonomes mais totalement imbriqués et en perpétuelle interaction. Si ce système doit tendre, afin d'assurer sa cohérence et sa stabilité, vers l'harmonie (I), sa configuration, caractérisée par la coexistence d'ensembles juridiques dont chacun aspire à détenir une forme de primauté, favorise la concurrence normative et constitue le terreau de conflits normatifs potentiels (II).

I. Coexistence et harmonie

768. Pour Andreas Voßkuhle, « *la construction d'une communauté européenne de droit opérationnelle est sans doute l'un des succès les plus fondamentaux de l'Europe dans les dernières décennies* »²¹³⁷. Aussi, le caractère précisément « opérationnel » de cette « communauté européenne de droit » - qui englobe les ordres juridiques étatiques, le droit de l'Union et le droit issu de la Convention - repose sur des règles et des procédures ayant vocation à en assurer un fonctionnement harmonieux. Il s'agit, d'une part, de règles portant sur la reconnaissance de l'existence et de la valeur des ensembles juridiques tiers (A) et, d'autre part, de règles reconnaissant l'équivalence des différents niveaux de protection (B).

A. La reconnaissance mutuelle

769. Du point de vue du droit constitutionnel français, la Constitution de 1958 reconnaît l'ordre juridique communautaire et consacre sa spécificité dans l'article 88-1 comme un ordre juridique

²¹³⁶ V. sa jurisprudence du 5 mai 2020 relative à la politique de rachat massif de dette public dans le cadre du programme d'assouplissement quantitatif. Les menaces que cette jurisprudence pouvait faire peser sur les politiques de relance après le choc exogène de la pandémie de Covid-19 justifiaient largement sa médiatisation.

²¹³⁷ A. Voßkuhle, « « L'intégration par le droit » – la contribution de la Cour constitutionnelle fédérale », *Trivium*, n°30, 2019, p. 2.

« *intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international* »²¹³⁸. C'est à partir de ce fondement que le Conseil constitutionnel déduit l'obligation constitutionnelle de transposition des directives européennes²¹³⁹ et celle d'adaptation du droit national aux règlements européens²¹⁴⁰. C'est également sur ce fondement que les juridictions judiciaires et administratives exercent le contrôle de compatibilité de la loi au regard des engagements européens de la France et, le cas échéant, saisissent la Cour de Luxembourg à titre préjudiciel²¹⁴¹. C'est, enfin, sur cette base que le Conseil d'Etat a dégagé la célèbre technique de la translation à partir de l'arrêt *Arcelor*²¹⁴².

770. Dans cette affaire, il s'agissait d'examiner un moyen d'inconstitutionnalité, fondé sur la méconnaissance du principe d'égalité, soulevé contre un décret d'application d'une loi nationale qui transposait elle-même une directive européenne. Ainsi, une telle opération pouvait conduire, par un effet d'entraînement, à fragiliser une disposition législative qui se limite à assurer la transcription d'un acte de droit de l'Union. Autrement dit, la censure du décret litigieux aurait conduit à la remise en cause indirecte, par le Conseil d'Etat, d'une directive européenne, méconnaissant la nature particulière du droit de l'Union. Pour contourner cette difficulté, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat suivit le rapporteur public Mattias Guyomar qui préconisait de s'inspirer du raisonnement du Conseil constitutionnel, de la Cour constitutionnelle fédérale allemande ou de la Cour constitutionnelle italienne en matière de contrôle des lois de transposition des directives. Reconnaissant que le droit de l'Union européenne fournit une protection des droits et libertés équivalente à celle du droit constitutionnel national, sans pour autant nier la spécificité de ce dernier, Mattias Guyomar proposa de « *procéder au transport du bloc de constitutionnalité français vers l'ordre juridique communautaire* »²¹⁴³ (une opération qu'il qualifia de « translation ») afin de permettre que le « *contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil d'Etat sur l'acte réglementaire de transposition s'effectue, pour partie, sous le timbre du droit communautaire* »²¹⁴⁴.

²¹³⁸ Décision n° 2004-505 du 19 novembre 2004. *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*. Le Conseil constitutionnel s'inspire de la formule de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire *Costa c/ Enel* pour laquelle l'ordre communautaire constitue « *un ordre juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du Traité [de Rome] et qui s'impose à leurs juridictions* ».

²¹³⁹ Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.

²¹⁴⁰ Décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles*.

²¹⁴¹ *Idem*.

²¹⁴² CE, Ass., 16 déc. 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, n°287110.

²¹⁴³ M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Paris, 2017 (21e ed.), p. 831.

²¹⁴⁴ *Idem*.

Une fois cette stratégie déterminée, le Conseil d'Etat consentit à transmettre une question préjudicielle à la Cour du Luxembourg pour interprétation de la directive litigieuse.

771. Ce renvoi doit donc être compris comme la «*manifestation d'une volonté d'évitement du conflit constitutionnel*»²¹⁴⁵. Il a été unanimement salué par la doctrine comme une solution à même de préserver les délicats équilibres issus de l'imbrication entre les ordres juridiques. Comme l'affirme l'avocat général Poiares Maduro, «*c'est par cette voie que ce qui semblait, à première vue irréconciliable, a été en fait réconcilié*»²¹⁴⁶. Aussi, la même technique de la « translation » fut mobilisée peu après, à l'occasion de l'affaire *CNB*²¹⁴⁷, en reconnaissant cette fois-ci une équivalence de protections entre la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'Union²¹⁴⁸.

772. Du point de vue du droit de l'Union, certaines stipulations du droit primaire visent à asseoir les fondements d'un rapport d'imbrication avec l'ordonnement juridique interne des Etats membres en reconnaissant l'existence et la valeur de ces derniers. L'article 4 -2 TUE consacre le respect de l'identité nationale, inhérente aux structures fondamentales politiques et constitutionnelles de chaque Etat membre. Ce même paragraphe affirme l'existence de « fonctions essentielles » de l'Etat, notamment la protection de l'intégrité territoriale, le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité nationale.

773. Cela signifie que, du point de vue de l'Union européenne, les ordres juridiques étatiques jouissent d'une autonomie à la fois originaire (ce que suggère la référence aux « structures fondamentales ») et fonctionnelle (ils disposent de compétences propres et intangibles, ainsi que le reconnaissent l'article 4-1²¹⁴⁹ et l'article 5-1²¹⁵⁰). Cette autonomie peut se manifester à travers le droit que les traités reconnaissent aux Etats membres de quitter l'Union²¹⁵¹. Le droit primaire

²¹⁴⁵ E. Dubout, « Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel de l'Union européenne », *Op. cit.*, p. 304.

²¹⁴⁶ Conclusions sur l'affaire C-127/07 (*Arcelor*) présentées le 21 mai 2008, point n°15.

²¹⁴⁷ CE, Sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux*, n°296845.

²¹⁴⁸ Cette présomption de compatibilité entre le droit de l'Union et celui de la Convention avait été reconnue par la Cour de Strasbourg dans son fameux arrêt *Bosphorus* (Cour EDH, Gde Ch., 30 juin 2005, requête n° 45036/98).

²¹⁴⁹ « Conformément à l'article 5, toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux Etats membres ».

²¹⁵⁰ « Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union ».

²¹⁵¹ Art. 50 TUE.

reconnaît également le droit né de la Convention européenne des droits de l'homme²¹⁵² et organise les modalités d'une prise en compte, par les institutions normatives de l'Union, de ce dernier²¹⁵³.

774. Du point de vue du droit né de la Convention européenne des droits de l'homme, il existe également des dispositifs permettant de réguler les rapports de système. Le premier qui vient à l'esprit provient du principe de subsidiarité²¹⁵⁴. De ce dernier découle, comme nous l'avons évoqué, le paramètre prétorien de la marge nationale d'appréciation dans l'interprétation de la Convention. Celui-ci apparaît également comme un outil permettant de faciliter les rapports de système. Désignant « *la marge de manœuvre que les organes de Strasbourg sont disposés à reconnaître aux autorités nationales pour la mise en œuvre de leurs obligations au titre de la Convention européenne des Droits de l'Homme* »²¹⁵⁵, il permet de reconnaître la part d'autonomie des autorités nationales vis-à-vis de la Cour dans l'interprétation de la Convention et, donc, de motiver une jurisprudence européenne conciliante.

775. D'ailleurs, la marge nationale laissée aux Etats ne porte pas seulement sur l'interprétation du droit de la Convention mais aussi sur les modalités d'adaptation du droit interne aux éventuelles censures de la Cour de Strasbourg²¹⁵⁶. L'étendue de cette marge nationale d'appréciation reste, néanmoins, définie par la Cour. Son utilisation répond bien à un objectif de régulation des rapports de systèmes du point de vue de la Cour et donc du système juridique issu de la Convention. En outre, une autre marque de la prise en compte par la Convention européenne des droits de l'homme de la permanence de l'autonomie des ordres juridiques étatiques est le fait qu'elle prévoie, à l'instar du TUE, la possibilité pour les Etats de sortir du système de sauvegarde des droits et libertés qu'elle

²¹⁵² Il dispose même que « *l'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* », même si cette adhésion est restée en suspens après l'avis défavorable de la Cour de justice (avis 2/13 du 18 déc. 2014). Nous verrons à la suite plus précisément les motivations de cet avis ainsi que les conséquences qui peuvent en être tirées.

²¹⁵³ Cf. art. 6-3 TUE. La Charte des droits fondamentaux évoque la Convention à plusieurs reprises comme une source d'inspiration et d'interprétation du droit européen des droits fondamentaux (Préambule, art. 52-3, art. 53),

²¹⁵⁴ Le Préambule de la Convention stipule que « *il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme.* »

²¹⁵⁵ S. Greer, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Ed. du Conseil de l'Europe, Strasbourg (France), juillet 2000, p. 5 [En ligne sur le site du Conseil de l'Europe : [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-17\(2000\).pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-FR-HRFILES-17(2000).pdf)].

²¹⁵⁶ L'article 46-1 de la Convention se limite à énoncer que « *les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties* ».

met en place²¹⁵⁷. Cette stipulation témoigne du caractère toujours formellement conventionnel de cet instrument, malgré le recours à la grammaire du constitutionnalisme pour le qualifier.

776. La reconnaissance de l'existence et de la valeur d'ensembles juridiques tiers est également doublée d'une reconnaissance du niveau de protection que ces derniers assurent en matière de droits et libertés fondamentaux. Il s'agit du principe de protection équivalente.

B. Le principe de protection équivalente

777. Pour Vannesa Lobier, autrice d'une thèse à ce sujet, la protection équivalente est « *une conception renouvelée des rapports de système initiée par le juge* ». Elle vise « *à éviter le conflit entre systèmes juridiques, à partir du moment où le système extérieur offre une protection des droits fondamentaux considérée comme comparable, sur un plan matériel et procédural* ». Elle permet donc au juge qui est saisi d'une question relative à la protection d'un droit ou d'une liberté « *de renoncer à son contrôle* »²¹⁵⁸ au profit du juge appartenant à l'ordre juridique dont relève l'acte contesté.

778. Le principe de protection équivalente permet ainsi de trouver des charnières, des « *points de connexion* »²¹⁵⁹ entre ensembles juridiques distincts. Il favorise une compréhension pacifiée et œcuménique des rapports de système à travers l'idée d'une unité de protection²¹⁶⁰. Il peut aussi favoriser une évolution vers l'harmonisation de différents ensembles juridiques. C'est l'exemple classique de la saga jurisprudentielle « *So Lange* » de la Cour de Karlsruhe²¹⁶¹, qui a progressivement permis au droit communautaire - d'abord au travers de la jurisprudence de la Cour

²¹⁵⁷ Cf. article 58.

²¹⁵⁸ V. Lobier, « La protection équivalente des droits fondamentaux en Europe », *RDLF*, 2017, thèse n°01.

²¹⁵⁹ *Idem*.

²¹⁶⁰ Cf. T. Racho, *Le système européen de protection des droits fondamentaux*, *Op. cit.* p. 89 et s.

²¹⁶¹ BVerfGE, 52/71, 29 mai 1974, *Solange I* ; BVerfGE, 73/339, 22 oct. 1986, *Solange II* ; BVerfGE, 89/155, 12 oct. 1993, *Solange III* ; BVerfGE, 102/147, 7 juin 2000, *Solange IV*.

de Justice²¹⁶² puis ensuite du droit primaire²¹⁶³ - de consacrer un niveau de protection des droits et libertés équivalent à celui assuré par l'ordre constitutionnel allemand et, plus largement, les ordres constitutionnels des Etats membres. Il convient à ce titre de souligner, pour les besoins de la démonstration, que le droit de l'Union s'est rapproché non seulement des garanties envisagées par les droits nationaux mais aussi de celles qui figurent dans les instruments internationaux de sauvegarde des droits fondamentaux, notamment la Convention européenne des droits de l'homme²¹⁶⁴.

779. Aussi, la reconnaissance, par un ordre juridique donné, de l'existence et de la valeur d'ensembles juridiques tiers est accompagnée de provisions visant à prévoir l'articulation avec ces derniers pour assurer une « coexistence pacifique ». Les attributs inhérents aux rapports de système tels que nous les avons définis plus haut concilient l'idée d'autonomie avec celle, *a priori* antinomique, d'interdépendance. Cependant, malgré le haut degré de reconnaissance réciproque, d'imbrication et d'enchevêtrement entre ces trois ensembles, la permanence de leur autonomie peut être source de conflit.

II. Concurrence et conflit

780. Le paysage juridique européen épouse moins la forme d'un réseau, où chaque élément trouverait une place à peu près équivalente, que celle d'une hiérarchie plurielle où chaque ensemble a tendance à réclamer pour soi l'ultime primauté. Les jurisprudences *Costa c/ Enel*, *Van Gend en Loos* et *Internationale Handelsgesellschaft*, toujours en vigueur²¹⁶⁵, affirment l'effet direct et la

²¹⁶² Les arrêts CJCE, 12 nov. 1969, *Stauder*, aff. 29/69 et CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70 font figure de pionniers.

²¹⁶³ A partir du Traité de Lisbonne, qui reconnaît pleinement la place des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union en introduisant l'article 6-3 TUE (« les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ») ainsi que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Celle-ci vient compléter le système européen de protection des droits fondamentaux en se référant à la fois à la Convention européenne des droits de l'homme ainsi qu'aux traditions constitutionnelles communes aux Etats membres.

²¹⁶⁴ Cf. *infra*. II. A.

²¹⁶⁵ Car elle a été, bien après, formalisée dans le droit primaire au travers de la déclaration 17 annexée au TFUE par le Traité de Lisbonne. Celle-ci stipule que « la Conférence rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des États membres, dans les conditions définies par ladite jurisprudence ». L'arrêt *Costa c/ Enel* est explicitement cité : « issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même ».

primauté du droit communautaire, primaire et dérivé, sur l'ensemble des règles juridiques nationales, y compris les règles de rang constitutionnel²¹⁶⁶. Plus récemment, la Cour de justice a réaffirmé cette position en estimant que « *toutes les autorités des États membres sont soumises à l'obligation de garantir le plein effet des dispositions du droit de l'Union, y compris lorsque lesdites autorités modifient leur Constitution* »²¹⁶⁷.

781. De même, les propriétés intrinsèques au droit européen des droits de l'homme ont permis à la Cour de Strasbourg de proclamer sa primauté ainsi que le caractère *erga omnes* de l'interprétation qu'elle en fournit. L'irruption de cette jurisprudence dans un environnement composé d'États souverains ne pouvait que provoquer une confrontation avec les ordres juridiques étatiques. Particulièrement prégnante en France, l'approche selon laquelle tout, dans l'univers juridique, « *procède la Constitution* »²¹⁶⁸ et, donc, de l'expression ultime de la souveraineté, est mal adapté à ce degré d'imbrication entre ordres juridiques dans l'espace européen.

782. Il ne s'agit donc pas de refaire une généalogie des occasions au cours desquelles un conflit normatif est né dans le cadre des rapports entre le droit l'Union et de la Convention d'une part et les États membres d'autre part mais d'en pointer les ressorts (A) et d'insister sur un terrain privilégié d'affrontement : la protection des droits de l'homme (B).

A. Les ressorts du conflit normatif

783. De manière générale, le conflit normatif surgit lorsque l'interprétation d'une règle juridique donnée rend son application incompatible avec les dispositions d'un ensemble juridique tiers. Dans le cadre des rapports entre le droit de l'Union et le droit des États membres, il peut se nouer sur

²¹⁶⁶ Selon l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, « le droit né du traité, issu d'une source autonome, ne pourrait, en raison de sa nature, se voir judiciairement opposer des règles de droit national, quelles qu'elles soient, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même. Que, dès lors, l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État ». Point 3.

Dans son arrêt *Melloni*, la Cour de justice considère, concernant la Charte des droits fondamentaux, qu'une interprétation de l'article 53 de cette dernière qui « permettrait à un État membre de faire obstacle à l'application d'actes du droit de l'Union pleinement conformes à la Charte, dès lors qu'ils ne respecteraient pas les droits fondamentaux garantis par la Constitution de cet État » serait considérée comme portant atteinte au principe de la primauté du droit de l'Union (CJUE, 23 févr. 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, point 58).

²¹⁶⁷ D.Berlin, « note sous CJUE 11 février 2011, C-760/18, Primauté du droit de l'Union, y compris sur la Constitution, et devoir de coopération loyale », *JCP-G*, n°10, 8 mars 2021, p. 458.

²¹⁶⁸ *Droit international, droit communautaire et droit français*, Hachette (Coll. « P.E.S. »), Paris, 1989, p. 35.

deux tableaux : soit lorsque la Cour de justice de l'Union européenne considère qu'une disposition constitutionnelle de droit interne est incompatible avec le droit de l'Union ; soit lorsqu'une Cour constitutionnelle nationale conclut à une incompatibilité entre ce dernier et le droit constitutionnel interne. Il convient donc de souligner qu'il n'y a conflit que lorsque s'opposent une règle de valeur constitutionnelle d'une part et le droit de l'Union d'autre part car, en cas d'incompatibilité entre ce dernier et une loi nationale, il est désormais admis, après une jurisprudence offensive de la Cour de Justice, que le droit primaire²¹⁶⁹ et dérivé²¹⁷⁰ priment toujours la loi nationale²¹⁷¹.

784. La place des règles constitutionnelles vis-à-vis du droit de l'Union dépend du point de vue adopté, ce qui est tout à fait typique des rapports entre ordres juridiques. Du point de vue du droit interne, la Constitution est toujours réputée comme étant le réceptacle de la souveraineté nationale et, donc, la norme suprême de l'ordre juridique interne. Rappelons à ce titre que pour le Conseil constitutionnel, le fondement de l'obligation constitutionnelle de transposition des directives découle de l'article 88-1 de la Constitution et non pas du droit de l'Union. Ce dernier, en revanche,

²¹⁶⁹ La primauté des Traités sur l'ensemble des règles de droit interne fut affirmée dès les arrêts fondateurs *Costa c/ Enel*, *Van Gend en Loos* et *Internationale Handelsgesellschaft*.

²¹⁷⁰ Les règlements européens sont, de ce point de vue, assimilés aux Traités et leur primauté fut donc consacrée dans les arrêts suscités. La question qui subsista, et qui fut de nature à provoquer des divergences d'interprétation entre les juridictions nationales et la Cour de justice, fut celle du statut des directives non transposées en droit interne. Celle-ci est très intéressante dans la mesure où elle témoigne de l'extension prétorienne du principe de primauté du droit communautaire sur les lois nationales. Dans son arrêt CJCE, 17 déc. 1970, *Société SACE*, aff. C-33/70 la Cour de Luxembourg affirme que les directives non transposées bénéficient néanmoins de l'effet direct vertical ascendant en droit interne. Cette jurisprudence est confirmée quatre ans plus tard dans le célèbre arrêt CJCE, 4 déc. 1974, *Van Duyn*, aff. 41-74 dans lequel la Cour considère que l'effet utile des directives « se trouverait affaibli si les justiciables étaient empêchés de s'en prévaloir en justice et les juridictions nationales empêchées de les prendre en considération en tant qu'élément du droit communautaire ». Face aux réticences nationales à accorder à une directive une portée si large, la Cour précise les contours de cette obligation avec l'arrêt CJCE, 5 avr. 1979, *Ratti*, aff. 148/78 : il s'agit de sanctionner la carence d'un Etat n'ayant pas transposé une directive en temps utile par l'admission d'une invocabilité de substitution. Celle-ci consiste à substituer au droit national contraire à la directive le contenu des dispositions précises et inconditionnelles de cette dernière. Toutefois, selon l'arrêt CJCE, 14 juill. 1994, *Faccina Dori*, aff. C-91/92 une directive non transposée ne peut pas créer d'obligations sur le chef d'un particulier (effet direct horizontal et vertical descendant). Par ailleurs, dans l'arrêt CJCE, 10 av. 1984, *Von Colson et Kamann*, aff. 14/83 la Cour de Luxembourg avait affirmé l'obligation des juridictions nationales d'interpréter le droit interne à la lumière du texte et de la finalité des directives non transposées pour atteindre le résultat visé par celles-ci (obligation réaffirmée not. Dans l'arrêt CJCE, 13 nov. 1990, *Manleasing*, aff. C-106/89). Finalement, la Cour aura réussi à imposer une interprétation extensive de l'article 189 du Traité de Rome (devenu l'article 288 TFUE), qui énumère et définit les différentes catégories d'actes de droit dérivé.

²¹⁷¹ Après la position adoptée par le Conseil constitutionnel dans sa décision *I.V.G.* et l'assomption par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat du contrôle de conventionnalité (jurisprudence *Société Cafés Jacques Vabre* et *Nicolo* suscitée), le Conseil d'Etat a fait évoluer sa jurisprudence pour assurer pleinement la pleine intégration du droit de l'Union dans l'ordre juridique interne. Désormais, la primauté des règlements (CE, 24 septembre 1990, n° 58 657, *M.X*) et des directives européennes (CE, Ass. 28 février 1992, n° 56 776, *S.A. Rothmans International France* et *S.A. Philip Morris*) sur les lois est reconnue. Les dispositions précises et inconditionnelles d'une directive non transposée peuvent être invoquées à l'encontre d'un acte administratif non réglementaire (CE, 30 oct. 2009, n°298348, *Dame Perreux*). C'est la reconnaissance de l'effet vertical ascendant des dispositions d'une directive non transposée qui justifie l'« invocabilité de substitution ».

est globalement indifférent à la valeur du droit constitutionnel national, qu'il assimile à l'ensemble du droit interne des Etats.

785. Il est néanmoins possible d'introduire une nuance : depuis le Traité de Maastricht, le droit primaire reconnaît et respecte « *l'identité nationale de ses États membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques* »²¹⁷². Comme nous l'avons vu, le Traité de Lisbonne a étoffé cette référence en stipulant que « *l'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale* »²¹⁷³.

786. Le terme de « fondamentales » suggère que l'Union européenne - et, donc, le droit que ses institutions édictent - ne respecte pas l'ensemble du droit constitutionnel national mais seulement certaines dispositions que l'Union - donc, en dernière instance, la Cour de Justice - considère comme particulièrement importantes ou fondatrices. Nous insistons sur ce point car l'article 4-2 conduit à reconnaître la compétence de la Cour pour déterminer si la règle constitutionnelle en cause fait partie de l'identité constitutionnelle de l'Etat en question. La juridiction de Luxembourg acquiert ainsi le rang de cour constitutionnelle supranationale car elle peut écarter l'application du droit constitutionnel national pour permettre celle du droit de l'Union.

787. Selon le professeur Puttler, « *l'adjectif « fondamentales » montre qu'il ne s'agit pas de toutes les décisions politiques d'un État mais seulement des décisions essentielles pour son organisation et pour son caractère en tant qu'État. En règle générale, ces décisions se trouvent dans les constitutions des États. [...] Quoi qu'il en soit, la souveraineté et la qualité en tant qu'État comptent parmi ces structures fondamentales* »²¹⁷⁴. Cependant, il n'y a pas encore eu de censure de la part de la Cour du Luxembourg d'une disposition de droit de l'Union (primaire ou dérivé) sur le

²¹⁷² Cf. art. F-1 du Traité de Maastricht.

²¹⁷³ Art. 4-2 TUE. La mention à « *l'autonomie locale et régionale* » proviendrait d'une demande réalisée par les Länder allemands ainsi que le « Conseil des Communes et Régions d'Europe » auprès de la Convention constitutionnelle qui rédigea le projet de Traité instituant une Constitution pour l'Europe - dont découle le projet de Traité de Lisbonne. Cette stipulation doit être comprise comme garantissant l'autonomie locale et régionale aussi longtemps que celle-ci figure dans la Constitution nationale car « *c'est exclusivement la constitution nationale qui décide si l'autonomie des communes ou des régions fait partie de l'identité nationale et qui définit les conditions et la mesure d'une telle autonomie* » (A. Puttler, « Le renforcement de la notion d'identité nationale dans l'Union européenne », in J. Rossetto, A. Berramdane, W. Cremer et A. Puttler (dir.), *Quel avenir pour l'intégration européenne ?*, Presses universitaires François-Rabelais, Tours (France), 2010, p. 185). L'organisation fédérale de l'Allemagne est elle-même sauvegardée par la Loi fondamentale comme un principe insusceptible de révision constitutionnelle (clause d'éternité de l'art. 79-3).

²¹⁷⁴ *Idem*.

fondement d'une incompatibilité de ce dernier avec l'article 4-2 TUE, au contraire²¹⁷⁵. En effet, du point de vue du droit interne, la sauvegarde effective de l'identité constitutionnelle nationale (et, donc, de la primauté de certaines dispositions constitutionnelles sur le droit de l'Union) repose plutôt sur les juridictions des Etats, notamment les juridictions constitutionnelles, qui en sont les gardiennes naturelles.

788. Celles-ci ont affirmé, en ce sens, l'existence de limites constitutionnelles à l'intégration européenne, parfois au travers de notions prétoriennes, comme celle d'«identité constitutionnelle»²¹⁷⁶, parfois au travers de l'interprétation de dispositions de la Constitution nationale. C'est le cas du Tribunal constitutionnel espagnol dans son arrêt DTC 1/2004, 13 décembre 2004 suscité, de la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans sa jurisprudence *So lange* susévoquée et du Tribunal constitutionnel italien, à travers de sa théorie des *controlimitti* initiée avec la fameuse jurisprudence *Frontini* de 1973. Ces limites ont été posées de manière préventive, pour asseoir les conditions de l'ouverture de l'ordre juridique national au droit communautaire sans provoquer un conflit normatif *ipso facto*. Les fameux arrêts suscités *So lange I* et *Frontini*, par exemple, ne concluent pas à l'incompatibilité entre la Constitution nationale et le droit communautaire. Ils annoncent les limites constitutionnelles à ne pas franchir et en deçà desquelles le droit communautaire peut primer le droit constitutionnel. Dans sa décision *Kloppenburg*²¹⁷⁷, la Cour de Karlsruhe établit ses « contre-limites » en affirmant que la Cour de justice doit respecter le droit constitutionnel allemand, dont elle est la gardienne en dernier ressort. Elle y revient dans son importante décision *Lisbonne*. Nous avons vu que le Conseil constitutionnel français fait de même avec le standard des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ».

789. Une mention particulière doit être réservée au contrôle « *ultra vires* » opéré par la Cour constitutionnelle fédérale allemande vis-à-vis du droit de l'Union. Comme nous l'avons évoqué, il

²¹⁷⁵ Dans l'arrêt CJUE, 24 mai 2011, *Commission européenne c. Grand-duché du Luxembourg*, aff. C-51/08 la Cour a rejeté l'argument du Luxembourg tiré de l'art. 4-2 TUE pour justifier une réglementation nationale sur la condition de nationalité des notaires (« *Si la sauvegarde de l'identité nationale des États membres constitue un but légitime respecté par l'ordre juridique de l'Union, ainsi que le reconnaît d'ailleurs l'article 4, paragraphe 2, TUE, l'intérêt invoqué par le Grand-duché peut toutefois être utilement préservé par d'autres moyens que l'exclusion, à titre général, des ressortissants des autres États membres* »).

²¹⁷⁶ Le Conseil constitutionnel a mobilisé cette expression pour la première dans sa décision suscitée n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*. Cf. not. M. Quesnel, *La protection de l'identité constitutionnelle de la France*, Dalloz (Coll. Bibl. Parlementaire et constitutionnelle), Paris, 2015 et D. Rojas, *L'utilisation de la notion d'identité constitutionnelle*, *Op. cit.*

²¹⁷⁷ BVerfGE 75, 223 (2 sénat), 8 avril 1987, *Kloppenburg*.

s'agit, pour cette dernière, d'assumer le contrôle du dépassement des compétences attribuées par les traités européens aux institutions et organes qu'ils créent. Cette modalité de contrôle présente un double intérêt pour la Cour de Karlsruhe. Elle lui permet, d'une part, de se tailler une place au sein des rapports de systèmes comme une cour constitutionnelle européenne, au même titre que la Cour de justice. D'autre part, elle lui donne les moyens de sauvegarder concrètement l'intégrité de la Loi fondamentale vis-à-vis d'éventuels empiètements des institutions européennes. Evidemment, la reconnaissance du contrôle *ultra vires* peut potentiellement menacer le monopole de la Cour de justice pour invalider les actes de l'Union européenne²¹⁷⁸ et ainsi porter atteinte à l'autonomie et l'unité de l'ordre juridique de l'Union.

790. Les partisans de cette modalité de contrôle argumentent que sa finalité n'est pas d'invalider un acte quelconque de droit de l'Union, mais de contrôler, au nom de la souveraineté nationale dont l'exercice a permis de créer les institutions de l'Union, que ces dernières agissent conformément aux compétences que les Etats membres, seuls « maîtres des traités », ont souhaité leur concéder. Afin de concilier autonomie du droit de l'UE et contrôle « *ultra vires* », Franz Mayer, propose que la Cour de justice reconnaisse aux juridictions constitutionnelles nationales « *un pouvoir de constatation de l'inexistence d'un acte droit dérivé en raison d'un vice particulièrement grave, comprenant notamment l'absence de base juridique* »²¹⁷⁹. Il convient de souligner que cette position ne se prononce pas sur le terrain théorique car elle présuppose que les deux points de vue que nous avons évoqués (celui de la Cour de justice et celui de la Cour de Karlsruhe) se valent et que la solution doit être technique. Son intention est louable car elle contribue à l'articulation harmonieuse entre deux ordres juridiques imbriqués. Mais, dès lors que la question théorique de la primauté n'est pas tranchée, elle repousse un conflit qui peut ressurgir sous une autre forme. Par ailleurs, cette solution ne semble pas avoir emporté la conviction de la Cour de justice.

791. En droit positif, le principe du contrôle « *ultra vires* » est posé dans la décision *Maastricht* du 12 octobre 1993, dans lequel la Cour de Karlsruhe se reconnaît la compétence de vérifier que les actes adoptés par les institutions européennes « *restent dans les limites des compétences transférées*

²¹⁷⁸ CJCE, 22 oct. 1987, *Foto-frost*, aff. 314/85.

²¹⁷⁹ L. Dechâtre, « Karlsruhe et le contrôle *ultra vires* : une « source de miel » pour adoucir la très acidulée décision *Lisbonne* », *RAE*, 2011, n°4, p. 867.

ou les dépassent »²¹⁸⁰. Dans sa décision *Lisbonne*, elle estime qu'il doit être possible d'invoquer devant les juridictions allemandes la « responsabilité d'intégration » (c'est-à-dire la responsabilité des institutions nationales dans le cadre de l'intégration) «lorsque se présente un cas de dépassement manifeste des limites lors de l'exercice de compétences par l'Union européenne » ainsi que « pour préserver le noyau dur intangible de l'identité constitutionnelle de la Loi fondamentale dans le cadre d'un contrôle juridictionnel portant sur la sauvegarde de cette identité constitutionnelle »²¹⁸¹. C'est ainsi que la Cour constitutionnelle fédérale réalise son premier contrôle «ultra vires» à l'occasion de l'affaire *Honeywell* du 6 juillet 2010²¹⁸². Après la position adoptée à l'occasion de l'examen du traité de Lisbonne, qui avait pu sembler un peu raide, cette décision s'avère davantage conciliatrice. Elle repousse l'horizon du conflit avec la Cour de Luxembourg en affirmant que « les situations de tensions sont à concilier avec l'idée européenne d'intégration dans un esprit de coopération et à désamorcer par un respect mutuel »²¹⁸³. Dès lors, « le contrôle ultra vires peut seulement être exercé dans un esprit de respect du droit de l'Union européenne (europarechtsfreundlich) » et de façon mesurée »²¹⁸⁴. La déclaration d'ultra vires ne peut découler que d'une transgression des compétences manifeste et d'une importance structurelle.

792. Partant, la coopération juridictionnelle est centrale dans le cadre de cette procédure. La Cour de Karlsruhe estime dans sa décision *Honeywell* « qu'elle doit donner à la Cour de justice la possibilité, par le biais d'un renvoi préjudiciel, de se prononcer sur l'interprétation du droit de l'Union européenne et la validité des actes des institutions de l'Union européenne avant de déclarer un acte ultra vires »²¹⁸⁵.

793. A partir de 2014, l'activité de la Banque centrale européenne (BCE), et, plus précisément, son programme d'opérations monétaires sur titre (OMT), permet à la Cour de Karlsruhe d'opérer de nouveaux contrôles « ultra vires », d'abord dans une décision du 21 juin 2016 puis dans la célèbre décision du 5 mai 2020. A cette occasion, elle réalise un contrôle de conformité du programme

²¹⁸⁰ BVerfGE 89, 155 (2 sénat), 12 octobre 1993, p. 188, point 106. Cité par L. Dechâtre, « Karlsruhe et le contrôle ultra vires : une « source de miel » pour adoucir la très acidulée décision *Lisbonne* », *Op. cit.*, p. 864.

²¹⁸¹ BVerfG, arrêt 2/08 du 30 juin 2009 relatif au Traité de Lisbonne, point 240.

²¹⁸² BVerfG, 2661/06 du 6 juill. 2010, *Honeywell*.

²¹⁸³ L. Dechâtre, « Karlsruhe et le contrôle ultra vires : une « source de miel » pour adoucir la très acidulée décision *Lisbonne* », *Op. cit.*, p. 870.

²¹⁸⁴ *Idem*.

²¹⁸⁵ *Idem*.

d'achats de dette publique (le PSPP) de l'Eurosystème vis-à-vis des stipulations des Traités portant sur les compétences de la BCE. Elle décide que, bien que ne contrevenant pas à l'article 123 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prohibant le financement monétaire des déficits budgétaires, le PSPP est incompatible avec le principe de proportionnalité des moyens mis en œuvre par la BCE et les banques centrales nationales. La portée de cette décision est particulièrement importante car la Cour de Karlsruhe se prononce après un renvoi préjudiciel à la Cour de Justice, que celle-ci avait résolu par un arrêt du 11 décembre 2018²¹⁸⁶ où elle avait déterminé la compatibilité du programme PSPP de la BCE avec le droit de l'Union²¹⁸⁷. C'est pour cette raison que la Commission européenne ouvre le 9 juin 2021 une procédure d'infraction contre l'Allemagne sur le fondement de l'article 258 TFUE²¹⁸⁸. Cette affaire permet d'apprécier le potentiel déstabilisateur du contrôle « *ultra vires* » lorsque ce dernier conduit à faire obstacle à l'application du droit de l'Union en droit interne.

794. Le fantôme du contrôle « *ultra vires* » a également plané dans l'affaire relative à la collecte et l'utilisation des données personnelles de connexion téléphoniques ou numérique. En effet, ce sujet extrêmement sensible a fait l'objet d'une prise de position de la Cour de justice à travers son arrêt *Digital Rights* du 8 avril 2014²¹⁸⁹. Elle a estimé que la conservation générale et indiscriminée des données de connexion telle qu'elle était prévue par la directive incriminée²¹⁹⁰ constituait une « *ingérence dans les droits fondamentaux consacrés par la Charte [...] d'une vaste ampleur* » et qu'elle devait être considérée comme « *particulièrement grave* »²¹⁹¹. En l'annulant, la Cour a donc fragilisé les réglementations nationales, dont la réglementation française, qui impose la conservation de données dans le cadre de procédures pénales. Dans un arrêt ultérieur, la Cour du Luxembourg s'oppose à une réglementation nationale permettant l'accès d'autorités publiques à un ensemble de données personnelles « *sans que cet accès soit circonscrit à des procédures visant à la*

²¹⁸⁶ CJUE, Gde ch., 11 décembre 2018, *Heinrich Weiss e.a.*, aff. C-493/17.

²¹⁸⁷ Cf. notre analyse sur le *blog* d'Hémisphère gauche : « Karlsruhe a-t-elle assassiné l'euro ? Enjeux de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 5 mai 2020 et perspectives quant à la survie de la zone euro », 7 mai 2020 [En ligne : <https://blogs.alternatives-economiques.fr/gauche/2020/05/07/karlsruhe-a-t-elle-assassine-l-euro-enjeux-de-la-decision-de-la-cour-constitutionnelle-federale-allemande-du-5-mai-2020-et-perspectives-quant-a-la-survie>].

²¹⁸⁸ Cette procédure est préalable au recours en manquement devant la Cour de justice.

²¹⁸⁹ CJUE, Gde ch., 8 avril 2014, *Digital Rights*, aff. C-293/12 et C-594/12.

²¹⁹⁰ Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, sur la conservation des données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communication.

²¹⁹¹ *Idem*, point 37.

lutte contre la criminalité grave ou à la prévention de menaces graves contre la sécurité publique»²¹⁹².

795. Dans ce contexte, le gouvernement français demande au Conseil d'Etat d'écarter cette jurisprudence au motif que la Cour de justice avait agi « *ultra vires* »²¹⁹³, ce que ce dernier refuse dans un arrêt très médiatisé, *French Data Network*²¹⁹⁴. Le Conseil d'Etat, dans « *un exercice périlleux, qui relève véritablement de la haute voltige* »²¹⁹⁵, ménage l'ordre juridique de l'Union tout en rappelant la spécificité du droit constitutionnel national ainsi que le principe de primauté de la Constitution dans l'ordre juridique interne.

796. Ainsi, d'une part, il refuse explicitement de suivre le gouvernement sur la voie du conflit vis-à-vis de la jurisprudence de la Cour de justice²¹⁹⁶. D'autre part, il réaffirme que la Constitution demeure au sommet de l'ordre juridique interne et relève que « *les exigences constitutionnelles [...] qui s'appliquent à des domaines relevant exclusivement ou essentiellement de la compétence des Etats membres en vertu des traités constitutifs de l'Union, ne sauraient être regardées comme bénéficiant, en droit de l'Union, d'une protection équivalente à celle que garantit la Constitution* »²¹⁹⁷. Parmi ces « exigences constitutionnelles », se trouvent celles relatives à la sécurité nationale et à la lutte contre la criminalité. Dès lors, il lui revient d'examiner si l'application du droit de l'Union tel qu'interprété par la Cour ne remet pas en cause les exigences

²¹⁹² CJUE, 2 mars 2021, *HK v Prokuratuur* aff. C-746/18, point 45.

²¹⁹³ Selon une révélation du site Contexte : « Le gouvernement français refuse d'appliquer les arrêts de la CJUE sur la conservation des données », 3 mars 2021 [En ligne : https://www.contexte.com/article/numerique/le-gouvernement-francais-refuse-dappliquer-les-arrets-de-la-cjue-sur-la-conservation-des-donnees_128041.html]. Le professeur Brunessen Bertrand relève également que « pour la première fois depuis le début de la construction européenne, le gouvernement demandait, en défense, au Conseil d'Etat de ne pas appliquer la jurisprudence de la Cour de justice afin de respecter plusieurs exigences constitutionnelles tenant au respect de la sauvegarde de la Nation, à la recherche des auteurs d'infractions pénales et à la lutte contre le terrorisme, dès lors que le recours aux données de connexion est devenu la principale technique d'investigation dans les enquêtes pénales et pour les services de renseignement ». « L'arrêt *French Data Network* du Conseil d'Etat : un dialogue des juges en trompe l'œil », *Le Club des juristes*, 7 mai 2021.

²¹⁹⁴ CE, Ass., 21 avril 2021, *French Data Network*, req. n°393099.

²¹⁹⁵ B. Bertrand, « L'arrêt *French Data Network* du Conseil d'Etat : un dialogue des juges en trompe l'œil », *Op. cit.*

²¹⁹⁶ La Haute Juridiction estime que « contrairement à ce que soutient le Premier ministre, il n'appartient pas au juge administratif de s'assurer du respect, par le droit dérivé de l'Union européenne ou par la Cour de justice elle-même, de la répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres. Il ne saurait ainsi exercer un contrôle sur la conformité au droit de l'Union des décisions de la Cour de justice et, notamment, priver de telles décisions de la force obligatoire dont elles sont revêtues, rappelée par l'article 91 de son règlement de procédure, au motif que celle-ci aurait excédé sa compétence en conférant à un principe ou à un acte du droit de l'Union une portée excédant le champ d'application prévu par les traités ». CE, Ass., 21 avril 2021, *French Data Network*, req. n°393099, point 8.

²¹⁹⁷ *Idem*, point 10.

découlant de la Constitution. Il conclut de son examen que l'obligation de conservation généralisée des données pour les besoins de la sécurité nationale est, à la date de l'arrêt, justifiée par une menace « *qui, par son intensité, revêt un caractère grave et réel* »²¹⁹⁸. Elle impose simplement au gouvernement une réévaluation régulière du niveau de menace afin de se plier aux garanties requises par la Cour de justice. Après avoir fermé la porte à la désobéissance vis-à-vis de la jurisprudence européenne, le Conseil ouvre ainsi une fenêtre pour que le gouvernement poursuive, dans certains cas²¹⁹⁹, l'exploitation de données personnelles au prix, finalement peu élevé, d'une mise en conformité avec certaines exigences de la Cour de justice.

797. Sur un plan substantiel, l'approfondissement de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de droits fondamentaux a été l'occasion pour cette dernière de marquer une autonomisation du droit de l'Union vis-à-vis des garanties constitutionnelles nationales, y compris celles qui seraient davantage protectrices. Les rapports entre le droit européen et le droit constitutionnel national peuvent également être porteurs de divergences, voire de conflits, dans l'interprétation des droits et libertés fondamentaux fournie par les cours constitutionnelles d'une part et par la Cour européenne des droits de l'homme d'autre part.

B. Le terrain privilégié d'affrontement : la protection des droits de l'homme

798. Le droit de l'Union a consacré la protection des droits et libertés fondamentaux de manière progressive. Au départ, les traités fondateurs²²⁰⁰ étaient, dans ce domaine, silencieux. Face aux jurisprudences nationales qui conditionnent le principe de primauté du droit communautaire à la mise en place par ce dernier d'un standard de protection comparable à celui des Constitutions, le juge de l'UE initie le mouvement de reconnaissance de droits et libertés grâce à l'outil des principes généraux du droit.

²¹⁹⁸ *Idem*, point 44.

²¹⁹⁹ Le Conseil cite « *les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions pénales et de lutte contre le terrorisme* ». *Idem*, point 9.

²²⁰⁰ Le traité CECA (1951), le traité CEE et le traité Euratom (1957).

799. En 1969²²⁰¹, la Cour estime que « *les droits fondamentaux de la personne* » sont « *compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect* »²²⁰². Un an plus tard, en 1970, elle affirme sans détours que les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit communautaire²²⁰³. Le professeur Sébastien Platon qualifie ce type de protection de « *protection fonctionnelle des droits fondamentaux* » dans la mesure où elle est « *historiquement destinée à protéger la primauté du droit de l'Union européenne contre les prétentions de certaines cours constitutionnelles nationales* »²²⁰⁴.

800. A partir des années 1980, la reconnaissance des droits fondamentaux prend place dans le droit primaire. L'Acte unique européen de 1986 affirme, dans son préambule, l'engagement des Etats membres à « *promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux [...] notamment la liberté, l'égalité et la justice sociale* ». Les traités ultérieurs s'inscrivent dans ce mouvement. Le traité de Maastricht consacre le respect des droits fondamentaux dans le corps du traité²²⁰⁵ et le traité d'Amsterdam prévoit la procédure de la suspension d'un Etat membre en cas de violation grave des valeurs visées à l'article 2²²⁰⁶.

801. Finalement, l'ordre juridique communautaire se dote d'une Charte des droits fondamentaux, à l'image des *Bill of Rights* anglo-saxonnes. Ce document est élaboré par une convention réunissant des représentants des gouvernements des Etats membres, des représentants de la Commission européenne, du Parlement européen et des parlements nationaux. Cela représente une première historique dans le cadre de l'Union. Elle tranche avec les expériences précédentes d'élaboration de textes européens sur une base intergouvernementale. Le processus d'élaboration de la Charte assoit un précédent qui permettra d'envisager quelques années plus tard la mise en place de la Convention pour l'avenir de l'Europe, qui rédigera le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Si la

²²⁰¹ CJCE, 12 nov. 1969, *Erich Stauder c/ Ville d'Ulm*, aff. 29-69.

²²⁰² *Idem*, considérant n°7.

²²⁰³ CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11-70, considérant n°4.

²²⁰⁴ S. Platon, « L'articulation entre la Charte, les droits fondamentaux nationaux et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *RDUE*, 2020/642, oct.-nov. 2020, p. 553.

²²⁰⁵ A l'art. F al. 2 : « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire » (aujourd'hui art. 6 TUE).

²²⁰⁶ Ces valeurs sont « le respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'Etat de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités ». La procédure de suspension est actuellement envisagée dans l'art. 7 TUE.

Charte est adoptée par le Conseil européen de Nice le 7 décembre 2000, elle dispose au départ d'une portée déclaratoire et non contraignante. Des institutions comme la Commission et le Parlement européen la considèrent néanmoins contraignante pour ce qui concerne leur activité mais la Cour du Luxembourg ne lui accorde aucune portée obligatoire et ne la cite pas jusqu'en 2006²²⁰⁷. La Charte est finalement dotée d'une force impérative par le traité de Lisbonne²²⁰⁸. Mais, comme l'indique l'article 51²²⁰⁹, son champ d'application se cantonne au droit de l'Union.

802. En ce sens, la Charte n'est pas la Convention européenne des droits de l'homme : son but premier est de lier les institutions de l'Union au respect des droits fondamentaux, les Etats membres n'y sont soumis que par effet réflexe²²¹⁰. La Charte a ainsi pour fonction de doter un vaste ensemble de droits et libertés d'un haut niveau de protection dans l'ordre juridique de l'Union. Sur le plan des rapports entre ordres juridiques, cela permet de postuler une équivalence de protection vis-à-vis des ordres juridiques nationaux. Selon Sébastien Platon, l'adoption de la Charte acte le passage de la «protection fonctionnelle» évoquée plus haut à « une protection constitutionnelle, voire « proto-fédérale » » des droits et libertés fondamentaux²²¹¹. Cependant, son article 53²²¹² avait pu être interprété comme une clause de nature à faire obstacle au principe de primauté du droit de l'Union dès lors qu'une garantie constitutionnelle nationale offrirait un niveau de protection plus élevé²²¹³.

²²⁰⁷ CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne*, aff. C-540/03.

²²⁰⁸ Désormais, l'article 6 al. 1 du traité sur l'Union européenne y fait référence explicitement (« *L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités* »).

²²⁰⁹ « *Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* ».

²²¹⁰ Cf. CJUE, 26 févr. 2013, *Åklagaren*, aff. C-617/10.

²²¹¹ S. Platon, « L'articulation entre la Charte, les droits fondamentaux nationaux et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *Op. cit.*, p. 553.

²²¹² « *Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres* ».

²²¹³ S. Platon, « L'articulation entre la Charte, les droits fondamentaux nationaux et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *Op. cit.* p. 556.

803. Toutefois, l'arrêt *Melloni*²²¹⁴ a rapidement écarté une telle interprétation. Dans cette affaire, qui concerne le mandat d'arrêt européen²²¹⁵, la juridiction de renvoi - le Tribunal constitutionnel espagnol - considère que le droit constitutionnel national offrait un cadre davantage protecteur au droit à un procès équitable, consacré à la fois par la Constitution nationale²²¹⁶ et par la Charte des droits fondamentaux²²¹⁷. Plus particulièrement, le Tribunal estime que « *la décision des juridictions espagnoles d'accepter l'extradition vers des États qui, en cas de délit très grave, autorisent valablement les condamnations par défaut, sans que la remise de la personne condamnée soit subordonnée à la condition que celle-ci puisse contester ces condamnations afin de sauvegarder les droits de la défense* » constitue « *une violation « indirecte » des exigences du droit à un procès équitable, en portant atteinte au contenu essentiel d'un procès équitable d'une manière qui nuit à la dignité humaine* »²²¹⁸. La juridiction nationale demande donc à la Cour de justice « *si la décision-cadre 2002/584 empêche les juridictions espagnoles de subordonner la remise de M. Melloni à la possibilité que la condamnation en question puisse être révisée* »²²¹⁹. La juridiction européenne écarte une telle possibilité, indiquant que, lorsque les actes de l'Union n'appellent pas de mesures de mise en œuvre de la part des États, comme en l'espèce, les seules garanties pouvant être opposées à leur exécution sont celles envisagées par le droit de l'Union. En revanche, « *lorsqu'un acte du droit de l'Union appelle des mesures nationales de mise en œuvre* », l'article 53 permet « *aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union* »²²²⁰. Comme le note Sébastien Platon, à travers cet arrêt, « *la Cour de justice a explicitement vidé l'article 53 de son « venin » potentiel à l'égard de la primauté du droit de l'Union sur le droit national des États membres* »²²²¹. Dans le contexte d'une concurrence autour de la

²²¹⁴ CJUE, Gr. ch., 26 févr. 2013, *Melloni*, aff. C-399/11.

²²¹⁵ Cette procédure est envisagée par la décision-cadre 2002/584 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres.

²²¹⁶ Art. 24.

²²¹⁷ Art. 47.

²²¹⁸ CJUE, Gr. ch., 26 févr. 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, point 20.

²²¹⁹ *Idem*, point 24.

²²²⁰ *Idem*, point 60.

²²²¹ S. Platon, « L'articulation entre la Charte, les droits fondamentaux nationaux et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *Op. cit.*, p. 557.

protection des droits fondamentaux, elle interprète la Charte de manière à sauvegarder le fleuron de sa jurisprudence : la primauté et l'autonomie du droit de l'Union européenne.

804. En ce qui concerne le droit européen des droits de l'homme, sa nature particulière conduit parfois à ce que la Cour de Strasbourg exerce un contrôle sur le juge constitutionnel national. En ce sens, elle opère un contrôle supra-constitutionnel de conventionnalité qui peut déboucher sur la condamnation d'un Etat partie sur le fondement d'une jurisprudence constitutionnelle nationale incompatible avec les garanties de la Convention telles qu'interprétées par la Cour. Cela correspond au conflit entre l'interprétation constitutionnelle (c'est-à-dire la Constitution nationale) et l'interprétation de la Cour (c'est-à-dire la Convention).

805. C'est le cas, par exemple, de l'affaire suscitée *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*²²²². C'est également le cas dans une autre affaire opposant la princesse Caroline de Monaco à la presse à sensation allemande²²²³, à l'issue de laquelle la Cour européenne des droits de l'homme condamne l'Allemagne au motif que la Cour constitutionnelle fédérale n'avait pas opéré une conciliation adéquate entre le respect de la vie privée de la requérante et le droit à l'information du public. Dans une affaire ultérieure de 2012²²²⁴, la juridiction de Strasbourg s'est félicité de ce que l'Allemagne ait intégré les principes dégagés dans sa jurisprudence de 2004.

806. Le cas de l'Irlande est emblématique de la confrontation entre le droit de la Convention et certaines dispositions de la Constitution, dictées par une certaine interprétation de la religion catholique²²²⁵. Plus précisément, les affrontements entre l'Irlande et la Cour de Strasbourg ont porté sur les particularismes juridiques de l'Irlande dans le domaine de la famille et des mœurs²²²⁶. Plusieurs affaires portent en effet sur le mariage et le divorce (interdit par l'article 41 alinéa 3 de la

²²²² Cour EDH, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, req. n°19392/92.

²²²³ Cour EDH, 3ème sect., 24 juin 2004, *Von Hannover 1 c/ Allemagne*, req. n° 59320/00.

²²²⁴ Cour EDH, Gde ch., 7 févr. 2012, *Von Hannover 2 c/ Allemagne*, req. n° 40660/08 et 60641/08.

²²²⁵ Le Préambule de la Constitution irlandaise est rédigé « *au nom de la Très Sainte Trinité, de laquelle découle toute autorité et à laquelle toutes les actions des hommes et des États doivent se conformer* ». Il est ensuite fait référence à Jésus-Christ (« *Reconnaissant humblement toutes nos obligations envers notre seigneur, Jésus Christ, qui a soutenu nos pères pendant des siècles d'épreuves* »). Ainsi, par exemple, les droits et libertés libéraux classiques (liberté d'expression, droit de réunion, liberté d'association...) sont garantis par l'article 40 « *sous réserve de l'ordre public et de la morale publique* ».

²²²⁶ M.-C. Considère-Charon, « L'Irlande et la Cour Européenne des Droits de l'Homme », in M. Pelletier, *Irlande vision(s) / révision(s)*, Presses universitaires François-Rabelais, Tours (France), 1998, p. 149-162.

Constitution²²²⁷ jusqu'à la révision constitutionnelle du 17 juin 1996) ainsi que sur l'avortement (formellement et explicitement interdit par l'article 40 alinéa 3 depuis la révision constitutionnelle du 7 octobre 1983²²²⁸, sur laquelle est revenue la révision constitutionnelle du 18 septembre 2018).

807. Dans l'affaire *Airey c/ Irlande* jugée en 1979²²²⁹, la requérante saisit la Cour européenne des droits de l'homme car elle échoue à obtenir, de la part des tribunaux nationaux, un jugement de séparation de corps faute d'aide judiciaire et n'ayant pas elle-même les moyens financiers nécessaires. La raison de sa demande tient aux sévices physiques et mentaux que son mari lui inflige ainsi qu'à leurs enfants. Elle se prévaut ainsi d'une violation de l'article 6 (droit à un jugement équitable) ainsi que des articles 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), 14 (interdiction des discriminations) et 50 (droit à un recours effectif devant une instance nationale). La Cour considère que le respect effectif de la vie privée ou familiale impose à l'Irlande de rendre effectivement accessibles les demandes de séparation de corps. Elle conclut donc à la violation de l'article 6-1 considéré isolément et de l'article 8. Cet arrêt est également l'occasion pour la Cour de confirmer, comme elle l'avait déjà fait dans sa jurisprudence *Marckx contre Belgique* que la Convention « doit se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui »²²³⁰ pour assurer « une protection réelle et concrète de l'individu »²²³¹. Cela élargit considérablement la capacité d'interprétation de la Cour et contribue à opérer, selon le professeur Mathieu, une « transsubstantiation de fait »²²³² de la Convention. Celle-ci devient un instrument éminemment évolutif, n'ayant plus tout à fait « la nature d'un traité n'engageant les parties que pour ce qu'elles ont signé et ratifié et soumise à l'exigence de l'unanimité pour sa modification »²²³³.

²²²⁷ « Aucune loi accordant la dissolution du mariage ne peut être adoptée ». Disposition abolie par la révision constitutionnelle du 17 juin 1996.

²²²⁸ « L'État reconnaît le droit à la vie du fœtus et, en respectant pleinement le droit égal de la mère à la vie, garantit dans sa législation le respect de ce droit et, dans la mesure du possible, de le défendre et de le faire valoir par ses lois ». Disposition abolie par la révision constitutionnelle du 18 septembre 2018.

²²²⁹ Cour EDH, Ch., 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n°6289/73.

²²³⁰ *Idem*, paragraphe 26.

²²³¹ *Idem*.

²²³² B. Mathieu, « Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme : Coexistence – Autorité – Conflits – Régulation », *Op. cit.*

²²³³ *Idem*.

808. Plusieurs affaires postérieures touchent plus directement au veto constitutionnel en matière de divorce. L'affaire *Johnston et autres*²²³⁴ concerne un couple de concubins ayant un enfant et dont l'homme était toujours marié à une femme avec laquelle il ne partageait plus sa vie. Après avoir épuisé les voies de recours internes, ce couple saisit la Cour au motif que l'interdiction de divorce violait leur droit de se marier (article 12 de la Convention) ainsi que leur droit au respect de la vie familiale (article 8). Le juge de Strasbourg leur donne raison en considérant que « *bien que l'objet essentiel de l'article 8 soit de protéger l'individu contre toute ingérence arbitraire des pouvoirs publics, il peut exister en outre des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie familiale* »²²³⁵. Cependant, s'il convient « *d'interpréter la Convention et ses Protocoles à la lumière des conditions présentes* »²²³⁶, ces « obligations positives » à la charge des Etats n'impliquent pas une obligation d'autoriser le divorce²²³⁷. Elles impliquent seulement, en vertu de l'article 8, d'accorder aux concubins dont la relation est suffisamment stable la même protection qu'aux couples mariés²²³⁸. Elles impliquent également de traiter les enfants nés en dehors du mariage²²³⁹ d'une manière similaire à ceux nés au sein du mariage. Citant une nouvelle fois son arrêt *Marckx c/ Belgique*²²⁴⁰, la Cour considère que « *le « respect » de la vie familiale, entendu comme incluant les liens entre proches parents, implique l'obligation pour l'État d'agir de manière à permettre à ces liens de se développer normalement* »²²⁴¹. Ainsi, cela « exige, selon la Cour, qu'elle soit placée,

²²³⁴ Cour EDH, Ch., 18 décembre 1986, *Johnston et autres c/ Irlande*, req. n°9697/82.

²²³⁵ *Idem*, Paragraphe 55.

²²³⁶ *Idem*, Paragraphe 53.

²²³⁷ *Idem*, Paragraphe 57.

²²³⁸ « *il est clair que les requérants, dont le premier et le second vivent ensemble depuis une quinzaine d'années (paragraphe 11 ci-dessus), constituent une « famille » au sens de l'article 8 (art. 8). Ils ont donc droit à sa protection, nonobstant le fait que leur relation existe en dehors du mariage* ». *Idem*, Paragraphe 56.

²²³⁹ L'arrêt Cour EDH, Ch., 26 mai 1994, *Keegan c/ Irlande*, req. n°16969/90 porte aussi sur la question du statut des enfants nés en dehors du mariage. Il s'agissait d'un couple en concubinage dont la femme tombe enceinte d'une fille puis se sépare de son compagnon, M. Keegan. Après la naissance, la mère décide de placer la fille en adoption sans même prévenir le père. Celui-ci tente alors d'en obtenir la garde mais la Cour suprême irlandaise lui refuse, expliquant que le père biologique non marié ne possède pas les mêmes droits sur son enfant que le père biologique marié. Se sentant lésé dans les droits que lui reconnaît la Convention, M. Keegan saisit la Cour en manquement aux articles 6-1, 8 et 14. Cette dernière reconnaît la violation de l'article 6-1 et de l'article 8. Elle considère, reprenant sa jurisprudence *Marckx*, que le droit au respect de la vie privée et familiale implique que, « *là où l'existence d'un lien familial avec un enfant a été établie, l'Etat doit agir de telle façon à rendre possible le développement de ce lien et des provisions juridiques doivent être prévues pour rendre possible l'intégration de l'enfant dans sa famille dès le moment de sa naissance* » (Paragraphe 50).

²²⁴⁰ Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, req. n°6833/74.

²²⁴¹ « *« respect » for family life, understood as including the ties between near relatives, implies an obligation for the State to act in a manner calculated to allow these ties to develop normally* ». *Idem*, Paragraphe 74.

*juridiquement et socialement, dans une situation proche de celle d'un enfant légitime »*²²⁴². De cette façon, à l'occasion de la confrontation avec le droit constitutionnel irlandais, la juridiction de Strasbourg affirme une conception subjective du droit de la famille - et notamment des rapports entre l'Etat et les individus en tant qu'époux ou que parents. Celle-ci favorise les individus et leurs besoins vis-à-vis des règles objectives découlant d'une morale particulière consacrée par le constituant au travers de la Constitution.

809. L'épineuse question de la régulation de l'avortement a également suscité un affrontement entre le droit constitutionnel irlandais et l'interprétation que la Cour réalise de la Convention. Nous pensons à l'affaire *Open Door Conselling et Dublin Well Woman*²²⁴³. Il s'agissait de deux associations sans but lucratif basées en Irlande dont une partie de l'activité consistait à offrir à leur public (des femmes enceintes envisageant d'avorter) des renseignements sur comment procéder à une interruption volontaire de grossesse à l'étranger. A la suite de procédures judiciaires intentées contre elles, ces organisations se voient interdire par les tribunaux nationaux de « *fournir aux femmes enceintes, dans le cadre de consultations non directives, des renseignements sur les possibilités d'avortement en dehors du territoire irlandais* »²²⁴⁴. La Cour suprême considérait en effet qu'elles prêtaient assistance à la destruction de la vie d'enfants à naître, prohibée explicitement par l'article 40-3 de la Constitution. Les associations lésées saisissent la Cour de Strasbourg en faisant valoir l'article 8, l'article 10 (protection de la liberté d'expression) et, enfin, l'article 14 de la Convention. Comme pour la question du divorce, la juridiction européenne ne souhaite pas déterminer si cette dernière consacre un droit à l'avortement ou, au contraire, si son article 2 protège également la vie du fœtus. De ce point de vue, « *elle reconnaît que les autorités nationales jouissent en la matière d'une large marge d'appréciation, en particulier dans une sphère comme celle-ci qui touche à des questions de croyance sur la nature de la vie humaine* »²²⁴⁵. Mais, l'interdiction prononcée par la Cour suprême irlandaise étant considérée comme trop générale et absolue, le juge européen conclut à une violation de l'article 10.

²²⁴² « *requires, in the Court's opinion, that she should be placed, legally and socially, in a position akin to that of a legitimate child* ». *Idem*.

²²⁴³ Cour EDH, Plén., 29 octobre 1992, *Open Door Conselling et Dublin Well Woman c/ Irlande*, req. n°14234/88; 14235/88.

²²⁴⁴ *Idem*, Paragraphe 9.

²²⁴⁵ *Idem*, Paragraphe 67.

810. Plus récemment, c'est sur le terrain des garanties de l'article 6 que le Tribunal constitutionnel polonais s'est opposé, dans un arrêt du 24 novembre 2021²²⁴⁶, à une décision de la Cour européenne des droits de l'homme²²⁴⁷. Le conflit tournait autour de la conventionnalité des procédures d'élection par la Diète polonaise (la chambre basse du parlement) de cinq juges au Tribunal constitutionnel²²⁴⁸. La Cour décida que les irrégularités observées lors de la nomination de ces magistrats avait eu pour effet de priver le requérant de son droit à un tribunal «établi par la loi». Le 24 novembre 2021, le Tribunal constitutionnel polonais riposta en déclarant que l'article 6-1, dans la mesure où le terme « tribunal » qui y est employé se réfère au Tribunal constitutionnel, était incompatible avec la Constitution. Il ajouta que la Cour européenne des droits de l'homme n'était pas compétente, selon la Constitution, pour examiner la régularité du processus d'élection des juges au Tribunal constitutionnel. C'est ainsi que naît un conflit frontal remettant en cause les fondements même de l'appartenance de la Pologne au système mis en place par la Convention. Une telle impasse révèle les limites intrinsèques des procédures juridictionnelles en cas de conflit insoluble entre ordres juridiques et leur dépendance vis-à-vis de l'action diplomatique.

811. Un dernier exemple, moins dramatique, de divergence entre l'interprétation conventionnelle et l'interprétation constitutionnelle, s'est noué autour de la question de la présence de l'avocat pendant la garde à vue en contentieux pénal français. D'une part, le Conseil constitutionnel ne considérerait pas que le régime de la garde à vue fût contraire à la Constitution lorsqu'il encadrerait très fortement la présence de l'avocat dans certaines circonstances (certaines infractions relevant du crime organisé) mais il le jugea non conforme dès lors qu'il ne prévoyait pas la présence d'un avocat dès le début de la garde à vue dans d'autres circonstances²²⁴⁹. D'autre part, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation jugea, en se fondant sur la jurisprudence européenne, que toute personne placée en garde à vue avait droit à la présence d'un avocat, dès le début de celle-ci et pendant qu'elle faisait l'objet d'interrogatoires²²⁵⁰. Partant, comme le relève Bertrand Mathieu, « *la Cour de*

²²⁴⁶ Arrêt relatif à la conformité de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme à la Constitution nationale, aff. N°K 6/21.

²²⁴⁷ Cour EDH, Sect., 7 mai 2021, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c/ Pologne*, req. n°4907/18.

²²⁴⁸ En réalité, le conflit entre la Cour de Strasbourg à la Pologne au sujet de l'indépendance des juges n'est pas nouveau. Selon le décompte du professeur Laurent Pech, la Cour européenne a condamné la Pologne à quatre reprises sur ce fondement (l'arrêt suscité compris). Il s'agit des arrêts : Cour EDH, Sect., 29 juin 2021, *Broda et Bojara c/ Pologne*, req. n°26691/18 et 27367/18 ; Cour EDH, Sect., 22 juil. 2021, *Reczkowicz c/ Pologne*, req. n° 43447/19 et Cour EDH, Sect., 8 nov. 2021, *Dolinska-Ficek et Ozimek c/ Pologne*, req. n° 49868/19 et 57511/19. (Cf. : <https://twitter.com/ProfPech/status/1460595938901245957/photo/3>).

²²⁴⁹ Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*.

²²⁵⁰ C. cass., Ass. plén., 15 avr. 2011, *Garde à vue*, n° 10-17.049.

cassation ne viole pas directement l'autorité de chose jugée par le Conseil constitutionnel car elle ne se prononce que du point de vue conventionnel. Elle fait néanmoins prévaloir les effets de l'autorité de chose interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme sur les effets de l'autorité de chose jugée par le Conseil constitutionnel »²²⁵¹. Cet exemple confirme une évidence : la validité d'une loi nationale dépend de sa conformité à la fois à la Constitution et à la Convention. Il met également en lumière le caractère constitutionnel ou quasi-constitutionnel de la compétence de la Cour de Strasbourg²²⁵².

812. De ce point de vue, l'adoption du Protocole n°16 à la Convention européenne des droits de l'homme doit permettre de réduire les risques d'une divergence d'interprétations - et donc d'un conflit potentiel - entre les juridictions constitutionnelles et la Cour européenne des droits de l'homme. Ce Protocole, entré en vigueur le 1er août 2018, permet d'institutionnaliser une voie directe de dialogue entre les juridictions suprêmes nationales et la Cour de Strasbourg. Celles-là peuvent en effet adresser à celle-ci des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe concernant l'interprétation ou l'application des garanties prévues par la Convention. Ce mécanisme a vocation à prévenir les potentiels conflits d'interprétation en donnant à la Cour la possibilité de se prononcer *a priori* et de manière non contraignante sur des questions sensibles. Il lui permet d'étendre sa « capacité interprétative » en soumettant à son examen des questions de principe avant que celles-ci ne se posent devant son prétoire.

813. Ainsi, la fonction d'harmonisation dont la Cour de Strasbourg est investie rend la confrontation avec les Constitutions nationales inévitable. Sur des sujets parfois sensibles car relatifs aux mœurs²²⁵³, la Cour diffuse, au travers de sa jurisprudence, un « standard européen » de protection des droits et libertés fondamentaux. Ce dernier s'avère, dans certains cas, être une réponse à des problèmes dont la solution passe par des arbitrages sur des sujets politiques et moraux structurants (la place de la famille dans la société, le commencement de la vie humaine, le droit des enfants et

²²⁵¹ B. Mathieu, «Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme : Coexistence – Autorité – Conflits – Régulation », *Op. cit.*

²²⁵² L. Wildhaber, ««Constitutionnalisation et «juridiction constitutionnelle» - le point de vue de Strasbourg», in S. Henneute-Vauchez et J.-M. Sorel (sous la dir. de), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, *Op. cit.*, p. 94.

²²⁵³ Dans l'affaire *Open Door Counselling et Dublin Well Woman c/ Irlande*, le juge Cremona reconnaît la sensibilité que peut revêtir la question de l'avortement sans pour autant cesser de rappeler que la Cour dispose de compétences de contrôle à son égard (« dans un domaine comme celui-ci, qui touche à des valeurs morales profondes que l'ordre juridique interne considère comme fondamentales, la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales (que l'arrêt qualifie lui-même de large), bien qu'elle n'échappe certes pas au contrôle des organes de Strasbourg, revêt une importance particulière »).

Opinion dissidente.

leurs rapports avec leurs parents²²⁵⁴, le droit de propriété²²⁵⁵ etc.). Par un effet d'entraînement, l'identification de réglementations communes dans un certain nombre d'Etats parties permet à la Cour de se prévaloir de l'émergence d'un standard appartenant au patrimoine constitutionnel commun aux « sociétés démocratiques européennes ». Progressivement, chaque Etat partie est incité à se rapprocher de ce standard afin de se conformer à un patrimoine constitutionnel commun qui peut parfois être étranger à ses traditions. Ce phénomène d'harmonisation a évidemment des effets concrets sur le droit positif national, à la fois sur le plan procédural comme sur le plan substantiel.

814. Nous pouvons conclure des développements ultérieurs que le droit de l'Union et le droit issu de la Convention exercent sur les Etats concernés une influence qui se manifeste y compris jusque dans le droit constitutionnel national. Cela peut difficilement être compris à travers le prisme stato-national. Aussi, c'est l'aptitude du principe de souveraineté pour établir un régime de justification du droit constitutionnel qui est mise en cause. Au demeurant, si le droit constitutionnel des Etats qui sont à la fois membres de l'Union et parties à la Convention s'est vu progressivement enserré dans les limites tracées par les deux ensembles juridiques supranationaux européens, l'articulation du droit de l'Union et du droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme est également apparu comme un enjeu à part entière dans la cadre des rapports de système en Europe.

§2. L'articulation entre le droit de l'Union et le droit né de la Convention européenne des droits de l'homme

815. L'approfondissement des rapports de système concerne également les rapports entre le droit de l'Union et le droit de la Convention. Le mouvement intégrateur est non seulement vertical descendant (des droits extra-étatiques vers le droit étatique) mais également horizontal (il concerne les ensembles juridiques extra-étatiques entre eux). A nouveau, car cela correspond à un fonctionnement récurrent des rapports de systèmes, ce mouvement repose sur la coexistence harmonieuse d'ensembles juridiques proches mais différenciés (I) sans que puisse, pour autant, être évitée la concurrence entre eux (II).

²²⁵⁴ Cf. Cour EDH, Gde ch., 10 sept. 2019, *Strand Lobben et autres c/ Norvège*, req. n°37283/13.

²²⁵⁵ Cf. Cour EDH, Plén., 23 sept. 1982, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, req. n° 7151/75; 7152/75.

I. Coexistence et harmonie

816. Les rapports entre le droit de l'Union et le droit né de la Convention européenne des droits de l'homme sont d'une nature particulière. D'une part, les interactions entre les Communautés et le droit européen des droits de l'homme sont anciennes et leurs racines intellectuelles communes : il s'agit, pour les Communautés comme pour le Conseil de l'Europe, de soumettre les Etats à des règles supranationales et de tisser des liens d'interdépendance entre eux qui rendent matériellement impossible le retour de la guerre. D'autre part, leur rapport n'a jamais culminé en une imbrication formelle. Malgré les stipulations de l'article 6-2 TUE, l'adhésion de l'Union européenne au Conseil de l'Europe n'a pas encore eu lieu suite à l'avis contraire émis par la Cour de justice en 2014²²⁵⁶. Comme le souligne l'avocat général Priit Pikamäe, « *la Convention EDH ne constitue pas, tant que l'Union n'y a pas adhéré, un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union* »²²⁵⁷.

817. Le rapprochement entre les deux ensembles juridiques européens a obéi au besoin susévoqué de la Cour de justice des Communautés d'assurer un niveau minimum de protection des droits et libertés pour garantir le respect du principe de primauté. L'affaire *Internationale Handelsgesellschaft* mentionnée plus haut marque le début de cette jurisprudence créative²²⁵⁸, même si la Cour de justice ne fait pas encore mention à la Convention européenne des droits de l'homme et se cantonne à évoquer les « *traditions constitutionnelles communes aux Etats membres* »²²⁵⁹ comme source d'inspiration des « *principes généraux du droit dont la Cour assure le respect* »²²⁶⁰.

818. Néanmoins, comme le note Tania Racho, l'avocat général Alain Dutheil de Lamothe « *y revendique l'existence de PGD, dégagés et maîtrisés par la Cour de justice, qui prennent en compte*

²²⁵⁶ CJUE, 18 déc. 2014, *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/13.

²²⁵⁷ Conclusions dans l'arrêt : CJUE, Gr. ch., aff. C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, 14 mai 2020, *FMS e.a.*

²²⁵⁸ Tania Racho parle « d'activisme judiciaire contraint » dans la mesure où « *la Cour ne semblait pas avoir de choix, à moins d'admettre un recul dans l'intégration du droit de l'Union* » en matière de primauté. V. *Le système européen de protection des droits fondamentaux*, Op. cit. p. 66.

²²⁵⁹ Point 4.

²²⁶⁰ *Idem*.

la Convention EDH »²²⁶¹. Quatre ans plus tard, l'arrêt *Nold*²²⁶² s'inscrit dans cette démarche, en faisant référence aux « *instruments internationaux concernant la protection des droits d l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré* »²²⁶³. A partir de ce moment, comme l'indique Tania Racho, « *la Cour de justice se réfère quasi systématiquement aux deux sources en même temps lorsqu'elle dégage un PGD* »²²⁶⁴. Ainsi, si « *l'utilisation de la Convention EDH seule est moins fréquente* »²²⁶⁵, il existe cependant des jurisprudences significatives qui empruntent exclusivement à cette dernière, comme celle qui concerne la liberté d'expression²²⁶⁶. Ce statut acquis par la Convention a été consacré par le TUE dans son article 6-3, stipulant que « *les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux* ».

819. Dès lors, la Convention est devenue un instrument de référence offrant à la Cour de Luxembourg des ressources pour étendre son contrôle sur le droit dérivé et assurer la primauté de l'ensemble du droit communautaire. Cette évolution de la jurisprudence de la Cour témoigne de l'importance acquise par les droits et libertés fondamentaux. Elle traduit également une reconnaissance du dynamisme et du prestige de la Convention. Ce dernier se traduit par le haut degré d'acceptation de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg parmi les Etats. Comme le note le professeur Sébastien Platon, « *ratifiée par l'ensemble des États membres des Communautés européennes d'alors, elle présente le premier avantage de constituer un standard commun plus*

²²⁶¹ T. Racho, *Le système européen de protection des droits fondamentaux*, Op. cit, p. 67.

²²⁶² CJCE, 14 Mai 1974, *Nold*, aff. 4/73.

²²⁶³ « *Ainsi que la Cour l'a déjà affirmé, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect ; qu'en assurant la sauvegarde de ces droits, la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et ne saurait, dès lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les Constitutions de ces Etats ; que les instruments internationaux concernant la protection des droits d l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire* ». Point 13.

²²⁶⁴ T. Racho, *Le système européen de protection des droits fondamentaux*, Op. cit, p. 67. Dans l'arrêt CJCE, 14 fév. 2008, *Varec SA c/ État belge*, aff. n°C-450/06 la Cour consacre le principe du respect à la vie privée en faisant référence à « *l'article 8 de la Cour EDH et qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres* » (point 48).

²²⁶⁵ T. Racho, *Le système européen de protection des droits fondamentaux*, Op. cit, p. 68.

²²⁶⁶ Cf. L'arrêt CJUE, Gde ch., 12 sept. 2006, *Laserdisken*, aff. C-479/04. La Cour y affirme que « *la liberté*

d'expression, consacrée par l'article 10 de la Cour EDH, constitue un droit fondamental dont le juge communautaire assure le respect » (Point 62).

immédiatement identifiable que les « traditions constitutionnelles communes » »²²⁶⁷. Accepter une hybridation du droit communautaire avec le droit de la Convention permet à la Cour de mieux répondre à la remise en cause, par les juridictions constitutionnelles nationales, de la primauté du droit communautaire sur le droit constitutionnel national.

820. L'adoption de la Charte des droits fondamentaux devait permettre à la Cour de justice de s'émanciper de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Cette émancipation conduisit à une auto-restriction de la Cour de justice, qui limita mécaniquement son recours aux PGD. Tania Racho note que *« finalement, à compter de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la référence aux PGD disparaît progressivement au profit de la Charte des droits fondamentaux, qui devient la seule source citée dans certaines affaires »*²²⁶⁸.

821. Mais d'un autre côté, la Charte prévoit des « clauses d'articulation », précisant les modalités de son agencement avec la Convention européenne des droits de l'homme. Elle affirme en effet que, *« dans la mesure où [elle] contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention »*²²⁶⁹. Cette stipulation, ainsi que l'article 53 suscit²²⁷⁰, consacre le rapport d'équivalence ou de correspondance entre le droit de l'Union et le droit né de la Convention.

822. Il convient de souligner l'étendu de ce principe, dans la mesure où il ne s'applique pas seulement aux énoncés proclamant textuellement les mêmes garanties dans les deux instruments (droit à la vie²²⁷¹, interdiction de la torture, interdiction de l'esclavage²²⁷², droit à une vie

²²⁶⁷ S. Platon, « L'articulation entre la Charte, les droits fondamentaux nationaux et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *Op. cit.*, p. 556.

²²⁶⁸ Elle cite not., en matière de présomption d'innocence, l'arrêt CJUE, 10 juil. 2014, *Nikolaou c/ Cour des comptes*, aff. C-220/13 ou, concernant la protection des données personnelles, l'arrêt CJUE, 17 octobre 2013, *Michael Schwarz c/ Stadt Bochum*, aff. C-291/12.

²²⁶⁹ Art. 52-3.

²²⁷⁰ « aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les Constitutions des États membres ».

²²⁷¹ Art. 2 de la Convention et de la Charte.

²²⁷² Art. 3 de la Convention et art. 4 de la Charte.

familiale²²⁷³, liberté de pensée, de conscience et de religion²²⁷⁴, etc.). En effet, dans son arrêt *Volker*²²⁷⁵, la Cour du Luxembourg a pu rapprocher une garantie proclamée par la Charte mais absente de la Convention²²⁷⁶ d'une autre garantie commune aux deux textes afin d'interpréter la première à la lumière de la Convention en application de l'article 52-3 de la Charte²²⁷⁷. C'est ainsi qu'elle a conclu que : «*les limitations susceptibles d'être légitimement apportées au droit à la protection des données à caractère personnel correspondent à celles tolérées dans le cadre de l'article 8 de la Convention EDH*»²²⁷⁸.

823. De son côté, en se fondant sur le principe de protection équivalente, dont nous avons vu les vertus pacificatrices dans le cadre des rapports de système²²⁷⁹, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît, dans sa fameuse jurisprudence *Bosphorus*, que «*la protection des droits fondamentaux offerte par le droit communautaire est [...] équivalente [...] à celle assurée par le mécanisme de la Convention*»²²⁸⁰. C'était, en effet, la première fois qu'elle acceptait d'examiner un grief tiré de la méconnaissance des droits et libertés que la Convention garantit par des mesures d'application du droit de l'Union²²⁸¹ prises par un Etat sans marge d'appréciation. En se fondant sur cette présomption de protection équivalente, la Cour de Strasbourg fut en mesure de présumer «*que l'Irlande ne s'est pas écartée des obligations qui lui incombent au titre de la Convention lorsqu'elle a mis en œuvre celles qui résultaient de son appartenance à la Communauté européenne*»²²⁸². Par conséquent, la coexistence entre le droit de l'Union et le droit issu de la Convention repose sur la recherche permanente d'une convergence jurisprudentielle que les

²²⁷³ Art. 8 de la Convention et art. 7 de la Charte.

²²⁷⁴ Art. 9 de la Convention et art. 10 de la Charte.

²²⁷⁵ CJUE, Gr. ch., 9 nov. 2010, *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert c/ Land Hessen*, aff. C-92/09 et C-93/09.

²²⁷⁶ Le droit à la protection des données à caractère personnel, consacré dans l'art. 8 de la Charte et absent de la Convention pour des raisons historiques.

²²⁷⁷ Cette technique est à rapprocher de la translation, dégagée par l'arrêt *Arcelor* du Conseil d'Etat. Cf. *supra*. §1, I, A.

²²⁷⁸ CJUE, Gr. ch., 9 nov. 2010, *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert c/ Land Hessen*, aff. C-92/09 et C-93/09, point 52.

²²⁷⁹ Cf. *supra*. I. A.

²²⁸⁰ Cour EDH, Gde Ch., req. n°45036/98, 30 juin 2005, «*Bosphorus Hava Yollari Turizm* » c/ *Irlande*, paragraphe 165.

²²⁸¹ Les mesures de droit de l'Union, un règlement en l'espèce, visaient elles-mêmes à mettre en œuvre un régime de sanctions contre la Yougoslavie adopté dans le cadre des Nations Unies.

²²⁸² Cour EDH, Gde Ch., req. n°45036/98, 30 juin 2005, «*Bosphorus Hava Yollari Turizm* » c/ *Irlande*, paragraphe 165.

professeurs Cohen-Jonathan et Flauss appellent la «*globalisation de l'interprétation consensuelle*»²²⁸³.

824. La Cour de justice comme la Cour européenne des droits de l'homme revendiquent toutes deux la suprématie du droit qu'elles interprètent sur les ordres constitutionnels nationaux et, de manière plus large, sur l'ensemble des règles juridiques et des agissements que les Etats mettent en œuvre. Cela laisse ces derniers dans une position visiblement subalterne. Toutefois, chacune de ces juridictions supranationales revendique une pleine autonomie au profit de son propre ensemble juridique. Ainsi, il n'existe de convergence interprétative et de présomption de protection équivalente qu'aussi longtemps que la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme souhaitent aller dans ce sens. Or il est parfois possible de constater que les rapports entre le droit de l'Union et le droit de la Convention s'inscrivent dans des dynamiques de concurrence et, parfois, de divergence.

II. Concurrence

825. La nature particulière des rapports entre le droit de l'Union et le droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme fait reposer sur les juges de ces deux ensembles la responsabilité d'une coexistence harmonieuse. Celle-ci doit concilier le respect de l'autonomie de chacun avec l'exigence d'une garantie élevée de protection des droits et libertés. Or ce dernier objectif a été particulièrement mis au défi au fur et à mesure que les Communautés bénéficiaient de transferts de compétences importants de la part des Etats. A ce titre, la Cour de Strasbourg n'a jamais censuré la possibilité pour un Etat de procéder à des transferts au profit d'organisations internationales²²⁸⁴. Cependant, elle a estimé que tous les Etats parties demeuraient «*responsables au titre de l'article 1 de la Convention de tous les actes et omissions de leurs organes, qu'ils découlent du droit interne ou de la nécessité d'observer des obligations juridiques internationales*»²²⁸⁵.

²²⁸³ G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss, « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international », *AFDC*, 55-2009, p. 765.

²²⁸⁴ Elle reprend dans son arrêt *Bosphorus Hava* une position ancienne de la Commission et de sa propre jurisprudence lorsqu'elle affirme que «*la Convention n'interdit pas aux Parties contractantes de transférer des pouvoirs souverains à une organisation internationale (y compris supranationale) à des fins de coopération dans certains domaines d'activité*» (Cour EDH, Gde Ch., req. n°45036/98, 30 juin 2005, «*Bosphorus Hava Yollari Turizm* » c/ Irlande, paragraphe 152).

²²⁸⁵ Cour EDH, Gde Ch., req. n°45036/98, 30 juin 2005, «*Bosphorus Hava Yollari Turizm* » c/ Irlande, paragraphe 153.

826. Cette position avait été adoptée dès 1990 par la Commission européenne des droits de l'homme²²⁸⁶ et par la Cour dans son arrêt suscité dans l'affaire *Parti communiste unifié de Turquie*²²⁸⁷. En effet, comme la Cour de Strasbourg le précise dans l'affaire *Michaud c/ France*, « il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les États contractants soient exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dès lors qu'ils agissent en exécution d'obligations découlant pour eux de leur appartenance à une organisation internationale à laquelle ils ont transféré une partie de leur souveraineté : les garanties prévues par la Convention pourraient sinon être limitées ou exclues discrétionnairement, et être par là même privées de leur caractère contraignant ainsi que de leur nature concrète et effective »²²⁸⁸.

827. Cependant, la pleine responsabilité des Etats parties, selon le principe *pacta sunt servanda*, doit néanmoins être conciliée avec l'effet relatif des traités, qui conduit la Cour à juger irrecevables *ratione personae*²²⁸⁹ les recours dirigés contre les actes de droit communautaire²²⁹⁰. Précisément, pour articuler ces deux principes, la Commission européenne des droits de l'homme a défendu la présomption selon laquelle les Communautés européennes garantiraient aux droits fondamentaux une protection équivalente à celle offerte par la Convention²²⁹¹. Comme nous l'avons montré, la présomption de protection équivalente revêt une fonction d'articulation harmonieuse entre plusieurs ordres juridiques dont deux (le droit de l'Union et le droit né de la Convention) n'ont pas de liens formels. Mais elle n'est pas infaillible.

828. Un exemple est apporté par l'affaire *Tarakhel*²²⁹², où la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice retiennent deux conceptions différentes des conditions de renvoi d'un demandeur d'asile dans un Etat tiers. D'une part, la Cour européenne des droits de l'homme

²²⁸⁶ Commission EDH, req. n° 13258/87, 9 fév. 1990, *M et co. c/ République fédérale d'Allemagne*, dr 67, p. 138.

²²⁸⁷ Cour EDH, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, req. n°19392/92, paragraphe 29.

²²⁸⁸ Cour EDH, req. n° 12323/11, 6 décembre 2012, *Michaud c/ France*, paragraphe 102.

²²⁸⁹ Cf. la jurisprudence Cour EDH, Gde ch., req. n°71412/01 et 78166/01, 31 mai 2006, *Behrami contre France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*.

²²⁹⁰ Dans l'affaire *Matthews c/ Royaume-Uni*, la juridiction de Strasbourg suit la position adoptée depuis longtemps par l'ancienne Commission (Commission edh, req. n° 8030/77, 10 juil. 1978, *CFDT/Communauté européenne*, dr 13, p. 231). Elle décide que « les actes de la Communauté européenne ne peuvent être attaqués en tant que tels devant la Cour, car la Communauté en tant que telle n'est pas partie contractante » (Cour EDH, req. n° 24833/94, 18 févr. 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni*, paragraphe 32).

²²⁹¹ Comm. EDH, req. n° 13258/87, 9 fév. 1990, *M et co. c/ République fédérale d'Allemagne*.

²²⁹² Cour EDH, Gr. ch., req. n° n° 29217/12, 4 nov. 2014, *Tarakhel c/ Suisse*.

confirma le standard qu'elle avait fixé dans une jurisprudence antérieure²²⁹³ selon lequel les demandeurs d'asile ne pouvaient pas être renvoyés dans un Etat tiers s'il existait des raisons de penser qu'ils risquaient d'être soumis à des traitements contraires à la Convention²²⁹⁴. D'autre part, la Cour de justice insista sur la présomption de respect des droits fondamentaux des Etats membres de l'accord de Schengen pour déterminer que seule une « *défaillance systémique* »²²⁹⁵ dans la procédure d'asile ou les conditions d'accueil du pays tiers pouvait s'opposer à ce que les demandeurs d'asile n'y soient pas transférés. Le niveau de protection exigé par la Cour de Strasbourg était, donc, plus élevé que celui fixé par la Cour de justice. Celle-ci devait veiller à la fois au respect des droits des demandeurs d'asile et au bon fonctionnement du système mis en place par les règlements Dublin. Ces derniers ont d'ailleurs été critiqués par d'autres institutions du Conseil de l'Europe, notamment par le Commissaire aux droits de l'homme.

829. Cependant, dans d'autres circonstances, la jurisprudence de la Cour de justice a établi un standard davantage protecteur que celui fixé par la Cour de Strasbourg²²⁹⁶. De ce point de vue, la clause d'harmonie prévue à l'article 52-3 de la Charte²²⁹⁷ a une portée relative. Elle est fortement limitée par l'idée selon laquelle « *l'ordre juridique de l'Union [constitue] un ordre juridique autonome dans lequel les droits fondamentaux doivent être interprétés de façon contextualisée et systémique* »²²⁹⁸.

830. L'adhésion de l'Union européenne à la Convention aurait pu résoudre ce paradoxe en reconnaissant la Cour de Strasbourg comme une sorte de « cour suprême européenne » en matière

²²⁹³ Cour EDH, Gr. ch., 21 janv. 2011, *M. S. S. c/ Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09.

²²⁹⁴ S. Platon, « L'articulation entre la Charte, les droits fondamentaux nationaux et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *Op. cit.*, p. 553.

²²⁹⁵ « *Dans l'hypothèse où il y aurait lieu de craindre sérieusement qu'il existe des défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans l'Etat membre responsable, impliquant un traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 4 de la charte, des demandeurs d'asile transférés vers le territoire de cet Etat membre, ce transfert serait incompatible avec ladite disposition* ». CJUE, Gr. ch., 21 déc. 2011, *N. S. c/ Secretary of State for the Home Department et M. E. e.a. c/ Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. C-411/10 et C-493/10, point 86.

²²⁹⁶ Cf. Cour EDH, Gr. ch., req. n° 47287/15, 21 nov. 2019, *Ilias et Ahmed c/ Hongrie* et CJUE, Gr. ch., 14 mai 2020, *FMS e.a.*, aff. C-924/19 PPU et C-925/19 PPU.

²²⁹⁷ « *Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue* ».

²²⁹⁸ S. Platon, « L'articulation entre la Charte, les droits fondamentaux nationaux et le droit de la Convention

européenne des droits de l'homme », *Op. cit.*, p. 557.

de droits et libertés. Mais cette perspective se heurta au fameux avis 2/13 du 18 décembre 2014 relatif à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme²²⁹⁹ de la Cour de justice. Dans celui-ci, la juridiction de l'Union défend vivement la spécificité de l'ordre juridique dont elle relève²³⁰⁰ vis-à-vis du droit né de la Convention. Elle refuse, en l'état, le projet d'adhésion en fondant son raisonnement sur un ensemble de motifs qui ne sont pas sans rappeler sa jurisprudence « *Kadi* »²³⁰¹. Nous retenons, pour les besoins de l'argumentation, ceux que la Cour avance en faveur d'une reconnaissance de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union.

831. La Cour estime, reprenant des éléments clés de sa jurisprudence depuis les années 1960, que *« les traités fondateurs de l'Union ont, à la différence des traités internationaux ordinaires, instauré un nouvel ordre juridique, doté d'institutions propres, au profit duquel les États qui en sont membres ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement ces États, mais également leurs ressortissants »*²³⁰². Pour se référer aux spécificités du droit de l'Union, elle mobilise intensément la grammaire du constitutionnalisme. La Cour qualifie les traités de « *charte constitutionnelle de base de l'Union* »²³⁰³ (reprenant la formule de son fameux arrêts *Les Verts c/ Parlement*²³⁰⁴), elle caractérise la structure de l'Union de

²²⁹⁹ CJUE, 18 déc. 2014, *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/13.

²³⁰⁰ V. not. le commentaire très éclairant d'Edouard Dubout : « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *Op. cit.*

²³⁰¹ CJUE, Gde ch., 3 sept. 2008, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation c/ Conseil de l'Union européenne, Commission des Communautés européennes, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. n° C-402/05 P et C-415/05 P. Dans cet arrêt, la Cour de Justice a d'abord acté le principe du contrôle juridictionnel, en principe complet, des actes des institutions européennes se limitant à mettre en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies au regard des droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union. Elle y rappelle que « un accord international ne saurait porter atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités et, partant, à l'autonomie du système juridique communautaire dont la Cour assure le respect en vertu de la compétence exclusive dont elle est investie par l'article 220 CE, compétence que la Cour a d'ailleurs déjà considérée comme relevant des fondements mêmes de la Communauté ». Comme le signale Vassilios Skouris, en fondant son appréciation sur le principe d'autonomie, la Cour adopte une démarche dualiste et reprend la position de son avocat général Pólares Maduro selon lequel « le rapport entre droit international et ordre juridique communautaire est régi par cet ordre lui-même et le droit international ne peut interagir avec cet ordre juridique qu'aux seules conditions fixées par les principes constitutionnels de la Communauté » (V. Skouris, « Quelle souveraineté juridique des États et de l'Union ? », *RFDA*, 2016, p. 415). La Cour a ensuite, dans un arrêt ultérieur, précisé les modalités de son contrôle juridictionnel sur les actes communautaires de mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité (CJUE, 18 juil. 2013, *Commission européenne e.a. contre Yassin Abdullah Kadi*, aff. C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, points 117 et s.).

²³⁰² CJUE, 18 déc. 2014, *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/13, Point 157.

²³⁰³ *Idem*, Point 163.

²³⁰⁴ CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement européen*, aff. n°294/83, point 23.

«constitutionnelle»²³⁰⁵ et énumère, dans une liste à la forme décousue, les « caractéristiques spécifiques tenant à la nature même du droit de l'Union »²³⁰⁶ qu'elle finit par qualifier de « cadre constitutionnel »²³⁰⁷.

832. Ensuite, la Cour de justice met en garde contre le risque d'atteinte à l'essence des équilibres de l'Union. Elle indique que « *un accord international ne peut avoir des incidences sur ses propres compétences que si les conditions essentielles de préservation de la nature de celles-ci sont remplies et que, partant, il n'est pas porté atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union* »²³⁰⁸. De même, elle insiste sur l'importance de préserver le principe de la confiance mutuelle, qui semble menacé par le projet d'accord d'adhésion²³⁰⁹. Enfin, la Cour de justice de l'Union attire l'attention sur la compétence dont serait investie la Cour européenne des droits de l'homme en matière de contrôle juridictionnel de certains actes adoptés dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC). Ces derniers échappent en effet, en l'état des traités, à son contrôle. Dès lors, l'adhésion de l'Union à la Convention conduirait à confier le contrôle ces actes à une juridiction externe à l'Union. Par conséquent, la Cour de justice estime que « *l'accord envisagé méconnaît les caractéristiques spécifiques du droit de l'Union concernant le contrôle juridictionnel des actes, actions ou omissions de l'Union en matière de PESC* »²³¹⁰.

833. L'hostilité de la Cour de justice au projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention a pu être critiqué car il marquait un coup d'arrêt brutal à une procédure envisagée par le droit primaire, à laquelle la Cour fut associée en amont et dont l'avocat général, Juliane Kokott, considérait qu'elle pouvait être poursuivie, moyennant quelques réserves d'interprétation²³¹¹. Elle

²³⁰⁵ CJUE, 18 déc. 2014, *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/13, Point 165.

²³⁰⁶ *Idem*, Point 166 et s.

²³⁰⁷ *Idem*, Point 177.

²³⁰⁸ *Idem*, Avis 2/13, point 183.

²³⁰⁹ « Dans la mesure où la Cour EDH, en imposant de considérer l'Union et les États membres comme des Parties contractantes non seulement dans leurs relations avec celles qui ne sont pas des États membres de l'Union, mais également dans leurs relations réciproques, y compris lorsque ces relations sont régies par le droit de l'Union, exigerait d'un État membre la vérification du respect des droits fondamentaux par un autre État membre, alors même que le droit de l'Union impose la confiance mutuelle entre ces États membres, l'adhésion est susceptible de compromettre l'équilibre sur lequel l'Union est fondée ainsi que l'autonomie du droit de l'Union. Or, rien n'est prévu dans l'accord envisagé afin de prévenir une telle évolution ». *Idem*, points 194 et 195.

²³¹⁰ *Idem*, point 257.

²³¹¹ V. not. S. Platon, « Le rejet de l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la Cour EDH par la Cour de justice : un peu de bon droit, beaucoup de mauvaise foi ? », *RDLF*, 2015, chron. n°13.

découle essentiellement du refus de la juridiction de Luxembourg de compromettre la primauté et l'intégrité du droit de l'Union. Le professeur Platon retire de l'analyse de l'avis l'impression *«que la Cour de justice exige de l'accord qu'il contienne des dispositions de nature à assurer la discipline interne de l'Union vis-à-vis de ses États membres, ce qui semble inutile et ne saurait, en tout état de cause, fonder un constat d'incompatibilité»*²³¹². Autrement dit, la Cour craindrait que les Etats membres mobilisent le droit de la Convention comme levier pour déroger à leur obligation de respecter le droit de l'Union. L'effet combiné de l'article 344 TFUE²³¹³ et de l'article 33 de la Convention²³¹⁴ pourrait en effet conduire à une censure du droit de l'Union par la Cour de Strasbourg sur requête d'un Etat membre. Il s'agit là d'un problème de confiance mais les Etats sont présumés agir de bonne foi et le « cadre constitutionnel » de l'Union dispose des outils nécessaires pour imposer le respect de son droit²³¹⁵. Quoi qu'il en soit, l'avis 2/13 a été l'occasion pour la Cour de Luxembourg de déployer une argumentation qui pourrait bien être qualifiée de « souverainiste » si elle provenait d'une institution nationale. D'ailleurs, Vassilios Skouris, ancien président de la Cour de justice, l'admet volontiers lorsqu'il affirme que *« la question de la souveraineté juridique de l'Union se trouve, en substance, à la base des préoccupations et des réserves que la Cour a exprimées dans le cadre de l'avis 2/13, du 18 décembre 2014 »*²³¹⁶.

834. Nous pouvons conclure de ces développements que l'intensification des rapports entre ordres juridiques dans l'espace européen a progressivement permis de bâtir un système juridique fortement *« intégrant et intégré »*²³¹⁷ dont la gestion se révèle d'une complexité redoutable. D'une part, la reconnaissance par le droit constitutionnel national des ordres juridiques européens et de leur pleine applicabilité en droit interne a permis de consacrer cette dynamique intégrative au plus haut niveau de l'ordre juridique interne. Cette reconnaissance constitutionnelle est considérée par les tenants d'une approche stato-nationale comme le fondement des rapports entre ordres juridiques : la Constitution comme l'alpha et l'oméga du droit. Mais, d'autre part, chaque cour supranationale perçoit l'ensemble juridique dont elle relève comme étant autonome et doté de propriétés

²³¹² *Idem.*

²³¹³ *« les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci ».*

²³¹⁴ *« Toute Haute Partie contractante peut saisir la Cour de tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses protocoles qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Haute Partie contractante ».*

²³¹⁵ Notamment la procédure en manquement envisagée par les articles 258 et s. TFUE.

²³¹⁶ V. Skouris, « Quelle souveraineté juridique des Etats et de l'Union ? », *Op. cit.*, p. 411.

²³¹⁷ P. Gaïa, «Le Conseil constitutionnel peut-il encore résister à l'Europe ? », *Op. cit.*, p. 924.

particulières vis-à-vis des ordres juridiques nationaux. Ces dernières sont, notamment, l'effet direct et la primauté, dont la portée est nuancée par un répertoire de techniques prétorienne (le contrôle de proportionnalité, l'interprétation conforme, la marge nationale d'interprétation...). Toutefois, les propriétés dont sont dotés les ensembles juridiques extra-étatiques européens ne proviennent pas des Constitutions nationales, c'est-à-dire du droit interne, mais des traités. Cette conception de l'ordre juridique de l'Union et du droit né de la Convention met en pièces la logique issue des conceptions stato-nationales du droit.

835. Cela se manifeste lorsque surgissent les conflits que nous avons évoqués. Leur survenue peut être empêchée par la convergence des droits. Une fois qu'ils se manifestent, leur résolution doit passer par la conciliation des prétentions concurrentes à la primauté, ce qui reste plus délicat. Deux solutions concrètes ont été trouvées pour favoriser la convergence des droits. La première est structurelle. Elle passe par la convergence des règles matérielles constitutionnelles et européennes, notamment celles qui concernent la protection des droits de l'homme. C'est ainsi que, par exemple, les révisions des traités ont permis d'égaliser, de rapprocher les niveaux de protection. La seconde solution concerne moins les rouages des rapports de systèmes que leur bon huilage. Elle réside dans l'action des juges, notamment des cours suprêmes. Celles-ci sont stratégiquement situées au carrefour entre les différents ensembles juridiques²³¹⁸. Leur jurisprudence doit amener à favoriser la convergence des droits à travers une détermination du seuil de conformité qui soit suffisamment accueillante. La conciliation des prétentions concurrentes à la primauté transite par les mêmes voies. Elle repose, d'une part, sur la reconnaissance, par chaque ensemble juridique, de l'existence et de la valeur des ensembles juridiques tiers. Elle passe, d'autre part, par l'action des juges. Les juges nationaux, tout particulièrement, se sont ingéniés à trouver les voies de la conciliation. Ils ont reconnu la primauté des droits européens tout en la conditionnant au respect de l'identité constitutionnelle nationale.

836. D'ailleurs, celle-ci est devenue un nouveau «*lieu de résistance*»²³¹⁹. Toutefois, son aptitude à préserver certains pans de la Constitution nationale demeure hypothétique. En effet, cette réserve ne

²³¹⁸ Nous employons ici l'expression d'"ensemble juridique" comme le terme le plus générique pour faire référence à tout ensemble de règles de droit indépendamment de son niveau de centralisation et de cohérence. De ce point de vue, les ordres juridiques, tout comme les systèmes juridiques ou les espaces juridiques peuvent être qualifiés d'"ensembles juridiques". Ce terme nous permet de désigner des groupes de règles aussi différents les uns des autres sur le plan formel que le droit de l'Union, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme et les ordres juridiques étatiques.

²³¹⁹ P. Gaïa, « Le Conseil constitutionnel peut-il encore résister à l'Europe ? », *RFDC*, 2014/4 (n° 100), p. 929.

pourrait-elle pas, le cas échéant, être levée par le législateur constitutionnel (le « pouvoir constituant dérivé »), comme ce fut le cas pour la réserve des «conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale»²³²⁰ ? Aussi, cela pose la question de son possible caractère « supra-constitutionnel ». Selon Edouard Dubout, *«l'«identité constitutionnelle», comme la «supra-constitutionnalité», est un ensemble de valeurs dont le respect s'impose à toutes les autres normes, y compris constitutionnelles ou européennes. Leur rôle à l'égard de l'ordre juridique est à la fois d'en légitimer le fondement et d'en structurer le fonctionnement. Très proches dans les fonctions qu'elles remplissent, les deux notions peuvent également utilement se consolider l'une et l'autre au moment d'en assurer le respect »*²³²¹. Or nous avons vu précédemment que le principe de souveraineté a été également considéré par certains auteurs comme un objet «supra- constitutionnel»²³²², ce qui peut fonder le rapprochement entre souveraineté et identité constitutionnelle.

837. Quelle que soit la solution jurisprudentielle adoptée, l'apaisement d'un espace juridique si complexe demande des trésors de dialogue. Celui-ci doit provenir d'une volonté politique - au sens large, c'est-à-dire de la part des juges également, car ces derniers se sont impliqués dans des questions de nature politique sans faire partie de la sphère politique au sens classique du terme²³²³ - toujours renouvelée.

²³²⁰ Ce qui poserait le problème, difficilement soluble, de savoir « comment un pouvoir constitué peut-il disposer à son gré de l'identité même de la Constitution ? » (Idem).

²³²¹ E. Dubout, « « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC*, 2010/3 (n°83), p. 470.

²³²² Cf. le débat entre les doyens Vedel et Favoreu sur les pages de la revue *Pouvoir* (n°67, nov. 1993).

²³²³ Cf. not. B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, LGDJ / Lextenso Ed. (Coll. Forum), Paris, 2015.

Conclusion du Chapitre

838. L'Europe est aujourd'hui saturée de droit. L'étude des différentes facettes que présente le phénomène d'eupéanisation du droit constitutionnel révèle un paysage normatif extrêmement complexe, tiraillé entre unification et pluralisme, harmonie et concurrence. Au sein de ce paysage, les droits de l'homme occupent une position centrale depuis les années 1970. Plus précisément, la recherche d'une protection toujours plus importante des droits de l'homme revêt deux fonctions *a priori* contradictoires : d'une part, la convergence entre ensembles juridiques distincts et, d'autre part, l'affirmation de l'autonomie et de la spécificité de chacun de ces mêmes ensembles. Cette dernière conduit chaque juridiction suprême à défendre la primauté des règles juridiques dont elle est l'interprète authentique. Ainsi, malgré le rapprochement des règles issues d'ordres juridiques distincts, la menace d'un conflit provoqué par des prétentions concurrentes à la primauté plane toujours. C'est ce que montrent : la jurisprudence de la Cour de justice relative aux PGD puis sa décision dans l'affaire *Melloni*²³²⁴, les tentatives nationales de poser des *controlimiti* à la primauté du droit de l'Union (*So lange, Frontini*), celles de mettre en oeuvre un contrôle « *ultra vires* » ou les nombreuses affaires dans lesquelles la Cour de Strasbourg a opposé sa propre conciliation des droits et libertés à celle opérée par une juridiction constitutionnelle nationale (affaire *Von Hannover I* par exemple). Mais il faut admettre que la convergence des standards de protection permet souvent de prévenir la survenue de conflits normatifs.

839. Si l'on se place du point de vue des Etats, il est possible de constater que la marge pour faire prévaloir le droit constitutionnel national s'est réduite comme peau de chagrin lorsqu'est en jeu l'application du droit de l'Union ou l'interprétation d'une garantie envisagée par la Convention. Autrement dit, la course à la primauté a souvent une issue défavorable pour le droit constitutionnel national. Le réflexe de la Cour de justice face au phénomène d'imbrication entre ensembles juridiques différenciés a été, de manière ininterrompue depuis les années 1960, d'affirmer la primauté, l'autonomie et la spécificité de l'ordre juridique dont elle relève. A travers une telle attitude, elle a revendiqué la reconnaissance d'une souveraineté juridique européenne, ainsi que le reconnaît le président Skouris. D'ailleurs, les usages du principe de souveraineté au sein de discours

²³²⁴ Sébastien Platon qualifie la jurisprudence de la Cour de justice en matière de droits fondamentaux de «*démarche résolument autonomiste*» (*Idem*).

prônant la consolidation et l'approfondissement de l'Union européenne connaissent un essor remarquable, quoique souvent dans des registres non juridiques²³²⁵.

840. La prise de conscience de la spécificité des rapports entre ordres juridiques dans l'espace européen a été un puissant aliment pour les débats à propos de la souveraineté. D'une part, la position adoptée par le Conseil constitutionnel - et par une partie non négligeable de la doctrine publiciste française - repose sur l'admission d'un rapport de consubstantialité entre souveraineté et droit constitutionnel. Selon cette idée, toute atteinte à la souveraineté se manifeste par une atteinte à la Constitution (à sa primauté en droit interne ou aux compétences exercées par les organes constitutionnels) et certaines atteintes à la Constitution peuvent être exprimée par la grammaire de la souveraineté.

841. Dans une série de décisions structurantes, le Conseil constitutionnel a dégagé le standard prétorien des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », qui complète celui relatif au respect des clauses de la Constitution et aux droits et libertés constitutionnellement garantis. Etait-ce le meilleur choix que de mobiliser la souveraineté contre un traité dont la ratification, après révision de la Constitution, semblait inéluctable ? En effet, cette jurisprudence laisse entendre que la portée de la souveraineté est à géométrie variable, que l'on peut, sans modifier les dispositions constitutionnelles qui la définissent et sans avoir recours au référendum constituant²³²⁶, ratifier une stipulation conventionnelle qui porte atteinte à ses conditions essentielles d'exercice. Elle a ainsi donné lieu à des incompréhensions, confondant acception matérielle et acception formelle de la souveraineté, suggérant que la disparition de celle-ci pouvait découler d'une suite de transferts de compétences et laissant penser qu'il y aurait un seuil juridiquement décelable *a priori*, au-delà duquel la France s'effacerait pour se fondre dans un « Etat européen »²³²⁷. Au demeurant, la notion d'identité constitutionnelle ne semble pas un outil mieux adapté pour « protéger » la souveraineté nationale dès lors qu'il peut faire l'objet des mêmes aménagements.

²³²⁵ Cf. Chap. suivant.

²³²⁶ Ce point est particulièrement sensible pour Olivier Beaud (Cf. *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 457-491).

²³²⁷ C'est l'image de la « souveraineté-artichaut » mobilisée par 60 sénateurs ayant saisi le Conseil constitutionnel du Traité de Maastricht.

842. Une telle évolution a approfondi le phénomène de « juridicisation » du principe de souveraineté. En ce sens, Patrick Gaïa parle de « captation » de la souveraineté constituante par le « législateur constitutionnel »²³²⁸. Or faire de la souveraineté un principe juridique disponible pour le pouvoir constituant dérivé revient à accepter de mettre entre les mains d'un pouvoir constitué le fondement même de l'Etat.

843. Ce choix a donc eu un double effet : obscurcir la signification de la souveraineté et contribuer à sa banalisation. Ces deux phénomènes contribuent à affaiblir le principe de souveraineté davantage, selon nous, que la dynamique des transferts de compétence²³²⁹. Par ailleurs, cette perception des Communautés comme une menace existentielle pour la souveraineté nationale et, donc, pour l'Etat - ce qui s'entend parfaitement eu égard à l'histoire de ce principe dans la pensée constitutionnelle française - empêche de comprendre la participation de la France à la dynamique d'intégration autrement que comme un jeu à somme nulle. Aussi, certains auteurs estiment que la prise en compte des rapports entre ordres juridiques doit conduire à reconsidérer la signification du principe de souveraineté. Le professeur Bonnet estime à cet égard que l'émergence des « rapports de système » qu'il appelle de ses vœux deviendrait « *l'ultime étape de l'intégration respective des ordres juridiques, la fin de toutes les résistances nationales liées en général au primat constitutionnel, considéré à tort comme dernier signe de souveraineté* »²³³⁰. Selon ce point de vue, l'approche stato-nationale devrait être abandonnée. La souveraineté nationale devrait donc faire l'objet d'un réexamen²³³¹ pour prendre acte de ce nouvel état de fait qu'est l'avènement de l'Etat intégré²³³².

²³²⁸ P. Gaïa, « Le Conseil constitutionnel est-il encore le gardien de la souveraineté nationale ? », *Op. cit.*, p. 234.

²³²⁹ Cf. *infra*. Titre 2, Chap. 2, Sect. 1.

²³³⁰ B. Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, *Op. cit.* p. 72.

²³³¹ V. F. Chaltiel, *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français recherches sur la souveraineté de l'Etat membre*, *Op. cit.*

²³³² B. Nabli, *L'Etat intégré. Contribution à l'étude de l'Etat membre de l'Union européenne*, *Op. cit.*

Conclusion du Titre.

844. Les phénomènes d'internationalisation et d'eupéanisation du droit constitutionnel que nous avons étudiés dans le présent titre ont provoqué des réactions en chaîne, à la fois sur la notion de Constitution et sur le principe de souveraineté.

845. La Constitution est devenue, à la lumière des nouveaux rapports entre ordres juridiques, une interface entre les ensembles juridiques extra-étatiques et l'ordre juridique interne. Cela est le résultat d'un choix adopté par le constituant, celui d'une ouverture de l'ordre juridique national aux « quatre vents du monde », pour reprendre la belle image de Mireille Delmas-Marty²³³³. Patrick Gaïa estime, à cet égard que « *de rempart protecteur des éléments fondamentaux du droit interne, [la Constitution] devient le premier relais de la force de pénétration du droit de l'Union dans le droit national* »²³³⁴. De ce point de vue, ce que le doyen Favoreu qualifiait de « droit constitutionnel international »²³³⁵, c'est-à-dire l'ensemble des prescriptions constitutionnelles organisant les rapports entre le droit interne et le droit international, s'est considérablement transformé. En France, il s'est notamment dédoublé, avec un premier ensemble de dispositions conformant un « droit constitutionnel international » à proprement parler (Titre VI - Des traités internationaux) et un second ensemble portant sur le « droit constitutionnel européen » (Titre XV - De l'Union européenne). Comme le note Patrick Gaïa, la spécificité constitutionnelle du droit de l'Union concerne le droit dérivé car le rapport entre l'ordre juridique interne et les traités fondateurs (droit primaire) doivent être compris à la lumière du Titre VI²³³⁶. Le résultat « *est un ensemble constitutionnel assez disparate et profondément éclaté [...] dans lequel la vision globale de ce qu'est un ordre juridique parfaitement organisé et structuré tend à se brouiller* »²³³⁷.

846. L'ouverture de la Constitution sur le plan international et européen a également un effet sur le principe de souveraineté. Selon le doyen Favoreu et ses coauteurs, « *le caractère fermé - dans le sens d'autosuffisant, autorégulateur et auto-réformable - de l'ordre juridique est essentiel pour que*

²³³³ M. Delmas-Marty, *Aux quatre vents du monde Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*, Seuil (Coll. Essais - Sciences humaines), Paris, 2016.

²³³⁴ P. Gaïa, « Le Conseil constitutionnel peut-il encore résister à l'Europe ? », *Op. cit.*, p. 926.

²³³⁵ Cf. *Ibid*, p. 930.

²³³⁶ *Idem*.

²³³⁷ *Idem*.

puisse prendre place le concept de souveraineté. Un ordre juridique par trop ouvert, voire dépendant, d'autres ordres juridiques peut difficilement être pensé comme tel, car le souverain peut difficilement exercer sa «compétence de la compétence»²³³⁸.

847. Il apparaît donc que l'approfondissement de l'internationalisation et de l'eupéanisation du droit constitutionnel met en péril la cohérence du principe de souveraineté - et, donc, sa pertinence. Ce raisonnement correspond à un présupposé au sujet du principe de souveraineté, selon lequel ce dernier aurait pour fonction de décrire le droit comme un ordre normatif unitaire, centralisé, hiérarchisé et auto-réformable²³³⁹. Toutefois, nous considérons que le principe de souveraineté a moins pour fonction de décrire que d'offrir un fondement, et donc une justification, à une telle conception du droit. Certes, ces deux fonctions - la description d'une réalité juridique et la justification d'une certaine conception du droit - sont liées puisque le triomphe de la souveraineté a permis de façonner le droit autour de la figure de l'Etat souverain. Aussi, l'érosion de sa cohérence traduit l'épuisement d'un paradigme juridique, le paradigme stato-national, face à un objet, le droit constitutionnel positif, qui s'est profondément transformé en l'espace de quelques décennies.

848. Le pluralisme juridique européen a donc pu être pensé à partir du paradigme constitutionnel. Plus particulièrement, l'approche de la Cour de justice en matière d'interprétation des droits fondamentaux a contribué, selon Sébastien Platon, « à étayer la thèse plus large d'une autonomisation croissante de la protection des droits fondamentaux de l'Union européenne et, partant, d'une constitutionnalisation exponentielle du droit de l'Union »²³⁴⁰. L'apparition de ces théories ont permis de renouveler la pensée constitutionnelle en actant son éloignement du principe de souveraineté, qui n'est plus pris en compte dans l'élaboration des théories du droit constitutionnel au-delà de l'Etat.

²³³⁸ L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, Op., cit.

²³³⁹ Cf. *supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 2, Sect. 2, §2, II.

²³⁴⁰ S. Platon, « L'articulation entre la Charte, les droits fondamentaux nationaux et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *Op. cit.*, p. 558.

TITRE 2. LES EFFETS DE LA REMISE EN CAUSE DE LA SOUVERAINETE

849. L'internationalisation et l'eupéanisation du droit constitutionnel positif dessinent, depuis plusieurs décennies, un paysage juridique dont les approches stato-nationales peinent à offrir une représentation exhaustive et cohérente. Au contraire, ces approches, fondées sur le principe de souveraineté, peuvent parfois constituer un obstacle pour la compréhension des rapports qui s'instaurent entre les différents ordres juridiques. Les vicissitudes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dans ce domaine depuis les années 1970 en sont un exemple. Aussi, ces tendances lourdes représentent un changement de contexte plus large, dans lequel s'épanouissent, sur le plan intellectuel, les critiques du « nationalisme méthodologique »²³⁴¹. De ce point de vue, une conception du droit constitutionnel intrinsèquement arrimée à la souveraineté nationale semble chaque fois moins adaptée non seulement à certaines évolutions significatives du droit positif mais, également, à un contexte social, intellectuel et académique marqué par l'influence de la globalisation (ou mondialisation²³⁴²).

850. En effet, la globalisation est un processus spécifique par rapport à l'internationalisation et à l'eupéanisation. Alors que l'internationalisation et l'eupéanisation peuvent toujours être saisies au travers de la logique stato-nationale, la globalisation favorise la formation de normes et d'espaces juridiques qui dépassent cette dernière. En ce sens, elle « *exprime non pas seulement une coexistence et une collaboration des États à l'échelle du monde, ce qui est la mission des structures internationales traditionnelles telles que l'ONU, mais un dépassement des ordres nationaux* »²³⁴³. Par ailleurs, comme le note Gilles Lhuillier, « *la globalisation n'est pas une internationalisation car*

²³⁴¹ Il s'agit, selon le philosophe Ulrich Beck, d'un biais cognitif consistant « à comprendre le monde social en prenant l'État-nation pour unité d'analyse ». Pour U. Beck, la globalisation contraint les sciences sociales, intrinsèquement stato-centrées, à un *aggiornamento* car l'État n'est plus l'acteur socio-politique hégémonique. En ce sens, l'avènement des « études transnationales » ou des « *global studies* » a permis de constituer les phénomènes transnationaux en objet d'étude à travers une reformulation des instruments et des approches des sciences sociales, « *construites par et autour de l'État-nation* » (S. Dumitru, « Qu'est-ce que le nationalisme méthodologique ? Essai de typologie », *Raisons politiques*, 2014/2 (n° 54), p. 9). V. en France le développement des études se revendiquant de « l'histoire globale » (v. le « livre-événement » : P. Boucheron (sous la dir. de), *Histoire mondiale de la France*, Seuil, Paris, 2017) ou, plus directement, la mise en place d'un « *Master in Advanced Global Studies* » à SciencesPo Paris).

²³⁴² La distinction entre ces deux concepts concerne moins la substance que la forme (Cf. J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, *Op. cit.*, p.).

²³⁴³ « Avant-propos », *Le juge et la mondialisation dans la jurisprudence de la Cour de cassation*. *Op. cit.*, p. 7.

elle réalise aussi une transformation des sociétés de l'intérieur »²³⁴⁴. Le néologisme « glocal » a d'ailleurs été forgé pour traduire l'influence, voire l'emboîtement, de dynamiques globales dans des sphères locales.

851. Une première approximation à l'idée de globalisation considère celle-ci comme un mouvement « qui place les systèmes politiques, économiques, sociaux... dans un état d'interconnexion croissante »²³⁴⁵. Ainsi, « le mouvement de globalisation s'est d'abord caractérisé par un phénomène d'ouverture des espaces économiques, de développement des échanges internationaux »²³⁴⁶. Celui-ci a connu un accroissement soutenu après la Seconde Guerre mondiale et s'est accéléré après la chute du Mur de Berlin²³⁴⁷. L'arrêt des échanges commerciaux mondiaux provoqué par l'adoption simultanée dans l'ensemble du globe de mesures de lutte contre la pandémie de covid-19 a été de courte durée. Les échanges ont repris rapidement, affichant une croissance de 15% entre le dernier trimestre de 2020 et le premier trimestre de 2021, puis de 46% et de 24% sur les deux trimestres suivants²³⁴⁸, même si elle croissent désormais, depuis 2010, plus lentement que le produit mondial brut²³⁴⁹. Une autre manifestation de la globalisation économique est « l'accroissement drastique de la mobilité des activités, et des firmes, qui sont également devenues plus fréquemment multinationales - mobilité et caractère multinational n'étant pas forcément liés »²³⁵⁰. Ainsi, la croissance exponentielle des firmes multinationales (FMN) est l'un des faits majeurs dans le paysage économique de la deuxième moitié du XXe siècle. Leur nombre a été multiplié par près de dix entre 1960 et 2000²³⁵¹. Elles constituent un important foyer de création de richesse. En France, les FMN représentent 1 % des entreprises des secteurs marchands mais elles emploient 49 % des salariés et génèrent 57 % de la valeur ajoutée²³⁵². Certaines, comme l'étasunienne Amazon ou la néerlandaise Shell, ont un chiffre d'affaires comparable au produit

²³⁴⁴ G. Lhuillier, *Le droit transnational*, Op. cit., p. 386.

²³⁴⁵ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Op. cit., p. 17.

²³⁴⁶ *Ibid*, p. 18.

²³⁴⁷ Comme l'indique J.-B. Auby, le commerce international a augmenté de 6,5% en termes réels depuis 1945 (cf. *Idem*) et, jusqu'à la «grande récession» de 2008-2009, il augmenta plus rapidement que la croissance économique (cf. F. Heisbourg, *Retour de la guerre*, Odile Jacob, Paris, 2021, p. 42).

²³⁴⁸ Données de l'OMC concernant le commerce mondial de marchandises.

²³⁴⁹ F. Heisbourg, *Retour de la guerre*, Op. cit., p. 43.

²³⁵⁰ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Op. cit., p.19.

²³⁵¹ Elles étaient environ 7000 et sont désormais 60.000.

²³⁵² Données de l'INSEE.

intérieur brut de pays comme l'Argentine²³⁵³. De même, la dimension financière de l'économie s'est approfondie. Comme l'indique J.-B. Auby, « *cette dimension devient prépondérante, la recherche de la rentabilité se faisant moins par la croissance interne des firmes que par la réalisation d'investissements sur les marchés mondiaux, d'où l'importance toujours croissante des opérations de fusion-acquisition réalisées à l'échelle mondiale* »²³⁵⁴.

852. Les effets de la globalisation se font ressentir à différents niveaux et ne sont pas unidirectionnels. Alors que l'univers des possibles s'est élargi pour des milliards de personnes, qui peuvent accéder à des nouveaux bassins d'emplois et à une offre nouvelle de biens et de services, le rétrécissement du monde que provoque la globalisation a également permis l'émergence de menaces globales, qu'il s'agisse du terrorisme, de la montée des inégalités²³⁵⁵ ou des périls liés au changement climatique²³⁵⁶. Les infrastructures et les réseaux qui rendent possible le phénomène de globalisation (Internet, système financier, routes commerciales, etc.) sont également mises au service de mouvements qui visent à le combattre (mouvance anti-globalisation, certains groupuscules terroristes islamistes...). Que ce soit au travers de l'explosion des flux de marchandises, de touristes²³⁵⁷ ou l'évolution des flux migratoires²³⁵⁸, la globalisation semble avoir mis l'ensemble du globe en mouvement, à un rythme toujours plus élevé. Cette accélération, qui provoque un sentiment d'« immédiateté universelle »²³⁵⁹, est notamment le fruit du développement

²³⁵³ Le chiffre d'affaires d'Amazon en 2020 fut d'environ 386,1 milliards de dollars alors que le PIB du pays sud-américain s'éleva à 383 milliards de dollars.

²³⁵⁴ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Op. cit., p.19.

²³⁵⁵ V. l'ouvrage de l'économiste Lucas Chancel : *Insoutenables inégalités: pour une justice sociale et environnementale*, Les Petits Matins, Paris, 2017.

²³⁵⁶ Cf. l'étude du Premier groupe de travail du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) sur les bases physiques du changement climatique. Il établit la compréhension physique la plus récente du système climatique et du changement climatique, en rassemblant les dernières avancées de la science du climat et en combinant plusieurs sources de données provenant du paléoclimat, des observations, de la compréhension des processus et des simulations climatiques mondiales et régionales [En ligne : <https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-working-group-i/>].

²³⁵⁷ De 25 millions de touristes dans le monde en 1950, ce chiffre est passé à 673 millions en 2000 puis à 1464 millions en 2019 (données de l'Organisation mondiale du tourisme, agence onusienne).

²³⁵⁸ Comme le note Jean-Bernard Auby, « *les phénomènes migratoires ne sont pas une chose nouvelle mais ce que les experts signalent est que la globalisation crée des nouveaux flux migratoires et induit parfois des politiques volontaristes d'émigration - on cite le cas de la Corée, celui de la Chine, dans des périodes récentes - ou d'immigration, cependant que prospèrent l'immigration illégale et l'immigration de trafic* ». J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Op. cit., p. 21.

²³⁵⁹ La formule est du philosophe espagnol Daniel Innerarity, *El nuevo espacio público*, Espasa, Barcelone (Espagne), 2006, p. 224.

technologique et du succès historique du libre-échangisme²³⁶⁰. Ainsi, le mouvement de globalisation a pour effet de faire apparaître des liens d'interconnexion et, donc, d'interdépendance mondiaux. Cela correspond à l'image du « village planétaire », popularisée par Marshall McLuhan dès le début des années 1960²³⁶¹, soit une trentaine d'années avant la diffusion mondiale d'Internet.

853. Il convient néanmoins de ne pas limiter l'analyse de la globalisation à ses manifestations proprement universelles ou mondiales. Comme le souligne le professeur Auby, la morphologie de la globalisation est marquée par une structure « multiniveaux »²³⁶². Cela signifie que les effets qu'elle produit (la déterritorialisation, l'interconnexion, l'interpénétration, l'interdépendance...) se traduisent à la fois à l'échelle mondiale, par l'action d'acteurs à vocation universelle ; à l'échelle régionale, au travers de l'intégration supranationale, et à l'échelle locale, comme en témoigne la place des « villes globales » que la sociologue Saskia Sassen a mise en évidence²³⁶³. Ces échelons régionaux ou infra-étatiques sont les rouages de la globalisation. Ils constituent autant de points de passages, de *hub* selon la terminologie aéronautique, permettant aux flux de circuler. Ils peuvent néanmoins, le cas échéant, imposer un ralentissement de ces mêmes flux, selon l'image de l'écluse. Ces nouveaux territoires de la globalisation conduisent à une perte de centralité de l'Etat. Comme l'énonce Saskia Sassen, « *avec le découplage partiel, ou du moins l'affaiblissement, du national en tant qu'unité spatiale du fait de la privatisation et de la déréglementation, et du renforcement de la globalisation, les conditions sont réunies pour que s'impose le pouvoir d'autres unités ou échelles* »

²³⁶⁰ Il est saisissant de constater que la Chine, qui se considère toujours comme un « *Etat socialiste de dictature démocratique populaire dirigé par la classe ouvrière et fondé sur l'alliance entre ouvriers et paysans* » (art. 1er, Chap. I de la Constitution), est devenu l'un des plus fervents défenseurs du libre-échange dans le monde, notamment dans le cadre de son affrontement avec les Etats-Unis [V. par ex. A. Bohineust, « Xi Jinping se pose en champion du libre-échange au sommet Asie-Pacifique », *Le Figaro*, 19 nov. 2021]. La Chine a d'ailleurs été à l'initiative du Partenariat régional économique global, la plus vaste zone de libre-échange du monde depuis le 1er janvier 2022.

²³⁶¹ Cf. son ouvrage *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*, University of Toronto Press, Toronto (Canada), 1962.

²³⁶² J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, *Op. cit.*, p. 26.

²³⁶³ Les « villes globales » apparaissent comme « (1) des centres de commandement sur l'organisation de l'économie mondiale ; (2) des lieux et marchés clés pour les principales industries de la période actuelle - finances et services spécialisés pour les entreprises ; et (3) des sites de production importants pour ces industries, y compris la production d'innovations dans ces dernières » (« (1) command points on the organisation of the world economy ; (2) key locations and marketplaces for the leading industries of the current period - finance and specialized services for firms ; and (3) major sites of production for these industries, including the production of innovations in these industries ». S. Sassen, *Cities in a World Economy*, Pine Forge Press (coll. Sociology for a New Century), Thousand Oaks (Etats-Unis), 2e ed., 2000, p. 4). Non seulement incarnent-elles l'idéal multiculturel et cosmopolite qui préside à l'ouverture et à l'accélération des flux emblématiques de la globalisation, mais elles constituent, par ailleurs, des réseaux de plateformes, de voies de carrefours par lesquels circulent ces mêmes flux. Ainsi, une « ville globale » n'a pas d'existence individuelle en tant que telle mais en tant qu'élément d'un réseau (*network*) par lequel transitent les flux de la globalisation.

spatiales »²³⁶⁴. Cela n'est guère nouveau : il suffit de penser aux travaux de Fernand Braudel au sujet de l'émergence du capitalisme contemporain dès la fin du Moyen-Âge²³⁶⁵ ou au rôle que jouèrent les grandes villes marchandes de l'espace hanséatique²³⁶⁶.

854. La globalisation a aussi une dimension juridique. Elle provoque une « pression sur le droit »²³⁶⁷ dans trois sens identifiés par Jean-Bernard Auby. Tout d'abord, la globalisation favorise une harmonisation des règles de droit en tâchant d'effacer « *l'emprise qu'exerce sur elles la pluralité des systèmes nationaux* »²³⁶⁸. Ensuite, la globalisation est caractérisée par l'apparition d'une multitude d'acteurs. Elle exacerbe un phénomène bien connu depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale : l'apparition des individus, des groupes privés et des collectivités publiques infra-étatiques sur la scène extra-nationale. Enfin, la globalisation peut avoir des effets considérables sur les modalités d'application du droit. L'extraterritorialité juridique²³⁶⁹ ou la transnationalité²³⁷⁰ en sont deux manifestations. Les phénomènes que nous venons de citer alimentent la déterritorialisation, la transnationalité et, *in fine*, la désétatisation²³⁷¹ du droit. Apparaît ainsi ce que

²³⁶⁴ « *With the partial unbundling or at least weakening of the national as a spatial unit due to privatization and deregulation and the associated strengthening of globalization come conditions for the ascendance of other spatial units or scales* ». S. Sassen, « The Global City: introducing a Concept », *Brown Journal of World Affairs*, Winter/Spring 2005, Vol. XI, Issue 2, p. 27.

²³⁶⁵ Braudel souligne notamment que « *une économie-monde possède toujours un pôle urbain, une ville au centre de la logistique de ses affaires : les informations, les marchandises, les capitaux, les crédits, les ordres, les hommes, les lettres marchandes y affluent et en repartent. De gros négociants y font la loi, riches souvent à l'excès* ». *Civilisation matérielle, économie et capitalisme XVe-XVIIIe siècles*, Armand Collin, Paris, 1979, p. 17.

²³⁶⁶ Le philosophe allemand, disciple de Kant, Johann Gottfried von Herder affirmait déjà à la fin du XVIIIe s. que la Hanse « *a fait plus pour unifier l'Europe que toutes les croisades et tous les usages romains ; car par-dessus les différences religieuses et nationales, elle fonda l'union des États sur l'utilité mutuelle, l'émulation au travail, la loyauté et l'ordre. Des villes exécutèrent ce que ne pouvaient ni ne voulaient exécuter gouvernants, prêtres et nobles : elles créèrent une Europe agissant en commun* ». Cité par M.-L. Pelus-Kaplan, « L'espace hanséatique au début de l'époque moderne (XVI-XVIIe siècles) : entre Europe et Saint-Empire », in Ch. Lebeau (dir.), *L'espace du Saint-Empire. Du Moyen Âge à l'époque moderne*, Presses universitaires de Strasbourg (Coll. Sciences de l'histoire), Strasbourg (France), 2019, p. 67.

²³⁶⁷ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, *Op. cit.*, p. 32 et s.

²³⁶⁸ *Ibid*, p. 32.

²³⁶⁹ C'est-à-dire les situations dans lesquelles « *les normes d'un système donné produisent des effets en dehors de l'emprise territoriale de ce système* ». *Ibid*, p. 34. Le cas de certaines règles de droit étasunien a été particulièrement médiatisé en France à l'occasion de l'« affaire Alstom ». V. à ce sujet le livre de l'un de ses principaux acteurs, Frédéric Pierucci : F. Pierucci, M. Aron, *Le piège américain*, JC Lattès, Paris, 2019.

²³⁷⁰ C'est-à-dire la propriété de certains flux de traverser les frontières ou les barrières que les Etats érigent entre leur territoire et leur population d'un côté et le reste du monde de l'autre côté. La transnationalité produit des effets directement sur le territoire et auprès de la population des Etats sans passer par ces derniers. La doctrine du droit transnational provient d'abord de la doctrine privatiste et de la plume du juriste étasunien Philip C. Jessup qui forgea ce concept dans un essai publié en 1956 (*Transnational Law*, Yale University Press, New Haven (EUA), 1956). Le droit transnational, catégorie hétérogène de règles à la fois publiques et privées, « *relativise le rôle de l'Etat et de la Nation au fondement du droit international classique* ».

²³⁷¹ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, *Op. cit.*, p. 31.

certain auteurs qualifient de « droit global »²³⁷², qui selon Jean-Marc Sauvé, « *n'est pas un nouvel ordre normatif, structuré, hiérarchisé, articulé à la manière de la pyramide de Kelsen, [mais un phénomène qui] résulte en fait d'une utilisation nouvelle du droit* »²³⁷³. Pour « penser le droit global », Benoît Frydman postule une démarche « micro-juridique » qui se débarrasse du concept, par définition « macro-juridique » d'ordre juridique. En effet, pour ce dernier, « *le concept d'ordre juridique ne comporte pas seulement une dimension logique (un ensemble ordonné et complet de règles cohérentes), en l'espèce problématique, mais également une importante dimension politique, dont la pertinence doit être évaluée à l'horizon global. L'ordre juridique est, en effet, très généralement compris et utilisé, comme un ordre institué, un ordre instauré ou garanti par une autorité, mieux encore par une autorité souveraine, dont le type exemplaire, sinon unique, est l'État* »²³⁷⁴.

855. La démarche de Benoît Frydman met donc en exergue la difficulté pour penser l'Etat dans la globalisation. En favorisant la déterritorialisation et la circulation des flux avec toujours moins d'entraves²³⁷⁵, la globalisation entraîne l'impuissance des Etats pour maîtriser leur territoire et, plus largement, pour influencer le cours du monde. Cette impuissance est souvent moins subie qu'encouragée par les Etats car les phénomènes que nous venons de présenter sont en partie le fruit d'un désengagement volontaire de la puissance publique. Il reste qu'une fois ces phénomènes d'interconnexion, de développement et d'accélération des flux enclenchés, les Etats pris individuellement s'avèrent mal outillés pour gouverner la globalisation. Les accords interétatiques multilatéraux deviennent alors les seuls dispositifs à même de créer des règles communes dans un monde chaque fois plus fragmenté, comme le montrent l'exemple de la COP-21²³⁷⁶ ou celui de l'accord au sujet de la taxation des firmes multinationales²³⁷⁷. Toutefois, ces exemples sont rares et, par ailleurs, ils impliquent désormais une myriade d'acteurs non étatiques dans leur élaboration et

2373 Discours prononcé à l'occasion du lancement du Centre de conférences ministériel du ministère des Affaires étrangères et européennes, le 2 février 2010 [V. en ligne : <https://ihej.org/programmes/regulation-de-la-mondialisation/penser-le-droit-global/>].

2374 B. Frydman, « Comment penser le droit global ? », in J.-Y. Chérot et B. Fridman (sous la dir. de), *La science du droit dans la globalisation*, Op. cit., p. 24.

2375 En ce qui concerne les flux de marchandises, les droits de douanes moyens sont passés de 25% en 1960 à 3% à la fin du XXe siècle (v. J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Op. cit., p. 18).

2376 Cf. notre présentation du droit international de l'environnement (*supra*. Titre 1, Chap. 1, Sect. 2, §2, II).

2377 Sous l'égide de l'OCDE, 136 Etats et territoires se sont accordés le 8 octobre 2021 pour imposer une taxation minimale à 15% sur les sociétés multinationales.

leur mise en œuvre²³⁷⁸. Par conséquent, si la globalisation a généré, comme tout phénomène social, un besoin d'encadrement et de règles nouvelles, celles-ci ne peuvent pas être adoptées et appliquées par les seuls Etats.

856. Cependant, le recul de l'Etat doit être relativisé. Malgré la montée en puissance des disciplines universitaires, qui cherchent à dépasser le paradigme stato-national, l'Etat dans son acception politico-sociologique²³⁷⁹ semble revenir sur le devant de la scène. Par exemple, le succès des discours (géo)politiques mobilisant l'image du mur²³⁸⁰, plusieurs décennies après la chute du «Mur» avec une majuscule, témoigne de l'importance symbolique qui lui est accordée pour colmater «*l'anxiété, parfois fantasmée, face aux bruits et aux fureurs du monde*»²³⁸¹. Par voie de conséquence, la frontière, «*dernier obstacle à abattre car elle contredirait l'utopie d'un monde globalisant enjoint de se soumettre au principe du droit généralisé de libre circulation des individus*»²³⁸², est redevenue objet d'analyses. Non seulement la frontière dessine les limites à l'intérieur desquelles s'exerce la souveraineté de l'Etat, mais, à l'instar des *limes* romains ou du *Wan Li Chang Cheng* chinois²³⁸³, elle a une fonction défensive. Comme l'indique Michel Foucher, «*la première protection, c'est la frontière*»²³⁸⁴. Dès lors qu'une société éprouve le besoin de se protéger d'une menace venant de l'extérieur, qu'elle soit réelle ou exagérée, «*la fonction régaliennne de la frontière*»²³⁸⁵ a des chances de retrouver son importance. Or, comme nous venons de le noter, l'essor de la mondialisation a démultiplié les menaces. Le retour des conflits de haute intensité entre Etats sur le sol européen, l'importance politico-médiatique prise, dans de nombreuses sociétés occidentales, par la question migratoire²³⁸⁶ en sont quelques exemples, qui permettent de

²³⁷⁸ Notamment des organisations internationales comme l'ONU ou l'OCDE, des administrations publiques indépendantes (comme l'Agence Parisienne du Climat), des ONGs (comme ATTAC ou les Amis de la Terre) et des lobbies (comme le *Business and Industry NGO*, très actif dans les négociations climatiques).

²³⁷⁹ Défini par trois attributs communément admis : le territoire, la population et la puissance.

²³⁸⁰ R. Ourdan, « Les murs dans le monde, en réponse aux nouvelles peurs », *Le Monde*, 2/02/2018.

²³⁸¹ M. Foucher, *Le retour des frontières*, CNRS ed. (Coll. Débats), Paris, 2016, p. 8.

²³⁸² *Ibid*, p. 10.

²³⁸³ Littéralement « mur de 10 000 li », c'est-à-dire 5 000 kilomètres, connu en Occident comme la « Grande muraille de Chine ».

²³⁸⁴ Propos recueillis par R. Ourdan, in « Les murs dans le monde, en réponse aux nouvelles peurs », *Op. cit.*

²³⁸⁵ *Idem*.

²³⁸⁶ Nous pouvons citer, de manière non exhaustive : les Etats-Unis (campagne de Donald Trump en 2016), le Royaume-Uni (campagne pour le Brexit la même année), la Hongrie (campagne de Viktor Orban de 2018), l'Italie

(campagne de Georgia Melloni en 2022)...

mettre en évidence l'importance que les frontières, et donc les Etats, peuvent acquérir dans un environnement globalisé. Ainsi, le rapport entre Etat et globalisation est toujours ambivalent.

857. C'est pour cela que nous souhaiterions, à présent, nous pencher sur quelques effets intellectuels de la remise en cause du principe de souveraineté. La première de ces conséquences se manifeste, naturellement, sur le plan théorique, car la souveraineté est, avant tout, un objet conceptuel (Chapitre 1). La seconde porte sur les modalités concrètes selon lesquelles l'Etat - forme emblématique de la modernité politico-juridique - détient et exerce la souveraineté (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. LE RENOUVEAU DES THEORIES CONSTITUTIONNELLES A L'ECHELLE SUPRA-ETATIQUE

858. La souveraineté a pour fonction de fonder une conception du champ juridique caractérisée par la centralité de l'Etat. Le rapport de consubstantialité qu'elle entretient avec le droit constitutionnel²³⁸⁷ est, en ce sens, crucial pour fonder les approches stato-nationales du droit. Toutefois, ce rapport tend à s'éroder. L'aptitude qui est traditionnellement reconnue au principe de souveraineté pour fonder le titre de légitimité et de validité²³⁸⁸ du droit constitutionnel est remise en cause par les évolutions que nous avons retracées antérieurement. Comme le note très justement Bertrand Mathieu, « *les réformes concernant l'Europe [...] marquent l'évolution d'un système marqué par l'interpénétration des ordres ou des systèmes juridiques, interpénétration dont le texte constitutionnel doit rendre compte. Mais le paradoxe c'est que la logique constitutionnelle a du mal à sortir indemne de ce travail, car la Constitution, c'est la traduction du principe de souveraineté [...] et que, par définition, le système qui se développe, qui est celui de l'interaction et de l'interpénétration des systèmes, ne fonctionne pas avec la logique de la souveraineté* »²³⁸⁹.

859. Face à ces mutations du droit constitutionnel positif, certains auteurs refusent de séparer le constitutionnalisme du milieu étatique. Par exemple, Dieter Grimm plaide pour la conservation de l'ancrage étatique du constitutionnalisme car c'est à cette échelle que celui-ci trouverait « *des conditions plus avantageuses pour la légitimation et la responsabilité démocratiques* »²³⁹⁰. Il critique les tentatives d'extraire le droit constitutionnel de sa gangue étatique originaire car elles suscitent un espoir forcément vain, une illusion selon laquelle « *la perte d'importance subie par la constitution sous l'effet de l'internationalisation et de la mondialisation pourrait être compensée au*

²³⁸⁷ Cf. *Supra*. Partie 1, Titre 2. Chap. 1.

²³⁸⁸ La légitimité est un terme issu de l'analyse politique qui désigne l'acceptation par un groupe d'individus de l'exercice du pouvoir par une autorité déterminée. La validité, de son côté, désigne l'existence d'un énoncé sur le plan normatif.

²³⁸⁹ B. Mathieu, « Repenser le droit constitutionnel ? », *Op. cit.* p. 830.

²³⁹⁰ D. Grimm, « Les acquis du constitutionnalisme et ses perspectives dans un monde changé », *Trivium*, 30/2019, p. 19.

niveau international »²³⁹¹. Pour lui, l'acquis du constitutionnalisme²³⁹² pourrait être sauvegardé en réaffirmant la soumission des Etats à la Constitution et en renforçant leur rôle dans la globalisation au travers d'accords interétatiques multilatéraux à portée universelle.

860. A l'opposé de Dieter Grimm, certains auteurs dont nous présenterons l'apport théorique estiment que notre époque requerrait « *de repenser certains concepts embarrassants, comme notamment ceux de souveraineté ou encore de nationalité, qui conduisent à ne voir que dans la forme stato-nationale l'origine d'une autorité conçue comme suprême et d'une identité conçue comme exclusive* »²³⁹³. Plus encore, il s'agirait de « *dissocier l'étaticité de la forme nationale (ou nationalité) dans laquelle l'État s'est progressivement fondu* »²³⁹⁴, c'est-à-dire de penser la souveraineté au-delà, en-deçà ou à côté de la nation. Tout cela nous conduirait à envisager les principaux concepts de la pensée constitutionnelle « *de façon ouverte, détachés de la figure stato-nationale pour laquelle ils ont été forgés* »²³⁹⁵. Cela n'a rien d'une nouveauté sur le plan intellectuel car, comme nous l'avons montré antérieurement²³⁹⁶, la pensée juridique a fait preuve depuis longtemps d'une créativité remarquable à l'heure de penser les rapports entre l'Etat et le droit constitutionnel, malgré le caractère hégémonique, en France notamment, des théories stato- nationales du droit fondées sur le principe de souveraineté.

861. Nous nous intéressons à présent aux théories constitutionnelles contemporaines qui, en prenant appui sur certaines évolutions du droit positif que nous avons décrites auparavant, s'émancipent des schémas conceptuels mobilisés dans le cadre des approches stato-nationales. Ces thèses admettent l'existence d'un droit constitutionnel « au-dessus de l'Etat ». Elles l'inscrivent dans deux cadres

²³⁹¹ Ibid, p. 20.

²³⁹² Ce dernier résiderait, selon Grimm, dans cinq éléments : « 1. La constitution moderne est un ensemble de règles de droit, et non pas une théorie philosophique. Ses normes reposent sur un choix politique, et non sur une vérité préexistante. 2. Le but de ces normes est de régler la mise en place et l'exercice de l'autorité publique. Elles ne se bornent pas simplement à modifier les règles régissant une puissance publique qui existerait déjà. 3. Les règles sont exhaustives dans le sens qu'elles excluent la possibilité qu'il y ait d'une part des détenteurs extraconstitutionnels de l'autorité publique et d'autre part des moyens extraconstitutionnels d'exercice de cette autorité publique. 4. La constitution émane du peuple, seule source légitime de toute autorité publique. La distinction entre pouvoir constituant et pouvoir constitué est fondamentale pour la constitution. 5. Le droit constitutionnel est un droit supérieur. Il prime sur les lois et les autres actes juridiques adoptés par les pouvoirs publics. Un acte non conforme à la constitution ne produit pas d'effets juridiques ». Ibid, p. 7.

²³⁹³ E. Dubout, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Bruylant (Coll. Droit de l'Union européenne), Bruxelles, 2021, p. 477.

²³⁹⁴ Ibid, p. 479.

²³⁹⁵ Ibid, p. 477.

²³⁹⁶ Cf. *supra.* Partie 1, Titre 2, Chap. 2.

distincts : le cadre global ou un cadre régional. Dans le premier cas, nous pouvons identifier deux types d'approches : une approche moniste et unificatrice d'une part et une démarche reposant sur une conception pluraliste d'autre part. Dans le second cas, c'est le mouvement d'intégration juridique à l'échelle européenne qui amène à théoriser l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme au travers du prisme constitutionnel. Il s'agit ici de penser un pluralisme constitutionnel dans l'espace européen, qui doit s'articuler avec le pluralisme constitutionnel que certaines approches théorisent à l'échelle globale.

862. Nous articulerons notre analyse autour de cette distinction spatiale pour examiner d'abord les théories du constitutionnalisme à l'échelle universelle (Section 1) puis ensuite les théories du droit constitutionnel dans l'espace européen, c'est-à-dire l'ordre juridique de l'Union européenne et le droit né de la Convention européenne des droits de l'homme (Section 2). Cette division permet, nous l'espérons, d'organiser clairement la démonstration selon un critère spatial mais elle ne doit pas pour autant occulter les convergences et les points de passage entre le constitutionnalisme international et le constitutionnalisme européen. Nous insisterons sur ces derniers dès lors qu'ils permettent de mettre en exergue la filiation intellectuelle partagée par les théories du droit constitutionnel global et celles du constitutionnalisme extra-étatique européen.

Section 1. Les théories du constitutionnalisme à l'échelle universelle

863. Les théories constitutionnelles du droit international sont anciennes. Dans un premier temps, comme l'indique Bardo Fassbender, « *la notion de Constitution semble avoir été introduite en droit international pour distinguer les traités établissant une institution (c'est-à-dire une entité juridique dotée d'organes propres) d'autres conventions internationales* »²³⁹⁷. Dans cette acception, le terme de « Constitution » « *est un synonyme de ce que l'article 5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités appelle les « traités constitutifs* » »²³⁹⁸. Il s'agirait donc d'un usage « innocent » de la grammaire constitutionnelle, qui permettrait toutefois de reconnaître certains pouvoirs interprétatifs aux juges, comme l'interprétation téléologique ou l'application de la doctrine des

²³⁹⁷ B. Fassbender, « The United Nations Charter as the Constitution of the International Community », *Colum. J. Transnat'l L.*, 36 (1998), p. 538.

²³⁹⁸ *Idem.*

pouvoirs implicites²³⁹⁹. Par ailleurs, les approches constitutionnelles des traités constitutifs dotent les organisations internationales concernées d'une propriété symbolique : l'attribut « *d'une plus haute forme d'unité politique dans la sphère internationale* »²⁴⁰⁰.

864. Cela étant, il convient de distinguer ces usages, qui relèvent donc d'une conception constitutionnelle de certains traités, des théories du constitutionnalisme à l'échelle universelle - et non plus seulement à l'échelle d'une organisation internationale déterminée.

865. Comme nous l'avons vu précédemment²⁴⁰¹, Georges Scelle défend la thèse selon laquelle toutes les collectivités intersociales, y compris la « *communauté universelle du Droit des gens* », reposent « *sur un ensemble de règles constitutives essentielles à leur existence, à leur durée, à leur progrès* ». Il en déduit que « *une constitution au sens large, mais au sens juridique, ne s'en révèle pas moins* »²⁴⁰².

866. L'internationaliste viennois Alfred Verdross, disciple de Kelsen, envisage également l'hypothèse d'une Constitution à l'échelle universelle en s'inscrivant dans une approche moniste. Dans un ouvrage précurseur intitulé *La Constitution de la Communauté des Etats du droit international* et publié en 1926, Verdross avance l'une de ses grandes thèses : il existe une Communauté internationale organisée autour d'une Constitution qui comprend « *les principes fondamentaux du droit international déterminant ses sujets, ses sources et son exécution, ainsi que la compétence attribuée à l'État* »²⁴⁰³. Cinquante ans plus tard, en 1976, Verdross postule le caractère constitutionnel de la Charte des Nations Unies. Selon lui, « *depuis que l'ONU regroupe la quasi-totalité des États et que les quelques États qui restent en dehors ont reconnu ses principes fondamentaux, la Charte des Nations unies a acquis le rang de Constitution de la communauté internationale des États* »²⁴⁰⁴.

²³⁹⁹ *Ibid*, p. 540. Nous avons vu dans le chapitre précédent que la Cour de justice des Communautés européennes a mise en œuvre ces ressources pour imposer la primauté et l'effet direct du droit communautaire.

²⁴⁰⁰ *Idem*.

²⁴⁰¹ Cf. *supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 2, Sect. 2, §1.

²⁴⁰² G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, *Op. cit.*, p. 7.

²⁴⁰³ B. Fassbender, « The United Nations Charter as the Constitution of the International Community », *Op. cit.*, p. 541.

²⁴⁰⁴ A. Verdross et B. Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, Duncker & Humblot, Berlin, 1984, p. VII. Cité par *Ibid*, p. 542.

867. Le retour en grâce actuel de ces théories internationalistes, qui relèvent du cosmopolitisme juridique et du monisme, requiert avant tout de préciser la distinction entre l'« international » et le « global ». L'emploi de l'un ou l'autre de ces termes semble indifférent²⁴⁰⁵ mais l'étymologie traduit une distinction importante. Le terme « international » se réfère, comme nous l'avons déjà remarqué, aux rapports qui s'établissent entre plusieurs Etats-nations. Il répond donc à une logique stato- centrée selon laquelle le droit qui se déploie à une échelle extra-étatique n'est pas réputé être complètement détaché de la volonté des Etats. En ce sens, l'existence du droit international est considérée comme une preuve de la souveraineté des Etats qui participent à son édicition et à son exécution. Aussi, la logique internationale est non seulement compatible avec la logique de la souveraineté mais elle reste fondée sur cette dernière. Autrement dit, il ne pourrait pas y avoir de droit et de système international sans Etats souverains.

868. En revanche, le terme « global » fait abstraction de toute référence à l'Etat. Le constitutionnalisme global renverrait ainsi à une forme de constitutionnalisme qui dépasse les Etats, insistant sur l'idée selon laquelle « *les Etats ne sont plus entièrement libres de leurs mouvements, mais sont désormais soumis à un cadre normatif* »²⁴⁰⁶. En ce sens, l'hypothèse d'un constitutionnalisme global pourrait avoir des vertus compensatrices : il s'agirait de « compenser »²⁴⁰⁷ l'érosion de l'Etat dans la globalisation, dès lors que « *les Constitutions des États ne peuvent plus réglementer l'ensemble de la gouvernance de manière exhaustive, et la prétention initiale des constitutions des États à former un ordre fondamental complet est ainsi mise en échec* »²⁴⁰⁸.

869. Aussi, nonobstant leur diversité, les théories du constitutionnalisme global ambitionnent de refonder le constitutionnalisme dans un contexte de « *perte de foi dans la souveraineté étatique comme principe originel suffisant et indispensable* »²⁴⁰⁹. Elles partagent toutes un même point de

²⁴⁰⁵ Thomas Hochmann évoque une « *formulation voisine* » (T. Hochmann, « Le constitutionnalisme global », *Op. cit.*, p. 885).

²⁴⁰⁶ *Ibid*, p. 886.

²⁴⁰⁷ Le mot est littéralement tiré des travaux d'Anne Peters autour du « compensatory constitutionalism » : « Compensatory Constitutionalism : The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures », *Op. cit.*, p. 579-610.

²⁴⁰⁸ « Compensatory Constitutionalism : The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures », *Op. cit.*, p. 580.

²⁴⁰⁹ A. Peters, « Le constitutionnalisme global : Crise ou consolidation ? », in *JP*, n°19 (Constitutionnalisme global),

départ : l'Etat n'est pas (ou plus) au centre de l'univers juridique et, partant, son aptitude à réguler les domaines matériellement constitutionnels²⁴¹⁰ est compromise dans un environnement globalisé. En effet, les doctrines du constitutionnalisme global se fondent sur la conviction selon laquelle « l'idée ancienne d'une constitution internationale de la communauté juridique internationale mérite d'être reconsidérée à la lumière de la globalisation »²⁴¹¹. Elles tâchent de montrer « l'évolution d'un ordre international basé sur quelques principes organisateurs comme la souveraineté étatique, l'intégrité territoriale et le consensualisme, vers un ordre juridique international qui reconnaît, qui s'est approprié et – c'est ce qui est important – qui a modifié les principes, institutions et procédures du constitutionnalisme classique »²⁴¹². En définitive, ces théories visent à mettre en évidence un processus de constitutionnalisation de l'ordre public international autour du *Rule of law*, des droits de l'homme et de la démocratie (ce qu'Anne Peters appelle la « trinité constitutionnaliste »²⁴¹³) (§1).

Parallèlement, l'« interconnexion croissante entre les choses qui adviennent dans le monde »²⁴¹⁴ aurait également un impact sur l'existence et les modalités de mise en œuvre de la puissance privée, favorisant ce qui est parfois conçu comme l'émergence de pôles de pouvoir privé et transnational surplombant les nations²⁴¹⁵. Cela alimenterait un mouvement de fragmentation de la société mondiale à contre-courant de l'idéal du constitutionnalisme global. Face à cette situation, certaines théories visent à penser la constitutionnalisation de sphères privées dans un cadre transnational irréductiblement pluriel²⁴¹⁶ et sans cesse conflictuel²⁴¹⁷. De ce point de vue, la fragmentation de la société mondiale n'est pas un phénomène à supprimer par principe. L'examen

²⁴¹⁰ La répartition des fonctions normatives, la protection des droits de l'homme et de l'environnement, la mise en œuvre du principe d'Etat de droit...

²⁴¹¹ « the old idea of an international constitution of the international legal community1 deserves reconsideration in the light of globalization ». A. Peters, « Compensatory Constitutionnalism : The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures », *LJIL*, n°19, Issue 3, 2006, p. 579.

²⁴¹² A. Peters, « Le constitutionnalisme global : Crise ou consolidation ? », *Op. cit.* p. 61.

²⁴¹³ *Ibid*, p. 60.

²⁴¹⁴ Définition de la globalisation selon David Goldman. Cité par J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, *Op. cit.*, p. 17.

²⁴¹⁵ En ce sens, le politiste Thomas Guénolé, qui a forgé la conception de « mondialisation malheureuse », observe dans son ouvrage sur les souverainismes la naissance, au XXI^e siècle, d'un «souverainisme économique» qui « caractérise une opposition à la mondialisation et aux organisations économiques supranationales, dont la zone euro ». Th. Guénolé, *Le souverainisme*, PUF (Coll. QSJ?), Paris, 2022, p. 71.

²⁴¹⁶ G. Teubner, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, *Op. cit.*, p. 47.

²⁴¹⁷ *Ibid*, p. 245 et s.

des théories postulant la constitutionnalisation de sphères privées extra-étatiques sera donc abordé dans un second temps (§2).

§ 1. La constitutionnalisation de l'ordre public international

870. Les approches théoriques contemporaines qui postulent l'existence d'un constitutionnalisme à l'échelle globale sont nombreuses et diverses. Selon Véronique Champeil-Desplats, elles peuvent s'inscrire soit dans la logique générale du pluralisme constitutionnel²⁴¹⁸, soit dans l'entreprise consistant à penser un constitutionnalisme global cohérent, unifié et doté d'une forme de centralisation²⁴¹⁹.

871. En revanche, Thomas Hochmann, que nous suivons sur ce point, ne range pas ces deux approches dans la même catégorie. Pour cet auteur, les théories du constitutionnalisme global, d'une part, et les théories du pluralisme constitutionnel ou du « constitutionnalisme multiniveaux », d'autre part, doivent être considérées séparément. En effet, les théories pluralistes s'intéresseraient davantage à la détermination des spécificités de chaque ensemble constitutionnel ainsi qu'aux modalités de leur articulation harmonieuse. En ce sens, elles rejettent la perspective d'une intégration, d'une unité constitutionnelle universelle. Les théories du constitutionnalisme global, d'un autre côté, partent du postulat que, contrairement à ce que défend la vision pluraliste, le droit international organisé autour du système des Nations Unies a progressivement acquis la légitimité et l'aptitude à compenser les déséquilibres provoqués par le retrait de l'Etat dans le cadre de la globalisation.

872. De ce point de vue, le constitutionnalisme global apparaît comme un « constitutionnalisme compensatoire ». Selon Anne Peters, le constitutionnalisme global désigne « *un mouvement intellectuel qui, d'une part (dans son analyse positive) relie ou reconstruit certains éléments du statu quo du droit international pour mettre en lumière les fragments constitutionnels contenus dans l'ordre juridique international – dans leur interaction avec le droit national – comme reflétant*

²⁴¹⁸ Il s'agit de s'intéresser à l'émergence d'une diversité d'ensembles normatifs extra-étatiques à vocation

constitutionnelle, chacun assurant un degré de protection des droits de l'homme complémentaire des autres (cf. *supra*. Chap. précédent).

²⁴¹⁹ V. V. Champeil-Desplats, « Constitutionalization outside of the State? A constitutionalist's point of view », in A. Lyon-Caen, J.-Ph. Robé et S. Vernac, *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, Routledge (Coll. Globalisation, Law and Policy) Londres, 2016, p. 166.

*des principes constitutionnalistes complémentaires, notamment l'autorité de la loi (rule of law), les droits de l'Homme et la démocratie (la « trinité constitutionnaliste »). La contribution normative est l'emploi de ces principes constitutionnalistes comme points de référence pour la critique du droit international en vigueur, et pour fournir des arguments pour développer le droit international et les institutions de la gouvernance mondiale dans une direction plus constitutionnaliste »*²⁴²⁰. En somme, alors que les approches qui postulent un pluralisme constitutionnel « *entendent examiner la répartition des fonctions constitutionnelles entre différents acteurs nationaux et supranationaux* », le constitutionnalisme global viserait à penser « *un système global davantage intégré* »²⁴²¹.

873. Les théories du constitutionnalisme global viseraient donc à apporter une réponse aux limites des approches stato-nationales dans l'appréhension des problèmes globaux (I). C'est d'ailleurs pour cela que les théories du constitutionnalisme global ne sont pas nécessairement et seulement descriptives. Elles sont indissociables d'une démarche prescriptive²⁴²² d'amélioration de l'état de la gouvernance globale, ce qui constitue leur principale ambiguïté (II).

I. Une solution aux problèmes globaux

874. L'hypothèse du constitutionnalisme global, qui projette la « trinité constitutionnaliste » dans l'ordre juridique international afin de « compenser » les effets de la globalisation, repose sur une approche unitaire du droit international. Dans un contexte d'affaiblissement de l'Etat, il vise à renforcer la protection des intérêts d'un sujet supranational par excellence : l'humanité. Celle-ci se trouve en effet au coeur des théories du constitutionnalisme global. Bien que le droit international se soit saisi du concept d'humanité²⁴²³, celui-ci demeure un concept « *subversif* » car « *il menace l'Etat dans sa souveraineté* »²⁴²⁴. Ce faisant, le concept d'humanité est de nature à provoquer une transformation du droit international. Ce dernier serait né comme un droit de la coexistence avant de devenir un droit de la coopération et, avec l'introduction de la notion d'humanité, il pourrait se

²⁴²⁰ A. Peters, « Le constitutionnalisme global : Crise ou consolidation ? », *Op. cit.*, p. 60.

²⁴²¹ T. Hochmann, « Le constitutionnalisme global », *Op. cit.*, p. 886.

²⁴²² Nous verrons à la suite que cette ambiguïté des discours théoriques sur le constitutionnalisme global est source d'interrogations. Cf. *Infra*. II.

²⁴²³ V. l'étude de Catherine Le Bris à ce sujet : *L'humanité saisie par le droit international public*, LGDJ (Coll. Bibliothèque de droit international et communautaire), Paris, 2012.

²⁴²⁴ *Ibid*, p. 47.

transformer en un droit de la solidarité²⁴²⁵. Comme l'indique P.-M. Dupuy, « *l'humanité n'est invoquée que pour faire face à des problèmes par définitions planétaires* »²⁴²⁶. Or, « à cet englobant suprême, correspond alors logiquement une centralisation des décisions »²⁴²⁷. Partant, « au caractère intégrateur de la notion correspondrait ainsi logiquement une concentration du pouvoir entre les mains d'une organisation, centralisant le contrôle de la légalité des actions des Etats, à la fois comme membres de cette institution et comme mandataires des droits de l'humanité »²⁴²⁸. Au demeurant, si l'hypothèse du constitutionnalisme global n'implique pas l'émergence d'un gouvernement mondial, il n'envisage pas moins l'ordre public international sous un prisme hiérarchique et unitaire (A) aux fins de promouvoir la sauvegarde des intérêts de l'humanité (B).

A. Une approche hiérarchique et unitaire de l'ordre public international

875. Le premier auteur à explorer, au travers d'une approche moniste, l'hypothèse d'une constitutionnalisation de l'ordre public international est l'Autrichien Alfred Verdross²⁴²⁹. Comme nous l'avons mentionné, celui-ci travaillait dès 1926 sur l'hypothèse d'une Constitution matérielle universelle à partir des principes fondamentaux du droit international. Avec l'adoption de la Charte de San Francisco, la Communauté internationale fut réputée s'être dotée d'une Constitution dans un sens formel²⁴³⁰. Selon Verdross, celle-ci n'était, cependant, que « *quasi-universelle* » car elle s'inscrivait dans le cadre général du droit international²⁴³¹. Ce n'est qu'à partir de 1976, dans une nouvelle édition de son traité de « *droit international universel* » co-écrit avec Bruno Simma, que Verdross affirme « *que le droit constitutionnel de la communauté universelle est incorporé dans la Charte des Nations Unies* »²⁴³² dès lors que l'ensemble des Etats du monde ont reconnu les

²⁴²⁵ P.-M. Dupuy, « Humanité, Communauté et efficacité du droit », in *Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy*, Ed. A. Pedone, Paris, 1991, p. 146.

²⁴²⁶ *Idem.*

²⁴²⁷ *Ibid*, p. 147.

²⁴²⁸ *Idem.*

²⁴²⁹ Cf. son ouvrage *La Constitution de la Communauté des Etats du droit international*, *Op. cit.* V. les explications de B. Simma, « La Charte des Nations Unies et le *jus cogens* » in R. Chemain et A. Pellet (sous la dir. de), *La Charte des Nations Unies, une Constitution mondiale ?*, Ed. Pédone (Coll. Cahiers internationaux, n°20), Paris, 2006, p. 207. V. aussi B. Fassbender, « The United Nations Charter as the Constitution of the International Community », *Op. cit.*, p. 541 et s.

²⁴³⁰ B. Fassbender, « The United Nations Charter as the Constitution of the International Community », *Op. cit.*, p. 542.

²⁴³¹ *Idem.*

²⁴³² *Idem.*

principes qu'elle consacre. C'est ainsi qu'il convient, selon lui, de prendre la Charte comme point de départ pour expliquer le droit international²⁴³³.

876. Cette approche moniste ou unitaire du constitutionnalisme global a fait l'objet d'un engouement considérable en Allemagne. En effet, selon Armin von Bogdandy, le début de la Guerre froide et de l'affrontement entre le bloc « occidental » et le bloc soviétique entraîna trois positionnements doctrinaux différents en Europe en matière de relations internationales²⁴³⁴. Le premier point de vue, influent au sein de la doctrine britannique, « *est que les nations européennes devraient suivre la superpuissance la plus proche de leurs intérêts et de leurs convictions* »²⁴³⁵, c'est-à-dire les Etats-Unis. Le *Brexit*, le projet d'une « *global Britain* » et le récent accord militaire «*Aukus*»²⁴³⁶ font aujourd'hui écho à cette vision stratégique britannique. La deuxième perspective se distingue de la première en ce qu'elle préconise « *la construction d'une Europe unifiée, comparable aux autres puissances mondiales* »²⁴³⁷. Elle traduit « *la vision d'un monde multipolaire* »²⁴³⁸, dans lequel l'Europe doit prendre sa place en développant une autonomie stratégique parfois qualifiée de « *souveraineté européenne* ». La troisième orientation, entretenue par la doctrine internationaliste allemande²⁴³⁹, correspond à une conception « *constitutionnelle* » du droit international. Cette dernière « *s'efforce de créer une communauté juridique mondiale qui encadre et oriente le pouvoir politique à la lumière de valeurs communes et d'un bien commun* »²⁴⁴⁰. Elle est notamment incarnée par Hermann Mosler et Christian Tomuschat. Cette perspective a surtout gagné en visibilité à la fin de la Guerre froide. La victoire du bloc occidental et l'effondrement de l'Union soviétique ont pu être interprétées comme une victoire des normes et des valeurs occidentales qui auraient dès lors vocation à devenir des normes et des valeurs universelles.

²⁴³³ *Idem.*

²⁴³⁴ A. von Bogdandy, « Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany », *Harvard Int'l L. J.*, 47 (1), 2006, p. 223.

²⁴³⁵ « *The first vision is that European nations should follow the superpower most closely aligned with their own interests and convictions* ». *Idem.*

²⁴³⁶ Acronyme de l'anglais pour « Australia », « United Kingdom » et « United States ». Il s'agit d'une alliance militaire visant à contenir l'expansion chinoise dans la région indo-pacifique.

²⁴³⁷ « *The building of a unified Europe that is equal to other global powers* ». A. von Bogdandy, « Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany », *Op. cit.*, p. 223..

²⁴³⁸ *Idem.*

²⁴³⁹ A. von Bogdandy cite Hermann Mosler, Wilhelm Wengler et Christian Tomuschat. *Ibid*, p. 224.

²⁴⁴⁰ « *Striving for a global legal community that frames and directs political power in light of common values and a common good* ». *Idem.*

877. Le « constitutionnalisme global » est, aussi, fortement influencé par le cosmopolitisme d'inspiration kantienne. Jürgen Habermas en est l'un des représentants contemporains les plus importants. Il conçoit la Charte des Nations Unies comme le fondement d'un ordre constitutionnel dans lequel les Etats ne sont plus compris comme des sujets souverains mais, « *avec leurs citoyens, comme des parties constitutives d'une société mondiale politiquement constitutionnalisée* »²⁴⁴¹. Habermas, qui n'est pas juriste, inspire en particulier des travaux de l'internationaliste allemand Bardo Fassbender.

878. Ce dernier explore, depuis la fin des années 1990, le caractère constitutionnel de la Charte des Nations Unies²⁴⁴². Fassbender établit ce dernier en développant surtout trois arguments. Le premier concerne l'interprétation du terme de « Charte » et la volonté de ses rédacteurs. Ces derniers auraient choisi la forme conventionnelle pour établir ce document car il s'agissait de la seule forme disponible mais, au-delà de ce critère formel, le nom de « Charte »²⁴⁴³ ainsi que le Préambule²⁴⁴⁴ témoigneraient d'une volonté proprement constituante. Le deuxième argument s'intéresse à la portée de l'article 103 de la Charte, qui stipule que « *en cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront* ». Selon Bardo Fassbender, cette stipulation pose une clause de primauté de la Charte sur l'ensemble des règles de droit international qui élève cette dernière à un rang suprême, c'est-à-dire, selon lui, constitutionnel. Enfin, le troisième argument s'attache à démontrer le caractère contraignant de la Charte pour les rares Etats qui ne sont pas membres de l'Organisation²⁴⁴⁵, comme le démontrerait la pratique du Conseil de sécurité d'adresser ses résolutions à « tous les Etats » (sous-entendant « tous les Etats du monde »)²⁴⁴⁶. Au-

²⁴⁴¹ Cité par G. Teubner, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, *Op. cit.*, p. 94.

²⁴⁴² D'abord dans un article suscité publié en 1998 (B. Fassbender, «The United Nations Charter as the Constitution of the International Community», *Op. cit.*) puis dans un ouvrage éponyme qui approfondit son analyse publié en 2009 (*The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Martinus Nijhoff, Leiden (Pays-Bas), 2009).

²⁴⁴³ Ce terme serait repris de textes constitutionnels, notamment français ou anglais (la *Magna Carta*). Cf. B.

Fassbender, « The United Nations Charter as the Constitution of the International Community », *Op. cit.*, p. 89).

²⁴⁴⁴ Celui-ci débute par la phrase «*Nous, peuples des Nations Unies, résolu...*» calquée sur le célèbre « *We, the People* » adoptée par les rédacteurs de la Constitution américaine.

²⁴⁴⁵ Le Saint-Siège, l'Etat de Palestine, Taïwan.

²⁴⁴⁶ B. Fassbender, « The United Nations Charter as the Constitution of the International Community », *Op. cit.*, p. 594.

delà du système des Nations Unies, la Charte serait donc bien un document à portée *pleinement* universelle.

879. Par ailleurs, dans le prolongement de Verdross, la Communauté internationale à laquelle s'adresserait la Charte ne devrait pas seulement être conçue comme une communauté d'Etats souverains. Elle engloberait, au contraire, une diversité d'acteurs internationaux, dont les individus, les firmes multinationales, les organisations issues d'une société civile globale, etc²⁴⁴⁷. Il s'agirait donc de placer l'humanité et la défense de ses intérêts au centre du droit.

B. L'humanité, concept au coeur du constitutionnalisme global

880. Dès 1991, Pierre-Marie Dupuy estimait que, bien qu'encore récente et à l'avenir toujours incertain, la notion d'humanité « *sera vraisemblablement pérenne parce que son apparition correspond à la prise de conscience, encore balbutiante, mais chaque jour plus nette dans la mentalité des gouvernants, que l'irréversible clôture de leur planète a déjà conduit l'interdépendance universelle aux portes d'un âge nouveau* »²⁴⁴⁸. Autrement dit, « *d'un droit applicable entre les nations il devient nécessaire de passer à un droit pour l'humanité* »²⁴⁴⁹. Dès lors, un ordre public international dominé par les Etats souverains semble, de ce point de vue, incompatible avec la prise en compte de l'humanité à l'échelle globale. Cela s'explique par le fait que, selon Catherine Le Bris, « *les Etats développent des stratégies normatives ayant pour finalité, soit d'entraver la réalisation du concept d'humanité, soit, à l'inverse, de le « récupérer » de manière à ce qu'il conforte les intérêts souverains* »²⁴⁵⁰.

881. Il est possible de rapprocher le concept d'humanité de celui de communauté internationale, sur laquelle nous nous sommes attardés précédemment²⁴⁵¹. En effet, comme le note P.-M. Dupuy, les deux concepts « *renvoient à une totalité, intéressant tous les Etats, [...] marquent l'affirmation de*

²⁴⁴⁷ Néanmoins, si Habermas suggère que les États et leurs citoyens doivent être considérés comme les « piliers constitutionnels » d'une société mondiale (cf. J. Klabbers, « Book Review : Bardo Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2009) 215 & xi pp », *International Organizations Law Review*, 6 (2009), p. 672, note 9), Fassbender n'insiste pas sur ce point.

²⁴⁴⁸ P.-M. Dupuy, « Humanité, Communauté et efficacité du droit », *Op. cit.* p. 133.

²⁴⁴⁹ C. Le Bris, *L'humanité saisie par le droit international public*, *Op. cit.*, p. 62.

²⁴⁵⁰ *Idem.*

²⁴⁵¹ Cf. *supra*. Titre 1, Chap. 1, Sect. 2, §1, I.

droits qui, pour être possédés par chacun, ne sont propres à personne » et « ils scellent le recul de la conception subjective et individualiste du droit international classique »²⁴⁵². Cependant, l'humanité « dépasse la communauté dans cette dynamique de dépassement des droits ». Si la notion de communauté « restait rivée aux Etats, entre lesquels elle marque le stade ultime de la coopération solidaire », elle n'a pas « l'unité de la notion d'humanité, pas plus qu'elle n'est désignée, à la différence de cette dernière, comme le possesseur exclusif de certains droits »²⁴⁵³. Ainsi, si le concept de communauté internationale demeure attaché à la logique d'un droit de la coopération marquant une solidarité entre Etats, celui d'humanité va au-delà, consacrant un rapport vertical : « les droits de l'humanité se situent, par essence, au-dessus des droits étatiques, leur bonne mise en œuvre implique une subordination des Etats »²⁴⁵⁴.

882. Partant, la reconnaissance juridique du concept d'humanité aurait non seulement un effet sur le droit international mais également sur le droit des Etats. Ainsi, « les droits étatiques sont remis en cause par le concept d'humanité : à la non-ingérence et à la non-intervention sont opposés l'ingérence humanitaire ou le principe de compétence pénale universelle ; contre les immunités étatiques, on invoque la nécessité de réprimer les crimes commis contre l'humanité ; les considérations d'humanité, pour leur part, contribuent à éclipser les nécessités militaires ; quant au consensualisme qui domine les traités, il semble dépassé par l'existence de normes à caractère impératif, fondamentales pour l'humanité»²⁴⁵⁵.

883. Comme le note Pierre-Marie Dupuy, « l'humanité fait éclater les cadres spatiaux et temporels dans lesquels s'étaient jusqu'ici pensé les rapports juridiques internationaux. Par définition englobante, elle couvre non seulement les Etats mais leurs ressortissants, non pas, d'ailleurs, perçus comme tels, mais parce qu'ils constituent les composantes de base de cette humanité »²⁴⁵⁶. Par exemple, « l'apparition de l'humanité dans le champ du droit international renforce la tendance à l'extension des normes dont l'application échappe à la condition de réciprocité ». Ceci justifie « la relation directe entre droits de l'homme et droits de l'humanité »²⁴⁵⁷. Par exemple,

²⁴⁵² C. Le Bris, *L'humanité saisie par le droit international public*, Op. cit., 138.

²⁴⁵³ Idem.

²⁴⁵⁴ C. Le Bris, *L'humanité saisie par le droit international public*, Op. cit., p. 62.

²⁴⁵⁵ Idem.

²⁴⁵⁶ P.-M. Dupuy, « Humanité, Communauté et efficacité du droit », Op. cit., p. 136.

²⁴⁵⁷ Idem.

Mario Bettati considère que l'assistance humanitaire pourrait être envisagée comme une créance de l'individu dont l'humanité (individus, ONG, organisations internationales, organisations intergouvernementales et Etats...) peut être le débiteur indifférencié²⁴⁵⁸.

884. Ce statut particulier dont sont revêtues les règles relatives aux droits de l'homme favorise leur conception constitutionnaliste. Comme nous l'avons vu, ces dernières disposent d'un caractère objectif, qui signifie que « *ces droits ne sont pas attribués aux individus par le biais d'un statut juridique particulier révocable mais qu'ils sont attachés par principe à la seule qualité de personne humaine (ou, dans certains cas, à l'appartenance à un groupe défini)* »²⁴⁵⁹. Ainsi, l'objectivité du droit international des droits de l'homme doterait ce dernier d'une immédiateté en droit interne susceptible de l'assimiler à un droit international supra-constitutionnel.

885. Par conséquent, le principe du respect des droits de l'homme ferait partie des principes fondamentaux de la Constitution internationale²⁴⁶⁰. Olivier de Frouville considère, en effet, que la souveraineté étatique trouve dans l'impératif du respect des droits de l'homme « *un cadre normatif qui non seulement limite l'autonomie de l'Etat mais est même susceptible de la conditionner, comme cherche à le faire le concept de la « responsabilité de protéger* » »²⁴⁶¹.

886. Pour reprendre la formule de Slim Laghmani, « *la souveraineté n'est plus l'alpha et l'oméga du droit international* » mais c'est, comme le défend Anne Peters, l'humanité qui devient l'alpha et l'oméga de la souveraineté²⁴⁶². Selon Anne Peters, « *on peut difficilement nier que l'ordre juridique international soit en train de passer d'un ordre fondé sur la « souveraineté westphalienne* » (conçue comme une carte blanche aux gouvernements nationaux pour organiser leurs structures juridiques et politiques internes sans aucune interférence extérieure) à un ordre mondial « hybride » ou « dualiste », fondé sur une souveraineté (modifiée) des États et sur l'autonomie ou l'autodétermination de l'individu. Le principe de la souveraineté de l'État n'est plus la source

²⁴⁵⁸ M. Bettati, « Souveraineté et assistance humanitaire », in *Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy*, Op. cit., p. 36.

²⁴⁵⁹ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Op. cit., p. 50.

²⁴⁶⁰ O. de Frouville, « Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international », in S. Hennette-Vauchez et J.-M. Sorel (sous la dir. de), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Bruylant (Coll. Colloques), Bruxelles, 2011, p. 204.

²⁴⁶¹ *Ibid*, p. 205.

²⁴⁶² A. Peters, « L'humanité, l' α et l' Ω de la souveraineté », Op. cit., p. 109-153.

exclusive de légitimité des normes internationales (et est, d'un point de vue normatif, de plus en plus contesté comme un facteur de légitimation en soi) »²⁴⁶³.

887. C'est ainsi que naîtrait un «nouveau concept de souveraineté en tant que responsabilité de protéger»²⁴⁶⁴ qui « imprègne la souveraineté internationale d'éléments de souveraineté interne parce qu'elle conditionne la non-intervention (conséquence ou corollaire de la souveraineté internationale) à la capacité d'assumer correctement les fonctions internes d'un Etat souverain et postule la responsabilité de ce dernier à l'égard de sa population »²⁴⁶⁵. Comme le suggère Slim Laghmani, l'horizon ouvert par l'internationalisation des droits de l'homme est celui d'un ordre international dans lequel « l'Etat n'est plus une fin en soi ». Quant à la souveraineté, elle devient « une responsabilité, la responsabilité de protéger, de protéger les peuples et les individus qui les composent »²⁴⁶⁶. Aussi, la reconnaissance de l'humanité comme fondement du constitutionnalisme global a vocation à affecter d'autres domaines comme, notamment, la protection de l'environnement²⁴⁶⁷ ou le droit de la mer²⁴⁶⁸.

888. Ainsi, si l'hypothèse d'un droit constitutionnel global est ancienne, il est certain qu'elle a été rendue actuelle par l'effet de la globalisation, comme accélérateur de menaces globales mais aussi comme aliment de différentes formes de solidarité à l'échelle du globe. La théorisation de cette solidarité passe par la « dénationalisation » de certains concepts de la pensée politique : la «communauté» humaine de référence est désormais globale. Il convient de souligner qu'il ne s'agit pas là d'une perception purement occidentale, comme en témoigne, par exemple, l'expression récente de « communauté de destin pour l'humanité », introduite en 2018 dans le douzième alinéa du Préambule de la Constitution chinoise²⁴⁶⁹. Celle-ci est un concept politique introduit dans le droit constitutionnel national chinois qui vise, toutefois, à traduire une vision concernant l'action de la République populaire sur la scène internationale.

²⁴⁶³ « Compensatory Constitutionnalism : The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures », *Op. cit.*, p. 587.

²⁴⁶⁴ Nous avons évoqué ce principe (R2P pour son acronyme en anglais) précédemment (cf. *supra*. Titre 1, Chap. 1).

²⁴⁶⁵ A. Peters, « L'humanité, l' α et l' Ω de la souveraineté », *Op. cit.*, p. 113.

²⁴⁶⁶ S. Laghmani, « Le *jus cogens* et la cohérence de l'ordre juridique international », *Op. cit.*, p. 76.

²⁴⁶⁷ V. L. Maertens, « Climatizing the UN Security Council », *Op. cit.*

²⁴⁶⁸ Cf. P.-M. Dupuy, « Humanité, Communauté et efficacité du droit », *Op. cit.*, p. 146 et s.

²⁴⁶⁹ «La Chine [...] promeut la construction d'une communauté de destin pour l'humanité ».

889. Ces approches qui conduisent à extraire la théorie du droit constitutionnel de sa gangue étatique en transposant ses concepts au droit international se heurtent néanmoins à des obstacles sur le plan du droit positif ainsi que sur le plan théorique.

II. Les obstacles à l'hypothèse théorique d'un droit constitutionnel à l'échelle globale

890. Les approches qui visent à théoriser le droit international au travers de la grammaire constitutionnelle doivent faire face à des difficultés de différente nature.

891. D'une part, il existe des difficultés relatives à l'adéquation entre ces théories et le droit international positif. La pertinence des théories monistes du constitutionnalisme global²⁴⁷⁰ est remise en cause par la tendance du droit international positif à sa fragmentation et sa spécialisation. En effet, la constitution d'« ordres internationaux partiels » pourrait faire obstacle à la centralisation et à la hiérarchisation du droit international à partir de règles et de valeurs communes.

892. D'autre part, il existe des difficultés de nature théorique, liées à l'usage (et à l'abus) de la grammaire constitutionnelle pour qualifier le droit international. En effet, ce dernier risque de conduire à une banalisation du constitutionnalisme et, *in fine*, à une érosion de sa valeur heuristique²⁴⁷¹. Dès lors que l'extension du constitutionnalisme à la sphère internationale escamote le rapport entre souveraineté et droit constitutionnel, le constitutionnalisme est réduit à son aspect pratique, sans le relier à une forme de légitimité autre que celle, substantielle, de la sauvegarde de valeurs universelles. En l'absence d'une communauté politique mondiale, pour le moment purement virtuelle, le droit constitutionnel extra-étatique ne peut apparaître autrement que comme un ensemble de règles et de valeurs librement consenties par les Etats, dont le respect est donc soumis, *in fine*, aux vicissitudes des relations internationales.

²⁴⁷⁰ Qui reposent sur l'aptitude du droit international à structurer une société internationale émergente autour d'objectifs comme la sauvegarde des droits de l'homme.

²⁴⁷¹ Cf. le point de vue défendu par V. Champeil-Desplats dans « Constitutionalization outside the State? A constitutionalist's point of view », *Op. cit.*, que nous développerons à la suite.

893. Nous étudierons donc d'abord sur les obstacles que le phénomène de fragmentation du droit international positif représente pour les théories du constitutionnalisme global (A) pour ensuite nous intéresser aux limites d'ordre théorique inhérentes à l'extension de la grammaire constitutionnelle à la sphère globale (B)

A. L'hypothèse du droit constitutionnel global face à la fragmentation du droit international positif

894. Mireille Delmas-Marty note que « *au niveau mondial, le paradoxe est qu'en soixante ans, depuis la charte de San Francisco créant l'ONU, le projet d'ordre juridique mondial s'est à la fois enrichi et volatilisé. Le projet s'est enrichi avec l'adoption d'instruments ayant valeur juridique dans des domaines aussi divers que les droits de l'homme, le droit du commerce, de la santé, de l'environnement, etc. Mais il s'est aussi volatilisé, dès lors que ces instruments juridiques se fragmentent au hasard des stratégies nationales (et parfois régionales) des Etats ou transnationales des entreprises* »²⁴⁷². Cependant, la « volatilisation » du « projet d'ordre juridique mondial » n'est pas seulement le fait des « *usual suspects* » : l'égoïsme national (le « souverainisme de repli ») et la cupidité des entreprises transnationales. Elle est aussi le résultat de dynamiques propres au droit international, liées à son développement et à sa spécialisation exponentiels depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale.

895. Alors qu'elles n'étaient que quelques dizaines en 1939, les organisations internationales se comptent aujourd'hui par centaines - on en dénombrerait plus de 300²⁴⁷³. Jadis cantonnées à des fonctions de coordination dans des matières techniques²⁴⁷⁴, les organisations internationales se sont vu confier des compétences toujours plus importantes de production normative et de régulation dans des domaines comme les droits de l'homme, le commerce international, la finance ou la santé. Le

²⁴⁷² M. Delmas-Marty, « Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit. Cours: un pluralisme ordonné », *Collège de France*, p. 482.

²⁴⁷³ G. Guillaume, « L'unité du droit international public est-elle aujourd'hui en danger ? », *RIDC*, 2003, 55-1, p. 24.

²⁴⁷⁴ La gestion de la libre navigation sur le Rhin (à travers la vénérable Commission centrale pour la navigation sur le Rhin, fondée en 1815, qui demeure la plus ancienne organisation internationale toujours en activité), la coopération des systèmes postaux de par le monde (grâce à l'Union postale universelle, créée en 1874) ou le maintien d'un système international d'unités (Bureau international des poids et mesures, fondé en 1875).

fait supranational est apparu, comme nous l'avons montré avec l'exemple des Communautés européennes et du droit né de la Convention européenne des droits de l'homme²⁴⁷⁵.

896. Par ailleurs, les acteurs du système international se sont multipliés et diversifiés²⁴⁷⁶ bien au-delà des Etats et des organisations internationales, au point de peser sur « *les mécanismes d'élaboration et de mise en application des normes, ainsi qu'en témoignent plusieurs exemples récents dans les domaines du commerce international, du droit humanitaire, de la justice pénale internationale ou du droit de l'environnement* »²⁴⁷⁷. Enfin, l'expansion du droit international s'est accompagnée de mutations formelles. Le droit international est désormais « *pénétré de nouvelles matières souvent sous la forme d'un droit mou («soft law»)* se transformant progressivement en normes sanctionnées »²⁴⁷⁸.

897. Un résultat de ces évolutions est l'approfondissement de branches spécialisées du droit international. Comme l'indique Gilbert Guillaume, « *la prolifération des organisations internationales contribue à l'émergence d'ordres juridiques partiels, en particulier au niveau régional* »²⁴⁷⁹. Ce phénomène a notamment été permis par la mise en place de tribunaux internationaux qui sont devenus des organes de création normative majeurs et des régulateurs incontournables des ordres juridiques « internationaux partiels » dont ils relèvent.

898. Alors que la Cour permanente de Justice internationale, créée en 1920 et remplacée en 1945 par la Cour internationale de justice (CIJ), a été pendant longtemps la seule juridiction sur la scène internationale, cette solitude a disparu à partir des années 1950. Le premier jalon qui marque le développement de systèmes judiciaires régionaux est posé avec la création de la Cour européenne des droits de l'homme en 1950 puis de la Cour de justice des Communautés européennes en 1957. Ensuite, en 1979, la Cour interaméricaine des droits de l'homme est mise sur pied sur le fondement de la Convention américaine relative aux droits de l'homme. Le système judiciaire universel s'étoffe dans les années 1980 et 1990 avec l'établissement de juridictions spécialisées comme le Tribunal international du droit de la mer, qui entre en fonction en 1996, ou l'institution quasi-

²⁴⁷⁵ Cf. *supra*. Chap. précédent, Sect. 2.

²⁴⁷⁶ Acteurs publics (organisations internationales) et privés (ONG, entreprises multinationales, individus, *lobbies*...).

²⁴⁷⁷ G. Guillaume, « L'unité du droit international public est-elle aujourd'hui en danger ? », *Op. cit.*, p. 24.

²⁴⁷⁸ *Ibid*, p. 25.

²⁴⁷⁹ *Idem*.

juridictionnelle qu'incarne l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'Organisation mondiale du commerce, prévu par les accords de Marrakech de 1994. Enfin, le droit pénal international mérite une mention à part. Il a en effet connu un formidable développement à partir du début des années 1990, avec la mise en place de deux tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* (pour l'ex- Yougoslavie et pour le Rwanda) et trois tribunaux dits « mixtes », composés de juges nationaux épaulés par des juges internationaux sous l'égide de l'ONU (le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, les chambres spéciales au sein de tribunaux cambodgiens et le Tribunal spécial pour le Liban). Finalement, la création de la Cour pénale internationale en 2002 a permis d'institutionnaliser les progrès accomplis. Ce formidable développement du droit pénal international depuis la fin de la Guerre froide suggère, d'ailleurs, un glissement, qui place l'humanité au centre d'un mouvement de régénération du droit international.

899. Cependant, ces transformations peuvent également conduire à une remise en cause de la cohérence du droit international. Ce risque a notamment été pointé au début des années 2000 par deux présidents successifs de la Cour internationale de justice, l'étasunien Stephen M. Schwebel et le français Gilbert Guillaume. Dans son discours devant l'Assemblée générale des Nations Unies en 1999, le président Schwebel se félicite de la création de nouveaux tribunaux internationaux - parmi lesquels se trouvent les tribunaux pénaux *ad hoc*, les tribunaux régionaux compétents en matière de droits de l'homme ou l'Organe de règlement des différends (ORD) rattaché à l'OMC - mais il prévient contre le risque que cela « *produise un conflit substantiel entre eux, et l'éviscération du rôle de la Cour internationale de justice* »²⁴⁸⁰. En effet, dès lors que chaque ordre juridique international partiel est distinct, une juridiction spécialisée peut interpréter de manière indépendante une règle ou un principe de droit international, y compris dans un sens différent que celui adopté par la Cour internationale de justice.

900. Une telle issue est, en effet, rendue possible par l'importance des affaires qui sont tranchées à l'échelle régionale ou par des juridictions universelles spécialisées. Par exemple, la question susévoquée de la détermination du contenu du *jus cogens* a reçu des réponses pionnières de la part du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie²⁴⁸¹ (TPIY) ainsi que de la Cour

²⁴⁸⁰ « *It might produce substantial conflict among them, and evisceration of the docket of the International Court of Justice* ». Cité par M. Koskenniemi and P. Leino, « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties », *LJIL*, 15 (2002), p. 554.

²⁴⁸¹ TPIY, 10 déc. 1998, *Furundizja*, § 144 ; 10 nov. 1998, *Delacic et al.*, § 454 ; 22 févr. 2001, *Kunarac*, § 466.

interaméricaine des droits de l'homme²⁴⁸². Dans les deux cas, l'interdiction de la torture a été formellement reconnue comme une norme de *jus cogens*, ce qui en fait la seule norme de protection des droits de l'homme à avoir obtenu ce statut²⁴⁸³. Or la faculté de décider qu'une règle ou qu'un principe déterminé appartient au *jus cogens* apparaît comme une compétence d'une grande importance dans le cadre de la régulation du droit international public. Un autre exemple est fourni par l'affaire *Tadic* du TPIY, au cours de laquelle le Tribunal s'est écarté du critère du «contrôle effectif» que la Cour internationale de justice avait mobilisé dans l'affaire opposant le Nicaragua aux Etats-Unis en 1986²⁴⁸⁴ pour engager la responsabilité d'un Etat sur les actes de groupes militaires civils à l'étranger²⁴⁸⁵.

901. S'il est admis que des tribunaux régionaux ou internationaux spécialisés puissent exercer des compétence autonomes aussi importantes que l'interprétation des conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat ou la détermination des règles de *jus cogens*, il faut alors admettre le caractère polycentrique de la régulation de l'ordre juridique international. Mais, comme nous l'avons vu précédemment avec l'exemple de l'espace juridique européen²⁴⁸⁶, l'existence d'une pluralité de juridictions compétentes pour interpréter une même règle ou un même principe peut conduire à des conflits tant qu'il n'y a pas de hiérarchie entre elles. La solution proposée par le président Schwebel consiste ainsi, sans surprise, à développer un mécanisme de centralisation de l'interprétation du droit international au travers de la mise en place d'une forme de question préjudicielle au profit de la CIJ. Il estime que « *afin de réduire au minimum les risques d'interprétations contradictoires significatives du droit international, il pourrait être utile de permettre à d'autres tribunaux internationaux de demander des avis consultatifs à la Cour internationale de justice sur des questions de droit international qui se posent dans des affaires*

²⁴⁸² CIADH, 25 nov. 2000, *Bámaca Velasquez c/ Guatemala*, Série C, n°70, § 25.

²⁴⁸³ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *Op. cit.*, p. 75.

²⁴⁸⁴ CIJ, 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, Recueil 1986, p. 14.

²⁴⁸⁵ Cet exemple est notamment évoqué par Gilbert Guillaume dans son discours devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies en 2001 (cf. M. Koskeniemi and P. Leino, « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties », *Op. cit.*, p. 554).

²⁴⁸⁶ Cf. Chap. précédent, Sect. 2.

portées devant ces tribunaux et qui sont importantes pour l'unité du droit international »²⁴⁸⁷. En l'an 2000, le président Guillaume réitère la même inquiétude quant à un éventuel conflit d'interprétations qui serait source d'incertitude et exacerberait la fragmentation du droit international. Il considère que « *la prolifération des tribunaux internationaux peut mettre en péril l'unité du droit international et, par conséquent, son rôle dans les relations interétatiques* »²⁴⁸⁸. Il suggère la même solution que son prédécesseur : faire de la CIJ une sorte de Cour suprême internationale. Un tel dispositif n'est, cependant, pas encore entré en vigueur.

902. Par ailleurs, la prolifération des juridictions internationales favorise le « *forum shopping* »²⁴⁸⁹. Comme l'explique Gilbert Guillaume, « *l'existence de plusieurs fors pouvant se déclarer compétents pour connaître d'un différend déterminé permet aux parties — le plus souvent le demandeur agissant unilatéralement — de choisir le for qui leur convient le mieux. Le « forum shopping » peut sans doute créer une certaine émulation entre les tribunaux et stimuler leur imagination. Il n'en a pas moins des conséquences négatives. Le choix de la juridiction peut, par exemple, être motivé par le fait que la jurisprudence d'un tribunal déterminé se trouve être plus favorable à certaines doctrines, conceptions ou intérêts que celle d'une autre instance. Or, toute institution judiciaire évalue son importance — plus ou moins consciemment — en fonction de la fréquence avec laquelle elle est saisie. Certains tribunaux pourraient de ce fait être amenés à orienter leur jurisprudence en vue de développer leurs activités, au détriment d'une approche plus objective de la justice* »²⁴⁹⁰.

903. C'est ainsi que la vocation moniste que revêt la théorie du constitutionnalisme global est mise à dure épreuve. La solution préconisée par les présidents Schwebel et Guillaume représente une issue logique mais inadaptée à la complexification et à la fragmentation qui s'est installée depuis plusieurs décennies. En effet, le droit international est, lui aussi, transformé par la globalisation.

²⁴⁸⁷ « *in order to minimize such possibility as may occur of significant conflicting interpretations of international law, there might be virtue in enabling other international tribunals to request advisory opinions of the International Court of Justice on issues of international law that arise in cases before those tribunals that are of importance to the unity of international law* ». Cité par M. Koskeniemi and P. Leino, « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties », *Op. cit.*, p. 554.

²⁴⁸⁸ « *The proliferation of international courts may jeopardize the unity of international law and, as a consequence, its role in inter-State relations* ». Speech by H.E. Judge Gilbert Guillaume, President of the International Court of Justice, to the General Assembly of the United Nations, 30 October 2001, p. 7.

²⁴⁸⁹ Possibilité pour un justiciable de saisir, dans le cadre d'un litige, la juridiction la plus à même de trancher en sa faveur.

²⁴⁹⁰ G. Guillaume, « L'unité du droit international public est-elle aujourd'hui en danger ? », *Op. cit.*, p. 27.

Comme le soulignent Martti Koskenniemi et Päivi Leino, « *à la crise de la souveraineté intérieure correspond l'effondrement de l'image de l'ordre international comme une structure unique et hiérarchisée au sommet de laquelle les Nations Unies gouvernent un monde de souverains apprivoisés par le droit public et la diplomatie* »²⁴⁹¹. Les propos tenus par ceux qui déplorent le danger de la fragmentation du droit international traduirait une « *angoisse face aux incertitudes, conflits et paradoxes qui émaillent l'expérience de la mondialisation et l'état des relations sociales parfois appelé « postmodernité* » »²⁴⁹². Si l'usage du terme de « postmodernité » est galvaudé, alors qu'il fait référence initialement à une certaine manière de concevoir l'évolution des grands systèmes de pensée philosophique²⁴⁹³, il désigne ici la transformation des représentations que les théoriciens du droit international se font de leur objet. Les approches dualistes et monistes du droit international, c'est-à-dire les deux approches dominantes depuis le début du XXème siècle, seraient donc toutes deux confrontées à un nécessaire « *aggiornamento* ». Or si l'hypothèse d'un droit constitutionnel global a vocation à accompagner ce dernier, il n'en demeure pas moins qu'elle présente un certain nombre de limites théoriques.

B. Les limites théoriques à l'hypothèse du droit constitutionnel global

904. Les différentes approches du droit constitutionnel à l'échelle mondiale répondent à un besoin de (re)penser les règles et les modalités de gouvernance juridique et institutionnelle de la globalisation. En ce sens, elles apparaissent comme la manifestation d'un espoir face aux menaces provoquées par cette dernière.

905. De ce point de vue, la formule d'Anne Peters, le « constitutionnalisme compensatoire », est fort explicite. Cependant, ces théories présentent des limites de nature théorique. Une première question se pose concernant le statut des théories du constitutionnalisme global. En principe, en tant que théories juridiques, celles-ci ont vocation à articuler un discours descriptif sur le droit. Il est néanmoins possible d'observer une ambiguïté quant au niveau de langage dans lequel elles

²⁴⁹¹ « *The crisis of domestic sovereignty is paralleled by the collapse of the image of the international world as a single, hierarchical structure at the top of which the United Nations governs a world of tamed sovereigns through public law and diplomacy* ». M. Koskenniemi and P. Leino, « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties », *Op. cit.*, p. 557.

²⁴⁹² « *the anxiety about the uncertainties, conflicts and paradoxes that riddle the experience of globalisation and the state of social relations sometimes called « postmodernity »* Ibid, p. 556.

²⁴⁹³ Cf. J.-F. Lyotard, *La condition postmoderne*, Les Editions de Minuit (Coll. Critique), Paris, 1979.

s'inscrivent. Les théories du constitutionnalisme global ont-elles toujours pour objectif de décrire le droit international tel qu'il est ou se proposent-elles, au contraire, de le présenter tel qu'il devrait être ou tel qu'il le sera dans un avenir plus ou moins proche ? Autrement dit, ont-elles une portée descriptive, prescriptive ou prospective ? Dans la mesure où l'hypothèse du constitutionnalisme global vise à trouver une « sortie par le haut » aux défis posés par la globalisation, le choix de doter le droit international des oripeaux prestigieux du constitutionnalisme peut, en réalité, répondre à une volonté de légitimation plutôt qu'à une approche descriptive et neutre. Comme le montre Guillaume Tusseau, le développement du discours constitutionnel s'expliquerait car il est particulièrement congruent avec certaines formes d'activisme juridique, qu'elles proviennent de juges, d'organisations internationales, des Etats ou d'acteurs de la société civile²⁴⁹⁴. Dès lors, une seconde question s'ajoute à la première : quels effets entraîne la transposition de la grammaire constitutionnelle sur la théorisation du droit international ?

906. Comme nous l'avons montré, les approches afférentes au constitutionnalisme global visent à mettre en évidence certaines évolutions concrètes du droit international positif pour y déceler les signes de sa constitutionnalisation. Ce processus passerait, en particulier, par une reconnaissance de la place de l'individu et, plus largement, de l'humanité, qui deviendrait à la fois sujet et source de légitimité du droit international²⁴⁹⁵. Le droit international positif peut fournir, comme nous l'avons montré, des exemples qui vont dans ce sens, notamment depuis la fin de la Guerre froide et le développement historique du droit pénal international. Toutefois, si ces approches théoriques sont arrimées à des évolutions précises du droit international, elles ne sont pas moins marquées par une volonté prescriptive et une logique tautologique. En effet, il semble que la reconnaissance du caractère constitutionnel du droit international découle d'une prise de conscience relative à l'importance des règles et des principes susévoqués et de la nécessité morale de les sauvegarder à l'échelle planétaire. En d'autres termes, l'hypothèse du constitutionnalisme global a vocation à justifier l'existence d'un ordre global de nature constitutionnelle en se fondant sur l'importance de reconnaître un tel ordre. Comme le note Thomas Hochmann, « *les partisans du constitutionnalisme global assurent que certains éléments du droit international justifient une lecture*

²⁴⁹⁴ G. Tusseau, « Un chaos conceptuel qui fait sens : le discours du « constitutionnalisme global », *Op. cit.*

²⁴⁹⁵ C'est la conception de l'humanité comme « *alpha et oméga de la souveraineté* », selon la formule d'Anne Peters.

constitutionnaliste, laquelle a pour effet de conférer des caractéristiques constitutionnelles au droit international »²⁴⁹⁶.

907. Dès lors, le discours supposément descriptif du constitutionnalisme global a tendance à se confondre avec un discours prescriptif fondé sur un raisonnement tautologique. Il serait également possible de reconnaître une fonction prospective aux théories du constitutionnalisme global. Il s'agirait alors d'anticiper de possibles évolutions du droit international dans l'avenir. Quoi qu'il en soit, tout cela est fortement empreint de ce que les anglo-saxons appellent le «*wishful thinking*»²⁴⁹⁷. Selon la critique acerbe de Jan Klabbers, le constitutionnalisme global de Bardo Fassbender ne parvient pas à être autre chose que « *une très sympathique, bien qu'invraisemblable, tentative de rendre le monde meilleur* »²⁴⁹⁸. En ce sens, « *il se pourrait bien que Fassbender soit en avance sur son temps et que les générations futures reconnaissent de plus en plus son constitutionnalisme comme une représentation adéquate de leur réalité. Il s'agirait d'un accomplissement visionnaire considérable, mais il est peu probable qu'il contribue à convaincre les sceptiques pour l'instant* »²⁴⁹⁹. C'est la définition même de l'approche prospective-prescriptive que nous évoquions. La combinaison de différents niveaux de discours - discours descriptif, discours prospectif et discours prescriptif - serait ainsi consubstantielle aux théories du constitutionnalisme international ou global.

908. Ce « *syncrétisme méthodologique* »²⁵⁰⁰ viserait à répondre, dans un contexte d'angoisse face aux changements provoqués par la globalisation, à des besoins de légitimation. Plus précisément, l'usage du terme de « Constitution » ou de « constitutionnel » « *permettrait de garantir des droits dont les contours et la positivité restent problématiques* »²⁵⁰¹. Ces mots rassurent et juridicisent « un

²⁴⁹⁶ T. Hochmann, « Le constitutionnalisme global », *Op. cit.*, p. 903.

²⁴⁹⁷ L'internationaliste néerlandais Jan Klabbers considère que les raisonnements de Bardo Fassbender « *suggests wishful thinking, leaps of faith, or even plain bootstrapping* » (« *suggère des vœux pieux, des sauts de foi, voire même des simples amorces* »). J. Klabbers, « Book Review : Bardo Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2009) 215 & xi pp », *Op. cit.*, p. 668.

²⁴⁹⁸ « *A highly sympathetic, if implausible, attempt to make the world a better place* ». *Ibid*, p. 673.

²⁴⁹⁹ *Idem*.

²⁵⁰⁰ T. Hochmann, « Le constitutionnalisme global », *Op. cit.*, p. 903.

²⁵⁰¹ J.-M. Sorel, « Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international (2) : le côté obscur de la force », in S. Hennette-Vauchez et J.-M. Sorel (sous la dir. de), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Bruylant (Coll. Colloques), Bruxelles, 2011, p. 230.

domaine qui doute toujours de lui-même»²⁵⁰². Le risque, en l'absence d'une Constitution globale, est que cet usage extensif de la grammaire du constitutionnalisme contribue à fragmenter plutôt qu'à unifier le droit constitutionnel positif. En ce sens, certains auteurs critiques, dont Jean-Marc Sorel, estiment que l'usage du paradigme de la constitutionnalisation en droit international conduit à une « *guerre des constitutionnalisations* », chaque strate constitutionnelle (nationale, régionale et mondiale) pensant détenir « *sa vérité sur la constitutionnalisation* »²⁵⁰³ et défendant ainsi sa propre autonomie constitutionnelle²⁵⁰⁴. Enfin, la perspective d'une Constitution globale sous l'égide du système des Nations Unies équivaut à traduire de façon a-critique la théorie constitutionnelle centrée sur l'Etat-nation aux relations internationales sur le plan global. Cela conduit à mettre trop d'espoir dans l'ONU, « *en attendant d'elle qu'elle norme une constitution cosmopolitique comme s'il s'agissait d'une collectivité nationale hypertrophiée* »²⁵⁰⁵.

909. A côté des théories que nous venons de présenter, et qui visent à penser la constitutionnalisation de la sphère publique internationale, nous pouvons reconnaître d'autres approches du constitutionnalisme global qui projettent ce dernier dans des sphères privées.

§ 2. Les théories du constitutionnalisme privé

910. Nous venons de montrer que les théories qui postulent la constitutionnalisation d'un ordre public mondial envisagé au-delà de la communauté internationale des Etats doivent composer avec une dynamique de relative fragmentation. Or celle-ci n'est pas seulement le fruit de l'approfondissement de différentes branches du droit international public (droit pénal international, droit du commerce international, droit international de l'environnement...). Autrement dit, le pluralisme dans nos sociétés actuelles ne concerne pas seulement la sphère publique. Comme nous le verrons à présent, la fragmentation provient également de l'apparition de réglementations internationales sectorielles dans des domaines pilotés par des acteurs privés (domaine numérique, financier, sportif...). Cette complexité concerne également, comme le note très justement Daniel Innerarity, les rapports entre les différentes organisations sociales privées (entreprises, associations,

²⁵⁰² *Ibid*, p. 221.

²⁵⁰³ *Idem*.

²⁵⁰⁴ Nous en avons vu les effets à l'échelle européenne (cf. *supra*. Titre 1, Chap. 2).

²⁵⁰⁵ G. Teubner, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, *Op. cit.*, p. 94.

etc.) et l'Etat. Selon Innerarity, il existe une « polyarchie » : il y a davantage d'inflation que de déficit de pouvoirs et davantage de dispersion que de concentration²⁵⁰⁶.

911. Dans ce contexte, les règles ou principes impératifs de droit international général²⁵⁰⁷ ne parviennent pas toujours à s'imposer au sein de chaque sous-système juridique international car chacun fait preuve d'un degré plus ou moins important d'autonomie afin de poursuivre un objectif précis. C'est, par exemple, le cas de l'OMC, dont l'objectif consistant à favoriser le libre-échange à l'échelle mondiale peut entrer en conflit avec la protection des droits de l'homme²⁵⁰⁸ ou de l'environnement. La pertinence du principe de souveraineté est, dans ce contexte, particulièrement atteinte. En effet, « *la multiplication de mécanismes privés d'élaboration des normes et de règlement des litiges constitue probablement une des mutations les plus significatives du régime de souveraineté des Etats car, contrairement aux dispositifs relevant d'organisations internationales, ils échappent à tout contrôle public* »²⁵⁰⁹. De plus, dans l'absence d'une Constitution mondiale, qui organise l'activité normative de ces acteurs et la soumette au respect de règles supérieures, ou dans l'hypothèse où le pluralisme subsiste sans trouver la voie d'une convergence autour de règles et principes communs, le haut degré de fragmentation du paysage juridique global est de nature à faire peser sur l'humanité de nombreux risques, qu'ils soient économiques, financiers, sanitaires, écologiques²⁵¹⁰...

912. En effet, l'Etat tel qu'il est pensé par les théories classiques est hors d'état de fournir, à l'échelle globale, les services de régulation et de sauvegarde de l'intérêt général qu'il assure dans le

²⁵⁰⁶ D. Innerarity, *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*, Galaxia Gutenberg, Barcelone (Espagne), 2020, p. 116.

²⁵⁰⁷ Si tant est qu'il soit possible de les désigner car, comme nous l'avons, la détermination des règles et principes de *jus cogens* est loin de faire l'unanimité au sein de la doctrine.

²⁵⁰⁸ Mireille Delmas-Marty note que « *pendant longtemps, les recommandations de la Banque mondiale considéraient le respect des droits de l'homme comme un obstacle au commerce* » (*Une boussole des possibles. Gouvernance mondiale et humanismes juridiques*, Ed. Collège de France, Paris, 2020, p. 44). V. À ce titre l'allocution du directeur général de l'Organisation, Pascal Lamy, du 13 janvier 2010, à l'occasion de laquelle il plaide pour « *un changement des mentalités pour réconcilier le commerce et les droits de l'homme* » (« Vers un partage des responsabilités et une plus grande cohérence: droits humains, commerce et politique macroéconomique », *Colloque sur les droits humains dans l'économie globale*, co-organisé par le Conseil international sur les politiques des droits humains et *Realizing rights*, Genève, 13 janvier 2010).

²⁵⁰⁹ M. Casteigts, « La crise existentielle des Etats. Entre recomposition de la souveraineté et métamorphose des frontières », in D. Renders et M. Verdussen (sous la dir. De), *Les visages de l'État. Liber amicorum Yves Lejeun*, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 196.

²⁵¹⁰ Mireille Delmas-Marty choisit cinq exemples concrets : migrations, exclusions sociales, atteintes à

l'environnement, crimes internationaux « les plus graves » et nouvelles technologies (*Une boussole des possibles. Gouvernance mondiale et humanismes juridiques*, *Op. cit.*, p. 21).

cadre national. Le principe de souveraineté, s'il fonde le droit international comme un droit de la coopération entre Etats, ne peut revêtir la même fonction dans ce contexte. Plus encore, sa fonction justificatrice au sein des théories stato-nationales du droit constitutionnel est absente des approches qui tâchent de décrire (et d'influencer, car la visée prescriptive n'est jamais loin) le paysage juridique issu de la globalisation. Elle laisse sa place à d'autres principes justificatifs comme la protection des droits de l'homme et le respect de l'Etat de droit.

913. Nous souhaiterions donc à présent analyser cette réalité emblématique de la globalisation en insistant sur les acteurs qui la rendent possible (I) et sur les approches théoriques qui les prennent en charge intellectuellement (II). Ces dernières représentent, de notre point de vue, la rupture la plus importante vis-à-vis de la logique de la souveraineté. En effet, si les théories du droit constitutionnel global prolongent le rapport classique entre le droit constitutionnel et la puissance publique en le transposant à une échelle supra-étatique, les théories du pluralisme constitutionnel transnational déplacent la théorie constitutionnelle vers des objets de nature privée. Comme le note Dieter Grimm, elles supposent que « *l'idée du constitutionnalisme [soit] détachée de sa relation traditionnelle avec la sphère politique et appliquée de manière féconde également à la sphère sociale* »²⁵¹¹. Elles renouvellent l'hypothèse d'un droit constitutionnel dans le cadre d'organisations privées et tracent la voie pour penser l'articulation, nécessairement pluraliste et conflictuelle, d'un constitutionnalisme transnational.

I. L'émergence d'acteurs privés transnationaux

914. La grande transformation qui s'opère aujourd'hui est moins de nature intellectuelle ou théorique, car les schémas et les outils conceptuels d'une pensée constitutionnelle qui se déploie en dehors du cadre étatique existent depuis longtemps²⁵¹², que de nature juridique et institutionnelle. Elle concerne la réalité concrète que la globalisation a largement contribué à faire émerger.

915. La globalisation favorise, comme nous l'avons mentionné, la consolidation d'un environnement (intellectuel, juridique, financier, matériel...) propice au développement d'activités de nature transnationale. Elle encourage ainsi l'émergence et la consolidation d'acteurs privés sur

²⁵¹¹ D. Grimm, « L'acquis du constitutionnalisme et ses perspectives dans un monde changé », *Trivium*, 30, 2019, p. 17.

²⁵¹² Cf. *supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 2.

une scène qui dépasse les sociétés nationales. Comme l'indique Jean-Bernard Auby, «indiscutablement, dans ce qui se développe sous nos yeux, il y a beaucoup qui repose sur des relations privées, des mécanismes privés, un tissu social et économique dont les Etats sont largement absents»²⁵¹³. Selon la sociologue Saskia Sassen, « une composante essentielle, et de plus en plus importante du champ de forces plus vaste dans lequel fonctionnent aujourd'hui les États, est la prolifération de types spécialisés d'autorité privée. Des systèmes plus anciens, tel que l'arbitrage commercial, se sont étendus à de nouveaux secteurs économiques, et de nouvelles formes d'autorité privée hautement spécialisées se sont orientées vers des secteurs économiques spécifiques. La prolifération de régimes autoréglementaires est particulièrement manifeste dans des secteurs dominés par un nombre limité de très grosses entreprises »²⁵¹⁴.

916. Nous présenterons les acteurs privés qui revêtent une fonction normative dans la sphère globale en distinguant les acteurs privés à but lucratif (A) des acteurs privés à but non lucratif (B).

A. Les acteurs privés à but lucratif : les firmes multinationales

917. L'importance acquise par les firmes multinationales ne se cantonne pas seulement à la sphère purement économique ou financière. Dans le cadre de la globalisation, les nouveaux rapports entre ces entreprises et l'Etat se traduisent également sur le plan normatif. Le principal effet sur le plan juridique de la montée en puissance des firmes transnationales est la remise en cause de l'effectivité du droit national dans certains domaines. Ce dernier provient de l'aptitude de ces acteurs à échapper à certains cadres réglementaires édictés par les Etats. Pouvant combiner à la fois la surface économique et financière d'un Etat et la souplesse d'un individu, les firmes multinationales s'avèrent parfaitement conçues pour la globalisation.

918. Jean-Philippe Robé fait le constat, désormais largement accepté, que la globalisation remet en question « la manière traditionnelle de comprendre la structure politique et juridique de la société mondiale contemporaine »²⁵¹⁵. S'appuyant sur les phénomènes bien documentés de « law

²⁵¹³ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Op. cit., p. 43

²⁵¹⁴ S. Sassen, *Critique de l'Etat. Territoire, Autorité et Droits de l'époque médiévale à nos jours*, Paris, Demopolis – Le Monde Diplomatique, 2009, p. 196.

²⁵¹⁵ J.-Ph. Robé, « Globalization and constitutionalization of the World Power System », in A. Lyon-Caen, J.-Ph. Robé et S. Vernac, *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, Op. cit., p. 12.

shopping »²⁵¹⁶, de « *forum shopping* » et tirant les conséquences de l'extension de la surface financière des entreprises multinationales et des fonds qui détiennent une part de plus en plus importante de leurs actions, cet auteur pointe une déstabilisation de « *la structure officielle du pouvoir centrée sur le « système étatique* » »²⁵¹⁷. Or ces phénomènes semblent mal compris à cause du caractère stato-centré que les sciences sociales revêtent depuis leur naissance²⁵¹⁸. Selon Jean-Philippe Robé, « *dans leur existence même, les sciences sociales restent ancrées dans le système étatique - et elles se leurrent avec l'illusion des « approches interdisciplinaires* », alors que ce qui est en jeu, ce sont les disciplines elles-mêmes et leurs frontières, qui ne sont qu'un lointain sous-produit des frontières étatiques »²⁵¹⁹. Nous avons déjà retrouvé cette idée, évoquée notamment par Frédéric Audren, Anne-Sophie Chambost et Jean-Louis Halpérin²⁵²⁰, qui reprennent la dénonciation par Ulrich Beck du «nationalisme méthodologique». La solution préconisée par Jean-Philippe Robé afin de sortir de l'emprise de la référence à l'Etat consiste à « *ouvrir la voie à une analyse scientifique du fonctionnement réel du système politique en se plaçant au seul niveau d'analyse où il n'y a plus de facteurs externes : le système de pouvoir mondial* »²⁵²¹.

919. Sur le plan descriptif, cet auteur insiste sur la perte de centralité de l'Etat sur la scène globale. Cela signifie, plus précisément, que les Etats seraient de moins en moins déterminants dans la marche du monde, jouant un rôle de plus en plus passif face à de nouveaux acteurs capables d'imposer leur « logique rationnelle propre »²⁵²². En ce qui concerne les entreprises, cette logique se résumerait, dans une vision purement « friedmanienne »²⁵²³, à la poursuite d'une hausse continue du cours de leurs actions. Ainsi, « *dans cette vision du monde, les entreprises ne sont rien d'autre*

²⁵¹⁶ Pratique consistant, pour une entreprise multinationale, à choisir le régime juridique national le plus avantageux pour le développement de ses activités

²⁵¹⁷ J.-Ph. Robé, « Globalization and constitutionalization of the World Power System », *Op. cit.*, p. 17.

²⁵¹⁸ Celles-ci auraient été fondées sur le présupposé selon lequel la société « *fonctionnait toujours sous le parapluie de l'Etat [under the State's umbrella]* ». *Ibid*, p. 12.

²⁵¹⁹ *Idem*.

²⁵²⁰ *Histoires contemporaines du droit, Op. cit.*

²⁵²¹ J.-Ph. Robé, « Globalization and constitutionalization of the World Power System », *Op. cit.*, p. 13.

²⁵²² C'est-à-dire une raison autonome qui organise leur activité et guide leur action vers une finalité logique (le développement des flux sans contraintes, l'approfondissement de la connaissance médicale, la promotion d'activités sportives dans le monde...).

²⁵²³ De l'économiste monétariste Milton Friedman, professeur à l'Université de Chicago, figure tutélaire des célèbres «*Chicago boys*» et figure extrêmement influente dans les années 1970 et 1980. Il publia en 1970 un essai très important pour la pensée économique de l'époque intitulé : « A Friedman Doctrine: The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits ». Le titre suffit à exprimer la vision de l'auteur...

*qu'un conglomérat d'investisseurs qui mettent leurs ressources en commun »*²⁵²⁴. La question de la fiscalité, par exemple, est tout à fait emblématique de ce nouvel état des choses où la « logique rationnelle propre » à certains acteurs s'impose aux Etats et provoque des conséquences considérables sur le plan social et politique.

920. Comme le souligne Jean-Philippe Robé, et comme l'ont montré de nombreux économistes dont, récemment, Emmanuel Saez et Gabriel Zucman, l'apparition d'acteurs internationaux de nature privée caractérisés par leur importante surface économique et leur aptitude à se mouvoir dans un environnement déterritorialisé affecte la capacité des Etats à leur imposer une politique fiscale efficace.

921. En effet, la fiscalité est devenue l'objet d'un marché de l'optimisation, formule pudique qui occulte parfois de véritables stratégies de fraude ou d'évasion fiscale²⁵²⁵. Cela a été permis par la structuration interne des entreprises multinationales, qui permet que « *les échanges intra- entreprises [soient] perçus comme des échanges internationaux lorsqu'ils traversent les frontières des Etats* »²⁵²⁶. En ce sens, J.-Ph. Robé note que « *la « mondialisation de l'économie » correspond en fait surtout à un phénomène de « mondialisation des entreprises ». Pour chaque entreprise, ce qui apparaît au monde extérieur comme un « commerce international » est en fait un commerce interne à l'entreprise. Il a lieu en dehors du marché* »²⁵²⁷. Ainsi, « *bien que, juridiquement, les contrats soient conclus entre des entités juridiques distinctes, c'est la même organisation économique qui se trouve aux deux extrémités du contrat* »²⁵²⁸. Dès lors, la sous-division interne en un chapelet de filiales implantées dans les territoires de différents Etats offre à de nombreuses firmes multinationales la possibilité de « *localiser ses bénéfices et ses gains dans des juridictions à faible taux d'imposition* »²⁵²⁹. Ainsi, « *il lui suffit de comptabiliser les bénéfices ou les gains*

²⁵²⁴ E. Saez et G. Zucman, *Le triomphe de l'injustice. Richesse, évasion fiscale et démocratie*, Seuil (Coll. Les livres du nouveau monde), Paris, 2021, p. 113.

²⁵²⁵ E. Saez et G. Zucman parlent en effet de « *marché de l'évasion fiscale* » (*Ibid.*, p. 112).

²⁵²⁶ J.-Ph. Robé, « Globalization and constitutionalization of the World Power System », *Op. cit.*, p. 16.

²⁵²⁷ *Idem.*

²⁵²⁸ *Idem.*

²⁵²⁹ *Idem.*

générés par l'entreprise dans les comptes des filiales situées dans la juridiction de ces États «favorables»»²⁵³⁰.

922. Cette situation donne lieu à un « *marché mondial des règles juridiques* »²⁵³¹ (ou *law forum*) qui provoque une course vers le moins-disant fiscal afin de donner des raisons aux multinationales de « rapatrier » leur bénéfice. La conséquence est que « *la souveraineté étatique, qui garantissait l'autonomie des États entre eux, se retourne désormais contre ces derniers en raison de la propagation d'un jeu concurrentiel qui oppose et lie les États aux entreprises* »²⁵³². Ce « jeu concurrentiel » est le résultat de ce que le politologue Ronen Palan appelle la « commercialisation de la souveraineté de l'État »²⁵³³. Ce « commerce de la souveraineté » procure aux États qui s'y adonnent des avantages à la fois financiers (des recettes fiscales considérables même en imposant très faiblement les entreprises) et non financiers (un poids diplomatique, comme c'est le cas du Luxembourg, qui doit une partie de son importance au sein de l'Union européenne à « *son poids démesuré dans les affaires financières des grandes entreprises* »²⁵³⁴ et des grandes fortunes).

923. Un autre exemple fort bien connu de cette « *déclaration d'indépendance des sociétés transnationales vis-à-vis des États* »²⁵³⁵ est le domaine de la « *lex petrolea* », branche particulière de la « *lex mercatoria* ». Gilles Lhuillier montre à ce sujet comment un ensemble de règles régulant « la société des marchands » est élaboré au moyen de sentences arbitrales qui font prévaloir le droit international (des traités inter-étatiques d'investissement) sur le droit national pourtant applicable. S'appuyant sur la sentence *Occidental Petroleum Corp. Vs Ecuador* du 5 octobre 2012 émise par le

²⁵³⁰ *Idem*.

Pour une explication à la fois précise et très claire de ces mécanismes d' « optimisation fiscale » au travers des échanges intra-entreprises v. E. Saez et G. Zucman, *Le triomphe de l'injustice. Richesse, évasion fiscale et démocratie*, *Op. cit.*, p. 118 et s.

²⁵³¹ J.-Ph. Robé, « Globalization and constitutionalization of the World Power System », *Op. cit.*, p. 16.

²⁵³² *Ibid*, p. 17.

²⁵³³ E. Palan, « Tax Havens and the Commercialization of State Sovereignty », *International Organization*, Vol. 56, n°1, 2002, p. 151-176. Sur le terrain de la fiscalité, E. Saez et G. Zucman estiment que « depuis les années 1980, les gouvernements des paradis fiscaux se sont en effet lancés dans un commerce d'un nouveau genre : la vente aux multinationales du droit de décider pour elles-mêmes de leur taux d'imposition, de leurs contraintes réglementaires et leurs obligations légales ». E. Saez et G. Zucman, *Le triomphe de l'injustice. Richesse, évasion fiscale et démocratie*, *Op. cit.*, p. 131.

²⁵³⁴ *Idem*.

²⁵³⁵ G. Lhuillier, *Le droit transnational*, *Op. cit.*, p. 123.

Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)²⁵³⁶, Lhuillier met en lumière²⁵³⁷ le pouvoir de l'institution arbitrale de la Banque mondiale pour construire « *une hiérarchie des normes qui efface entièrement l'application du droit national* »²⁵³⁸.

B. Les acteurs privés à but non lucratif

924. Les firmes multinationales ne sont pas les seules à agir dans un espace transnational au-delà de la maîtrise des Etats. Il est possible en effet d'évoquer l'existence d'acteurs privés à but non lucratif revêtus de fonctions normatives de régulation de la globalisation. Nous pouvons, ainsi, citer : le système de certification des normes internationales dans les domaines industriels et commerciaux élaboré par l'Organisation internationale de normalisation (ISO en anglais), une organisation non gouvernementale internationale fondée en 1947 ; la régulation mondiale d'Internet assuré par la Société pour l'attribution des noms de domaine et des numéros sur Internet (ICANN en anglais) ou l'encadrement de certaines activités sportives internationales²⁵³⁹.

925. Le cas de l'ICANN est emblématique. Cette organisation fut fondée en 1998 sous la forme d'une société à but non lucratif de droit privé californien. Selon ses statuts, l'ICANN a vocation « *à assurer le fonctionnement stable et sûr du système d'identification unique de l'Internet* »²⁵⁴⁰. Son conseil d'administration est composé de seize directeurs nommés par des instances internes à la société²⁵⁴¹, dont une seule est représentative de gouvernements nationaux²⁵⁴². Le fondement juridique de l'action de l'ICANN est constitué par de multiples contrats bilatéraux, au travers

²⁵³⁶ *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11.

²⁵³⁷ Cf. G. Lhuillier, *Le droit transnational*, *Op. cit.*, p. 117 et s.

²⁵³⁸ *Ibid.*, p. 117.

²⁵³⁹ Cf. la thèse de doctorat de Franck Latty (F. Latty (dir. A. Pellet), *La Lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit international, Univ. Paris X-Nanterre, 2005). V. également M. Maisonneuve, « L'autonomie des ordres juridiques sportifs transnationaux. Le sport au coeur des rapports de systèmes », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridique*, *Op. cit.*, p. 1127-1246.

²⁵⁴⁰ Cf. Art. 1, 1.1, a., *Bylaws for Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, amendés le 28 novembre 2019 [En ligne sur le site de l'ICANN : <https://www.icann.org/resources/pages/governance/bylaws-en>].

²⁵⁴¹ L'Adress Supporting Organization, le Country Code Names Supporting Organization, le Generic Names Supporting Organization, le At Large Advisory Committee et, enfin, le Governmental Advisory Committee.

²⁵⁴² Il s'agit du Governmental Advisory Committee.

desquels est organisée l'attribution des noms de domaine²⁵⁴³. En attribuant des noms de domaine associés aux adresses IP (*Internet Protocol*)²⁵⁴⁴, l'ICANN a une fonction unique de régulation de l'Internet global. Son statut juridique et sa structure interne sont d'une nature particulière, échappant à certaines dichotomies classiques (droit national / droit international, droit public / droit privé, loi / contrat)²⁵⁴⁵. Cela lui permet de remplir un vide institutionnel. Tout d'abord, comme l'observe Lars Viennechner, « *il n'y a pas de consensus sur la création d'une organisation internationale qui pourrait assumer la tâche d'attribuer des domaines sur Internet* »²⁵⁴⁶. Ensuite, « *la régulation de l'Internet par un seul Etat, comme les Etats-Unis d'Amérique, ne serait pas acceptable d'un point de vue normatif, même si elle est techniquement réalisable* »²⁵⁴⁷. Enfin, « *l'autorégulation sociétale de l'Internet peut même sembler supérieure à la réglementation nationale ou à la conclusion de traités internationaux* » car « *dans des domaines complexes, les régulateurs politiques manquent parfois des connaissances requises pour prendre des décisions en toute connaissance de cause* »²⁵⁴⁸. Or leur nature privée n'empêche pas à ces instances en charge de fonctions de régulation de s'engager dans des processus « d'auto-constitutionnalisation ». Comme le note Gunther Teubner, l'ICANN « *a développé au fur et à mesure des structures de représentation fonctionnelle et territoriale, des formes de séparation des pouvoirs et une bonne « juridiction » pour les questions qui touchent à l'attribution des noms de domaine* »²⁵⁴⁹.

926. Plus précisément, l'ICANN revêt une fonction de régulation contentieuse en matière d'attribution des noms de domaines. En effet, dès lors que les noms de domaine doivent être

²⁵⁴³ L. Viennechner, « The transnational Dimension of Constitutional Rights: Framing and Taming 'Private' Governance Beyond the State », *Global Constitutionalism* (2019), 8:3, p. 642. Ainsi, « *d'une part, elle entretient des relations contractuelles avec plusieurs institutions publiques et privées qui gèrent les fichiers de données dans lesquels sont inscrits les domaines de premier niveau tels que « .com »* ». D'autre part, « *les domaines de second niveau tels que « google.com » sont attribués à des particuliers par l'intermédiaire de nombreux bureaux d'enregistrement, également sous contrat avec l'ICANN, selon le principe du « premier arrivé, premier servi »* ».

²⁵⁴⁴ Ainsi, « *le système de nommage est né dans le but de favoriser à l'échelle planétaire une véritable interopérabilité et interactivité entre les membres des réseaux. Il s'agit de rendre mnémonique pour le grand public les adresses des machines connectées au réseau de façon à permettre un accès facilité* ». En effet, « *chaque machine connectée au réseau dispose d'une adresse composée d'une suite de chiffres entrecoupés de points, indicateurs de routage des données à l'instar du numéro de téléphone. Cette adresse est difficile à mémoriser pour le commun des mortels. Ainsi, chaque nom de domaine est associé à cette adresse dite IP (Internet Protocol)* ». O. Iteanu, « L'Icann, un exemple de gouvernance originale ou un cas de law intelligence ? », *Les cahiers du numérique*, 2002/2 (Vol.3), p. 145.

²⁵⁴⁵ Cf. L'explication de L. Viennechner, « The transnational Dimension of Constitutional Rights: Framing and Taming 'Private' Governance Beyond the State », *Op. cit.*, p. 645-646.

²⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 650.

²⁵⁴⁷ *Idem.*

²⁵⁴⁸ *Idem.*

²⁵⁴⁹ G. Teubner, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, *Op. cit.*, p. 109.

uniques pour des raisons évidentes d'identification de chaque adresse IP, un contentieux autour de leur attribution est né assez rapidement²⁵⁵⁰. Pour faire face à ce nouveau champ de régulation, l'ICANN a mis en place un mécanisme spécial de règlement des différends. Celui-ci est fondé sur un document, le *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* (UDRP), qui fait partie des conditions générales de chaque contrat d'enregistrement de domaine²⁵⁵¹. Aussi, l'ICANN reconnaît cinq instances compétentes en matière de règlement des litiges dans cette matière²⁵⁵². Tous sont des panels d'arbitrage privés sauf la *World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center* (WIPO-AMC), qui est adossée à une organisation internationale. Chaque panel statue conformément aux règles édictées dans le UDRP et, plus largement, à toutes les règles et principes de droit qu'elle juge applicables²⁵⁵³. En matière d'exécution, l'ICANN applique les décisions prises par les panels en annulant, transférant ou apportant des modifications aux enregistrements de noms de domaine²⁵⁵⁴. L'intervention de juridictions nationales n'est pas complètement exclue de la procédure contentieuse mais elle est envisagée de manière subsidiaire²⁵⁵⁵.

927. Cela étant, les panels d'arbitrage adoptent des raisonnements qui miment ceux des juges nationaux ou internationaux. Il est possible d'évoquer un contentieux particulier de l'attribution des noms de domaine : les affaires de « *cybergripping* ». Cette pratique consiste à créer des sites Internet dont le nom de domaine reproduit des noms de personnes ou de marques complétés par des termes ou des suffixes péjoratifs ou moqueurs. Aussi, lorsque de tels noms de domaine sont attaqués dans

²⁵⁵⁰ Les affaires de « cybersquatting » se sont immédiatement développées. Il s'agit de l'enregistrement précoce de noms de domaines identifiés à des célébrités ou à d'importantes marques commerciales à des fins de revente postérieure aux intéressés.

²⁵⁵¹ L. Viellechner, « The transnational Dimension of Constitutional Rights: Framing and Taming 'Private' Governance Beyond the State », *Op. cit.* 643.

²⁵⁵² Il s'agit du *Arab Center for Dispute Resolution* (ACDR), du *Asian Domain Name Dispute Resolution Center*, du Centre canadien de règlement des différends internationaux sur Internet (CIIDRC en anglais), du *Czech Arbitration Court Arbitration Center for Internet Disputes*, du *Forum* (une instance d'arbitrage et de médiation privée basée au Minnesota qui travaille dans de nombreux domaines autres que l'Internet) et, enfin, de la *World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center* (WIPO-AMC).

²⁵⁵³ § 15(a) « *Un panel devra décider d'une plainte en se basant sur les déclarations et les documents présentés et conformément à la politique, à ces règles et à toute règle et principe juridique réputés applicables* ». Règles pour la procédure uniforme de résolution des litiges en matière de noms de domaine (UDRP-R).

²⁵⁵⁴ § 3(c), Principes directeurs pour un règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine (UDRP).

²⁵⁵⁵ § 4(k) « *Les prescriptions en matière de procédure administrative obligatoire édictées au paragraphe 4 ne vous empêcheront pas, vous ou le plaignant, de soumettre le litige à un tribunal d'une juridiction compétente pour règlement indépendant avant que ladite procédure administrative obligatoire ne soit lancée ou après qu'elle a été conclue* ». UDRP.

le cadre du système de l'ICANN, les panels d'arbitrage doivent concilier le droit à l'honneur et la propriété intellectuelle d'une part avec la liberté d'expression d'autre part²⁵⁵⁶.

928. Par conséquent, au travers de « *dispositifs de gouvernance transnationale* » (« *transnational governance arrangements* »²⁵⁵⁷) constitués par des contrats passés essentiellement entre des acteurs non étatiques, l'ICANN est amenée à « *fournir un service d'intérêt général indispensable à la réalisation de la liberté d'information et d'expression dans les conditions de la communication numérique* »²⁵⁵⁸. Cette fonction de régulation, qui s'avère essentielle pour le bon fonctionnement d'une activité globale, s'inscrirait donc dans le respect d'un certain nombre de droits constitutionnels, comme la liberté d'expression et de communication ou le droit à la propriété intellectuelle. Or ces droits ne peuvent pas être conçus dans le cadre du rapport entre un pouvoir politique central incarné par l'Etat d'une part et la société d'autre part car le milieu transnational que constitue le cyber-espace ne dispose pas d'un pouvoir centralisé. Il faudrait donc, selon Gilles Lhuillier, concevoir le cyber-espace comme « *un espace juridique global, au sens de scène juridique générée par des phénomènes économiques, sociaux et politiques identifiés, possédant son éventail particulier d'acteurs et de processus normatifs, et développant des rapports intersystémiques particuliers* »²⁵⁵⁹.

929. Cette situation provoque une transformation du sens et de la portée du principe de souveraineté. Comme l'indique Jean-Philippe Robé, « *la possibilité même pour les Etats de poursuivre une action efficace dans le cadre des analyses classiques du droit est mise en cause* »²⁵⁶⁰. Les systèmes juridiques et politiques classiques, c'est-à-dire les Etats et la société internationale formée par ces derniers, « *semblent incapables de répondre aux questions soulevées par la mondialisation de l'économie [...] car ils sont confrontés à un problème d'action collective qui n'a jamais été rencontré à un tel niveau auparavant* »²⁵⁶¹. Face aux déséquilibres et aux risques potentiels que peut générer l'impuissance publique à l'échelle globale, l'urgence se fait sentir de

²⁵⁵⁶ L. Viellechner, « The transnational Dimension of Constitutional Rights: Framing and Taming 'Private' Governance Beyond the State », *Op. cit.* p. 651.

²⁵⁵⁷ *Ibid*, p. 640.

²⁵⁵⁸ *Ibid*, p. 648.

²⁵⁵⁹ G. Lhuillier, *Le droit transnational*, *Op. cit.*, p. 10.

²⁵⁶⁰ *Idem*.

²⁵⁶¹ *Ibid*, p. 18.

constitutionnaliser la puissance privée pour la soumettre aux principes historiquement associés au constitutionnalisme : le respect de l'Etat de droit et des droits de l'homme.

II. La constitutionnalisation de la puissance privée : une contribution aux défis posés à la gouvernance globale

930. Les théories qui transposent les principes du constitutionnalisme au milieu global visent à « accompagner le développement de la mondialisation afin de la rendre plus conforme aux souhaits et aux besoins des individus, de la société et de l'environnement naturel »²⁵⁶².

931. Il existe, dans ce domaine, deux catégories d'approches différentes. La première emprunte la voie unitaire. Elle vise à élargir la constitutionnalisation de l'ordre public international aux acteurs privés de la globalisation. Il s'agit de l'approche la plus ambitieuse et, admettons-le, la plus utopique, dès lors qu'elle a pour ambition de soumettre l'ensemble des acteurs globaux, publics et privés, étatiques et non étatiques, au respect d'un principes universels, notamment le triptyque Etat de droit/droits de l'homme/ démocratie.

932. La seconde est formée par les approches pluralistes. Celles-ci postulent une articulation des différents ensembles normatifs globaux autour de principes constitutionnels communs. Selon certains auteurs, qui expriment leur adhésion à une forme d'éthique humaniste, « l'essentiel de ce qui se passe dans l'univers juridique d'aujourd'hui peut être caractérisé comme un mouvement de convergence des droits vers des standards communs, voire de constitution progressive d'un « ius commune » du monde [...] dont le noyau, l'âme, sera le corpus internationalement reconnu des droits fondamentaux »²⁵⁶³. C'est notamment le cas de Mireille Delmas-Marty²⁵⁶⁴, même si son optimisme s'est atténué dans les écrits publiés peu avant sa disparition²⁵⁶⁵. Cette autrice ne mobilise pas la pensée constitutionnaliste et, en ce sens, elle ne plaide pas pour une constitutionnalisation de la puissance privée. Elle s'avère néanmoins une importante théoricienne du pluralisme juridique

²⁵⁶² D. Grimm, « L'acquis du constitutionnalisme et ses perspectives dans un monde changé », *Op. cit.*, p. 19.

²⁵⁶³ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, *Op. cit.*, p. 44.

²⁵⁶⁴ V. not. C. Perruso, K. Martin-Chenut et M. Delmas-Marty, *Sur les chemins d'un jus commune universalisable*, Mare & Martin (Coll. ISPJS), Paris, 2021.

²⁵⁶⁵ Cf. la relecture qu'elle réalise de sa Leçon de clôture au Collège de France : *Une boussole des possibles*.

Gouvernance mondiale et humanismes juridiques, *Op. cit.*

dans le cadre de la globalisation. En effet, pour elle *« l'ordre mondial ne s'annonce pas sur un modèle hiérarchique et unifié qui opposerait au souverainisme absolu un universalisme radical »*²⁵⁶⁶. Son approche originale et syncrétique, inspirée autant par la littérature et la poésie que par l'étude du droit international des droits de l'homme, laisse entrevoir des nouvelles perspectives pour *« réintroduire l'humain au coeur de la mondialisation »*²⁵⁶⁷. Ces dernières ne passeraient pas par la création d'un Etat mondial mais par l'acceptation de la diversité des acteurs *« afin de permettre un rééquilibrage des pouvoirs entre les Etats et les collectivités infra- et supra-étatiques, ainsi qu'entre les acteurs étatiques et non étatiques, qu'ils soient économiques, scientifiques ou civiques »*²⁵⁶⁸. C'est ce phénomène que Mireille Delmas-Marty désigne sous l'appellation de *« pluralisme ordonné »* : *« un pluralisme qui rapproche les différences sans les supprimer, harmonise la diversité sans la détruire et pluralise l'universel sans le remplacer par le relatif »*²⁵⁶⁹.

933. D'autres auteurs, comme le sociologue portugais Boaventura de Sousa Santos, adhèrent à une version davantage pessimiste du pluralisme juridique global, indiquant que cette convergence représenterait plutôt le triomphe de l'« épistémologie occidentale » sur celles du sud²⁵⁷⁰. Enfin, face aux déséquilibres et aux risques potentiels que peut générer l'impuissance publique à l'échelle globale, d'autres auteurs comme J.-Ph. Robé ou Gunther Teubner se proposent de penser les voies d'une *« auto-constitutionnalisation du système de pouvoir mondial »*²⁵⁷¹. Cette perspective d'un «constitutionnalisme sociétal» est ancrée dans une approche sociologique du droit²⁵⁷² qui prend au sérieux à la fois le caractère pluraliste du paysage normatif global et l'autonomie relative de chaque «sous-système social», écartant la voie d'une nécessaire convergence.

934. Nous aborderons donc d'abord les approches unitaires (A) puis, ensuite, les approches pluralistes (B).

²⁵⁶⁶ M. Delmas-Marty, *Une boussole des possibles. Gouvernance mondiale et humanismes juridiques*, Op. cit., p. 18.

²⁵⁶⁷ *Ibid*, p. 21.

²⁵⁶⁸ *Ibid*, p. 18.

²⁵⁶⁹ *Ibid*, p. 20.

²⁵⁷⁰ B. De Sousa Santos, « Épistémologies du Sud », *Etudes rurales*, 187/2011, p. 21-50.

²⁵⁷¹ G. Teubner, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Op. cit., p.12.

²⁵⁷² Nous pensons notamment à des théories sociologiques du droit élaborées bien avant que le mouvement de globalisation n'entre dans sa phase actuelle. Il est possible de citer les analyses consacrées aux «institutions non étatiques de la société» forgées par des auteurs comme l'historien Reinhart Koselleck ou le sociologue Niklas Luhmann. Gunther Teubner est, aujourd'hui, le principal continuateur de cette voie.

A. La voie hiérarchique et unitaire de l'encadrement de la puissance privée dans le cadre de la globalisation

935. La voie unitaire s'inspire de la logique présidant à la constitutionnalisation du droit international²⁵⁷³ en se proposant d'élargir le « cadre constitutionnel » du système des Nations Unies (Charte des Nations Unies, Charte internationale des droits de l'homme, *jus cogens*, accords internationaux en matière environnementale...) au secteur privé. Il ne s'agit pas, à proprement parler, de préconiser une forme de constitutionnalisation autonome des différents ensembles normatifs privés mais de soumettre les acteurs privés globaux - à la fois leurs agissements matériels et leur activité normative - au respect de la « trinité constitutionnaliste » : l'Etat de droit (*rule of law*), les droits de l'homme et la démocratie. Cela se ferait, selon la formule de Gilles Lhuilier, à travers « *une nouvelle conception néolibérale de la gouvernance mondiale, réalisant un rapprochement entre le système des Nations Unies et le secteur privé* »²⁵⁷⁴. Cette forme de gouvernance exclut de fait les Etats et est fondée sur la collaboration entre les agences onusiennes, les firmes multinationales et les acteurs privés à but non lucratif. C'est en ce sens qu'elle est qualifiée de « tripartite » (*tripartite governance structure*). En ce sens, certains auteurs ont évoqué la « *corporate capture* »²⁵⁷⁵ pour désigner l'influence que les entreprises peuvent exercer dans les processus de prise de décision en matière politiques publiques notamment²⁵⁷⁶.

936. C'est dans cette démarche que Kofi Annan lance l'idée d'un « Pacte Mondial » (« *Global Compact* ») à l'occasion de son discours au Forum économique mondial de Davos de 1999. Visant à « *donner un visage humain au marché global* » en unissant « *la force des marchés à l'autorité des idéaux universels* »²⁵⁷⁷, ce « pacte » (qui appelle donc l'accord de plusieurs parties) souhaite promouvoir, parmi les entreprises, le respect des droits fondamentaux, de l'environnement, des

²⁵⁷³ Cf. *supra*. Sect. 1, § 1, I, A.

²⁵⁷⁴ G. Lhuilier, *Le droit transnational*, *Op. cit.* p. 131.

²⁵⁷⁵ C. Maurel, « Kofi Annan, un parcours de plus de 40 ans au sein de l'ONU », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, 142 / 2019, p. 103.

²⁵⁷⁶ Il est possible de parler, en français, de « capture de la norme ».

²⁵⁷⁷ Ch. Losson, « Le label ONU, nouvel outil marketing ? », *Libération*, 30 août 2002.

travailleurs et de l'Etat de droit²⁵⁷⁸, notamment dans les pays les moins développés²⁵⁷⁹. En échange, Kofi Annan s'engage à « *contribuer à faire prévaloir «un environnement favorable au commerce et à l'ouverture des marchés »*²⁵⁸⁰. Le « Pacte Mondial » repose sur la doctrine d'un nouveau contrat social à l'échelle du monde, dans lequel l'ONU serait conçue comme un «pouvoir public mondial» et les acteurs internationaux privés, notamment les entreprises multinationales et les ONG, incarneraient la « société civile mondiale ». Son caractère constitutionnel semble, d'emblée, très relatif car il représente un « *modèle de gouvernance multilatérale non contraignant pour les entreprises »*²⁵⁸¹.

937. Cependant, certains auteurs y ont vu une ébauche de constitutionnalisation de la société globale. Selon Guillaume Tusseau, ce Pacte permettrait d'approfondir le constitutionnalisme universel promu dans le cadre du système des Nations Unies car il viserait à faire adhérer des personnes privées à des « *exigences constitutionnelles globales »*²⁵⁸². Parmi celles-ci se trouveraient, comme nous l'avons évoqué, les exigences liées au respect des droits de l'homme ainsi que celles, plus récentes mais devenues centrales, relatives à la protection de l'environnement. Ces dernières partagent avec la question de la sauvegarde des droits de l'homme la même signification existentielle pour l'humanité. Cela justifie le mouvement concomitant de constitutionnalisation et d'internationalisation de la protection de l'environnement²⁵⁸³ qui place désormais cet enjeu au niveau des « exigences constitutionnelles globales » évoquées par Guillaume Tusseau. C'est ainsi que, « *a priori climaticide mais incontournable, l'entreprise a été officiellement promue comme acteur climatique dans l'Accord de Paris [...] à jeu égal avec les États, qui sont pourtant les seules Parties à l'Accord de Paris »*. Cela lui accorde « *une position centrale pour la réalisation des objectifs climatiques »*²⁵⁸⁴. La place éminente reconnue aux entreprises dans la recherche de solutions au défi climatique ou afin de garantir les droits de

²⁵⁷⁸ Gilles Lhuillier précise que la finalité est que les entreprises acceptent d'« *adopter, soutenir et appliquer dans leur sphère d'influence un ensemble de valeurs fondamentales dans les domaines des droits de l'Homme, des normes de travail et de l'environnement, et de la lutte contre la corruption »*. G. Lhuillier, *Le droit transnational*, Op. cit., p. 133.

²⁵⁷⁹ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Op. cit., p. 137.

²⁵⁸⁰ G. Lhuillier, *Le droit transnational*, Op. cit., p. 132.

²⁵⁸¹ *Idem*.

²⁵⁸² G. Tusseau, « Un chaos conceptuel qui fait sens : la rhétorique du constitutionnalisme global », Op. cit., p. 200.

²⁵⁸³ Cf. *supra*. Titre 1, Chap. 1, Sect. 2. §2, II.

²⁵⁸⁴ M.-P. Blin-Franchomme, « Quel rôle pour l'entreprise après l'Accord de Paris? », *RJE*, 2017/HS17 (n° spécial), p. 121-122.

l'homme à l'échelle globale permet donc d'imaginer une constitutionnalisation internationale de la puissance privée. Elle élargit encore plus la perspective unitaire d'une « constitutionnalisation du monde » à partir des instruments et des règles du droit international.

938. A côté de cette approche unitaire, des voies pluralistes ont été ouvertes pour penser la constitutionnalisation de la puissance privée à l'échelle globale. Celles-ci rejettent la perspective d'un ordre constitutionnel formé autour d'une puissance publique mondiale. Ils projettent la solution vers la régulation d'un « pluralisme constitutionnel global » (« *global constitutional pluralism* »).

B. Les voies pluralistes de la constitutionnalisation de la puissance privée dans le cadre de la globalisation : le « constitutionnalisme sociétal »

939. Neil Walker caractérise le « pluralisme constitutionnel » comme l'union de deux notions qui peuvent paraître contradictoires : l'approche constitutionnelle, qui tend vers l'unité et la hiérarchie, et le pluralisme, qui insiste sur la multiplicité, la diversité et sur « *les modalités non hiérarchiques de la reconnaissance et de l'accueil de cette multiplicité* »²⁵⁸⁵. Pour Neil Walker, le « pluralisme constitutionnel » chercherait donc « *à conserver du constitutionnalisme l'idée d'un registre unique de validation pour l'ensemble du domaine politique tout en conservant du pluralisme le sens de la diversité riche et irréductible de ce domaine politique* »²⁵⁸⁶. Cette approche semble mieux adaptée au développement du pluralisme et à l'imbrication de différents niveaux de gouvernance favorisés par la globalisation. J.-B. Auby considère à ce titre que si « *notre vision habituelle de l'univers juridique est une vision de géométrie plane* », les effets de la globalisation sur le droit transforment sa morphologie et « *l'attirent vers une géométrie dans l'espace, que l'on dira de moins en moins euclidienne* »²⁵⁸⁷.

²⁵⁸⁵ « *When we speak of pluralism [...] the emphasis is always upon multiplicity and diversity and upon the non-hierarchical terms of the recognition and accommodation of that multiplicity* ». N. Walker, « Constitutionalism and Pluralism in Global Context », in M. Avbelj, J. Komárek (ed.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart Publishing, Oxford (R.-U.), 2012, p. 17.

²⁵⁸⁶ « *The constitutional pluralisme seeks to retain from constitutionalism the idea of a single authorising register for the political domain as a whole while at the same time retaining from pluralism a sens of the rich and irreducible diversity of that political domain* ». Ibid, p. 17-18.

²⁵⁸⁷ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Op. cit., p. 11.

940. Les théories que nous allons examiner à présent ont connu un vif intérêt dans les environnements intellectuels anglo-saxon et germanique. La prégnance du positivisme juridique dominé par la figure de l'Etat souverain a limité, en France, leur développement. Cependant, l'importance des manifestations de la globalisation juridique et les échanges dans le domaine de la recherche universitaire ont permis la circulation de travaux provenant de zones géographiques dans lesquelles les approches sociologiques ont été moins marginalisées par le positivisme stato-centré.

941. Cela étant, l'hypothèse d'une constitutionnalisation de la puissance privée n'a pas attendu le stade actuel de globalisation pour être prise au sérieux par la sociologie. Ce qui a changé la donne est surtout le sentiment d'urgence face au constat que « *la mondialisation et les interdépendances qui l'accompagnent sont irréversibles et en pleine accélération* »²⁵⁸⁸. Nous pouvons ainsi citer les travaux, précurseurs à bien des égards, qui s'intéressent aux « institutions non étatiques de la société ». Ces derniers se fondent sur la distinction entre deux espaces différenciés d'exercice du pouvoir et des fonctions normatives au sein de toute société libérale. D'une part se trouverait l'objet central des sciences politique et juridique, les institutions publiques, c'est-à-dire l'Etat comme forme hégémonique de domination qui réalise le « *couplage structurel de la politique et du droit* »²⁵⁸⁹. D'autre part, il y aurait un chapelet de secteurs composant la société, à même, eux aussi, d'élaborer leur propres normes de régulation. Ces secteurs sociaux, écartés par les approches positivistes stato-nationales, devraient faire l'objet d'une étude spécifique, de nature sociologique, visant à montrer l'activité de nature normative s'y déployant. Aussi, ces analyses se fondent notamment sur les apports des théories de la différenciation sociale, telles qu'Emile Durkheim, Georg Simmel ou Max Weber ont pu les développer à la fin du XIXe et au début du XX siècle.

Reihart Koselleck, en particulier, adresse une critique à l'approche trop stato-centrée de la théorie constitutionnelle dominante²⁵⁹⁰. Il plaide pour débarrasser « *le concept de constitution d'une réduction en des termes étatiques* » et l'étendre « *à toutes les institutions de la société* »²⁵⁹¹. Il considère que « *les questions d'ordre social, religieux, économique ou financier ne devraient plus*

²⁵⁸⁸ M. Delmas-Marty, *Une boussole des possibles*, Op. cit., p. 10.

²⁵⁸⁹ G. Teubner, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Op. cit., p. 104.

²⁵⁹⁰ R. Koselleck, « Begriffsgeschichtliche Probleme », *Begriffsgeschichten : Studies zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprachen*, Suhrkamp, Francfort (Allemagne), 2006. Ouvrage cité par G. Teubner, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Op. cit., p. 50 et s.

²⁵⁹¹ G. Teubner, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Op. cit. p. 51.

*être traitées seulement comme des problèmes de simple législation, mais comme des problèmes relevant d'une véritable «constitution sociétale » »*²⁵⁹².

942. L'hypothèse du constitutionnalisme sociétal s'affirme donc sans ambages comme « *l'antithèse à la doctrine soutenant un rapport indispensable entre la constitution et l'État* »²⁵⁹³. L'intuition qui l'anime trouve une justification dans le contenu de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui lie l'existence d'une Constitution à une « société » (« *toute société dans laquelle...* ») et non pas nécessairement à un Etat. Ainsi, l'expression « d'institutions non étatiques de la société » permettrait de désigner les «sous-systèmes sociaux» (le « système social »²⁵⁹⁴ désignant la société dans son ensemble en tant qu'elle réunit l'ensemble de tous les « sous-systèmes »²⁵⁹⁵) dont l'organisation normative interne constituerait un problème à part entière au sein des sociétés modernes et libérales, problème que la sociologie est amenée à prendre en charge intellectuellement.

943. Les « sous-systèmes sociaux » seraient donc tous les secteurs de la vie sociale (la finance, le commerce, la santé, le sport...) qui possèdent une « logique rationnelle propre »²⁵⁹⁶. Parfois, la poursuite de ces logiques rationnelles particulières pourrait entrer en collision avec la fonction propre aux ordres constitutionnels libéraux, c'est-à-dire celle d'assurer le respect du triptyque «démocratie / droits de l'homme /Etat de droit». Prenons, par exemple, les activités propres à la recherche en matière médicale. Celles-ci sont guidées par une logique particulière, celle d'un accroissement sans cesse plus important de la connaissance dans le domaine de la santé humaine. Cependant, leur développement autonome, sans régulation exogène, peut soulever d'importants enjeux éthiques dont l'encadrement appelle, précisément, une régulation normative de nature politico-constitutionnelle. Cette dernière se traduit, par exemple, par l'adoption de règles de

²⁵⁹² *Idem*.

²⁵⁹³ G. Thornhill. « Politische Macht und Verfassung jenseits des Nationalstaats », *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, no 32, 2011, p. 205, p. 212. Cité par G. Teubner, « Constitutionnalisme sociétal : Neuf variations sur un thème de David Sciulli », *JP*, janvier 2018 (« Constitutionnalisme global »).

²⁵⁹⁴ Ce terme évoquerait, selon Isabelle Aubert, l'idée selon laquelle « *dans les sociétés actuelles, les phénomènes sociaux qui affectent en profondeur une société donnée ont la particularité de se faire «par-dessus la tête des individus», au sens où les membres d'une société ne sauraient les comprendre ni agir sur eux* ». Cf. I. Aubert, « Préface de la traductrice », in G. Teubner, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, *Op. cit.* p. 13.

²⁵⁹⁵ Cf. l'explication d'Isabelle Aubert, *Ibid.*, p. 12, note 1.

²⁵⁹⁶ Pour rappel, cette expression désigne une raison autonome qui organise leur activité et guide leur action vers une finalité logique (le développement des flux sans contraintes, l'approfondissement de la connaissance médicale, la promotion d'activités sportives dans le monde...).

bioéthique imposées par la puissance publique. Ainsi, ce modèle typiquement libéral postule sur le principe de l'autonomie de secteurs sociaux différenciés dont l'activité peut, le cas échéant, faire l'objet d'une régulation étatique²⁵⁹⁷. L'ordre constitutionnel est ainsi le garant en dernier ressort du bon équilibre entre l'autonomie des sous-systèmes sociaux et leur soumission au respect de règles et de principes supérieurs, consacrés et sauvegardés en dernière instance par l'Etat.

944. En revanche, ce modèle devient difficilement tenable lorsque certaines activités sociales se répandent au-delà des frontières nationales. En effet, la globalisation provoque un « *décalage entre les sous-systèmes sociaux, établis dans le monde entier, et la politique, restée au niveau interétatique* »²⁵⁹⁸ qui débouche sur une « *fragmentation constitutionnelle* »²⁵⁹⁹. Par ailleurs, cet enjeu prend, aujourd'hui, une autre dimension car les externalités négatives issues de ces activités ou les risques inhérents à l'absence de régulation peuvent faire peser des menaces systémiques sur

²⁵⁹⁷ Un autre exemple peut être fourni par le concept de « constitution économique » de la société, très prégnant dans la pensée juridique allemande. Cette « constitution » naîtrait des rapports, parfois conflictuels, entre, d'une part, des dynamiques propres à l'économie comme secteur social et, d'autre part, des « *interventions juridico-politiques* » pour limiter la portée auto-destructrice de cette dernière. Selon Gunther Teubner, « *la constitution autonome de l'économie [...] résulte de l'action conjuguée de l'autorégulation économique, des connaissances fournies par les sciences économiques et de la réglementation politico-juridique* ». Aussi, des rapports existent entre le droit constitutionnel de l'Etat et les institutions de l'économie comme secteur social dès lors qu'il existe une tendance à étendre le domaine de la régulation de l'économie par le droit constitutionnel. Comme l'indique Claire Mongouachon, la notion de « constitution économique » apparaît avec l'avènement de la République de Weimar. La Constitution allemande du 11 août 1919 « *contenait une section 5, restée très célèbre, intitulée « l'ordre de la vie économique » (« Ordnung des Wirtschaftslebens* ») ». Cette section comprend 15 articles qui consacrent « *à côté des libertés du droit économique libéral classique, des principes, des institutions et des programmes qui traduisaient une révolution démocratique et sociale* ». Ce jeu de balancier entre, d'une part, la prétention de l'Etat à réguler des pans toujours plus importants de la vie sociale au travers de l'édiction de règles constitutionnelles et, d'autre part, la vocation à l'autonomie de secteurs sociaux, révèle le caractère évolutif des frontières entre le droit constitutionnel étatique et l'auto-organisation de secteurs sociaux. Le résultat serait, selon une certaine sociologie de la constitution, une « constitution sectorielle » hybride, plus ou moins déterminée par le droit constitutionnel étatique en fonction du degré de libéralisme de l'Etat. Plus un Etat s'inscrirait dans une perspective libérale - ou plus un Etat est hors d'état de réguler les flux qui traversent son territoire -, plus l'existence de « constitutions sectorielles » serait déterminante (C. Mongouachon, « Les débats sur la Constitution économique en Allemagne », *RFDC*, 2012/2 (n°90), p. 303 et s.). Comme le souligne l'historien Quinn Slobodian, la définition d'une « Constitution économique » ne se réfère pas nécessairement, pour les ordolibéraux allemands, à l'acception juridique de la Constitution. Selon Slobodian, « *ce qui était nécessaire pour une véritable constitution économique était l'unité de vision pour un ordre économique* ». Q. Slobodian, *Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Harvard University Press, Cambridge (EUA), 2018, p. 211.

²⁵⁹⁸ G. Teubner, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, *Op. cit.*, p. 103.

²⁵⁹⁹ *Idem.*

le plan économique²⁶⁰⁰, social²⁶⁰¹, voire géopolitique²⁶⁰². C'est ainsi qu'il convient de repenser le constitutionnalisme privé en régime libéral à l'échelle, non plus de l'Etat constitutionnel, mais du globe. Les efforts intellectuels qui s'inscrivent aujourd'hui dans cette lignée ouvrent donc des voies pluralistes à la constitutionnalisation de la puissance privée en régime de globalisation libérale. Celles-ci font le deuil de toute forme de constitutionnalisation unitaire, que ce soit au travers du droit international²⁶⁰³ ou du droit constitutionnel national²⁶⁰⁴.

945. Tel est le point de départ de la démarche adoptée par Gunther Teubner. Pour ce dernier, la globalisation provoque une transformation radicale de la théorie constitutionnelle dès lors que « *ce n'est pas seulement pour le monde étatique de la politique internationale ni pour le droit international que la question de la constitutionnalisation se pose mais aussi, déjà, pour d'autres sous-systèmes autonomes de la société mondiale, pour l'économie globale d'abord mais aussi pour la science et la technologie, pour le système éducatif, les nouveaux médias et la santé publique* »²⁶⁰⁵. Dans le « monde globalisé », « *les principaux candidats au statut de constitutions particulières pour les fragments de la société mondiale [seraient] les organisations transnationales, c'est-à-dire les organisations internationales du monde des Etats, les entreprises multinationales et les organisations globales non gouvernementales* »²⁶⁰⁶. Teubner postule donc que la constitutionnalisation « *ne soit pas limitée aux organisations de droit international mais qu'elle saisisse aussi tout particulièrement ces organisations qui se sont constituées en vertu du private ordering* »²⁶⁰⁷. En ce sens, nous avons présenté antérieurement l'exemple de l'ICANN²⁶⁰⁸.

²⁶⁰⁰ Pensons, par exemple, à la banque d'investissement Lehman Brothers, dont la faillite en 2008 provoquée par des abus en matière comptable a aggravé la crise financière mondiale. Plus largement, selon Gunther Teubner « *à travers le démantèlement des barrières nationales et à travers une politique explicite de déréglementation fut établie une constitution globale des marchés financiers, politiquement voulue et juridiquement stabilisée, qui libérait des dynamiques incontrôlées* ». *Ibid.*, p. 42.

²⁶⁰¹ C'est le cas de firmes de « *fast fashion* » multinationales comme Zara dont l'activité de fabrication de vêtements à bas coût peut entraîner des risques considérables pour les employés de leurs sous-traitants (nous pensons à l'effondrement du « Rana Plaza » au Bangladesh en 2013 qui fit plus de 1000 morts).

²⁶⁰² Il nous vient à l'esprit le cas du cimentier Lafarge, qui fait l'objet d'une procédure judiciaire car il aurait établi des liens financiers avec *Daesh* en Syrie afin de protéger ses installations.

²⁶⁰³ Par exemple le « Pacte Mondial » préconisé par Kofi Annan.

²⁶⁰⁴ Gunther Teubner récuse explicitement ce qu'il appelle « la constitutionnalisation sociétale grâce au monde des Etats ».

²⁶⁰⁵ G. Teubner, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, *Op. cit.*, p. 31.

²⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 108.

²⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 109.

²⁶⁰⁸ Cf. *supra*. I. B.

946. D'une part, il est possible de remarquer un point commun entre le défi que relèveront les théoriciens du constitutionnalisme à partir du milieu du XVIII^e siècle - comment organiser la puissance de l'Etat en limitant ses abus pour que la société puisse s'épanouir dans l'échange d'idées, de biens, de services, etc. ? - et le défi auquel doivent faire face les penseurs contemporains du constitutionnalisme dans la sphère globale - comment « *libérer des énergies sociales totalement différentes, particulièrement sensibles dans l'économie, mais aussi dans les domaines scientifiques et technologiques, la médecine et les nouveaux médias, et de limiter efficacement leurs effets destructifs* »²⁶⁰⁹? D'autre part, selon Teubner, les activités sociales déployées à l'échelle globale pourraient être constitutionnalisées lorsque les institutions non étatiques par lesquelles elles s'exercent « *présentent des analogies visibles avec le pouvoir constituant de l'Etat-nation, avec l'autofondation d'un collectif, avec la formation démocratique de la décision et avec la part d'organisation d'une constitution politique au sens étroit* »²⁶¹⁰. C'est ainsi que Teubner se propose de rechercher « *dans les secteurs transnationaux, un équivalent aux constitutions nationales en ce qui concerne les fonctions, les arènes, les processus et les structures* »²⁶¹¹.

947. Or une difficulté apparaît rapidement, qui est liée à l'usage de la grammaire du constitutionnalisme pour tâcher d'organiser un environnement social et institutionnel autre que celui de l'Etat ou d'une forme politique universelle (l'ONU par exemple).

948. Cette relative dépendance intellectuelle au modèle étatique dont font preuve les théories du constitutionnalisme privé dans la globalisation fonde deux critiques opposées. D'une part, celle des auteurs qui, comme Mireille Delmas-Marty, s'inscrivent dans une logique purement pluraliste. Selon cette dernière, « *les théories cherchant à construire un constitutionnalisme global, un droit administratif global, ou encore un ordre juridique transnational privé non-étatique [...] témoignent des tensions inhérentes, voire de l'irrationalité de toute tentative de trouver un appui dans des catégories bien ordonnées, issues d'histoires et mémoires idiosyncratiques, pour comprendre et agir dans un monde foncièrement désordonné, interactif, instable, non hiérarchisé* »²⁶¹². D'autre part, pour les auteurs qui souhaitent conserver une conception stato-nationale du droit constitutionnel,

²⁶⁰⁹ G. Teubner, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Op. cit., p. 28.

²⁶¹⁰ Ibid, p. 39.

²⁶¹¹ Ibid, p. 41.

²⁶¹² M. Delmas-Marty, H. Pascal et V. Rotaru, « Gouverner la mondialisation », RED, année 02, mars 2021, p. 2.

comme par exemple l'allemand Dieter Grimm²⁶¹³, l'échelle globale ne réunit pas les conditions minimales pour accueillir le constitutionnalisme. En particulier, son substrat humain et politique, le *demos*, serait structurellement absent au-delà de l'Etat-nation. Partant, la solution face à la crise du constitutionnalisme étatique ne pourrait passer que par le raffermissement de la place des Etats dans l'espace extra-national car seuls ces derniers demeurent assujettis aux exigences d'une Constitution digne de ce nom, capable de garantir les droits de l'homme et de relier autorité et légitimité²⁶¹⁴. En effet, la possibilité de penser la légitimité du constitutionnalisme à travers son lien avec un substrat humain, une collectivité humaine territorialisée, partageant « *la possession en commun d'un riche legs de souvenirs* » et manifestant son « *désir de vivre ensemble* » - autrement dit, une nation au sens de Renan²⁶¹⁵ - semble absente des théories du droit constitutionnel à l'échelle globale. Sa légitimité est de nature procédurale (ce que résume l'idée de *Rule of law*) et téléologique mais pas nécessairement démocratique ou représentative. Il n'y a donc pas d'équivalent au principe de souveraineté nationale²⁶¹⁶ car c'est précisément ce concept que le constitutionnalisme global prétend dépasser.

949. Par conséquent, projeter le constitutionnalisme dans la sphère globale comporte des vertus heuristiques mais également des limites. Sur le plan des vertus, la théorie du constitutionnalisme sociétal propose une solution familière et rassurante aux déséquilibres mondiaux. Le déplacement du constitutionnalisme à l'échelle globale permet d'introduire de l'ordre dans le désordre. Néanmoins, cet exercice de translation a au moins une limite : il laisse un sentiment d'inadaptation du raisonnement constitutionnaliste à des réalités politiques et juridiques très particulières. En ce sens, le pluralisme ordonné peut apparaître comme mieux adapté à la prise en compte du «bricolage juridique» des acteurs de la mondialisation. Selon cette approche, le théoricien doit, lui aussi, devenir un « bricoleur » en tâchant « *de « globaliser » les ordres juridiques nationaux en les rapprochant sans les confondre, et de « contextualiser » les normes internationales en les adaptant*

²⁶¹³ Celui-ci regrette que « *en raison de l'érosion de la puissance étatique et du transfert de prérogatives d'autorité publique à des organisations internationales* » un écart entre l'autorité publique, d'une part, et « *la légitimation et la limitation de cette autorité par la Constitution, d'autre part* » se soit creusé. Cf. « L'acquis du constitutionnalisme et ses perspectives dans un monde changé », *Op. cit.*, p. 19.

²⁶¹⁴ Cf. *Ibid*, p. 20.

²⁶¹⁵ « Qu'est-ce qu'une nation? », Conférence en Sorbonne, 11 mars 1882 [En ligne sur le site de l'IHEAL : http://www.iheal.univ-paris3.fr/sites/www.iheal.univ-paris3.fr/files/Renan_-_Qu_est-ce_qu_une_Nation.pdf].

²⁶¹⁶ Pour un développement concernant les rapports entre constitutionnalisme et légitimité dans le cadre étatique, cf.

supra. Partie 1, Titre 2, Chap. 1.

*aux réalités locales ; au catégorique, le bricoleur substitue le proportionnel, à l'intégration verticale il oppose la concertation horizontale, à l'identique il préfère le semblable »*²⁶¹⁷.

950. Au demeurant, l'approche constitutionnelle trouve dans le cadre de l'Union et du Conseil de l'Europe un environnement davantage favorable à son épanouissement qu'à l'échelle globale. En effet, l'usage de la grammaire constitutionnelle pour qualifier l'Union européenne et le Conseil de l'Europe est devenu, aujourd'hui, quelque chose de banal.

Section 2. Les théories du constitutionnalisme européen

951. Dans le cadre de l'Union européenne, le constitutionnalisme et les mots qui s'y rapportent sont mobilisés à la fois par les institutions européennes et par la doctrine. La Cour de Justice des Communautés européennes considère, depuis longtemps, le traité de Rome (instaurant la Communauté économique européenne) comme la « *charte constitutionnelle de base* » d'une « *Communauté de droit* »²⁶¹⁸. Ses arrêts fondateurs reconnaissant la primauté²⁶¹⁹ et l'effet direct²⁶²⁰ du droit communautaire avaient déjà posé les fondements de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire et, partant, d'une lecture constitutionnelle des traités originaires.

952. La très large médiatisation des débats autour du Traité établissant une Constitution pour l'Europe en 2005 eurent pour effet d'extraire ces interrogations du domaine technique pour en faire un sujet politique majeur, même si celui-ci fut rapidement émoussé après le rejet du traité par référendum en France et aux Pays-Bas. Les doutes et l'incertitude qui s'en suivirent n'eurent aucune conséquence sur la conception de l'Union qui transparaît de la jurisprudence de la Cour. Pour cette dernière, le droit de l'Union européenne « *se caractérise en effet par la circonstance d'être issu d'une source autonome, constituée par les traités, par sa primauté par rapport aux droits des États membres ainsi que par l'effet direct de toute une série de dispositions applicables à*

²⁶¹⁷ M. Delmas-Marty, H. Pascal et V. Rotaru, « Gouverner la mondialisation », *Op. cit.*

²⁶¹⁸ « *La Communauté économique européenne est une Communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité* ». CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste «Les verts» c/ Parlement européen*, aff. 294/83, point 23.

²⁶¹⁹ CJCE, 15 juill. 1964, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, aff. 6-64 ; CJCE, 5 fév. 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, aff. 26-62.

²⁶²⁰ CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*, aff. 106/77.

leurs ressortissants et à eux-mêmes »²⁶²¹. Elle estime ainsi que « de telles caractéristiques ont donné lieu à un réseau structuré de principes, de règles et de relations juridiques mutuellement interdépendantes liant, réciproquement, l'Union elle-même et ses États membres, ainsi que ceux-ci entre eux »²⁶²². Dès lors, ce réseau est assimilé à un « cadre constitutionnel », formé de valeurs fondatrices, des principes généraux du droit de l'Union, des dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi que des dispositions des traités²⁶²³.

953. Du point de vue de la doctrine, la spécificité de l'Union européenne en tant qu'organisation à vocation fédérale composée d'États souverains²⁶²⁴ constitue un terreau favorable pour l'épanouissement des approches constitutionnelles pluralistes. Différentes théories comme le « *multilevel constitutionalism* »²⁶²⁵, le « *constitutional pluralism* »²⁶²⁶, le « *transconstitutionnalism* »²⁶²⁷ ou le pluralisme ordonné ont pour fondement l'hypothèse d'un droit constitutionnel européen. C'est pourquoi l'étude du droit constitutionnel de l'Union connaît une expansion dans les Facultés de droit, y compris en France²⁶²⁸.

954. Comme nous l'avons montré dans le chapitre précédent, le Conseil de l'Europe n'a pas moins contribué à une harmonisation juridique européenne, y compris de par ses interactions avec le droit

²⁶²¹ CJUE, Avis 1/17, 30 avril 2019, *relatif à l'accord commercial global entre le Canada et l'Union européenne*, point 109.

²⁶²² *Idem*.

²⁶²³ *Idem*, point 110.

²⁶²⁴ Sur les questionnements au sujet de la nature de l'Union, cf. *infra*. II.

²⁶²⁵ Selon Sylvie Torcol, le *multilevel constitutionalism* ou « constitutionnalisme multiniveaux », « suggère que l'Union européenne constitue un système constitutionnel composé d'un niveau national et d'un niveau supranational, les deux étant complémentaires ». S. Torcol, « Le droit constitutionnel européen, droit de la conciliation des ordres juridiques », RFDC, 2016/1, n° 105, p. 101.

Pour une présentation plus détaillée, v. N. Walker, « Le constitutionnalisme multiniveaux », in D. Chagnollaud et M. Troper, *Traité international de droit constitutionnel (Tome 1 - Théorie de la Constitution)*, Op. cit., p. 442-462.

²⁶²⁶ Selon Neil Walker, le « *constitutional pluralism* » postule que l'État n'est plus l'unique siège de l'autorité

constitutionnelle et qu'il doit composer avec d'autres espaces constitutionnels, dont notamment ceux qui sont situés dans une échelle supra-étatique. Les rapports entre l'État et les espaces constitutionnels supra-nationaux doivent être conçus à partir d'une logique hétérarchique et non plus hiérarchique. Cf. N. Walker, « The Idea of Constitutional Pluralism », *Modern Law Review*, 2002 (65), p. 317-359.

²⁶²⁷ M. Neves, *Transconstitutionnalism*, Hart Publishing, Londres, 2013.

²⁶²⁸ Sylvie Torcol affirme que si le « droit constitutionnel européen » n'est pas « une discipline à proprement parler, la matière, en tant que telle, est cependant enseignée dans plusieurs universités : Montpellier (où D. Rousseau – aujourd'hui J. Bonnet – a contribué à une véritable réflexion sur l'existence même du DCE), Strasbourg, Paris 1 et la liste est certainement bien plus longue ». A l'étranger, « le DCE [droit constitutionnel européen] est enseigné depuis bien plus longtemps qu'en France par l'Espagne, la Grèce, la Belgique (Académie de Droit Européen) et l'Allemagne avec notamment le Walter Hallstein Institut, Institut de droit européen de Humboldt à Berlin ». V. « Le droit constitutionnel européen, droit de la conciliation des ordres juridiques », Op. cit., p. 102.

de l'Union. La Cour européenne des droits de l'homme a, en effet, développé une jurisprudence portant sur des domaines de nature intrinsèquement constitutionnelle. Les conditions dans lesquelles s'exerce le droit de vote²⁶²⁹ ou les modalités d'organisation de la procédure contentieuse administrative²⁶³⁰ en sont deux exemples parmi les plus connus²⁶³¹. Aussi, la Cour de Strasbourg considère, dans une référence désormais très célèbre, que la Convention est un « *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* »²⁶³².

955. Il s'agit donc à présent d'examiner différentes approches qui postulent un « constitutionnalisme européen ». Nous verrons d'abord les approches constitutionnelles de l'Union européenne (§1) puis celles du droit issu de la Convention (§ 2).

§ 1. Les approches constitutionnelles du droit de l'Union européenne

956. La conception de l'Union européenne et, en premier lieu, des Communautés, comme un objet constitutionnel est le résultat d'un travail doctrinal de long cours, réalisé par des juristes engagés dès les années 1950. Le développement du « constitutionnalisme européen » comme courant doctrinal représente la réalisation de la prophétie émise par Georges Dor en 1935, lorsqu'il évoquait le travail patient et « sous le radar » de juristes engagés, préparant « *un terrain favorable à l'internationalisation [du droit constitutionnel] par la détermination des grands principes qu'il est essentiel de faire entrer dans le patrimoine juridique commun ; en s'accordant sur une interprétation identique des règles dont on envisage l'unification ; en arrêtant une méthode susceptible de faire passer aisément les conceptions scientifiques ainsi dégagées du plan théorique dans le domaine des réalisations positives* »²⁶³³.

²⁶²⁹ V. par ex. CEDH, Gde Chambre, 6 octobre 2005, n°74025/01, *Hirst (n°2) c/ Royaume-Uni*.

²⁶³⁰ V. CEDH, 28 septembre 1995, req. n° 14570/89, *Procola c. Luxembourg* et également, en ce qui concerne la juridiction administrative française, CEDH, Gde Chambre, 7 juin 2001, req. n°39594/98, *Kress c/ France* puis CEDH, 4 juin 2013, req. n°54984/09, *Marc Antoine c/ France*.

²⁶³¹ D'autres ex. peuvent être retrouvés *supra.*, Chap. précédent, Sect. 2.

²⁶³² CEDH, Ch., 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie*, Aff. n°15318/89, point n°75.

²⁶³³ G. Dor, « Contribution à l'étude du problème de l'internationalisation des règles du droit public interne », *Op. cit.*, p. 130.

957. En effet, à l'instar de l'Etat quatre siècles plus tôt²⁶³⁴, les Communautés et l'Union ont dû être pensées afin de donner une portée juridique extensive aux traités et au droit dérivé. Ainsi, une véritable controverse s'est engagée entre deux positions irréconciliables à propos de la nature des traités dont ces dernières découlent. D'une part, la pensée stato-nationale la ramène nécessairement et en dernière analyse à l'action normative des Etats. C'est le sens de la formule de la Cour de Karlsruhe, selon laquelle les Etats demeureraient les «maîtres des traités» et l'Union la créature des Etats en tant qu'elle est une «union d'Etats» (*Staatenverbund*). D'autre part, la doctrine communautariste a fortement investi l'hypothèse de l'autonomie de l'ordre juridique européen.

958. Ainsi, les traités sont considérés par cette dernière comme la « *source autonome* » d'un ordre juridique dont la nature est « *spécifique* » et « *originale* »²⁶³⁵. On ne saurait trop insister sur la nature de cette opposition car elle est véritablement structurante. Elle produit deux manières opposées de concevoir un même objet, l'ordre juridique communautaire, et de justifier le statut de ses règles juridiques vis-à-vis du droit interne mais également du droit international. En ce sens, l'hypothèse de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire est radicalisée par les approches qui lui reconnaissent une nature constitutionnelle. Il convient donc d'examiner les théories du droit constitutionnel européen en présentant d'abord la genèse d'un « droit communautaire-discipline savante »²⁶³⁶ après la signature des traités de Rome de 1957 (I) puis ensuite leur contenu et leur portée (II).

I. L'apparition préalable du droit communautaire comme discipline savante

959. Les théories du droit constitutionnel communautaire plongent leurs racines dans deux sources intellectuelles majeures. D'une part, elles sont redevables des théories du droit constitutionnel international, qui surgissent dès le début du XXe siècle au sein des approches sociologiques et non stato-nationales du droit²⁶³⁷. De ce point de vue, l'hypothèse du droit constitutionnel

²⁶³⁴ Cf. *supra*. Partie 1, Titre 1, Chap. 1.

²⁶³⁵ Les citations proviennent de l'arrêt fondateur *Costa c/ Enel* de la Cour de justice, véritable déclaration d'indépendance de l'ordre juridique communautaire.

²⁶³⁶ La formule est de Julie Bailleux : J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, Dalloz (Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses), Paris, 2014, p. 8.

²⁶³⁷ Cf. *supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 2.

communautaire s'inscrit dans la lignée des théories du constitutionnalisme extra-étatique au sens large, telles que nous les avons présentées antérieurement. D'autre part, et c'est cela que nous souhaiterions montrer à présent, le second fondement sur lequel reposent les théories contemporaines du droit constitutionnel européen est le développement, tout à fait contingent *a priori* mais déterminant pour la suite, d'un « droit communautaire-discipline savante ».

960. Julie Bailleux montre bien le caractère contingent du droit communautaire comme discipline universitaire autonome. Ce dernier est loin d'aller de soi à la fin des années 1950. Il est le fruit du travail d'un réseau hétérogène de juristes qui partagent un intérêt commun : la légitimation d'un ordre juridique inédit situé entre le droit international classique et le droit interne des Etats. D'une part, ce réseau est formé de juristes praticiens, qui travaillent au sein des institutions communautaires, notamment le conseiller d'Etat Michel Gaudet, chef du service juridique de la Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) et Walter Hallstein, le premier président de la Commission de la Communauté économique européenne (CEE)²⁶³⁸. Les deux portaient un regard fédéraliste sur les Communautés et se montraient sensibles au rôle primordial que devait jouer le droit dans la construction d'une intégration davantage poussée. Après l'entrée en vigueur d'un traité établissant la CEE, moins pionnier sur le plan supranational que le traité établissant la CECA, Gaudet et le service juridique de la Commission poursuivirent une interprétation constitutionnelle des traités et, ce, de deux façons. D'une part, Gaudet promut la création du droit communautaire en tant que discipline savante avec la fondation de la Fédération internationale du droit européen (ou FIDE). D'autre part, Gaudet favorisa cette lecture « constitutionnelle » des traités lorsqu'il fut amené à interpréter le droit communautaire dans le cadre de litiges devant la CJCE. D'autre part, des juristes universitaires comme Pierre-Henri Teitgen, qui revient à l'Université après sa défaite aux élections législatives des 23 et 30 novembre 1958, contribuent à « *cristalliser* » des entreprises académiques jusque-là marginales et hétérogènes dans le champ juridique français » et à « les « connecter » aux mobilisations provenant des institutions communautaires »²⁶³⁹ comme celles que nous venons d'évoquer.

²⁶³⁸ F. Nicola et B. Davies (ed.), *EU Law Stories. Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, Cambridge University Press (coll. Law in Context), Cambridge (R.-U.), 2017, p. 112.

²⁶³⁹ F. Roa Bastos, « Julie Bailleux, Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France », *Politique européenne*, 2014/4 (n° 46), p. 182.

961. L'entreprise intellectuelle de ces hommes vise à dépasser les approches juridiques stato-nationales dans le droit-fil des théories du droit constitutionnel international qui les précèdent et qui demeurent l'une de leurs sources principales d'inspiration. La fonction du principe de souveraineté comme pierre angulaire des théories stato-nationales est particulièrement mise en cause. Selon Julie Bailleux, la construction d'une nouvelle discipline savante se justifie par la volonté de « *penser un droit véritablement supranational, c'est-à-dire un droit d'un nouvel ordre, affranchi des catégories «stato-nationales» enfermées dans l'opposition entre le droit international (droit des relations internationales et interétatiques) et le droit interne (droit de la souveraineté des Etats) - catégories dans lesquelles les juristes pensent alors la réalité sociale et politique et qui les empêchent de concevoir juridiquement cet entre-deux* »²⁶⁴⁰.

962. La technique et le discours juridiques sont mobilisés par cette deuxième génération de «pères fondateurs» à des fins de légitimation. En effet, le droit communautaire comme discipline enseignée dans les facultés de droit eut vocation à élaborer des outils « *d'objectivation, de naturalisation et de légitimation de ce nouvel ordre politique européen au coeur même des Etats membres* »²⁶⁴¹. Julie Bailleux considère la discipline juridique « droit communautaire » « *comme un système de justification d'un nouvel ordre politique qui s'invente - et qu'il contribue à faire advenir* »²⁶⁴². Partant, la sociogenèse de la construction, en France, du droit communautaire comme discipline savante permet de mettre en évidence son utilité justificative sur le terrain idéologique-politique. Le parallélisme avec la lente émergence de la pensée d'Etat, qui débouche sur les théories juridiques que nous avons étudiées plus haut²⁶⁴³, est remarquable. Ainsi, depuis les origines des Communautés, le dialogue entre la Cour de justice et la doctrine n'a cessé de se poursuivre²⁶⁴⁴.

963. Sur le plan du droit positif, la Cour de justice des Communautés européennes poursuit, dès les années 1960-1970, « *un programme visant à créer un ordre juridique constitutionnel* »²⁶⁴⁵. Edouard

²⁶⁴⁰ J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, Op. cit. p. 14.

²⁶⁴¹ *Ibid*, p. 9.

²⁶⁴² *Idem*.

²⁶⁴³ Cf. Partie 1, Titre 2, Chap. 1.

²⁶⁴⁴ G. Marti, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », in B. Bertrand et L. Clément-Wilz, *Méthodes et stratégies dans l'Union européenne*, Presses Universitaires de Rennes (Coll. Droits européens), Rennes (France), p. 239-249.

²⁶⁴⁵ F. Nicola et B. Davies (ed.), *EU Law Stories. Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, Op. cit., p. 102.

Dubout parle, à ce titre, de « *lecture judiciaire performative transformant les traités fondateurs en véritable Constitution* »²⁶⁴⁶. Attestent de cette entreprise jurisprudentielle les arrêts emblématiques *Van Gend en Loos*²⁶⁴⁷, *Costa c/ Enel*²⁶⁴⁸, *Commission c/ Luxembourg et Belgique*²⁶⁴⁹, *Internationale Handelsgesellschaft*²⁶⁵⁰, *Simmenthal*²⁶⁵¹... La jurisprudence pionnière *Van Gend en Loos* est particulièrement importante car elle pose le premier jalon d'un « *agenda visant à créer un ordre juridique constitutionnel* »²⁶⁵² dans le cadre des Communautés. Reconnaisant l'invocabilité directe des stipulations du traité CEE dans le cadre de recours individuels, « *elle allait plutôt à l'encontre de la décision du groupe de rédaction en ce qui concerne l'accès des particuliers à la CJCE et s'écarterait sans doute aussi de la conception générale du traité CEE qui, dans une large mesure, reposait sur la législation subordonnée du Conseil pour concrétiser les normes juridiques plus larges du traité* »²⁶⁵³. Loin d'être évident, cet arrêt « *s'inscrivait dans le cadre d'un conflit politique plus large entre, d'une part, les forces de la CEE qui prônaient sa fédéralisation, notamment la commission Hallstein, et, d'autre part, en particulier, le président et le gouvernement français qui contestaient l'indépendance des institutions supranationales* »²⁶⁵⁴. Se prononçant en faveur de la thèse supranationale, qui renvoie à l'idée d'une structure fédéralisante, l'arrêt *Van Gend en Loos* et la jurisprudence qui s'ensuit offrent ainsi des arguments aux auteurs qui militent en faveur de la reconnaissance de la spécificité du droit communautaire²⁶⁵⁵.

²⁶⁴⁶ E. Dubout, « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *Op. cit.*

²⁶⁴⁷ CJCE, 5 fév. 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, Aff. 26-62.

²⁶⁴⁸ CJCE, 15 juill. 1964, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, Aff. 6-64.

²⁶⁴⁹ CJCE, 13 nov. 1964, *Commission de la Communauté économique européenne contre Grand-Duché de Luxembourg et Royaume de Belgique*, Aff. joint. 90/63 et 91/63.

²⁶⁵⁰ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Aff. 11-70.

²⁶⁵¹ CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*, Aff. 106/77.

²⁶⁵² F. Nicola et B. Davies (ed.), *EU Law Stories. Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, *Op. cit.*, p. 102.

²⁶⁵³ *Ibid*, p. 118.

²⁶⁵⁴ *Idem*.

²⁶⁵⁵ Comme l'affirme Karen J. Alter, « *La CJCE a fondé ses interprétations provocatrices sur la nature «spéciale» et «originale» du traité de Rome. Or, le traité de Rome ne dit nulle part que les individus ont qualité pour soulever devant les tribunaux nationaux des violations du droit communautaire par les États. Il ne dit nulle part que les tribunaux nationaux doivent faire primer le droit européen sur le droit national. Peu d'hommes politiques ou de juristes perçurent le Traité de Rome autrement que comme un traité de droit international classique. En effet, l'idée selon laquelle ce dernier créait un «nouvel ordre juridique de droit international» n'était guère plus qu'une affirmation de la CJCE* ». Cf. K. J. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford (Coll. Studies in European Law), Oxford (R.-U.), 2001, p. 2.

964. C'est ainsi que la construction d'une discipline savante autonome consacrée à la théorisation et à l'étude du droit communautaire s'est faite dans un mouvement d'aller-retour entre le champ pratique, c'est-à-dire l'élaboration et l'interprétation du droit positif, et le champ théorique. Elle a finalement alimenté le développement, à la fin des années 1990, des théories constitutionnelles du droit communautaire et de l'Union européenne dont il convient à présent de présenter le contenu et la portée.

II. L'émergence postérieure des théories constitutionnelles du droit communautaire

965. L'expression « droit constitutionnel européen » apparaît, d'emblée, comme une formule ambiguë et polysémique. Elle peut faire référence à l'une des deux, ou aux deux, acceptions du terme « droit ». D'une part, elle peut se référer au droit comme un ensemble de règles et désigner ainsi l'existence d'une Constitution à l'échelle de l'Europe. D'autre part, le « droit constitutionnel européen » peut renvoyer à une discipline juridique nouvelle qui étudierait certaines évolutions plus ou moins récentes du droit de l'Union. En ce sens, comme le suggère Hélène Gaudin, *« se rapprocher toujours davantage de la réalité, pouvoir l'appréhender dans sa globalité et sa complexité, n'est-ce pas là l'enjeu de l'identification du droit constitutionnel européen ? »*²⁶⁵⁶. Evidemment, bien que distinctes, les deux significations sont liées. Dominique Rousseau, dans une formule influencée par la pensée habermassienne, se réfère aux deux acceptions à la fois lorsqu'il estime que le « droit constitutionnel européen » *« pourrait se définir comme la construction des catégories juridiques, des principes et des institutions dans lesquels et par lesquels se représente l'espace public européen en formation »*²⁶⁵⁷.

966. L'hypothèse du droit constitutionnel européen répond initialement à l'impératif de conciliation des ordres juridiques à travers une conception pluraliste du fait constitutionnel dans l'espace européen (A). Les avancées en matière politique ont permis d'envisager les conditions de possibilité d'un pouvoir constituant européen qui parachève l'hypothèse constitutionnelle (B).

²⁶⁵⁶ D. Rousseau et H. Gaudin, « Le droit constitutionnel en débat, le droit constitutionnel européen existe-t-il ? », *RDP*, n° 3, 2008, p. 721.

²⁶⁵⁷ *Idem*.

A. La théorie du droit constitutionnel européen, un pluralisme constitutionnel

967. Ingolf Pernice se trouve parmi les premiers auteurs à avoir théorisé l'hypothèse du « droit constitutionnel européen ». Il propose, en 1998, l'idée de « constitution composée » ou « union constitutionnelle » (*Verfassungsverbund*) pour qualifier le nouvel objet institutionnel que représente l'Union européenne. En ce sens, Pernice s'oppose à la lecture adoptée par la Cour de Karlsruhe, qui qualifie l'Union, dans sa décision relative au Traité de Maastricht en 1993, « composé d'Etats » ou « union d'Etats » (*Staatenverbund*). Le choix de penser l'Union européenne sous le prisme constitutionnel permet de mettre en exergue « *la continuité et la complémentarité de l'autorité publique* » alors que le terme « Etat », « *entendu comme catégorie particularisante, suggère la singularité et l'exclusivité réciproque de l'autorité publique* »²⁶⁵⁸.

968. Ainsi, dans un contexte marqué par l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne les 11 et 12 septembre 2000 puis de la déclaration de Laeken et la mise en place de la Convention sur l'avenir de l'Europe, la thèse de Pernice fait florès. Postulant l'apparition d'une Constitution européenne « *détachée de la notion de l'Etat* »²⁶⁵⁹, il adopte une approche multiniveaux (« *multilevel constitutionalism* » ou « système constitutionnel composé »). Selon cette dernière, « *l'Union européenne constitue un système constitutionnel composé d'un niveau national et d'un niveau supranational, les deux étant complémentaires* »²⁶⁶⁰. Le « droit constitutionnel européen » désignerait donc l'ensemble formé par ces deux niveaux constitutionnels. Il s'agirait de faire « *la synthèse de l'européanisation des droits nationaux et de la constitutionnalisation du droit de l'Union* »²⁶⁶¹. C'est ainsi que le droit constitutionnel européen deviendrait un droit de la conciliation ou de la coordination des ordres juridiques. Ce point de vue

²⁶⁵⁸ N. Walker, « Le constitutionnalisme multiniveaux », *Op. cit.*, p. 444.

²⁶⁵⁹ I. Pernice, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Pedone (Coll. Institut des hautes études internationales de Paris), Paris, 2004, p. 8.

²⁶⁶⁰ *Ibid*, p. 26.

²⁶⁶¹ S. Torcol, « Le droit constitutionnel européen, droit de la conciliation des ordres juridiques », *Op. cit.*, p. 116.

impliquerait de ne plus raisonner « *en terme d'antagonisme des disciplines et des ordres juridiques mais en terme de construction en commun* »²⁶⁶².

969. Partant, la théorie de Pernice se présente, de prime abord, comme une tentative pour penser l'hybridation, donc l'unité, entre l'ordre constitutionnel national et l'ordre constitutionnel européen. Mais est-ce seulement cela ? En effet, l'approche fondée sur l'existence de « niveaux » évoque l'idée d'une hiérarchie, d'une superposition verticale et non pas nécessairement celle d'un rapprochement de différents ensembles situés au même degré. Relevons, de ce point de vue, la différence entre une structure en réseaux, comme celle que proposent François Ost et Michel van de Kerchove, et une structure en niveaux. Ainsi comprise, la théorie du « constitutionnalisme multiniveaux » dans l'espace européen remettrait en cause non seulement le monopole de l'Etat sur la question constitutionnelle mais « *l'hégémonie constitutionnelle de l'Etat* »²⁶⁶³, c'est-à-dire l'aptitude de l'ordre constitutionnel étatique à imposer sa primauté. Comme l'indique Neil Walker, « *l'idée d'unité inhérente au constitutionnalisme, aussi composite et complexe soit-elle, évoque un degré d'harmonie entre les éléments étatiques et les éléments non étatiques qui pourrait s'avérer incompatible avec des conceptions plus « pluralistes » des relations entre différents lieux constitutionnels* »²⁶⁶⁴.

970. Plus encore, le « constitutionnalisme composé » ou « multiniveaux » de Pernice doit être placé dans un contexte d'« apprivoisement du souverain »²⁶⁶⁵ après la Seconde Guerre mondiale et, plus encore, après la fin de la Guerre froide. Selon Pernice, cet « apprivoisement » viserait tout d'abord à répondre à une faillite de l'Etat-nation qui aurait, au cours du XXe siècle, « *manqué trop souvent à son devoir de sauvegarder la paix internationale ainsi qu'à celui de faire respecter les droits et libertés de l'homme* »²⁶⁶⁶. De ce point de vue, la prise en compte à l'échelle supranationale des droits de l'homme a alimenté la légitimité du droit de l'Union et a renforcé la prétention à la primauté du droit de l'Union.

²⁶⁶² D. Rousseau et H. Gaudin, « Le droit constitutionnel en débat, le droit constitutionnel européen existe-t-il ? », *Op. cit.*, p. 721.

²⁶⁶³ N. Walker, « Le constitutionnalisme multiniveaux », *Op. cit.*, p. 445.

²⁶⁶⁴ I. Pernice, *Fondements du droit constitutionnel européen*, *Op. cit.*, p. 26.

²⁶⁶⁵ P. Magnette, *L'Europe, l'Etat et la Démocratie. Le souverain apprivoisé*, Éd. Complexe, Bruxelles, 2000.

²⁶⁶⁶ I. Pernice, *Fondements du droit constitutionnel européen*, *Op. cit.*, p. 26.

971. Conçu pour exorciser les fantômes du passé, le « constitutionnalisme multiniveaux » de Pernice est aussi tourné vers l'avenir. Il vise à prendre acte de l'impossibilité pour des Etats isolés, des « Etats monades », d'affronter les défis que pose le XXI^e siècle. Le « constitutionnalisme multiniveaux » serait donc un objet post-national (voire « post-nationaliste »²⁶⁶⁷), reposant sur un «contrat social européen» ou «pacte constitutionnel européen»²⁶⁶⁸. Les Communautés puis l'Union seraient ainsi amenées à exercer les fonctions propres d'un nouveau pouvoir public institué et encadré par un ordre constitutionnel autonome. Dès lors, le «droit constitutionnel européen» provoque, selon Pernice, une profonde mutation des Etats membres. Celle-ci affecte directement leur souveraineté car « l'idée d'une « compétence de la compétence » et l'autonomie constitutionnelle au niveau national semblent compromises »²⁶⁶⁹. Par le jeu combiné du transfert de compétences, que Pernice refuse de qualifier ainsi²⁶⁷⁰, et de la jurisprudence communautaire imposant, au travers de ses rapports avec les juges nationaux, la primauté et l'effet direct du droit communautaire, les Etats perdraient la maîtrise de leur propre Constitution²⁶⁷¹.

972. Cependant, la théorie d'un « constitutionnalisme multiniveaux » laisse entier le problème de l'autonomie réelle dont jouissent encore les Etats membres. Comme nous l'avons vu, cette autonomie est à l'origine de conflits entre ordres juridiques, ce que la théorie de Pernice n'est pas en mesure de restituer de manière convaincante. Sa dimension irénique - qui est, en partie, le reflet d'une époque très particulière - ne restitue les rapports, extrêmement complexes, entre le droit de l'Union et celui des Etats membres que de manière partielle. Une approche du «droit constitutionnel européen» moins obnubilée par le dépassement de l'Etat dans l'horizon cosmopolitique se proposerait non pas d'escamoter celui-ci mais de prendre acte de ses transformations pour en renouveler l'étude. Comme l'indique Hélène Gaudin, « il ne s'agit pas de penser le droit

²⁶⁶⁷ *Ibid*, p. 22.

²⁶⁶⁸ Cf. le manuel d'A. Bailleux et H. Dumont, *Le pacte constitutionnel européen*, Bruylant (Coll. Idées d'Europe), Bruxelles, 2015.

²⁶⁶⁹ I. Pernice, *Fondements du droit constitutionnel européen*, *Op. cit.* p. 42.

²⁶⁷⁰ Pudiquement, notre auteur préfère parler « d'une sorte de réaménagement des responsabilités respectives des autorités publiques nationales et communautaires par les souverains - les citoyens des Etats membres ». *Ibid*, p. 30.

²⁶⁷¹ I. Pernice, *Fondements du droit constitutionnel européen*, *Op. cit.* p. 43.

constitutionnel européen sans l'État mais de penser l'État autrement »²⁶⁷². C'est le sens des travaux d'auteurs comme Béligli Nabli²⁶⁷³.

B. L'irruption de l'individu

973. Comme nous l'avons mentionné, la théorie du « système constitutionnel composé » de Pernice témoigne d'un moment très particulier, à la fois pour la doctrine et pour le droit communautaire et de l'Union. L'enthousiasme généré, dans les milieux européenistes, par la rapide consolidation d'une Europe politique entre 1992 et 2004 a favorisé l'idée d'un «saut constitutionnel européen». Au moment où Pernice conçoit sa théorie du « droit constitutionnel européen », ce saut constitutionnel semble prendre forme dans les travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe. En effet, s'il était généralement admis, avant 2004, que l'ordre constitutionnel européen avait émergé en l'absence de pouvoir constituant²⁶⁷⁴, le processus d'élaboration du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe était réputé pouvoir dégager un pouvoir constituant européen inédit jusqu'alors.

974. L'intérêt d'une théorie du « pouvoir constituant européen » est double. D'une part, celle-ci permet de parachever l'hypothèse de la constitutionnalisation du droit communautaire. D'autre part, elle permet de déplacer le point de vue sur ce dernier : il ne s'agirait plus de Constitution et de souveraineté européennes (mots éminemment liés à l'Etat) mais de citoyenneté et démocratie (termes compatibles avec une conception cosmopolitique du droit). La possible existence d'un pouvoir constituant européen suggère que la légitimité du droit constitutionnel européen se trouve dans les choix exprimés par les citoyens de l'Union et non plus nécessairement ou seulement dans l'expression de la volonté des Etats membres.

975. Ainsi, l'idée de Constitution est détachée de l'Etat, devenant « *l'expression du contrat social par lequel un groupe de gens sur un territoire déterminé convient de se donner le statut de citoyens d'un nouvel ordre politique, de former le peuple qui, par son pouvoir constituant, se crée des*

²⁶⁷² *Idem.*

²⁶⁷³ *L'État intégré. Contribution à l'étude de l'État membre de l'Union européenne, Op. cit.* ou le petit livre coécrit avec Edouard Dubout : E. Dubout et B. Nabli, *Droit français de l'intégration européenne, Op. cit.*

²⁶⁷⁴ Selon G. Marti, « *la construction de l'ordre juridique communautaire montre qu'un ordre constitutionnel peut émerger en l'absence de pouvoir constituant* ». G. Marti (dir. D. Ritleng), *Le pouvoir constituant européen*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit communautaire, Univ. Nancy-2, 2008, p. 23.

*institutions et des procédures, des droits et des obligations propres pour accomplir certaines tâches ou fonctions dans l'intérêt de tous »*²⁶⁷⁵. Dès lors, le niveau étatique est escamoté et les termes de l'analyse sont posés sous le prisme du paradigme contractualiste et cosmopolitique²⁶⁷⁶. En ce sens, Gaëlle Marti postule que « *la redéfinition du concept de pouvoir constituant à partir de ces deux caractéristiques que sont le peuple et la constitution permet alors d'envisager la transposition de ce concept en dehors de la sphère étatique* »²⁶⁷⁷. C'est ainsi que Pernice propose de penser le transfert de compétences vers les institutions communautaires comme « *une sorte de réaménagement des responsabilités respectives des autorités publiques nationales et communautaires par les souverains - les citoyens des Etats membres* »²⁶⁷⁸.

976. L'Europe apparaît, du même coup, non plus comme un marché commun ou une union de droit désincarnée mais comme « *une Cité au sens d'Aristote* »²⁶⁷⁹, gouvernée par un droit constitutionnel propre dont le principe de légitimité réside dans les peuples européens comme titulaires d'un pouvoir constituant, à la fois «trans-» et «post-» national. Cette démarche investit l'approche constitutionnelle de l'Union européenne d'une dimension politique et éthique²⁶⁸⁰. Il s'agit de « *refléter des comportements et des imaginaires sociaux au sein desquels se logent les nouveaux équilibres éthiques d'une vie européenne trans-nationalisée* »²⁶⁸¹.

²⁶⁷⁵ I. Pernice, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Op. cit., p. 17.

²⁶⁷⁶ La vision cosmopolitique de l'Europe a notamment été développée par le philosophe Jean-Marc Ferry dans la lignée de la pensée kantienne (v. J.-M. Ferry, *La question de l'Etat européen*, Gallimard, Paris, 2000.)

²⁶⁷⁷ G. Marti, *Le pouvoir constituant européen*, Op. cit., p. 29.

²⁶⁷⁸ I. Pernice, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Op. cit. p. 30.

²⁶⁷⁹ D. Rousseau et H. Gaudin, « Le droit constitutionnel en débat, le droit constitutionnel européen existe-t-il ? », Op. cit., p. 721. Dominique Rousseau insiste sur le passage de la logique internationale du traité à la logique constitutionnelle : « avec la catégorie *Traité*, peut se manifester, au mieux, une opinion publique européenne qui exercera un pouvoir d'influence plus ou moins efficace ; avec la catégorie *Constitution*, l'opinion publique européenne est transformée en communauté de citoyens européens et le pouvoir d'influence en pouvoir de décision politique. Avec la catégorie *Traité*, les européens sont pris comme des personnes et des consommateurs ; avec la catégorie *Constitution*, ils acquièrent la qualité de citoyen, c'est-à-dire, d'acteurs politiques. Comme le droit constitutionnel national n'a pas seulement enregistré le fait national mais a contribué à le construire en le représentant, le droit constitutionnel européen participe à la construction de l'Europe comme Cité constitutionnelle ». *Idem*.

²⁶⁸⁰ Pour Edouard Dubout, « le mérite d'une approche constitutionnelle de l'Union européenne est de ne pas y voir une organisation technique, à la recherche son efficacité, mais de mieux discerner la présence d'un phénomène éthique, d'un projet social autant que légal ». O. Dubout, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Op. cit. p. 480.

²⁶⁸¹ *Idem*.

977. Par conséquent, la reconnaissance d'un pouvoir constituant européen contribue à nourrir « *une approche plus existentielle du phénomène juridique européen* »²⁶⁸². Nous retrouvons l'influence des traditions sociologiques - qui étudient le droit constitutionnel comme l'ensemble des pratiques sociales relatives à l'exercice du pouvoir institutionnel dans une société, en dehors de toute référence à la souveraineté et à l'Etat - et l'influence également du cosmopolitisme juridique, dont l'idée de «démocratie transnationale» est tout à fait emblématique. Les théories du droit constitutionnel de l'Union européenne ont donc une portée très large, à même de nourrir des réflexions de nature philosophique.

978. Cependant, si l'on reste sur le terrain juridique, le développement des études constitutionnelles dans le cadre de l'Union soulève deux questions qui nous semblent cruciales. La première concerne son caractère incantatoire. Comme nous l'avons évoqué, il semble que le choix de la grammaire constitutionnelle trahisse la volonté de légitimer l'objet ainsi «constitutionnalisé». A ce stade de notre étude, cela ne saurait nous surprendre car il en est allé ainsi à d'autres périodes de l'histoire : le droit, avec son attirail de principes et de concepts ancrés dans une histoire prestigieuse (l'Empire romain), renvoyant à une dimension métaphysique (l'influence théologique) ou à une téléologie particulière (la sauvegarde de la liberté ou « *the pursuit of happiness* »²⁶⁸³), est un rouage clé dans le dispositif de légitimation d'un pouvoir embryonnaire.

979. La seconde question consiste à se demander dans quelle mesure il est possible de mobiliser des concepts traditionnellement attachés à la pensée d'Etat (puissance publique, souveraineté, voire pouvoir constituant...) sans aboutir, *in fine*, à la reconstitution d'un Etat au niveau européen. Autrement dit, n'y a-t-il pas une limite à la « désétatisation » des concepts constitutifs de l'Etat ? C'est là toute l'ambiguïté que présente l'Union européenne : créature hybride par excellence, bâtie par à-coups au gré d'un équilibre fragile entre visions divergentes des Communautés et de la place des Etats au sein de ces dernières, sa théorisation finit par révéler à la fois les tropismes du théoricien - la fonction de légitimation que revêtent les concepts de souveraineté ou de Constitution est mise au service de l'objet théorisé - et les limites des outils conceptuels mobilisés.

²⁶⁸² *Ibid*, p. 477.

²⁶⁸³ La recherche du bonheur, telle que cette célèbre formule apparaît dans la Déclaration d'indépendance des colonies américaines de 1776.

980. Il est certes possible de s'engager dans un travail de « désétatisation » des concepts de la pensée juridique stato-nationale. D'ailleurs, la Constitution ou le droit constitutionnel ne sont pas nécessairement liés à la figure de l'Etat et, au demeurant, l'activité théorique procure une grande liberté dans le maniement des objets conceptuels. Cependant, il est vrai que la forte connotation « étatique » de ces concepts, qui s'explique par le caractère hégémonique, surtout en France, de la pensée d'Etat, fait que l'ombre de l'Etat n'est jamais loin. Par ailleurs, les constructions théoriques peuvent être amenées, un jour ou l'autre, à se confronter à la réalité juridique - c'est, d'ailleurs, pour certains, la finalité ultime d'une théorie, le passage obligé pour en déterminer l'utilité. Or, à ce moment-là, la démonstration de la pertinence *théorique* de concevoir un concept déterminé (le pouvoir constituant, la Constitution, voire la souveraineté) en dehors du cadre étatique ne suffit pas. Il faut encore que ce concept soit effectivement à même d'expliquer un phénomène objectivement constatable. Est-ce le cas des concepts de « citoyen européen » ou de « peuple européen » ? La pertinence du premier, issu du constitutionnalisme national et mobilisé dans le cadre de la théorie d'un pouvoir constituant européen, peut être critiquée. Est-ce un terme adéquat, alors que le droit de l'Union se préoccupe davantage de l'individu, dont il a étendu les droits, que du citoyen comme acteur d'un destin politique collectif incarné par l'Union ? Le second semble revêtir une portée davantage prospective, comme l'avoue, par exemple, Gaëlle Marti²⁶⁸⁴. Neil Walker indique très justement, au sujet de la pensée de Pernice, que « *la constitution multiniveaux est centrée sur le citoyen - avec une attention toute particulière portée aux droits individuels - plutôt que sur la communauté politique* »²⁶⁸⁵.

981. Les approches constitutionnelles du système juridique né à partir de la Convention européenne des droits de l'homme représentent un troisième exemple du déplacement de la grammaire constitutionnelle à des ensembles politico-juridiques extérieurs à l'Etat. Ce système juridique formerait, à ce titre, un second ensemble constitutionnel au-delà de l'Etat dans l'espace européen.

²⁶⁸⁴ G. Marti, *Le pouvoir constituant européen*, *Op. cit.*, p. 589.

²⁶⁸⁵ N. Walker, « Le constitutionnalisme multiniveaux », *Op. cit.*, p. 444.

§ 2. Les approches constitutionnelles du droit né de la Convention européenne des droits de l'homme

982. A l'instar des théories qui postulent la constitutionnalisation du droit international ou l'apparition d'un constitutionnalisme dans le cadre de l'Union européenne, celles qui nous intéressent à présent bâtissent, autour de la Convention, un constitutionnalisme sans souveraineté. Elles s'inscrivent donc dans les efforts théoriques visant à dépasser la figure de l'Etat nation (souverain, par définition) comme cadre politico-juridique pouvant faire l'objet d'un processus de constitutionnalisation et, donc, pouvant, *in fine*, disposer d'une Constitution.

983. Comme nous l'avons évoqué précédemment²⁶⁸⁶, la vocation constitutionnelle de la Convention a été très tôt reconnue par les institutions du Conseil de l'Europe, notamment par la Cour de Strasbourg²⁶⁸⁷. Le renforcement de la « force persuasive » de la jurisprudence européenne et l'extension du domaine de la Convention à certaines matières comme le droit au procès équitable (y compris devant les tribunaux constitutionnels²⁶⁸⁸), le fonctionnement des institutions politiques nationales²⁶⁸⁹ ou les enjeux dits « de société »²⁶⁹⁰ ont permis à la juridiction de Strasbourg de jouer le rôle de « cour constitutionnelle supranationale »²⁶⁹¹. C'est ainsi que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a exercé une influence notable sur les systèmes constitutionnels nationaux ainsi que sur le droit de l'Union européenne. Plus récemment, la mise en place d'une forme de renvoi préjudiciel au travers du dispositif du Protocole n°16 à la Convention contribue à

²⁶⁸⁶ Cf. *supra*. Chap. 1, § 1, I.

²⁶⁸⁷ Cf. Chap. précédent, Sect. 2, § 1, II, A.

²⁶⁸⁸ Une jurisprudence constante de la Cour estime que le droit au procès équitable doit être respecté même dans le cadre des procédures qui se déroulent devant une juridiction constitutionnelle. Cf. CEDH, Ch., 19 avril 1993, *Kraska c/ Suisse*, req. n°13942/88, Point 26.

²⁶⁸⁹ CEDH, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, req. n°19392/92.

²⁶⁹⁰ Nous avons évoqué dans le Chapitre précédent la question de l'avortement ou celle du divorce (Sect. 2, § 2, I, B). Nous pouvons également nous référer à la question de la laïcité : CEDH, Gde ch., 13 février 2003, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98 ; CEDH, Gde. ch., 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, req. n°44774/98 ; CEDH, Sect., 4 décembre 2008, *Kervanci c. France et Dogru c. France*, req. nos 31645/04 et 27058/05.

²⁶⁹¹ Louis Favoreu a considéré dès 1993 que cette juridiction opérait un « *contrôle supranational de*

supraconstitutionnalité ». L. Favoreu, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Op. cit.*, p. 77. Certains auteurs, dont l'ancien président de la Cour, Luzius Wildhaber, ont vu dans la Cour de Strasbourg une « *juridiction constitutionnelle ou quasi-constitutionnelle* ». L. Wildhaber, « « Constitutionnalisation » et « juridiction constitutionnelle » - le point de vue de Strasbourg », in S. Hennette-Vauchez et J.-M. Sorel (sous la dir. de), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisé le monde ?*, *Op. cit.*, p. 94.

affermir l'autorité de la Cour²⁶⁹². Aussi, il semble pertinent d'explorer la manière dont la question des droits de l'homme a pu conduire à une constitutionnalisation du droit de la Convention.

984. Les approches constitutionnelles du droit né de la Convention amènent à envisager ce dernier à la lumière de la notion de « Constitution matérielle » (I). La spécificité du constitutionnalisme du droit issu de la Convention invite à réfléchir sur les rapports entre démocratie, Etat de droit, souveraineté et droits de l'homme (II).

I. Les approches constitutionnelles du droit né de la Convention

985. Les approches constitutionnelles du droit de la Convention sont nettement moins répandues que celles que nous venons de présenter concernant le droit international ou l'Union européenne. D'une part, le droit issu de ce texte présente un fondement normatif moins développé que le droit primaire et dérivé de l'Union. D'autre part, ses implications sur le plan juridique et institutionnel sont moins structurantes. En effet, le faible degré de développement institutionnel du Conseil de l'Europe par rapport à l'Union européenne et la plus grande marge d'appréciation qui demeure au profit des Etats parties (même si cette dernière tend à se réduire comme neige au soleil en ce qui concerne certains domaines²⁶⁹³) s'avèrent moins attentatoire à l'idée de souveraineté. Aussi, l'exposé qui suit sera nécessairement moins étoffé que celui qui précède mais il est tout aussi important pour prendre la mesure de l'extension contemporaine de la grammaire constitutionnelle au-delà de l'Etat.

986. Au départ, la philosophie qui inspire le droit communautaire et celle qui préside à la mise en place du système de la Convention sont fondamentalement différentes. Il existe entre les deux une *«divergence théorique sur la conception de l'État»*²⁶⁹⁴. Comme nous l'avons évoqué, la «dénationalisation» de l'Etat que provoque son appartenance à l'Union est le fruit de la nature

²⁶⁹² Cf. « Les défis liés à l'entrée en vigueur du Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme. Actes de la Journée d'étude de l'Institut de Recherche Carré de Marré de Malberg », *RDH*, n°16, 2019.

²⁶⁹³ Cf. à ce titre l'exposé de Jean-Eric Schoettl : *La démocratie au péril des prétoires. De l'Etat de droit au gouvernement des juges*, Gallimard / Le Débat, Paris, 2022, p. 87 et s.

²⁶⁹⁴ E. Dubout, « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *Op. cit.* Edouard Dubout résume celle-ci en indiquant que, si « le système de la Convention continue d'envisager l'Etat nation comme l'idéal-type de la forme de détention du pouvoir sur un espace donné, dont il suffit d'encadrer l'exercice afin d'éviter les passions politiques, le système de l'Union s'est employé à déconstruire la conception de l'Etat comme agissant dans un intérêt exclusivement national ».

fédéralisante de cette dernière. Celle-ci s'exprime au travers du fédéralisme vertical, selon lequel le droit de l'Union européenne jouit, en droit interne, de l'effet direct et de la primauté, ainsi qu'au travers du fédéralisme horizontal, par lequel « *l'État lie son destin à d'autres en n'étant plus en mesure de décider exclusivement de ce qui est bon pour la collectivité nationale* »²⁶⁹⁵. Cela est moins prégnant en ce qui concerne l'adhésion à la Convention, qui met en œuvre un mécanisme dont la finalité n'est pas de *transformer* les Etats parties mais seulement de les soumettre à un cadre supranational.

987. La théorisation du droit issu de la Convention au travers de la grammaire constitutionnelle semble néanmoins pertinente car le droit issu de la Convention a dépassé largement, et depuis fort longtemps, la portée que ses signataires avaient pu anticiper en 1950. Le doyen Carbonnier affirmait déjà en 1996 que, « *arguant de la formule double contenue dans le préambule du traité, «sauvegarde et développement», la Cour [de Strasbourg] s'est arrogé peu à peu le pouvoir de développer, donc d'innover par voie d'interprétation évolutive* »²⁶⁹⁶.

988. Plus d'un quart de siècle plus tard, ce constat n'a pas perdu une once d'actualité. Comme l'explique Jean-Eric Schoettl, « *les constructions audacieuses de la jurisprudence de la CEDH ont été édifiées sur des notions dont le bref énoncé dans la Convention n'avait sûrement pas pareille portée dans l'esprit des signataires en novembre 1950. Ceux-ci sortaient des abominations de la Seconde Guerre mondiale et n'imaginaient sûrement pas de tels développements* »²⁶⁹⁷. Cet auteur va jusqu'à affirmer que « *la jurisprudence de la Cour de Strasbourg a porté jusqu'ici aux souverainetés nationales des atteintes encore plus fortes et plus imprévisibles que celle de Luxembourg* »²⁶⁹⁸.

989. L'aptitude de la juridiction du Conseil de l'Europe à interpréter de manière extensive la Convention combinée avec la «force persuasive» dont elle est parvenue à doter ses arrêts fait partie intégrante de son succès. Aussi, la centralité de la Convention dans le système européen de protection des droits et libertés fondamentaux en Europe a conduit à lui reconnaître le statut d'« *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* », selon l'arrêt *Loizidou* cité plus haut.

²⁶⁹⁵ *Idem*.

²⁶⁹⁶ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, *Op. cit.*, p. 55.

²⁶⁹⁷ J.-E. Schoettl, *La démocratie au péril des prétors. De l'Etat de droit au gouvernement des juges*, *Op. cit.*, p. 87.

²⁶⁹⁸ *Idem*.

Partant, si le droit issu de la Convention présente un degré de développement et de structuration interne moins important que le droit issu des traités fondateurs des Communautés et de l'Union, il apparaît néanmoins comme un terreau propice au développement d'un constitutionnalisme extra-étatique. A nouveau, les approches sociologiques du droit constitutionnel sont particulièrement bien outillées pour théoriser le droit constitutionnel au-delà de l'Etat. Plus particulièrement, la théorie institutionnaliste de la Constitution matérielle peut être mobilisée pour envisager la Convention comme la Constitution d'un « ordre inter-social » européen, pour reprendre la terminologie de Georges Scelle.

990. Le concept de « Constitution matérielle » désigne, selon son acception classique, « *certaines contenus considérées comme proprement constitutionnels même si on les trouve ailleurs que dans le texte de la Constitution* »²⁶⁹⁹. Il s'agit, typiquement, du sens de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789²⁷⁰⁰. D'un point de vue institutionnaliste, la notion de « Constitution matérielle » permet de penser la visée socialement structurante de la Constitution au-delà d'une conception purement positiviste. Elle repose sur l'idée que « *toutes les théories et concepts de l'Etat sont dépourvus de signification s'il ne sont pas reliés à la fonction sociale de l'Etat* »²⁷⁰¹. Cette dernière correspond, selon Rudolf Smend, à une fonction intégrative²⁷⁰². Marco Goldoni précise que, pour Smend, « *l'objectif de l'intégration est simplement de produire puis de stabiliser l'unité politique de l'Etat* »²⁷⁰³. C'est donc à cela que tend la Constitution matérielle : à formaliser l'ordre social.

991. La réflexion du juriste italien Constantino Mortati autour de la notion de « Constitution matérielle » est reconnue comme étant la plus aboutie. Pour ce dernier, la politique et la conflictualité jouent un rôle moteur dans la formation de la Constitution²⁷⁰⁴. Ainsi, « *reconstruire la*

²⁶⁹⁹ C. Jouin, « Préface » in C. Jouin (sous la dir. de), *La Constitution matérielle de l'Europe*, Ed. Pédone (Coll. Europe), Paris, 2019, p. 8.

²⁷⁰⁰ « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution ».

²⁷⁰¹ H. Heller, « The Nature and Function of the State », *Cardozo Law Review*, vol. 18, 1996, p. 1143. Cité par M. Goldoni, « From Structure to Integration: The Trajectory of the Material Constitution », in C. Jouin (sous la dir. de), *La Constitution matérielle de l'Europe*, *Op. cit.*, p. 41.

²⁷⁰² « *L'Etat n'existe que parce que, et aussi longtemps qu'il s'intègre continuellement, avec et dans les individus* ». Cité par *Ibid*, p. 37.

²⁷⁰³ *Idem*.

²⁷⁰⁴ Cf. G. Bisogni, « L'actualité de la pensée de Constantino Mortati et la Constitution matérielle de l'Union européenne », in C. Jouin (sous la dir. de), *La Constitution matérielle de l'Europe*, *Op. cit.*, p. 53.

*Constitution matérielle consiste à identifier les intérêts en conflit et la partie qui, à l'issue du conflit, réussit à s'attribuer un rôle hégémonique, à imposer son propre projet politique pour le faire passer dans l'écriture du texte constitutionnel »*²⁷⁰⁵. Mais, après que le projet politique du groupe dominant se soit fixé « *d'une part dans un texte formel, d'autre part dans une organisation capable d'en reproduire les traits hégémoniques »*²⁷⁰⁶, le constitutionnaliste est incité à rester attentif à l' « *apparition d'intérêts nouveaux ou [à] la résistance de ceux qui ont été vaincus dans la confrontation »*²⁷⁰⁷ car cela « *donne à la Constitution matérielle son caractère dynamique »*²⁷⁰⁸.

992. Par conséquent, la notion de Constitution matérielle serait définie, selon les théories institutionnalistes, comme « *l'équilibre des pouvoirs, des corps socio-politiques et le conflit réglé des classes sociales et des acteurs politiques »*²⁷⁰⁹. Or, comme nous avons tâché de le montrer antérieurement, la Convention européenne des droits de l'homme peut être réputée remplir cette fonction en instituant un ordre social européen gouverné par le respect des droits fondamentaux et la prééminence du droit dans une société démocratique²⁷¹⁰ dans une société politique en devenir, celle formée par les démocraties européennes.

993. De ce point de vue, le système européen de sauvegarde des droits de l'homme pourrait être conçu comme établissant une Constitution matérielle pour « l'Europe des 47 ». Son contenu serait le résultat de l'équilibre recherché par la Cour lorsqu'elle examine les prétentions des parties, que ce soit les Etats ou les individus. A ce titre, la stipulation contenue dans l'article 33 de la Convention²⁷¹¹ permet de prendre la mesure de la dimension constitutionnelle de la Convention. En ce sens, « *la Convention européenne porte directement atteinte au sacro-saint principe de non- ingérence dans les affaires intérieures »*²⁷¹². Elle est le seul instrument international de protection des droits de l'homme à disposer de l'aptitude à accorder « *de plein droit (le mécanisme de recours*

²⁷⁰⁵ *Idem.*

²⁷⁰⁶ *Idem.*

²⁷⁰⁷ *Idem.*

²⁷⁰⁸ *Ibid*, p. 54.

²⁷⁰⁹ C. Jouin, « Préface », in C. Jouin (sous la dir. de), *La Constitution matérielle de l'Europe*, *Op. cit.*, p. 9.

²⁷¹⁰ CEDH, Plén., 21 févr. 1975, req. n° 4451/70, *Golberg c/ Royaume-Uni*.

²⁷¹¹ En vertu duquel tout Etat partie peut saisir la Cour d'un manquement aux dispositions de la Convention dont serait responsable un autre Etat partie.

²⁷¹² F. Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *Op. cit.*, p. 17.

interétatique de la Convention américaine des droits de l'homme de San José, du 22 novembre 1969, est facultatif et soumis à réciprocité) à chaque État partie un droit de regard sur la politique pratiquée par les autres États contractants en matière de droits de l'homme : l'État contractant peut intervenir, au nom de tous, au bénéfice de tout individu »²⁷¹³. En d'autres termes, tout Etat est présumé avoir un intérêt à ce que soit protégé l'ordre public transnational instauré par la Convention, qui apparaît comme une Constitution matérielle transnationale.

994. Ainsi, dans la mesure où la constitutionnalisation du droit issu de la Convention s'est articulée autour de l'« ordre public européen », la question des rapports entre l'Etat de droit, la démocratie, et surtout, les droits de l'homme se pose avec acuité.

II. La portée des approches constitutionnelles du droit né de la Convention : repenser les rapports entre l'Etat de droit, la démocratie et les droits de l'homme

995. Les concepts de démocratie, d'Etat de droit et de droits de l'homme ont été réévalués à l'aune des exigences de l'ordre public européen, subissant une évolution de leur signification. L'Etat de droit sous son acception continentale (française et allemande) fut d'abord pensé, dans l'optique formelle de la hiérarchie des normes²⁷¹⁴, comme un ensemble de procédures visant à soumettre les organes de l'Etat au respect du droit positif²⁷¹⁵. Il s'agissait d'un moyen mis au service d'une fin : un ensemble d'instruments de nature institutionnelle et administrative garantissant la protection des droits et libertés au sein d'un système politico-juridique qui trouvait néanmoins sa source de légitimité ailleurs. Dans les régimes représentatifs, il s'agissait de trouver un équilibre entre le rôle moteur du principe représentatif, fondant la légitimité du pouvoir, et les contraintes liées aux régimes libéraux, établissant les modalités concrètes d'exercice du pouvoir respectueuses des droits et libertés. Toutefois, la théorie de l'Etat de droit revêt également, en France notamment, une fonction critique « *en fournissant des arguments théoriques à l'appui de la dénonciation de*

²⁷¹³ *Idem.*

²⁷¹⁴ J. Chevallier, *L'Etat de droit*, LGDJ (Coll. Clés Politiques), Paris, 2017 (6ème ed.), p. 14.

²⁷¹⁵ Comme le note J. Chevallier, « *aux yeux de ses théoriciens, la caractéristique essentielle du Rechtsstaat est que, dans les rapports avec ses administrés, et pour tout ce qui constitue leur statut individuel, l'Etat agit sur la base de règles générales, de normes préexistantes* ». *Ibid*, p.18.

l'omnipotence parlementaire »²⁷¹⁶. Le paradigme classique de l'Etat républicain, qui puisait sa légitimité dans le principe de souveraineté nationale²⁷¹⁷, fut donc amené à coexister avec un paradigme nouveau, celui de l'Etat de droit, dont la légitimité ne provient plus seulement de son rapport avec la souveraineté nationale mais de son aptitude à assurer un équilibre des pouvoirs et une protection des droits et libertés.

996. De ce point de vue, le système bâti à partir de la Convention européenne des droits de l'homme a « *en partie débordé les limites de l'épure initiale* »²⁷¹⁸. Selon Jacques Chevallier, « *l'Etat de droit n'est plus considéré comme une disposition technique de limitation du pouvoir, résultant de l'encadrement du processus de production des normes juridiques ; c'est aussi une conception au fond des libertés publiques, de la démocratie et du rôle de l'Etat, qui constitue le fondement sous-jacent de l'ordre juridique* »²⁷¹⁹. Ainsi, le système construit autour de la Convention s'apparente à un ensemble de normes, d'institutions et de procédures au sein duquel les droits fondamentaux représenteraient un fondement à part entière. Certes, comme nous l'avons montré dans le chapitre précédent, il s'agit là d'un cadre général au sein duquel chaque communauté nationale reste en mesure de poursuivre ses propres objectifs politiques décidés souverainement. Par ailleurs, il faut le répéter, l'adhésion à ce cadre général a fait l'objet d'un choix adopté par chaque Etat dans le respect de ses règles constitutionnelles internes. Il reste que, comme nous l'avons vu, la Cour a atteint un tel degré de précision dans l'interprétation des droits garantis par la Convention que la tendance est à un rétrécissement de ce cadre²⁷²⁰.

997. Le haut degré de développement du système européen de protection des droits et libertés fondamentaux nous a d'ailleurs fait perdre de vue que, comme l'indique le doyen Carbonnier, « *l'appel aux instances strasbourgeoises avait été conçu comme un ultime recours pour que fussent sanctionnées des violations flagrantes des droits et libertés énoncés dans la Convention. Ce devait être une sauvegarde, en réponse à un SOS, rien de plus* »²⁷²¹. Ceci n'est nullement le commentaire

²⁷¹⁶ *Ibid*, p. 29.

²⁷¹⁷ Cf. la pensée malbergienne (v. *supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 2, Sect. 1, § 2, II).

²⁷¹⁸ J. Chevallier, *L'Etat de droit*, *Op. cit.*, p. 64.

²⁷¹⁹ *Ibid*, p. 66.

²⁷²⁰ Il pourrait être argumenté que la reconnaissance d'une marge nationale d'appréciation par la Cour peut nuancer ce constat mais, dans la mesure où la Cour manie cet outil de gestion du pluralisme juridique de manière discrétionnaire, c'est elle et elle seule qui peut en déterminer l'étendue.

²⁷²¹ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, *Op. cit.*, p. 55.

d'un auteur « nationaliste », « souverainiste » ou hostile au fait supranational. Luzius Wildhaber, ancien président de la Cour de Strasbourg, reconnaît lui-même que la fonction initiale de cette dernière n'était pas, dans l'esprit des fondateurs du Conseil de l'Europe, de redresser des illégalités isolées, tâche qui demeurerait naturellement du ressort des juridictions nationales, mais d'«*empêcher la renaissance des dictatures*»²⁷²².

998. Nous sommes donc aujourd'hui arrivés à un stade bien plus avancé d'encadrement de l'exercice de la puissance publique. Celui-ci est le reflet de la vigueur acquise par le discours des droits de l'homme après la Seconde Guerre mondiale. De ce point de vue, le phénomène est analogue à celui que nous avons observé à l'échelle universelle. Les Etats concernés ont d'ailleurs joué de cet état de fait. En effet, comme le montre la jurisprudence *So lange* et la jurisprudence *Frontini*²⁷²³, la défense par les juges constitutionnels nationaux de la primauté du droit constitutionnel national sur le droit communautaire s'est d'abord fondée sur l'aptitude de l'ordre juridique interne à assurer un plus haut niveau de protection des droits et libertés. En ce sens, les juridictions constitutionnelles se sont retrouvées prises à leur propre piège une fois que leurs homologues européens - et les exécutifs nationaux, véritables « maîtres des traités »²⁷²⁴ - ont renforcé le niveau de protection à l'échelle européenne. De même, la prise en compte par le droit de l'Union des règles et des principes issus de la Convention renforce les deux ensembles normatifs européens, confirmant et consolidant ce mouvement. Quoi qu'il en soit, le développement du droit européen des droits de l'homme a aujourd'hui abouti à une transformation des conditions d'exercice du pouvoir normatif et de la puissance publique nationaux. Mais pas seulement. Les critères de légitimité de l'action normative de l'Etat ont également été transformés pour inclure, à côté du respect de principes comme celui de représentation ou comme le principe démocratique *stricto sensu*, le respect des droits de l'homme tels que conçus par une juridiction supranationale.

999. Par conséquent, s'il est largement convenu que les sociétés européennes sont aujourd'hui saturées de droit²⁷²⁵, il est possible d'accentuer ce constat en affirmant qu'elles sont désormais

²⁷²² L. Wildhaber, « « Constitutionnalisation et « juridiction constitutionnelle » - le point de vue de Strasbourg », *Op. cit.*, p. 94.

²⁷²³ Cf. *supra*. Chap. précédent, Sect. 2.

²⁷²⁴ Cf. *infra*. Chap. 2. Sect. 2, §2.

²⁷²⁵ Ce constat est d'ailleurs relativement ancien. Par exemple, le doyen Carbonnier considérait déjà en 1996 l'inflation du droit comme un phénomène majeur de son époque (cf. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, *Op. cit.*, p. 43).

saturées de droit constitutionnel. La grammaire du constitutionnalisme est omniprésente et cela a pour conséquence de « noyer » le droit constitutionnel étatique. C'est pour cela que certains auteurs comme Dieter Grimm²⁷²⁶ ou le doyen Favoreu refusent de reconnaître le caractère constitutionnel des ordres juridiques extra-étatiques, ce dernier qualifiant le droit constitutionnel européen de droit «Canada dry»²⁷²⁷. D'autres auteurs mettent en lumière la spécificité du constitutionnalisme européen, qui ne serait pas analogue à celui que l'on retrouve dans les Etats souverains. Il s'agirait d'un « patchwork » adapté aux particularités de l'ordre institutionnel et juridique européen, plutôt que d'un « droit constitutionnel » au sens où l'entendent les théories stato-nationales. Aussi, « *il serait peut-être plus exact de parler d'une « pratique constitutionnelle » du droit européen, qui dépend de l'assentiment variable des systèmes judiciaires nationaux, plutôt que d'un ordre véritablement « constitutionnel »* »²⁷²⁸. Le pluralisme constitutionnel européen est donc nécessairement marqué du sceau de la complexité et de l'incertitude. Il s'agit là des deux caractéristiques majeures du paysage juridique contemporain que l'extension de la grammaire constitutionnelle à la qualification d'une pluralité d'ensembles juridiques ne semble pas à même de réduire.

²⁷²⁶ D. Grimm, « L'acquis du constitutionnalisme et ses perspectives dans un monde changé », *Op. cit.*

²⁷²⁷ Cité par R. Déchaux, « Le pouvoir constituant international. Du discours politique à la proposition juridique », in M. Fatin-Rouge Stefanini (sous la resp. scientifique de), *Internationalisation du droit constitutionnel et constitutionnalisation du droit international : réflexions sur quelques interactions entre droit constitutionnel et droit international*, Les cahiers de l'Institut Louis-Favoreu (n°4), PUAM, p. 82.

²⁷²⁸ F. Nicola et B. Davies (ed.), *EU Law Stories. Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, *Op. cit.*, p. 102.

Conclusion du chapitre

1000. Les éléments analysés dans le présent chapitre ont permis d'illustrer la prise en charge par la théorie constitutionnelle du formidable développement d'ensembles normatifs extra-nationaux, publics et privés. Les approches vénérables qui admettent la possibilité d'un constitutionnalisme au-delà de l'Etat ont trouvé dans ces récentes évolutions de fertiles terreaux pour leur remise à jour et leur épanouissement.

1001. Dans leur grande diversité, les théories du constitutionnalisme extra-étatique (global, transnational privé ou européen) s'inscrivent en faux contre la conception du droit constitutionnel issue des théories stato-nationales du droit, qui se fondent classiquement sur le rapport de consubstantialité entre l'Etat, la Constitution et la souveraineté. Leur remarquable développement traduit, en creux, l'épuisement relatif de ces approches stato-nationales. L'Etat-Léviathan hobbesien, dont « *il n'est pas de puissance sur la terre qui puisse lui être comparée* », cesse d'occuper le centre de l'ordre constitutionnel, concurrencé par des organisations publiques et privées.

1002. Le constitutionnalisme extra-étatique vient théoriser de nouvelles formes politico-juridiques que l'on peut qualifier de post-étatiques dans la mesure où elles dépassent l'Etat tout en provoquant, au sein de ce dernier, de profondes transformations. La vision cosmopolitique d'un droit international centré sur l'humanité semble se réaliser à travers ces théories, qui trouvent dans l'approfondissement sans cesse plus important des droits de l'homme à la fois un objet et une forme de téléologie. Ce fait traduit les attentes et les angoisses d'une époque pour laquelle l'Etat apparaît mal taillé. Comme l'indique Catherine Le Bris dans son étude sur le concept d'humanité en droit international, « *dans un contexte de mondialisation, l'Etat peine à remplir la fonction qui lui est traditionnellement assignée, c'est-à-dire celle d'être productrice d'un ordre social* »²⁷²⁹. Trop petit pour faire face de manière solitaire à des défis globaux chaque fois plus nombreux et chaque fois

²⁷²⁹ L'humanité saisie par le droit international public, *Op. cit.*, p. 60.

plus urgents²⁷³⁰, trop grand pour répondre aux demandes de proximité et de prise en compte des spécificités individuelles et collectives, l'échelon étatique est d'autant plus aisément escamoté que les théories du constitutionnalisme extra-national justifient, *in fine*, la faculté d'ensembles juridiques extra-étatiques pour assurer des standards constitutionnels au moins équivalents à ceux des Etats.

1003. Au demeurant, le choix de traduire des phénomènes normatifs de nature « extra- » et « trans- » nationale à travers la grammaire du droit constitutionnel n'est pas anodin. En effet, le discours constitutionnel charrie une connotation méliorative, évoquant les idées d'autonomie, d'équilibre et de régulation endogène d'une société politique déterminée²⁷³¹. Le choix de la grammaire constitutionnelle peut ainsi répondre à des besoins de légitimation : « *en un mot : cela fait sérieux et la sémantique garantirait l'efficacité du processus* »²⁷³². Pour certains auteurs, comme Alexis le Quinio, « *la référence au terme de « constitution » marque davantage un abus de langage afin d'accorder une certaine légitimité aux instances de gouvernance globale en s'appuyant sur la connotation méliorative attachée au concept de « constitution* » »²⁷³³. Comme le reconnaît Anne Peters, « *le constitutionnalisme global est à la fois un outil analytique et un projet normatif* »²⁷³⁴. Cela reste l'une des principales limites scientifiques que présentent les théories du constitutionnalisme global. Toutefois, cette limite ne concerne pas seulement ces dernières : elle répond à la distinction qui existe entre le discours descriptif propre à la théorie constitutionnelle et les discours prescriptifs ou prospectifs propres au constitutionnalisme comme idéologie.

²⁷³⁰ En témoignent, par exemple, les lacunes du cadre juridique posé par la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Celle-ci devait répondre à l'émotion suscitée par la survenue d'accidents, comme celui du « Rana Plaza » en 2013, dans le cadre de l'activité des entreprises multinationales. Elle soumet ces dernières, lorsqu'elles atteignent une certaine taille, à un devoir de vigilance. Il s'agit d' « *identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle* ». Or en 2019, un collectif d'associations, dont Sherpa, publie un rapport qui montre que certaines entreprises n'ont toujours pas publié de plan de vigilance et que, parmi les plans de vigilance publiés, très peu répondent aux exigences de la loi (M. Delmas-Marty, *Une boussole des possibles. Gouvernance mondiale et humanismes juridiques*, *Op. cit.*, p. 46).

²⁷³¹ Cette connotation provient du succès du constitutionnalisme libéral annoncé dès la fin du XVIII^e siècle (cf. *Supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 1).

²⁷³² J.-M. Sorel, « Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international (2) : le côté obscur de la force », in S. Hennette-Vauchez et J.-M. Sorel (sous la dir. de), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Bruylant (Coll. Colloques), Bruxelles, 2011, p. 221.

²⁷³³ A. Le Quinio, « Propos introductifs », in A. Le Quinio (dir.), *Les réactions constitutionnelles à la globalisation*, Bruylant (Coll. A la croisée de droits), Bruxelles, 2016, p. 9.

²⁷³⁴ A. Peters, « Le constitutionnalisme global : Crise ou consolidation ? », *Op. cit.*, p. 60.

1004. Il n'en demeure pas moins que le dépassement de l'Etat comme cadre nécessaire de réalisation d'un ordre constitutionnel libéral conduit à renoncer à une conception du droit constitutionnel en tant que fruit de l'expression d'une volonté souveraine. Ces théories feraient donc apparaître, selon la formule de Céline Spector, une « *éclipse de la souveraineté* »²⁷³⁵. Pour cette autrice, « *le Léviathan stato-national ne peut plus prétendre à l'exclusivité ; la grammaire de la souveraineté doit être repensée* »²⁷³⁶. En effet, le principe de souveraineté est absent de ces constructions théoriques et, lorsqu'il est évoqué, comme dans les travaux d'Anne Peters, il est explicitement écarté en tant que fondement du constitutionnalisme extra-national. Les doctrines du constitutionnalisme supra-étatique établissent leur construction théorique sur un principe justificatif formé par la « trinité constitutionnaliste » (les droits de l'homme, l'Etat de droit, la démocratie)²⁷³⁷.

1005. Dans ce clair-obscur que projette toute éclipse - dont, on l'espère, ne surgiront pas les monstres évoqués par Antonio Gramsci - l'avenir de la souveraineté paraît suspendu. Pour certains auteurs, la souveraineté devrait être amenée à disparaître pour laisser sa place à « un monde sans souveraineté »²⁷³⁸, dans lequel les Etats ont perdu leur spécificité. L'échelle étatique serait définitivement devenue inadaptée à l'épanouissement du constitutionnalisme et de ses promesses. Pour d'autres, la souveraineté serait en phase d'adaptation, abandonnant les attributs qui en firent le pilier des approches stato-nationales du droit pour devenir compatible avec la nouvelle donne pluraliste²⁷³⁹. D'autres, enfin, critiquent les usages de la souveraineté trop éloignés de sa signification et de sa fonction initiale - fonder la puissance de l'Etat comme une puissance suprême à laquelle aucune autre puissance ne peut être comparée -, qui conduisent, *in fine*, à trahir ce principe. C'est donc à l'examen de cette question - qu'en est-il de la souveraineté aujourd'hui ? - que nous souhaiterions consacrer le chapitre suivant en retournant au commencement : la question des rapports entre la souveraineté et l'Etat, notamment dans l'espace européen.

²⁷³⁵ C. Spector, *No Demos ? Souveraineté et démocratie à l'épreuve de l'Europe*, *Op. cit.*, p. 411.

²⁷³⁶ *Ibid*, p. 410.

²⁷³⁷ Le développement de standards constitutionnels mondiaux, du droit pénal international et du droit international de l'environnement, pour ne citer que ces trois exemples, viennent répondre à cette prise de conscience qui envisage désormais l'humanité comme « l'alpha et l'oméga » d'un constitutionnalisme global en formation.

²⁷³⁸ La formule est de Bertrand Badie (*Un monde sans souveraineté. Les Etats entre ruse et responsabilité*, *Op. cit.*).

²⁷³⁹ C'est, typiquement, la thèse de Céline Spector dans son essai *No Demos ? Souveraineté et démocratie à l'épreuve de l'Europe*, *Op. cit.*.

CHAPITRE 2. LA SOUVERAINETE, ENTRE PERMANENCES ET MUTATIONS

1006. Comme nous l'avons montré précédemment²⁷⁴⁰, rechercher la limite au-delà de laquelle un Etat perd sa qualité de souverain en examinant les transferts de compétences auxquels il consent présuppose une conception statique de la souveraineté. Selon cette dernière, la souveraineté est conçue comme un faisceau de compétences, dont certaines sont considérées comme invariables, constituant un « noyau dur ». Aussi, leur transfert progressif conduirait, logiquement, à l'évidement puis à la disparition de l'ensemble, à la manière d'un artichaut dont on enlève les feuilles ou une marguerite dont on effeuille les pétales. Or une telle conception de la souveraineté nous semble être contredite par l'observation de son évolution historique, qui est, précisément, marquée par une mutabilité et une indétermination de son sens et, singulièrement, de ses attributs. Le principe de souveraineté, bien qu'étant considéré comme l'une des pierres angulaires de la théorie constitutionnelle stato-nationale, est ontologiquement indéterminé et riche de significations. Ainsi, son indétermination, son caractère malléable et la diversité de ses signifiants permet au principe de souveraineté de survivre à travers de profondes transformations du droit et de l'Etat. Par conséquent, plutôt que s'interroger sur le seuil au-delà duquel la souveraineté disparaît, il semble davantage fécond de se pencher sur les mutations contemporaines de ce principe, qui, précisément, l'amènent à se transformer sans disparaître complètement.

1007. Il s'agit, à présent, d'envisager la souveraineté non plus à partir des liens qu'elle entretient avec le droit constitutionnel mais du point de vue de ses rapports avec l'Etat ou, du moins, avec la puissance qui le caractérise. En effet, malgré les critiques dont le constitutionnalisme extra-étatique peut faire l'objet, son étude nous a permis de montrer qu'il est possible de bâtir une théorie constitutionnelle non pas sur le fondement du principe de souveraineté mais à partir d'un ensemble de principes qui fondent à la fois sa légitimité et sa finalité²⁷⁴¹. Cela est tout à fait envisageable car la souveraineté est un objet théorique contingent du point de vue de l'immense richesse de la pensée juridique. « Alpha et omega » du droit pour les théories stato-nationales, la souveraineté est combattue par les approches juridiques qui envisagent le droit constitutionnel en-deçà, au-delà ou à

²⁷⁴⁰ Cf. *supra*. Titre 1, Chap. 2. notamment.

²⁷⁴¹ Notamment la « trinité constitutionnaliste » d'Anne Peters : les droits fondamentaux, l'Etat de droit et la démocratie.

côté de l'Etat. Toutefois, la souveraineté ne demeure pas moins indispensable pour penser ce dernier. Autrement dit, si elle est contingente dans le cadre de la pensée juridique générale - et constitutionnelle en particulier -, elle ne l'est pas dans le cadre de la pensée d'Etat. En effet, l'Etat a pu être pensé avant tout à travers la souveraineté. Ainsi, s'intéresser aux mutations de l'exercice de la souveraineté implique de penser les mutations de l'Etat, et *vice versa*.

1008. Nous nous concentrerons sur l'exemple français pour ne pas alourdir le propos, même si certains phénomènes que nous analyserons concernent également d'autres Etats européens. A ce titre, il convient de rappeler que l'Union européenne intègre et transforme les Etats de manière différenciée : c'est le résultat de l'Europe « à plusieurs vitesses ».

1009. Il nous faut, donc, nous tourner vers les théories de l'Etat, parmi lesquelles la Théorie générale de l'Etat²⁷⁴² d'inspiration positiviste occupe une place éminente. Celle-ci fut jadis pensée comme une discipline autonome vis-à-vis du droit constitutionnel. En faisant de l'Etat un objet à part entière de l'analyse juridique, elle s'est concentrée sur la recherche d'un critère objectif qui puisse le qualifier. Cette démarche partait du postulat selon lequel l'étude de l'Etat pouvait emprunter d'autres voies que celle de sa Constitution²⁷⁴³. Dans ce contexte, le principe de souveraineté revêtait une place incontournable puisque son étude devait permettre de caractériser la spécificité de l'Etat parmi toutes les formes de domination politique²⁷⁴⁴. En effet, comme le résume Carré de Malberg dans sa *Contribution*, « *le propre des collectivités étatiques c'est qu'elles possèdent, par l'effet d'une puissance qui n'appartient qu'à elles et qui trouve sa consécration dans le système de leur droit positif, la faculté d'imposer la volonté générale et de ramener la totalité des citoyens à une unité* »²⁷⁴⁵.

²⁷⁴² Cf. *supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 1 et Chap. 2, Sect. 1.

²⁷⁴³ Olivier Beaud est l'héritier de cette approche de l'Etat lorsqu'il fonde son étude de l'Etat sur le rapport théorique existant entre les notions d'Etat, de puissance publique et de souveraineté et qu'il en déduit la préexistence de l'Etat à la Constitution (cf. *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*).

²⁷⁴⁴ En ce sens, cette démarche peut nous apprendre davantage de choses sur la souveraineté que sur l'Etat.

²⁷⁴⁵ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, *Op. cit.*, Avant-propos, p. XIV.

1010. Le professeur alsacien parvient ainsi à une triple définition de la souveraineté qui est passée à la postérité²⁷⁴⁶. Aujourd'hui, chacune de ces trois acceptions fait l'objet d'un réexamen²⁷⁴⁷. La définition malbergienne a pu être subsumée, bien qu'imparfaitement, dans une autre distinction : celle qui dissocie la souveraineté *de* l'Etat (c'est-à-dire la puissance propre à l'Etat ainsi que l'ensemble des « marques » de souveraineté) de la souveraineté *dans* l'Etat. Cette dernière peut comprendre à la fois la recherche du titulaire de la souveraineté au sein de l'Etat et une réflexion sur les modalités d'exercice de la souveraineté au sein de l'Etat. Elle permet donc de penser l'imbrication entre l'exercice d'une compétence publique et la détention d'un titre de légitimité. Aussi, nous adopterons cette distinction classique, à travers laquelle il est possible d'envisager la souveraineté étatique dans ses deux facettes : l'exercice des compétences afférentes à la puissance publique (Section 1) dans le cadre d'un système politique légitime (Section 2).

Section 1. L'évolution de la souveraineté *de* l'Etat

1011. La souveraineté de l'Etat correspond aux deux premières acceptions de la souveraineté dégagées par Carré de Malberg : l'acception formelle-abstraite et l'acception concrète-substantielle. Traditionnellement, les deux demeuraient intimement liées. Ainsi, dans le cadre de la pensée bodinienne, la reconnaissance de l'Etat comme unité de puissance entraînait l'exigence d'un exercice unitaire et solitaire des « droits de puissance publique »²⁷⁴⁸. Autrement dit, l'unicité de la souveraineté comme puissance de l'Etat était indissociable de l'indivisibilité de ses compétences.

1012. Ce postulat apparaît, selon Olivier Beaud, comme le résultat d'une conviction de nature politico-philosophique assez intuitive : « *le fait de plaider contre le consentement et la codécision naît de la conviction que l'ordre public ou la sauvegarde de l'Etat ne pourra jamais être assuré par*

²⁷⁴⁶ Cf. *supra*. Introduction et Partie I, Titre 2, Chap. 1. Carré de Malberg développe cette définition dans sa

Contribution..., p. 79 et s. Selon cette définition, la souveraineté de l'Etat revêt une dimension formelle-abstraite, une dimension concrète-substantielle et une dimension organique. La première, que Carré de Malberg rapproche de la notion allemande de *Soveranität*, désigne le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante, et en particulier de la puissance étatique. La deuxième, que le juriste alsacien identifie avec la notion allemande de *Staatsgewalt*, se réfère à un ensemble indivis de droits de puissance publique ; autrement dit, l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'Etat. La troisième permet de localiser, dans l'Etat, le titulaire de la souveraineté en tant que puissance étatique.

²⁷⁴⁷ Cf. *supra*. Introduction générale.

²⁷⁴⁸ Selon Bodin, « *si par hasard on s' imagine pouvoir partager l'exercice de la souveraineté, le conflit sera tel il faudra toujours en venir aux armes, jusques à ce que la souveraineté demeure à un Prince, ou à la moindre partie du peuple, ou à tout le peuple* ». *Les Six livres de la République*, Livre II, Chap. 1. Cité par O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 136.

la collaboration entre le Roi et les Etats généraux ; le postulat qui est au principe de cette praxis politique est que « celui qui ne peut accomplir ses tâches qu'avec le consentement d'autrui est potentiellement incapable d'agir »²⁷⁴⁹. C'est ainsi que « l'indivisibilité de la souveraineté signifie désormais un ensemble indivis de droits de puissance publique (de compétences). La souveraineté devient synonyme de puissance publique »²⁷⁵⁰. Cette idée est consacrée précocement par le droit positif. L'article 1er du Titre III de la Constitution de 1791 commence par énoncer que « la Souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible ». Il précise ensuite que « elle appartient à la Nation ; aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice ».

1013. D'ailleurs, Carré de Malberg en prend acte. D'une part, il postule qu'il faille « dans une bonne et saine terminologie, ne pas employer indistinctement l'une pour l'autre les deux expressions « puissance de l'Etat » et « souveraineté », puisque ces deux expressions se rapportent à deux notions nettement différentes »²⁷⁵¹. D'autre part, il admet que « du point de vue spécial du droit français, il faut reconnaître au contraire que la caractéristique essentielle de l'Etat et de sa puissance, du moins en ce qui concerne la France, c'est la souveraineté »²⁷⁵². Ainsi, les notions de souveraineté et de puissance publique apparaissent comme des synonymes. Elles sont également, toutes deux, assimilées à l'exercice d'un faisceau de compétences par les organes de l'Etat. Nous avons d'ailleurs eu l'occasion de montrer la prégnance de cette conception de la souveraineté, qui lie le mouvement de transfert de compétences à une possible disparition de la souveraineté et, donc, de l'Etat²⁷⁵³.

1014. Cependant, nous avons examiné différents signes qui permettent de pointer, en droit positif, une érosion de la double exigence d'indivisibilité de la souveraineté et d'unicité de son exercice. Celle-ci est ancienne. Elle provient d'abord de l'émergence du constitutionnalisme moderne, qui devient, dès le milieu du XVIIIe siècle, le fer de lance de l'assaut contre l'absolutisme. Bâti sur le principe de séparation des pouvoirs, le constitutionnalisme admet que l'exercice du pouvoir puisse être séparé afin de sauvegarder la liberté, qui remplace le principe d'ordre et la sauvegarde de la

²⁷⁴⁹ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 135.

²⁷⁵⁰ *Ibid*, p. 137.

²⁷⁵¹ *Contribution à Théorie générale de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 191.

²⁷⁵² *Idem*.

²⁷⁵³ Cf. *supra*. Titre 1, Chap. 2.

paix civile comme bien suprême de la collectivité politique. Cependant, si les modalités d'exercice des compétences afférentes à la souveraineté sont soumises au respect du principe de séparation des pouvoirs, ce dernier ne remet pas en cause le caractère unitaire et stato-national du titre de compétence.

1015. Autrement dit, la puissance demeure une et rattachée à l'Etat, même si elle n'est plus exercée de manière solitaire et unitaire. Depuis les années 1950, de nouvelles tendances du droit international et, *a fortiori*, la dynamique intégrative dans le cadre de l'Union européenne mettent en œuvre une séparation verticale des pouvoirs qui n'a pas vocation à se produire à l'intérieur de l'Etat mais vise à extraire du cadre étatique certaines compétences pour organiser leur exercice à une échelle supranationale. Or, dans un contexte où l'acception unitaire de la souveraineté est toujours influente, la dynamique de transfert de compétences a pu poser la question de la disparition éventuelle du principe de souveraineté dans son ensemble.

1016. C'est donc sous cet angle que nous souhaiterions aborder l'évolution de la souveraineté de l'Etat : le rapport entre l'évolution du faisceau de compétences afférentes à l'exercice de la souveraineté et celle de la puissance publique. Par conséquent, nous présenterons d'abord les manifestations du phénomène d'érosion du faisceau de compétences (§1) puis nous examinerons, à cette lumière, l'enjeu de la souveraineté comme puissance publique (§2).

§ 1. L'érosion du faisceau de compétences afférentes à l'exercice de la souveraineté

1017. La création et l'approfondissement des Communautés et de l'Union européenne a entraîné une transformation majeure dans le rapport que les Etats membres entretiennent avec la souveraineté. En effet, l'Union constitue le cadre dans lequel l'érosion du faisceau de compétences associées à l'exercice de la souveraineté s'est manifestée de la manière la plus évidente, comme en témoigne, d'ailleurs, la jurisprudence constitutionnelle²⁷⁵⁴. C'est pour cela que les propos qui suivent lui sont consacrés.

²⁷⁵⁴ Cf. *supra*. Titre 1, Chap. 2, Sect. 1.

1018. A travers les Communautés et l'Union, organisations extra-nationales de nature hybride (internationale, supranationale et transnationale), les Etats ont dû renoncer à exercer seuls certaines compétences afférentes à la souveraineté. Ils ont dû s'habituer à abandonner l'exercice solitaire de la souveraineté pour accepter son exercice solidaire. L'exercice par l'Union européenne des compétences qui lui ont été transférées est régi par le principe d'attribution. En effet, selon l'article 5, alinéa 1 et 2 TUE « *le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union [...]. En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres* ». Le principe d'attribution peut être interprété, selon une logique internationaliste, comme « *l'expression du principe de spécialité qui régit les organisations internationales* »²⁷⁵⁵. De ce point de vue, les institutions européennes n'exerceraient que des compétences qui leur sont explicitement transférées par les Etats membres. Dès lors, l'érosion de la souveraineté comme faisceau de compétences serait pleinement maîtrisée par ces derniers.

1019. Cependant, si l'Union européenne demeure fondée sur des textes qui sont, formellement, des traités, une interprétation purement internationaliste est tout à fait dépassée. Nous l'avons vu, l'intégration européenne a eu des effets jusque dans les Constitutions nationales et il est devenu banal d'envisager l'Union sous le prisme du droit constitutionnel. Par ailleurs, la formule « *l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent* »²⁷⁵⁶ laisse entrouverte la possibilité que l'Union puisse s'arroger l'exercice de compétences qui ne lui ont pas été expressément transférées par les Etats membres : c'est la théorie des « compétences implicites », reconnue très tôt par la Cour de justice, d'abord en faveur de la CECA²⁷⁵⁷ puis au profit de la CEE²⁷⁵⁸. Les « compétences implicites » ont deux versants : un versant intérieur, selon lequel une interprétation extensive des compétences reconnues par les traités peut se révéler nécessaire afin de donner aux institutions européennes les moyens pour réaliser leurs objectifs, et un versant extérieur, selon lequel « *l'exercice de la compétence interne induit l'exercice d'une compétence externe, dès l'instant que*

²⁷⁵⁵ F. Martucci, *Droit de l'Union européenne*, Dalloz (Coll. Hypercours), Paris, 3e ed., 2021, p. 210.

²⁷⁵⁶ Nous soulignons.

²⁷⁵⁷ CJCE, 29 nov. 1956, *Fédération charbonnière de Belgique c/ Haute Autorité*, aff. 8-55.

²⁷⁵⁸ Cf. le célèbre arrêt CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ AETR*, aff. 22/70.

celle-ci tend à répondre à l'économie des traités »²⁷⁵⁹. C'est ainsi que, si l'article 3 TUE énumère les compétences que l'Union exerce de manière exclusive, son paragraphe 6 TUE stipule que « l'Union poursuit ses objectifs par des moyens appropriés, en fonction des compétences qui lui sont attribuées dans les traités ».

1020. Par ailleurs, l'érosion de la souveraineté des Etats membres ne provient pas seulement du transfert de l'exercice de compétences aux institutions et organes de l'Union. Dans l'arrêt historique *Commission c/ France* de 1971, qui reprend la même formulation que l'arrêt *Costa c/ Enel* de 1964, la Cour de justice affirme que « les Etats membres ont convenu d'instituer une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions permanentes, investies de pouvoirs réels, issus d'une limitation de compétences ou d'un transfert d'attributions des Etats à cette Communauté »²⁷⁶⁰. Il est donc possible d'identifier une autre source des pouvoirs de l'Union : l'instauration d'un cadre supranational qui limite l'exercice par les Etats membres des compétences qu'ils retiennent. C'est la conséquence du principe de primauté du droit de l'Union, dont nous avons étudié les implications pour les Etats membres²⁷⁶¹.

1021. Enfin, l'étude des compétences de l'Union ne peut pas faire abstraction de leurs modalités d'exercice une fois transférées. Une distinction détermine, depuis les débuts, l'évolution de l'intégration. Il s'agit de celle que l'on peut opérer entre la logique intergouvernementale et la logique supranationale ou intégrative. Les Communautés reposent, depuis la CECA, sur un équilibre subtil entre ces deux logiques, comme nous le verrons plus loin²⁷⁶². Aussi, le rapport entre la logique intégrative ou supranationale et la logique intergouvernementale relève moins du registre de l'affrontement que de celui de la nécessaire complémentarité dans une organisation composée d'Etats qui souhaitent demeurer souverains.

1022. Nous verrons d'abord l'évolution historique des transferts de compétences (I) puis nous nous intéresserons aux modalités d'exercice des compétences transférées au sein du cadre institutionnel de l'Union (II).

²⁷⁵⁹ C. Boutayeb, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ (Coll. Manuel), Paris, 6e éd., 2020, p. 188.

²⁷⁶⁰ CJCE, 14 déc. 1971, *Commission c/ France*, aff. 7/71, point n°3. La même idée était déjà présente dans l'arrêt *Costa c/ Enel* de 1963.

²⁷⁶¹ Cf. *supra*. Titre 1, Chap. 2.

²⁷⁶² Cf. *infra*. B.

I. Les grands jalons du mouvement historique de transfert de compétences

1023. Une dynamique continue de transfert de compétences alimente l'approfondissement des Communautés depuis leur création. Elle a très rapidement été conçue sous le prisme et au travers de la grammaire de la souveraineté²⁷⁶³. D'abord cantonné aux aspects techniques dans des domaines précis - relatifs au commerce ou à l'industrie avec la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA)²⁷⁶⁴, la Communauté économique européenne (CEE)²⁷⁶⁵ et la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA)²⁷⁶⁶ - (A), le périmètre que ces transferts recouvrent n'a cessé de s'accroître, jusqu'à atteindre le cœur des compétences afférentes à l'exercice de la souveraineté (B).

A. Le transfert de compétences relatives à l'exercice de compétences techniques

1024. Pendant longtemps, la dynamique du transfert de compétences se cantonne à des domaines techniques. En effet, l'échec de la Communauté européenne de défense (CED), première tentative

²⁷⁶³ Dès 1964, la Cour de justice considère dans son célèbre arrêt *Costa c/ Enel* que « le transfert opéré par les Etats, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains » (CJCE, 15 juill. 1964, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, aff. 6-64). Le Conseil constitutionnel élabore, comme nous l'avons vu, l'outil des «conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale» dès 1970 pour contrôler la conformité des traités vis-à-vis de la Constitution (cf. *Supra*. Titre 1, Chap. 1, Sect. 1).

²⁷⁶⁴ La CECA met en commun la production et la distribution de charbon et d'acier parmi six Etats, créant pour la première fois un marché sectoriel à une échelle transnationale.

²⁷⁶⁵ La CEE a des ambitions plus importantes, qui sont *a priori* de nature économique et commerciale mais qui «débordent» sur d'autres domaines comme l'agriculture, les transports ou l'action sociale. C'est le véritable embryon de communauté politique européenne.

²⁷⁶⁶ La CEEA est cantonnée à la recherche et au développement en matière d'industrie atomique. Sa finalité, de nature géostratégique, est de contribuer à l'indépendance énergétique des Etats membres par la mise en commun des coûts d'investissement dans le domaine de l'énergie atomique.

de s'engager sur la voie de l'intégration politique²⁷⁶⁷, ossifie temporairement les initiatives tendant à construire une coopération politique dans le cadre des Communautés. C'est ainsi que les progrès de l'intégration et les transferts de compétences qui les accompagnent se cantonnent au domaine économique avec la création de la CEE²⁷⁶⁸ et de la CEEA.

1025. Or, dans ce domaine, la dynamique du transfert de compétences s'intensifie. Elle peut partiellement s'expliquer par l'effet de la logique fonctionnaliste, qui correspond à la «méthode Monnet-Schuman», également connue sous le nom de méthode des « petits pas ». Celle-ci fut résumée par la fameuse phrase de la déclaration inspirée par Jean Monnet et prononcée par Robert Schuman le 9 mai 1950 : *« l'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes, créant d'abord une solidarité de fait »*. Elle est particulièrement bien adaptée à la nature particulière des Communautés car la création et l'approfondissement des Communautés à travers des transferts ponctuels de compétences dont les Etats gardent la maîtrise est de nature à rassurer ces derniers²⁷⁶⁹. Cependant, le dynamisme de cette logique repose sur un effet de débordement (*spillover effect*) ou d'entraînement. Comme l'explique Chahira Boutayeb, il s'agit de faire progressivement accepter aux Etats *« d'intensifier ces transferts de souveraineté qui seront appelés à affecter des domaines de plus en plus significatifs, le point culminant étant la recherche d'une intégration politique »*²⁷⁷⁰. Il s'agissait de *« prendre au piège les*

²⁷⁶⁷ Négocié un an après la fin du blocus de Berlin et dans le contexte du déclenchement de la guerre de Corée dans l'été 1950 le traité sur la CED visait à créer une armée européenne, sous un commandement commun unique et dotée de 10.000 hommes, dont de futures unités allemandes. Ce plan permettait donc, sous la demande pressante des Etats-Unis, d' *« associer l'Allemagne à la défense de l'Europe occidentale, tout en lui interdisant la possession d'une armée nationale, source de menaces pour l'avenir »*. Le projet de traité est, finalement, très ambitieux, à la fois du point de vue des effectifs mobilisées (13.000 militaire) comme sur le plan institutionnel (il met en place une organisation institutionnelle très étoffée) et politique (il est accompagné d'un projet de Statut de Communauté politique). Le refus de la nouvelle Assemblée nationale, dominée par les gaullistes et les communistes, de débattre de la ratification du traité tue la CED dans l'oeuf.

²⁷⁶⁸ La CEE est une organisation plus ambitieuse que la CECA, comme en témoigne, dès le Préambule du traité, la présentation de ses missions. Il s'agit notamment d' *« établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens »* et d' *« assurer par une action commune le progrès économique et social de leurs pays en éliminant les barrières qui divisent l'Europe »*. L'article 2 présente les moyens au service de ces objectifs, en stipulant que *« la Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie, et des relations plus étroites entre les États qu'elle réunit »*. Les trois moyens que se fixe le traité pour atteindre ses objectifs ambitieux sont l'établissement d'un marché commun, la mise sur pied d'une union douanière et la conduite d'un certain nombre de politiques communes. Le chantier qu'envisage le traité CEE afin de poursuivre les objectifs de la Communauté est donc d'une ampleur inédite.

²⁷⁶⁹ Comme l'indique Chahira Boutayeb, *« un Etat acceptera plus facilement de concéder certaines de ses compétences à une institution indépendante et supranationale dès lors qu'un tel transfert vise un domaine concret et clairement délimité »*. Ch. Boutayeb, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Op. cit., p. 35.

²⁷⁷⁰ Idem.

souverainetés ombrageuses » selon la formule imagée du doyen Vedel²⁷⁷¹. Cela était prévu de manière explicite dès le début des années 1950²⁷⁷², lorsqu'il s'agissait de mettre en place « *une solidarité de fait et, dès lors, une unification des systèmes juridiques et politiques, qui, par réalisation concrètes et de plus en plus nombreuses, atteindrait un point irréversible* »²⁷⁷³.

1026. Mais, au fil des crises qui jalonnent les années 1960²⁷⁷⁴ et 1970²⁷⁷⁵, les Etats membres approfondirent leur action commune sans transferts additionnels de compétences aux Communautés et dans une logique intergouvernementale. Il convient néanmoins de noter deux éléments qui permettent de constater la persistance d'une dynamique porteuse sur le plan de l'intégration politique. Le premier est une innovation institutionnelle majeure des années 1970 : la création du Conseil européen à l'issue du sommet des 9 et 10 décembre 1974. Celle-ci tient à la volonté de se doter d'une institution qui puisse rapprocher les Etats membres dans un domaine dans lequel s'exprime la souveraineté étatique par excellence, celui des affaires étrangères. Moins une instance de décision²⁷⁷⁶ qu'une instance d'impulsion, le Conseil européen permet à la dynamique intégrative de se poursuivre, voire de s'accélérer²⁷⁷⁷. En ce sens, l'action du Conseil européen en faveur de l'intégration offre un bon exemple de l'articulation et la complémentarité entre logique intergouvernementale et logique intégrative. Une fois mis en place, le Conseil européen ne cessera de voir son importance grandir. Le second élément qui permet d'approfondir l'intégration sans transferts de compétence est la jurisprudence intégrative de la Cour de justice. Celle-ci se manifeste dès le début des années 1960, posant les bases d'un ordre juridique propre et autonome des

²⁷⁷¹ Cité par F. Chaltiel dans sa tribune « De la méthode fonctionnaliste à la méthode démocratique » publiée par le *Think tank* « Notre Europe » [En l i g n e : <https://institutdelors.eu/wp-content/uploads/2020/08/methodefouctionnalisteoudemocratiquechaltielneoct12-2.pdf>].

²⁷⁷² Cf. la Déclaration Schuman du 9 mai 1950.

²⁷⁷³ C. Boutayeb, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Op. cit., p. 32.

²⁷⁷⁴ La « crise de la chaise vide » d'abord, provoquée par l'exécutif du général de Gaulle entre juin 1965 et janvier 1966 puis ayant abouti au compromis de Luxembourg.

²⁷⁷⁵ La crise provoquée par la Première ministre britannique Margaret Thatcher, ensuite, qui se prolonge de novembre 1979 à juin 1984 et porte sur le montant de la contribution financière du Royaume-Uni. Elle est résumée par une phrase qui passe à la postérité : « *I want my money back* ».

²⁷⁷⁶ Le Conseil n'est habilité à adopter des actes contraignants que depuis peu. Il n'exerce cette compétence que dans des cas très limités par les traités. En effet, l'art. 15 TUE affirme qu' « *il donne à l'Union les impulsions nécessaires à son développement et en définit les orientations et les priorités politiques générales* ». Ce même article précise qu' « *il n'exerce pas de fonction législative* ».

²⁷⁷⁷ Les exemples sont nombreux, depuis le Conseil européen de Brême de juillet 1978 qui entérine le principe du Système monétaire européen jusqu'au Conseil extraordinaire tenu à Bruxelles en juillet 2020 pour trouver un accord sur le plan de relance pour faire face à la crise de la Covid-19, en passant par le Conseil européen de juin 2008 visant à répondre aux conséquences pour la zone euro de la crise financière et économique.

Etats²⁷⁷⁸, puis elle s'engage, tout au long des années 1970, dans la lutte contre les mesures de restriction à l'importation ayant un effet équivalent à des restrictions quantitatives²⁷⁷⁹ et dans la défense d'une conception extensive des compétences des Communautés²⁷⁸⁰.

1027. La coopération politique, qui débute donc de manière informelle, est finalement gravée dans le marbre avec la signature du traité sur l'Union européenne à Maastricht le 7 février 1992. Celui-ci inaugure les premiers transferts de l'exercice de compétences afférentes à la souveraineté nationale.

B. Le transfert de compétences afférentes à la souveraineté nationale

1028. Le traité de Maastricht doit être considéré comme le premier véritable traité constitutionnel européen. Il opère un transfert de compétences inédit car intimement lié à l'exercice de la souveraineté nationale, comme le Conseil constitutionnel ne manque pas de l'indiquer²⁷⁸¹. En ce sens, le traité de Maastricht consacre la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) comme l'un des trois « piliers » de l'Union et approfondit l'intégration monétaire. La libéralisation de la circulation des capitaux que le traité CEE avait permise doit ainsi conduire à une union économique et monétaire, déjà évoquée dans l'Acte unique européen. L'étape ultime est l'établissement de la monnaie unique sous le contrôle d'un système européen de banques centrales regroupant les banques centrales nationales autour d'une Banque centrale européenne (BCE).

1029. Dès lors, le traité de Maastricht marque une nouvelle ère dans l'histoire des Communautés et de l'Union européennes, caractérisée depuis les années 1960 par la recherche d'un équilibre entre l'impératif d'intégration et le respect des compétences les plus emblématiques de la souveraineté étatique. Le transfert de la compétence monétaire, considérée dès les *Six Livres* de Jean Bodin

²⁷⁷⁸ Cf. *supra*. Titre 1, Chap. 2, Sect. 1.

²⁷⁷⁹ Cf. not. CJCE, 11 juil. 1974, *Dassonville*, aff. 8-74 et CJCE, 20 fevr. 1979, *Cassis de Dijon*, aff. 120/78. Elle consacre ainsi la reconnaissance mutuelle comme un principe fondamental au bon fonctionnement du marché unique. Ce principe fera ensuite l'objet d'actes de droit dérivé (décision n° 3052/95/CE du Parlement européen et du Conseil et règlement (CE) n° 764/2008 du Parlement européen et du conseil du 9 juillet 2008).

²⁷⁸⁰ Cf. CJCE, 29 nov. 1956, *Fédération charbonnière de Belgique c/ Haute Autorité*, aff. 8-55 et CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ AETR*, aff. 22/70, par ex.

²⁷⁸¹ Par ex., relativement à l'Union économique et monétaire, il considère dans le considérant 43 de la décision du 9 avril 1992 « que la réalisation d'un semblable objectif se traduira par la mise en œuvre d'une politique monétaire et d'une politique de change uniques suivant des modalités telles qu'un État membre se trouvera privé de compétences propres dans un domaine où sont en cause les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Comme nous l'avons vu, le traité de Maastricht est le premier instrument conventionnel européen dont la ratification impose une révision préalable de la Constitution française

comme faisant partie des attributions du souverain, à un système institutionnel supranational marque donc une bascule dans le processus d'intégration. Comme le note Joschka Fischer, « *l'introduction de l'euro ne signifiait pas seulement le couronnement de l'intégration économique; c'était aussi un acte profondément politique puisque la monnaie n'est pas seulement une entité économique mais qu'elle symbolise par ailleurs le pouvoir du souverain qui la garantit* »²⁷⁸². De plus, le traité de Maastricht institue une citoyenneté européenne et définit les droits qui y sont attachés. Cette question, bien qu'*a priori* symbolique car l'Union ne peut pas octroyer de citoyenneté européenne indépendamment des Etats²⁷⁸³, est également fortement liée aux enjeux de la souveraineté²⁷⁸⁴. Elle apparaît comme l'une des conditions de possibilité pour penser l'Union comme une entité politique (une *polity*) à part entière. En effet, la notion de citoyenneté européenne permet de traduire le lien transnational que l'Union entretient avec les individus, par-delà les Etats. Même si la citoyenneté européenne ne se traduit pas par une extension des compétences transférées à l'Union²⁷⁸⁵, elle contribue à éroder le lien privilégié qui peut unir, sur le plan politique et juridique, un Etat à ses ressortissants. Par ailleurs, la reconnaissance d'une citoyenneté européenne adossée à la citoyenneté nationale entraîne des conséquences pour les Etats membres en matière d'octroi et de retrait de nationalité²⁷⁸⁶. De plus, elle « oblige chaque État à traiter les ressortissants

²⁷⁸² Cf. son Discours sur la finalité de l'intégration européenne prononcé à l'Université Humboldt de Berlin le 12 mai 2000.

²⁷⁸³ Selon l'art. 9 TUE et l'art. 20 TFUE, « *est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas* ».

²⁷⁸⁴ L'affaire Nottebohm fut l'occasion pour la Cour internationale de justice d'explicitier la définition de la nationalité en droit international. Elle estime que « *selon la pratique des Etats, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est, en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'Etat qui la lui confère qu'à celle de tout autre État. Conférée par un Etat, elle ne lui donne titre à l'exercice de la protection vis-à-vis d'un autre Etat que si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'Etat qui en a fait son national* ». CIJ, 6 avril 1955, Affaire Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala), CIJ Recueil 1955, p. 23.

²⁷⁸⁵ En effet, elle emporte surtout des obligations pour ces derniers plutôt que pour les institutions communautaires. Nous pensons surtout à la protection diplomatique à l'étranger et à la possibilité de voter et d'être élu dans l'Etat de résidence aux élections européennes et municipales dans certaines conditions.

²⁷⁸⁶ Interrogée sur la conformité au droit de l'Union du retrait par un Etat membre de la nationalité à l'un de ses ressortissants, la Cour de justice considère que « *le droit de l'Union, notamment l'article 17 CE, ne s'oppose pas à ce qu'un État membre retire à un citoyen de l'Union la nationalité de cet État membre acquise par naturalisation lorsque celle-ci a été obtenue de manière frauduleuse à condition que cette décision de retrait respecte le principe de proportionnalité* ». En effet, si « *les États membres sont compétents pour définir les conditions d'acquisition et de perte de la nationalité, [...] l'exercice de cette compétence, dans la mesure où il affecte les droits conférés et protégés par l'ordre juridique de l'Union [...] est susceptible d'un contrôle juridictionnel opéré au regard du droit de l'Union* ». C'est ainsi que, pour les individus ressortissants d'un Etat membre qui résident dans un autre Etat membre, « *la condition d'étranger cède progressivement la place au statut de citoyen* ». Cf. CJUE, Gde ch., 2 mars 2010, Rottmann, aff. C-135/08, not. points 48 et 59.

d'autres États membres, citoyens européens, comme ses nationaux, en vertu du principe cardinal de non discrimination en raison de la nationalité »²⁷⁸⁷.

1030. Le traité de Maastricht permet dès lors de poser la première pierre d'une intégration politique souhaitée depuis les traités fondateurs des années 1950. C'est donc à partir de ce moment que le discours constitutionnaliste à propos de l'Union européenne devient véritablement audible²⁷⁸⁸ et obtient, lentement, droit de cité dans les facultés de droit européennes, dont les facultés de droit françaises²⁷⁸⁹. Le débat sur la constitutionnalisation de l'Europe devient également un enjeu politique pris au sérieux aux plus sommets du pouvoir. Comme le note Hugues Dumont il sort « *des cercles académiques, parlementaires et militants pour atteindre le milieu des chefs d'État, des Premiers ministres des ministres des Affaires étrangères et des présidents de la Commission européenne* »²⁷⁹⁰. L'enthousiasme soulevé par la ratification du traité de Maastricht insufflé un nouvel élan aux anciennes aspirations intégratives et, parallèlement, face à une configuration géopolitique changeante sur le continent européen après la chute du Mur de Berlin, les chefs d'État et de gouvernement s'engagent en faveur de l'élargissement vers l'est²⁷⁹¹.

1031. Le « saut constitutionnel » envisagé depuis le début des années 1990 est finalement entériné par la déclaration sur l'avenir de l'Europe adoptée lors du sommet de Laeken en décembre 2001. On peut considérer *a posteriori* que ce texte marque un tournant important dans la construction européenne sur le plan méthodologique²⁷⁹² ainsi que sur le plan politique²⁷⁹³. La Convention sur l'avenir de l'Europe que la déclaration de Laeken met en place débouche finalement sur le Traité établissant une constitution pour l'Europe, sans que l'élaboration d'un tel texte ait fait explicitement

²⁷⁸⁷ G. Marti, « Ce que l'Union européenne fait à l'État. Recherches sur l'incidence de l'appartenance à l'Union européenne sur les États-nations », *Civitas Europa*, 2017/1 (n°38), p. 321.

²⁷⁸⁸ Cf. *supra*. Chap. 1, Sect. 2, §1.

²⁷⁸⁹ Cf. S. Torcol, « Le droit constitutionnel européen, droit de la conciliation des ordres juridiques », *Op. cit.*, note n°5.

²⁷⁹⁰ H. Dumont, « La question de l'État européen du point de vue d'un constitutionnaliste », *Droit et société*, 53-2003, p. 32

²⁷⁹¹ L'élargissement de l'Union et des Communautés aux pays d'Europe centrale et orientale (PECO) est décidé lors du sommet de Copenhague de juin 1993.

²⁷⁹² Les négociations de Nice en décembre 2000 ayant montré la crise du modèle de la négociation

intergouvernementale classique, on décide de réunir une assemblée d'un genre nouveau, consacrée entièrement à la réflexion sur l'approfondissement de l'intégration européenne. Elle comprend non seulement des représentants des États, mais aussi des représentants du Parlement européen, des Parlements nationaux et de la Commission européenne.

²⁷⁹³ L'objectif principal des débats n'est plus seulement l'élargissement du champ de compétences de l'Union

européenne, mais une réflexion globale sur la démocratie européenne, son organisation et son avenir.

partie de son mandat. Dans ce contexte où le chemin vers le constitutionnalisme européen s'impose désormais avec la force de l'évidence, l'échec de ce traité en 2005 sonne comme un coup de tonnerre. Deux ans plus tard, le traité de Lisbonne, « *épuré des signes extérieurs de constitutionnalité* »²⁷⁹⁴ permet de sortir de l'impasse²⁷⁹⁵. La structure en piliers²⁷⁹⁶, emblématique du traité de Maastricht, est abolie. Toutes les compétences auparavant exercées dans le cadre du «troisième pilier» - donc selon la logique intergouvernementale - sont désormais exercées à travers les modalités de prise de décision communautaires - c'est-à-dire selon la logique intégrative. La Charte des droits fondamentaux est reconnue par l'article 6, paragraphe 1 TUE comme ayant la même valeur juridique que les traités. De même, le traité de Lisbonne modifie la présentation des compétences de l'Union, ainsi que les modalités d'exercice de certaines d'entre elles.

II. L'identification et les modalités d'exercice des compétences

1032. Abolissant la complexe structure en piliers, le traité de Lisbonne opère une clarification des compétences de l'Union. Il consacre le titre I de la première partie du TFUE aux « catégories et domaines de compétences de l'Union ». Ainsi, les articles 3 à 6 TFUE définissent trois catégories de compétences²⁷⁹⁷ et précisent à chaque fois les domaines qu'elles concernent. Cependant, l'article 2, paragraphe 6 TFUE stipule que « *l'étendue et les modalités d'exercice des compétences de l'Union sont déterminées par les dispositions des traités relatives à chaque domaine* ». Il est possible d'en déduire « *qu'il n'existe pas, en droit primaire, une clause générale d'attribution de compétences à l'Union* »²⁷⁹⁸.

1033. Ce sont notamment, mais pas uniquement, les dispositions de la troisième partie du TFUE, portant sur « les politiques et actions internes de l'Union », qui précisent, pour chaque domaine

²⁷⁹⁴ F. Martucci, *Droit de l'Union européenne*, Op. cit., p. 24.

²⁷⁹⁵ Il est signé le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1er décembre 2009.

²⁷⁹⁶ Rappelons que le traité de Maastricht créant l'Union européenne range les compétences dont cette dernière assure l'exercice en trois groupes distincts, appelés « piliers ». Ainsi, le premier « pilier » correspondait aux compétences assurées par les Communautés européennes conformément à la méthode communautaire, où la supranationalité était dominante ; le deuxième « pilier » concernait la politique étrangère et de sécurité commune (PESC), telle que prévue au titre V du TUE ; enfin, le troisième « pilier » englobait les actions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale (ex-JAI), prévue au titre VI TUE. La particularité des deuxième et troisième piliers par rapport au premier était d'organiser l'exercice des compétences qu'ils contenaient selon une méthode essentiellement intergouvernementale, quoique certains éléments de supranationalité étaient déjà présents, comme le rôle accordé à la Commission et au Parlement européen.

²⁷⁹⁷ Compétences exclusives, compétences partagées et compétences d'appui.

²⁷⁹⁸ F. Martucci, *Droit de l'Union européenne*, Op. cit., p. 211.

d'action, son périmètre ainsi que les procédures de prise de décision afférentes. Par exemple, si l'article 6 TFUE stipule que l'Union dispose d'une compétence « *pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres* » dans le domaine de « *la protection et l'amélioration de la santé humaine* », l'article 168 TFUE²⁷⁹⁹ définit le périmètre précis de cette action et les modalités de prise de décision²⁸⁰⁰. Seule la politique étrangère et de sécurité commune échappe à cette logique. Il s'agit, en effet, de la seule action de l'UE à être envisagée dans le TUE, à son Titre V, ce qui est de nature à en souligner la spécificité en tant que politique commune dont l'exercice relève de l'intergouvernementalité.

1034. Partant, l'identification des compétences exercées par l'Union demeure, malgré la clarification opérée par le traité de Lisbonne, une opération complexe (A) qui dévoile une configuration institutionnelle et décisionnelle inédite (B).

A. L'identification des compétences de l'Union, une opération complexe

1035. La détermination des compétences de l'Union constitue une opération complexe, qui ne peut se limiter à une lecture linéaire et textuelle des traités. Surtout, l'article 352 TFUE cité plus haut contient une clause de flexibilité²⁸⁰¹ permettant « *de reconnaître aux institutions et organes de l'Union un pouvoir qui n'est pas expressément prévu par le traité, mais qui se révèle nécessaire pour atteindre un objectif des traités* »²⁸⁰².

²⁷⁹⁹ Contenu dans le Titre XIV de la troisième partie du traité.

²⁸⁰⁰ L'al. 2 de l'art. 168 TFUE précise que l'action de l'UE « *porte sur l'amélioration de la santé publique et la prévention des maladies et des affections humaines et des causes de danger pour la santé physique et mentale. Cette action comprend également la lutte contre les grands fléaux, en favorisant la recherche sur leurs causes, leur transmission et leur prévention ainsi que l'information et l'éducation en matière de santé, ainsi que la surveillance de menaces transfrontières graves sur la santé, l'alerte en cas de telles menaces et la lutte contre celles-ci. L'Union complète l'action menée par les États membres en vue de réduire les effets nocifs de la drogue sur la santé, y compris par l'information et la prévention* ». Concernant les modalités de prise de décision, l'al. 4 stipule que « *le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, et après consultation du Comité économique et social et du Comité des régions, contribuent à la réalisation des objectifs visés au présent article* ».

²⁸⁰¹ L'al. 1 stipule que « *si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées. Lorsque les dispositions en question sont adoptées par le Conseil conformément à une procédure législative spéciale, il statue également à l'unanimité, sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen* ».

²⁸⁰² F. Martucci, *Droit de l'Union européenne*, Op. cit., p. 211.

1036. Or dans la mesure où les objectifs des traités sont exprimés dans des termes parfois vagues et généraux, cette clause peut potentiellement servir de fondement à un élargissement considérable des compétences de l'Union. Il suffit de lire le Préambule du TUE, qui fait référence à toutes sortes d'objectifs partagés par les Etats membres, à la fois économiques (« *promouvoir le progrès économique et social de leurs peuples* ») et politiques (« *approfondir la solidarité entre leurs peuples* »). Il importe néanmoins de souligner deux éléments. D'une part, selon la Cour, l'article 352 TFUE « *ne saurait constituer un fondement pour élargir le domaine des compétences de la Communauté au-delà du cadre général résultant de l'ensemble des dispositions du traité, et en particulier de celles qui définissent les missions et les actions de la Communauté* ». En définitive, « *elle ne saurait en tout cas servir de fondement à l'adoption de dispositions qui aboutiraient en substance, dans leurs conséquences, à une modification du traité échappant à la procédure que celui-ci prévoit à cet effet* »²⁸⁰³. La clause de l'article 352 TFUE doit donc être interprétée de manière restrictive, dans le respect de l'économie générale des traités. D'autre part, sa mise en œuvre obéit à une procédure législative spéciale, particulièrement lourde et exigeante car elle exige que le Conseil statue à l'unanimité.

1037. Aussi, il n'en demeure pas moins que la détermination des compétences de l'UE implique un travail d'interprétation. Celle-ci tient compte à la fois des compétences accordées aux institutions européennes de manière explicite et de leurs objectifs. Comme l'indique Francesco Martucci, « *la délimitation des compétences de l'Union s'avère tributaire d'une dialectique entre objectifs et pouvoirs, maximisée par l'interprétation téléologique retenue par la Cour de justice* »²⁸⁰⁴.

1038. C'est ainsi que, pour faire face à des circonstances exceptionnelles sur le plan économique ou financier, les institutions communautaires se sont vues investies de missions nouvelles, parfois de manière subreptice (voire *contra legem*²⁸⁰⁵), parfois de manière explicite, à la demande des Etats membres. Nous pensons notamment à la politique d'assouplissement quantitatif (*quantitative easing*) adoptée par la BCE afin de soulager certains Etats membres de la zone euro, dont la conformité aux traités fut contestée par la Cour de Karlsruhe²⁸⁰⁶.

²⁸⁰³ Avis 2/94 du 28 mars 1996, *Adhésion de la Communauté à la Convention EDH*, EU:C:1996:140, point 30.

²⁸⁰⁴ F. Martucci, *Droit de l'Union européenne*, Op. cit., p. 212.

²⁸⁰⁵ v. not. l'arrêt BVerfG, 2e ch., 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15, 5 mai 2020, PSPP.

²⁸⁰⁶ Cf. *supra*. Titre 1, Chap. 2.

1039. Plus récemment, la Commission s'est vue investie, en un temps record, de la compétence pour émettre des titres de dette commune afin de financer un instrument temporaire pour la relance après la crise sanitaire appelé « *Next Generation EU* » et doté de 750 milliards d'euros²⁸⁰⁷. Après l'impulsion donnée par la France et l'Allemagne le 18 mai 2020²⁸⁰⁸, la Commission adopte une proposition le 27 du même mois afin de mettre en place ce programme. Un accord plus large est ensuite trouvé au sein du Conseil européen de juillet 2020²⁸⁰⁹ sur le train de mesures budgétaires à adopter. Le 10 novembre 2020, la présidence du Conseil parvient à un accord avec le Parlement européen à propos du prochain cadre financier pluriannuel (CFP) et du programme temporaire « *Next Generation EU* ». Enfin, une décision du Conseil est adoptée²⁸¹⁰ en décembre 2020 qui autorise la Commission, à titre exceptionnel, à emprunter temporairement sur les marchés des capitaux, au nom de l'Union, afin de faire face aux conséquences de la crise de la COVID-19. Cette décision est prise sur le fondement de l'article 311 TFUE, dont le premier alinéa stipule que « *l'Union se dote des moyens nécessaires pour atteindre ses objectifs et pour mener à bien ses politiques* ». Le règlement européen relatif au CFP ainsi que le dispositif technique pour financer le plan de relance sont adoptés dans la foulée par le Conseil et le Parlement²⁸¹¹.

1040. Comme le rappelle Stéphane Saurel, la Commission avait déjà eu recours à l'émission d'obligations sur les marchés financiers « *pour accorder des prêts aux pays de la zone euro (article 122 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne - (TFUE), aux Etats membres hors zone euro (article 143 du TFUE) ou à des Etats tiers (article 212 du TFUE)* »²⁸¹². Aussi, le caractère inédit du programme « *Next Generation EU* » réside dans le montant considérable des sommes engagées ainsi que dans la nature hybride de l'injection financière réalisée au profit des Etats bénéficiaires, composés à la fois de prêts (à hauteur de 360 milliards d'euros), ce qui est classique, et, pour la première fois, de transferts budgétaires (à hauteur de 390 milliards d'euros).

²⁸⁰⁷ Cette somme est considérable à l'échelle de l'Union car elle représente près des 3/4 de son budget pluriannuel (2021-2027), soit environ 4 fois le budget annuel.

²⁸⁰⁸ Initiative franco-allemande prise le 18 mai 2020 par le Président de la République et par la chancelière Angela Merkel.

²⁸⁰⁹ Cf. Conclusions adoptées lors de la réunion extraordinaire du Conseil européen (17, 18, 19, 20 et 21 juillet 2020).

²⁸¹⁰ Décision (UE, EURATOM) 2020/2053 du Conseil du 14 décembre 2020 relative au système des ressources propres de l'Union européenne et abrogeant la décision 2014/335/UE, Euratom.

²⁸¹¹ Règlement (UE, Euratom) 2020/2093 du Conseil du 17 décembre 2020 fixant le cadre financier pluriannuel pour les années 2021 à 2027.

²⁸¹² S. Saurel, «Europe : «Le plan de relance repose sur une base juridique solide»», *Le Monde*, 17/10/2020.

1041. Pour certains auteurs, l'exercice d'une compétence en matière d'émission de dette commune, bien que ponctuelle et temporaire, aurait fait basculer l'Union dans un «moment hamiltonien». Comme l'explique Céline Spector, « *selon certains observateurs, la création du fonds de relance fait écho au rachat des dettes étatiques par l'Etat fédéral américain en 1790, sous l'impulsion d'Alexander Hamilton, alors secrétaire au Trésor - décision qui avait renforcé le fédéralisme* ». Elle considère donc que cette évolution « *ouvre, peut-être, à la constitution d'une Europe politique* »²⁸¹³ - comme si cela n'était déjà pas le cas depuis le traité de Maastricht. Mais il est d'autant plus remarquable que ce saut fédéral ait été franchi à traités constants. En effet, les modalités de financement du programme « *Next Generation EU* » sont mises en œuvre dans le cadre financier pluriannuel européen tel qu'envisagé par les traités²⁸¹⁴. Le Conseil européen de juillet 2020 insiste bien sur le fait que « *le CFP et les règles qui le régissent demeurent le cadre de base pour la planification et l'exécution du budget de l'Union* ». Il s'agirait cependant, comme le note Stéphane Saurel, d'« *une décision ayant un rang de quasi-traité* »²⁸¹⁵ dans la mesure où la nature inédite et le montant exceptionnel de l'emprunt commun ainsi autorisé permet aux institutions européennes d'exercer une nouvelle compétence afférente à l'exercice de la souveraineté : l'endettement commun. Or, même s'il s'est agi d'une compétence exercée de manière ponctuelle et exceptionnelle, certains défis auxquels l'Union devrait faire face dans les années à venir pourraient justifier l'ouverture de nouveaux programmes de financement alimentés par ce nouvel outil budgétaire²⁸¹⁶.

1042. Aussi, au-delà de la détermination des domaines de compétence de l'Union, dont nous venons de voir le caractère dynamique, il importe de se pencher sur les modalités d'exercice des compétences transférées.

²⁸¹³ C. Spector, *No demos ? Souveraineté et démocratie à l'épreuve de l'Europe*, *Op. cit.*, p. 9.

²⁸¹⁴ Art. 311 et 312 TFUE.

²⁸¹⁵ S. Saurel, « Europe : « Le plan de relance repose sur une base juridique solide » », *Op. cit.*

²⁸¹⁶ Il est, par exemple, question, depuis l'invasion russe de l'Ukraine, de mettre en œuvre un nouveau plan européen pour pallier les conséquences économiques de la guerre. De même, le financement des ambitions géopolitiques de la présidente de la Commission, Ursula von der Leyen, pourrait être assuré par l'émission de nouveaux titres de dette commune. Comme le rappelle le quotidien *Le Monde*, « *la Commission estime qu'au titre des transitions écologique et numérique, les Européens devront déboursier, chaque année et jusqu'en 2030, 650 milliards d'euros de plus que ce qui est prévu. Il leur faudra aussi dépenser 210 milliards d'ici à 2027, a-t-elle calculé, s'ils veulent se passer des énergies fossiles russes* » (V. Malingre, « La Commission européenne suspend les critères de Maastricht un an de plus, jusqu'à la fin 2023 », *Le Monde*, 23/06/2022). Dès lors, le frein principal demeure le volontarisme politique des exécutifs nationaux et non pas les dispositions des traités.

B. Les modalités d'exercice des compétences transférées, une configuration institutionnelle et décisionnelle inédite

1043. Comme nous l'avons mentionné, les modalités d'exercice des compétences transférées répondent à deux logiques présentes dès les origines des Communautés : la logique intergouvernementale et la logique intégrative. La dialectique qui s'est installée entre elles a abouti à une configuration institutionnelle et décisionnelle inédite à laquelle les Cours constitutionnelles nationales, dans leur mission de gardiennes de la souveraineté, se sont montrées sensibles²⁸¹⁷.

1044. Dans tous les cas, l'élaboration, ainsi que l'exécution à l'échelle nationale, du droit de l'Union dépend fondamentalement de l'action des organes de l'Etat. Nous retrouvons ici la notion de « dédoublement fonctionnel » chère à Georges Scelle²⁸¹⁸. Pour cet auteur, le dédoublement fonctionnel prend acte du caractère décentralisé de l'ordre juridique international. Il permet de postuler que, dès lors qu' « *il n'y a pas de gouvernants et agents spécifiquement internationaux, les membres des exécutifs nationaux ainsi que les fonctionnaires étatiques remplissent un «double» rôle : ils agissent en tant qu'organes de l'Etat lorsqu'ils opèrent dans le cadre du système juridique national ; ils agissent en tant qu'agents internationaux lorsqu'ils opèrent dans le système juridique international* »²⁸¹⁹. Les organes nationaux ne remplissent pas ce double rôle de manière simultanée mais, comme Dr. Jekyll et Mr. Hyde, à la faveur d'un « *dédoublement de personnalité* »²⁸²⁰. Autrement dit, « *bien que du point de vue de leur statut juridique, ils soient et restent des organes nationaux, ils peuvent fonctionner soit comme des agents nationaux, soit comme des agents internationaux* »²⁸²¹.

²⁸¹⁷ Plus précisément, celles-ci se sont penchées sur la question des modalités d'exercices des compétences transférées à l'Union, ce qui témoigne de son importance. Le Conseil constitutionnel, par exemple, estime « *qu'appelle une révision de la Constitution toute disposition du traité qui, dans une matière inhérente à l'exercice de la souveraineté nationale mais relevant déjà des compétences de l'Union ou de la Communauté, modifie les règles de décision applicables, soit en substituant la règle de la majorité qualifiée à celle de l'unanimité au sein du Conseil, privant ainsi la France de tout pouvoir d'opposition, soit en conférant une fonction décisionnelle au Parlement européen, lequel n'est pas l'émanation de la souveraineté nationale, soit en privant la France de tout pouvoir propre d'initiative* ». Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, considérant 29.

²⁸¹⁸ Cf. *supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 2, Sect. 2.

²⁸¹⁹ A. Cassese, «Remarks on Scelle's Theory of «Role Splitting» (dedoublement fonctionnel) in International Law», *EJIL*, (1990) 210, p. 212.

²⁸²⁰ *Ibid*, p. 213.

²⁸²¹ *Idem*.

1045. Ainsi, les compétences afférentes aux domaines les plus sensibles politiquement et, donc, les plus intimement liés à l'idée de souveraineté, sont exercées à travers des procédures relevant de la logique intergouvernementale.

1046. C'est, de manière emblématique, le cas de la PESC, prévue dans le Titre V TUE. Comme nous l'avons évoqué ci-dessus, la PESC « *est soumise à des règles et procédures spécifiques* »²⁸²². Selon ces dernières, le Conseil européen et le Conseil de l'Union agissent comme les deux institutions motrices²⁸²³ et les actions doivent être prises à l'unanimité²⁸²⁴. Ainsi, si la compétence de l'Union en matière de PESC est très vaste²⁸²⁵, l'exercice de cette compétence relève du consensus entre les exécutifs des Etats membres. L'adoption d'actes législatifs est exclue²⁸²⁶ car ceux-ci sont définis comme des actes adoptés selon une procédure législative, c'est-à-dire une procédure qui accorde une place de co-législateur au Parlement européen. Or celui-ci n'est que consulté et informé par le haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité sur les « *principaux aspects et les choix fondamentaux* »²⁸²⁷. La compétence exécutive en matière de PESC appartient au haut représentant, institution créée par le traité de Lisbonne en fusionnant le haut représentant pour la politique étrangère et de sécurité commune et le commissaire européen aux relations extérieures. Sa nomination doit faire l'objet d'un accord entre le Conseil européen, le président de la Commission et le Parlement européen²⁸²⁸. Enfin, il convient de souligner que la Cour de justice, grand moteur de l'intégration, n'est pas compétente pour contrôler l'action européenne dans ce domaine²⁸²⁹. Plus précisément, son contrôle ne peut porter que sur deux

²⁸²² Art. 24 al. 1 TUE.

²⁸²³ Selon l'art. 24 al. TUE, la PESC « *est définie et mise en œuvre par le Conseil européen et le Conseil, qui statuent à l'unanimité, sauf dans les cas où les traités en disposent autrement* ».

²⁸²⁴ Selon l'art. 22 TUE, « *le Conseil européen identifie les intérêts et objectifs stratégiques de l'Union. Les décisions du Conseil européen sur les intérêts et objectifs stratégiques de l'Union portent sur la politique étrangère et de sécurité commune ainsi que sur d'autres domaines relevant de l'action extérieure de l'Union. [...] Le Conseil européen statue à l'unanimité sur recommandation du Conseil, adoptée par celui-ci selon les modalités prévues pour chaque domaine* ».

²⁸²⁵ Elle « *couvre tous les domaines de la politique étrangère ainsi que l'ensemble des questions relatives à la sécurité de l'Union, y compris la définition progressive d'une politique de défense commune qui peut conduire à une défense commune* ». Art. 24 TUE.

²⁸²⁶ *Idem*.

²⁸²⁷ Art. 36 TUE.

²⁸²⁸ Selon l'art. 18, al. 1 TUE : « *Le Conseil européen, statuant à la majorité qualifiée, avec l'accord du président de la Commission, nomme le haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité. Le Conseil européen peut mettre fin à son mandat selon la même procédure* ».

²⁸²⁹ Selon l'art. 275 TFUE : « *La Cour de justice de l'Union européenne n'est pas compétente en ce qui concerne les dispositions relatives à la politique étrangère et de sécurité commune, ni en ce qui concerne les actes adoptés sur leur base* ».

éléments. D'une part, elle veille à ce que la mise en œuvre de la PESC « *n'affecte pas l'application des procédures et l'étendue respective des attributions des institutions prévues par les traités pour l'exercice des compétences de l'Union* »²⁸³⁰. D'autre part, elle peut contrôler « *la légalité des décisions prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil* »²⁸³¹ dans l'exercice de ses compétences en matière de PESC²⁸³². L'incompétence relative de la Cour traduit donc l'autonomie de la PESC par rapport à l'ensemble des politiques et actions de l'Union.

1047. Cette dialectique entre la logique intergouvernementale et la logique intégrative a pu servir de moteur à l'intégration. En effet, le mouvement de « communautarisation » a permis de nourrir la dynamique intégrative sans brusquer les Etats, qui, après s'être habitués à exercer un certain nombre de compétences en commun selon une méthode intergouvernementale, ont plus facilement accepté que ces compétences soient exercées selon la méthode communautaire. Mais cette complémentarité a pu se muer en tension, voire en crispation, comme lors de l'épisode de la « chaise vide », et enrayer l'approfondissement de l'intégration, voire mettre en danger le fonctionnement normal des institutions européennes.

1048. Aux crises, les Etats membres ont répondu par des relances, souvent inspirées par le « moteur franco-allemand »²⁸³³. Ces relances ont été l'occasion d'approfondir l'intégration, soit par le biais de la « communautarisation » de compétences dont l'exercice était régi par la méthode intergouvernementale, soit par le transfert de nouvelles compétences en vue de renforcer l'intégration sur le plan politique. C'est à partir du moment où l'une de ces voies est empruntée que la dynamique intégrative est réputée entrer en contact (voire en collision) avec l'idée de souveraineté. Comme le relève Florence Chaltiel, ce fut tout d'abord le cas avec le traité de

²⁸³⁰ Art. 40 TUE.

²⁸³¹ Art. 275 TFUE.

²⁸³² Cette compétence de contrôle juridictionnel a fondé, selon Catherine Schneider, quinze arrêts de la Cour en 2020 : neuf affaires touchaient à des sanctions prises à l'encontre de la Syrie, trois d'entre elles concernaient des sanctions prises eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine, une affaire était relative au régime transversal de mesures restrictives en vue de lutter contre le terrorisme et le Hamas, une autre aux sanctions prises dans le cadre de la lutte contre la prolifération nucléaire à l'encontre de l'Iran et enfin une dernière aux sanctions prises à l'encontre de l'Égypte. Cf. C. Schneider, « Politique étrangère et de sécurité commune (PESC) », *Annuaire de droit de l'Union européenne*, 2021, 595-596.

²⁸³³ La relation entre la France et l'Allemagne dans le cadre communautaire a également donné lieu au qualificatif de « couple franco-allemand », ce que l'essayiste Coralie Delaume, l'une des figures de proue du « souverainisme intellectuel » en France dans les années 2010, réfute dans son ouvrage *Le couple franco-allemand n'existe pas: Comment l'Europe est devenue allemande et pourquoi ça ne durera pas*, Michalon, Paris, 2018.

Maastricht. Mais, ce dernier, « *alors qu'il se heurtait à la souveraineté, s'est vu consacré par cette même souveraineté* »²⁸³⁴. Nous avons eu l'occasion de faire référence à ce paradoxe dans des analyses antérieures qui témoignent, selon nous, de l'inadaptation du principe de souveraineté pour appréhender la construction du pluralisme juridique dans l'espace européen.

1049. Enfin, la dynamique d'élargissement vers les pays d'Europe centrale et orientale qui s'est mise en branle à partir des années 2000 joue aussi un rôle extrêmement important dans l'évolution des modalités de prise de décision au sein du Conseil. Elle incite notamment à modifier les modalités de vote pour favoriser le vote à la majorité qualifiée au détriment du vote à l'unanimité, jugé trop lourd. C'est ainsi que pour pouvoir à la fois élargir l'Union et ne pas compromettre sa capacité à agir, la solution apportée depuis le début des années 2000 a été d'approfondir l'intégration politique²⁸³⁵, c'est-à-dire d'étendre le champ des décisions adoptées à la majorité qualifiée au détriment de l'unanimité²⁸³⁶.

1050. Dans le cadre de l'Union européenne, le transfert de compétences et la mise sur pied d'un ordre juridique supranational sont de nature à entrer en conflit avec la conception bodinienne de la souveraineté, qui fusionne puissance publique et indivisibilité de l'exercice des compétences qui lui sont afférentes. Cette idée est exprimée Michel Debré : « *la souveraineté est un tout ; elle n'est pas une marchandise que l'on découpe, elle est un bloc* »²⁸³⁷. Aussi, l'examen de la dimension matérielle-substantielle de la souveraineté, qui s'intéresse aux compétences transférées à l'Union et à leurs modalités d'exercice, doit être complété par une étude de sa dimension abstraite-formelle, c'est-à-dire de la souveraineté comme puissance publique.

²⁸³⁴ F. Chaltiel, *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'Etat membre*, Op. cit., p. 136.

²⁸³⁵ Cf. par ex. le discours très influent du ministre des Affaires étrangères allemand Joschka Fischer prononcé à l'Université Humboldt le 12 mai 2000. Fischer estime notamment que « *pour gérer ce défi historique et intégrer les nouveaux États membres, sans pour autant remettre essentiellement en cause la capacité d'action de l'Union européenne, il nous faudra parallèlement apporter la dernière pierre à l'édifice de l'intégration européenne, à savoir l'intégration politique* ».

²⁸³⁶ Cela fait a fait l'objet de débats, le Premier ministre polonais, notamment, s'étant opposé à la proposition que le président Macron a défendue devant le Parlement européen consistant à généraliser le vote à la majorité qualifiée. (V. V. Malingre, « Le « serment de Strasbourg » d'Emmanuel Macron : Europe à plusieurs vitesses et communauté politique européenne », *Le Monde*, 9/06/2022).

²⁸³⁷ Citation prononcée par Eva Bruce-Rabillon (« Débats : le droit étatique saisi par la supranationalité normative? », *Politéia*, n°25, 2014, p. 181).

§2. L'enjeu de la souveraineté comme puissance publique

1051. L'exigeante conception française de la souveraineté nationale, telle qu'elle découle de son histoire pluriséculaire²⁸³⁸, est mise à rude épreuve par deux phénomènes que nous avons évoqués : la dynamique du transfert de compétences des Etats membres vers l'échelon européen et la consolidation du fait supranational. Plus encore, ces deux phénomènes ont suscité une réflexion au sujet des conditions d'existence de la souveraineté nationale, posée comme une question au sujet de ses conditions de survie. Il s'agit de présenter ces évolutions et de montrer comment certaines théories de la souveraineté peuvent y apporter des éléments de réponse (I). A partir de là, il sera possible d'analyser les conditions de permanence de la souveraineté comme puissance publique (II).

I. La puissance publique face au caractère supranational de l'Union européenne

1052. Comme nous l'avons vu, l'érosion de la souveraineté comme faisceau de compétences provient souvent d'un acte de souveraineté. Lord Bridge, cité par Jean-Bernard Auby, estimait, dans l'un des arrêts adoptés par la Chambre des Lords dans l'affaire *Factortame*, que « *toutes les limitations de sa souveraineté que le Parlement a acceptées quand il a adopté la loi de 1972 sur les Communautés européennes l'ont été tout à fait volontairement* »²⁸³⁹. De façon analogue, le choix du Royaume-Uni de sortir de l'Union a été également le fruit d'une décision explicite qu'il a adoptée à l'issue d'une procédure qu'il a lui même déterminée. De ce point de vue, l'exercice de la souveraineté est tout à fait compatible avec la perte de compétences.

1053. Cependant, une telle perspective peut laisser un sentiment d'insatisfaction, « *le sentiment qu'elle ne rend pas bien compte des réalités issues de la globalisation, dans laquelle les pouvoirs juridiques de l'Etat apparaissent comme réduits, concurrencés, déplacés* »²⁸⁴⁰. Ou, comme l'ajoute

²⁸³⁸ Comme le reconnaissait Carré de Malberg, « *en France en particulier, où l'unité étatique se trouve réalisée depuis le XVI^e siècle et où elle se combine avec le fait séculaire et ininterrompu de l'indépendance externe de l'Etat français, on comprend que la théorie de l'Etat souverain soit devenue la doctrine classique et qu'elle le demeure aujourd'hui encore* ». *Contribution à Théorie générale de l'Etat*, Op. cit., p. 91. Pour une genèse du principe de souveraineté dans la pensée juridique française v. *Supra*. Partie 1, Titre 1.

²⁸³⁹ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Op. cit., p. 121.

²⁸⁴⁰ *Ibid*, p. 122.

J.-B. Auby, « *qu'elle n'en rend pas compte autrement que par une pétition de principe* »²⁸⁴¹. Il est en effet difficile de concevoir, d'un point de vue logique, une puissance sans compétences précises - ou, alors, avec un faisceau de compétences dont on admet qu'il puisse se réduire indéfiniment.

1054. Il convient de s'attarder sur l'hypothèse d'une érosion de la puissance publique par le transfert de compétences (A) car il s'agit d'une idée répandue. Elle est cependant contredite par la difficulté pour établir un rapport théorique entre transfert de compétences et érosion de la puissance publique (B).

A. La possibilité d'une érosion de la puissance publique par le transfert de compétences

1055. Paul Legatte, rapporteur à l'occasion de l'examen par le Conseil constitutionnel de la conformité du Protocole n°6 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme vis-à-vis la Constitution, aborde directement la question de savoir si le transfert de compétences pourrait conduire à abolir de la souveraineté en tant que puissance publique²⁸⁴². Nous pouvons reprendre sa formulation car elle est très visuelle²⁸⁴³. Dans son rapport, M. Legatte évoque les expériences chimiques de son enfance, consistant à « *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* ». Ainsi, se remémore-t-il, « *il y avait un moment critique, celui où la couleur du liquide passait du bleu au rouge* ». Or, poursuit-il, « *dans la question du Protocole et de la souveraineté nationale, il y a également un moment critique. Le retrait de ce petit « chevron » de compétences du faisceau des compétences qui constitue la souveraineté nationale a-t-il pour effet de transformer la nature de la souveraineté nationale ? La ratification du Protocole fait-elle atteindre un point critique en matière de souveraineté ?* »²⁸⁴⁴. Ainsi, à travers ce raisonnement, Paul Legatte associe une perte de compétences à une possible disparition de la souveraineté comme puissance publique. Il estime donc que, comme en amour, il

²⁸⁴¹ *Idem.*

²⁸⁴² En tant que « *caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante* », pour reprendre la définition malbergienne.

²⁸⁴³ Cf. aussi *supra*. Titre 1, Chap. 2.

²⁸⁴⁴ Conseil constitutionnel, Compte-rendu de la séance du 22 mai 1985, p. 5.

n'y a pas de souveraineté mais seulement des preuves de souveraineté, pour paraphraser le poète Pierre Reverdy.

1056. Comme nous l'avons évoqué précédemment²⁸⁴⁵, il s'agit là d'un raisonnement tout à fait expérimental²⁸⁴⁶, malgré le fait que l'enjeu que soulève Paul Legatte n'était pas inconnu en 1985. Mais il n'est pas, pour cela, dépourvu d'intérêt. En effet, en réfléchissant ainsi « à voix haute », le rapporteur rend explicites les présupposés qui l'animent. Le premier est que le transfert de compétences agit comme un jeu à somme nulle. Les compétences ainsi transférées à l'Union cesseraient immédiatement d'être exercées par les Etats, sans que la question des modalités d'exercice soit prise en compte. Or nous avons vu que celle-ci introduit un élément de complexité additionnel par rapport à la lecture binaire transfert/conservation de compétences. Le second présupposé est relatif aux rapports entre les différentes acceptions de la souveraineté. En réalité, c'est surtout le « point de passage » entre l'acception matérielle-substantielle et l'acception formelle-abstraite de la souveraineté qui semble devoir faire l'objet d'éclaircissements. La question qui est posée est la suivante : la dégradation de la souveraineté comme un faisceau de compétences conduit-elle inexorablement à une disparition de la souveraineté comme puissance de l'Etat ? Autrement dit, la condition d'Etat²⁸⁴⁷ dépend-elle de la capacité pour ce dernier d'exercer certaines compétences - et, si oui, lesquelles ?

1057. Rappelons que sept ans plus tard, à l'occasion de la ratification du traité de Maastricht, soixante parlementaires saisissent le Conseil constitutionnel en adoptant une conception de la souveraineté identique à celle exprimée par M. Legatte. Leur questionnement est le suivant : « *si la souveraineté n'est plus qu'une « addition de compétences » (selon un auteur qui dit cependant par ailleurs que la souveraineté est un « bloc » inaltérable, F Luchaire, RDP, 1992, p 606) et si on peut lui ôter successivement des compétences comme des feuilles à un artichaut, à partir de quel moment ou de quel degré la « souveraineté-artichaut » verra-t-elle son cœur atteint ?* »²⁸⁴⁸. La souveraineté serait, selon ce raisonnement, composée de « couches » de compétences et le fait pour un Etat de perdre la faculté d'exercer ces dernières de manière solitaire conduirait, à partir d'un certain seuil, à

²⁸⁴⁵ Cf. *supra*. Titre 1, Chap. 2, Sect. 1, §1.

²⁸⁴⁶ Comme en témoigne le résultat de ce raisonnement. M. Legatte « *se déclare prêt à affirmer, mais sans pouvoir le démontrer autrement, que la ratification par la France du Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, n'atteindrait pas à la souveraineté nationale* ». *Idem*.

²⁸⁴⁷ L'« étaticité », « *statehood* » en anglais ou « *Staatlichkeit* » en allemand.

²⁸⁴⁸ Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne* - Saisine par 60 sénateurs.

abolir la souveraineté. La question qui est adressée au Conseil, celle de savoir à partir de quel seuil la souveraineté est abolie, revient à lui demander qu'il indique une limite constitutionnelle à l'intégration supranationale en se fondant sur une interprétation (discutable) du principe de souveraineté.

1058. Or, d'un point de vue historique et théorique, la question des compétences afférentes à la souveraineté ne nous semble pas déterminante pour caractériser cette dernière. En effet, celles-ci n'ont eu de cesse d'évoluer au gré de l'accroissement des missions de la puissance publique depuis la fin du XIX^e siècle²⁸⁴⁹ et, plus encore, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale²⁸⁵⁰. Autrement dit, il ne semble pas y avoir une acception stable de la définition de la souveraineté comme un faisceau de compétences. Jean Bodin les avait réduites à la puissance législative et nous avons vu qu'il est aujourd'hui possible de les ramener au pouvoir constituant²⁸⁵¹, si l'on adopte une conception stato-nationale du droit constitutionnel. Ainsi, il convient de s'intéresser plus précisément au rapport théorique entre compétences et souveraineté pour y rechercher des éléments de réponse aux questions suscitées par l'intégration supranationale en Europe.

B. La difficulté pour établir un rapport théorique entre transfert de compétences et érosion de la puissance publique

1059. Un retour sur la pensée de Raymond Carré de Malberg et de Carl Schmitt peut permettre d'identifier des éléments qui éclairent le rapport entre la souveraineté comme ensemble de compétences d'une part et la souveraineté comme synonyme de la puissance publique d'autre part.

1060. La prise en compte de ces deux approches nous semble pertinente à plusieurs égards. Tout d'abord, ces deux auteurs adoptent une perspective stato-nationale, c'est-à-dire qu'ils conçoivent le droit dans le cadre de l'Etat. Ils partagent donc les mêmes présupposés que le Conseil constitutionnel, ce qui permet de confronter plus facilement leurs conclusions à celles de la Haute instance. Ensuite, les travaux de Carré de Malberg et de Schmitt nous semblent pertinents car

²⁸⁴⁹ Tendence traduite par la célèbre définition de l'Etat postulée par Léon Duguit - l'Etat comme « *coopération de services publics organisés et contrôlés par les gouvernants* » (L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, *Op. cit.*, p. 59). Cf. *supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 2, Sect. 1, §1.

²⁸⁵⁰ Cf. *supra*. Titre 1.

²⁸⁵¹ Cf. *supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 1.

chacun a consacré des développements majeurs à la détermination d'une définition de la souveraineté. Enfin, leur confrontation permet de mettre en lumière deux conceptions très différentes de la souveraineté dans une perspective stato-nationale car ils incarnent des courants théoriques qui s'opposent sur le plan scientifique et dogmatique - on pourrait même dire qu'ils se trouvent aux antipodes l'un de l'autre si Kelsen n'avait pas redessiné la carte de la théorie du droit en radicalisant les postulats du positivisme.

1061. Comme nous l'avons montré²⁸⁵², la démarche de Raymond Carré de Malberg part de la pensée de Gerber, Laband et Jellinek, qui inaugurent un courant positiviste du droit public extrêmement influent. Par ailleurs, nous le savons, Carré de Malberg se saisit du positivisme germanique pour étudier le droit et de l'histoire constitutionnels français. Cependant, en tant que théoricien de l'Etat *lato sensu*, il réserve d'intéressants²⁸⁵³ développements à la forme fédérale. Il s'agit là d'un objet particulièrement embarrassant pour une conception de l'Etat fondée sur la souveraineté²⁸⁵⁴ car l'Etat fédéral est de nature à remettre en cause le caractère indivisible de cette dernière, pourtant considéré comme un attribut ontologique. Toutefois, la réflexion de Carré de Malberg au sujet des fédérations (notamment de l'Empire allemand) est extrêmement intéressante car elle fait écho à certains questionnements relatifs aux rapports entre le principe de souveraineté et l'Union européenne. Dans le sillage de Jellinek, il considère que la souveraineté de l'Etat fédéral

*«trouve son expression la plus haute et la plus décisive dans le droit qui lui appartient de déterminer sa propre compétence par lui-même et d'une façon illimitée»*²⁸⁵⁵. Par ailleurs, non seulement l'Etat fédéral *« a le pouvoir d'étendre la compétence de sa propre volonté et par ses propres organes ; mais encore il a le pouvoir de l'étendre indéfiniment, et en cela sa puissance d'Etat s'affirme comme une puissance de l'espèce la plus haute, c'est-à-dire comme une puissance souveraine »*²⁸⁵⁶.

1062. Le juriste alsacien évoque la notion d'Etat « mi-souverain », en vogue dans la doctrine internationaliste de son époque²⁸⁵⁷. Il précise que *« la notion d'Etat mi-souverain repose sur cette*

²⁸⁵² Partie 1, Titre 2, Chap. 2, Sect. 1, § 2.

²⁸⁵³ Intéressants pour ce qu'ils révèlent à propos de l'essence de la souveraineté mais aussi à propos de ses limites.

²⁸⁵⁴ Cf. *supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 2, Sect. 1, § 2, II.

²⁸⁵⁵ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 125.

²⁸⁵⁶ *Idem*.

²⁸⁵⁷ Cf. *infra*, § 3, I, A. Cf. également P. Motsch, *La doctrine des droits fondamentaux des Etats*, *Op. cit.*, p. 24.

*considération que certains Etats, tout en étant dépendants d'un Etat supérieur, possèdent, dans une mesure plus ou moins large, des droits de puissance publique, droits de législation, de juridiction et autres, lesquels droits constituent pour l'Etat qui en est le sujet une puissance analogue à celle de l'Etat souverain »*²⁸⁵⁸. L'Etat mi-souverain serait donc un Etat « qui possède les attributions de la puissance étatique, encore qu'il dépende d'un autre Etat »²⁸⁵⁹. Cette théorie a, par conséquent, « le tort de reposer sur une confusion de la souveraineté et de la puissance étatique »²⁸⁶⁰. Mais, et c'est là que Carré de Malberg fait preuve de sa capacité d'analyse et de distinction, « la limitation de la puissance étatique quant aux objets sur lesquels elle peut s'exercer n'implique nullement une division de cette puissance en soi »²⁸⁶¹. Autrement dit, « la puissance d'Etat peut être complète et entière, quoique l'activité de l'Etat à qui elle appartient ne s'exerce que dans une sphère restreinte »²⁸⁶². Voilà des propos tenus il y a plus d'un siècle qui résonnent avec les interrogations contemporaines²⁸⁶³.

1063. Par ailleurs, la lecture de sa *Contribution* montre que Carré de Malberg réfute l'idée d'un «point de passage» entre les deux acceptions de la souveraineté, dès lors que chacune se rapporte à un attribut différent de l'Etat²⁸⁶⁴. La démarche consistant à identifier une charnière, un point de bascule selon lequel l'érosion du faisceau de compétences conduirait à une abolition de la souveraineté ne serait donc pas logique. A la rigueur, si le curseur est mis sur la question de l'exercice de compétences, Carré de Malberg insiste non pas sur la nature de ces compétences mais sur l'étendu des pouvoirs. A son avis, « l'Etat possède une puissance complète dès qu'il détient intégralement les diverses fonctions du pouvoir, de façon à pouvoir exercer par lui-même une domination parfaite, quelle que soit d'ailleurs l'étendu des tâches auxquelles cette domination s'applique ». Il précise sa pensée : « en d'autres termes, il y a plénitude de puissance étatique par cela seul que l'Etat a, pour les objets rentrant dans sa compétence, pouvoir législatif, pouvoir

²⁸⁵⁸ R. Carré de Malberg, *Contribution à Théorie générale de l'Etat*, Op. cit., p. 141.

²⁸⁵⁹ *Idem.*

²⁸⁶⁰ *Idem.*

²⁸⁶¹ *Idem.*

²⁸⁶² *Idem.*

²⁸⁶³ Cf. *infra*. B.

²⁸⁶⁴ En effet, rappelons que, pour lui, « ces deux expressions se rapportent à deux notions nettement différentes ». R. Carré de Malberg, *Contribution à Théorie générale de l'Etat*, Op. cit., p. 191.

gouvernemental et administratif, pouvoir judiciaire »²⁸⁶⁵. A nouveau, le transfert de compétences ne semble pas être de nature à remettre en cause la souveraineté dans son ensemble.

1064. Carl Schmitt, qui se trouve très éloigné des postulats fondamentaux de l'école de *l'Isolierung*²⁸⁶⁶ et, donc, de la pensée malbergienne, radicalise l'idée de la « *kompetenz kompetenz* ». Reformulant ce critère, il postule que le souverain est celui qui doit être compétent « *pour le cas où aucune compétence n'est prévue* », lorsque « *l'ordre juridique ne donne aucune réponse à la question de la compétence* ». D'où sa fameuse formule « *est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle* »²⁸⁶⁷, c'est-à-dire « *celui qui décide en cas de conflit, en quoi consistent l'intérêt public et celui de l'État, la sûreté et l'ordre public, le salut public* »²⁸⁶⁸. Dès lors, le souverain se dévoile lorsque se présente l'*extremus necessitatis casus*²⁸⁶⁹. Il déclare l'état d'exception mais décide également dans l'état d'exception.

1065. Ainsi, la situation exceptionnelle échappe au droit positif à deux titres. D'une part, elle ne peut pas être qualifiée *a priori* par ce dernier. Elle déborde, par définition, le « *fonctionnement mécanique et routinier de l'État de droit* »²⁸⁷⁰. Décider de l'état d'exception correspond, par conséquent, à une compétence de détermination du contenu d'une catégorie nécessairement indéterminée et indéterminable par le droit positif. Le souverain peut alors, par la force de son énonciation, combler le fossé entre le *Sein* et le *Sollen*, l'être et le devoir-être. Comme l'affirme Carl Schmitt, « *celui qui détient la vraie puissance définit aussi les mots et les concepts. Caesar dominus et supra grammaticam : César règne aussi sur la grammaire* »²⁸⁷¹. D'autre part, la situation exceptionnelle déborde le droit positif dans la mesure où elle le suspend. Selon Schmitt « *dans cette situation une chose est claire : l'État subsiste tandis que le droit recule. La situation exceptionnelle est toujours autre chose encore qu'une anarchie et un chaos, et c'est pourquoi, au*

²⁸⁶⁵ *Ibid*, p. 142.

²⁸⁶⁶ Dont le premier, le postulat de l'autonomie du droit et, par conséquent, de la science juridique. Cf. *supra*. Partie 1, Titre 2.

²⁸⁶⁷ C. Schmitt, *Théologie politique, Op. cit.*, p. 15

²⁸⁶⁸ *Ibid*, p. 16.

²⁸⁶⁹ *Ibid*, p. 20.

²⁸⁷⁰ C. Schmitt, « Les formes de l'impérialisme dans le droit international », in J.-L. Pesteil, *Du politique*, Ed. Pardès, Puiseux (France), p. 99. Citée par E. Tuchscherer, « Le décisionnisme de Carl Schmitt : théorie et rhétorique de la guerre », in M. Senellart et J.-C. Zancarini, *Les discours de la guerre*, ENS ed. (Série : Mots : les langages du politique. Vol 73), Paris, 2003, p. 27.

²⁸⁷¹ *Ibid*, p. 28.

*sens juridique, il subsiste toujours un ordre, fût-ce un ordre qui n'est pas de droit. L'existence de l'État garde ici une incontestable supériorité sur la validité de la norme juridique »*²⁸⁷². C'est cette théorie particulière de la souveraineté qui fait dire à Schmitt que, dans l'Etat de droit constitutionnel, « aucune activité politique de quelque sujet que ce soit - aussi bien le monarque absolu que le peuple parvenue politiquement à la conscience de soi - et aucune souveraineté ne sont plus possibles »²⁸⁷³.

1066. On perçoit alors que, selon la conception schmittienne du rapport entre le droit et l'Etat, l'étude de celui-ci ne s'épuise pas dans l'analyse fournie par celui-là. Pour Carl Schmitt, l'étude de la Constitution et du droit constitutionnel ne saurait ignorer son substrat et ses finalités éminemment politiques. Le juriste ne pourrait donc pas s'affranchir de l'étude du pouvoir, conçu comme un préalable et comme une condition de l'existence du droit.

1067. Aussi, le degré suprême de la puissance politico-juridique dont le souverain est investi ne peut pas s'épuiser dans « le cadre purement formel et procédural de l'ordre normatif de droit commun »²⁸⁷⁴. L'inscription de Carl Schmitt dans les doctrines décisionnistes évoque les racines métaphysiques de l'Etat et présuppose la prééminence de l'ordre politique sur l'ordre juridique. Il faut donc comprendre la situation exceptionnelle comme le signe, dans la suspension du droit commun, du fondement décisionnel, c'est-à-dire éminemment politique, de l'ordre juridique positif. Cette approche est, comme nous l'avons souligné antérieurement²⁸⁷⁵, inconciliable avec celle qui fonde le constitutionnalisme libéral, ce qui explique la marginalisation relative²⁸⁷⁶ de la pensée de Carl Schmitt en France²⁸⁷⁷. A l'encadrement de la politique par le droit que préconise le constitutionnalisme national ou extra-national, Schmitt oppose le caractère irréductible de l'autonomie du souverain comme une donnée majeure de la politique moderne.

²⁸⁷² C. Schmitt, *Théologie politique*, *Op. cit.*, p. 22.

²⁸⁷³ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, *Op. cit.*, p. 246.

²⁸⁷⁴ E. Tuchscherer, « Le décisionnisme de Carl Schmitt : théorie et rhétorique de la guerre », *Op. cit.*, p. 28.

²⁸⁷⁵ Cf. *supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 1, Sect. 2.

²⁸⁷⁶ Seulement relative car certains auteurs comme Julien Freund ou Olivier Beaud ont beaucoup oeuvré pour rendre possible la réception de ses travaux en France.

²⁸⁷⁷ Ses accointances avec le régime nazi sont à l'origine de l'odeur de soufre qui entoure la figure de Schmitt, au-delà de son œuvre en matière de théorie constitutionnelle. Cf. O. Beaud, « Carl Schmitt, juriste nazi ou juriste qui fut nazi. Tentative de réexamen critique », *Droits*, 2004/2 (n° 40), p. 207-218.

1068. Par conséquent, les apports théoriques de Raymond Carré de Malberg et Carl Schmitt situent la controverse autour de la nature de la souveraineté ailleurs que sur le terrain du transfert de l'exercice de compétences ou de l'existence de règles de nature supranationale. Ils permettent donc d'envisager les conditions de permanence de la souveraineté comme puissance publique ou « puissance d'Etat ».

II. La permanence de la souveraineté comme puissance publique autonome

1069. Le positivisme malbergien et le décisionnisme schmittien, bien qu'aux antipodes l'un de l'autre, permettent de parvenir à la conclusion selon laquelle les interrogations au sujet du rapport entre le transfert de l'exercice de compétences à un niveau extra-national et l'éventuelle disparition de la souveraineté comme puissance publique peuvent se révéler infondées d'un point de vue théorique. Il est possible de rapporter ces éléments de théorie du droit et de l'Etat au contexte européen pour reformuler les questionnements qui portent sur la souveraineté de l'Etat membre.

1070. La théorie de la situation exceptionnelle et l'important travail d'analyse, de distinction et de définition réalisé par Carré de Malberg suggèrent que la permanence de la souveraineté de l'Etat-membre comme puissance publique peut être envisagée malgré les transferts de compétences (A). Enfin, une autre question peut se poser, en miroir au questionnement sur la souveraineté des Etats. Il s'agit de savoir s'il est possible, inversement, de mobiliser les éléments théoriques présentés ci-dessus pour défendre l'hypothèse d'une « souveraineté européenne » (B).

A. L'autonomie des Etats membres dans l'Union européenne

1071. L'aptitude de l'Etat membre de l'UE à exercer sa puissance publique est limitée par la contrainte que le principe de primauté fait peser sur les ordres juridiques nationaux. Ce principe a été largement accepté par les Etats membres et il régle, avec les principes de subsidiarité et de proportionnalité, le fonctionnement du système constitutionnel multi-niveaux européen. Reste, comme nous l'avons vu, la question de la place de la Constitution nationale par rapport au droit de l'Union. Celle-ci est envisagée différemment selon le niveau dont on se place, sans qu'il ait été possible de trouver une vision commune partagée par l'ensemble des juridictions constitutionnelles

nationales et par la Cour de justice. Cela étant, malgré certaines remises en cause plutôt exceptionnelles²⁸⁷⁸, le principe de primauté trouve à s'imposer dans le fonctionnement quotidien de l'ensemble formé par les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique européen. Il incarne la force intégrative du droit de l'Union.

1072. Les ordres juridiques nationaux demeurent, malgré les effets de l'intégration, autonomes sur le plan juridique. Cela impose le défi de penser ensemble les concepts d'autonomie et de soumission, qui apparaissent comme étant incompatibles dans la logique de la souveraineté. Par ailleurs, cela pose à nouveau le problème de concevoir une souveraineté-autonomie formelle dans un cadre dans lequel la souveraineté comme faisceau de compétences tend à se réduire. La frustration que fait naître la complexité des rapports entre ordres juridiques dans l'espace européen aboutit à des raisonnements peu pertinents, comment celui que restitue l'image de l'artichaut sénatorial.

1073. Mais la volonté des Etats membres de participer à l'intégration a également un volet négatif. D'une part, le droit européen reconnaît l'*opting-out*, c'est-à-dire la possibilité pour un Etat de ne pas se voir concerné par un domaine ou une action de l'Union. Il s'agit d'un régime dérogatoire aux traités, consacré par le droit primaire, le plus souvent au moyen d'un protocole²⁸⁷⁹. Ce n'est pas (seulement) par souci d'universalisme que cette notion est exprimée en anglais mais plutôt car le Royaume-Uni a bénéficié d'*opt-out* pour toute une série de domaines, depuis le domaine monétaire jusqu'à la Charte des droits fondamentaux. D'autre part, les Etats se sont vu reconnaître par l'article 50 du traité sur l'Union européenne la faculté de se retirer volontairement et unilatéralement de l'Union²⁸⁸⁰. Contrairement aux clauses d'*opting-out*, le retrait de l'article 50 est intégral. La consécration du droit de retrait est récente car elle date du traité de Lisbonne.

1074. C'est lors des travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe qu'a été soulevée la possibilité de reconnaître ce nouveau droit en faveur des Etats. Ensuite, une fois que ce droit a été

²⁸⁷⁸ Cf. Récemment : l'arrêt *Landtova* de la Cour constitutionnelle tchèque du 31 janvier 2012 à propos des pensions de retraite slovaques (PL. ÚS 5/12) ; l'arrêt de la Cour suprême du Danemark du 6 décembre 2016 n° 15/2014 *Dansk Industri (DI) acting for Ajos A/S vs. The estate left by A* ; l'arrêt du tribunal constitutionnel polonais du 7 octobre 2021 ou l'arrêt du Conseil d'Etat français du 21 avril 2021 (*French Data Network*, req. n° 393099).

²⁸⁷⁹ F. Martucci, *Droit de l'Union européenne*, *Op. cit.*, p. 177. Rappelons que les protocoles ont le même statut, en droit de l'Union, que les traités eux-mêmes.

²⁸⁸⁰ Art. 50 al. 1 : «*Tout Etat membre peut décider, conformément à ses règles constitutionnelles, de se retirer de l'Union*». Ce droit de retrait est, certes, reconnu par le traité mais il s'exerce conformément aux règles constitutionnelles nationales.

mis en œuvre par le Royaume-Uni, la Cour de justice en a donné son interprétation²⁸⁸¹. Selon celle-ci, le droit de retrait s'exerce unilatéralement et correspond à l'exercice par l'Etat de sa souveraineté²⁸⁸². Le droit de retrait consacre en effet « *le droit souverain d'un État membre de se retirer de l'Union* »²⁸⁸³. Le juge européen va jusqu'à reconnaître « *l'existence d'un droit pour l'État membre concerné, tant qu'un accord de retrait conclu entre l'Union et cet État membre n'est pas entré en vigueur ou, à défaut, tant que le délai de deux ans prévu à l'article 50, paragraphe 3, TUE, éventuellement prorogé conformément à cette dernière disposition, n'a pas expiré, de révoquer la notification de son intention de se retirer de l'Union* »²⁸⁸⁴.

1075. La spécificité du droit de retrait de l'Union ainsi que son caractère unilatéral et définitif consacre une forme exceptionnelle de compétence décisionnelle, qui n'est pas sans rappeler la conception schmittienne de la décision souveraine dans le cadre d'une situation exceptionnelle.

1076. Un tel rapprochement s'avère, en réalité, peu pertinent car il existe une différence à la fois temporaire et matérielle. D'une part, le droit de retrait est une compétence qui s'épuise dès le moment où elle est mise en œuvre alors que la situation exceptionnelle au sens de Schmitt peut être amenée à se reproduire. Si l'Etat dispose d'un délai pour révoquer la notification de son intention de se retirer de l'Union, une fois qu'un accord de retrait a été conclu et est entré en vigueur, le retrait est rendu effectif. D'autre part, l'article 50 ne conduit pas à la mise en cause de l'ordre juridique, à la « *supériorité de l'existentiel sur la normation* »²⁸⁸⁵ pour reprendre la formule de Carl Schmitt. Par une décision politique dont le fondement est reconnu par le droit de l'Union et dont les modalités d'adoption relèvent de l'ordre juridique interne, l'Etat peut s'extraire de l'Union européenne mais sans que cela signifie autre chose qu'une sortie de l'Union. La compétence reconnue par l'article 50 doit être comprise, de ce point de vue, comme relevant de la souveraineté externe de l'Etat, ce qui l'éloigne fondamentalement de la caractérisation schmittienne. Il s'agit, du point de vue de l'Union,

²⁸⁸¹ CJUE (Ass. pl.), 10 déc. 2018, *Andy Wightman e.a.c. Secretary of State for Exiting the European Union*, aff. C-621/18.

²⁸⁸² « *l'article 50, paragraphe 1, TUE énonce que tout État membre peut décider, conformément à ses règles*

constitutionnelles, de se retirer de l'Union. Il en découle que l'État membre concerné n'est pas tenu de prendre sa décision en concertation avec les autres États membres non plus qu'avec les institutions de l'Union. La décision de retrait relève de la seule volonté de cet État membre, dans le respect de ses règles constitutionnelles, et dépend donc de son seul choix souverain ». *Idem*, point 50.

²⁸⁸³ *Idem*, point 56.

²⁸⁸⁴ *Idem*, point 57.

²⁸⁸⁵ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, *Op. cit.*, p. 246.

de la reconnaissance d'un droit de sécession au profit des Etats membres, à la manière de ce qui est prévu par les Constitution d'Ethiopie et le Liechtenstein²⁸⁸⁶, seuls Etats dans le monde qui reconnaissent, dans leurs Constitutions respectives, la sécession unilatérale de collectivités sous-étatiques²⁸⁸⁷. Cela constitue une nouvelle preuve du caractère *sui generis* de la structure politico-juridique de l'Union européenne.

B. La « souveraineté européenne » ou comment mettre « du vin nouveau dans de vieilles outres »

1077. La question de la « souveraineté européenne » a été évoquée, comme nous l'avons vu précédemment, pour qualifier l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union²⁸⁸⁸. Mais cet ordre juridique, bien que jouissant d'une forme d'autonomie, ne jouit pas, à la différence d'un Etat souverain, « *de la compétence de la compétence, c'est-à-dire « du pouvoir général et indéterminé de décider dans tous les cas »* »²⁸⁸⁹. Cela signifie, plus concrètement, que l'Union, contrairement à un Etat souverain, ne dispose pas du pouvoir de « *se saisir de n'importe quel besoin social pour le réguler juridiquement* »²⁸⁹⁰. Nous pourrions, du point de vue de cette acception de la souveraineté, considérer que l'Union n'est pas souveraine. Comme le relève le professeur Mathieu, « *l'Union européenne est une construction originale qui ne repose pas sur le principe de souveraineté, entendu comme l'exercice d'une puissance initiale et fondatrice* »²⁸⁹¹.

1078. C'est d'ailleurs ce qui fait l'intérêt de la théorie de la Fédération d'Olivier Beaud pour théoriser l'Union : elle permet de penser une forme politique qui, contrairement à l'Etat, ne repose pas sur le principe de souveraineté²⁸⁹². Notons que la philosophe Céline Spector prend le contrepied

²⁸⁸⁶ Celui-ci n'étant pas un Etat fédéral.

²⁸⁸⁷ L'art. 39 al. 1 de la Constitution éthiopienne dispose que « *chaque nation, nationalité et peuple d'Éthiopie a un droit inconditionnel à l'autodétermination, y compris le droit à la sécession* ». La suite de l'article régle la mise en œuvre de ce droit.

L'art. 4 al. 2 de la Constitution du Liechtenstein dispose que « *chaque commune a le droit de faire sécession de l'État. La décision d'engager une procédure de sécession doit être prise à la majorité des citoyens résidant dans la commune et habilités à voter. La sécession est réglémentée par une loi ou, le cas échéant, par un traité. Dans ce dernier cas, un second référendum doit être organisé dans la commune après la fin des négociations* ».

²⁸⁸⁸ V. Skouris, « Quelle souveraineté juridique des Etats et de l'Union ? », *Op. cit.*, p. 410 et s.

²⁸⁸⁹ F. Martucci, *Droit de l'Union européenne*, *Op. cit.*, p. 209.

²⁸⁹⁰ *Idem*.

²⁸⁹¹ B. Mathieu, « Repenser le droit constitutionnel ? », *Op. cit.*, p. 842.

²⁸⁹² Cf. *infra*. III.

de cette démarche en défendant une « *vision républicaine de la souveraineté européenne* »²⁸⁹³ qui puisse, précisément, qualifier l'Union. Elle vise ainsi à réhabiliter la souveraineté, non plus au service des « souverainismes » nationaux qu'elle combat sans ambiguïté²⁸⁹⁴, mais en faveur d'une république fédérative européenne compatible avec le principe de subsidiarité et assumant des politiques publiques sociales et environnementales ambitieuses guidées par la solidarité comme nouveau *telos* de l'Union européenne²⁸⁹⁵. Il est en effet possible d'affirmer que l'Union européenne dispose de l'aptitude à exercer certaines compétences pouvant faire partie d'une définition matérielle-substantielle de la souveraineté de l'Etat. Mais même formulée comme cela, cette conception des choses nous semble insatisfaisante.

1079. En effet, la dialectique entre méthode intégrative et méthode intergouvernementale permet aux Etats membres de conserver la maîtrise de l'exercice des compétences transférées, parfois selon la logique de la *pooled sovereignty*, parfois dans une logique davantage respectueuse de leurs « intérêts fondamentaux », comme en matière de PESC. Quelle que soient les modalités de prise de décision, la théorie du « dédoublement fonctionnel » permet de se représenter la permanence des exécutifs et des juges nationaux (plus rarement des Parlements²⁸⁹⁶) dans l'élaboration et l'application du droit de l'Union²⁸⁹⁷. Aussi, il n'y a pas un « Léviathan européen » au-dessus des Etats qui exerce les compétences transférées sans que ces derniers ne soient associés aux différentes procédures décisionnelles et exécutives.

1080. La thèse défendue par Florence Chaltiel est intéressante de ce point de vue, car elle critique le raisonnement en termes de « jeu à somme nulle » (c'est-à-dire l'équivalence entre transfert et abandon de compétences). Elle tâche de réconcilier une certaine tradition doctrinale française avec la nouvelle donne européenne. Selon le professeur Chaltiel, la souveraineté de l'Etat permet à la fois de fonder la participation de ce dernier à l'Union européenne²⁸⁹⁸ et, dans un mouvement de balancier, l'appartenance à l'Union donne aux Etats l'opportunité de refonder leur souveraineté. Non seulement il n'y aurait pas de jeu à somme nulle, car les Etats peuvent toujours prendre part à

²⁸⁹³ C. Spector, *No Demos ? Souveraineté et démocratie à l'épreuve de l'Europe*, *Op. cit.*, p. 169.

²⁸⁹⁴ Elle considère qu'il s'agit d'une « *nébuleuse politique dangereuse qui a le vent en poupe* ». *Idem*, p. 28.

²⁸⁹⁵ *Ibid*, p. 416.

²⁸⁹⁶ Cf. *infra*. Sect. 2.

²⁸⁹⁷ Le cas des Parlements nationaux est différent, comme nous le verrons dans le paragraphe suivant.

²⁸⁹⁸ Car cette dernière est, avant toute autre chose, une communauté d'Etats souverains.

l'exercice des compétences transférées, y compris en devant appliquer le droit de l'Union dans leur ordre juridique interne, mais, en plus, la souveraineté des Etats membres serait amplifiée par leur appartenance à un ensemble juridico-politique qui les dépasse. Selon cette thèse, l'exercice en commun de compétences afférentes à la souveraineté peut permettre à chaque Etat membre de mieux défendre ses intérêts sur la scène globale.

1081. C'est, d'ailleurs, cette logique de « projection nationale » qui justifie, historiquement, la participation de la France aux Communautés puis à l'Union²⁸⁹⁹. Cette dernière est ainsi perçue «comme un instrument au service de la grandeur de la France – c'est l'Europe comme «levier d'Archimède» chère au général de Gaulle »²⁹⁰⁰. Cette vision d'une « Europe outil » doit néanmoins coexister avec celle d'une « Europe miroir », « révélateur de la fameuse « exception française », en mettant en exergue des spécificités nationales qui rendent malaisées nos relations avec la construction européenne »²⁹⁰¹. C'est pour cela que le général de Gaulle fut toujours hostile au projet d'une Europe fédérale²⁹⁰², ainsi qu'en témoignèrent les plans Fouchet et Fouchet II²⁹⁰³ dans les années 1960²⁹⁰⁴.

1082. Il faudrait donc, le cas échéant, envisager la souveraineté européenne dans le cadre de l'exercice, à la fois par les Etats membres et les institutions européennes, d'un faisceau de

²⁸⁹⁹ Pas seulement de la France d'ailleurs, ce fut également la posture du Royaume-Uni, comme le résume l'ancien Premier ministre Tony Blair dans une allocution prononcée devant la Bourse polonaise à Varsovie le 6 octobre 2000 : «Pour la Grande-Bretagne, comme pour tous les pays qui frappent à la porte de l'Union européenne, être au centre de l'influence en Europe est la condition indispensable pour avoir de l'influence, de la force et de la puissance dans le monde [...]. L'Europe est une Europe de nations souveraines libres et indépendantes qui ont choisi de grouper cette souveraineté au service de leurs propres intérêts et de la cause commune, car on atteint plus ensemble que séparément. L'Union européenne restera une combinaison unique en son genre d'intergouvernemental et de supranational. Une telle Europe peut être, de par sa puissance économique et politique, une superpuissance mais pas un super-Etat ». Cité par H. Dumont, « La question de l'Etat européen du point de vue d'un constitutionnaliste », *Op. cit.*, p. 35.

²⁹⁰⁰ Y. Bertoncini, T. Chopin, « La « FrancEurope » 70 ans après la déclaration Schuman : projet commun ou projection nationale ? (I) », *Le Grand continent*, 8 mai 2020.

²⁹⁰¹ *Idem.*

²⁹⁰² Il ne croyait d'ailleurs pas à la possibilité de bâtir une union politique à partir des vieilles nations européennes, comme il le signifia dans son fameux trait d'esprit : « on ne fait d'omelette avec des oeufs durs ».

²⁹⁰³ Ces plans d'union politique, élaborés par une commission intergouvernementale présidée par le diplomate français Christian Fouchet, abondaient dans la logique intergouvernementale. Le pouvoir de décision était confié à un Conseil composé des chefs d'Etat et de gouvernement décidant à l'unanimité cependant qu'une Commission politique européenne ne recevait qu'une compétence d'exécution et d'appui purement technique. Ils furent écartés par la plupart des Etats membres car ils représentaient un recul dans les ambitions d'intégration.

²⁹⁰⁴ L'historien britannique Piers Ludlow parle d'ailleurs de « défi gaullien » dans son ouvrage *The European Community and the Crises of the 1960s. Negotiating the Gaullist Challenge*, Routledge, Londres, 2006. Après le départ

du général en 1969, la construction européenne put se poursuivre sur ses deux « jambes », l'intégration de nature fédérale d'une part et la permanence de l'intergouvernementalité d'autre part.

compétences. L'adjectif « européenne » qualifierait ici l'ensemble formé par les Etats et les institutions européennes, tous deux indissociables de fait.

1083. C'est ainsi que la reconnaissance d'une souveraineté européenne pose la question de la pertinence générale de ce principe : si l'on admet qu'il a été forgé pour instituer une conception stato-centrée de la politique et du droit, dans quelle mesure est-il possible de le mobiliser pour traduire une réalité différente ? En d'autres termes, plus directs : mobiliser la souveraineté pour théoriser le dépassement de l'Etat ne conduirait-il pas à penser la souveraineté contre elle-même ?

1084. Si la souveraineté n'est plus à même de fonder une théorie du droit constitutionnel et de l'Etat qui soit adaptée aux évolutions que traverse le droit positif, le réflexe le plus logique devrait être, *a priori*, de se séparer de cet objet conceptuel pour en construire un nouveau. Comme l'énonce Mathieu dans son Evangile, « *on ne met pas non plus du vin nouveau dans de vieilles outres [...] mais on met le vin nouveau dans des outres neuves* »²⁹⁰⁵. Certes, le principe de souveraineté a fait l'objet d'aménagements et de re-significations tout au long de sa longue histoire mais, jusqu'à présent, elle se référait toujours à la spécificité de la puissance d'Etat.

1085. Aussi, quel est l'intérêt de transformer un principe pluriséculaire pour lui faire signifier autre chose que ce qu'il signifie depuis son invention ? Comme l'usage de la grammaire constitutionnelle, l'hypothèse d'une « souveraineté européenne » revêt sans doute une valeur stratégique dans la perspective d'une défense de la légitimité de l'Union. Cela n'est pas étranger à la valorisation récente de ce vocable dans l'opinion et le débat publics²⁹⁰⁶. Mais, sur le plan de la théorie juridique, la souveraineté reste intimement liée à l'Etat. La conception du droit et du pouvoir qu'elle institue est incompatible avec les évolutions du droit constitutionnel que nous avons décrites²⁹⁰⁷. Son usage pour qualifier l'Union européenne revêt un intérêt stratégique certain mais risque d'introduire davantage de confusion dans un domaine déjà marqué du sceau de la complexité.

²⁹⁰⁵ La citation complète est la suivante : « *Personne ne met une pièce de drap neuf à un vieil habit; car elle emporterait une partie de l'habit, et la déchirure serait pire. On ne met pas non plus du vin nouveau dans de vieilles outres; autrement les outres éclatent, le vin coule et les outres sont perdues; mais le vin nouveau se met dans des outres neuves et les deux se conservent* ». Mathieu 9:16.

²⁹⁰⁶ Cf. l'analyse qu'en fait le docteur en science politique Fabien Escalona sur *Médiapart* : « La « souveraineté », nouveau mot-valise du champ politique », *Médiapart*, 4/05/2020.

²⁹⁰⁷ Cf. *supra*. Titre 1.

1086. Une fois écartée l'hypothèse d'un « Etat européen » doté de souveraineté, la littérature juridique a exploré différents modèles pour définir la nature de l'Union comme une *Res publica composita*.

III. Les interrogations relatives à la nature institutionnelle de l'Union

1087. Historiquement, la question de la nature de l'Union oppose - de manière fort schématique - deux points de vue. Le premier postule qu'il s'agit d'une organisation internationale « *bien plus avancée que toute autre, mais d'une organisation internationale tout de même* »²⁹⁰⁸. Le second, au contraire, considère qu'il y aurait une différence non pas de degré mais de nature entre l'Union et une organisation internationale. Ce dernier point de vue laisse subsister une forte dose d'indétermination. Par ailleurs, ces considérations sont parfois « polluées » par des observations d'ordre normatif, qui portent davantage sur ce que devrait devenir l'Union que sur ce qu'elle est.

1088. Cette indétermination est une évidence supplémentaire du caractère inédit des Communautés et de l'Union, qui prouverait, comme l'affirme Didier Maus, que « *nous n'avons pas la boîte à outils qui nous permettrait d'analyser conceptuellement l'Europe* »²⁹⁰⁹. Elle est notamment alimentée par l'ambiguïté originaire du projet européen. Depuis la genèse des Communautés dans les années 1950, il est le résultat d'une volonté politique d'union sans cesse plus étroite dont la direction et la cadence ont été déterminées par les contingences politiques nationales, le travail patient d'instances intergouvernementales et l'audace d'institutions supranationales comme la Commission et, surtout, la Cour de justice. « *Hésitante et tâtonnante* »²⁹¹⁰, l'Europe politique et institutionnelle ne correspond donc pas à la mise en œuvre d'un projet théorique préalablement conçu mais à un immense chantier dont la forme finale demeure indéterminée.

1089. A cet égard, il est fort possible que le projet européen n'ait pas vocation à aboutir à une forme définitive quelle qu'elle soit, mais qu'il demeure toujours en perpétuel mouvement. Ainsi, l'attitude

²⁹⁰⁸ I. Pernice, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Op. cit. p. 30.

²⁹⁰⁹ D. Mauss, « Conclusions », in Didier Maus et Olivier Passelecq (dir.), *Le traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales. Actes du colloque international, Paris, 10 décembre 1997*, La Documentation française, Paris, 1997, p. 92.

²⁹¹⁰ Ph. Crignon, « La résistible invention d'une nouvelle forme politique. L'échappée européenne », *Incidences*, n°10 (automne 2014), p. 2.

pragmatique ayant présidée, en l'absence d'une théorie politique et institutionnelle préalable, à l'approfondissement de l'intégration, laisse un vide béant sur le plan théorique. Ce vide est d'autant plus manifeste que l'Union est devenue un objet politique de nature constitutionnelle, comme cela a été montré en parcourant l'hypothèse d'un droit constitutionnel européen²⁹¹¹.

1090. Partant, au-delà des considérations générales à propos de l'Union comme une entité hybride, une créature institutionnelle *sui generis* ou, selon la fameuse formule de Jacques Delors, un *O.P.N.I.* (« objet politique non identifié »), il importe de se pencher sur les travaux qui ont pris au sérieux ce travail de théorisation en contournant la pierre d'achoppement que représente le principe de souveraineté. De ce point de vue, théoriser l'Union européenne implique de s'extraire de la tradition de pensée étatique et, donc, de mettre de côté le principe de souveraineté.

1091. Parmi les différentes théories qui s'intéressent à la nature institutionnelle de l'Union comme un objet spécifique, deux orientations semblent se dégager. Une première, très importante mais assez hétérogène, s'inspire des théories du fédéralisme (A). Une seconde, moins connue, cherche à théoriser l'Union à travers le prisme de l'empire (B).

A. L'Union européenne comme une Fédération

1092. La théorisation des Communautés et de l'Union comme fédération est bien connue car elle est assez ancienne. Comme l'indique Olivier Beaud, Guy Héraud fut un pionnier en France de cette démarche, publiant en 1966 son ouvrage introductif : *Les principes du fédéralisme et la Fédération européenne*²⁹¹². Mais « le choix de prendre le fédéralisme comme grille de lecture pour décrire les nouvelles institutions reste peu partagé »²⁹¹³.

1093. Cela commence à changer de manière perceptible dès la fin des années 1990, après les réformes institutionnelles majeures introduites par le traité de Maastricht puis celui d'Amsterdam. Jacques Delors forge alors la formule de « fédération d'Etats-nations » qui permet de mettre en

²⁹¹¹ Cf. *supra*, Chap. 1.

²⁹¹² O. Beaud, *Le pacte fédératif. Essai sur la constitution de la Fédération et sur l'Union européenne*, *Op. cit.*, p. 466.

²⁹¹³ *Idem*.

lumière les deux sources de légitimité de l'Union : les Etats membres - dont les citoyens sont représentés au Parlement de Strasbourg - et les institutions communautaires.

1094. Au début des années 2000, la science politique investit l'hypothèse fédérale. Paul Magnette pense l'Union européenne à travers le prisme de la fédération²⁹¹⁴, Maurice Croizat et Jean-Louis Quermonne qualifient le fonctionnement institutionnel européenne de « fédéralisme intergouvernemental »²⁹¹⁵ pour caractériser un processus « *associant étroitement les gouvernements nationaux à la prise de décision au niveau fédéral* »²⁹¹⁶. Cependant, le fédéralisme demeure, en France, le « *parent pauvre des études de droit public* »²⁹¹⁷. Cela tient à l'importance du principe de souveraineté²⁹¹⁸, qui a pour effet de ramener toute analyse du droit public à l'Etat. D'ailleurs, l'étude du fédéralisme en France se concentre sur deux « formes fédératives » de nature étatique : la confédération d'Etats et l'Etat fédéral²⁹¹⁹. C'est une conséquence de l'hégémonie du paradigme stato-national dans les études juridiques : la forme fédérative ne présenterait aucune spécificité, il s'agirait toujours d'une catégorie particulière d'Etat.

1095. Les travaux d'Olivier Beaud sur le fédéralisme prennent le contrepied de cette démarche dès lors qu'ils visent à penser la Fédération en dehors de l'orbite de l'Etat. En effet, pour Olivier Beaud, le principe du fédéralisme, qui est « *l'existence, sur le même territoire et concernant la même population, de deux niveaux de « pouvoir », l'instance fédérale et l'instance fédérée* »²⁹²⁰, contredit la logique de la souveraineté comme pouvoir unique, indivisible et suprême²⁹²¹. Il s'avère donc

²⁹¹⁴ Cf. P. Magnette, *L'Europe, l'Etat et la démocratie*, Ed. Complexe, Bruxelles, 2000 et, du même auteur, *Le régime politique de l'Union européenne*, Presses de SciencesPo, Paris, 2003.

²⁹¹⁵ M. Croizat et J.-L. Quermonne, *L'Europe et le fédéralisme. Contribution à l'émergence d'un fédéralisme intergouvernemental*, Montchrestien (Coll. Clefs), Paris, 1999.

²⁹¹⁶ J.-L. Quermonne, *L'Union européenne dans le temps long*, Presses de SciencesPo (Coll. La bibliothèque du citoyen), Paris, 2008, p. 202.

²⁹¹⁷ O. Beaud, *Théorie de la fédération*, PUF (Coll. Léviathan), Paris, 2007, p. 2.

²⁹¹⁸ Cf. *supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 2, Sect. 1.

²⁹¹⁹ O. Beaud, *Théorie de la fédération*, *Op. cit.*, p. 67.

²⁹²⁰ *Ibid*, p. 39.

²⁹²¹ Ainsi qu'il l'affirme très clairement, « *l'étude du fédéralisme se heurte à un problème qui s'appelle la souveraineté* ». *Idem*, p. 42

nécessaire de « *découpler le fédéralisme de la souveraineté* »²⁹²² pour « *penser la Fédération comme un ordre politique sans souveraineté* »²⁹²³.

1096. La Fédération doit donc nécessairement être comprise comme une forme politique distincte de l'Etat²⁹²⁴. Elle est également distinguée de la *fédération*, avec un « f » minuscule, qui, elle, désigne la partie fédérale de l'ensemble. Dès lors, la *Fédération* désigne, pour O. Beaud, un « tout », une forme politique complète et autonome : « *l'ensemble fédéral composé des deux sous-ensembles (instance fédérale et instances fédérées)* »²⁹²⁵. Elle « *suppose une dualité, qu'elle assume et entretient, entre deux puissances publiques, dualité qui, à son tour, exige l'adoption de procédés politico-juridiques qui respectent l'égalité entre les ordres fédéral et fédéré, et aménagent de manière viable cette pluralité* »²⁹²⁶. Par conséquent, la Fédération est, pour Olivier Beaud, définie comme une institution juridico-politique autonome car distincte des Etats membres²⁹²⁷ et constituée à partir d'une union d'Etats dont chacun garde son existence. Elle est fondée sur un pacte librement consenti²⁹²⁸ qui consacre une interdépendance entre les entités fédérées et l'entité fédérale²⁹²⁹. Autrement dit, les ordres juridiques de ces deux niveaux sont distincts sans être indissociables l'un de l'autre²⁹³⁰. Aussi, aucun des deux n'est pleinement souverain, c'est-à-dire pleinement autonome. Pour Olivier Beaud, le « pacte fédératif » à l'origine d'une Fédération est donc un objet constitutionnel à part entière. Autrement dit, il appartiendrait à une catégorie distincte de celle de la Constitution dans un Etat unitaire. La spécificité du « pacte fédératif » illustre ou incarne la spécificité de son concept de Fédération.

²⁹²² *Ibid*, p. 62.

²⁹²³ *Ibid*, p. 63-64.

²⁹²⁴ « *La présente entreprise vise à libérer la Fédération de l'emprise étatique qui non seulement l'étouffe, mais encore interdit de saisir son originalité et sa spécificité* ». *Ibid*, p. 65.

²⁹²⁵ *Ibid*, p. 141.

²⁹²⁶ O. Beaud, « La répartition des compétences dans une Fédération : essai de reformulation du problème », *JP*, juillet 2016, n°6 (Foundations of Public Law), p. 182.

²⁹²⁷ O. Beaud, *Théorie de la fédération*, p. 165.

²⁹²⁸ *Ibid*, p. 116 et s. Cette question est approfondie dans *Le pacte fédératif. Essai sur la constitution de la Fédération et sur l'Union européenne*, *Op. cit.*

²⁹²⁹ Ce principe d'interdépendance « *illustre l'idée d'une connexion entre les deux ordres juridiques en présence, d'une imbrication permanente qui implique l'existence de « passerelles » entre eux* ». O. Beaud, *Théorie de la fédération*, p. 189.

²⁹³⁰ *Ibid*, p. 191.

1097. C'est ainsi que l'Union européenne est aujourd'hui souvent présentée comme « *une espèce inédite mais qui s'inscrit à l'intérieur d'un genre : les « fédérations » ou le « phénomène fédératif* »²⁹³¹. Selon Antoine Bailleux et Hugues Dumont, l'Union serait une « *fédération plurinationale fondée sur un pacte constitutionnel et inspirée par une idée de droit cosmopolitique* »²⁹³². En droit positif, l'assimilation de l'Union européenne à une entité fédérale repose sur l'identification de techniques fédérales²⁹³³ comme, par exemple : la clause d'entraide²⁹³⁴ ou celle d'arbitrage fédéral²⁹³⁵, l'existence d'un schéma de répartition des compétences qui reconnaît l'exercice de compétences d'attribution au profit de l'Union²⁹³⁶, la consécration du principe de primauté et d'effet direct²⁹³⁷ ou la création d'une institution parlementaire mimant celle d'un Etat fédéral²⁹³⁸.

1098. Ces techniques, qui peuvent donc être retrouvées dans les traités européens, permettent de considérer que ces derniers entretiennent des similitudes avec un pacte fédératif²⁹³⁹. Olivier Beaud en évoque trois : la sauvegarde d'une dualité (d'ordres juridiques et de citoyennetés), l'existence d'une clause d'arbitrage fédéral et la mise en œuvre d'une répartition des compétences. Il relève, en outre, une similitude partielle en ce qui concerne l'exercice d'un pouvoir constituant européen. Sur ce point, son raisonnement souligne la présence de deux temps dans la procédure d'adoption des traités : d'abord l'élaboration du traité, qui implique l'intervention des Etats membres, et, ensuite, la révision des Constitutions nationales ayant pour résultat de faire entrer en vigueur le traité. Ainsi, dans une logique emblématique du constitutionnalisme multi-niveaux, le pouvoir constituant

²⁹³¹ A. Bailleux, H. Dumont, *Le pacte constitutionnel européen*, *Op. cit.*, p. 228.

²⁹³² *Ibid*, p. 226

²⁹³³ Ch. Boutayeb, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *Op. cit.*, p. 130.

²⁹³⁴ Clause selon laquelle, « *dans une Fédération, les Etats membres sont tenus de se porter secours mutuellement lorsque l'un d'entre eux au moins se sent ou est menacé dans sa sûreté* » (O. Beaud, *Le pacte fédératif. Essai sur la constitution de la Fédération et sur l'Union européenne*, *Op. cit.*, p. 270). Par ex., l'al. 7 de l'art. 42 TUE stipule que « *au cas où un Etat membre serait l'objet d'une agression armée sur son territoire, les autres Etats membres lui doivent aide et assistance par tous les moyens en leur pouvoir* ».

²⁹³⁵ Celle-ci permet de régler les conflits entre Etats membres de manière pacifique par un tiers, une institution publique relevant de la Fédération (cf. *Ibid*, 279 et s).

²⁹³⁶ Article 5 TUE.

²⁹³⁷ Déclaration n°17 annexée à l'Acte final du Traité de Lisbonne (« Déclaration relative à la primauté »).

²⁹³⁸ Voire d'un bicamérisme avec un organe de représentation des Etats membres (Conseil) et un organe de représentation des citoyens (Parlement européen).

²⁹³⁹ Cela signifie, selon Olivier Beaud, qu'il n'y a pas d'identité entre les traités et un pacte fédératif mais qu'il est possible de reconnaître « *de fortes ressemblances qui vont au-delà de simples analogies* » (O. Beaud, *Le pacte fédératif. Essai sur la constitution de la Fédération et sur l'Union européenne*, *Op. cit.*, p. 489).

européen surgit lorsque convergent le pouvoir de révision dans le cadre de l'Union et les pouvoirs de révision constitutionnelle nationaux²⁹⁴⁰. Selon Olivier Beaud, la nécessaire révision des Constitutions nationales préalable à l'entrée en vigueur de la révision des traités représente « *une sorte d'autorisation constitutionnelle fédérée antérieure* » qui n'existe pas dans la plupart des Fédérations²⁹⁴¹. Elle représenterait « *une des preuves de la force de résistance que l'existence antérieure de l'Etat-nation oppose à une construction européenne de type fédéral* »²⁹⁴². La procédure de révision des traités emprunte le même cheminement. En revanche, une fonction demeure que ne semblent pas remplir les traités européens selon Olivier Beaud. Il s'agit de la constitution d'une communauté politique autour d'un « pacte existentiel »²⁹⁴³. Du point de vue politique, l'Union serait davantage un « rassemblement d'objets distincts » qu'un « tout composé de parties »²⁹⁴⁴.

B. L'Union européenne comme un empire

1099. L'hypothèse de l'Union européenne comme une forme d'empire - moins usitée mais que l'on retrouve, par exemple, dans la bouche de l'ancien président de la Commission, José Manuel Durão Barroso²⁹⁴⁵ ou dans la traduction française de l'ouvrage des philosophes Ulrich Beck et Edgar Grande²⁹⁴⁶ - est à la fois très séduisante mais difficile à manier.

²⁹⁴⁰ *Ibid*, p. 520-521.

²⁹⁴¹ *Ibid*, p. 521.

²⁹⁴² *Idem*.

²⁹⁴³ *Ibid*, p. 553.

²⁹⁴⁴ Formule de J.-M. Denquin cité par *Ibid*, p. 552.

²⁹⁴⁵ Ce dernier a déclaré dans une conférence de presse tenue le 10 juillet 2007 : « *parfois j'aime comparer l'Union Européenne en tant que création, à l'organisation des empires. Nous avons la dimension de l'empire, mais il y a une grande différence. Les empires ont été habituellement bâtis par la force avec un diktat imposant du centre sa volonté aux autres. Maintenant ce que nous avons est le premier « empire non-impérial ». Nous avons 27 pays pleinement décidés à fonctionner ensemble et mettre en commun leur souveraineté [to pool their sovereignties]. Je crois que c'est une grande construction dont nous devrions être fiers. Au moins, nous, à la Commission, nous en sommes fiers* ».

²⁹⁴⁶ U. Beck et E. Grande, *Pour un empire européen*, Flammarion, Paris, 2007. L'ancien conseiller de François

Hollande, Aquilino Morelle, qualifie l'Union européenne d'empire dans son essai : *L'opium des élites. Comment on a défait la France sans faire l'Europe*, Grasset, Paris, 2021.

1100. Séduisante, elle l'est car elle mobilise une notion qui s'est surtout développée avant l'apparition de l'Etat²⁹⁴⁷ - même si elle s'est maintenue après le XVI^e siècle²⁹⁴⁸ - pour qualifier une institution emblématique de l'ère post-étatique. Elle permettrait ainsi de suggérer que l'évolution des formes juridico-politiques obéit à une logique cyclique : l'empire, disparu avec l'avènement du paradigme westphalien d'un monde d'Etats, fait son retour au moment où ces derniers sont en déclin.

1101. Mais la ressource consistant à rechercher dans les formes du passé celles du présent (voire celles de l'avenir) présente également des limites. En effet, comment définir aujourd'hui l'empire en contournant le piège de l'anachronisme²⁹⁴⁹ ? A cette difficulté vient s'en greffer une autre, qui tient à la diversité des formes politiques qui ont pu être qualifiées d'empires tout au long de l'histoire. Cela rend plus ardue l'entreprise consistant à forger une notion juridique d'empire²⁹⁵⁰.

1102. Par ailleurs, la confrontation de l'Union européenne à la notion d'empire semble *a priori* particulièrement improbable. D'emblée, la grammaire de l'empire, de l'impérialisme et de la puissance paraît peu adaptée à l'Union. En effet, celle-ci s'est construite sur une vision post-étatique du monde, où les jeux de puissance devraient, à terme, être remplacés par des procédures visant à générer du consensus. Sur le plan interne, le processus d'extension territoriale des Communautés puis de l'Union ne semble pas correspondre aux dynamiques classiques impériales qui reposent sur la conquête par la guerre²⁹⁵¹. En effet, l'intégration de nouveaux Etats n'intervient qu'avec leur

²⁹⁴⁷ Comme le note Emmanuelle Tourme-Jouannet, « *le concept d'empire [...] a précédé celui d'État à une époque où l'on ne maîtrisait pas réellement les notions d'institutionnalisation objective et subjective de l'entité politique, de l'association politique comme personne morale souveraine qui est la marque spécifique de l'État moderne* ». « La disparition du concept d'Empire », *JP*, n°14, juin 2015, p. 13. [En ligne : <http://juspoliticum.com/article/La-disparition-du-concept-d-Empire-986.html>].

²⁹⁴⁸ Nous avons l'exemple de l'Empire ottoman, de l'Empire russe ou du Saint empire romain germanique (cf. l'ouvrage remarquable de J. Burbank et F. Cooper, *Empires. De la Chine ancienne à nos jours*, Payot, Paris, 2011).

²⁹⁴⁹ Emmanuelle Tourme-Jouannet, par exemple, adopte une définition stipulative, c'est-à-dire qui concerne les besoins de son étude, de la notion d'empire. Pour cette dernière, le cœur des expériences historiques des anciens empires réside dans « *la tension* » entre « *l'universalité* » et « *la domination personnalisée d'un seul au profit d'un centre hiérarchisé et d'une périphérie dominée, avec le plus souvent un fondement divin et un accroissement considérable de territoire* ». Il convient donc de souligner que « *l'empire ainsi compris va à l'encontre de la forme territorialisée de façon stricte, institutionnalisée, le plus souvent laïcisée et dépersonnalisée du concept d'État moderne qui naît aux alentours du XVII^e siècle en Europe avant d'être étendu à la planète* ». « La disparition du concept d'Empire », *Op. cit.*, p. 18. Michel Troper met en garde contre la commission d'anachronismes dans l'étude de formes politiques passées (M. Troper, « Chapitre III. Les concepts juridiques et l'histoire », *Op. cit.*

²⁹⁵⁰ On s'aperçoit que la définition postulée par E. Tourme-Jouannet est davantage politique ou historique que véritablement juridique.

²⁹⁵¹ Ce fut le cas d'importants empires : l'empire romain, l'empire mongol, l'empire ottoman... cf. J. Burbank et F. Cooper, *Empires. De la Chine ancienne à nos jours*, *Op.*, *cit.*

consentement ainsi que celui des Etats membres. Par ailleurs, contrairement à l'Empire romain par exemple, il n'existe pas, dans l'Union, de « *noyau originaire en tant qu'entité politique territorialement déterminée* »²⁹⁵². L'Union européenne est « polycentrique », c'est-à-dire qu'elle présente une diversité de centres de décision, à la fois nationaux et supranationaux. Du point de vue de la concentration des ressources (financières, industrielles, culturelles...), « *périphéries et centre se recouvrent et se confondent avec les espaces favorisés et défavorisés des États membres* »²⁹⁵³.

1103. Par conséquent, non seulement la notion d'empire semble-t-elle de difficile maniement pour le juriste à l'ère des Etats souverains²⁹⁵⁴ mais elle apparaît, surtout, peu opératoire pour qualifier la forme juridico-politique de l'Union. Cependant, il est possible de déceler, par delà les difficultés que présente l'usage du concept d'empire pour signifier des expériences institutionnelles présentes, la survivance de l'impérialisme. C'est la position d'Emmanuelle Tourme-Jouannet lorsqu'elle conclut à la substitution des Etats aux empires comme forme politique et juridique dominante²⁹⁵⁵ mais elle reconnaît, dans les pas d'Hannah Arendt, la persistance d'une « *politique impériale sans empire* »²⁹⁵⁶. A cet égard, E. Bourdoncle note que « *l'impérialisme n'est pas l'apanage de l'Empire, il en est certes sa raison d'être mais la volonté de domination qu'il incarne peut être exprimée par d'autres entités* »²⁹⁵⁷.

1104. Or l'impérialisme ne se limiterait pas à l'exercice de la domination par la conquête militaire et l'hégémonie politique. Il peut se manifester « *par les valeurs, le projet politique voire civilisationnel qu'il prétend incarner et au nom duquel il justifie sa domination ou ses tentatives de domination* »²⁹⁵⁸. Ainsi perçue, la puissance impériale européenne ne serait pas de nature militaire ou politico-religieuse mais elle résiderait dans la perspective d'un élargissement toujours plus

²⁹⁵² E. Bourdoncle, « Impérialisme et Union européenne, possibilités et réalités », *Droits*, 2018/1, n° 67, p. 89.

²⁹⁵³ *Ibid*, p. 90.

²⁹⁵⁴ O. Beaud note dans un entretien que la littérature sur l'empire « *est prolifique, sauf chez les juristes, ce qui présente une double difficulté* ». « Entretien avec l'auteur : Le pacte fédératif, Essai sur la constitution de la Fédération et sur l'Union européenne », *IACL-AIDC blog*, 17/03/2023 [En ligne sur le blog de l' IACL-AIDC : <https://blog-iacl-aidc.org/just-published/2023/3/14/entretien-avec-lauteur-le-pacte-fdratif-essai-sur-la-constitution-de-la-fdration-et-sur-lunion-europenne>].

²⁹⁵⁵ « *Je ne pense pas que pour l'instant on ait assisté à la résurgence de véritables empires à partir du moment où la conception occidentale de l'État européen s'est imposée au monde aux alentours du début du XXe siècle* ». E. Tourme-Jouannet, « La disparition du concept d'Empire », *Op. cit.*, p. 20.

²⁹⁵⁶ *Idem*.

²⁹⁵⁷ E. Bourdoncle, « Impérialisme et Union européenne, possibilités et réalités », *Op. cit.*, p. 84.

²⁹⁵⁸ *Ibid*, p. 90.

important du marché et d'une extension potentiellement illimitée du domaine des droits fondamentaux, y compris à l'échelle globale²⁹⁵⁹. Selon E. Tourme-Jouannet, « *l'Union européenne n'est pas un empire mais un agrégat d'États qui continue à considérer de façon civilisatrice (et quasi impérialiste) que ce qui est bon pour elle est nécessairement bon pour la planète* »²⁹⁶⁰. Du point de vue de la méthode, cet « impérialisme libéral » serait caractérisé par « *le recours à la persuasion et au partenariat en limitant autant que faire se peut l'usage de la coercition* »²⁹⁶¹. Aussi, « *la valorisation du « soft power », des modes de gouvernement informels ou indirects et de la « gouvernance globale* » aboutit à cette recommandation : *à l'heure actuelle une puissance impériale inscrit son action dans un cadre multilatéral...* »²⁹⁶².

1105. En réalité, cette acception de l'impérialisme peut également se décliner sur le plan intérieur. De ce point de vue, l'impérialisme se caractériserait par un « *phénomène de centralisation interne* » qui lui serait consubstantiel²⁹⁶³. Or il est possible, à cet égard, d'envisager le processus d'eupéanisation des ordres juridiques nationaux comme un phénomène permettant, par le jeu des transferts de compétences, une centralisation de l'exercice du pouvoir. Il y aurait, en ce sens également, un « impérialisme européen » qui prendrait l'allure d'un impérialisme libéral. Celui-ci serait nécessairement d'un type nouveau car il naitrait d'un acte de consentement de la part des États.

Section 2. L'évolution de la souveraineté *dans* l'Etat

1106. Il convient de s'intéresser à présent à la manière dont l'exercice des compétences normatives est distribuée parmi les organes étatiques. Il s'agit de la troisième acception incluse dans le triptyque évoqué par Carré de Malberg. Rappelons que le professeur alsacien considère qu'à côté de la souveraineté comme puissance publique et de la souveraineté comme faisceau de compétences, il existe une caractérisation de la souveraineté qui rapporte cette dernière « *à la personne ou à la*

²⁹⁵⁹ L'engagement diplomatique de l'Union européenne en faveur des droits de l'homme se vérifie y compris en matière d'accords commerciaux (cf. l'Accord de Cotonou par exemple).

²⁹⁶⁰ E. Tourme-Jouannet, « La disparition du concept d'Empire », *Op. cit.*, p. 21.

²⁹⁶¹ B. Delcourt, « La séduction du concept d'impérialisme libéral auprès des élites européennes : vers une redéfinition de la politique étrangère de l'Union européenne ? », in E. Jouannet, H. Ruiz Fabri (sous la dir. de), *Impérialisme et droit international en Europe et aux États-Unis*, Société de législation comparée, UMR de Droit comparé de Paris, vol. 13, 2007, p. 80.

²⁹⁶² *Ibid*, p. 85.

²⁹⁶³ E. Bourdoncle, « Impérialisme et Union européenne, possibilités et réalités », *Op. cit.*, p. 94.

collection de personnes qui forme l'organe suprême de la puissance d'Etat »²⁹⁶⁴. En d'autres termes, « *dans cette expression, le mot souveraineté désigne la position qu'occupe, parmi les détenteurs de la puissance étatique, la plus élevée d'entre eux* »²⁹⁶⁵. Cette acception de la souveraineté permet notamment de donner vie à la fiction de la souveraineté du monarque, la souveraineté du peuple ou la souveraineté nationale, pour ne citer que ces trois exemples²⁹⁶⁶. Plus largement, les fictions de la « volonté générale » et de « l'intérêt général » reposent toutes deux sur l'idée selon laquelle il existe un organe à même, précisément, d'exprimer une volonté suprême.

1107. Les transformations du rapport entre l'Etat et le droit constitutionnel dans « l'Europe des 27 » ont induit des conséquences sur l'ensemble des trois pouvoirs, dont l'équilibre a été modifié. Par ailleurs, il existe une tendance, encouragée à la fois par l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, en faveur de la décentralisation. Celle-ci est alimentée par le principe de subsidiarité²⁹⁶⁷. Elle se manifeste par l'effacement de l'échelon étatique dans la conduite de certaines actions européennes²⁹⁶⁸ et la reconnaissance des entités sub-étatiques dans l'architecture institutionnelle même de l'Union²⁹⁶⁹. D'ailleurs, un phénomène de « diplomatie régionale » s'est développé à Bruxelles, comme le montre le cas de la Catalogne, qui y a ouvert une représentation permanente dès les années 1980. Le droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme prend également en compte, et protège, certaines manifestations culturelles des populations régionales²⁹⁷⁰. L'évolution de la structure interne de l'Etat - particulièrement visible en France car cette dernière est passée d'un paradigme unitaire à un paradigme décentralisée et déconcentré - a donc été encouragée par son appartenance à l'Union et au Conseil de l'Europe. Cette forme de séparation

²⁹⁶⁴ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 83.

²⁹⁶⁵ *Idem.*

²⁹⁶⁶ Comme l'indique Carré de Malberg, « *c'est en ce sens que s'est établie l'expression actuelle de la souveraineté du peuple [...] Cette façon de comprendre la souveraineté n'est d'ailleurs, dans la théorie du peuple souverain, que le prolongement de l'ancienne doctrine de la monarchie française absolue, avec cette seule différence que la souveraineté est passée du roi à la masse totale des citoyens* ». *Idem.*

²⁹⁶⁷ Ce principe est tout à fait crucial dans le bon fonctionnement des rapports de nature fédérale qui lient les Etats membres et l'Union européenne. Il apparaît dans le Préambule du TUE et dans le 1er alinéa de l'art. 5, selon lequel « *le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences* ».

²⁹⁶⁸ Il est possible de citer le Fonds européen de développement régional (FEDER), dont la gestion est confiée, en France, aux conseils régionaux.

²⁹⁶⁹ Nous pensons au rôle du Comité européen des régions, qui permet la représentation des collectivités locales au sein de l'UE.

²⁹⁷⁰ La Charte européenne des langues régionales ou minoritaires impulsée par le Conseil de l'Europe.

verticale des pouvoirs contribue sans doute à une transformation dans l'exercice de la souveraineté par les organes de l'Etat.

1108. Nous souhaiterions cependant nous concentrer dans l'évolution de l'équilibre des pouvoirs dans l'Etat - c'est-à-dire dans les modalités de séparation horizontale des pouvoirs - car il s'agit de la manifestation la plus notoire des évolutions de la souveraineté dans l'Etat. L'organisation et le fonctionnement des organes de l'Etat est déterminé par le principe de séparation des pouvoirs. Celui-ci est envisagé par le droit positif français depuis la Révolution²⁹⁷¹. Le Conseil constitutionnel a reconnu l'existence d'une « *conception française de la séparation des pouvoirs* »²⁹⁷², ce qui renforce la perception de sa spécificité en droit constitutionnel français. En effet, s'il existe une conception spécifiquement française du principe de séparation des pouvoirs, c'est bien parce que ce principe est universel et ses déclinaisons sont nombreuses. Il se trouve ainsi au fondement de toutes les Constitutions libérales, qu'elles soient écrites ou non, d'ailleurs. Il est, à ce titre, considéré comme « *la première condition d'un gouvernement libre* »²⁹⁷³.

1109. A côté de la séparation des pouvoirs, un autre principe fonde la pensée constitutionnaliste moderne. Il s'agit, comme nous l'avons vu précédemment²⁹⁷⁴, du principe représentatif. En effet, les grands penseurs du constitutionnalisme libéral moderne²⁹⁷⁵ plaident l'instauration de régimes politiques libéraux fondés sur la représentation. Le grand défenseur de ce principe au moment de la Révolution française est l'abbé Sieyès.

²⁹⁷¹ Il fait l'objet de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui fonde d'ailleurs

partiellement sur ce principe sa définition de Constitution. Le Préambule de la constitution de 1958 l'évoque également et il est possible d'y ramener un certain nombre de dispositions constitutionnelles portant sur les rapports entre les pouvoirs publics, par ex. les procédures auxquelles renvoie l'art. 20 al. 3 (« *[le Gouvernement] est responsable devant le Parlement dans les conditions et suivant les procédures prévues aux articles 49 et 50* »).

²⁹⁷² Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, considérant n°15.

²⁹⁷³ Comme l'énonce l'article 19 de la Constitution française de 1848.

²⁹⁷⁴ Cf. *supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 1, Sect. 1, §2.

²⁹⁷⁵ Depuis John Locke et Montesquieu jusqu'aux étasuniens Madison, Hamilton et Jay, auteurs des *Federalist Papers* sous le pseudonyme collectif de Publius.

1110. Ce dernier part d'une conception de la société qui rappelle la fameuse distinction entre la liberté des Anciens et celle des Modernes²⁹⁷⁶. Dans ce contexte, afin de préserver la liberté de chacun de s'adonner à la production et à la consommation dans la société marchande en plein essor²⁹⁷⁷, le système représentatif offre aux citoyens la possibilité de participer de manière médiate à l'élaboration et l'adoption de la loi²⁹⁷⁸ en élisant des représentants « *bien plus capables qu'eux-mêmes de connaître l'intérêt général, et d'interpréter à cet égard leur propre volonté* »²⁹⁷⁹.

1111. Le système politique antagonique est celui qui postule le concours immédiat des citoyens à la formation de la loi en vertu du principe de souveraineté populaire. Jean-Jacques Rousseau en exprime le principe de manière magistrale dans son *Contrat social*²⁹⁸⁰. C'est ainsi que les Constitutions libérales reposent toutes sur le principe représentatif, qui se consolide à la fin du XVIII^e siècle en opposition à l'idée du gouvernement populaire, dont le fondement est une certaine idée de la démocratie directe, à la manière des Anciens²⁹⁸¹. Un élément caractéristique du principe représentatif moderne, tel qu'il apparaît à la fin du XVIII^e siècle, est le mandat représentatif, dont Sieyès est un fervent défenseur²⁹⁸². Le mandat représentatif implique l'indépendance des

²⁹⁷⁶ Si la liberté aurait consisté, pour les Anciens, à jouir de droits politiques et participer directement à la vie de la Cité, au détriment cependant de toute prise en compte de l'autonomie individuelle, la liberté des Modernes consisterait à reconnaître et garantir la sphère privée tout en fondant un régime représentatif dans lequel l'individu ne peut pas prendre part directement à la détermination de l'intérêt général. Aux sociétés antiques (notamment Athènes et Sparte) où l'individu est assujéti à l'autorité de la collectivité mais peut exercer directement « *plusieurs parties de la souveraineté toute entière* », Constant oppose donc les sociétés bourgeoises modernes, dont le régime politique est fondé sur la liberté individuelle et la représentation. Au demeurant, l'œuvre de Sieyès est antérieure à la théorisation qu'en fit Benjamin Constant en 1836.

²⁹⁷⁷ Sieyès part du constat que « *les peuples européens modernes ressemblent bien peu aux peuples anciens* ». Selon lui, « *le désir des richesses semble ne faire de tous les Etats de l'Europe que de vastes ateliers : on y songe bien plus à la consommation et à la production qu'au bonheur* ». Les individus sont devenus des « *machines de travail* », tout entiers tournés vers la mise en œuvre de leurs « *facultés productives* ». Il faut donc imaginer un système politique qui permettent à chaque citoyen de concourir à l'élaboration de la loi, car chaque citoyen y est assujéti, tout en acceptant qu'il puisse consacrer le plus clair de son temps à la poursuite de son bonheur privé (la fameuse « *pursuit of happiness* » selon le mot de la Déclaration de Philadelphie de la même époque).

²⁹⁷⁸ Sieyès parle de « *concours médiat* » dans son fameux discours à l'Assemblée nationale constituante du 7 septembre 1789 (« *Dire de l'abbé Sieyès sur la question du veto royal* », 7 septembre 1789).

²⁹⁷⁹ *Idem*.

²⁹⁸⁰ Selon le philosophe genevois, « *la souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu'elle ne peut être aliénée ; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté ne se représente point : elle est la même, ou elle est autre ; il n'y a point de milieu. Les députés du peuple ne sont donc ni ne peuvent être ses représentants, ils ne sont que ses commissaires ; ils ne peuvent rien conclure définitivement. Toute loi que le peuple en personne n'a pas ratifiée est nulle ; ce n'est point une loi* ». *Contrat social*, Livre III, Chap. XV.

²⁹⁸¹ Le gouvernement athénien au Ve siècle av. J.-C. étant le modèle archétypique, même s'il s'agit d'un modèle hybride qui comporte une dose de représentation (cf. B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Op. cit., p. 19-63).

²⁹⁸² Comme l'indiquent Philippe Lauvaux et Armel Le Divillec, « *En France, en 1789, Sieyès s'est fait le champion de l'indépendance des députés à l'égard des électeurs en insistant sur les inconvénients des consultations répétées des électeurs par les députés* ». Ph. Lauvaux, A. Le Divillec, *Les grandes démocraties contemporaines*, Op. cit., p. 101.

parlementaires vis-à-vis de leurs électeurs et, donc, la possibilité pour les premiers de développer une véritable pratique délibérante. Dès lors, « *c'est cette manifestation d'indépendance des assemblées à l'égard du corps électoral qui marque le début des institutions représentatives modernes en tant qu'elle permet de les distinguer des formes anciennes d'assemblées d'états* »²⁹⁸³.

1112. C'est dans le cadre des régimes représentatifs que le Parlement acquiert sa puissance, aujourd'hui fortement dégradée (§1). Or l'érosion de la puissance du Parlement doit être mise en parallèle avec deux autres phénomènes : d'une part, le renforcement du pouvoir gouvernemental, dont un ensemble composite d'autorités publiques indépendantes constituent un démembrement (§2) et, d'autre part, la montée en puissance des organes juridictionnels (§3).

§ 1. La puissance perdue du Parlement

1113. Comme nous l'avons évoqué antérieurement²⁹⁸⁴, la mise en œuvre du principe de séparation des pouvoirs dans le cadre d'un régime représentatif n'est pas sans lien avec les différentes conceptions qui se sont formées de la souveraineté et de son titulaire ultime au crépuscule de l'absolutisme. Comme l'indiquent les professeurs Lauvaux et Le Divellec, « *la notion moderne de représentation [...] a pour corollaire, en même temps que pour fondement, une théorie de la souveraineté du Parlement - qui s'était imposée en Angleterre avec la révolution de 1688 - ou une théorie de la souveraineté nationale [...]* »²⁹⁸⁵.

1114. Dans les deux cas, la conséquence est la même : l'instauration d'une forme de « *démocratie sans le peuple* »²⁹⁸⁶ que Jean-Jacques Rousseau dénonce avec âpreté. Il adresse une célèbre critique au système représentatif déjà en vigueur au Royaume-Uni à son époque : « *le peuple anglais pense être libre ; il se trompe fort, il ne l'est que durant l'élection des membres du Parlement : sitôt qu'ils sont élus, il est esclave, il n'est rien. Dans les courts moments de sa liberté, l'usage qu'il en fait mérite bien qu'il la perde* »²⁹⁸⁷.

²⁹⁸³ Ph. Lauvaux, A. Le Divellec, *Les grandes démocraties contemporaines*, PUF, (Coll. Droit fondamental), Paris, 2015, p. 101.

²⁹⁸⁴ Cf. *supra*. Partie 1, Titre 1, Chap. 2.

²⁹⁸⁵ Ph. Lauvaux, A. Le Divellec, *Les grandes démocraties contemporaines*, *Op. cit.*, p. 101.

²⁹⁸⁶ *Idem*.

²⁹⁸⁷ *Contrat social*, Livre III, Chap. XV.

1115. C'est ainsi qu'avec la consécration du principe représentatif, le parlement devient l'organe principal d'exercice de la souveraineté, y compris dans les systèmes où le fondement du pouvoir politique réside dans la nation. La raison en est que, malgré la migration de la souveraineté au troisième sens dégagé par Carré de Malberg²⁹⁸⁸, la signification accordée à la loi dès les écrits de Jean Bodin demeure. Autrement dit, la loi est toujours reconnue comme l'acte du souverain tant que la Constitution n'est pas considérée comme une norme²⁹⁸⁹. Cela fait de l'organe parlementaire le lieu où siège la représentation nationale.

1116. Cette puissance historique du Parlement (I) est aujourd'hui remise en cause pour des raisons à la fois endogènes et exogènes (II).

I. La puissance historique du Parlement

1117. Le premier régime représentatif et libéral, c'est-à-dire constitutionnel dans un sens moderne, est le régime parlementaire britannique. Comme le note Hans Kelsen, « *la lutte qui fut menée à la fin du XVIIIe et au début du XIXe siècle contre l'autocratie fut pour l'essentiel une lutte pour le parlementarisme* »²⁹⁹⁰. Or, selon le grand constitutionnaliste anglais Dicey, ce dernier repose sur trois piliers : la souveraineté du Parlement, les conventions de la Constitution et la primauté du droit. La souveraineté parlementaire signifie que le Parlement - défini comme la réunion de la Couronne, de la Chambre des lords et de la Chambre des communes - « *a, d'après la Constitution anglaise, le droit de faire ou de ne pas faire une loi quelconque* »²⁹⁹¹. Cette définition correspond essentiellement à celle que Jean Bodin retient pour qualifier la première marque de souveraineté²⁹⁹². Comme nous l'avons indiqué, le corollaire est « *qu'il n'existe aucune loi que le Parlement ne peut modifier ni abroger dans les formes législatives ordinaires, c'est-à-dire que, selon la formule de*

²⁹⁸⁸ C'est-à-dire le passage d'un système politico-juridique fondé sur la souveraineté du monarque à un système fondé sur la souveraineté nationale.

²⁹⁸⁹ Cf. la distinction entre la conception « mécaniste » de la Constitution et la conception normative de cette dernière. *Supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 2.

²⁹⁹⁰ Hans Kelsen, *La démocratie ; sa nature, sa valeur*, Economica, Paris, 1988 (1re éd. étr. : 1929), p. 37. Cité par S. Baume, « Le Parlement face à ses adversaires », *RFSP*, vol. 56, n° 6, décembre 2006, p. 985.

²⁹⁹¹ A. V. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Giard & Brière, Paris, 1902, p. 36. Cité par Ph. Lauvaux, A. Le Divillec, *Les grandes démocraties contemporaines*, *Op. cit.*, p. 481.

²⁹⁹² Il s'agit, pour le juriste angevin, de détenir « *la puissance de donner la loi à tous en général, et à chacun en particulier, et ne la recevoir que de Dieu* ». *Les Six Livres de la République*, Livre I, Chap. X.

Tocqueville, le Parlement est à la fois « une assemblée législative et constituante »²⁹⁹³. Ainsi que l'affirmait Dicey, « la Constitution britannique pourrait aisément être convertie en un Act du Parlement, sans subir aucune transformation substantielle, à la seule condition que le Parlement se réservât [...] le pouvoir sans restriction d'abroger ou d'amender le code constitutionnel »²⁹⁹⁴. Cela inspira le célèbre trait d'esprit du juriste suisse Jean-Louis Delolme, selon lequel « le Parlement peut tout faire sauf changer un homme en femme ».

1118. Cependant, s'il est certain que la puissance du Parlement britannique²⁹⁹⁵ est d'un ordre tout à fait particulier, l'organe parlementaire se trouve, en réalité, au cœur de l'architecture institutionnelle de tous les régimes politiques d'inspiration libérale nés au tournant du XVIIIe siècle. C'est ainsi que, contrairement à une idée reçue, le régime présidentiel étasunien est loin de consacrer une puissance démesurée au profit du président. Trois faits majeurs limitent, au contraire, la puissance présidentielle : la nature fédérale des Etats-Unis, la place de la Cour suprême et la puissance indéniable du Congrès. Le texte de la Constitution de 1787 consacre en effet des prérogatives écrasantes au profit de ce dernier²⁹⁹⁶.

1119. Ainsi, les deux modèles emblématiques des régimes politiques libéraux issus du constitutionnalisme moderne, et non pas seulement le régime parlementaire anglais, furent fondés sur un Parlement fort. Il suffit d'ailleurs de lire les grands auteurs de l'époque, qu'ils soient français (Montesquieu, Sieyès) ou étasuniens (Madison, Hamilton, Jay), pour s'apercevoir de l'importance accordée au Parlement. Il est sans conteste l'organe le plus puissant et le plus prestigieux de l'Etat. En face, le gouvernement est en charge de la fonction exécutive, dont l'acception péjorative, aujourd'hui disparue, renvoie à l'idée de simple exécution de la volonté du législateur²⁹⁹⁷. Alors que le Parlement est institué afin de « vouloir pour la Nation »²⁹⁹⁸, le gouvernement « est établi par la

²⁹⁹³ Ph. Lauvaux, A. Le Divellec, *Les grandes démocraties contemporaines*, Op. cit., p. 483.

²⁹⁹⁴ *Idem*.

²⁹⁹⁵ Entendu, encore une fois, comme la réunion de la Couronne et des deux chambres, ce qui est désigné sous l'expression « *the King in Parliament* ».

²⁹⁹⁶ V. S. Rials, « Régime « congressionnel » ou régime « présidentiel » ? Les leçons de l'histoire américaine », in *Pouvoirs*, n°29 - Les Etats-Unis - avril 1984, p. 45.

²⁹⁹⁷ Comme l'indique Carré de Malberg, « ce que l'on trouve dans la Constitution, c'est une puissance unique, qui se manifeste d'abord par des actes de volonté initiale et qui, à ce degré supérieur, s'appelle la puissance législative, puis qui s'exerce, à un degré inférieur, par des actes d'exécution des lois et qui, pour ce motif, prend alors le nom de puissance exécutive ». *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, Op. cit., p. 121-122.

²⁹⁹⁸ Cf. l'étude éponyme de P. Brunet.

*Nation pour faire exécuter ses volontés et il est lui-même incapable d'avoir une volonté propre. Donc, il est encore action mais il n'est plus volonté »*²⁹⁹⁹. Au Parlement il revient de vouloir, au gouvernement d'agir. Par conséquent, sans assimiler complètement, au-delà du modèle britannique, la souveraineté parlementaire à la souveraineté telle que Carré de Malberg la définit dans sa troisième acception, ce rapide examen du droit comparé nous amène à reconnaître la place éminente du Parlement dans la détermination dans l'exercice de la souveraineté.

1120. La France n'y déroge pas. La fin de l'Ancien régime marque la consécration de la loi comme expression de la volonté générale et la nécessaire soumission des tribunaux³⁰⁰⁰. En revanche, la position de l'exécutif par rapport au Parlement connut des évolutions. Après une longue période qui, de 1799 à 1870, se caractérise par la puissance de l'exécutif³⁰⁰¹, la République parlementaire, définitivement installée avec les lois constitutionnelles de 1875, favorise l'ascension du Parlement après la crise de mai 1877. Carré de Malberg l'y consacre une étude célèbre dans laquelle il montre, remontant une fois encore aux racines du droit public français moderne, que « *le régime parlementaire s'est rencontré [en France] avec le concept révolutionnaire du Parlement représentant et exprimant la volonté générale* »³⁰⁰². Dans sa *Théorie générale de l'Etat*, il considère que la République française met en œuvre le modèle de « l'Etat légal », assurant la suprématie de l'organe parlementaire au détriment des autres pouvoirs et des citoyens. Il forge, à ce titre, la formule de « parlementarisme absolu », qui désigne « *un régime dans lequel le Parlement, devenu maître sur toute la ligne, domine entièrement l'Exécutif, par opposition au parlementarisme relatif ou dualiste, dans lequel il y a seulement limitation de la puissance gouvernementale par la puissance parlementaire* »³⁰⁰³.

1121. En effet, étendant son pouvoir au-delà de sa fonction législative et de contrôle, le Parlement prétend, sous la III^e République, agir à la place de l'exécutif. Carré de Malberg estime que le Parlement joue, vis-à-vis de l'exécutif, « *non plus seulement le rôle d'un conseil de surveillance,*

²⁹⁹⁹ N. Roussellier, *La force de gouverner*, Gallimard (coll. NRF Essais), Paris, 2015, p. 26-27.

³⁰⁰⁰ Cf. *infra*. § 3, II.

³⁰⁰¹ Les régimes politiques qui se succèdent tiennent d'ailleurs leur nom de l'organe exécutif (Consulat, Empire, monarchie).

³⁰⁰² *La loi, expression de la volonté générale*, *Op. cit.*, p. 189.

³⁰⁰³ *Ibid*, p. 196.

mais bien plutôt celui d'un conseil de direction »³⁰⁰⁴. Or, s'il n'est pas à même de gouverner à la place du gouvernement, il est tout de même capable d'imposer le blocage et l'inaction³⁰⁰⁵. Ce parlementarisme absolu se poursuit, malgré les tempéraments introduits par la Constitution de 1946, sous la IV^e République. Il faut attendre 1958 et l'avènement de la Ve République pour que la situation se renverse.

II. La minoration contemporaine de la puissance du Parlement

1122. En effet, le général de Gaulle et Michel Debré parviennent à mettre en œuvre une série de réformes institutionnelles bien connues des adeptes du courant de la réforme de l'Etat. Les travaux de ces derniers remontent au début du XX^e siècle³⁰⁰⁶, ils sont prolongées après 1946 mais ne trouvent à influencer de manière déterminante les équilibres institutionnels qu'en 1958³⁰⁰⁷. Par ailleurs, les réformes introduites dans les Constitutions des Etats d'Europe centrale et orientale - dont Mirkine-Guetzévitch propose le premier une théorisation sous l'appellation de «parlementarisme rationalisé» en 1930³⁰⁰⁸ - exercent également une influence déterminante sur le constituant de 1958.

1123. Ce dernier est animé par la volonté de réhabiliter l'exécutif comme pouvoir agissant. Cette entreprise passe par un encadrement de la compétence législative du Parlement, à la fois par l'exécutif et par le Conseil constitutionnel. Le gouvernement se voit ainsi doté d'une emprise très

³⁰⁰⁴ *Ibid*, p. 195.

³⁰⁰⁵ A travers, notamment, l'abus des questions de confiance et des interpellations et l'obstruction opérée par les commissions parlementaires.

³⁰⁰⁶ Comme le montre Nicolas Rousselier, un vent de changement souffle dès le début du XX^e siècle, même s'il ne s'agit pas, à cette époque-là, de transformer la nature du régime. Plus précisément, si l'esprit général qui anime l'organisation des pouvoirs publics n'a pas vocation à être modifié, une volonté de réforme du gouvernement traverse la classe politique toutes sensibilités confondues. Il s'agit de faire de ce dernier « *une usine à lois, à décrets et à règlements, [...] le lieu de production centrale des décisions publiques* » en s'inspirant de l'« organisation scientifique du travail » mise au point par F. W. Taylor pour l'entreprise industrielle. L'impératif d'efficacité auquel est désormais soumise, à partir des années 1910-1920, l'action de l'exécutif résulte à la fois d'une influence du secteur privé (la concentration de l'industrie au profit de grandes entreprises devant renforcer en leur sein la fonction administrative), d'un mouvement général des idées favorisant des techniques de management innovantes et d'une extension des domaines d'intervention de l'Etat en temps de guerre et de crise économique. La mutation du pouvoir exécutif prend donc lieu d'abord dans les faits, au travers d'une évolution de l'organisation interne de l'activité gouvernementale et d'un recours accru au pouvoir réglementaire au détriment de la loi à la fin de la III^e République. Elle est ensuite affirmée par la règle constitutionnelle à partir de 1946.

³⁰⁰⁷ Ainsi que le montre not. Jeannette Bougrab : *Aux origines de la Constitution de la IV^e République*, Dalloz (Coll. Bibliothèque de thèses), Paris, 2002.

³⁰⁰⁸ B. Mirkine-Guetzévitch, « Les nouvelles tendances du droit constitutionnel, Le renforcement de l'exécutif et le régime parlementaire », *RDP*, 1930, p. 490-529.

forte sur l'activité parlementaire³⁰⁰⁹ et se voit reconnaître une sphère d'intervention normative autonome³⁰¹⁰. Parallèlement, les moyens alloués à la fonction de contrôle parlementaire - qui s'était jadis muée en fonction de direction, selon le mot de Carré de Malberg - sont réduits comme peau de chagrin³⁰¹¹. Or il semble, comme l'indique Florence Chaltiel, que « *la construction européenne apparaît à cet égard comme une sorte de prolongement et d'approfondissement de la Cinquième République* »³⁰¹² en cela qu'il prolonge et approfondit la dépossession du Parlement.

1124. Dans le cadre de l'Union, la minoration du Parlement revêt essentiellement deux manifestations. La première, qui ne concerne d'ailleurs pas seulement l'Union européenne, est la consécration de la primauté du droit extra-étatique, y compris sur la loi nationale postérieure. Selon François Ost et Michel Van de Kerchove, nous assistons à une « *dilution formelle et substantielle de la souveraineté de la loi* »³⁰¹³. La seconde consiste dans un déplacement de l'exercice de la compétence normative au profit de l'exécutif et au détriment du Parlement. Ce double constat est ancien car il fut établi dès les années 1970 par la doctrine française³⁰¹⁴.

1125. La dégradation de la place de la loi depuis 1958 a été amplement documentée. Le doyen Carbonnier l'avait bien perçue dès la fin des années 1990, lorsqu'il évoquait le passage de la loi à la norme³⁰¹⁵. Elle est exacerbée par la construction européenne dès lors que, en vertu du principe de

³⁰⁰⁹ La puissance normative du gouvernement est sanctuarisée par la distinction entre le domaine du règlement et le domaine de la loi (articles 34 et 37 de la Constitution) ; la pratique ancienne des décrets-lois est réhabilitée par le biais des ordonnances (article 38) ; le gouvernement est placé à la tête de la procédure législative, dont il maîtrise les temps depuis le dépôt du projet de loi jusqu'à la promulgation du texte par le président (articles 39 à 48).

³⁰¹⁰ L'art. 37 de la Constitution de 1958 dispose en ce sens que « *les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire* ».

³⁰¹¹ La stabilité de l'exécutif est préservée par l'encadrement strict de la mise en cause de la responsabilité du gouvernement (articles 49 et 50) ainsi que par l'immunité politique dont jouit le président (article 68).

³⁰¹² F. Chaltiel, *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'Etat membre*, Op. cit., p. 395.

³⁰¹³ F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?*, Op. cit., p. 78 et s.

³⁰¹⁴ Cf. par ex. J.-M. Rainaud, « L'influence du droit communautaire sur le droit public français », in J. Rideau et al (dir.), *La France et les Communautés européennes*, LGDJ, Paris, 1975 ou J.-C. Gautron, « L'influence des Communautés européennes sur les structures du pouvoir politique français depuis 1958 » in *Mélanges offerts à G. Burdeau, Le Pouvoir*, LGDJ., Paris, 1977.

³⁰¹⁵ L'effet combiné de l'influence du normativisme kelsénien et du « *besoin collectivement ressenti de soumettre même les lois à un contrôle* » a présidé à l'implantation, en Allemagne et en France, d'un « *Etat qui a des lois et, pour les appliquer, des juges administratifs ou judiciaires, des lois et des juges qui, en ligotant l'Etat, l'empêchent de mal faire* ». J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Op. cit., p. 41. Plus récemment, le professeur Bertrand Mathieu a mis en lumière ce phénomène dans son essai *Le droit contre la démocratie*, Op. cit.. V. également l'intervention de J.-E. Schoettl : « La démocratie à l'épreuve de l'évolution du droit », *Le droit contre la loi*, colloque de la fondation Res publica [En ligne sur le site de la fondation Res publica : https://www.fondation-res-publica.org/Le-droit-contre-la-loi_r151.html].

primauté, le Parlement doit désormais « *sans cesse veiller à ce que les actes qu'il adopte ne soient pas contraires au droit communautaire* »³⁰¹⁶. Cette «*transformation majeure de la souveraineté*»³⁰¹⁷ va jusqu'à faire dire à Florence Chaltiel que le « *Parlement ne dispose désormais plus que de ce que l'on pourrait appeler une compétence liée* »³⁰¹⁸.

1126. L'exercice de la compétence normative dans le cadre européen laisse peu de place aux Parlements nationaux. Cela fut notamment le cas pendant 30 ans, entre 1979³⁰¹⁹ et 2009, date d'adoption du traité de Lisbonne. Il est vrai, en effet, que ce dernier a renforcé la prise en compte des parlements nationaux dans les processus décisionnels européens³⁰²⁰ mais il reste que ceux-ci ne participent pas directement aux procédures législatives européennes. De même, la mise en œuvre des actes de droit dérivée ne passe pas nécessairement par le Parlement.

1127. Cela est d'autant plus frappant en ce qui concerne les règlements européens, qui n'appellent pas d'acte national de transposition mais peuvent nécessiter des mesures complémentaires. Or, comme l'indique Florence Chaltiel, « *dans les domaines relevant du domaine législatif, le Parlement national aurait pu être amené à exercer un pouvoir normatif complémentaire du pouvoir*

³⁰¹⁶ F. Chaltiel, *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'Etat membre*, Op. cit., p. 401.

³⁰¹⁷ *Idem*.

³⁰¹⁸ *Idem*.

³⁰¹⁹ C'est à ce moment que le Parlement européen s'émancipe des Parlements nationaux puisque ces membres sont désormais élus au suffrage universel direct.

³⁰²⁰ Il a semblé important de prévoir des mécanismes au travers desquels les parlements nationaux puissent être associés à la procédure législative ordinaire européenne pour deux raisons. La première est due à l'approfondissement du processus d'intégration, qui a fait passer des compétences importantes dans le domaine d'action de l'UE. La seconde raison est l'émancipation progressive du Parlement européen vis-à-vis des parlements nationaux à partir de 1979. Le traité de Maastricht et celui d'Amsterdam avaient déjà fait l'objet de déclarations ou de protocoles visant à renforcer la coopération entre le Parlement de Strasbourg et les organes parlementaires nationaux. Des mécanismes pour encourager la participation des parlements nationaux aux activités de l'UE avaient également été envisagés. Le traité de Lisbonne est venu simplifier et clarifier le droit primaire en introduisant dans le Traité sur l'UE une référence aux parlements nationaux. L'art. 12 TUE stipule ainsi que « *les parlements nationaux contribuent activement au bon fonctionnement de l'Union* » et établit une série d'actions (« *en étant informés par les institutions de l'Union et en recevant notification des projets d'actes législatifs de l'Union conformément au protocole sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne* » ; « *en prenant part aux procédures de révision des traités* » ; « *en étant informés des demandes d'adhésion à l'Union* »). Le Protocole n°1 au TFUE porte sur « *le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne* ». L'art. 10 de ce même Protocole consacre la conférence des organes parlementaires spécialisés dans les affaires de l'Union (COSAC). Créée en 1989, son existence est informelle jusqu'au traité d'Amsterdam. Elle permet aux parlementaires européens et nationaux de se rencontrer. Enfin, l'art. 6 du protocole n°2 au TFUE prévoit un droit d'opposition législative au profit des Parlements nationaux qui doit permettre à ces derniers de contrôler le respect du principe de subsidiarité. Ce contrôle se décline en amont (*a priori*) et en aval (*a posteriori*) de l'adoption de l'acte. Il ne permet cependant pas aux organes parlementaires nationaux d'empêcher l'adoption ou de retirer l'acte en question.

normatif communautaire »³⁰²¹ afin de mettre les règlements européens en application. Mais, dans un avis de 1964, le Conseil d'Etat autorise le gouvernement à prendre ces mesures nationales de mise en œuvre par la voie réglementaire. Il déclare que celui-ci est « *dans la même situation [...] lorsqu'il assure l'exécution des dispositions directement applicables des traités ainsi que des règlements et décisions de la CEE, [...] et lorsqu'il applique une loi interne* ». Le Conseil d'Etat en déduit que « *les mesures d'application des dits actes sont normalement pris par voie réglementaire* »³⁰²².

1128. Dans le cas des directives, qui nécessitent, en principe³⁰²³, un acte national de transposition, nous assistons à un phénomène général par lequel leurs dispositions deviennent chaque fois plus précises et inconditionnelles, justement pour mettre en échec l'éventuel défaut de coopération loyale des Etats qui ne transposeraient pas dans les délais³⁰²⁴. Cela se traduit donc par une réduction de la marge nationale de transposition dans les rares cas où le Parlement est amené à voter une loi de transposition par la voie ordinaire. Cette dégradation de la puissance du Parlement, particulièrement avancée en France mais également visible dans l'ensemble des Etats membres, est un phénomène global. Comme le montre Hélène Tourard dans son étude sur l'internationalisation des Constitutions nationales, « *la place du Parlement dans l'ordre constitutionnel étatique subit les assauts de l'internationalisation. [...] Ainsi, l'internationalisation représente pour le pouvoir législatif un bouleversement de son mode de fonctionnement et une diminution de ses compétences* »³⁰²⁵.

³⁰²¹ F. Chaltiel, *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'Etat membre*, Op. cit., p. 400.

³⁰²² Cité par J.-C. Gautron, « *L'influence des Communautés européennes sur les structures du pouvoir politique français depuis 1958* », in *Mélanges offerts à G. Burdeau, Le Pouvoir*, LGDJ, Paris, 1977, p. 430.

³⁰²³ Le caractère obligatoire de la transposition pour rendre applicables les dispositions d'une directive a été tempéré par le Conseil d'Etat, qui considère que « *tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'Etat n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires* ». CE (Ass.), 30 oct. 2009, *Dame Perreux*, req. n° 298348. D'ailleurs, il est même envisageable, pour certaines directives, que leur transposition en droit interne ne requiert pas une reprise formelle et textuelle de ses dispositions dans une disposition légale ou réglementaire expresse et spécifique. La transposition peut se satisfaire d'un contexte juridique général, dès lors que celui-ci assure effectivement la pleine application de la directive d'une façon suffisamment claire et précise (cf. CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, aff. 118/85 ; CJCE (ch.), 9 déc. 2004, *Commission c/ Espagne*, aff. C-79/03 ; CJCE (ch.), 3 mars 2011, *Commission c/ Irlande*, aff. C-50/09).

³⁰²⁴ Cela a été abordé à l'occasion de l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer », conclu entre le Parlement européen, la Commission et le Conseil. Il a notamment été établi que la Commission devrait « *tenir dûment compte de la différence de nature qui existe entre les règlements et les directives et des effets différents qu'ils produisent* ».

³⁰²⁵ H. Tourard, *L'internationalisation des Constitutions nationales*, Op. cit., p. 114.

1129. Parallèlement à l'érosion de la puissance et du prestige du Parlement, il est possible de montrer une majoration de l'exécutif et d'un ensemble hétérogène d'institutions toutes caractérisées par leur indépendance, du moins fonctionnelle, vis-à-vis de la légitimité électorale.

§2. La majoration de la fonction gouvernementale (le pouvoir gouvernant)³⁰²⁶

1130. Comme le pouvoir a horreur du vide, le phénomène que nous venons de décrire s'accompagne de deux faits majeurs, emblématiques de notre temps. Il s'agit, d'une part, de la majoration du pouvoir exécutif (I) et, d'autre part, de la valorisation de la légitimité issue de l'indépendance (II).

I. Le relèvement du pouvoir exécutif

1131. Les phénomènes d'internationalisation et d'eupéanisation du droit ont eu un effet considérable sur la valorisation de la fonction exécutive. En effet, l'exécutif national se taille la part du lion dans l'élaboration du droit international et du droit de l'Union, qu'il s'agisse du droit primaire ou du droit dérivé. Ce phénomène, comme celui que nous venons de décrire, semble également avoir une portée globale, même si l'appartenance à l'Union est, évidemment, de nature à l'exacerber. Comme nous l'avons mentionné, le cas français est particulier car le type de parlementarisme mis en place par la Constitution de 1958 opère déjà un fort basculement de l'équilibre des pouvoirs au profit de l'exécutif, y compris du président de la République. Ce dernier dispose notamment de compétences prépondérantes en matière diplomatique. Selon l'article 52 de la Constitution, « *le Président de la République négocie et ratifie les traités. Il est informé de toute négociation tendant à la conclusion d'un accord international non soumis à ratification* ».

1132. Les traités européens, qui représentent, selon la formule de la Cour de justice, la « *charte constitutionnelle de base* »³⁰²⁷ de l'Union, sont donc essentiellement négociés et ratifiés sous la férule de l'exécutif.

³⁰²⁶ Cf. P. Jense-Monge, A. Vidal-Naquet (sous la dir. de), *Du pouvoir exécutif au pouvoir gouvernant. Réflexions sur la notion de pouvoir exécutif à partir de la Ve République*, Mare&Martin (Coll. Droit public), Paris, 2021.

³⁰²⁷ CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement européen*, aff. 294/83, point 23.

1133. La procédure ordinaire de révision des traités, envisagée aux paragraphes 2 à 5 de l'article 48 TUE, présente d'abord une phase européenne puis une phase diplomatique. C'est ainsi que, selon la théorie du dédoublement fonctionnel, les représentants de l'exécutif exercent cette «fonction constituante européenne» d'abord en tant que membres des institutions européennes puis en tant que titulaires de fonctions exécutives nationales. La phase européenne commence avec un projet de révision dont l'initiative est partagée par la Commission, le Parlement européen³⁰²⁸ et les Etats membres. Le projet de révision est soumis au Conseil, qui le transmet, à son tour, au Conseil européen et aux Parlements nationaux. La procédure est engagée lorsque le Conseil européen adopte à la majorité simple, après consultation du Parlement européen et de la Commission³⁰²⁹, une décision favorable à l'examen des modifications proposées. Le projet de révision doit alors être examiné par une Convention hybride³⁰³⁰, formée de représentants des Parlements nationaux, des chefs d'Etat ou de gouvernement, du Parlement européen et de la Commission. Le mandat de la Convention reste, néanmoins, consultatif. Elle adopte, à l'unanimité, une recommandation qui est adressée à une Conférence des représentants des gouvernements des Etats. Or c'est cette enceinte diplomatique qui dispose de la réelle compétence pour adopter, au niveau de l'Union, la révision des traités d'un commun accord³⁰³¹. Enfin, il appartient à tous les Etats membres de ratifier la révision conformément à leurs règles de droit interne³⁰³². En France, le président de la République peut décider, en vertu de l'article 11 de la Constitution, de contourner le Parlement en convoquant un référendum pour l'adoption de la loi de ratification plutôt que la procédure législative ordinaire. De même, si la ratification d'un traité international nécessite la révision préalable de la Constitution, le président de la République peut également décider d'emprunter la voie référendaire plutôt que de réviser la Constitution à travers un vote du Parlement réuni en Congrès à Versailles. On voit bien le rôle tout à fait secondaire, voire quasi inexistant, que le Parlement peut être amené à jouer, si le président de la République en décide ainsi, dans une matière pourtant fondamentale. Au contraire, la

³⁰²⁸ Le traité de Lisbonne a introduit l'initiative parlementaire dans le cadre d'un ensemble plus large de réformes destinées à accroître les compétences de ce dernier - ainsi que la place des Parlements nationaux, comme nous l'avons évoqué plus haut.

³⁰²⁹ Et, dans l'hypothèse de modifications en matière de politique monétaire, la BCE.

³⁰³⁰ Comme nous l'avons mentionné précédemment, le dispositif de la Convention avait été inventé lors de l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'UE puis du traité établissant une Constitution pour l'Europe. Dans une déclaration finale, le traité de Nice de 2001 invitait déjà les Etats membres à mettre en œuvre une méthode nouvelle, moins centrée sur les exécutifs nationaux, moins cloisonnée, qui puisse faire participer les Parlements nationaux dans le cadre d'un échange plus large. On note donc une évolution progressive tendant à élargir la participation à la procédure de révision des traités au-delà des exécutifs nationaux.

³⁰³¹ Art. 48 § 4 TUE.

³⁰³² Le cas échéant en révisant leur Constitution, comme cela a été le cas en France depuis le traité de Maastricht.

place acquise par le droit primaire de l'Union en vertu du phénomène de constitutionnalisation de l'Union européenne mériterait que le Parlement puisse se saisir, débattre et voter à propos de toute révision des traités, avant même de plaider pour leur adoption par la voie référendaire³⁰³³.

1134. Par ailleurs, le relèvement du pouvoir exécutif peut également être constaté en ce qui concerne l'élaboration du droit dérivé. L'exécutif national prend part directement aux différentes procédures législatives européennes à travers sa participation au Conseil. Celui-ci est composé des représentants des Etats membres au niveau ministériel qui sont habilités à engager leur gouvernement³⁰³⁴. Il apparaît, de ce point de vue, comme une sorte de « *législateur gouvernemental pluri-national* »³⁰³⁵. Ses compétences sont très étendues, surtout en matière législative même s'il exerce également des compétences en matière exécutive. Il participe à l'adoption, dans la logique du triangle institutionnel qu'il conforme avec la Commission et le Parlement européen, de tous les actes législatifs de l'Union. Dans le cadre de la procédure législative ordinaire, le Conseil et le Parlement européen doivent arriver à un accord afin que l'acte soit adopté. Dans le cadre des procédures législatives spéciales, la latitude du Conseil est variable, mais cette institution est toujours prépondérante³⁰³⁶.

1135. Finalement, l'action de l'exécutif national domine aussi la mise en œuvre du droit dérivé. Comme nous l'avons évoqué, les mesures nationales de mise en œuvre des règlements européens prennent souvent la forme d'actes réglementaires, indépendamment de la distinction opérée par les articles 34 et 37 de la Constitution entre le domaine de la loi et celui du règlement. Les modalités de transposition des directives en droit interne sont laissées à l'appréciation du gouvernement. Or ce dernier a souvent recours aux ordonnances. Selon Sophie Monnier, « *moins de 10 % des directives sont transposées par la voie législative, les 90% restant sont transposées par règlements ou ordonnances du Gouvernement. En pratique, le recours à la loi est éludé pour la transposition des*

³⁰³³ C'est cela que prône Olivier Beaud à la lumière de l'importance du traité de Maastricht sur la souveraineté (*La puissance de l'Etat, Op. cit.*, p. 457-491).

³⁰³⁴ Art. 16 TUE.

³⁰³⁵ F. Chaltiel, *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'Etat membre, Op. cit.*, p. 397.

³⁰³⁶ Dans le cas des procédures législatives spéciales d'approbation, le Parlement européen peut accepter ou rejeter une proposition législative de la Commission à la majorité absolue. Il ne peut pas introduire d'amendements. Si le Parlement rejette la proposition, le Conseil ne peut pas l'adopter. Dans le cas de la procédure législative spéciale de consultation, l'institution de Strasbourg peut soit approuver, soit rejeter, soit proposer des amendements à une proposition législative de la Commission. Dans ce dernier cas, le Conseil peut passer outre la position du Parlement. Ainsi, dans les deux cas, le Conseil doit nécessairement donner son accord pour l'adoption du texte.

*directives par le recours aux ordonnances, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution »*³⁰³⁷. Cela restreint donc fortement l'implication du Parlement dans la procédure législative de ratification.

1136. L'évolution de la souveraineté dans l'Etat est donc marquée par la perte de centralité du Parlement au profit de l'exécutif. A ce titre, la notion de « pouvoir exécutif », héritée des Révolutionnaires, ne correspondrait plus à la réalité qu'elle prétend décrire³⁰³⁸. Un autre phénomène nous permet de préciser cette thèse d'une valorisation de la fonction gouvernementale (ou pouvoir gouvernant) : la dégradation de la légitimité issue de la représentation au profit de celle issue de l'indépendance ou de compétences techniques.

II. La valorisation de l'indépendance

1137. Un phénomène récent est devenu incontournable dans l'analyse des évolutions de l'exercice de la puissance dans l'Etat. Il s'agit de l'émergence d'institutions ou d'organes dotés d'une légitimité liée, non plus à leur *représentativité*, elle-même tirée de l'élection, mais à leur indépendance, c'est-à-dire de leur autonomie vis-à-vis des institutions politiques. Parallèlement à *«l'envahissement du discours, philosophique ou politique, par le concept de l'Etat de droit»*³⁰³⁹, le paysage institutionnel - tant national qu'international ou supranational - s'est peuplé de formes organisationnelles se réclamant de l'indépendance (A). Cela traduit, en filigrane, la valorisation d'une idée, celle de gouvernance publique, qui s'éloigne de la notion classique de gouvernement (B).

A. Les figures institutionnelles de l'indépendance

1138. En droit administratif interne, une catégorie institutionnelle, celle des autorités administratives indépendantes (AAI), s'est développée de manière spectaculaire depuis la fin des

³⁰³⁷ S. Monnier, « Droit constitutionnel et droit communautaire », *RFDC*, 2006/4 (n°68), p. 856.

³⁰³⁸ P. Jense-Monge, A. Vidal-Naquet, « Propos introductifs », in P. Jense-Monge, A. Vidal-Naquet (sous la dir. de), *Du pouvoir exécutif au pouvoir gouvernant. Réflexions sur la notion de pouvoir exécutif à partir de la Ve République*, *Op. cit.*, p. 12.

³⁰³⁹ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, *Op. cit.*, p. 41.

années 1970³⁰⁴⁰. Cette prolifération a conduit à de nombreux problèmes³⁰⁴¹ qui ont finalement amené le législateur à intervenir en adoptant une loi portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes (API) en 2017³⁰⁴². Ce texte a réduit le nombre d'AAI³⁰⁴³ et a créé, en leur sein, la catégorie des API³⁰⁴⁴, disposant de la personnalité morale³⁰⁴⁵. La loi de 2017 a également introduit un cadre juridique commun à toutes ces institutions³⁰⁴⁶. Celui-ci envisage, notamment, l'organisation, le fonctionnement ainsi que la déontologie des AAI et API de manière à garantir l'indépendance, la dignité, la probité et l'intégrité de leurs membres.

1139. Aussi, la multiplication des AAI et des API révèle un glissement susceptible d'intéresser l'étude des transformations de la souveraineté dans l'Etat. Il s'agit de la transformation progressive d'une qualité morale, l'impartialité ou la neutralité, en « *une des technologies politiques les plus ubiquistes* »³⁰⁴⁷. En effet, au-delà des AAI/API, une multitude de domaines sont aujourd'hui peuplés par des institutions dont la légitimité repose sur leur indépendance. Parmi ces derniers nous

³⁰⁴⁰ La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) est la première à être créée, en 1978.

³⁰⁴¹ Le rapport du sénateur Jacques Mézard relatif à la proposition de loi portant statut général des autorités

administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes en a dénoncé un certain nombre. Tout d'abord, il a identifié un problème de périmètre : l'existence d'une « *mosaïque d'autorités indépendantes dont ni la qualification ni la liste ne sont certaines* » met « *en difficulté d'un suivi parlementaire satisfaisant alors qu'elles peuvent conduire, en lieu et place du Gouvernement, des politiques publiques* ». Ensuite, il a indiqué des problèmes de sécurité juridique. Devant faire l'objet d'une création par voie législative, il s'est avéré que « *plusieurs autorités administratives indépendantes tiennent leur qualité non de la loi mais d'une qualification reconnue par la jurisprudence ou la doctrine administrative* ». Ainsi, « *le champ d'application de dispositions transversales [...] reste incertain, au détriment de la sécurité juridique* ».

³⁰⁴² Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

³⁰⁴³ Elles sont passées d'une quarantaine à 26.

³⁰⁴⁴ Au nombre de 7.

³⁰⁴⁵ Art. 2 de la loi du 20 janvier 2017.

³⁰⁴⁶ Cf. Rapport n° 332 (2015-2016) de M. Jacques Mézard, fait au nom de la commission des lois, déposé le 27 janvier 2016 relatif à la proposition de loi portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

³⁰⁴⁷ B. François et A. Vauchez, « Pour une sociologie politique de l'indépendance », in B. François et A. Vauchez (dir.), *Politique de l'indépendance. Formes et usages contemporains d'une technologie de gouvernement*, Op. cit., p. 10.

pouvons citer, de manière aucunement exhaustive, la politique monétaire³⁰⁴⁸, la régulation des marchés financiers³⁰⁴⁹, de l’audiovisuel ou de certaines activités numériques³⁰⁵⁰, la protection des libertés publiques³⁰⁵¹, la lutte contre la corruption³⁰⁵² ou contre le dopage³⁰⁵³. Par ailleurs, les fonctions des organes indépendants peuvent être de différente nature : « *consultation*³⁰⁵⁴,

³⁰⁴⁸ Dans la zone euro, la politique monétaire est conduite par le Système européen de banques centrales (SEBC). Celui-ci est composé par la Banque centrale européenne (BCE) et les banques centrales nationales. L’art. 282 § 3 TFUE stipule que la BCE « *est indépendante dans l’exercice de ses pouvoirs et dans la gestion de ses finances. Les institutions, organes et organismes de l’Union ainsi que les gouvernements des États membres respectent cette indépendance* ». L’émancipation des banques centrales vis-à-vis du gouvernement représente un phénomène général, qui ne concerne pas seulement la zone euro. De nombreux économistes libéraux (connus sous le nom de « nouveaux classiques ») critiquent, dès les années 1970, la conduite d’une politique monétaire expansionniste sous la férule du gouvernement. Selon l’économiste Pierre Jalliet, « *cette littérature d’origine américaine exercera une sorte d’hégémonie intellectuelle curieusement peu contestée, et l’idée que l’État puisse se dessaisir d’une part de son pouvoir souverain au profit d’un agent « conservateur » (i.e. ayant une forte aversion envers l’inflation) s’est ainsi peu à peu banalisée* ». La conséquence est que « *l’indépendance des banques centrales devient graduellement une norme institutionnelle (et même une obligation de conformité juridique pour les pays aspirant à entrer dans la zone euro* » au cours des années 1990. Cf. P. Jalliet, « L’indépendance des banques centrales, un concept caduc ? », Institut Jacques Delors, Policy paper n°246, décembre 2019, p. 4. V. également l’ouvrage de P. Tucker, *Unelected Power: The Quest for Legitimacy in Central Banking and the Regulatory State*, Princeton University Press, Princeton (EUA), 2019.

³⁰⁴⁹ En France, l’Autorité des marchés financiers (AMF) est une agence publique indépendante qui veille au bon fonctionnement des marchés financiers. Elle est créée le 1^{er} août 2003 par la loi de sécurité financière. La nomination de son collègue, telle qu’elle est prévue par l’art. L621-2 du Code monétaire et financier, vise à rendre ses membres tout à fait indépendants vis-à-vis du pouvoir politique ainsi que des agents privés dont l’AMF a vocation à réguler l’activité. Elle est, en tant qu’API, soumise au cadre juridique mis en place par la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

³⁰⁵⁰ L’Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (Arcom) est une autorité publique indépendante créée le 1^{er} janvier 2022 par la loi n° 2021-1382 du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l’accès aux œuvres culturelles à l’ère numérique. Elle naît de la fusion de deux AAI : le Conseil supérieur de l’audiovisuel (CSA) et la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi). Ses missions sont nombreuses (v. l’art. L. 331-12 du code de la propriété intellectuelle) et son action est régie par les dispositions de la loi du 20 janvier 2017.

³⁰⁵¹ Nous pensons au Défenseur des droits, institution indépendante consacrée par la Constitution depuis la révision du 23 juillet 2008 (Titre XI-bis). Selon l’art. 2 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, « *il ne reçoit et ne sollicite, dans l’exercice de ses attributions, aucune instruction* ». Il est néanmoins également possible d’évoquer le Conseil constitutionnel, qui est incontestablement devenu une institution indépendante, garante des droits et libertés depuis sa décision du 16 juillet 1971 et, *a fortiori*, depuis la mise en place de la QPC en 2010.

³⁰⁵² La Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP) est une autorité administrative indépendante créée par la loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques. L’une de ses missions est de veiller au respect, par les partis politiques, de leurs obligations légales en matière de financement. Elle contribue donc à la lutte contre la corruption politique.

³⁰⁵³ L’Agence française de lutte contre le dopage (AFLD) est une autorité publique indépendante créée en 2006 du rapprochement entre le Conseil de prévention et de lutte contre le dopage (CPLD), créé en 1999, et le Laboratoire national de dépistage du dopage (LNDD), ouvert en 1966 (v. La loi n° 2006-405 du 5 avril 2006 relative à la lutte contre le dopage et à la protection de la santé des sportifs).

³⁰⁵⁴ Par ex., l’Autorité de la concurrence (ancien Conseil de la concurrence) est une autorité administrative indépendante dont les compétences comprennent la possibilité d’établir des recommandations aux pouvoirs publics (y compris à d’autres autorités administratives ou publiques indépendantes) en matière économique.

*surveillance*³⁰⁵⁵, *évaluation*³⁰⁵⁶, *contrôle*³⁰⁵⁷, *régulation*³⁰⁵⁸, *sanction*³⁰⁵⁹, *etc* »³⁰⁶⁰. Enfin, la nature des institutions indépendantes, ainsi que leur appellation, sont également marquées du sceau de la diversité : cours, conseils, commissions, hautes autorités, agences, médiateurs, comités...

1140. Dès lors que l'on penche sur les figures de l'indépendance et sur leurs pouvoirs, surgit la question du minimum dénominateur commun dans cette diversité d'institutions. Selon Bastien François et Antoine Vauchez, *« s'il est bien un point commun aux « autorités indépendantes » dans des régimes démocratiques qui placent symboliquement la souveraineté populaire au sommet de la pyramide de légitimité, c'est précisément de ne pas vouloir apparaître « en majesté politique » et de se préférer en « lieu neutre » adoptant le point de vue impersonnel et apolitique de l'expertise »*³⁰⁶¹. Comme le note Yves Bréchet, *« la rationalité politique dans un monde de plus en plus imprégné de sciences et de techniques exige le recours à l'expertise scientifique comme aide à la décision rationnelle »*³⁰⁶².

1141. Cette évolution conduit à relier le développement des institutions indépendantes à une transformation des conditions d'exercice de la fonction gouvernementale. L'essor des organes nimbés d'une forme indépendance vis-à-vis de la politique provient d'une valorisation de la légitimité fondée sur l'expertise vis-à-vis de la légitimité fondée sur l'élection et la responsabilité politique. Ainsi, *« l'idée d'indépendance est d'abord entrée en politique comme une arme visant à remettre en cause ou contenir la souveraineté du politique et de la politique partisane, cette*

³⁰⁵⁵ L'AMF, par ex., a une mission de surveillance des marchés financiers et des sociétés cotées en bourse.

³⁰⁵⁶ Par ex., le Haut Conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (Hcéres) est une autorité publique indépendante dont la principale mission est d'évaluer les établissements français d'enseignement supérieur et de recherche, les organismes de recherche et les formations (cf. Code de la recherche, Chap. IV).

³⁰⁵⁷ De nombreuses AAI et API ont des missions de contrôle dans leur domaine (ex. de l'Autorité de la concurrence ou de l'AMF).

³⁰⁵⁸ Par ex., l'Autorité de régulation des transports dispose de compétences de régulation très élargies. Elle est à la fois le régulateur des activités ferroviaires, des activités routières, secteur aéroportuaire et possède aussi des compétences dans le secteur des transports publics urbains d'Île-de-France.

³⁰⁵⁹ L'AMF, pour reprendre cet ex., est compétente pour sanctionner deux types d'abus de marché : les opérations d'initiés et les manipulations de marchés. La Commission européenne, autre institutions dont la légitimité repose sur son indépendance vis-à-vis des Etats membres, possède également des compétences de sanction en matière de comportements anticoncurrentiels, par ex.

³⁰⁶⁰ B. François et A. Vauchez (dir.), *Pour une sociologie politique de l'indépendance*, Presses universitaires du Septentrion (Coll. Espaces politiques), Villeneuve d'Ascq (France), 2020, p. 10.

³⁰⁶¹ *Ibid*, p. 12.

³⁰⁶² Y. Bréchet, « L'expert, le conseiller, le décideur », in P. Rosanvallon (dir.), *Science et démocratie*, Odile Jacob (Coll. « Colloque annuel du Collège de France »), Paris, 2014, p. 65.

«puissance d'institution du suffrage universel» et de la «nation assemblée» dont parlait Gambetta»³⁰⁶³.

B. La valorisation des institutions indépendantes : une transformation du politique

1142. L'« affrontement » entre l'expertise indépendante et les institutions élues a pu conduire à envisager l'émergence d'une « politique de l'indépendance » comme le *«révélateur d'un processus de dépolitisation, voire d'une forme d'évaporation progressive et inexorable du politique»*³⁰⁶⁴. Comme le notent Bas Leijssenaar et Neil Walker, *« la diffusion de technologies de gouvernance auxquelles la contribution démocratique est de plus en plus éloignée a modifié l'architecture politique d'une manière qui remet en question la centralité - et peut-être même la pertinence contemporaine - de la souveraineté populaire »*³⁰⁶⁵. Ces auteurs en déduisent que : *« la souveraineté - du moins dans sa modalité moderne et centrée sur l'État - ne peut plus fournir un cadre adéquat pour l'explication, la justification et l'organisation de l'autorité juridique et politique »*³⁰⁶⁶.

1143. Pour Bastien François et Antoine Vauchez, l'étude de l'indépendance révèle moins une disparition du politique que d'autres manières d'articuler son action : c'est le sens d'aborder ce phénomène comme une étude de la « politique de l'indépendance », car le politique ne se dissout pas nécessairement dans la pratique de ces institutions administratives. Aujourd'hui, l'indépendance *« semble fonder une nouvelle forme de grandeur sociale et politique, qui associe l'intérêt général à la capacité de faire abstraction des intérêts (notamment partisans) et des conjonctures (notamment politiques) »*³⁰⁶⁷.

1144. L'approfondissement de la politique de l'indépendance traduit en effet une reformulation de la notion d'intérêt général. Elle opère donc un déplacement dans la signification du concept de souveraineté dans l'Etat.

³⁰⁶³ B. François et A. Vauchez, « Pour une sociologie politique de l'indépendance », *Op. cit.*, p. 15.

³⁰⁶⁴ *Ibid*, p. 14.

³⁰⁶⁵ B. Leijssenaar et N. Walker, « Introduction », in B. Leijssenaar et N. Walker (ed.), *Sovereignty in Action*, *Op. cit.*, p. 2.

³⁰⁶⁶ *Idem*.

³⁰⁶⁷ B. François et A. Vauchez, « Pour une sociologie politique de l'indépendance », *Op. cit.*, p. 16.

1145. Comme nous l'avons montré, la conception classique de l'intérêt général reposait, sur le plan philosophique, sur la centralité du principe de représentation et, sur le plan organique, sur celle du Parlement, siège de la représentation nationale. Le Parlement pouvait être considéré comme l'interprète ultime de l'intérêt général et la loi son expression la plus parfaite. Cette conception était cohérente avec le principe de légitimation du régime républicain, c'est-à-dire la souveraineté nationale³⁰⁶⁸.

1146. Or l'idée d'indépendance permet de prendre acte du fait que l'intérêt général n'est plus un objet monolithique, dont l'expression passe nécessairement par la voix des représentants élus. L'intérêt général est désormais réputé comme étant « *pluriel, exprimé par toutes sortes d'entités tant publiques (outre l'État, les régions, les villes, les organisations internationales...) que privées (associations, mouvements...)* »³⁰⁶⁹. Cela impose sur l'Etat un « *impératif gestionnaire* »³⁰⁷⁰, qui l'incite à exercer ses fonctions au plus près des opérateurs économiques et du public concernés. La multiplication des institutions indépendantes, que ce soit à l'échelle interne comme à l'échelle extra-nationale³⁰⁷¹, est donc congruente avec l'apparition de la notion de gouvernance « *comme un concept majeur de l'esprit du temps* »³⁰⁷² à partir des années 1990. Selon le politologue Jean-Pierre Gaudin, la gouvernance implique une « *action publique en réseaux, une pratique relationnelle de coopérations non prédéfinies et toujours à réinventer, à distance des armatures hiérarchiques du passé et des procédures routinières* »³⁰⁷³.

³⁰⁶⁸ Le lien entre souveraineté nationale et régime républicain constitue l'un des grands apports de la pensée malbergienne à la doctrine constitutionnaliste française et, ce, jusqu'à nos jours. Cf. *infra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 1, Sect. 2.

³⁰⁶⁹ Ph. Moreau Defarges, *La gouvernance*, PUF (Coll. Que sais-je?), Paris, 2015, p. 41.

³⁰⁷⁰ *Idem*.

³⁰⁷¹ C'est-à-dire internationale et supranationale. Dans le cadre européen, un paroxysme fut atteint lors de la crise des dettes souveraines en zone euro (2010-2011). A ce moment, un ensemble d'institutions indépendantes du pouvoir représentatif assumait un rôle central dans la gestion de la crise faisant naître des questionnements au sujet du rapport entre une nouvelle architecture en gestation et le principe démocratique : cf. par ex. G. Sacriste et A. Vauchez, « L'Euro-isation de l'Europe. Trajectoire historique d'une politique « hors les murs » et nouvelles questions démocratiques », *Revue de l'OFCE*, vol. 4, n°164.

³⁰⁷² Ph. Moreau Defarges, *La gouvernance*, *Op. cit.*, p. 7.

³⁰⁷³ J.-P. Gaudin., *Pourquoi la gouvernance ?*, Presses de Sciences Po, Paris, 2002. Cité par Ph. Moreau Defarges, *La gouvernance*, *Op. cit.*, p. 30.

1147. L'impératif gestionnaire se combinerait avec le principe démocratique « *autour du souci de faire que chaque problème soit assumé par tous ceux qui sont concernés, la bonne mise en œuvre étant obtenue non par l'obéissance mais par une adhésion vécue à un projet* »³⁰⁷⁴.

1148. Selon Pierre Rosanvallon, les maîtres mots de cette forme de légitimité à la fois gestionnaire et soi-disante démocratique seraient : impartialité, réflexivité et proximité³⁰⁷⁵. Le philosophe Daniel Innerarity défend la même thèse, celle d'une complexification des sources de légitimité et des modalités d'exercice du pouvoir au sein de nos régimes politiques³⁰⁷⁶. Ces derniers sont toujours considérés comme étant « démocratiques » mais la signification de la démocratie comme principe de légitimité a tendance à se transformer.

1149. En effet, la légitimité des autorités indépendantes ne provient pas de leur mode d'élection ou des modalités de mise en œuvre de leur responsabilité politique³⁰⁷⁷ mais de « *l'importance et la qualité d'un service rendu* » aux citoyens. Pierre Rosanvallon qualifie cette légitimité de « *légitimité d'efficacité, [...] dénomination qui précise celle, plus générale, de légitimation par les résultats (output legitimacy)* »³⁰⁷⁸ - cela rejoint « l'impératif gestionnaire » évoqué plus haut. Selon Pierre Rosanvallon, ces autorités pourraient même être considérées comme représentatives dès lors qu'une distinction est faite entre, d'une part, la représentation-délégation et la représentation-figuration et, d'autre part, la représentation d'attention et de présence et la représentation d'organe. Les deux premières formes de représentation sont celles que peut incarner une institution élue mais pas une autorité administrative indépendante. Au contraire, la représentation d'attention et de présence et la représentation d'organe peuvent trouver à innover l'action des autorités indépendantes. La première repose sur l'accessibilité et la réceptivité aux aspirations et aux demandes de la société³⁰⁷⁹. Ainsi, « *être représentatif signifie ici être à l'écoute de certains besoins spécifiques de la société et, en même temps, redonner toute leur place en droit et en dignité aux plus invisibles de ses*

³⁰⁷⁴ Ibid, p. 42.

³⁰⁷⁵ P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximités*, Seuil, Paris, 2008.

³⁰⁷⁶ D. Innerarity, *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*, Op. cit. p. 183-190.

³⁰⁷⁷ Quoi que le Parlement peut en dissoudre, le cas échéant, un certain nombre, celles dont la création s'est faite par voie législative.

³⁰⁷⁸ *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximités*, Seuil (Coll. Les livres du nouveau monde), Paris, 2008, p. 140.

³⁰⁷⁹ Ibid, p. 141.

membres »³⁰⁸⁰. La seconde, la représentation d'organe, s'inspire de la théorie sieyèsienne. Elle désigne l'aptitude d'une institution à donner sens et forme « *à l'expression d'une totalité sociale qui ne peut exister et s'exprimer par elle-même* »³⁰⁸¹. La théorie de l'organe permet de penser la fonction représentative d'une institution non élue, comme ce fut le cas du roi sous la Constitution de 1791³⁰⁸². Pour Pierre Rosanvallon, les autorités indépendantes, les magistratures et les tiers- intervenants « *jouent le plus clairement aujourd'hui ce rôle de représentants-organes [...]. Leur statut d'indépendance est même ce qui les établit et les consacre dans cette fonction. Elles sont ainsi pleinement en situation de vouloir pour la nation, à l'image de ces députés idéalisés par les constituants de 1789* »³⁰⁸³.

1150. Cela étant, la persistance de la notion de démocratie pour caractériser une telle évolution interpelle. En particulier, nous pouvons noter la confusion opérée entre démocratie et légitimité, comme si la démocratie pouvait désigner, par l'ajout pur et simple d'un épithète, toutes les sources de légitimité possibles. Autrement dit, le politique se transforme, les sources de légitimité et les conditions d'exercice du pouvoir également mais cela ne doit nécessairement pas se traduire par une évolution de la démocratie. De ce point de vue, la montée en puissance des autorités administratives indépendantes traduit une valorisation de la dimension libérale de nos régimes politiques plus qu'une évolution de la démocratie. Il en va de même avec la montée en puissance des juges.

§ 3. La montée en puissance des juges

1151. Dans un environnement institutionnel qui valorise l'indépendance des acteurs, les juges jouissent, évidemment, d'une place privilégiée. Il s'agit, historiquement, du pouvoir qui, dans l'Etat, incarne à la fois le principe d'indépendance et celui d'impartialité.

1152. L'indépendance des juges est déduite du principe de séparation des pouvoirs. Elle a une dimension organique et une dimension matérielle. Sur le plan organique, les juges bénéficient d'un statut qui les protège contre d'éventuelles interventions de la part du parlement et, surtout, du

³⁰⁸⁰ *Idem.*

³⁰⁸¹ *Ibid*, p. 142.

³⁰⁸² L'al. 2 de l'art. 2 dispose que « La Constitution française est représentative : les représentants sont le Corps législatif et le roi ».

³⁰⁸³ *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Op. cit., p. 144.

gouvernement³⁰⁸⁴. Sur le plan matériel, l'indépendance des juges doit être comprise comme une indépendance de leur activité, rendre la justice, vis-à-vis d'autres fonctions de l'Etat. De ce point de vue, certains auteurs considèrent qu'il existe, en France, un pouvoir juridictionnel car « *la justice exerce l'une des fonctions étatiques* »³⁰⁸⁵. C'est ainsi que « *la distinction entre le pouvoir politique et le pouvoir juridictionnel devient l'axe majeur de la séparation des pouvoirs* »³⁰⁸⁶, devenant « *la matrice des systèmes politiques contemporains, tout du moins dans le modèle occidental* »³⁰⁸⁷.

1153. L'impartialité des juges découle de leur position de neutralité dans le cadre d'un litige³⁰⁸⁸. C'est pour cela que les conflits d'intérêts, définis comme toute « *situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés* »³⁰⁸⁹, peuvent être passibles de poursuites pénales³⁰⁹⁰.

1154. Aujourd'hui, l'indépendance apparaît comme « *l'une des technologies politiques essentielles à la (re)légitimation de la figure du juge dans le monde contemporain où il semble appelé à jouer un rôle croissant* »³⁰⁹¹. En effet, l'évolution du constitutionnalisme libéral illustre la centralité croissante du juge, notamment du juge constitutionnel mais pas seulement³⁰⁹².

1155. Du point de vue de la théorie juridique, la conception en vogue au moment où le principe représentatif dominait la pensée constitutionnaliste (le juge comme « bouche de la loi ») est

³⁰⁸⁴ En France, ce statut est consacré, pour ce qui concerne les magistrats de l'ordre judiciaire, par l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature. Cf. Ch. Raysseguier, « Chapitre IV. La place des juges dans le gouvernement de l'Etat », in L. Golovko et B. Mathieu (sous la dir. de), *Le juge et l'Etat*, Mare&Martin (Coll. de l'ISJPS), Paris, 2018, p. 70 et s.

³⁰⁸⁵ B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, Op. cit., p. 7.

³⁰⁸⁶ *Idem*.

³⁰⁸⁷ *Ibid*, p. 9.

³⁰⁸⁸ Il remplit, pour reprendre la formule de B. Mathieu, « *la fonction de tiers impartial* » (*Ibid*, p. 13). Pour Charles Eisenmann, « *le caractère propre à la juridiction est procédural, il s'agit d'une procédure contradictoire qui doit se dérouler devant un tiers désintéressé qui est en position d'arbitre impartial entre les parties* ». *Ibid*, p. 15.

³⁰⁸⁹ L'art. 7-1 de l'ordonnance suscitée du 22 décembre 1958 dispose que : « *les magistrats veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement les situations de conflit d'intérêts. Constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction* ».

³⁰⁹⁰ Sous la qualification de prise illégale d'intérêts par ex. (C. Pénal, art. 432-12).

³⁰⁹¹ S. Henneville-Vauchez, « Impartialité et indépendance du juge : une question de genre » in B. François et A. Vauchez (dir.), *Politique de l'indépendance. Formes et usages contemporains d'une technologie de gouvernement*, Op. cit., p. 298.

³⁰⁹² Les questions constitutionnelles sont aujourd'hui tranchées ou, du moins, connues, du juge judiciaire ou administratif (à travers la QPC, par ex.) mais également des juges européens (cf. *supra*. Titre 1, Chap. 2 et Titre 2, Chap. 1).

devenue obsolète. Comme le note Stéphanie Hennette-Vauchez, « *la conception même du juge et du rôle qu'il joue dans les démocraties contemporaines constitue probablement l'un des terrains sur lesquels la théorie du droit a connu les évolutions les plus profondes au cours du dernier siècle ou demi-siècle* »³⁰⁹³. Le normativisme kelsénien admet que l'interprétation est un acte de volonté et non un acte de connaissance³⁰⁹⁴. A partir de là, Kelsen défend la thèse, dans le cadre de la controverse qui l'oppose à Carl Schmitt au sujet du « gardien de la Constitution », du « législateur négatif ». Ainsi, « *législateur il l'est dans la mesure où il pose formellement des actes de même rang normatif que ceux qu'il invalide. Négatif, il l'est également de façon certaine, puisqu'il ne dispose que de la compétence de créer des actes de suppression* »³⁰⁹⁵. La théorie réaliste de l'interprétation, portée en France par Michel Troper et « l'école de Nanterre », concentre son analyse sur la force normative du juge, radicalisant le postulat kelsénien. Selon cette dernière, il faut considérer l'interprète ultime comme l'auteur de la norme³⁰⁹⁶.

1156. Du point de vue de la théorie politique, Pierre Rosanvallon pointe l'avènement « *d'un nouveau continent, celui de la démocratie indirecte* », qui n'a de démocratie que le nom puisqu'il vise à « *compenser et corriger les déficiences de la démocratie électorale représentative* »³⁰⁹⁷. De ce point de vue, comme l'indique Bertrand Mathieu, « *le juge, garant des libertés, est en quelque sorte le correcteur et le surveillant du pouvoir politique, auquel le citoyen peut faire appel* »³⁰⁹⁸. Aussi, certains auteurs, dont Jacques Krynen, voient dans l'essor des juges le retour de la France à un « Etat de justice » sous les habits neufs de l'Etat de droit. L'« Etat de justice », notion propre à l'Ancien régime, désigne « *un Etat évoluant sous large domination des juges* », qui exercent leur emprise « *tant sur la marche concrète des droits, des libertés, des valeurs individuelles et collectives* »

³⁰⁹³ S. Hennette-Vauchez, « Impartialité et indépendance du juge : une question de genre », *Op. cit.*, p. 310.

³⁰⁹⁴ Comme l'explique François Brunet, pour Hans Kelsen « *le droit ne résulte jamais d'éléments préexistants ou implicites : il doit nécessairement être posé de façon explicite par une autorité habilitée. [...] Il rejette notamment l'image du « juge bouche de la loi », qui produirait des normes individuelles de façon mécanique, par la grâce d'un syllogisme d'imposant à lui-même. Bien au contraire, selon Kelsen, un organe d'application du droit ne se contente jamais de tirer les conséquences nécessaires d'une norme supérieure : il exerce un certain pouvoir* ». F. Brunet, *La pensée juridique de Kelsen*, Mare & Martin, Paris, 2019, p. 98-99. V. Également l'explication détaillée de M. Troper dans « Chapitre V. Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », in M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 85-94.

³⁰⁹⁵ F. Brunet, *La pensée juridique de Kelsen*, *Op. cit.*, p. 128.

³⁰⁹⁶ Ce postulat de la « théorie réaliste de l'interprétation » est nuancé par la théorie des contraintes juridiques (M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorzcyk (sous la dir. de), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ / Bruylant (Coll. La pensée juridique), Paris, 2005.

³⁰⁹⁷ P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximités*, *Op. cit.*, p. 18. Cité par S. Hennette-Vauchez, « Impartialité et indépendance du juge : une question de genre », *Op. cit.*, p. 312.

³⁰⁹⁸ B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, *Op. cit.*, p. 12.

que sur les conduites et les actes politiques de nos représentants élus»³⁰⁹⁹. Sans rejoindre nécessairement une thèse si forte, il reste néanmoins possible d'illustrer l'importance croissante des juges et de la fonction juridictionnelle au détriment du choix adopté par les institutions politiques. Il s'agit là d'une nouvelle illustration du phénomène que nous avons mis en lumière concernant les autorités indépendantes.

1157. Nous avons insisté, dans le cadre de la présente étude, sur le haut degré d'interdépendance dans lequel nos sociétés demeurent plongées, malgré les signes indiquant un possible ralentissement de la globalisation³¹⁰⁰. Nous souhaiterions reprendre cette analyse dans la mesure où ce contexte constitue un terrain propice à l'intervention des juges, à la fois nationaux et extra-étatiques (I), dont la montée en puissance des juges nous semble avoir des conséquences sur la conception de la souveraineté dans l'Etat (II).

I La valorisation de la place des juges dans un environnement marqué par l'interdépendance

1158. Pour des raisons multiples, l'accroissement de l'interdépendance tend à favoriser l'action juridictionnelle sur l'action législative du peuple et de ses représentants, historiquement détenteurs, en théorie, des compétences afférentes à l'exercice de la puissance publique³¹⁰¹ (A). Les juges revêtent notamment une fonction extrêmement importante en matière de protection des droits et libertés, un enjeu devenu crucial alors que l'individu occupe une place centrale dans le constitutionnalisme extra-national³¹⁰² (B).

³⁰⁹⁹ J. Krynen, *L'Etat de justice. France, XIIIe-XXe siècle (II). L'emprise contemporaine des juges*, Op. cit., p. 219.

³¹⁰⁰ Comme nous l'avons mentionné, les raisons de ce ralentissement seraient multiples : les effets de la pandémie de Covid-19, qui a montré les limites à l'éclatement des chaînes globales de production ; la guerre en Ukraine, qui immédiatement asséché les échanges entre la Russie et un grand nombre d'économies occidentales ; la critique de certaines conséquences de la globalisation libérale, comme les délocalisations industrielles, telle qu'elle semble monter dans certaines sociétés européennes ainsi qu'aux Etats-Unis... Il reste à savoir si ce ralentissement est passager ou s'il représente le signe d'une remise en cause structurelle et durable de la globalisation.

³¹⁰¹ Cf. *supra*, § 1.

³¹⁰² Cf. *supra*. Chap. 1, Sect. 2, Para 1, II, B pour ce qui concerne le constitutionnalisme européen.

A. La valorisation du juge par rapport au représentant élu dans le cadre des rapports entre ordres juridiques

1159. Comme nous l'avons montré précédemment, les juges détiennent, dans l'espace européen, une emprise majeure sur la conduite des rapports entre ordres juridiques. Le jeu de « miroirs affrontés »³¹⁰³ des revendications concurrentes de primauté font des juges les garants quotidiens du bon fonctionnement de cette mécanique fragile. Or, malgré le fait que les juges se fondent toujours, du moins en principe, sur un choix politique qui est adopté en amont de leur décision³¹⁰⁴, on peut en effet observer la perte progressive d'importance de la décision politique au profit de la décision juridictionnelle. D'une part, la décision politique, telle qu'elle intervient au travers de la loi ordinaire nationale, peut être écartée par le juge pour privilégier l'application de la règle conventionnelle et européenne. D'autre part, la décision politique adoptée par le constituant s'avère être chaque fois plus espacée dans le temps³¹⁰⁵.

1160. Comme nous l'avons montré ci-dessus³¹⁰⁶, l'affirmation du principe de primauté du droit extra-étatique a contribué à l'affaiblissement de la valeur et de la portée de la loi nationale. Cela a été pleinement reconnu par les juges nationaux - y compris en ce qui concerne les directives de l'Union européenne non transposées. En France, le Conseil d'Etat s'est historiquement montré plus réticent que la Cour de cassation, notamment pour des raisons liées à son histoire. Ayant acquis son prestige au travers de sa capacité pour imposer à l'Administration le respect de la loi, il semblait alors difficile qu'il accepte de lui ordonner d'appliquer une directive non transposée par le législateur au détriment d'une loi en vigueur. Aujourd'hui, comme nous l'avons évoqué³¹⁰⁷, la primauté des règlements³¹⁰⁸ et des directives européennes³¹⁰⁹ sur les lois nationales est consacrée de manière assez large. Par ailleurs, les dispositions précises et inconditionnelles d'une directive non

³¹⁰³ Cette image est mobilisée par J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, *Op. cit.*, p. 95.

³¹⁰⁴ Comme nous l'avons vu, l'action des juges contribue à ce que le choix du constituant en faveur de l'ouverture de l'ordre juridique interne soit mis en œuvre concrètement (cf. *supra*. Titre 1, Chap. 2 not.).

³¹⁰⁵ Dans certains Etats comme l'Espagne ou l'Allemagne, le constituant n'intervient d'ailleurs que très peu (cf. *Supra*, Titre 1, Chap. 2, Sect. 1).

³¹⁰⁶ Cf. *supra*. §1.

³¹⁰⁷ Cf. *supra*. Titre 1, Chap. 2, Sect.2, § 1, II, A.

³¹⁰⁸ CE, 24 septembre 1990, n° 58 657, *M.X.*

³¹⁰⁹ CE, Ass. 28 février 1992, n° 56 776, *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris*.

transposée peuvent être invoquées à l'encontre d'un acte administratif individuel³¹¹⁰. La Cour de cassation, pour sa part, a admis, dès sa jurisprudence « Jacques Vabre »³¹¹¹, que l'ordre juridique communautaire, distinct mais intégré à celui des Etats, s'impose en droit interne. Juge de droit commun du droit de l'Union, le juge judiciaire est dès lors en mesure de le faire primer sur la loi, y compris postérieure. Par ailleurs, concernant la portée des décisions de la Cour de Strasbourg, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a estimé, dans un arrêt du 15 avril 2011, que « *les États adhérents à cette convention sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation* »³¹¹².

1161. En ce qui concerne les choix adoptés par le constituant national, ils se situent dans une temporalité qui n'est évidemment pas celle de l'action juridictionnelle. En effet, le juge, européen et national, se trouve aux avant-postes du mouvement intégratif. Les avancées de la jurisprudence sont entérinées par les traités dans un second temps et, enfin, le droit interne en prend acte, le cas échéant au travers d'une révision constitutionnelle³¹¹³. Comme le note Léo Hamon, les autorités parlementaires sont mises « *devant, non pas le fait accompli, mais un quasi-fait accompli grâce auquel on espère [leur] rendre le « non » si difficile* »³¹¹⁴ Par ailleurs, le peuple français ne s'est jamais prononcé par référendum à l'occasion d'une révision constitutionnelle aux fins de rendre compatibles les dispositions d'un traité européen non encore ratifié avec la Constitution. Il a néanmoins été fait appel au peuple, en vertu de l'article 11 de la Constitution, pour adopter la loi de ratification du traité de Maastricht³¹¹⁵ et celle concernant le traité établissant une Constitution pour l'Europe³¹¹⁶. Ce sont, jusqu'à présent, les représentants de la nation qui ont, de manière trans

³¹¹⁰ CE, 30 oct. 2009, n°298348, *Dame Perreux*.

³¹¹¹ C. cass., Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société Cafés Jacques Vabre*, n°73-13.556.

³¹¹² Cour de cass., Ass. pl., 15 avril 2011, n°10-17.049. La Haute juridiction en a déduit, que, « *pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales soit effectif et concret, il faut, en règle générale, que la personne placée en garde à vue puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure et pendant ses interrogatoires* ».

³¹¹³ Le principe de primauté du droit de l'Union fut dégagé dès le célèbre arrêt *Costa c/ Enel* de 1964. Il fut ensuite gravé dans le marbre des traités avec le projet de traité instituant une Constitution pour l'Europe et, après l'impossibilité d'adopter ce dernier, il se retrouva dans la déclaration n°17 annexée au traité de Lisbonne.

³¹¹⁴ *La Constitution et l'Europe, Journées d'études du 25 mars 1992 au Sénat, Op. cit.*, p. 221.

³¹¹⁵ Référendum du 20 sept. 1992.

³¹¹⁶ Référendum du 29 mai 2005.

partisane et dans le respect de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, adopté les trois lois constitutionnelles nécessaires pour ratifier les traités³¹¹⁷.

1162. D'un point de vue strictement positiviste, cela n'a aucune importance. Dès lors que les deux procédures (référendum et vote par le Parlement d'une loi de ratification) sont envisagées par le droit positif, le pouvoir de ratification est exactement de même nature. Il en va de même pour ce qui concerne les révisions constitutionnelles nécessaires à la ratification après décision du Conseil constitutionnel. Il est communément admis qu'il n'existe pas, en droit positif, de différence entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé, comme nous l'avons montré. Autrement dit, n'importe quelle disposition constitutionnelle peut être modifiée, abrogée ou établie par la procédure de l'article 89³¹¹⁸.

1163. Olivier Beaud a vivement critiqué ce point de vue, en se fondant sur son étude sur la souveraineté. Ainsi que nous l'avons vu³¹¹⁹, le professeur Beaud considère que le pouvoir constituant (dit « originaire ») et le pouvoir de révision constitutionnelle (dit « pouvoir constituant dérivé ») sont de nature différente. Selon cet auteur, le premier représente une « *brisure de la légalité* », « *une rupture constitutionnelle* »³¹²⁰ qui permet, à travers « *l'expression juridique de la souveraineté du peuple* », d'adopter une nouvelle Constitution. Le second, en revanche, s'inscrit dans le cadre politico-juridique posé par la Constitution, œuvre du pouvoir constituant originaire. Considérant que le traité de Maastricht représente un « changement de Constitution » et « *non pas une simple révision de la constitution* »³¹²¹, sa ratification aurait dû donc être adoptée « *par le référendum constituant, la forme juridique typiquement démocratique de la ratification de la constitution* »³¹²². Une telle conception de la souveraineté, de la démocratie et du pouvoir constituant découle d'un choix scientifique : celui d'une prise en charge par la science juridique, particulièrement la science du droit public, du soubassement philosophique-politique des

³¹¹⁷ Pour rappel, il s'agit de : la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 (traité de Maastricht); la loi constitutionnelle n° 99-49 du 25 janvier 1999 (traité d'Amsterdam) et la loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1er mars 2005 (traité établissant une Constitution pour l'Europe).

³¹¹⁸ Comme le résume Olivier Beaud, selon cette approche, qu'il conteste, « *l'autorité décidant de la révision constitutionnelle peut tout faire* ». *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 313.

³¹¹⁹ Cf. *supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 1, Sect. 1, §2, II.

³¹²⁰ O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, p. 365.

³¹²¹ *Ibid*, p. 477.

³¹²² *Ibid*, p. 300.

institutions, des règles et des procédures du droit positif³¹²³. Elle présente la vertu d'insister sur le décalage qui peut exister entre, d'une part, la place occupée par le principe démocratique, attestée par l'histoire et le droit constitutionnel positif, et l'éclipse relative du peuple dans le mouvement intégratif européen. Jean-Eric Schoettl considère, pour sa part que, « *ce n'est pas seulement la souveraineté nationale qui se trouve minorée face à des instances supranationales, mais la souveraineté populaire, incarnée par des hommes politiques élus (qu'ils soient nationaux ou supranationaux), ou par des exécutifs responsables devant les élus, qui doit plier, plus encore que dans le cadre national, devant le pouvoir du juge* »³¹²⁴.

1164. Nous avons un exemple récent de ce pouvoir du juge avec la création du parquet européen en juin 2021. Celui-ci met en œuvre une indépendance au carré car il consacre l'existence d'un procureur, institution judiciaire organiquement indépendante de l'exécutif, qui est, de plus, indépendant des Etats membres. La mise en place du parquet européen doit répondre à deux objectifs. D'une part, le parquet européen est appelé à parachever une architecture institutionnelle constituée par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), l'Agence de l'Union européenne pour la coopération des services répressifs (Europol) et l'Agence de l'Union européenne pour la coopération en matière pénale (Eurojust). Dans la mesure où aucune de ces institutions n'est compétente pour ouvrir une enquête en matière pénale ou engager des poursuites devant les tribunaux nationaux, le parquet européen est amené à combler cette lacune. D'autre part, ce dernier doit pouvoir rendre possible la mise sur pied d'enquêtes de portée transnationale³¹²⁵, ce que les institutions judiciaires des Etats membres ne sont pas en mesure de faire.

1165. La montée en puissance des juge traduit une tendance de fond qui s'est installée « *par sédimentation, par réalisme, par lassitude, parfois de guerre lasse* »³¹²⁶, qui a eu raison des résistances opposées par des responsables politiques mais aussi, parfois, par certains juges nationaux. Le mouvement ascendant du pouvoir juridictionnel est moins le résultat d'un coup de

³¹²³ Olivier Beaud fait en effet partie du courant dit du « droit politique » (cf. l'entretien concédé par A. Le Divellec, « *JP : le droit ressaisi par la politique ?* », en ligne : https://www.nonfiction.fr/articleprint-4108-jus_politicum_le_droit_ressaisi_par_la_politique.htm et la réponse critique de X. Magnon et A. Vidal-Naquet, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les Cahiers Portalis*, 2019/1 (n° 6), p. 107-128).

³¹²⁴ *La démocratie au péril des prétoires. De l'Etat de droit au gouvernement des juges*, *Op. cit.*, p. 91.

³¹²⁵ Notamment la fraude à la TVA, qui aurait entraîné en 2018 une perte de 140 milliards d'euros de recettes pour les Etats membres et, indirectement, pour le budget de l'Union, puisque ce dernier est alimenté par une ressource propre fondée sur la TVA à hauteur de 11 % du budget en 2021.

³¹²⁶ B. Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, *Op. cit.*, p. 18.

force que celui d'une transformation de nos sociétés qui fait du juge un acteur particulièrement bien outillé pour répondre à des besoins juridiques contemporains. L'accélération de nombreuses temporalités sociales³¹²⁷, le triomphe de l'individu³¹²⁸, le haut degré d'interpénétration entre ordres juridiques, qui nécessite d'arbitrer les conflits normatifs presque au « cas par cas », tout cela préside à une configuration institutionnelle qui valorise l'office du juge face à l'activité du politique en démocratie. Cette dernière s'inscrit, au contraire, dans une temporalité plus lente, elle a vocation à reposer sur le collectif et peine à exister à une échelle supra-nationale. D'ailleurs, lorsque le travail parlementaire est soumis à des cadences plus accélérées, le résultat fait l'objet de critiques, qu'elles portent sur le fond³¹²⁹ ou sur la procédure³¹³⁰. En somme, c'est, nous semble-t-il, un ensemble de transformations sociales et juridiques qui, dans la configuration institutionnelle actuelle, conduit à une valorisation de la fonction juridictionnelle et à un dessaisissement progressif de la fonction législative et constituante, c'est-à-dire du politique.

1166. Cela s'observe également (surtout) dans le cadre de la globalisation, où le juge national est, plus que le représentant élu, « *le point de rencontre entre le droit et la mondialisation* »³¹³¹. Or, comme l'indique Jean-Bernard Auby, la globalisation agit plus intensément dans deux catégories de domaines : ceux « *dans lesquels on trouve les normes internationales dotées d'attributs de supériorité les plus marqués* »³¹³², dont notamment « *des zones de particulière fréquence du mécanisme de l'effet direct* »³¹³³, et les domaines « *dans lesquels l'analyse décèle aisément une certaine indétermination des hiérarchies normatives* »³¹³⁴. L'espace supranational européen, fer de lance de la globalisation juridique, couvre ces deux catégories de domaines. La protection des droits de l'homme est particulièrement concernée. Elle est de nature à permettre au juge, dans ce cadre particulier, de transformer son office, tel que ce dernier est fixé par le législateur national.

³¹²⁷ Cf. H. Rosa, *Accélération. Une critique sociale du temps*, La Découverte (Coll. Théorie critique), Paris, 2010.

³¹²⁸ Cf. *supra*. Chap. 1.

³¹²⁹ Cf. la critique générale réalisée par Guy Carcassonne cela fait presque vingt ans : G. Carcassonne, « Penser la loi », *Pouvoirs*, 2005/3 (n°114), p. 39-52.

³¹³⁰ V. Par ex. E. Lemaire, « La procédure accélérée ou la regrettable normalisation d'une procédure dérogatoire », *JP blog*, 5/07/2017.

³¹³¹ *Idem*.

³¹³² J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, *Op. cit.*, p. 94.

³¹³³ *Idem*.

³¹³⁴ *Idem*.

B. L'exemple de la protection des droits de l'homme

1167. Selon Jean-Eric Schoettl, « *l'avènement des droits fondamentaux est la force propulsive de l'ascension des juges* »³¹³⁵. Il s'agit d'un domaine qui, comme nous l'avons observé³¹³⁶, se trouve au carrefour entre les ordres juridiques extra-étatiques et les ordres juridiques nationaux. Partant, le domaine de la protection des droits et libertés fait l'objet d'un étagement complexe de règles juridiques³¹³⁷ et cette complexité atteint son paroxysme à l'échelle européenne. Aussi, leur articulation peut difficilement être théorisée au travers du modèle hiérarchique³¹³⁸, ce qui témoigne de l'insuffisance relative de certaines approches prônées par le constitutionnalisme extra-étatique³¹³⁹ qui peuvent justement tendre à recréer une hiérarchie dans le pluralisme. Cette « *indétermination des hiérarchies normatives* »³¹⁴⁰ constitue un vide laissé par le politique (exécutifs et parlements nationaux et extra-nationaux) pour fixer des règles précises gouvernant l'interaction entre ordres juridiques. Cela laisse donc la voie libre au juge.

1168. Le traitement dont la QPC³¹⁴¹ a fait l'objet de la part de la Cour de cassation, du Conseil constitutionnel, du Conseil d'Etat et de la Cour de justice de l'Union est un cas d'étude intéressant. Il met en lumière l'important pouvoir des juges nationaux et européen pour ajuster la mécanique subtile des rapports entre ordres juridiques en matière de protection des droits et libertés.

1169. Alors que la QPC entre en vigueur le 1er mars 2010³¹⁴², la Cour de cassation saisit la Cour de justice d'une question préjudicielle qui déclenche une bataille doctrinale « *inhabituellement disproportionnée et exaltée* »³¹⁴³. Dans le cas d'espèce, le demandeur soulève la question de constitutionnalité en lien avec une question de conventionnalité. Il considère que les engagements résultant du traité de Lisbonne ont, en vertu de l'article 88-1 de la Constitution, un fondement

³¹³⁵ La démocratie au péril des prétoires. De l'Etat de droit au gouvernement des juges, *Op. cit.*, p. 55.

³¹³⁶ Cf. *supra*. Titre 1, Chap. 2, Sect. 2, § 1, II, B.

³¹³⁷ Cet étagement comprend le droit des Nations Unies, le droit de l'Union, le droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme et les ordres juridiques nationaux.

³¹³⁸ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, *Op. cit.*, p. 94.

³¹³⁹ Cf. *supra*. Titre 2, Chap. 1.

³¹⁴⁰ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, *Op. cit.*, p. 94.

³¹⁴¹ Créée par le constituant et dotée de son caractère «prioritaire» par le législateur organique.

³¹⁴² Après l'adoption du décret n°2010-148 du 10 février 2010 portant application de la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

³¹⁴³ B. Bonnet, *Repenser le rapport entre ordres juridiques*, *Op. cit.*, p. 97.

constitutionnel et que, par conséquent, l'éventuelle absence de conformité de l'article 78-2, alinéa 4 du Code de procédure pénale à l'article 67 TFUE doit être considérée comme un motif d'inconstitutionnalité. C'est ainsi qu'est posée la question de la conformité de l'article 78-2, alinéa 4 du Code de procédure pénale à la fois vis-à-vis du droit primaire de l'Union et de la Constitution française. Dans cette configuration, qui soulève des questions d'une grande sensibilité, la Haute juridiction française formule sa question de manière particulièrement directe³¹⁴⁴. Elle considère qu'il résulte de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, modifiée par la loi organique du 10 décembre 2009³¹⁴⁵, que « *les juges de fond ne peuvent pas statuer sur la conventionnalité d'une disposition légale avant de transmettre la question de constitutionnalité* »³¹⁴⁶. Par ailleurs, elle considère que, en vertu de l'article 62, alinéa 3 de la Constitution³¹⁴⁷, « *si le Conseil constitutionnel juge la disposition législative attaquée conforme au droit de l'Union européenne, [les juridictions nationales] ne pourront plus, postérieurement à cette décision, saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle* »³¹⁴⁸.

1170. Ainsi, la Cour de cassation soulève deux problèmes à travers son arrêt avant dire droit. Le premier concerne la question, que nous avons évoquée précédemment de manière incidente³¹⁴⁹, de la concurrence des contrôles de la loi vis-à-vis d'un corpus de règles supérieures (conventionnelles et constitutionnelles) protégeant les droits de l'homme. Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en matière de droits et libertés doit-il être considéré comme ayant une prééminence, voire comme pouvant empêcher le contrôle de conventionnalité ? Le second problème concerne plus directement la question des rapports entre ordres juridiques. Il se pose dans l'hypothèse où une disposition législative est d'abord considérée par le Conseil constitutionnel comme étant conforme aux droits et libertés que la Constitution garantit puis est ensuite déclarée comme incompatible avec le droit de l'Union³¹⁵⁰. Faudrait-il alors mettre en cause la conformité de la règle constitutionnelle

³¹⁴⁴ Cela a fait dire à certains auteurs éminents que la Cour de cassation « cherchait le conflit » (A. Levade, « Renvoi préjudiciel versus Question prioritaire de constitutionnalité : la Cour de cassation cherche le conflit ! », *Droits*, 2010, p. 1254).

³¹⁴⁵ Qui détermine, donc, le caractère prioritaire de la QPC.

³¹⁴⁶ C. cass., arrêt avant dire droit, 16 avril 2010, *Melki et Abdel*, QPC n° 10-40.002, p. 3.

³¹⁴⁷ « *Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ».

³¹⁴⁸ C. cass., arrêt avant dire droit, 16 avril 2010, *Melki et Abdel*, QPC n° 10-40.002, p. 4.

³¹⁴⁹ Cf. *supra*. Partie 1, Chap. 2, Sect. 2.

³¹⁵⁰ Ainsi que l'indique B. Bonnet : *Repenser le rapport entre ordres juridiques*, *Op. cit.*, p. 99.

qui «habilite» la disposition législative litigieuse au regard du droit de l'Union, vis-à-vis duquel cette dernière est incompatible ?

1171. La réponse de la Cour³¹⁵¹ - après que le Conseil constitutionnel a précisé l'application de sa jurisprudence « *IVG* »³¹⁵² à la procédure de la QPC³¹⁵³ et le Conseil d'Etat a démontré la compatibilité de la pratique de la QPC avec le droit de l'Union³¹⁵⁴ - a permis de chasser le spectre d'une « guerre des juges »³¹⁵⁵. La juridiction européenne a estimé que la pratique de la QPC par les juridictions internes et les précisions apportées par le Conseil constitutionnel permettaient de considérer cette procédure comme étant compatible avec le droit de l'Union, notamment l'article 267 TFUE. Elle précise, cela étant, que « *s'agissant d'une loi nationale de transposition [...], la question de savoir si la directive est valide revêt, eu égard à l'obligation de transposition de celle-ci, un caractère préalable* »³¹⁵⁶. Aussi, ce « brevet de conventionnalité » a été octroyé après avoir « *extrait très largement le venin prioritaire de ce mécanisme* »³¹⁵⁷.

1172. En effet, la Cour du Luxembourg a pris acte de la suppression prétorienne du caractère prioritaire de la QPC par la jurisprudence administrative et constitutionnelle. Le Conseil d'Etat considère, d'une part, que les dispositions de l'ordonnance du 7 novembre 1958 relatives à la QPC « *ne font pas obstacle à ce que le juge administratif, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, en assure l'effectivité, soit en l'absence de question prioritaire de constitutionnalité, soit au terme de la procédure d'examen d'une telle question, soit à tout moment de cette procédure, lorsque l'urgence le commande, pour faire cesser immédiatement tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'Union* ». D'autre part, il affirme que « *le juge administratif dispose de la possibilité de poser à tout instant, dès qu'il y a lieu de procéder à un tel renvoi, [...] une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne* »³¹⁵⁸. C'est en particulier la seconde branche de son affirmation qui semble se trouver en contradiction avec le quatrième alinéa

³¹⁵¹ CJUE, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdali*, aff. C-188/10 et C-189-10.

³¹⁵² Jurisprudence selon laquelle il ne contrôle pas la conformité de la loi à une convention internationale.

³¹⁵³ Décision n°2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

³¹⁵⁴ CE, sous-sect. réunies, 14 mai 2010, *Rujovic c/ OFPRA*, req. n°312305.

³¹⁵⁵ B. Mathieu, « La guerre des juges n'aura pas lieu. A propos de la décision n°2010-605 DC du Conseil constitutionnel », *JCP*, 2010, p. 1077 et s.

³¹⁵⁶ CJUE, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdali*, aff. C-188/10 et C-189-10, considérant 56.

³¹⁵⁷ B. Bonnet, *Repenser le rapport entre ordres juridiques*, *Op. cit.*, p. 100.

³¹⁵⁸ CE, sous-sect. réunies, 14 mai 2010, *Rujovic c/ OFPRA*, req. n°312305, considérant n°1.

de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, au cœur du potentiel conflit³¹⁵⁹. En effet, si le juge administratif peut transmettre une question préjudicielle « *à tout instant* », cela implique logiquement qu'il n'a pas à respecter une éventuelle précédence de la QPC. Le Conseil constitutionnel adopte le même raisonnement dans sa décision suscitée, gommant la spécificité de la QPC voulue par le législateur organique³¹⁶⁰. Autrement dit, afin de favoriser une coexistence pacifiée entre ordres juridiques, les juges nationaux reconnaissent la précédence du contrôle de conventionnalité de la loi, malgré le souhait explicitement exprimé par le représentant élu. Dès lors,

*« la priorité de la saisine du Conseil constitutionnel devient une préséance, qui n'est pas interruptive de la procédure préjudicielle, cette priorité peut même être reléguée si le juge ordinaire considère, en se fondant sur son statut de juge du droit de l'UE de droit commun, que cela est nécessaire »*³¹⁶¹.

1173. Il convient de noter que la position de la Cour de justice vise également à concilier les points de vue. Elle refuse en effet, cela doit être souligné, de suivre la position que lui suggèrent plusieurs gouvernements³¹⁶², son avocat général et la Commission. En particulier, l'avocat général Mazák défend une position particulièrement offensive, que Baptiste Bonnet qualifie de « *puriste* », voire de « *jusqu'au-boutiste de la primauté du droit de l'Union* »³¹⁶³. Après avoir présenté l'état de l'orthodoxie européenne en matière de primauté du droit de l'Union³¹⁶⁴, il conclut à la non

³¹⁵⁹ Cet alinéa affirme le caractère prioritaire de la QPC. Il dispose que « *en tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation* ».

³¹⁶⁰ Décision n°2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, considérant n°15 : « *Considérant, en dernier lieu, que l'article 61-1 de la Constitution et les articles 23-1 et suivants de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée ne privent pas davantage les juridictions administratives et judiciaires, y compris lorsqu'elles transmettent une question prioritaire de constitutionnalité, de la faculté ou, lorsque leurs décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, de l'obligation de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* ».

³¹⁶¹ B. Bonnet, *Repenser le rapport entre ordres juridiques*, *Op. cit.*, p. 112.

³¹⁶² Notamment le gouvernement tchèque et le gouvernement allemand (cf. CJUE, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdali*, aff. C-188/10 et C-189-10, point 36).

³¹⁶³ B. Bonnet, *Repenser le rapport entre ordres juridiques*, *Op. cit.*, p. 103.

³¹⁶⁴ « *En conséquence, nous considérons que, en cas de conflit entre une décision de la Cour à la suite d'un renvoi préjudiciel et d'une décision d'une juridiction nationale, y compris d'une cour constitutionnelle, la primauté du droit de l'Union impose au juge national d'appliquer la décision de la Cour et de laisser inappliquée la décision de la juridiction nationale contraire* ». Prise de position de l'avocat général, considérant 76.

conformité au droit européen de la procédure QPC³¹⁶⁵. Il faut donc en déduire que, malgré les «ajustements d'un texte pourtant bien explicite»³¹⁶⁶ opérés par les juridictions nationales, ce mécanisme demeure, pour l'avocat général, trop favorable au droit constitutionnel national.

1174. Il est possible de tirer certains enseignements de cette saga jurisprudentielle. Le premier souligne l'importance d'une bonne gestion des différentes règles et procédures relatives à la sauvegarde des droits et libertés afin d'assurer une bonne gestion des rapports entre ordres juridiques. Ce domaine est devenu une source majeure de conflits normatifs. Le deuxième enseignement tient au pouvoir considérable que se sont arrogés les juges (pour de « bonnes » ou de «mauvaises» raisons, de manière légitime ou illégitime, chacun peut en juger) en fournissant une interprétation *contra legem* de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Certes, il est naturellement possible de critiquer la teneur de cette disposition. Baptiste Bonnet estime, par exemple que « la QPC a été conçue de manière gallocentrique » car elle afficherait « des relents de primat constitutionnel dans un monde juridique que l'on espérait pacifié par une vision de la coexistence des ordres juridiques respectueuse de la primauté du droit de l'Union européenne et de son bras armé, l'effet direct »³¹⁶⁷. Mais cela ne doit pas occulter les « petits arrangements des juges avec leur office »³¹⁶⁸ qui ont conduit à vider de son sens la volonté du législateur ordinaire. Quoi que l'on en pense sur le fond, celle-ci se voit sacrifiée par les juges sur l'autel du fonctionnement harmonieux des rapports entre ordres juridiques. Enfin, on peut noter, plus largement, que la fonction de juge de droit commun du droit de l'Union revêtue par le juge national permet à ce dernier de s'émanciper de la volonté du législateur organique. Comme le résume Baptiste Bonnet, «le juge ordinaire, par exemple la Cour de cassation, pourra s'il l'estime nécessaire saisir la CJUE d'une question préjudicielle avant de saisir le Conseil constitutionnel de la question de constitutionnalité et ce, sur le fondement d'une habilitation donnée par la CJUE, ou d'un titre communautaire, et non pas d'une habilitation ou d'un titre constitutionnel»³¹⁶⁹. Autrement dit, la liberté de choix dont dispose le juge national pour donner priorité au contrôle de conventionnalité

³¹⁶⁵ « Nous considérons que l'article 267 TFUE s'oppose à une législation telle que celle résultant des articles 23-2, deuxième alinéa, et 23-5, deuxième alinéa, de l'ordonnance n° 58-1067, en ce qu'ils imposent aux juridictions de se prononcer par priorité sur la transmission au Conseil constitutionnel de la question de constitutionnalité qui leur est posée, dans la mesure où cette question se prévaut de la non-conformité à la Constitution de la République française d'un texte de droit interne, en raison de sa contrariété aux dispositions du droit de l'Union ». Idem, considérant 77.

³¹⁶⁶ B. Bonnet, *Repenser le rapport entre ordres juridiques*, Op. cit., p. 107.

³¹⁶⁷ Ibid. p. 95-96.

³¹⁶⁸ P. Deumier, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du caractère prioritaire) », chr., *RTD civ.*, 2010, p. 49. Cité par B. Bonnet, *Repenser le rapport entre ordres juridiques*, Op. cit., p. 108.

³¹⁶⁹ B. Bonnet, *Repenser le rapport entre ordres juridiques*, Op. cit., p. 109.

sur le contrôle de constitutionnalité a un fondement européen et non pas national, c'est-à-dire légal ou constitutionnel. En matière de QPC, le juge national est donc parvenu à se libérer de la volonté exprimée par le législateur organique au travers d'une interprétation créative « validée » par la Haute Cour de l'Union.

II. Les effets sur le concept de souveraineté dans l'Etat

1175. Les développements précédents sont de nature à inspirer deux interrogations différentes mais liées entre elles. La première consiste à savoir si les juges peuvent, dans ces conditions, être considérés comme exerçant une part de la souveraineté de l'Etat. En cas de réponse affirmative, la seconde question porte sur la nature d'un système qui admet une telle transformation de la souveraineté dans l'Etat (serait-il toujours possible de le qualifier de « démocratique »?).

1176. Afin d'apporter des éléments de réponse à la première question, il faut considérer la nature de la fonction que revêtent les juges, nationaux et extra-étatiques, dans le système politico-juridique dont ils font partie : peut-on considérer qu'il existe un « pouvoir » juridictionnel au même titre que le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif ? Cette question peut être éclairée par l'histoire. En France, la volonté de la justice de se tailler une place dans l'architecture des pouvoirs d'Etat face à l'exécutif et au législatif a historiquement déclenché d'importants conflits de légitimité. Les célèbres « lits de justice » témoignent, sous l'Ancien régime, de ce rapport conflictuel qui règne entre le roi et les parlements. Ces derniers prétendent représenter la nation auprès du roi et refusent l'enregistrement des textes législatifs royaux. D'ailleurs, cette méfiance à l'égard des juges est également perceptible dans la pensée de Montesquieu. A ce titre, l'idée selon laquelle le juge doit se limiter à être « la bouche de la loi » reflète moins une « *conception descriptive de l'acte de juger* »³¹⁷⁰ qu'une prescription visant à neutraliser le pouvoir des juges³¹⁷¹.

1177. Instruits de ces conflits qui éclatent au grand jour périodiquement, les Révolutionnaires de 1789 tâchent de poser des limites à l'étendue du pouvoir des juges. L'article 10 de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire dispose, en ce sens, que « *les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture* ». L'article 12, inspiré par le légicentrisme dont est empreinte la Déclaration des droits de l'homme et

³¹⁷⁰ I. Boucobza, « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, n°143, nov. 2012, p. 86.

³¹⁷¹ Cf. *Idem*.

du citoyen, limite même la compétence interprétative des juges, bannissant les arrêts de règlement et enjoignant ces derniers de s'adresser au corps législatif « *toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle* ». Les Constituants de 1790, bien qu'hostiles à l'idée de reconnaître une hiérarchie entre les tribunaux, instituent finalement un Tribunal de cassation « *chargé de maintenir « l'unité de législation » et de «prévenir la diversité de jurisprudence » en cassant les jugements contraires aux lois* »³¹⁷². Cependant, ce haut tribunal, considéré comme « *régulateur mais non supérieur* », devait obéir à la maxime de Montesquieu et ne pas imposer aux tribunaux inférieurs une interprétation de la loi³¹⁷³. Simple «*sentinelle de la loi*», le Tribunal de cassation ne pouvait pas se prononcer sur le fond des affaires. Aussi, il était organiquement établi « *auprès du Corps législatif* », selon l'expression consacrée par la loi du 27 novembre-1er décembre 1790, et devait « *annuellement rendre compte au législateur des lois ayant motivé sa cassation* »³¹⁷⁴. Enfin, « *en cas de conflit sur l'application d'une loi entre tribunaux de district et Tribunal de cassation, [...] l'affaire devait être soumise au Corps législatif pour qu'il rende un décret «déclaratoire de la loi* »³¹⁷⁵.

1178. Plus tard, la République prolongera cette affirmation du pouvoir politique vis-à-vis du judiciaire car «*la souveraineté parlementaire ne peut tolérer l'existence d'un pouvoir concurrent*»³¹⁷⁶. C'est ainsi que « *la place de la justice restera réduite - au mieux - à une sorte de banlieue constitutionnelle à la périphérie des institutions centrales de la République. [...] Tout se passait comme si l'institution judiciaire, exclue du cercle de la légitimité, devait se tenir à la disposition des pouvoirs en place* »³¹⁷⁷. Cette vassalisation de la justice s'incorpore, comme tant d'acquis de la IIIe République, à la tradition républicaine.

Comme l'indique le professeur Bertrand Mathieu, « *si la IVe République met en place le Conseil supérieur de la magistrature, la souveraineté parlementaire ne peut toujours pas tolérer un pouvoir concurrent. Traitée comme une autorité, sous la Ve République, la justice comme les autres corps de l'Etat découlent du pouvoir qui incarne dorénavant tant le pouvoir que la légitimité*

³¹⁷² J. Krynen, *L'Etat de justice. France, XIIIe-XXe siècle (II). L'emprise contemporaine des juges*, Gallimard (Coll. Bibliothèque des histoires), Paris, 2012, p. 181.

³¹⁷³ *Idem.*

³¹⁷⁴ *Idem.*

³¹⁷⁵ *Idem.*

³¹⁷⁶ B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, *Op. cit.*, p. 143.

³¹⁷⁷ J.-P. Machelon, « La question du pouvoir judiciaire dans les débuts de la IIIe République », in *Justice et Etat. Actes du Colloque international d'Aix-en-Provence (12 et 13 Septembre 2013)*, PUAM, Marseille (France), 2014. Cité par B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, *Op. cit.*, p. 143.

démocratique, à savoir le président de la République »³¹⁷⁸. Dès lors, l'article 64 de la Constitution de 1958 dispose, en son premier alinéa, que « le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire ». Autre signe du statut subalterne qui est reconnu à la justice, celle-ci est qualifiée d'autorité et non pas de pouvoir.³¹⁷⁹ Or, selon Bertrand Mathieu, « la reconnaissance d'un pouvoir juridictionnel³¹⁸⁰ s'est opérée, sous la Ve République, à l'encontre du texte constitutionnel »³¹⁸¹. Pour Isabelle Boucobza, l'admission de l'existence d'un pouvoir juridictionnel signifie que « il existerait un organe, ou un ensemble d'organes spécialisés et indépendants dans l'exercice de la fonction de juger à côté d'un pouvoir législatif et d'un pouvoir exécutif »³¹⁸². Cette idée aurait été corroborée par le Conseil constitutionnel, lorsqu'il estima que « le législateur ne peut ni adresser des injonctions au juge, ni censurer ses décisions, ni se substituer à lui dans le jugement des litiges »³¹⁸³.

1179. Ainsi, l'affirmation de la justice comme un pouvoir serait « portée notamment par le renforcement du rôle des juridictions supranationales et constitutionnelles et la multiplication des fonctions que le juge s'attribue ou que la société lui confie »³¹⁸⁴. Nous l'avons vu dans le domaine de l'articulation des rapports entre ordres juridiques et dans celui de la protection des droits et libertés fondamentaux³¹⁸⁵, mais d'autres encore peuvent être évoqués, comme la pénalisation de la vie politique et sociale³¹⁸⁶, par exemple. Cependant, pour certains auteurs, l'affirmation de l'existence d'un pouvoir juridictionnel suscite la perplexité³¹⁸⁷, à la fois parce que la définition d'un

³¹⁷⁸ Ibid, p. 145.

³¹⁷⁹ Le Titre VIII de la Constitution est en effet intitulé « De l'autorité judiciaire ».

³¹⁸⁰ Ce terme, plutôt que celui de « judiciaire », vise à inclure la juridiction administrative, voire le Conseil constitutionnel, ainsi que les juridictions extra-étatiques.

³¹⁸¹ B. Mathieu, « Chapitre II. La mission du juge dans le cadre constitutionnel contemporain », in L. Golovko et B. Mathieu (sous la dir. de), *Le juge et l'Etat*, Op. cit., p. 37.

³¹⁸² I. Boucobza, « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », Op. cit., p. 76.

³¹⁸³ Idem, Le professeur Mathieu fait référence à la décision n° 80-119 DC du 22 juill. 1980. Il considère que « le Conseil constitutionnel a posé les fondements de l'existence d'un véritable pouvoir juridictionnel [...] dans la mesure où on retrouve dans la décision un certain nombre d'éléments qui peuvent caractériser l'existence d'un pouvoir : un organe indépendant, doté d'une mission spécifique dans laquelle ne peuvent intervenir les autres pouvoirs. Incontestablement, le pouvoir juridictionnel est ici placé sur le même plan que le pouvoir législatif et exécutif » Ph. Ardant, B. Mathieu, *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, Op. cit., p. 632

³¹⁸⁴ B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, Op. cit., p. 145.

³¹⁸⁵ Cf. supra. Titre 1, Chap. 2.

³¹⁸⁶ Cf. B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, Op. cit., p. 17 et s.

³¹⁸⁷ I. Boucobza, « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », Op. cit., p. 73.

tel pouvoir présente des lacunes³¹⁸⁸ et parce que son affirmation présente une ambiguïté : a-t-elle une portée descriptive ou prescriptive ? Aussi, selon Isabelle Boucobza, la reconnaissance de pouvoirs au profit des juges ne constituerait-elle pas nécessairement ces derniers en pouvoir de l'Etat.

1180. Aussi, même si « *la justice entretient des rapports étroits avec la souveraineté* »³¹⁸⁹, il demeure possible de distinguer, dans les régimes politiques libéraux, l'exercice du pouvoir politique de celui du pouvoir juridictionnel³¹⁹⁰. De ce point de vue, la légitimité de chacun de ces pouvoirs a des fondements différents. En effet, si la justice est rendue « au nom du peuple français », cela ne se reflète pas dans le fondement de la légitimité des juges. Dès lors, s'il est possible, dans les démocraties libérales, de rattacher directement la légitimité du pouvoir politique à l'idée de souveraineté nationale, la légitimité du pouvoir juridictionnel doit plutôt être rattachée à la fonction que ce dernier exerce. En d'autres mots, le politique jouit d'une légitimité par son fondement (il exprime la volonté du souverain) et le juge jouit d'une légitimité par sa fonction. Or celle-ci est chaque fois plus importante dans un environnement juridique marqué du sceau de la complexité et de l'interdépendance.

1181. De là à devenir un « pouvoir concurrent du politique »³¹⁹¹, il n'y a qu'un pas. En ce sens, Bertrand Mathieu considère que, dès lors que les droits et libertés fondamentaux « *représentent un système de valeurs qui tend à s'imposer à l'expression même de la volonté du peuple ou de ses représentants* », le pouvoir juridictionnel « *gardien de ces droits, s'inscrit dans une légitimité concurrente de celle portée par la démocratie politique* »³¹⁹². En effet, la plasticité des droits et libertés fondamentaux et le caractère général de leur formulation³¹⁹³ renforcent le rôle de l'interprète qu'est le juge. Il est ainsi possible de considérer que le pouvoir juridictionnel exerce une part de la souveraineté de l'Etat et que celle-ci trouve à s'accroître dans un contexte d'ouverture de l'ordre juridique interne vis-à-vis du droit extra-étatique et d'approfondissement de l'Etat de droit.

³¹⁸⁸ I. Boucobza pointe l'absence d'une unité organique et statutaire entre les institutions qui formeraient ce « pouvoir » (juge judiciaire, juge constitutionnel, juge administratif, juge européen). Elle souligne également qu'il n'existe pas *un* critère de la fonction juridictionnelle (*Ibid*, p. 83-84).

³¹⁸⁹ B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, *Op. cit.*, p. 42.

³¹⁹⁰ *Ibid*, p. 46.

³¹⁹¹ B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, *Op. cit.*, p. 41.

³¹⁹² *Ibid*, p. 16.

³¹⁹³ Dans le cadre de la Constitution, des conventions internationales et de la loi.

1182. C'est ainsi qu'est posée la question de la conciliation entre cette réalité et « *les idéologies fondatrices du système que sont la démocratie et l'État de droit, selon lesquelles les organes décident sur le fondement de règles préexistantes prises par le peuple ou par ses représentants* »³¹⁹⁴. Cette question traverse de nombreux travaux du professeur Bertrand Mathieu³¹⁹⁵, qui se demande « *si la démocratie évolue ou si, plutôt, un nouveau système se dessine qui répond à une autre logique que la logique démocratique ?* »³¹⁹⁶.

1183. Il nous semble que cette interrogation peut faire l'objet de deux réponses possibles. La première serait, comme l'indique Michel Troper, de renoncer à la qualification de « démocratique » pour considérer que notre système politique correspond à « *un gouvernement mixte, c'est-à-dire un système dans lequel le pouvoir doit être conjointement exercé par les autorités démocratiques et une autorité aristocratique* »³¹⁹⁷. Cette réponse aurait « *le grand mérite de la clarté et de la cohérence* »³¹⁹⁸ mais elle irait à l'encontre de préjugés extrêmement enracinés. Une seconde réponse possible consisterait à « *soutenir que le système est bien démocratique* »³¹⁹⁹. Mais ce serait au prix, soit de montrer le caractère démocratique du pouvoir des juges, soit de faire évoluer la signification du terme de « démocratie ». Dans le premier cas, il s'agirait de défendre que les institutions juridictionnelles sont des institutions démocratiques « *parce que ses membres pourraient être élus et qu'ils sont en tout cas nommés par les autorités démocratiques* »³²⁰⁰. Mais, ainsi que le note Michel Troper, « *une des faiblesses de cette stratégie tient à la définition restrictive du caractère démocratique qu'elle présuppose* »³²⁰¹. Dans le second cas, il s'agirait de postuler une définition de la démocratie qui inclut l'activité juridictionnelle. La difficulté serait alors inversée : elle tiendrait à la définition trop large, trop extensive de la démocratie. Dominique Rousseau, par exemple, développe une pensée du droit constitutionnel qui place le juge au cœur de la démocratie. Pour cet auteur, le juge doit être envisagé « *comme figure centrale du système politique parce qu'il*

³¹⁹⁴ I. Boucobza, « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », *Op. cit.*, p. 81.

³¹⁹⁵ V. *Le droit contre la démocratie*, *Op. cit.*, *Constitution, rien ne bouge et tout change*, *Op. cit.* ainsi que *Justice et politique : la déchirure ?*, *Op. cit.*

³¹⁹⁶ B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, *Op. cit.*, p. 48.

³¹⁹⁷ M. Troper, « Séparation des pouvoirs et contrôle de constitutionnalité », Communication au Conseil constitutionnel à l'occasion de l'anniversaire de la Constitution norvégienne, 10/04/2014.

³¹⁹⁸ *Idem.*

³¹⁹⁹ *Idem.*

³²⁰⁰ *Idem.*

³²⁰¹ *Idem.*

*est celui qui, par sa fonction de contrôle, articule espace public et pouvoir politique en posant aux décisions du second la question de leur conformité à la constitution sociale du premier »*³²⁰². Sous le nom de « démocratie continue », le régime politique que préconise le professeur Rousseau vise à « soumettre la délibération des représentants au regard permanent du public. Et, dans l'espace institutionnel du pouvoir, ce regard est porté par la figure du juge »³²⁰³. La question reste donc ouverte. La réponse dépend d'abord de la nature de la légitimité reconnue au juge : est-elle démocratique car son activité contribue à renforcer la démocratie ou ne l'est-elle pas car son statut et son fondement n'ont pas de lien direct avec l'expression de la volonté du peuple ? Elle dépend ensuite de la définition même de démocratie qui est retenue, or nous avons vu que ce concept reste largement indéterminé³²⁰⁴.

³²⁰² « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel » *Le Débat*, 1997/4, n°96, p. 82.

³²⁰³ *Ibid*, p. 83.

³²⁰⁴ Cf. *supra*. Partie 1, Titre 2, Chap. 1, Sect. 1.

Conclusion du Chapitre.

1184. Les conditions d'exercice et de légitimation de l'action de l'Etat sont en pleine transformation, à la fois pour des raisons de nature interne et sous la pression de dynamiques externes. Il est possible d'évoquer, parmi ces dernières, l'internationalisation et, surtout, l'eupéanisation du droit national. Celles-ci se sont accompagnées d'une transformation des modalités d'exercice des compétences afférentes à la souveraineté. L'appartenance à l'Union européenne se fonde sur le transfert de l'exercice de certaines de ces compétences vers l'échelon supranational. Il s'agit d'un phénomène unique dans le monde et dans l'histoire des Etats européens.

1185. Or un examen plus attentif révèle une situation complexe. En effet, le transfert de compétences ne conduit pas à un « jeu à somme nulle », selon lequel les Etats perdraient la faculté d'exercer l'ensemble des compétences qui sont transférées. A l'inverse, l'effet de l'intégration sur les Etats se ressent également en ce qui concerne l'exercice des compétences qui n'ont pas été transférées. Ainsi, l'enjeu du transfert ne réside pas seulement dans la nature des compétences mais, également, dans leurs modalités d'exercice une fois transférées. Les Etats doivent assumer un exercice collectif et solidaire de leurs compétences, *y compris celles qui n'ont pas fait l'objet d'un transfert*. Une analyse politique peut mettre en évidence la manière dont certains Etats membres, plutôt que d'autres, parviennent à mieux défendre leurs intérêts nationaux sur la scène européenne. Cela dépend, naturellement, de leur puissance économique ou démographique mais également du degré d'adaptation de leur classe politique et de leur administration (centrale et locale) à la structure multi-niveaux européenne.

1186. Le sens de cette transformation devient un enjeu européen à part entière, comme en témoigne la tribune écrite par Mateusz Morawiecki, le Premier ministre polonais, et publiée dans le quotidien *Le Monde* le 16 août 2022. Le chef de gouvernement y dénonce que l'Union européenne ait « *de plus en plus de mal à respecter la liberté et l'égalité de tous les Etats membres* ». A la proposition, défendue notamment par le président Macron³²⁰⁵, de marginaliser l'exigence de l'unanimité dans les processus décisionnels du Conseil, M. Morawiecki répond que « *l'abandon du principe de*

³²⁰⁵ V. Malingre, « Le « serment de Strasbourg » d'Emmanuel Macron : Europe à plusieurs vitesses et communauté politique européenne », *Le Monde*, 9 mai 2022.

l'unanimité dans davantage de domaines de compétence de l'UE nous rapproche d'un modèle où les plus forts et les plus grands dominent les plus faibles et les plus petits ».

1187. Cette évolution concernant la souveraineté comme faisceau de compétences n'a pas manqué de susciter des doutes quant à la permanence de la souveraineté en tant que puissance publique. Notre analyse montre les limites d'une telle approche. Tout d'abord, ces deux acceptions de la souveraineté doivent être distinguées, comme Carré de Malberg s'efforça de le faire, car chacune constitue un concept différent. Néanmoins, ce ne sont pas pour autant deux concepts imperméables l'un vis-à-vis de l'autre. Comment concevoir, pourrait-on observer, une puissance publique dépourvue de compétences ? A cette objection, qui provient d'une conception unitaire de la souveraineté fortement enracinée en France, il est possible de répondre par l'examen des modalités d'exercice des compétences transférées d'une part et les signes de permanence de la souveraineté formelle d'autre part. Non seulement les organes de l'Etat restent largement associés aux procédures de prise de décision mais la logique intégrative demeure sous leur contrôle. Mise en œuvre par des organes techniques ainsi que par les juges, l'intégration n'est pas moins un choix politique. C'est une réalité qu'il ne faut pas oublier - comme le rappelle, par exemple, le *Brexit* - malgré le fait qu'en temps normal le politique semble s'effacer au profit du technique.

1188. De ce point de vue, les signes d'une transformation des conditions de légitimation de l'action publique, c'est-à-dire de la souveraineté dans l'Etat, ont également été mis en évidence. D'une part, le pouvoir exécutif, grand gagnant du passage de la IV^e à la V^e République, a bénéficié d'un rehaussement, alimenté également par l'internationalisation et l'eupéanisation du droit constitutionnel. D'autre part, nous assistons à une forme de dilution des pouvoirs au sein de l'Etat. Celle-ci est emblématique de nos sociétés contemporaines. Comme le notait le politologue Robert Dahl il y a déjà plus de trente ans³²⁰⁶, « *les sociétés dynamiques et pluralistes se caractérisent par une large diffusion sociale des ressources politiques, des emplacements stratégiques et des positions de négociation, une profusion de pouvoirs et de contre-pouvoirs, de sorte qu'une dynamique s'enclenche pour empêcher une concentration excessive du pouvoir et en faveur d'une multiplicité*

³²⁰⁶ *Democracy and its Critics*, Yale Univ. Press, New Haven (EUA), 1989.

d'acteurs concurrents et relativement indépendants »³²⁰⁷. Ce phénomène est nourri par une tendance lourde : la montée en puissance du pouvoir administratif³²⁰⁸ et du pouvoir juridictionnel.

1189. Ces développements nous ont permis de mettre en exergue une transformation des conditions de possibilité et, donc, de la définition de la démocratie. Avec la consolidation du paradigme de l'Etat de droit et la montée en puissance des autorités indépendantes, la démocratie ne peut plus se réduire à l'activité des institutions élues. Pierre Rosanvallon note qu'à partir des années 1980, « *les valeurs d'impartialité, de pluralité, de compassion ou de proximité se sont affirmées de façon sensible, correspondant à une appréhension renouvelée de la généralité démocratique, et, partant, des ressorts et des formes de légitimité* »³²⁰⁹. Par ailleurs, c'est la pertinence de l'action à l'échelon de l'Etat qui est plus largement remise en cause dans le cadre de la globalisation. Non seulement la légitimité politique classique, c'est-à-dire issue de l'élection, fait l'objet de critiques mais l'action politique à l'échelle étatique semble dépassée. C'est donc dans un cadre inédit et dynamique qu'il faut poser la question des mutations et des permanences de la souveraineté dans ses rapports avec l'Etat, à la fois en tant que souveraineté de l'Etat et que souveraineté dans l'Etat.

³²⁰⁷ Cité par D. Innenarity, *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*, Op. cit., p. 115.

³²⁰⁸ En ce sens, pour Pierre Rosanvallon, les années 1890-1920 voient l'édification d'une « machine bureaucratique » dont on a voulu qu'elle « *puisse constituer en elle-même une force identifiée à la réalisation de l'intérêt général* ». Il cite notamment les modèles du service public en France et de l'administration rationnelle aux Etats-Unis. Cf. *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Op. cit., p. 12.

³²⁰⁹ *Ibid*, p. 16.

Conclusion du Titre.

1190. En 1996, Sabino Cassese et Vincent Wright considéraient que la « *nouvelle configuration à couches multiples, fragmentée tout en étant imbriquée, et composée de réseaux ou de sous-systèmes fonctionnels, pose très subtilement les questions traditionnelles concernant le contrôle, la coordination, la transparence, la responsabilité et la légitimité. Sans doute ce dernier point est-il plus problématique, à savoir la légitimité à l'égard du processus décisionnel et de la nature des décisions prises. Sur un plan historique, dans la plupart des pays européens, voire dans tous, l'Etat a constitué le principal agent de légitimation, et ce pour des raisons très diverses. En l'absence d'un Etat fort, il convient de s'interroger sérieusement sur de nouvelles sources de légitimation. Quel est l'agent qui prendra les décisions essentielles en matière de distribution ou, plus exactement, de restriction ? Le marché ? De puissants groupes multinationaux ? Des experts appartenant à des réseaux politiques fermés ? Des régions, avec l'asymétrie considérable de leurs ressources ? La formulation de la question établit d'elle-même la nécessité soit d'un Etat solide, soit d'une source alternative viable de légitimité. Et l'élaboration de cette dernière paraît loin d'être évidente* »³²¹⁰.

1191. Cette question cruciale, la recherche d'une source alternative de légitimité à celle de l'Etat, a engendré les réponses qui tendent à identifier un souverain au-delà du cadre stato-national. En particulier, l'idée d'une « souveraineté européenne » a fait florès, y compris dans les discours politiques. Il semble cependant qu'un principe pluriséculaire, dont la fonction primordiale a toujours été de produire une justification de la centralité de l'Etat ne peut, sans perdre son tranchant, qualifier une forme politico-juridique tout à fait différente. Cela conduirait, sur le plan théorique, à rendre plus compliquée une situation déjà difficile à penser. A l'inverse de cette démarche, les discours influencés par le cosmopolitisme ont préconisé l'évacuation du principe de souveraineté. Mais ils semblent empreints d'une forte connotation prescriptive et recèlent, comme le reconnaît Céline Spector, une part d'illusion. Selon cette autrice, « *il est illusoire de croire que le cosmopolitisme pourra abolir les souverainetés nationales et remplacer l'art de gouverner par des procédures anonymes, une gouvernance soft et des algorithmes salutaires* »³²¹¹. Céline Spector place donc la recherche d'une voie contemporaine entre « *la nostalgie souverainiste* » et

³²¹⁰ S. Cassese, V. Wright, « La restructuration des Etats en Europe occidentale », in *La recomposition de l'Etat en Europe*, La découverte (coll. Recherches), Paris, 1996, p. 18.

³²¹¹ C. Spector, *No Demos ? Souveraineté et démocratie à l'épreuve de l'Europe*, Op. cit., p. 405.

« *l'idéalisme cosmopolitique* »³²¹². Dans un autre registre, les questionnements évoqués ci-dessus, qui soulignent l'épuisement du constitutionnalisme étatique, ont alimenté les tentatives pour théoriser différents ensembles politico-juridiques extra-nationaux au travers de la grammaire du constitutionnalisme. A l'échelle globale, Gunther Teubner est l'un des plus grands théoriciens d'un « constitutionnalisme sociétal » qui puisse envisager la constitutionnalisation des activités d'acteurs privés transnationaux (firmes multinationales, plateformes et médias numériques, ONGs...). A l'échelle régionale, les théories du constitutionnalisme européen ont souhaité prendre en charge la question démocratique, à partir de la prise en compte du citoyen³²¹³ et à travers la valorisation du Parlement européen ou la mise en place de procédures de participation directe des citoyens³²¹⁴. Mais le constitutionnalisme et la démocratie, régime tragique, selon Claude Lefort, car il organise sa propre remise en cause, sont toujours à construire. Le dynamisme de leurs formes, la diversification de leurs sources de légitimité et la multiplication de leurs lieux d'exercice laissent un sentiment permanent d'inachèvement.

³²¹² *Idem.*

³²¹³ Le traité de Maastricht crée, en 1992, la citoyenneté européenne en modifiant par son article G le traité sur la Communauté économique européenne, qui devient le traité sur la Communauté européenne.

³²¹⁴ V., récemment, les analyses de la Convention sur l'avenir de l'Europe de 2021-2022. Par ex., J. Bailly, « The democratic quality of European Citizens' panel. Conference on the Future of Europe », *CEVIPOL*, Working Papers 2023/1 (n° 1), p. 2-35.

Conclusion de la Partie.

1192. Comme pour la genèse du principe de souveraineté, l'examen de ses remises en cause doit être compris dans un cadre historique, politique, intellectuel et, surtout, juridique, particulier. Sur le plan juridique, l'étude de certaines évolutions du droit constitutionnel national nous a permis de mettre en lumière une perméabilité de ce dernier vis-à-vis du droit international et, plus largement, des droits extra-étatiques européens.

1193. L'ouverture du droit constitutionnel national est le signe le plus clair, le symptôme le plus évident de l'ouverture général des ordres juridiques nationaux. Ce phénomène a un double effet. D'une part, il provoque une transformation matérielle du droit constitutionnel national, dont le contenu est influencé, voire déterminé, par différentes sources de droit extra-étatique. D'autre part, il dessine de nouvelles hiérarchies normatives, voire, selon certains auteurs, il abolit l'idée même de hiérarchie normative, en relativisant la primauté du droit constitutionnel en droit interne. Or la remise en cause du modèle hiérarchique représente une remise en cause de la souveraineté. En effet, le principe de souveraineté et le prisme hiérarchique sont intimement liés et, ce, depuis l'invention du premier. En ce sens, les prémices du principe de souveraineté peuvent être retrouvées dans la révolution grégorienne, qui eut pour finalité de mettre sur pied une hiérarchie à la fois politique et normative au sommet de laquelle se trouvait le pape. Par ailleurs, le principe de souveraineté entretient des rapports étroits avec le droit constitutionnel. Ainsi, l'affaiblissement du rang de ce dernier a mécaniquement un effet sur la définition et la portée du premier.

1194. Parallèlement à ces évolutions du droit constitutionnel national il a été possible d'identifier une évolution des droits extra-étatiques vers une plus grande unité, cohérence et hiérarchisation interne. Aussi, cette évolution a été pensée à travers le prisme du constitutionnalisme. C'est le transfert ininterrompu de compétences des Etats membres vers les institutions européennes - ayant conduit ces dernières à exercer des prérogatives que seuls les Etats souverains pouvaient traditionnellement exercer - qui a enclenché le processus de constitutionnalisation.

1195. De ce point de vue, le droit de l'Union européenne représente aujourd'hui l'exemple le plus abouti d'un ordre constitutionnel au-delà de l'Etat. Tout d'abord, ses règles jouissent d'une primauté quasi-absolue sur l'ensemble des règles juridiques de droit interne, à la seule exception d'un noyau

indéterminé de principes et de règles constitutionnelles nationales afférentes à son « identité constitutionnelle ». Ensuite, sur le plan matériel, le droit communautaire a investi pleinement les deux domaines propres au droit constitutionnel (l'organisation des « pouvoirs publics européens » et les droits de l'homme). Enfin, la structure interne du droit communautaire présente une forme qui tend chaque fois plus à se rapprocher de celle des ordres juridiques nationaux³²¹⁵, avec notamment la distinction entre droit primaire et droit dérivé. A côté du droit communautaire, l'espace juridique européen s'est également structuré autour du droit né de la Convention européenne des droits de l'homme. Bien que le degré de développement de ce dernier ne soit pas comparable à celui dont fait preuve l'ordre juridique communautaire, la grammaire constitutionnelle a également été mobilisée pour le qualifier. Plus largement, les défis provoqués par la globalisation ont également trouvé une réponse constitutionnelle. Les anciennes théories qui postulent le droit constitutionnel au-delà de l'Etat ont trouvé dans les différents vecteurs de dépassement de l'Etat un terreau fertile pour leur renaissance.

1196. Finalement, la question d'une possible permanence de la souveraineté rejoint les questionnements sur la place et la fonction de l'Etat d'une part et sur la distribution des pouvoirs dans l'Etat d'autre part. A l'échelle globale, les Etats demeurent, malgré les effets de la globalisation, les plus importants réceptacles de légitimité et, plus concrètement, les « bras armés », les exécutants nécessaires des normes secrétées dans cet environnement. A l'échelle européenne, s'il est vrai que la souveraineté a tendance à s'effacer sous l'effet des transferts de compétences, on s'aperçoit qu'elle réapparaît à travers leur exercice en commun. La lecture du transfert de compétences comme un jeu à somme nulle est donc peu pertinent. A l'échelle interne, l'exemple français nous instruit sur une autre dimension de l'évolution de la souveraineté : la répartition et, surtout, l'équilibre des pouvoirs. Il est possible, à travers son examen, d'aborder une caractérisation organique de la souveraineté ainsi que la question des rapports entre la souveraineté et la démocratie.

³²¹⁵ Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe avait vocation à formaliser ce passage d'une organisation internationale *sui generis* à une forme de fédération européenne. Comme l'énonce Olivier Jouanjan de manière très critique, « *« donner une constitution à l'Europe » aura ainsi pour sens profond de dissimuler cette perte de l'« autonomie politique » des communautés humaines que signifiait la souveraineté des États démocratiques européens, perte d'autonomie qui se manifeste tant par l'improbable « étatisation » de l'Union que par l'effet, induit par l'Union, de « désétatisation » des États* » (« Ce que « donner une constitution à l'Europe » veut dire », *Op. cit.*, p. 35).

CONCLUSION GÉNÉRALE

1197. Nous avons tâché de montrer, dans la présente étude, que la fonction première du principe de souveraineté n'a pas été de décrire une réalité objective. Le principe de souveraineté fut forgé, dès ses origines romano-canoniques, pour fonder une certaine conception du pouvoir politique et une certaine théorie du droit. Objet intellectuel à vocation pratique, véritable arme mise par les légistes entre les mains du monarque, le principe de souveraineté présente une dimension idéologique dont il a été possible de montrer l'épaisseur au travers d'une étude de son histoire et de ses usages.

1198. Fusionnant les concepts d'*auctoritas* et de *potestas*, le principe de souveraineté se place à la charnière entre le politique et le juridique. En ce sens, il fonde un titre de légitimité à gouverner ainsi qu'un titre de compétence sur le plan normatif. Il devient crucial pour penser la politique et le droit à l'aube de la modernité. D'une part, le principe de souveraineté exprime l'émancipation du politique vis-à-vis des autres sources de normativité sociale. S'inscrivant dans le décor planté par Machiavel, il définit le politique comme une activité dont les acteurs sont les hommes agissant collectivement. D'autre part, le principe de souveraineté traduit une conception du droit marquée par le paradigme unitaire et hiérarchique. Il institue, en ce sens, une rationalité juridique incarnée par la figure de l'Etat, dont il apparaît indissociable à partir de l'œuvre de Jean Bodin et de Thomas Hobbes. Partant, le destin du principe de souveraineté est intimement lié à celui de la notion d'Etat : le monde de la souveraineté est le monde des Etats.

1199. En France, l'Etat s'épanouit, après les guerres de religion, dans le modèle absolutiste si parfaitement théorisé par l'abbé Bossuet. En Angleterre, l'absolutisme semble difficilement conciliable avec une tendance historique qui consiste, depuis l'édiction de la Magna Carta en 1215, à admettre un partage du pouvoir entre le monarque et le parlement. Cette tension aboutit à d'importants conflits dont le dernier, la Glorieuse révolution de 1689, parachève le triomphe du constitutionnalisme libéral moderne. L'avènement de ce dernier met en place un système théorique en vertu duquel la puissance publique doit être exercée dans le cadre et selon les modalités déterminés par la Constitution. A l'opposé des postulats de la pensée hobbesienne, la Constitution opère une distinction entre l'Etat et la société, reconnaissant et consacrant l'existence autonome de celle-ci par rapport à celui-là. Le contenu profond de la révolution constitutionnaliste réside dans le basculement du paradigme de l'ordre vers le paradigme de la liberté.

1200. Dès lors qu'il préconise la distinction et la séparation des pouvoirs afférents à la puissance publique, le triomphe du constitutionnalisme libéral ne fut pas sans conséquences sur la théorisation du principe de souveraineté. Son caractère unitaire et son indivisibilité semblèrent mis en cause. Plus largement, l'assimilation, à tort, du principe de souveraineté et de l'absolutisme pouvait suggérer que la disparition du second devait entraîner celle du premier. Or la révolution constitutionnaliste eut pour effet de transformer le principe de souveraineté sans le faire disparaître. Plus précisément, le constitutionnalisme provoqua un déplacement du siège de la souveraineté - ce qui affecta le titre de légitimité à gouverner - et une évolution dans l'exercice des compétences qui lui sont traditionnellement reconnues, singulièrement la fonction législative.

1201. Cependant, le constitutionnalisme ne mit pas fin à l'Etat. Au contraire, il fallait - il faut toujours - un Etat pour justifier l'adoption d'une Constitution, qu'elle soit libérale ou autoritaire. Le pouvoir constituant succéda au pouvoir législatif comme l'expression la plus parfaite de l'exercice de la souveraineté sur le plan normatif. Dès la fin du XVIII^e siècle, la Constitution, la souveraineté et l'Etat formèrent une constellation conceptuelle configurant une conception du droit que nous avons qualifiée de stato-nationale. C'est à cette lumière que se dévoile le caractère contingent du principe de souveraineté. En effet, ce dernier a été envisagé par la science du droit public de manière très inégale en fonction des approches et des « écoles ». Autrement dit, le traitement qui a été réservé au principe de souveraineté dépend de choix épistémologiques et méthodologiques. De manière simplifiée : soit l'Etat occupe une position centrale dans la conception du fait juridique, et alors la souveraineté peut faire l'objet d'un effort de théorisation considérable, soit le rapport d'adhérence entre l'Etat et le droit est contesté, et alors la souveraineté apparaît comme un principe à l'intérêt théorique limité, voire nul.

1202. L'épaisseur idéologique du principe de souveraineté apparaît donc à la lumière de ses usages. De ce point de vue, la souveraineté « *n'est pas l'expression adéquate d'une réalité, mais une formule, un signe, un signal* »³²¹⁶. A ses origines, son usage répond moins à des besoins descriptifs qu'à des besoins de justification au service d'un projet politique : l'unité et la concorde nationales au milieu des guerres de religion dans la France de la fin du XVI^e siècle. Dès lors qu'il est pris en

³²¹⁶ C. Schmitt, *Théologie politique*, Op. cit., p. 28.

charge par la science du droit, le principe de souveraineté peut permettre de penser la spécificité de l'Etat en insistant sur la puissance dont il est doté.

1203. Comme le montre Olivier Beaud, la souveraineté désigne, en substance, la puissance spécifique de l'Etat. Elle conduit à penser le droit comme le fruit de l'exercice d'une puissance publique suprême, incontestable, qui déverse ses normes sur la société selon une logique verticale descendante. A l'opposé, la critique de la souveraineté met la focale sur d'autres sources de normativité qui n'émaneraient pas de l'Etat mais de la société elle-même³²¹⁷, qu'elle soit conçue comme enfermée dans le cadre national ou qu'elle s'étende à une échelle plus large.

1204. C'est ainsi que les controverses autour de la souveraineté doivent être comprises comme des controverses anciennes qui portent davantage sur des enjeux d'épistémologie et de méthodologie juridique que sur l'aptitude présente ou passée d'un principe juridique à décrire une réalité objective. Pour le juriste, le principe de souveraineté a permis de penser l'Etat et le droit plus qu'il n'a permis de le décrire. Cette thèse ne doit cependant pas être mal interprétée : le principe de souveraineté revêt une fonction justificative mais cela ne signifie pas - au contraire - qu'il n'ait pas eu vocation à transformer le réel. Il a nécessairement une portée performative que nous avons mise en lumière. C'est pour cela que les réflexions contemporaines à propos du principe de souveraineté doivent conduire à s'interroger sur le bienfondé, sur la pertinence d'une telle conception à la lumière des évolutions que nous avons décrites du droit positif et de l'Etat.

1205. Notre étude du principe de souveraineté nous a conduit à parcourir près de mille ans d'histoire de la pensée juridique occidentale. Or il a été possible d'observer que, de la révolution grégorienne à la globalisation contemporaine, de l'ère vassalo-féodale à l'Union européenne, l'activité intellectuelle des juristes a présenté des éléments de continuité par-delà les transformations et les révolutions juridiques.

1206. Tout d'abord, la recherche de voies pour penser le droit de manière ordonnée, au travers d'une logique unitaire et hiérarchique, a constitué un axe majeur de l'activité épistémologique dans ce domaine. A ce titre, le principe de souveraineté est peut-être le plus puissant principe d'ordre et de hiérarchisation dont la pensée juridique occidentale ait accouché depuis le XVI^e siècle. D'une

³²¹⁷ Ainsi que le résume le titre de la thèse de doctorat de G. Navarro-Ugé à propos de la pensée de Gurvitch : *L'idée de droit social de Georges Gurvitch : la société comme source de droit*, Op. cit.

part, il fut forgé afin de doter l'Etat monarchique de leviers pour imposer la paix civile dans un contexte de profonds désordres. Il est possible de rapprocher cette démarche de la fonction des juristes comme « *producteurs de biens de paix sociale* », pour reprendre la belle formule de Max Weber³²¹⁸. D'autre part, en fondant la notion d'Etat, le principe de souveraineté offrit un ancrage à la pensée juridique, qui s'adossa à l'Etat souverain³²¹⁹.

1207. Aujourd'hui, les efforts pour « ordonner le pluralisme », que ce soit dans le cadre européen ou à l'échelle globale, se traduisent parfois par des tentatives pour imaginer de nouvelles hiérarchies. Par exemple, dès lors qu'il a fallu penser les modalités d'interaction entre le droit communautaire et les ordres juridiques nationaux, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (puis de l'Union européenne) a affirmé la spécificité et de l'autonomie de l'ensemble normatif dont elle relève. Les outils de cette affirmation - l'effet direct et la primauté - ont été mobilisés par la Cour pour organiser l'espace juridique européen autour d'une hiérarchie nouvelle. Celle-ci a fait l'objet des résistances que l'on connaît et la réalité positive nous montre qu'elle n'est toujours pas pleinement acceptée.

1208. Cela étant, il faut souligner que les différents efforts pour théoriser les rapports entre l'ordre juridique de l'Union et les ordres juridiques nationaux n'ont jamais été fondés sur une transposition, à l'identique, de la logique de la souveraineté à l'échelle européenne. D'une part, la perspective du pluralisme constitutionnel ou du « constitutionnalisme multiniveaux » n'est pas d'établir une souveraineté supranationale mais de théoriser les modalités d'interaction entre les différents niveaux qui constituent l'espace juridique européen. A ce titre, nous avons vu qu'elle repose sur la dissociation entre souveraineté et droit constitutionnel. D'autre part, l'approche fédérale de l'Union européenne peut reposer sur une distinction cruciale entre la forme fédérale et la forme étatique³²²⁰ qui conduit à abandonner le principe de souveraineté dès lors qu'il s'agit de penser la fédération.

1209. Notre étude a également mis en évidence un tropisme propre aux juristes, que résume l'idée selon laquelle le réel peut être influencé, sinon façonné, par le droit. Comme l'affirme Jean-Marie

³²¹⁸ Cité par L. Fontaine, *Qu'est-ce qu'un grand juriste ?*, *Op. cit.*, p. 193.

³²¹⁹ Comme le suggère Carl Schmitt, à la fin du XVI^e siècle, « *la pensée juridique européenne chercha un nouveau foyer et le trouva dans l'Etat* ».

³²²⁰ Cf. les travaux d'O. Beaud à ce sujet (not. *Théorie de la Fédération*, *Op. cit.*, *Le pacte fédératif. Essai sur la constitution de la Fédération et sur l'Union européenne*, *Op. cit.*)

Denquin, « *agir sur le monde par le langage, tel est l'improbable programme du droit* »³²²¹. Cette idée dépasse le constat du caractère performatif qui est associé à certains énoncés normatifs³²²². En effet, certaines formules ont la particularité, lorsqu'elles sont prononcées par des autorités normatives, de constituer *ipso facto* une réalité juridique nouvelle³²²³.

1210. Toutefois, nous faisons ici référence au droit comme activité savante et au rapport qu'il peut exister entre l'élévation de monuments théoriques par les juristes et la transformation de la réalité politique, voire socio-politique, dans le sens souhaité (explicitement ou implicitement) par les juristes. En ce sens, ceux-ci ont toujours été convaincus de l'aptitude de leurs constructions théoriques pour accompagner et consolider le cours de l'histoire. Comme nous l'avons vu, la pensée juridique savante a toujours entretenu des rapports étroits avec des entreprises de domination politico-juridique, depuis la construction de l'«Eglise-Etat»³²²⁴ jusqu'à la construction communautaire européenne³²²⁵.

1211. L'invention de la souveraineté en constitue un exemple emblématique. Par conséquent, notre étude a permis d'illustrer comment le discours du juriste peut se mêler au droit comme discours. De ce point de vue, la place du juriste ne pourrait se situer complètement à l'extérieur de son objet. Le juriste se trouverait à la fois «*sur la scène et au balcon*», pour reprendre la belle image des professeurs François Ost et Michel van Kerchove³²²⁶. Il produirait ainsi son discours scientifique depuis un point de vue que ces derniers qualifient d'«extérieur modéré»³²²⁷.

³²²¹ J.-M. Denquin, *Les Concepts juridiques. Comment le droit rencontre le monde*, Op. cit. p. 435.

³²²² Dans ses conférences ayant donné lieu à la publication de l'ouvrage *Quand dire, c'est faire* (*How to do things with words*), le philosophe britannique J. L. Austin distingue les énoncés linguistiques vrais ou faux (destinés à traduire des faits), les énoncés de non-sens et, enfin, les énoncés performatifs. Ces derniers ne se limitent pas à dire quelque chose, à établir un compte-rendu, vrai ou faux, d'un phénomène, mais à faire quelque chose. De ce point de vue, les énoncés performatifs sont, en eux-mêmes, l'acte qu'ils énoncent.

³²²³ L'exemple classique du maire qui prononce la phrase « je vous marie ».

³²²⁴ Cf. la formidable enquête de Harold J. Berman, *Droit et révolution*, Op. cit..

³²²⁵ Nous renvoyons à nouveau à la passionnante enquête de J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit - L'invention du droit communautaire en France*, Op. cit.

³²²⁶ F. Ost, M. Van de Kerchove, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », in Fr. Chazel et J. Commaille (sous la dir. de), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, Paris, 2011, p. 67-80. Les auteurs reprennent une formule employée par A.-J. Arnaud qui leur reprochait de vouloir occuper à la fois les points de vue interne et externe en étant en même temps dans la scène et au balcon (p. 74).

³²²⁷ *Idem*, p. 72-77.

1212. Enfin, notre étude nous permet de tracer un parallèle entre le contexte historique préalable à l'invention de la souveraineté et la situation contemporaine. La société vassalo-féodale se caractérisait, comme le montre Marcel David³²²⁸, par une dissociation entre la puissance et l'autorité, l'exercice du pouvoir et la légitimité suprême. Elle se trouvait elle-même encadrée dans une Europe occidentale en proie à l'affrontement entre l'Eglise et l'empire, chacun invoquant une prétention de primauté à vocation universelle. Aujourd'hui, la dilution des compétences de puissance publique se vérifie à la fois à l'échelle nationale (montée en puissance d'une myriade d'autorités juridictionnelles et administratives indépendantes, affirmation de l'exécutif, dégradation du prestige et de la puissance du Parlement) comme à l'échelle supranationale (dissociation de l'exercice de compétences et du titre ultime de souveraineté comme conséquence des transferts successifs vers l'échelon européen). Comme nous l'avons vu, les principes d'unité, d'ordre et de hiérarchie, consubstantiels à la logique de la souveraineté, sont inadaptés au schéma de « miroirs affrontés »³²²⁹ qui s'est imposé dans l'espace européen et, plus largement, à l'échelle globale. La lecture claire et limpide que fournissait la logique hiérarchique et le rapport d'équivalence entre « suprématie » et « primauté » vole en éclat, comme l'a montré le professeur Baptiste Bonnet³²³⁰.

1213. Jacques Chevallier parvient à une conclusion analogue. Il fait le lien entre les transformations de l'Etat et la « crise de la rationalité juridique »³²³¹ instaurée par la souveraineté. Il insiste sur les « redoutables secousses »³²³² subies par le droit « *en raison de la prolifération anarchique de règles qui a rendu plus flous les contours de l'ordre juridique, sapé sa cohésion et perturbé sa structure* ». Ce nouveau désordre juridique est illustré par « l'existence de « hiérarchies enchevêtrées », d'« objets juridiques non identifiés », de compétences concurrentes »³²³³. Le droit semble « moins régi par une logique déductive, procédant par voie de concrétisation croissante, que résulter

³²²⁸ Selon cet auteur, « à la question de savoir si la souveraineté a existé au Moyen Age, on ne saurait répondre par oui ou par non. Oui, si l'on se contente de se référer à ce qui, en elle, relève de la *Souveränität*, autrement dit du caractère suprême d'un pouvoir ; non si l'on pose comme condition de sa reconnaissance que se soit réalisée en son sein la juxtaposition, voire la fusion, en un seul bloc, des deux couches qui la constituent, autorité suprême et puissance publique ». La souveraineté du peuple, *Op. cit.*, p. 22.

³²²⁹ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, *Op. cit.*, p. 95.

³²³⁰ B. Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, *Op. cit.*, p. 65.

³²³¹ J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, LGDJ (Coll. droit et société), Paris, 4e éd., 2014, p. 104.

³²³² *Idem.*

³²³³ *Idem.*

*d'initiatives désordonnées, prises par des auteurs multiples et dont l'harmonisation est problématique »*³²³⁴.

1214. Est-ce à dire que nous sommes revenus, selon une vision pendulaire de l'histoire, à notre point de départ ? Nous avons pourtant montré que la souveraineté ne disparaît pas. Nous voulons dire par là que certaines acceptions relevant de la signification qui lui est classiquement reconnue demeurent. En particulier, la souveraineté comme puissance publique et comme autonomie de l'Etat est sauvegardée, y compris dans le cadre de l'Union européenne. Ainsi, le prisme stato-national fondé sur le principe de souveraineté reste pertinent pour qualifier certains attributs juridiques de l'Etat. De ce point de vue, le rapport entre droit constitutionnel et souveraineté, consubstantiel aux approches stato-nationales du droit public, est affaibli mais n'est pas rompu. Dans le domaine du contentieux constitutionnel français du droit de l'Union européenne, la formule des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » a indéniablement montré ses limites comme outil pour maîtriser le flux des transferts de compétences et, plus largement, l'intégration juridique à l'échelle européenne. Cela a favorisé l'émergence, en France comme en Allemagne, de la notion d'identité constitutionnelle. Il s'agit, malgré les doutes qui l'entourent, du dernier outil en date dont peut se prévaloir le juge constitutionnel national pour faire primer certains principes et règles de droit interne sur le droit de l'Union. Cette notion est donc apte à traduire aujourd'hui un nouveau visage de la souveraineté nationale³²³⁵, révélant son adaptation à un nouveau milieu.

1215. En définitive, l'adaptation du principe de souveraineté s'avère un thème récurrent tout au long de son histoire. Si l'enjeu face à l'irruption du constitutionnalisme fut la conservation de son caractère unitaire et indivisible, le principe de souveraineté est aujourd'hui mis face à trois défis.

1216. Le premier est lié à l'approfondissement du pluralisme. Le politologue espagnol Daniel Innerarity considère que notre époque est marquée par trois faits majeurs : l'accroissement de la complexité, la « pluralisation » du pouvoir (c'est-à-dire sa fragmentation) et la radicalisation du pluralisme³²³⁶. Malgré la persistance de « *phénomènes de concentration et [d']aspirations à*

³²³⁴ *Idem*, p. 105.

³²³⁵ Sur l'avenir qui pourrait être celui de cette notion, Cf., D. Rojas, *L'utilisation de la notion d'identité constitutionnelle. Recherche axée sur les acteurs de la mobilisation de l'identité constitutionnelle nationale dans l'Union européenne*, *Op. cit.*, p. 464.

³²³⁶ D. Innerarity, *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*, *Op. Cit.*, p. 117.

l'hégémonie »³²³⁷, Innerarity perçoit les sociétés contemporaines comme « *un ensemble de systèmes non soumis à une logique hiérarchique, qui ne se s'agrègent pas entre eux et ne délèguent pas dans une hyper-structure* »³²³⁸. L'impossibilité d'une hiérarchie conduit à une pluriarchie ou polyarchie³²³⁹. Or les tentatives pour reconstruire une hiérarchie se heurtent à l'absence d'un centre ou d'un sommet à partir duquel il serait possible de déployer la logique de la souveraineté car, comme l'affirme Daniel Innerarity, « *dans une société dépourvue de centre, aucune institution ne dispose du privilège de l'interprétation finale* »³²⁴⁰.

1217. Cela explique le succès renouvelé des démarches philosophiques qui contestent la centralité de l'Etat souverain dans l'étude du pouvoir au sens large. Selon la sociologie des systèmes sociaux inspirée des travaux de Luhmann³²⁴¹, « *des myriades d'observations sont sans cesse à l'œuvre dans la société, qui peuvent être observées de toute autre manière à partir de n'importe quel autre endroit, mais qui ne peuvent être placées dans aucun ordre assuré de connaissance à partir duquel elles seraient transférables et hiérarchisées* »³²⁴². Michel Foucault avait forgé la notion de « microphysique du pouvoir » pour exprimer l'idée selon laquelle « *le pouvoir n'est pas décelable en un lieu précis (Assemblée nationale, conseils d'administration, grandes firmes...), mais se définit au contraire par son ubiquité* »³²⁴³. Selon Foucault, les pouvoirs, au pluriel, traversent la société et ne peuvent certainement pas se réduire au pouvoir, au singulier, exercé par l'Etat. Comme l'affirme Daniel Innerarity, « *parler de pouvoir au singulier permet de traiter une notion qui recouvre un ensemble de pratiques comme s'il s'agissait d'une entité réelle, dotée de contours définis et surtout d'intentions capables d'expliquer ses actions. En réalité, le pouvoir dans une société avancée est à la fois extrêmement complexe et fragile, notamment en raison de la multiplicité des acteurs impliqués et des résistances qu'il suscite* »³²⁴⁴. Dans ce contexte, « *les catégories politiques de l'Etat moderne s'avèrent simplificatrices et rudimentaires par rapport à la richesse de la*

³²³⁷ *Idem.*

³²³⁸ *Idem.*

³²³⁹ *Idem.*

³²⁴⁰ *Idem.*

³²⁴¹ Nous avons présenté, en ce sens, la pensée de Gunther Teubner, qui s'inscrit dans ce courant.

³²⁴² Citation du discipline de Luhmann, Peter Fuchs rapportée par D. Innerarity, *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*, Op. Cit., p. 117.

³²⁴³ C. Lefranc, *Michel Foucault*, Ed. Sciences Humaines (Coll. Petite bibliothèque), Paris, 2017, p. 53.

³²⁴⁴ D. Innerarity, *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*, Op. Cit., p. 132.

société »³²⁴⁵. Cela concerne, naturellement, le principe de souveraineté. D'une part, la puissance qu'il désigne est intellectuellement incompatible avec la reconnaissance du pluralisme tel que nous l'avons décrit tout au long de notre étude. D'autre part, la logique hiérarchique, voire la notion même d'ordre, semble perdre de son caractère opératoire.

1218. Le deuxième défi est posé par l'apparition de liens d'interdépendance chaque fois plus étroits entre les Etats et les sociétés - à l'échelle de l'Union européenne, bien entendu, mais également, et dans des proportions variables, à l'échelle globale. L'interdépendance, qui peut aller d'une « simple réactivité » commune à une dépendance mutuelle existentielle entre différents secteurs³²⁴⁶, se déploie dans de nombreux domaines : le domaine politique, le domaine commercial, le domaine financier, etc. Elle est notamment une conséquence du pluralisme que nous venons d'évoquer. L'interdépendance est alimentée par la globalisation, notion générale et complexe que nous avons définie précédemment et dont nous avons analysé les effets sur le droit constitutionnel.

1219. Le troisième défi d'ampleur auquel la souveraineté est aujourd'hui confrontée est l'enjeu démocratique. L'équivalence historique entre l'Etat et la souveraineté conçue comme la capacité d'auto-détermination par l'autolégislation explique que l'idéal démocratique n'ait pu s'épanouir, à l'époque moderne, que dans le cadre de l'Etat. Ce dernier est devenu, comme nous l'avons vu, la forme juridico-institutionnelle par excellence dans laquelle se manifeste la capacité d'autolégislation et d'autogouvernement d'un peuple, c'est-à-dire la souveraineté juridique³²⁴⁷. Par conséquent, les pressions exercées sur la souveraineté ont un impact sur les conditions d'exercice, voire sur la signification même de la démocratie. Anthony McGrew note à cet égard que « *si la souveraineté de l'Etat n'est plus conçue comme indivisible mais partagée avec des acteurs internationaux; si les Etats n'ont plus le contrôle de leurs propres territoires; et si les frontières territoriales et politiques sont de plus en plus perméables, les principes centraux de la démocratie libérale - l'autonomie politique, le demos, la condition du « commun accord », la représentation et*

³²⁴⁵ *Idem*, p. 118.

³²⁴⁶ P. Vercauteren, « Chapitre 1. Souveraineté vs interdépendance : que révèle l'interdépendance sur la souveraineté », *Dynamiques de la souveraineté. Communautés et organisations politiques face à la souveraineté*, EMS Ed. (Coll. Questions de société), Caen (France), 2022, p. 29.

³²⁴⁷ Témoigne de cela la quête de souveraineté des « nations sans Etat ». Cf. récemment A. Sfez (dir. O. Beaud), *La question catalane ou le problème de la souveraineté en Espagne*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit public, Université Paris 2 Panthéon-Assas, décembre 2020.

*la souveraineté populaire - deviennent incontestablement problématiques »*³²⁴⁸. Par ailleurs, le pluralisme et la nécessité de tenir compte des liens d'interdépendance dessinent les contours d'un pouvoir fuyant, dont il s'avère impossible d'en déterminer le siège. C'est ainsi que d'autres significations de la démocratie sont aujourd'hui valorisées. Une conception pluraliste et conflictuelle de la démocratie tend à s'imposer. Selon Daniel Innerarity, pour qu'un pouvoir soit qualifié de démocratique, il devrait « *échapper à tous, ne pas pouvoir être monopolisé ni stabilisé pour toujours, ni capturé par quiconque* »³²⁴⁹. De ce point de vue, la démocratie peut apparaître comme un système où le pouvoir est « *provisionnel, limité et surveillé* »³²⁵⁰. Elle ne serait donc plus conçue comme un système de légitimation du pouvoir puisant dans l'expression d'une volonté majoritaire mais comme un système complexe de limitation de l'exercice du pouvoir. C'est, de notre point de vue, l'aboutissement d'une confusion longuement entretenue entre la logique libérale des freins et contrepoids et le principe démocratique.

1220. La dissociation entre la souveraineté et la démocratie pose au moins deux défis. D'une part, se pose la question de l'échelle à laquelle il conviendrait de penser nos systèmes démocratiques. Or celle-ci ne peut pas découler d'un raisonnement théorique. En d'autres mots, la théorie n'est pas en mesure d'apporter une réponse à la question de savoir quelle est la bonne échelle de la démocratie. Il nous semble que la condition de possibilité première pour une démocratie est, précisément, l'existence d'un *demos*, c'est-à-dire d'une communauté humaine qui, à partir d'un sentiment partagé d'appartenance, manifeste la volonté de poursuivre une existence commune³²⁵¹. Or un tel sentiment d'appartenance ne se décrète pas : il se noue autour d'une identité commune. Les institutions politiques peuvent naturellement contribuer à forger une telle identité mais il s'agit d'un processus de long cours. La permanence d'un *demos* à l'échelle nationale peut être attestée par la signification qui reste attachée à la souveraineté comme expression d'une identité (constitutionnelle donc politique). Cela peut plaider en faveur du maintien de l'échelon national comme un échelon de référence pour penser les conditions de possibilité de la démocratie aujourd'hui. D'autre part, la

³²⁴⁸ A. McGrew, *Globalization and territorial democracy in The Transformation of Democracy ?*, Cambridge, Polity Press, 1997, p.12 (cité par J. Habermas, *Après l'Etat-Nation*, Fayard, Paris, 2000, p.47)

³²⁴⁹ *Idem.*

³²⁵⁰ *Idem.*

³²⁵¹ Cf. le célèbre discours d'Ernest Renan à la Sorbonne, dans lequel cet auteur exprime magistralement la conception française de la nation. Selon Renan, la nation est « *une grande solidarité, constituée par le sentiment des sacrifices qu'on a faits et de ceux qu'on est disposé à faire encore* ». Ainsi, « *elle suppose un passé; elle se résume pourtant dans le présent par un fait tangible: le consentement, le désir clairement exprimé de continuer la vie commune* ». Il résume son existence comme « *un plébiscite de tous les jours, comme l'existence de l'individu est une affirmation perpétuelle de vie* » « *Qu'est-ce qu'une nation ?* », *Conférence en Sorbonne*, 11 mars 1882.

conception de la démocratie comme un « lieu vide » pose un défi crucial : comment garantir les droits des minorités sans renoncer à la capacité d'action de la communauté politique à travers l'expression d'une volonté majoritaire ?

1221. Cela rejoint des questionnements pluriséculaires au sujet de l'équilibre entre l'autorité, la justice et la liberté. Comme le notait Maurice Hauriou, « *il en est du droit comme de la littérature, les thèmes classiques y sont éternels, seulement, de temps à autre, ils ne paraissent plus adaptés à la mentalité des contemporains et il convient de les renouveler dans la forme* »³²⁵². L'enjeu de notre époque est de parvenir à penser ces thèmes dans un environnement politico-juridique complexe et fragmenté. Il s'agit d'introduire un ordre dans ce désordre et, en même temps, de postuler un ou plusieurs titres de légitimité. C'est en ce sens que le principe de souveraineté peut, en fin de compte, apparaître moins obsolète qu'on ne le pensait.

³²⁵² M. Hauriou, *Principes de droit public*, Sirey, Paris, 1^{ère} éd., 1910, réimp. Dalloz, Paris, 2010, p. 6.

BIBLIOGRAPHIE

I. Traités, manuels et cours.

II. Dictionnaires, encyclopédies et lexiques.

III. Thèses et monographies.

IV. Ouvrages collectifs.

V. Articles, contributions et chapitres d'ouvrages.

VI. Articles de presse et billets de « blogs ».

VII. Comptes-rendus des séances du Conseil constitutionnel (disponibles jusqu'en 1997).

I. Traités, manuels et cours.

- R. Abraham, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Hachette (Coll. PES), Paris, 1989.
- Ph. Ardant et B. Mathieu, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ (Manuel), Paris, 2022 (34e éd.).
- J. L. Austin, *Quand dire, c'est faire*, Seuil (Points), 1970.
- A. Bailleux et H. Dumont, *Le pacte constitutionnel européen*, Bruylant (Coll. Idées d'Europe), Bruxelles, 2015.
- Ph. Beaumanoir (de) (A.M. Salmon publ.), *Coutumes du Beauvoisis*, Alphonse Picard et Fils Ed., Paris 1899 (rééd. 1283).
- J. Bodin, *Les Six Livres de la République*, Fayard (Coll. Corpus des œuvres de philosophie en langue française), 6 vol., 1987 (rééd. de la 10e éd. (1593)).
- P. Bourdieu, *Sur l'Etat. Cours au Collège de France 1989-1992*, Seuil (Coll. Raisons d'agir / cours et travaux), Paris, 2012.
- Ch. Boutayeb, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ (Coll. Manuel), Paris, 6e ed., 2020.
- R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, Dalloz (Coll. Bibliothèque de Dalloz), Paris, 2003, réimpr. 1920-1922.
- J.-M. Carbasse, *Manuel d'introduction historique au droit*, PUF (Coll. Droit fondamental - Manuels), Paris, 7e éd., 2017.
- V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz (Coll. Méthodes du droit), Paris, 2014.
- J.-J. Chevallier, *Histoire de la pensée politique*, Ed. Payot, Paris, 1979 (rééd. 1993), Paris.
- J.-J. Chevallier et Y. Guchet, *Les grandes œuvres politiques. De Machiavel à nos jours*, Armand Colin (Coll. U), Paris, 2001 (4e éd.).
- M. Delmas-Marty :
 - « Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit. Cours: un pluralisme ordonné », *Collège de France*.
 - *Une boussole des possibles. Gouvernance mondiale et humanismes juridiques*, Ed. Collège de France, Paris, 2020.

- A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan and Co., Londres, 1915 (8e éd.).
- E. Dubout, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Bruylant (Coll. Droit de l'Union européenne), Bruxelles, 2021.
- L. Duguit :
 - *Manuel de droit constitutionnel*, Ed. de Panthéon-Assas (Coll. Les introuvables), Paris, 2007 (rééd. 1923).
 - *Traité de droit constitutionnel*, Tome Premier, Fontemoing, Paris, 1927.
 - *Souveraineté et liberté*, La Mémoire du droit (Coll. Bibl. Léon Duguit), Paris, 2002.
 - *Leçons de droit public général*, ed. De Boccard, Paris, 1926
- P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 14e éd., 2018.
- P.-M. Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international », Cours général de droit international public, *RCADI* 2002, Vol. 297, p. 215.
- A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 1914, Sirey (rééd. Ed. Panthéon-Assas), 2001, Paris.
- L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz (Coll. Précis), Paris, 2021 (23e éd.)
- Gaius (trad. M.L. Domenget), *Institutes, contenant le texte et la traduction en regard avec le commentaire au-dessous*, A. Marescq Ainé, 1866. En ligne : <https://archive.org/details/institutesdegau00domegoog/page/n19>.
- J. Gaudemet, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Montchrestien (Anthologie du droit), Paris, 2016.
- J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ (Coll. Précis Domat), Paris, 2019 (32e éd.).
- R. Guastini, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Dalloz (Rivages du droit), Paris, 2010.
- M. Hauriou :
 - (prés. J. Hummel), *Précis de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2015 (2e éd., rééd. 1929).
 - M. Hauriou, *Principes de droit public*, Sirey, Paris, 1ère éd., 1910, réimp. Dalloz, Paris, 2010,
- T. Hobbes, *Léviathan* (trad., intro., notes et notices de G. Mairret), Folio Essais, Paris, 2000 (rééd. *Head*, 1651).
- H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public (Vol. 14) », in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law*, Brill / Nijhoff, Leiden (Pays-Bas), 1926.

- P. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1900.
- Ph. Lauvaux, A. Le Divellec, *Les grandes démocraties contemporaines*, PUF, (Coll. Droit fondamental), Paris, 2015.
- R. Lefebvre, *Leçons d'Introduction à la Science politique*, Ellipses, Paris, 2010.
- G. Lhuillier, *Droit transnational*, Dalloz (Coll. Méthodes du droit), Paris, 2016.
- Ch. Loyseau, *Traité des seigneuries*, A. L'Angelier, Paris, 1608 [En ligne sur Gallica : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k914512.image>].
- F. Martucci, *Droit de l'Union européenne*, Dalloz (Coll. Hypercours), Paris, 3e éd., 2021.
- J. Picq, *Une histoire de l'Etat en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen-Âge à nos jours*, Les Presses de SciencesPo, Paris, 2015.
- M.-Cl. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica (coll. Corpus droit public), Paris, 2010.
- A. Rigaudière, *Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne*, Economica (coll. Corpus histoire du droit), Paris, 2010.
- R. Rivière, *Droit international public*, PUF (Coll. Thémis Droit), Paris, 3e éd., 2017.
- G. Scelle, « Règles générales du droit de la paix (Vol. 46) », in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, Brill / Nijhoff, Leiden (Pays-Bas), 1933.
- G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Dalloz (Bibliothèque Dalloz), Paris, 2008 (rééd. 1932).
- F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF (Coll. Droit fondamental), Paris, 15e éd., 2021.
- G. Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, LGDJ, Paris, 2021.
- G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949 (Rééd. Dalloz, 2002), Paris.
- M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF (coll. Quadrige), Paris, 2013.

II. Dictionnaires, encyclopédies et lexiques.

- D. Alland, *Les 100 mots du droit international*, PUF (Coll. QSJ?), Paris, 2021.
- O. Beaud, Entrée « Etat », *Encyclopædia Universalis*.

- O. Beaud, Entrée « Souveraineté », in Ph. Raynaud et S. Rials, *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF (Quadrige), Paris, 1996.
- P. Brunet, Entrée « Constitution », in *Encyclopædia Universalis*.
- J.-U. Comby, Entrée « Décret de Gratien », *Encyclopédie Universalis*.
- J. Gaudemet, Entrée « Droit romain », *Encyclopédie Universalis*.
- J. Gicquel et P. Avril, *Lexique de droit constitutionnel*, PUF (Coll. QSJ?), Paris, 2013.
- J. Ladrière, Entrée « Système », *Encyclopaedia Universalis*.
- M. Lallement, Entrée « Sociologie - Histoire », *Encyclopædia Universalis*.
- E. Letonturier, Entrée « Autorité », *Encyclopaedia Universalis*.
- E. Maulin :
 - Entrée « Positivisme », in D. Alland et S. Rials (sous la dir. de) , *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF (Coll. Quadrige), Paris, 2003.
 - Entrée « Souveraineté », in D. Alland et S. Rials (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF (Quadrige), Paris, 2003.
- M. Pacaut, Entrée « Saint Empire Romain germanique », in *Encyclopædia Universalis*.

III. Thèses et Monographies.

- J. Agnew, *Globalization and Sovereignty*, Roman & Littlefield Publishers, Maryland (EUA), 2009.
- J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, LGDJ (Coll. Systèmes), Paris, 2020 (3e ed.).
- F. Audren, A.-S. Chambost et J.-L. Halpérin, *Histoires contemporaines du droit*, Dalloz (coll. Méthode du droit), Paris, 2020.
- G. Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Ed. du CNRS, Paris, 1985.
- B. Badie, *Un monde sans souveraineté. Les Etats, entre ruse et responsabilité*, Fayard (Coll. L'esprit du politique), Paris, 1999.
- J. Bailleux (pref. B. François), *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, Dalloz (Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses), Paris, 2014.
- D. Baranger, *Penser la loi. Essai sur le législateur des temps modernes*, Gallimard (coll. L'esprit de la Cité), Paris, 2018.
- G. Barrera, *La guerre civile. Histoire philosophie politique*, Gallimard (Coll. L'esprit de la Cité), Paris, 2021.

- O. Beaud :
 - *La puissance de l'Etat*, PUF (Coll. Léviathan), Paris, 1994.
 - *Théorie de la fédération*, PUF (Coll. Léviathan), Paris, 2007.
 - *Le pacte fédératif. Essai sur la constitution de la Fédération et sur l'Union européenne*, Dalloz (Coll. Droit politique), Paris, 2022.
- U. Beck et E. Grande, *Pour un empire européen*, Flammarion, Paris, 2007.
- D. Béchillon (de), *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Economica (Coll. Droit public positif), Paris, 1999.
- H.-J. Berman, *Droit et Révolution I*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, Aix-en-Provence (France), 2001.
- A. Blouët, *Le pouvoir pré-constituant. Analyse conceptuelle et empirique du processus constitutionnel égyptien après la Révolution du 25 janvier 2011*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie (Coll. Thèses), Paris, 2019.
- N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, Bruylant-LGDJ, Paris, 1998.
- B. Bonnet, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Lextenso Ed. (Coll. Forum), Paris, 2013.
- P. Boucheron, *Un été avec Machiavel*, Ed. des Equateurs / France Inter, Paris, 2017.
- J. Bougrab : *Aux origines de la Constitution de la IV^e République*, Dalloz (Coll. Bibliothèque de thèses), Paris, 2002.
- F. Braudel, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme XVe-XVIII^e siècles*, Armand Collin, Paris, 1979.
- F. Brunet, *La pensée juridique de Kelsen*, Mare & Martin, Paris, 2019.
- J. Burbank et F. Cooper, *Empires. De la Chine ancienne à nos jours*, Payot, Paris, 2011.
- G. Burdeau, *L'Etat*, Seuil (Coll. Points), Paris, 1970.
- J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion (Coll. Champs Essais), Paris, 1996.
- R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Economica (coll. Classiques), Paris, 1984 (rééd. 1931).
- Cicéron, *La République*, Tome I, Livre I, Les Belles Lettres, Paris, 1980.
- F. Chaltiel, *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne. Recherches sur la souveraineté de l'Etat membre*, LGDJ (Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique), Paris, 2000.
- J. Chapoutot, *Histoire de l'Allemagne de 1806 à nos jours*, PUF (coll. QSJ?), Paris, 2014.

- J. Chevallier :
 - *La doctrine juridique*, PUF, Paris, 1993.
 - *L'Etat post-moderne*, LGDJ (Coll. droit et société), Paris, 4e éd., 2014
 - *L'Etat de droit*, LGDJ (Coll. Clés Politiques), Paris, 2017 (6ème ed.).
- Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution de 1958, t. II, Le Comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958*, Documentation française, 1988.
- Cour de cassation, *Le juge et la mondialisation dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Etude annuelle, 2017.
- M. David, *La souveraineté du peuple*, PUF (Coll. Questions), Paris, 1996.
- M. Delmas-Marty, *Aux quatre vents du monde Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*, Seuil (Coll. Essais - Sciences humaines), Paris, 2016.
- J.-M. Denquin, *Les Concepts juridiques. Comment le droit rencontre le monde*, Classiques Garnier (Coll. Bibl. de la pensée juridique), Paris, 2021.
- J.-Ph. Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne. Étude comparée : Allemagne, France, Italie*, LGDJ (Coll. Thèses), Paris, 2015.
- C. Digeon, *La crise allemande de la pensée française (1870-1914)*, PUF, Paris, 1992.
- U. Dotti, *La Révolution Machiavel*, Jérôme Millon, Paris, 2006.
- L. Duguit :
 - *Les transformations du droit public*, Armand Colin, Paris, 1999 (réimp. 1913).
 - *L'ÉTAT, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz (coll. Bibliothèque Dalloz), Paris, 2003 (rééd. 1901).
- *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901.
- J.-M. Ferry, *La question de l'Etat européen*, Gallimard, Paris, 2000.
- L. Fontaine, *Qu'est-ce qu'un « grand juriste » ? Essai sur les juristes et la pensée juridique moderne*, Lextenso Ed. (Coll. Forum), Paris, 2012.
- M. Foucher, *Le retour des frontières*, CNRS ed. (Coll. Débats), Paris, 2016.
- J. Franklin, *Jean Bodin et la naissance de la théorie absolutiste*, PUF (Coll. Fondements de la politique), Paris, 1993.
- E. Fraysse (dir. D. Mongoin), *L'État dans la construction doctrinale du droit administratif*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit public, Univ. Jean Moulin Lyon 3, 2019.

- M. Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme*, Gallimard (Coll. Bibliothèque des Histoires), Paris, 1989.
- J. Gaudemet, *Formation du droit canonique et gouvernement de l'Eglise de l'Antiquité à l'âge classique*, Presses universitaires de Strasbourg (Coll. Société, droit et religion en Europe), Strasbourg (France), 2008.
- O. Gierke (von), *Les théories politiques du Moyen-Âge*, Dalloz, Paris, 2007 (réimpr. 1914).
- H.-J. Glock, *Qu'est-ce que la philosophie analytique ?*, Gallimard (coll. Folio Essais), Paris, 2010.
- S. Goyard-Fabre :
 - *Jean Bodin et le droit de la République*, PUF (Coll. Léviathan), Paris, 1989.
 - *Jean Bodin*, Ellipses (coll. Philo-philosophes), Paris, 1999.
- Th. Guénolé, *Le souverainisme*, PUF (Coll. QSJ?), Paris, 2022.
- J. Habermas, *Après l'Etat-Nation*, Fayard, Paris, 2000,
- A. Haquet, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, PUF (Coll. Les grandes thèses du droit français), Paris, 2004.
- P. Hazard, *La crise de la conscience européenne. 1680-1715*, Fayard, Paris, 1961.
- C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Ed. Kimé, Paris, 1997.
- D. Innerarity :
 - *El nuevo espacio público*, Espasa, Barcelone (Espagne), 2006.
 - *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*, Galaxia Gutenberg, Barcelone (Espagne), 2020.
- F. Jaeger, *Le problème de la souveraineté dans la doctrine de Kelsen : exposé et critique*, ed. E.-D. Bocard, Paris, 1932.
- L. Jerphagnon, *Histoire de la pensée*, Tallandier (Pluriel), Paris, 2009.
- E. H. Kantorowicz :
 - *Les deux corps du roi*, Gallimard (Coll. Bibliothèque des histoires), Paris, 1989.
 - *Mourir pour la patrie, et autres textes*, Fayard, Paris, 2004 (rééd. 1955).
- H. Kelsen :
 - *Théorie générale du droit et de l'Etat*, Bruylant/LGDJ (coll. La pensée juridique), Paris, 1997.
 - *La Démocratie: sa nature, sa valeur*, Paris, Dalloz, 2004.
- C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF (Coll. Les voies du droit), Paris, 1996.
- B. Kriegel :

- *Etat de droit ou empire ?*, Bayard (Coll. Le temps d'une question), Paris, 2002.
- *La République et le Prince moderne*, PUF, Paris, 2011.
- J. Krynen :
 - *L'Etat de justice. France, XIIIe-XXe siècle (II). L'emprise contemporaine des juges*, Gallimard (Coll. Bibliothèque des histoires), Paris, 2012.
 - *Le théâtre juridique, une histoire de la construction du droit*, NRF (Coll. Bibliothèque des histoires), Paris, 2018.
- S. Laghmani, *Les droits de l'homme. Une nouvelle cohérence pour le droit international ?*, Ed. Pedone , Paris, 2008.
- B. Latour, *Nous n'avons jamais été modernes*, La Découverte, Paris, 2006,
- F. Latty (dir. A. Pellet), *La Lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit international, Univ. Paris X-Nanterre, 2005.
- C. le Bret, *Les œuvres de messire C. Le Bret...*, Paris, 1643. [Disponible en ligne sur Gallica : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1181681>].
- C. Le Bris, *L'humanité saisie par le droit international public*, LGDJ (Coll. Bibliothèque de droit international et communautaire), Paris, 2012.
- P. Legendre, *Leçons IX. L'autre Bible de l'Occident : le monument romano-canonique. Etude sur l'architecture dogmatique des sociétés*, Fayard, Paris, 2009.
- H. Legohérel, *Histoire du droit public français*, PUF (coll. Que sais-je ?), Paris, 1991.
- B. Leijssenaar et N. Walker (ed. by), *Sovereignty in Action*, Cambridge Univ. Press, Cambridge (R.-U.), 2019.
- M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Paris, 2017 (21e ed.).
- P. Ludlow, *The European Community and the Crises of the 1960s. Negotiating the Gaullist Challenge*, Routledge, Londres, 2006.
- C. Mac Amhlaigh, C. Michelon, N. Walker, *After Public Law*, Oxford University Press, Oxford (R.-U.), 2013.
- N. MacCormick :
 - *Questioning Sovereignty. Law, State and the Nation in the European Commonwealth*, Oxford Univ. Press, Oxford (R.-U.), 1999.
 - *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, Oxford (R.-U.), 2001.

- N. Machiavel, *Le Prince et autres textes*, Union générale d'Éditions (Coll. 10-18), Paris, 1962.
- P. Magnette, *L'Europe, l'État et la Démocratie. Le souverain apprivoisé*, Éd. Complexe, Bruxelles, 2000.
- G. Mairet :
 - *Le principe de souveraineté. Histoire et fondements du pouvoir moderne*, Gallimard (Folio essais), Paris, 1997.
 - *Les grandes œuvres politiques*, Librairie générale française (Coll. Le Livre de Poche), 2009, Paris.
- P. Manent, *La raison des Nations. Réflexions sur la démocratie en Europe*, Gallimard (Coll. L'esprit de la Cité), Paris, 2006.
- B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Flammarion (Coll. « Champs essais »), Paris, 2019 (3ème ed.).
- G. Marti (dir. D. Ritleng), *Le pouvoir constituant européen*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit communautaire, Univ. Nancy 2, 2008.
- B. Mathieu :
 - *La Constitution : rien ne bouge et tout change*, LGDJ / Lextenso Ed. (Coll. Forum), Paris, 2013.
 - *Justice et politique : la déchirure ?*, LGDJ / Lextenso Ed. (Coll. Forum), Paris, 2015.
 - *Le droit contre la démocratie ?*, LGDJ / Lextenso Ed. (Coll. Forum), Paris, 2017.
- E. Maulin, *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, PUF (Coll. Léviathan), Paris, 2003.
- Y. Mény, *Imparfaites démocraties*, Presses de SciencesPo (Hors collection), Paris, 2019.
- L. Middelhaar (van), *Le passage à l'Europe*, Gallimard (coll. Bibliothèque des idées), Paris, 2012.
- Montesquieu, *De l'esprit des lois*, in Œuvres complètes II, Gallimard/NRF (Coll. Bibliothèque de la Pléiade), Paris, 1951.
- J. Monnet, *Mémoires*, Paris, Fayard, 1976,
- Ph. Moreau Defarges, *La gouvernance*, PUF (Coll. Que sais-je?), Paris, 2015.
- A. Morelle, *L'opium des élites. Comment on a défait la France sans faire l'Europe*, Grasset, Paris, 2021.
- P. Motsch (Pref. J.-D. Mouton), *La doctrine des droits fondamentaux des Etats*, Pedone (Coll. Publication de la Revue générale de Droit International Public), Paris, 2022.
- P. Musso, *Le temps de l'État-Entreprise. Berlusconi, Trump, Macron*, Fayard, Paris, 2019.

- G. Navarro-Ug  (dir. P. Brunet et P. Bouretz), *L'idée du droit social de Georges Gurvitch*. La société comme source de droit, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit public, Univ. Paris-1 et EHESS, 2021.
- P. Naville, *Thomas Hobbes*, Plon, Paris, 1988.
- K. F. Ndjimba (dir. J.-D. Mouton), *L'internationalisation des constitutions dans les Etats en crise. Réflexions sur les rapports entre droit international et droit constitutionnel*, Thèse pour l'obtention du titre du docteur en droit public, Nancy 2, 2011.
- F. Nicola et B. Davies (ed.), *EU Law Stories. Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, Cambridge University Press (coll. Law in Context), Cambridge (R.-U.), 2017.
- G. d'Ockam, *Court traité du pouvoir tyrannique*, PUF (Coll. Fondements de la politique), Paris, 1999.
- F. Ost et M. van Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, Bruxelles, 2010.
- M. Padoue (de) (trad., intro. et comm. par J. Quillet), *Le défenseur de la paix*, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1968.
- P. Pasquino, *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Odile Jacob, Paris, 1998.
- A. Passerin d'Entrèves, *La notion de l'Etat*, Ed. Sirey, Paris, 1969.
- I. Pernice, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Ed. Pedone (Coll. Cours & Travaux), Paris, 2004.
- C. Perruso, K. Martin-Chenut et M. Delmas-Marty, *Sur les chemins d'un jus commune universalisable*, Mare & Martin (Coll. ISPJS), Paris, 2021.
- P. Pescatore, *Le droit de l'intégration:  mergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruylant (coll. Droit de l'Union européenne), Bruxelles, 2005 (rééd. 1972).
- J. Picq, *Politique et religion. Relire l'histoire, éclairer le présent*, Presses de SciencesPo, Paris, 2016.
- Publius (J. Madison, A. Hamilton, J. Jay), *The Federalist Papers*, 1788 [Disponible en ligne sur le site du Congrès des Etats-Unis : <https://guides.loc.gov/federalist-papers/full-text>].
- H. Qazbir, *L'internationalisation du droit constitutionnel*, Dalloz (Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses), Paris, 2015.
- J.-L. Quermonne, *L'Union européenne dans le temps long*, Presses de SciencesPo (Coll. La bibliothèque du citoyen), Paris, 2008.

- T. Racho (dir. Cl. Blumann), *Le système européen de protection des droits fondamentaux*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit européen, Université Paris-II (Panthéon-Assas), 2018.
- F. Rapp, *Le Saint Empire romain germanique. D'Otton le Grand à Charles Quint*, Tallandier, Paris, 2000.
- M.-J. Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, Economica (coll. Droit public positif), Paris, 1992.
- N. Reich, *Perdre la Terre*, Seuil (Coll. Points), Paris, 2019.
- D. Richet, *La France moderne : l'esprit des institutions*, Flammarion (coll. Champs Histoire), Paris, 1973 (rééd. 2009).
- A. Rigaudière :
 - *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, Economica (Coll. Corpus Histoire du droit), Paris, 2006, 3e éd.
 - *Penser et construire l'Etat dans la France du Moyen-Âge (XIIIe-XVe siècle)*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, Paris, 2003.
- D. Rojas (dir. A. Levade), *L'utilisation de la notion d'identité constitutionnelle. Recherche axée sur les acteurs de la mobilisation de l'identité constitutionnelle nationale dans l'Union européenne*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit public, Univ. Paris-Est, 2019.
- J. Romilly (de), *La loi dans la pensée grecque, des origines à Aristote*, Les Belles Lettres, Paris, 2001.
- P. Rosanvallon :
 - *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximités*, Seuil, Paris, 2008.
 - *Le capitalisme utopique. Histoire de l'idée de marché*, ed. du Seuil (coll. Points/Essais), Paris, 1999.
 - *Le Peuple introuvable : Histoire de la représentation démocratique en France*, Folio (Histoire), Paris, 2002.
- J.J. Rousseau, *Du contrat social*, Livre II, Chap. II [*Œuvres complètes*, NRF (Bibl. de la Pléiade), Paris, 1964].
- N. Roussellier, *La force de gouverner*, Gallimard (coll. NRF Essais), Paris, 2015.
- G. Sacriste, *La République des constitutionnalistes*, Presses de SciencesPo, Paris, 2011.
- S. Sassen :
 - *Cities in a World Economy*, Pine Forge Press (coll. Sociology for a New Century), Thousand Oaks (Etats-Unis), 2e ed., 2000.

- *Critique de l'Etat. Territoire, Autorité et Droits de l'époque médiévale à nos jours*, Demopolis (Le Monde Diplomatique), Paris, 2009.
- J.-E. Schoettl, *La démocratie au péril des prétoires. De l'Etat de droit au gouvernement des juges*, Gallimard / Le Débat, Paris, 2022.
- E.-J. Sieyès :
 - *Qu'est-ce que le tiers état ?* (1789), Flammarion (coll. Champs classiques), Paris, 2018.
 - *Préliminaire de la Constitution françoise : reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme & du citoyen*, Baudouin, Paris, 1789, p. 34. [consultable sur Gallica : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k41690g/f26.image.texteImage>].
- N. Sild (dir. S. Rials), *Le Gallicanisme et la construction de l'Etat (1563-1905)*, Thèse de doctorat en droit public, Paris II (Panthéon-Assas), Paris, 2015.
- Q. Slobodian, *Globalists: The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Harvard University Press, Cambridge (EUA), 2018.
- C. Spector, *No Demos. Souveraineté et démocratie à l'épreuve de l'Europe*, Seuil (Coll. L'ordre philosophique), Paris, 2021.
- C. Schmitt, *Théologie politique*, Gallimard (Coll. Bibliothèque des Sciences humaines), Paris, 1988.
- J. Terrel, *Thomas Hobbes, philosophe par temps de crise*, PUF (coll. CNED), Paris, 2012.
- M. Tetu (dir. D. Mongoin), *La catégorie juridique des droits et libertés*, Thèse pour l'obtention du titre de docteur en droit, Université Jean Moulin (Lyon 3), 2020.
- H. Tourard, *L'internationalisation des Constitutions nationales*, LGDJ (Coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique), Paris, 2000.
- G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Dalloz (Nouvelle Bibliothèque de Thèses), Paris, 2006.
- M. Troper :
 - *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ (Coll. Anthologie du droit), Paris, 2015.
 - *La philosophie du droit*, PUF (Coll. QSJ?), Paris, 2014 (3e éd.).
- W. Twining :
 - *Globalisation and Legal Theory*, Buttersworths, Londres, 2000.
 - *General jurisprudence. Understanding Law for a Global Perspective*, Cambridge UP, 2009.
- Université de Paris-2, *La Constitution et l'Europe, Journées d'études du 25 mars 1992 au Sénat*, Montchrestien, Paris, 1992.

- N. Walker, *Relocating Sovereignty*, Routledge, Londres, 2006.
- A. M. Waltermann, *Relocating Sovereignty*, Springer (Law and Philosophy Library), Cham (Suisse), 2019.
- M. Wilks, *The problem of sovereignty in the later Middle Ages*, Cambridge University Press, Cambridge (Royaume-Uni), 1963.

IV. Ouvrages collectifs.

- A. Berramdane, W. Cremer, A. Puttler, J. Rossetto (dir.), *Quel avenir pour l'intégration européenne ?*, Presses universitaires François-Rabelais, Tours (France), 2010.
- J.-C. Bonichot et J. Morand-Deville (dir.), *Mondialisation et globalisation des concepts juridiques : l'exemple du droit de l'environnement*, Mission de recherche « Droit & Justice », novembre 2008.
- Ch. Boutayeb (sous la dir.), *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2013.
- S. Cassella, V. Lasserre, B. Lecourt (sous la dir.), *Le droit souple démasqué: articulation des normes privées, publiques et internationales*, Éditions A. Pedone, Paris, 2018.
- R. Chemain et A. Pellet (sous la dir.), *La Charte des Nations Unies, une Constitution mondiale ?*, Pedone (Coll. Cahiers internationaux), Paris, 2006.
- M. Disant, G. Lewkowicz, P. Türk (sous la dir.), *Vers des standards constitutionnels mondiaux*, Bruylant (Coll. Penser le droit), Bruxelles, 2018.
- B. François et A. Vauchez (dir.), *Pour une sociologie politique de l'indépendance*, Presses universitaires du Septentrion (Coll. Espaces politiques), Villeneuve d'Ascq (France), 2020.
- H. Gaudin (sous la dir.), *La Constitution européenne de la France*, Dalloz (coll. Thèmes et commentaires), Paris, 2017.
- F.-V. Guiot (sous la dir.), *La souveraineté européenne. Du discours politique à une réalité juridique ?*, Mare & Martin (Coll. Horizons européens), Paris, 2022.
- S. Hennette-Vauchez, J.-M. Sorel (sous la dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Bruylant (Coll. Colloques), Bruxelles, 2011.
- P. Jensel-Monge, A. Vidal-Naquet (sous la dir. de), *Du pouvoir exécutif au pouvoir gouvernant. Réflexions sur la notion de pouvoir exécutif à partir de la Ve République*, Mare&Martin (Coll. Droit public), Paris, 2021.

- A. Le Quinio (dir.), *Les réactions constitutionnelles à la globalisation*, Bruylant (Coll. A la croisée de droits), Bruxelles, 2016.
- Ch. Lebeau (dir.), *L'espace du Saint-Empire. Du Moyen Âge à l'époque moderne*, Presses universitaires de Strasbourg (Coll. Sciences de l'histoire), Strasbourg (France), 2019.
- D. Maus et O. Passelecq (dir.), *Le traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales. Actes du colloque international, Paris, 10 décembre 1997*, La Documentation française, Paris, 1997.
- M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. E. Casas Baamonde (dir.), *Comentarios a la Constitución Española. Tomo II*. Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018.
- M. Torre-Schaub (sous la dir.), *Droit et changement climatique : comment répondre à l'urgence climatique. Regards croisés à l'interdisciplinaire*, Mare&Martin (Coll. de l'Institut des sciences juridiques et philosophiques de la Sorbonne), Paris, 2020.
- N. Walker (sous la dir.), *Sovereignty in transition*, Hart Publishing, Oregon (EUA), 2003.

V. Articles, contributions et chapitres d'ouvrages.

- Y. Aguila, M.-C. de Bellis, « Un Martien aux Nations Unies, ou réflexions naïves sur la gouvernance mondiale de l'environnement », *Revue européenne de droit*, Année 02, mars 2021, p. 113 et s.
- V. Alibert-Fabre, « La pensée constitutionnelle du général de Gaulle à « l'épreuve des circonstances » », *RFSP*, n°5, 1990, p. 699 et s.
- J. Bailly, « The democratic quality of European Citizens' panel. Conference on the Future of Europe », *CEVIPOL*, Working Papers 2023/1 (n° 1), p. 2 et s.
- S. Battini, « The Globalisation of Public Law », *ERPL/REDP*, Vol. 18, n°1, 2006, p. 27 et s.
- D. Baranger :
 - « Comprendre le « bloc de constitutionnalité » », *JP*, n°21, juill. 2018 (La jurisprudence du Conseil Constitutionnel et les différentes branches du droit), juillet 2018.
 - « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *JP*, juillet 2013 (Constitutions écrites dans l'histoire).
- S. Baume, « Le Parlement face à ses adversaires », *RFSP*, vol. 56, n° 6, décembre 2006, p. 985 et s.

- R. Baumert, « Validité et justice constitutionnelle », in T. Hochmann, X. Magon et R. Ponsard (sous la dir. de), *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, Mare & Martin (coll. Le sens de la science), Paris, 2019, p. 307 et s.
- Ch. Béal, « Introduction générale », in Ch. Béal (textes réunis par), *Philosophie du droit. Norme, validité et interprétation*, Vrin (coll. Textes clés de philosophie du droit), Paris, 2015, p. 3 et s.
- O. Beaud :
 - « A propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits*, 1991, n°14.
 - « Carré de Malberg, juriste alsacien. La biographie comme élément d'explication d'une doctrine constitutionnelle », in O. Beaud, P. Wachsmann, (dir.) *Science juridique française et science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la faculté de droit de Strasbourg, Nouvelle Série, n°1, Presses universitaires de Strasbourg, 1997.
 - « Préface. Carl Schmitt ou le juriste engagé », in C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF (coll. Quadrige), Paris, 1993, p. 5 et s.
 - « Carl Schmitt, juriste nazi ou juriste qui fut nazi. Tentative de réexamen critique », *Droits*, 2004/2 (n° 40), p. 207 et s.
 - « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat », *JP*, n°3, Décembre 2009 (Autour de la notion de Constitution).
 - « Propos introductifs », *JP*, n° 14, juin 2015 (Peut-on penser juridiquement l'Empire comme forme politique ?).
 - « La répartition des compétences dans une Fédération : essai de reformulation du problème », *JP*, n°6, juillet 2016 (Foundations of Public Law).
 - « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et ses approximations », *JP*, n°21, juillet 2018 (La jurisprudence du Conseil Constitutionnel et les différentes branches du droit).
- V. Berger, « Les Cours constitutionnelles et la Cour européenne des droits de l'homme », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°32, juillet 2011.
- Y. Bertoncini, T. Chopin, « La « FrancEurope » 70 ans après la déclaration Schuman : projet commun ou projection nationale ? (I) », *Le Grand continent*, 8 mai 2020.
- J. J. Bienvenu, « Les origines et de développement de la doctrine », *LRA*, 50e Année, 1997, p. 13 et s.
- G. Bigot, « La théorie de l'État en France face à son histoire », *Pouvoirs*, n°177, avril 2021, p. 5 et s.

- M.-P. Blin-Franchomme, « Quel rôle pour l'entreprise après l'Accord de Paris? », *RJE*, 2017/ HS17 (n° spécial), p. 121 et s.
- O. Bobineau et P. N'Gahane, « Annexe 2. Auctoritas et potestas », in *La voie de la radicalisation*, Armand Colin, Paris, 2019, p. 177 et s.
- A. von Bogdandy, « Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany », *Harvard Int'l L. J.*, 47 (1), 2006, p. 223 et s.
- C. Bon-Compagni, « Introduction », in P. Rossi (rec. par A. Porée), *Œuvres complètes. Cours de droit constitutionnel professé à la Faculté de droit de Paris, vol. 1*, Librairie Guillaumin et C°, Paris, 1877, p. I et s.
- I. Boucobza, « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, n°143, nov. 2012, p. 86 et s.
- E. Bourdoncle, « Impérialisme et Union européenne, possibilités et réalités », *Droits*, 2018/1, n° 67, p. 89 et s.
- J.P. Brancourt, « Des « Etats » à l'Etat: évolution d'un mot », *APD*, Tome 21, 1976, p. 39 et s.
- Y. Bréchet, « L'expert, le conseiller, le décideur », in P. Rosanvallon (dir.), *Science et démocratie*, Odile Jacob (Coll. «Colloque annuel du Collège de France»), Paris, 2014, p. 65 et s.
- E. Bruce-Rabillon, « Débats : le droit étatique saisi par la supranationalité normative? », *Politéia*, n°25, 2014, p. 181 et s.
- G. Cahin, « Limitation du pouvoir constituant : le point de vue de l'internationaliste », *Civitas Europa*, 2014/1 (n°32), p. 55 et s.
- G. Carcassonne, « Penser la loi », *Pouvoirs*, n°114, sept. 2005, p. 39 et s.
- A. Cassese, «Remarks on Scelle's Theory of «Role Splitting» (dedoublement fonctionnel) in International Law», *EJIL*, (1990) 210, p. 212 et s.
- S. Cassese, V. Wright, « La restructuration des Etats en Europe occidentale », in *La recomposition de l'Etat en Europe*, La découverte (coll. Recherches), Paris, 1996, p. 18 et s.
- M. Casteigts, « La crise existentielle des Etats. Entre recomposition de la souveraineté et métamorphose des frontières », in D. Renders et M. Verdussen (sous la dir. De), *Les visages de l'État. Liber amicorum Yves Lejeun*, Bruylant, Bruxelles, 2017, p. 196 et s.
- V. Champeil-Desplats, « Constitutionalization outside of the State? A constitutionalist's point of view », in A. Lyon-Caen, J.-Ph. Robé et S. Vernac, *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, Routledge (Coll. Globalisation, Law and Policy) Londres, 2016, p. 166 et s.

- M. Chemillier-Gendreau, « Le concept de souveraineté a-t-il encore un avenir ? », *RDP*, n°5, 2014, p. 1283 et s.
- G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss, « La Cour européenne des droits de l’homme et le droit international », *AFDC*, 55-2009, p. 765 et s.
- M.-A. Cohendet, M. Fleury, « Droit constitutionnel et droit international de l’environnement », *RFDC*, 2020/2, n° 122, p. 271 et s.
- J. Combacau :
 - « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l’Etat », *Pouvoirs*, n°67, nov. 1993, p. 47 et s.
 - « La souveraineté internationale de l’Etat dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°9 (Dossier : souveraineté de l’Etat et hiérarchie des normes), février 2001.
- M.-C. Considère-Charon, « L’Irlande et la Cour Européenne des Droits de l’Homme », in M. Pelletier, *Irlande vision(s) / révision(s)*, Presses universitaires François-Rabelais, Tours (France), 1998, p. 149 et s.
- Ph. Crignon, « La résistible invention d’une nouvelle forme politique. L’échappée européenne », *Incidences*, n°10 (automne 2014), p. 1 et s.
- V. Darling, « Reflexiones sobre el poder destituyente de los movimientos sociales en América Latina », *Andamios*, Vol. 10, n°21, janv./avr. 2013, p. 303 et s.
- L. Dechâtre, « Karlsruhe et le contrôle *ultra vires* : une « source de miel » pour adoucir la très acidulée décision *Lisbonne* », *RAE*, 2011, n°4, p. 861 et s.
- J. R. Déchaux, « Le pouvoir constituant international. Du discours politique à la proposition juridique », in M. Fatin-Rouge Stefanini (sous la resp. scientifique de), *Internationalisation du droit constitutionnel et constitutionnalisation du droit international : réflexions sur quelques interactions entre droit constitutionnel et droit international*, Les cahiers de l’Institut Louis-Favoreu (n°4), PUAM, p. 82 et s.
- J. Dehaussy, « Préface », in Ch. Apostolidis, H. Tourard (sous la dir. de), *Actualité de Georges Scelle*, Editions Universitaires de Dijon (coll. Institutions), Dijon (France), 2013, p. 5 et s.
- L. Delbez, « Le concept d’internationalisation », *RGDIP*, 1967, p. 5 et s.
- B. Delcourt, « La séduction du concept d’impérialisme libéral auprès des élites européennes : vers une redéfinition de la politique étrangère de l’Union européenne ? », in E. Jouannet, H. Ruiz

Fabri (sous la dir. de), *Impérialisme et droit international en Europe et aux Etats-Unis*, Société de législation comparée, UMR de Droit comparé de Paris, vol. 13, 2007, p. 80 et s.

- M. Delmas-Marty, « À l'ère du coronavirus, gouverner la mondialisation par le droit », in *legrandcontinent.eu* [En ligne : <https://legrandcontinent.eu/fr/2020/03/18/coronavirus-mondialisation-droit-delmas-marty/>].
- M. Delmas-Marty, H. Pascal et V. Rotaru, « Gouverner la mondialisation », *RED*, année 02, mars 2021, p. 1 et s.
- J.-M. Denquin :
 - « Que veut-on dire par « démocratie »? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *JP*, n°2, mars 2009 (Droit, politique et justice constitutionnelle).
 - « L'objet du droit constitutionnel : Etat, Constitution, Démocratie ? », in D. Chagnollaude et M. Troper (sous la dir. de), *Traité international de droit constitutionnel, Tome 1*, Dalloz (coll. Traités Dalloz), Paris, 2012, p. 39 et s.
- O. Deparis, « La Cour suprême au Royaume-Uni et la question de constitutionnalité », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°32 (Dossier : Royaume-Uni), juillet 2011.
- M. Disant, « L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel - Permanence et actualité(s) », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°28, juillet 2010.
- G. Dor, « Contribution à l'étude du problème de l'internationalisation des règles du droit public interne », in *Mélanges offerts à Ernest Mahaim*, Tome II (Sciences juridiques), Sirey, Paris, 1935, p. 115 et s.
- E. Dubout :
 - « Une question de confiance : nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *RDLF*, 2015, chron. n°09.
 - « « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC*, 2010/3 (n°83), p. 451 et s.
- A. Duffy-Meunier, « La Cour suprême au Royaume-Uni après le Constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *JP*, n°9, juillet 2013 (Constitutions écrites dans l'histoire).
- L. Duguit, « The Law and the State », *HLR*, Vol. XXXI, 1917-1918, p. 1 et s.
- S. Dumitru, « Qu'est-ce que le nationalisme méthodologique ? Essai de typologie », *Raisons politiques*, 2014/2 (n° 54), p. 9 et s.
- H. Dumont, « La question de l'État européen du point de vue d'un constitutionnaliste », *Droit et société*, 53-2003, p. 32 et s.

- P.-M. Dupuy, « Humanité, Communauté et efficacité du droit », in *Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy*, Ed. A. Pedone, Paris, 1991, p. 146 et s.
- G. Duso, « La *maiestas populi* chez Althusius et la souveraineté moderne » in G. Mario Cazzaniga et Y.C. Zarka, *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine (I)*, Edizione ETS, Pise (Italie) / Librairie philosophie J. Vrin, Paris, 2001, p. 102 et s.
- Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *ADP*, n°11, 1966, p. 25 et s.
- J. Ellul, « Remarques sur les origines de l'État », *Droits*, n°15, 1992, p. 11 et s.
- B. Fassbender, «The United Nations Charter as the Constitution of the International Community», *Colum. J. Transnat'l L.*, 36 (1998), p. 529 et s.
- L. Favoreu, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n°67, Nov. 1993, p. 71 et s.
- C. Fercot, « Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit allemand. Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de Karlsruhe et regards sur le droit français », *RFDC*, 2007/3 n° 71, p. 639 et s.
- M. Fromont, « La diversité de la justice constitutionnelle en Europe », in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n°9, 2005, p. 89 et s.
- O. Frouville (de) :
 - «Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international », in S. Henneville-Vauchez et J.-M. Sorel (sous la dir. de), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisé le monde ?*, Bruylant (Coll. Colloques), Bruxelles, 2011, p. 200 et s.
 - « Présentation », in A. Peters, *Humanisme, constitutionnalisme, universalisme. Etudes de droit international et comparé*, Ed. Pédone (Coll. IREDIES), Paris, 2019, p. 5 et s.
 - « Le changement en droit international public : la souveraineté est-elle toujours au fondement du droit international ? », in *Revue de droit d'Assas*, n°10, février 2015, p. 199 et s.
 - P. Gaïa :
 - « Le Conseil constitutionnel peut-il encore résister à l'Europe ? », *RFDC*, 2014/4 (n°100), p. 921 et s.
 - « Le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et les normes internationales : duel ou duo ? », *RFDC*, 2021/1, n° 125, p. 3 et s.
 - « Le Conseil constitutionnel est-il encore le gardien de la souveraineté nationale ? », *Politéia*, n°25 (2014), p. 209 et s.
- P.-M. Gaudemet, « Paul Laband et la doctrine française », *RDP*, 1989, p. 957 - 979. J.-C.

- J.-C. Gautron, « L'influence des Communautés européennes sur les structures du pouvoir politique français depuis 1958 », in *Mélanges offerts à G. Burdeau, Le Pouvoir*, LGDJ, Paris, 1977, p. 430 et s.
- B. Genevois, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°7 (dossier : la hiérarchie des normes), décembre 1999.
- J.-F. Giacuzzo, « Un regard sur les publicistes français montés au « front intellectuel » de 1914-1918 », in *JP*, n°12, juillet 2014 (Histoire du droit public allemand).
- Ch. Giannopoulos, « L'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDLF*, 2018, thèse n°02.
- S. Granata-Menghini, « La Commission de Venise du Conseil de l'Europe : méthodes et perspectives de l'assistance constitutionnelle en Europe », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/2-3 (n° 55-56), p. 69 et s.
- S. Greer, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Ed. du Conseil de l'Europe, Strasbourg (France), juillet 2000, p. 1 et s.
- D. Grimm :
 - « La souveraineté », in M. Troper et D. Chagnollaud, *Traité international de droit constitutionnel, Tome 1*, Dalloz (Coll. Traités), Paris, 2012, p. 548.
 - « Les acquis du constitutionnalisme et ses perspectives dans un monde changé », *Trivium*, 30/2019.
- G. Grunberg « Le clivage sur l'Europe l'emportera pendant une longue période sur le clivage gauche-droite », *Commentaire*, 2012/4 (Numéro 140), p. 1161 et s.
- G. Guillaume, « L'unité du droit international public est-elle aujourd'hui en danger ? », *RIDC*, 2003, 55-1, p. 20 et s.
- M. Guimezane, « Les transitions constitutionnelles « internationalisées » : étude de droit interne », *RFDC*, 2015/04 (N°104), p. 801 et s.
- M. Guyomar, « La Cour européenne des droits de l'homme, garante du respect du principe de proportionnalité : le « contrôle du contrôle » », *RJA*, N°24, ENM, déc. 2020, p. 11 et s.
- C.-M. Herrera, « Georges Scelle et Hans Kelsen : la construction d'une doctrine internationaliste, entre science et politique », in Ch. Apostolidis, H. Tourard (sous la dir. de), *Actualité de Georges Scelle*, Editions Universitaires de Dijon (coll. Institutions), Dijon (France), 2013, p. 35 et s.

- T. Hochmann, « Le constitutionnalisme global », *RFDC*, 2019/4 (n°120), p. 885 et s.
- O. Iteanu, « L'Icann, un exemple de gouvernance originale ou un cas de law intelligence ? », *Les cahiers du numérique*, 2002/2 (Vol.3), p. 145 et s.
- J. H. Jackson, « Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept », *AJIL*, Vol. 97, n°4, oct. 2003, p. 782 et s.
- R. Jackson, « Sovereignty in World Politics : a Glance at the Conceptual and Historical Landscape », in N. Walker (ed.), *Relocating Sovereignty*, Ashgate/Dartmouth, UK, 2006, p. 5 et s.
- P. Jaillet, « L'indépendance des banques centrales, un concept caduc ? », Institut Jacques Delors, Policy paper n°246, décembre 2019.
- M. W. Janis, « The Nature of Jus Cogens », *Connecticut Journal of International Law* (359), 1988, p. 359 et s.
- O. Jouanjan :
 - « Carl-Friedrich Gerber et la constitution d'une science du droit public allemand », in O. Beaud et P. Wachsmann (sous la dir. de), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1970 à 1918*, Presses Universitaires de Strasbourg (Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg), Nouvelle série n°1, 1997, p. 11 et s.
 - « Présentation. L'esprit de l'Ecole historique du droit », in O. Jouanjan (textes réunis par), *L'esprit de l'Ecole historique du droit. Textes inédits en français de F. C. von Savigny et G. F. Puchta*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, Nouvelle série, n°7, 2004, p. 3 et s.
 - « Les droits publics subjectifs et la dialectique de la reconnaissance : Georg Jellinek et la construction juridique de l'État moderne », *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, n°46-1, 2014, p. 51 et s.
 - « Prendre le discours juridique nazi au sérieux ? », *RIEJ*, 2013/1, Vol. 73, p. 1 et s.
- C. Jouin, « Préface » in C. Jouin (sous la dir. de), *La Constitution matérielle de l'Europe*, Ed. Pédone (Coll. Europe), Paris, 2019, p. 5 et s.
- H. Kelsen, « Sovereignty », in S. L. Paulson et B. Litschweski Paulson, *Normativity and Norms. Critical Perspectives in Kelsenian Themes*, Oxford University Press, Oxford (R.-U.), 1999, p. 524 et s.
- Y. Kerbrat et X. Philippe, « Internationalisation du droit constitutionnel et constitutionnalisation du droit international. Entretien croisés », in M. Fatin-Rouge Stéfanini (sous la resp. scientif. de), *Internationalisation des constitutions et constitutionnalisation du droit international : réflexions*

sur quelques interactions entre droit constitutionnel et droit international, PUAM (Coll. Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu), Aix-Marseille (France), n°4.

- J.-F. Kervégan, « La critique schmitienne du normativisme kelsénien », in C.-M. Herrera (sous la dir. de), *Le droit, le politique, autour de Max Weber, Hans Kelsen et Carl Schmitt*, L'Harmattan, Paris, 1995, p. 146 et s.
- J. Klabbers, « Book Review : Bardo Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2009) 215 & xi pp », *International Organizations Law Review*, 6 (2009), p. 672 et s.
- L. Klein, « Démocratie constitutionnelle et constitutionnalisme démocratique : essai de classification des théories juridiques de la démocratie », *RFDC*, 2017/1 (N° 109), p. 121-141.
- M. Koskeniemi and P. Leino, « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties », *LJIL*, 15 (2002), p. 553 et s.
- J. Krynen, « La souveraineté avant Bodin : le moment Philippe Le Bel », in F.-V. Guiot, *La souveraineté européenne. Du discours politique une réalité juridique ?*, Mare&Martin (Coll. Horizons européens), Paris, 2022, p. 33 et s.
- S. Laghmani, « Le jus cogens et la cohérence de l'ordre juridique international », in R. Ben Achour et S. Laghmani (sous la dir. de), *Les droits de l'Homme : une nouvelle cohérence pour le droit international ?*, Pedone, Paris, 2008.
- P. Lamy :
 - « Répondre à la crise du multilatéralisme par le polylatéralisme », *RED*, Année 02, mars 2021, p. 26-29.
 - « Vers un partage des responsabilités et une plus grande cohérence: droits humains, commerce et politique macroéconomique », *Colloque sur les droits humains dans l'économie globale*, co-organisé par le Conseil international sur les politiques des droits humains et *Realizing rights*, Genève, 13 janvier 2010.
- Ch. Langenfeld, « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°2 (Titre VII), avril 2019.
- F. Larnaude :
 - « Notre programme », *RDP*, Tome 1er, 1ère année, 1894, p. 1 et s.
 - « Préface à l'édition française », in P. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1900, p. I et s.

- A. Le Divellec, A. Levade, C.-M- Pimentel, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles - Avant-propos », in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°27 (Dossier : le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles), janvier 2010.
- N. Lenoir, « Le nouvel ordre constitutionnel en Afrique du Sud », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°1, déc. 1996.
- A.-M Le Pourhiet, « Définir la démocratie », *RFDC*, 2011/3 (n° 87), p. 453 et s.
- M. Leroy, « Requiem pour la souveraineté, anachronisme pernicieux », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, T. 1, Bruylant (Coll. de la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles), Bruxelles, 1992, p. 91 et s.
- A. Levade :
 - « Le Conseil constitutionnel et l'Union européenne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Hors-série - Colloque du cinquantenaire, 30 novembre 2009.
 - « Constitution et Europe ou le juge constitutionnel au cœur des rapports de système », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°18 (Dossier : Constitution et Europe), juillet 2005.
 - «Renvoi préjudiciel versus Question prioritaire de constitutionnalité : la Cour de cassation cherche le conflit!», *Droits*, 2010, p. 1254 et s.
- A. Levade et B. Mathieu, « L'internationalisation du droit constitutionnel. Acteurs-domaines-techniques », *ERPL/REDP*, Vol. 18, n°1, 2006, p.161 et s.
- V. Lobier, « La protection équivalente des droits fondamentaux en Europe », *RDLF*, 2017, thèse n°01.
- M. Luciani, « La Cour constitutionnelle italienne », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1992, p. 161 et s.
- N. MacCormick, « Beyond the Sovereign State », *Modern Law Review*, Vol. 56, n°1, 1993, p. 1 et s.
- L. Maertens, « Climatizing the UN Security Council » , *International Politics*, 58, (2021), p. 640 et s.
- X. Magnon :
 - « Souveraineté, identité, et Europe : autour des articles 1, 2 et 3 de la Constitution. De l'échec d'une formalisation d'une souveraineté interne à une reconnaissance inévitable d'une souveraineté internationale de l'Etat », in H. Gaudin (sous la dir. de), *La Constitution européenne de la France*, Dalloz, (Coll. Thèmes & commentaires), Paris, 2017, p. 68-86

- « La Constitution nationale dans un contexte européen intégré : quelles lectures de la souveraineté et de l'identité ? », in *Politéia*, n°36 (2019), p. 260 et s.
- « Le droit en dehors de l'Etat et les rapports entre ordres normatifs chez Kelsen », in *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, Mare & Martin, (coll. Le sens de la science), Paris, 2019, p. 405 et s.
- X. Magnon et A. Vidal-Naquet, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », in *Les cahiers Portalis*, n°6, décembre 2018, p. 107 et s.
- G. Mairet, « Présentation », in J. Bodin, *Les Six Livres de la République* (abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583), Librairie générale française, Paris, 1993, p. 4 et s.
- K. Malettke, « Les traités de paix de Westphalie et l'organisation politique du Saint Empire romain germanique », in *Dix-septième siècle* 2001/1 (n° 210), p. 113 et s.
- G. Marti :
 - « Ce que l'Union européenne fait à l'État. Recherches sur l'incidence de l'appartenance à l'Union européenne sur les États-nations », *Civitas Europa*, 2017/1 (n°38), p. 321 et s.
 - « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », in B. Bertrand et L. Clément-Wilz, *Méthodes et stratégies dans l'Union européenne*, Presses Universitaires de Rennes (Coll. Droits européens), Rennes (France), 2021, p. 239 et s.
- R. Maspétiol, « Droit de propriété, puissance souveraine et révolution industrielle au XVIIe siècle » in *ADP*, n°7, 1962, p. 247 et s.
- B. Mathieu :
 - « Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°15 (Dossier : Constitution et environnement), 2004.
 - « La guerre des juges n'aura pas lieu. A propos de la décision n°2010-605 DC du Conseil constitutionnel », *JCP*, 2010, p. 1077 et s.
 - « Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme : Coexistence – Autorité – Conflits – Régulation », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°32, juillet 2011.
 - « Repenser le droit constitutionnel ? », in B. Bonnet (sous la dir. de), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, Paris, 2016, p. 827 et s.
- E. Maulin, « Préface », in R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Dalloz (Coll. Bibliothèque de Dalloz), Paris, 2003, (réimpr. 1920-1922).

- C. Maurel, « Kofi Annan, un parcours de plus de 40 ans au sein de l'ONU », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, 142 / 2019, p. 103 et s.
- N. Maziau, « L'internationalisation du pouvoir constituant. Essai de typologie : le point de vue hétérodoxe du constitutionnaliste », *RGDIP*, 2002, p. 549 et s.
- F.-X. Millet, « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA*, 2012, p. 307 et s.
- B. Mirkine-Guetzévitch, « Les nouvelles tendances du droit constitutionnel, Le renforcement de l'exécutif et le régime parlementaire », *RDP*, 1930, p. 490 et s.
- F. Melleray, « Léon Duguit et Georges Scelle », *RHFD*, 2000, n°21, p. 45 et s.
- C. Meurant, « Les avis du Conseil d'Etat relatifs aux engagements internationaux de la France », *RFDA*, n°1, 2023, p. 169 et s.
- F. Moderne « Préface », in L. Duguit, *L'ETAT, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz, (coll. Bibliothèque Dalloz), Paris, 2003 (réimpr. 1901)), p. I et s.
- C. Mongouachon, « Les débats sur la Constitution économique en Allemagne », *RFDC*, 2012/2 (n°90), p. 303 et s.
- S. Monnier, « Droit constitutionnel et droit communautaire », *RFDC*, 2006/4 (n°68), p. 856 et s.
- B. Nabli, « L'Union des Etats et les Etats de l'Union », in *Pouvoirs*, n°121, avril 2007, p. 113 et s.
- F. Ost, M. Van de Kerchove, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », in Fr. Chazel et J. Commaille (sous la dir. de), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, Paris, 2011, p. 67 et s.
- E. Palan, « Tax Havens and the Commercialization of State Sovereignty », *International Organization*, Vol. 56, n°1, 2002, p. 151 et s.
- A. Paravicini Bagliani, « Chapitre II. La suprématie pontificale (1198-1274)», in J.-M. Mayeur, Ch. et L. Pietri, A. Vauchez, M. Venard, *Histoire du christianisme des origines à nos jours, tome V. Apogée de la papauté et expansion de la chrétienté (1054-1274)*, Desclée, Paris, 1993, p. 577 et s.
- P. Pasquino, « Constitution et pouvoir constituant : le double corps du peuple », in V. Denis, J. Salem, P.-Y. Quiviger, (dir.) *Figures de Sieyès*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2008, p. 13 et s.
- P. Pescatore, « La souveraineté dans une société d'inégaux, pouvoir suprême... coalisable, partageable, divisible, intégrable... responsable ? Justiciable ? », *Mélanges en l'honneur de*

Jean-Pierre Puissochet. *L'Etat souverain dans le monde d'aujourd'hui*, A. Pedone, Paris, 2008, p. 231 et s.

- A. Peters :
 - « Compensatory Constitutionnalism : The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures », *LJIL* n°19, Issue 3, 2006, p. 579 et s.
 - « Le constitutionnalisme global : Crise ou consolidation ? », in *JP*, n°19, janvier 2018 (Constitutionnalisme global).
 - « L'humanité, l' α et l' Ω de la souveraineté », in A. Peters, Humanisme, constitutionnalisme, universalisme. Etudes de droit international et comparé, Ed. Pedone (Coll. Doctrine(s)), Paris, 2019, p. 109 et s.
- Y. Petit, « Le droit international de l'environnement a la croisée des chemins : globalisation versus souveraineté nationale », *RJE*, 2011/1 (Vol. 36), p. 31-55.
- O. Pfersmann :
 - « Normes juridiques et relativisme politique en démocratie » , *Cités*, 2011/3-4 (n°47-48), p. 275 et s.
 - « Après Michel Villey, la philosophie du droit aujourd'hui », in *Cités*, 2014/2, n° 58, p. 61 et s.
 - « Le paradoxe politique de la conception constitutionnelle au Japon. Le pacifisme comme fondement de la militarisation », *Cités*, 2018/3 (n° 75), p. 89 et s.
- S. Pierré-Caps, « Le constitutionnalisme et la nation », in J.-C. Colliard et Y. Jégouzo (textes rassemblés par), *Le nouveau constitutionnalisme, mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, Paris, 2001.
- S. Pinon, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », in *RIEJ*, 2011/2 (Volume 67), p. 69 et s.
- S. Platon :
 - « L'articulation entre la Charte, les droits fondamentaux nationaux et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *RDUE*, 2020/642, oct.-nov. 2020, p. 553 et s.
 - « Le rejet de l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la CEDH par la Cour de justice : un peu de bon droit, beaucoup de mauvaise foi ? », *RDLF*, 2015, chron. n°13.
- Ch. Raysseguier, « Chapitre IV. La place des juges dans le gouvernement de l'Etat », in L. Golovko et B. Mathieu (sous la dir. de), *Le juge et l'Etat*, Mare&Martin (Coll. de l'ISJPS), Paris, 2018, p. 70 et s.

- S. Rials, :
 - « Régime « congressionnel » ou régime « présidentiel » ? Les leçons de l'histoire américaine », *Pouvoirs*, n°29, avril 1984, p. 45 et s.
 - « La puissance étatique et le droit dans l'ordre international : éléments d'une critique de la notion usuelle de la «souveraineté externe », *ADP*, n° 32, 1987.
- F. Rigaux, « Kelsen et le droit international », in *RBDI*, 1996/2, p. 381 et s.
- A. Rélang, « La dialectique de la fortune et de la virtù chez Machiavel », *ADP*, n°66, 2003, p. 649 et s.
- E. Renan, « Qu'est-ce qu'une nation? », Conférence en Sorbonne, 11 mars 1882 [En ligne sur le site de l'IHEAL : http://www.iheal.univ-paris3.fr/sites/www.iheal.univ-paris3.fr/files/Renan_-_Qu_est-ce_qu_une_Nation.pdf].
- A. Rigaudière :
 - « Préface », A. Gouron et A. Rigaudière (sous la dir.), *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'Etat*, Publications de la société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, Montpellier, 1988, p. 1 et s.
 - « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, n°67, 1993, p. 5 et s.
- Y. Rivière, « Petit lexique de la «réforme» dans l'œuvre de « codification » de Justinien (Autour de la constitution *Deo auctore*) », *Codifications et réformes dans l'Empire tardif et les royaumes barbares, Mélanges de l'Ecole française de Rome*, 125-2, 2013.
- J.-Ph. Robé, « Globalization and constitutionalization of the World Power System », in A. Lyon-Caen, J.-Ph. Robé et S. Vernac, *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, Routledge (Coll. Globalisation, Law and Policy) Londres, 2016, p. 17 et s.
- D. Rousseau :
 - « Pour une gouvernance mondiale démocratique », *Le Grand Continent*, 21 mars 2021.
 - « Pour une gouvernance mondiale démocratique », *RED*, 02, mars 2021 [En ligne : <https://legrandcontinent.eu/fr/2021/03/21/pour-une-gouvernance-mondiale-democratique/>].
 - « Une résurrection: la notion de constitution », *RDP*, n°1, 1990, p. 5 et s.
 - « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel » *Le Débat*, 1997/4, n°96, p. 82 et s.
 - D. Rousseau et H. Gaudin, « Le droit constitutionnel en débat, le droit constitutionnel européen existe-t-il ? », *RDP*, n° 3, 2008, p. 721 et s.

- G. Sacriste et A. Vauchez, « L'Euro-isation de l'Europe. Trajectoire historique d'une politique « hors les murs » et nouvelles questions démocratiques », *Revue de l'OFCE*, vol. 4, n°164.
- S. Sassen, « The Global City: introducing a Concept », *Brown Journal of World Affairs*, Winter/Spring 2005, Vol. XI, Issue 2, p. 25 et s.
- J.-M. Sauvé, « L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ? », *Colloque organisé par le Conseil d'État et la Cour de cassation au Conseil d'État le vendredi 10 avril 2015*.
- J.-L. Schlegel, « Introduction », in C. Schmitt, *Théologie politique*, Gallimard (Coll. Bibliothèque des sciences humaines), Paris, 1988, p. 5 et s.
- C. Schneider, « Politique étrangère et de sécurité commune (PESC) », *Annuaire de droit de l'Union européenne*, 2021, p. 595 et s.
- V. Skouris, « Quelle souveraineté juridique des Etats et de l'Union ? », *RFDA*, 2016, p. 415 et s.
- B. Simma, « La Charte des Nations Unies et le *jus cogens* » in R. Chemain et A. Pellet (sous la dir. de), *La Charte des Nations Unies, une Constitution mondiale ?*, Ed. Pédone (Coll. Cahiers internationaux, n°20), Paris, 2006, p. 200 et s.
- D. Soldini, « Santi Romano, penseur pluraliste et étatiste », *JP*, n°14, juin 2015 (Peut-on penser juridiquement l'Empire comme forme politique ?).
- E. Sommerer, « Le contractualisme révolutionnaire de Sieyès. Formation de la nation et prédétermination du pouvoir constituant », in *RFHIP*, 2011/1 (n° 33), p. 5 et s.
- J.-M. Sorel, « Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international (2) : le côté obscur de la force », in S. Henneville-Vauchez et J.-M. Sorel (sous la dir. de), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisé le monde ?*, Bruylant (Coll. Colloques), Bruxelles, 2011, p. 230 et s.
- B. Sousa Santos (de), « Épistémologies du Sud », *Etudes rurales*, 187/2011, p. 21 et s.
- C. Spector, « La démocratie européenne est-elle possible ? », *Le Grand Continent*, 31 octobre 2019.
- M. Stolleis, « Droit naturel et théorie générale de l'Etat dans l'Allemagne du XIXe siècle », *Le Débat*, 1993/2 n° 74, p. 63 et s.
- A. Stora-Lamarre, « La guerre au nom du droit », in *Revue d'histoire du XIXe siècle*, n°30, 2005.
- G. Teubner, « Constitutionnalisme sociétal : Neuf variations sur un thème de David Sciulli », *JP*, janvier 2018 (Constitutionnalisme global).

- J. Théry, «Chapitre I. Le triomphe de la théocratie pontificale du III^e concile du Latran au pontificat de Boniface VIII (1179-1303)» , in M.-M. De Cevins et J.-M. Matz, *Structures et dynamiques religieuses dans les sociétés de l'Occident latin (1179-1449)*, Presses universitaires de Rennes, Rennes (France), 2010, p. 17 et s.
- S. Torcol, « Le droit constitutionnel européen, droit de la conciliation des ordres juridiques », RFDC, 2016/1, n° 105, p. 101 et s.
- E. Tourme-Jouannet, « La disparition du concept d'Empire », *JP*, n°14, juin 2015 (Peut-on penser juridiquement l'Empire comme forme politique ?).
- M. Troper :
 - « Chapitre II. La souveraineté, inaliénable et imprescriptible », in *Le droit et la nécessité*, PUF (Coll. Léviathan), Paris, 2011, p. 77 et s.
 - « Chapitre III. Les concepts juridiques et l'histoire », in M. Troper, *Le droit et la nécessité*, PUF (Coll. Léviathan), Paris, 2011, p. 255 et s.
 - « L'Europe politique et le concept de souveraineté », in O. Beaud, A. Lechevalier, I. Pernice, S. Strudel, *L'Europe en voie de Constitution*, Bruylant, Bruxelles, 2004.
 - « À quoi sert la séparation des pouvoirs ? Le point de vue de la théorie du droit », *Titre VII*, n°3, oct. 2019.
 - « Sur la théorie juridique de l'Etat », *Le Débat*, n°74 (1993), p. 74 et s.
 - « Séparation des pouvoirs et contrôle de constitutionnalité », Communication au Conseil constitutionnel à l'occasion de l'anniversaire de la Constitution norvégienne, 10/04/2014.
 - « En guise d'introduction : La théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°9 (Dossier : souveraineté de l'Etat et hiérarchie des normes), février 2001.
 - « Chapitre XIII. Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit », in M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Léviathan (PUF), Paris, 1994, p. 199 et s.
 - « Argumentation et explication », *Droits*, n°54, 2011, p. 3 et s.
 - « Chap. X. Système juridique et Etat », in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF (coll. Léviathan), Paris, 1994, p. 161 et s.
 - « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789 », in Conseil constitutionnel, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence. Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, PUF (Coll. Recherches politiques), Paris, 1989.

- E. Tuchscherer, « Le décisionnisme de Carl Schmitt : théorie et rhétorique de la guerre », in M. Senellart et J.-C. Zancarini, *Les discours de la guerre*, ENS ed. (Série : Mots : les langages du politique. Vol 73), Paris, 2003, p. 27 et s.
- K. Tuori, « Vers une théorie du droit transnational », *RIDE*, 2013/1-2 (2021-2022), p. 9 et s.
- G. Tusseau :
 - « Les contraintes intellectuelles de la construction des notions juridiques. L'exemple du concept de pouvoir chez Jeremy Bentham et John Austin », in G. Tusseau (sous la dir. de), *Les notions juridiques*, Economica (Coll. Etudes juridiques), Paris, 2009, p. 57 et s.
 - « Debating Legal Pluralism and Constitutionalism : New Trajectories for Legal Theory in the Global Age », in G. Tusseau (ed.), *Debating Legal Pluralism and Constitutionalism*, Springer (coll. Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law), Cham (Suisse), 2020, p. 1 et s.
- M. Valensise, « La constitution française », in K.M. Baker (ed. by), *The French Révolution and the Création of Modern Political Culture, Vol. I, The Political Culture of the Old Regime*, Oxford / Pergamon Press, New York (Etats-Unis), 1987.
- G. Vedel :
 - « Débat : souveraineté et supra-constitutionnalité », *Pouvoirs*, n°67, nov. 1993, p. 79 et s.
 - « Schengen et Maastricht (A propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *RFDA*, n°2, 1992, p. 173 et s.
- P. Vercauteren, «Chapitre 1. Souveraineté vs interdépendance : que révèle l'interdépendance sur la souveraineté », *Dynamiques de la souveraineté. Communautés et organisations politiques face à la souveraineté*, EMS Ed. (Coll. Questions de société), Caen (France), 2022.
- A. Verdross, « *Jus Dispositivum* and *Jus Cogens* in International Law », *A.J.I.L.*, No. 1 (Jan., 1966), p. 55 et s.
- L. Viellechner, « The transnational Dimension of Constitutional Rights: Framing and Taming 'Private' Governance Beyond the State », *Global Constitutionalism* (2019), 8:3, p. 642 et s.
- M. Villey : « Jusnaturalisme. Essai de définition », *RIEJ*, 1986/2, (Volume 17), p. 25 et s.
- M. Virally, « Sur un pont-aux-ânes : le rapport entre droit international et droits internes », *Mélanges offerts à Henri Rollin*, Ed. Pédone, Paris, 1964, p. 488 et s.
- A. Voßkuhle, « « L'intégration par le droit » – la contribution de la Cour constitutionnelle fédérale », *Trivium*, n°30, 2019.

- N. Walker, « Constitutionalism and Pluralism in Global Context », in M. Avbelj, J. Komárek (ed.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart Publishing, Oxford (R.- U.), 2012, p. 17 et s.
- J.H.H. Weiler, « The State « über alles ». Demos, Telos and the German Maastricht Decision », *Jean Monnet Working Papers*, n°6, 1995 et P.C. Jiménez Lobeira, « EU Citizenship and Political Identity: The Demos and Telos Problems », *ELJ*, Vol. 18, Issue 4, 2012, p. 504 et s.
- L. Wildhaber, « « Constitutionnalisation » et « juridiction constitutionnelle » - le point de vue de Strasbourg », in S. Henneville-Vauchez et J.-M. Sorel (sous la dir. de), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Bruylant (Coll. Colloques), Bruxelles, 2011, p. 94 et s.
- M. A. Wilkinson, « Beyond the Post-Sovereign State ? The Past, Present and Future of Constitutional Pluralism », *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 9/2019.
- M. Xifaras, « Après les Théories Générales de l'État : le Droit Global ? », *JP*, n°8, septembre 2012 (*La théorie de l'État entre passé et avenir*).
- N. Zanon, « La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. V, 1989, p. 177 et s.

VI. Articles de presse et billets de « blogs ».

- W. Abitbol et P.-M. Coûteaux, « Souverainisme, j'écris ton nom », *Le Monde*, 30 septembre 1999.
- G. Abril, « Polonia se rebela contra la justicia europea y coloca el país al borde de la ruptura legal con la UE », *El País*, 7/10/2021.
- K. Annan, « Two concepts of sovereignty », *The Economist*, 18 sept. 1999.
- B. Bertrand, « L'arrêt French Data Network du Conseil d'Etat : un dialogue des juges en trompe l'œil », *Le Club des juristes*, 7 mai 2021.
- F. Chaltiel, « De la méthode fonctionnaliste à la méthode démocratique » publiée par le *Think tank* « Notre Europe » [En ligne : <https://institutdelors.eu/wp-content/uploads/2020/08/methodefouctionnalisteoudemocratiquechaltielneoct12-2.pdf>].
- M. Dupont, « L'insolente santé du souverainisme », *Le Monde*, 11/02/2022.
- F. Escalona, « La « souveraineté », nouveau mot-valise du champ politique », *Médiapart*, 4/05/2020.
- L. Fontaine, « Libéralisme et démocratie ». [En ligne sur le blog de l'auteur : <https://www.ledroitdelafontaine.fr/liberalisme-et-democratie/>].

- *Le Monde* avec *AFP*, « En Pologne, le tribunal constitutionnel juge une partie des traités européens incompatible avec la Constitution », *Le Monde*, 7/10/2021.
- J. Henley et J. Rankin, « Polish court rules EU laws incompatible with its constitution », *The Guardian* 7/10/2021.
- J. Kergoat, « Comment fut rejeté en 1954 le projet d'une Communauté européenne de défense », *Le Monde*, 9 juin 2004.
- Entretien avec A. LeDivellec, « JP : le droit ressaisi par la politique ? ». [En ligne : https://www.nonfiction.fr/articleprint-4108-jus_politicum_le_droit_ressaisi_par_la_politique.html]
- E. Lemaire, « La procédure accélérée ou la regrettable normalisation d'une procédure dérogatoire », JP blog, 5/07/2017.
- « Entretien avec l'auteur : Le pacte fédératif, Essai sur la constitution de la Fédération et sur l'Union européenne », IACL-AIDC blog, 14/03/2023. [En ligne : <https://blog-iacl-aidc.org/just-published/2023/3/14/entretien-avec-lauteur-le-pacte-fdratif-essai-sur-la-constitution-de-la-fdration-et-sur-lunion-europenne>].
- Ch. Losson, « Le label ONU, nouvel outil marketing ? », *Libération*, 30 août 2002.
- V. Malingre, « La Commission européenne suspend les critères de Maastricht un an de plus, jusqu'à la fin 2023 », *Le Monde*, 23/06/2022.
- V. Malingre, « Le « serment de Strasbourg » d'Emmanuel Macron : Europe à plusieurs vitesses et communauté politique européenne », *Le Monde*, 9/06/2022.
- R. Ourdan, « Les murs dans le monde, en réponse aux nouvelles peurs », *Le Monde*, 2/02/2018.
- Publication sur *Twitter* du professeur L. Pech concernant le décompte des affaires où l'a Pologne a été condamnée par la Cour EDH sur le fondement de l'art. 6 de la Convention : <https://twitter.com/ProfPech/status/1460595938901245957/photo/3>
- V. Segond, « En Italie, les déboires de Steve Bannon », *Le Figaro*, 18 mars 2021.
- D. Rodrick, « *The inescapable trilemma of the world economy* » [en ligne : https://rodrik.typepad.com/dani_rodriks_weblog/2007/06/the-inescapable.html].
- S. Saurel, « Europe : «Le plan de relance repose sur une base juridique solide» », *Le Monde*, 17/10/2020.
- J.-E. Schoettl : « La démocratie à l'épreuve de l'évolution du droit », *Le droit contre la loi*, colloque de la fondation *Res publica* [En ligne sur le site de la fondation *Res publica* : https://www.fondation-res-publica.org/Le-droit-contre-la-loi_r151.html].

VII. Comptes-rendus des séances du Conseil constitutionnel (disponibles jusqu'en 1997).

- Compte-rendu de la séance du 29 décembre 1976 (élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct).
- Compte-rendu de la séance du 22 mai 1985 (Protocole n°6 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme).
- Compte-rendu de la séance du mardi 7 avril 1992 (Traité de Maastricht)

Décisions de justice, avis et résolutions.

- I. Cour permanente de Justice internationale / Cour internationale de Justice.**
- II. Cour suprême britannique.**
- III. Conseil constitutionnel.**
- IV. Conseil d'Etat.**
- V. Cour de cassation.**
- VI. Résolutions des organes des Nations Unies.**
- VII. CJCE / CJUE.**
- VIII. Cour constitutionnelle fédérale allemande.**
- IX. Tribunal constitutionnel espagnol.**
- X. Cour européenne des droits de l'homme.**
- XI. Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.**
- XII. Cour interaméricaine des droits de l'homme.**

I. Cour permanente de Justice internationale / Cour internationale de Justice.

- *Affaire du « Lotus », fond, arrêt CPIJ, Recueil 1927, série A, n°10, p. 18.*
- *avis consultatif du 28 mai 1948, Rec. CIJ, p. 64.*
- *Affaire Nottebohm, deuxième phase, Arrêt CIJ Recueil 1955, p. 4.*
- *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt CIJ Recueil 1986, p. 14.*
- *CIJ, Avis consultatif, 8 juillet 1996*
- *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif du 9 juillet 2004, Rec. CIJ, p. 152.*
- *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif, CIJ Recueil 2010, p. 403*

II. Cour suprême britannique.

- *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union [2017] UKSC 5.*

III. Conseil constitutionnel.

- *Décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, Traité de Luxembourg.*
- *Décision n° 76-71 DC du 30 décembre 1976, Election des membres de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct.*
- *Décision n° 85-188 DC du 22 mai 1985, Protocole n°6 à la Convention européenne des droits de l'homme.*
- *Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence.*
- *Décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, Accords de Schengen.*
- *Décision n° 92-308 DC du 09 avril 1992, Traité sur l'Union européenne (Maastricht I).*
- *Déc. n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, Traité sur l'Union européenne (Maastricht II).*

- Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*.
- Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*.
- Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.
- Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*.
- Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.
- Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne*.
- Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.
- Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*.
- Décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles*.

IV. Conseil d'Etat.

- CE, Ass., 30 mai 1952, *Mme Kirkwood*, n° 16690.
- CE, Ass., 16 novembre 1956, *Villa*, n° 25627.
- CE, Ass., 13 juillet 1965, *Société Navigator*, n° 05278.
- CE, Sect, 1er mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, n° 62814.
- CE, Sect., 15 mars 1972, *Dame veuve Sadok Ali*, n° 80242.
- CE, Sect., 23 octobre 1987, *Société Nachfolger Navigation Compagny LTD*, n° 72951.
- CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243.
- CE, Ass. 28 février 1992, *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris*, req. n° 56 776.
- CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, n° 169219.
- CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran Levacher*, n° 200286 200287.
- CE, Ass., 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activité de Blotzheim*, n° 181249.
- CE, Sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux*, n° 296845.
- CE, Ass., 16 déc. 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, n° 287110.
- CE, sous-sect. réunies, 14 mai 2010, *Rujovic c/ OFPRA*, req. n° 312305.

- CE, Ass., 23 décembre 2011, *M. Kandyrine de Brito Paiva* n° 303678.
- CE, Section, 9 décembre 2016, *M. A*, n° 394399 et 400239.
- CE, Ass., 21 avril 2021, *French Data Network*, req. n°393099.

V. Cour de cassation.

- C. cass., Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société Cafés Jacques Vabre*, n°73-13.556.
- C. cass., Ass. pl., 2 juin 2000, *Fraisie*, n° 99-60.274.
- C. cass., arrêt avant dire droit, 16 avril 2010, *Melki et Abdel*, QPC n° 10-40.002.
- C. cass., Ass. plén., 15 avr. 2011, *Garde à vue*, n° 10-17.049.

VI. Résolutions des organes des Nations Unies.

- Résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970 de l'Assemblée générale des Nations Unies, « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations unies », A/RES/2625(XXV), 24 octobre 1970.
- Résolution 3201 (S-VI) de l'Assemblée générale des Nations Unies, « Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international », de l'Assemblée générale des Nations Unies, A/RES/3201 (S-VI), 1er mai 1974.
- Résolution 2066 (2012) du Conseil de sécurité des Nations Unies, S/RES/2066, 17 septembre 2012.
- Résolution 2254 (2015) du Conseil de sécurité des Nations Unies, S/RES/2254, 18 décembre 2015.

VII. CJCE / CJUE.

- CJCECA, 29 nov. 1956, *Fédération charbonnière de Belgique c/ Haute Autorité*, Aff. 8-55.
- CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, Aff. 26-62.
- CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, Aff. 6-64.
- CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder c/ Ville d'Ulm*, Aff. 29/69.

- CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, Aff. 11-70.
- CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ AETR*, Aff. 22/70.
- CJCE, 14 décembre 1971, *Commission c/ France*, Aff. 7/71.
- CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, Aff. 4/73.
- CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, Aff. 8-74.
- CJCE, 20 février 1979, *Cassis de Dijon*, Aff. 120/78.
- CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement européen*, Aff. 294/83.
- CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-frost*, Aff. 314/85.
- CJCE, *Ch.*, 9 décembre 2004, *Commission c/ Espagne*, Aff. C-79/03
- CJCE (*ch.*), 3 mars 2011, *Commission c/ Irlande*, Aff. C-50/09.
- CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne*, Aff. C-540/03.
- CJUE, Gde ch., 12 septembre 2006, *Laserdisken*, Aff. C-479/04.
- CJUE, Gde ch., 3 sept. 2008, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation c/ Conseil de l'Union européenne, Commission des Communautés européennes, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, Aff. n° C-402/05 P et C-415/05 P.
- CJUE, Gde ch., 2 mars 2010, *Rottmann*, Aff. C-135/08.
- CJUE, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdali*, Aff. C-188/10 et C-189-10.
- CJUE, Gr. ch., 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert c/ Land Hessen*, Aff. C-92/09 et C-93/09.
- CJUE, 11 février 2011, *M.V. e.a. contre Organismos Topikis Aftodioikisis (O.T.A.)*, Aff. C-760/18.
- CJUE, Gr. ch., 21 décembre 2011, *N. S. c/ Secretary of State for the Home Department et M. E. e.a. c/ Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, Aff. C-411/10 et C-493/10.
- CJUE, Gde ch., 23 février 2013, *Melloni*, Aff. C-399/11.
- CJUE, Gde ch., 26 février 2013, *Åklagaren*, Aff. C-617/10.
- CJUE, Gde ch., 8 avril 2014, *Digital Rights*, Aff. C-293/12 et C-594/12.
- CJUE, Ass. pl., avis 2/13 du 18 décembre 2014 relatif à la procédure d'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme.
- CJUE, Ass. pl., 10 décembre 2018, *Andy Wightman e.a.c. Secretary of State for Exiting the European Union*, Aff. C-621/18.
- CJUE, Gde ch., 11 décembre 2018, *Heinrich Weiss e.a.*, Aff. C-493/17.

- CJUE, Ass. pl., Avis 1/17, 30 avril 2019, *relatif à l'accord commercial global entre le Canada et l'Union européenne*.
- CJUE, Gde. ch., 2 mars 2021, *HK v Prokuratuur*, Aff. C-746/18.

VIII. Cour constitutionnelle fédérale allemande.

- BVerfGE, 52/71, 29 mai 1974, *Solange I*
- BVerfGE, 197/83, 22 octobre, 1986, *Solange II*
- BVerfGE, 75/223, 8 avril 1987, *Kloppenbourg*.
- BVerfGE, 89/155, 12 octobre 1993, *Solange III*
- BVerfGE, 102/147, 7 juin 2000, *Solange IV*.
- BVerfGE, 1481/04, 14 octobre 2004, *Görgülü*.
- BVerfG, 2/08, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*.
- BVerfG, 2661/06, 6 juillet 2010, *Honeywell*.
- BVerfG, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15, 5 mai 2020, *PSPP*.

IX. Tribunal constitutionnel espagnol.

- STC 28/1991, 14 février 1991, BOE-T-1991-7039.
- DTC 1/1992, 1er juillet 1992, BOE-T-1992-17448.
- DTC 1/2004, 13 décembre 2004, BOE-T-2005-111.

X. Cour européenne des droits de l'homme.

- Cour EDH, Plén., 21 février 1975, req. n° 4451/70, *Golberg c/ Royaume-Uni*.
- Cour EDH, Ass. plen., 18 janvier 1978, req. n° 5310/71, *Irlande c/ Royaume-Uni*.
- Cour EDH, Ch., 25 avril 1978, req. n°5856/72, *Tyrer c. Royaume-Uni*.
- Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, req. n°6833/74, *Marckx c/ Belgique*.
- Cour EDH, Ch., 9 octobre 1979, req. n°6289/73, *Airey c. Irlande*.
- Cour EDH, Plén., 23 septembre 1982, req. n° 7151/75; 7152/75, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*.
- Cour EDH, Ch., 18 décembre 1986, req. n°9697/82, *Johnston et autres c/ Irlande*.

- Cour EDH, Plén., 29 octobre 1992, req. n°14234/88; 14235/88, *Open Door Conselling et Dublin Well Woman c/ Irlande*.
- Cour EDH, Ch., 19 avril 1993, req. n°13942/88, *Kraska c/ Suisse*.
- Cour EDH, Ch., 26 mai 1994, req. n°16969/90, *Keegan c/ Irlande*
- Cour EDH, Ch., 28 septembre 1995, n° 14570/89, *Procola c. Luxembourg*
- Cour EDH, Gde. Ch., 23 mars 1995, req. n°15318/89, *Loizidou c/ Turquie*.
- Cour EDH, Gde. Ch., 30 janvier 1998, req. n°19392/92, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*.
- Cour EDH, Gde Ch., 18 février 1999, req. n° 24833/94, *Matthews c/ Royaume-Uni*.
- Cour EDH, Gde ch., 13 février 2003, req. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*.
- Cour EDH, 3ème sect., 24 juin 2004, req. n° 59320/00, *Von Hannover c/ Allemagne 1*.
- Cour EDH, Gde Ch., 30 juin 2005, requête n° 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm » c/ Irlande*.
- Cour EDH, Gde Ch., 6 octobre 2005, n°74025/01, *Hirst (n°2) c/ Royaume-Uni*.
- Cour EDH, Gde ch., 31 mai 2006, req. n°71412/01 et 78166/01, *Behrami contre France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*.
- Cour EDH, Gde Ch., 16 déc. 2010, req. n°25579/05, *A, B et C c/ Irlande*.
- Cour EDH, Gde ch., 7 février 2012, req. n° 40660/08 et 60641/08, *Von Hannover c/ Allemagne 2*.
- Cour EDH, Ch., 6 décembre 2012, req. n° 12323/11, *Michaud c/France*.
- Cour EDH, Sect., 4 juin 2013, req. n°54984/09, *Marc Antoine c/ France*.
- Cour EDH, Gde ch., 10 sept. 2019, req. n°37283/13, *Strand Lobben et autres c/ Norvège*.
- Cour EDH, Sect., 7 mai 2021, req. n°4907/18, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c/ Pologne*.

XI. Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

- TPIY, 10 nov. 1998, *Delacic et al.*.
- TPIY, 10 déc. 1998, *Furundizja*
- TPIY, 22 févr. 2001, *Kunarac*.

XII. Cour interaméricaine des droits de l'homme.

- CIADH, 25 nov. 2000, *Bámaca Velasquez c/ Guatemala*, Série C, nº70.

INDEX NOMINUM ET RERUM

Nb : les numéros renvoient aux paragraphes.

A

- Auctoritas : 66, 82, 85, 90, 109, 165, 222, 228, 229, 231.
- Afrique du Sud : 574.
- Aristotélicienne (pensée) : 110, 136, 175, 178, 208.

B

- Barons : 116, 127, 132, 138.
- Boniface VIII : 142 et s.

C

- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : 786 et s, 805, 814.
- Changement climatique : 638 et s.
- Conseil de l'Europe : 672 et s.
- Constitution mondiale : 598 et s, 857 et s, 862.
- Cosmopolitisme : 443 et s, 851, 871, 968.
- Constitutionnalisme :
 - européen: 949 et s.
 - global : 862 et s.
 - libéral : 258, 266 et s, 276, 293
 - sociétal : 933 et s.
- Contrôle « ultra vires » : 716, 711, 751, 774 et s, 780.
- « Conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » : 685 et s, 696, 826.
- Constitution hétéronome : 542 et s, 560 et s.
- Contractualisme : 215 et s
- curia regis : 124.

D

- Décret de Gratien : 73, 88, 98.
- Digeste : 88 et s, 109, 134.
- Donation de Constantin : 72, 76, 86.
- Droit

- global : 838 et s.
- naturel : 110, 135, 191 et s
- romain : 90 et s.
- romano-canonique : 87 et s.

E

- Empire : 82 et, 145, 152 et s, 1090 et s.
- Environnement : 637 et s.
- Espagne : 538, 573, 726 et s.
- « Etat-Eglise » : 100 et s.

F

- Fédération : 1075 et s.
- Franciscains : 110.

G

- Gallicanisme : 225 et s.
- Grégoire VII : 84, 103 et s.

H

- hiéocratique : 76, 106, 230.
- Thomas Hobbes : 215 et s, 226.

I

- Identité constitutionnelle : 689, 706, 711, 771 et s., 776, 820 et s, 1178.
- Impérialisme : 1093 et s.
- Internationalisation :
 - du droit Constitutions : 514 et s.
 - du pouvoir constituant : 542 et s.
- Isolierung : 32, 391 et s.

L

- Libéralisme : 258 et s.
- Légistes royaux : 130 et s.
- Léviathan : 179, 215.

M

- Machiavel : 148, 175, 191, 204, 210.
- Marsile de Padoue : 113, 209.
- Mécanisme (Constitution comme) : 325 et s.
- Monarchomaques : 158 et s, 187.

N

- Norme (Constitution comme) : 334 et s.

O

- Organisation des Nation Unies : 554 et s, 580 et s, 585, 631.

P

- Paix civile : 168 et s, 180 et s, 187, 200, 209, 215 et s, 246.
- Peuple : 113, 116 et s, 158, 173, 214 et s., 228, 300, 301, 306, 307, 313, 321 et s, 349, 362, 408 et s, 431, 549 et s, 566, 1089, 1097,

1144 et s, 1163 et s.

- Philippe-Auguste : 128 et s, 139.
- Philippe le Bel : 129, 142 et s.
- *Plenitudo potestatis* : 80, 85, 92, 103, 105, 110, 150, 165, 171, 185.
- Potestas : 82, 85, 222, 228, 229, 230, 231.
- Pouvoir constituant : 255 et s, 260, 262, 263, 265, 271, 272, 274, 278, 279, 280, 285, 287, 289, 301, 303, 312, 313, 316, 343 et s, 388, 498 et s, 515, 541 et s, 551 et s, 583, 669, 677, 701 et s, 930, 957 et s.

Q

- Question prioritaire de constitutionnalité : 1151 et s.

R

- Réforme grégorienne : 69 et s.
- Jean-Jacques Rousseau : 17, 274.

S

- Scolastique : 89, 94 et s., 110.
- Sieyès : 270, 277, 289 et s, 334, 567 et s, 1100 et s.
- Standards constitutionnels globaux 515, 578 et s, 636, 653.
- Sociologie : 411 et s, 421 et s, 492, 925 et s.

T

- Théologie : 70, 97, 98, 165, 171.

U

- Union européenne : 660, 667 et s, 751 et s, 800 et s, 935 et s, 1000 et s, 1054 et s, 1070 et s,
- Universités (médiévales) : 94 et s.

V

- Venise (Commission de) : 581 et s.

TABLE DES MATIERES

Remerciements.....	4
Table des abréviations	6
Sommaire.....	9

INTRODUCTION GENERALE _____ 13

<i>§1. La souveraineté, un principe au contenu plurivoque</i>	<i>21</i>
I. La dimension interne de la souveraineté ou la «souveraineté-puissance»	22
II. La dimension externe de la souveraineté ou la «souveraineté-liberté»	29
<i>§2. Intérêt de l'étude</i>	<i>31</i>
I. Le caractère fondamental de la souveraineté dans certaines théories volontaristes stato- nationales	33
II. L'intérêt d'étudier le principe de souveraineté à travers ses usages	41
<i>§3. Démarche de l'étude.....</i>	<i>45</i>
I. Une démarche favorable à un « positivisme ouvert »	46
II. Une approche pragmatique du principe de souveraineté	48
<i>§4. Plan de l'étude.....</i>	<i>50</i>
I. Examiner la fonction du principe de souveraineté à travers ses usages.....	51
II. Mettre en lumière les évolutions contemporaines du droit constitutionnel au cœur des controverses sur la souveraineté	53

PREMIERE PARTIE. LA FONCTION JUSTIFICATIVE DU PRINCIPE DE SOUVERAINETE : BATIR L'ETAT PAR LE DROIT ET PENSER LE DROIT PAR L'ETAT _____ 57

TITRE 1. L'EDIFICATION DU PRINCIPE DE SOUVERAINETE _____ 58

CHAPITRE 1. LA GENESE DU PRINCIPE DE SOUVERAINETE _____ 60

<i>Section 1. Les racines romano-canoniques du principe de souveraineté</i>	<i>61</i>
<i>§ 1. La réforme grégorienne : l'accouchement de l'« Etat-Eglise ».....</i>	<i>62</i>
I. La réforme grégorienne, mouvement de réforme de l'Eglise et de projection de la puissance papale.....	63
A. La transformation interne de l'Eglise.....	65

B. Les prétentions papales vis-à-vis de l'extérieur de l'Eglise	67
II. Le droit romano-canonique, instrument privilégié de la réforme grégorienne.....	71
A. La redécouverte du droit romain	73
B. La méthode scolastique et l'enseignement du droit dans les Universités	76
§ 2. <i>L'Etat, héritier de l'Eglise</i>	79
I. L'avènement de l' « Etat-Eglise »	79
II. Le concept d'Etat, entre assimilation et dépassement de l'héritage grégorien	84
<i>Section 2. L'apport décisif des juristes royaux dans la longue marche vers la souveraineté</i>	89
§1. <i>Le soutien des juristes à la progression de l'autorité et de la puissance du roi</i>	90
I. Le renforcement de la puissance du roi sur son royaume.....	92
A. L'établissement d'une administration sur un territoire et une population	94
A. L'accaparement, par le monarque, de la fonction judiciaire	96
II. Le rôle des légistes royaux	98
A. Une puissance législative royale encore timide	99
B. L'élargissement de la puissance et de l'autonomie du monarque	101
§2. <i>La marche vers la souveraineté</i>	104
I. La consolidation des puissances séculières.....	105
A. Le recul de l'autorité pontificale	105
B. Un renouveau de la pensée politico-juridique	108
II. L'accélérateur : les Guerres de religion.....	112
A. La naissance du conflit religieux dans le Saint-Empire	112
B. Les Guerres de religion en France : un défi existentiel pour le pouvoir monarchique	114
CHAPITRE 2. L'INVENTION DU PRINCIPE DE SOUVERAINETE : UNE	
REVOLUTION INTELLECTUELLE	119
<i>Section 1. La cristallisation du principe de souveraineté</i>	119
§1. <i>La souveraineté, un principe juridique pour réaliser l'ordre et la concorde civils</i>	120
I. Un principe tributaire de la pensée juridique.....	120
II. Un principe au service de la paix et la concorde civiles.....	124
§2. <i>L'apport décisif de Jean Bodin</i>	129
I. Le contexte historico-intellectuel de l'œuvre bodinienne	131

II. Le caractère novateur du principe bodinien de souveraineté : un nouvel objet intellectuel adapté à une nouvelle époque	136
<i>Section 2. Le basculement dans la modernité politique et juridique</i>	<i>140</i>
<i>§1. Le basculement dans la modernité politique.....</i>	<i>140</i>
I. La souveraineté, principe d'autonomie et de sécularisation du politique.....	141
A. L'autonomie de la politique	142
B. La souveraineté, fondement de la politique profane.....	144
II. La souveraineté, principe d'unité et de liberté des peuples	146
<i>§2. Le basculement dans la modernité juridique</i>	<i>150</i>
I. L'autonomie et l'unité du pouvoir normatif souverain.....	150
A. L'autonomisation du pouvoir normatif du souverain	151
B. L'unité du pouvoir normatif du souverain	154
II. Le caractère unitaire, centralisé, hiérarchisé et auto-réformable du droit.....	157
TITRE 2. LE PRINCIPE DE SOUVERAINETE SAISI PAR LA PENSEE CONSTITUTIONNELLE.....	164
CHAPITRE 1. LA SOUVERAINETE FACE A L'APPARITION DU CONSTITUTIONNALISME MODERNE.....	166
<i>Section 1. Souveraineté et auctoritas : les rapports entre la souveraineté et le pouvoir constituant</i>	<i>170</i>
<i>§1. Les rapports entre le pouvoir constituant et la souveraineté : statut et valeur du concept de souveraineté constituante</i>	<i>172</i>
I. Le surgissement du concept de pouvoir constituant	175
A. Les racines théologiques du concept de pouvoir constituant	175
B. La maturation moderne du concept de pouvoir constituant.....	178
II. Le concept de pouvoir constituant, composante de la théorie de la souveraineté constituante	180
A. L'affirmation du pouvoir constituant comme mode d'exercice de la souveraineté constituante	181
B. Les paradoxes du pouvoir constituant comme mode d'exercice de la souveraineté constituante	184
<i>§2. Les rapports entre le pouvoir constituant et le principe démocratique : l'émergence de la démocratie constitutionnelle</i>	<i>188</i>
I. Les significations de la démocratie constitutionnelle	189

II. Les conséquences de la démocratie constitutionnelle sur le concept de Constitution...	195
<i>Section 2. Souveraineté et instrumentum : les rapports entre la souveraineté et la Constitution</i>	201
§1. <i>Les mutations de la notion de Constitution : de la constitution comme mécanisme à la Constitution comme norme</i>	204
I. La conception mécaniste de la Constitution	207
A. Le berceau de la conception mécaniste de la Constitution : l'Angleterre et les Etats-Unis..	208
B. La réception française de la conception mécaniste de la Constitution	210
II. La Constitution comme norme : la consécration de la technique juridique.....	212
§2. <i>La souveraineté : principe constitutionnel ou supra-constitutionnel ?</i>	215
I. La souveraineté dans la Constitution	217
II. La Constitution par la souveraineté	219
CHAPITRE 2. LA SOUVERAINETE FACE AU DEVELOPPEMENT DE LA SCIENCE DU DROIT CONSTITUTIONNEL	227
<i>Section 1 La fonction justificative de la souveraineté dans les théories stato nationales du droit public</i>	231
§ 1. <i>Caractérisation des théories stato-nationales du droit public</i>	232
I. L'émergence d'une théorie juridique de l'Etat	235
II. L'éclosion des approches stato-nationales du droit public	239
§ 2. <i>Le positivisme stato-national : le dialogue germano-français</i>	243
I. L'Ecole de l'Isolierung : la puissance au service d'une théorie juridique scientifique de l'Etat.....	245
II. La théorie de l'Etat de Raymond Carré de Malberg : le concept de souveraineté nationale comme fondement d'une théorie générale de l'Etat républicaine et libérale.	253
<i>Section 2. L'évincement de la souveraineté dans les théories non stato nationales du droit : «libérer le droit de la tutelle du discours sur la souveraineté»</i>	260
§ 1. <i>Le courant Duguit - Scelle : le dépassement positiviste de la métaphysique de l'Etat</i> .	262
I. Le dépassement positiviste de la métaphysique de l'Etat	263
A. Une théorie sociologique du droit s'opposant aux doctrines étatistes	265
B. Les critiques duguistes de la souveraineté	270
II. Le cosmopolitisme juridique de Georges Scelle.....	276
A. Une théorie cosmopolitique du droit international	277

B. Une théorie critique du principe de souveraineté	282
<i>§ 2. La souveraineté comme « dogme à dissoudre » dans le cadre du normativisme kelsénien</i>	
I. Une conception originale de la souveraineté inscrite dans une approche normologique du droit.....	289
A. Le normativisme juridique, un positivisme radicalisé	290
B. La souveraineté, propriété formelle d'un ordre juridique.....	293
II. Le décentrage de la souveraineté vis-à-vis de l'Etat.....	295
A. La conception moniste du droit de Hans Kelsen	296
B. La souveraineté, attribut de l'ordre juridique international	299
SECONDE PARTIE. REMISES EN CAUSE ET PERMANENCES CONTEMPORAINES DE LA SOUVERAINETE.....	308
TITRE 1. LA REMISE EN CAUSE CONTEMPORAINE DE LA SOUVERAINETE DANS LE DROIT CONSTITUTIONNEL POSITIF ____	310
CHAPITRE 1. LE RAPPROCHEMENT ENTRE LE DROIT CONSTITUTIONNEL ET LE DROIT INTERNATIONAL.....	312
<i>Section 1. Les manifestations positives de l'internationalisation du droit constitutionnel national.....</i>	
	314
<i>§ 1. L'internationalisation maîtrisée : la gestion constitutionnelle des rapports entre droit interne et droit international</i>	
	315
I. Un fait ancien provenant de l'exercice de la souveraineté nationale.....	317
II. Le rôle des juridictions internes : le cas français	321
A. Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation	322
B. Le Conseil constitutionnel	325
<i>§2. Les formes hétérodoxes d'internationalisation du droit constitutionnel.....</i>	
	328
I. Les formes directes d'internationalisation : le cas de l'internationalisation du pouvoir constituant.....	329
A. L'internationalisation du pouvoir constituant du point de vue du droit international.....	330
B. L'internationalisation du pouvoir constituant du point de vue du droit interne	338
II. La prise en compte du droit international par le droit constitutionnel national.....	342
A. La prise en compte directe du droit international par le droit constitutionnel national ..	343
B. L'élaboration de standards constitutionnels mondiaux	345
<i>Section 2. Les manifestations positives de la constitutionnalisation du droit international.....</i>	
	351

§1. <i>La constitutionnalisation du droit international : manifestations formelles</i>	352
I. La dimension institutionnelle.....	353
II. La dimension normative.....	357
§2. <i>La constitutionnalisation du droit international : manifestations substantielles</i>	364
I. Droits de l'homme et Etat de droit.....	366
II. Le droit de l'environnement et du climat.....	371
CHAPITRE 2. L'EUROPEANISATION, DU DROIT CONSTITUTIONNEL	382
<i>Section 1. L'influence des droit européens sur le droit constitutionnel national</i>	386
§1. <i>L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit constitutionnel national</i>	388
I. L'ancrage constitutionnel de la construction européenne	388
A. Les procédures d'introduction du droit de l'Union dans la Constitution	389
B. La maîtrise par la France de la pénétration du droit de l'Union dans la Constitution...	392
II. Le principe de souveraineté nationale face au droit de l'Union européenne : le cas français	395
A. L'apparition de la souveraineté dans la jurisprudence européenne du Conseil constitutionnel	395
B. La signification de la souveraineté nationale dans la jurisprudence européenne du Conseil constitutionnel	400
III. La sauvegarde des droits fondamentaux et de la démocratie face au droit de l'Union européenne : les exemples allemand et espagnol.....	407
§2. <i>L'influence du droit né de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit constitutionnel national</i>	415
I. La spécificité du droit européen des droits de l'homme	415
II. L'adaptation du droit constitutionnel national au droit issu de la Convention	420
<i>Section 2. Les rapports entre ordres juridiques dans l'espace européen : une question constitutionnelle épineuse</i>	426
§ 1. <i>L'articulation des droits européens et des ordres constitutionnels nationaux</i>	428
I. Coexistence et harmonie	429
A. La reconnaissance mutuelle	429
B. Le principe de protection équivalente.....	433
II. Concurrence et conflit.....	434
A. Les ressorts du conflit normatif.....	435

B. Le terrain privilégié d'affrontement : la protection des droits de l'homme.....	443
§2. <i>L'articulation entre le droit de l'Union et le droit né de la Convention européenne des droits de l'homme</i>	453
I. Coexistence et harmonie	454
II. Concurrence	458
TITRE 2. LES EFFETS DE LA REMISE EN CAUSE DE LA SOUVERAINETE	471
CHAPITRE 1. LE RENOUVEAU DES THEORIES CONSTITUTIONNELLES A L'ECHELLE SUPRA-ETATIQUE	479
<i>Section 1. Les théories du constitutionnalisme à l'échelle universelle</i>	481
§ 1. <i>La constitutionnalisation de l'ordre public international</i>	485
I. Une solution aux problèmes globaux	486
A. Une approche hiérarchique et unitaire de l'ordre public international	487
B. L'humanité, concept au coeur du constitutionnalisme global.....	490
II. Les obstacles à l'hypothèse théorique d'un droit constitutionnel à l'échelle globale ...	494
A. L'hypothèse du droit constitutionnel global face à la fragmentation du droit international positif.....	495
B. Les limites théoriques à l'hypothèse du droit constitutionnel global	500
§ 2. <i>Les théories du constitutionnalisme privé</i>	503
I. L'émergence d'acteurs privés transnationaux.....	505
A. Les acteurs privés à but lucratif : les firmes multinationales.....	506
B. Les acteurs privés à but non lucratif	510
II. La constitutionnalisation de la puissance privée : une contribution aux défis posés à la gouvernance globale	514
A. La voie hiérarchique et unitaire de l'encadrement de la puissance privée dans le cadre de la globalisation	516
B. Les voies pluralistes de la constitutionnalisation de la puissance privée dans le cadre de la globalisation : le « constitutionnalisme sociétal »	518
<i>Section 2. Les théories du constitutionnalisme européen</i>	525
§ 1. <i>Les approches constitutionnelles du droit de l'Union européenne</i>	527
I. L'apparition préalable du droit communautaire comme discipline savante	528
II. L'émergence postérieure des théories constitutionnelles du droit communautaire	532

A. La théorie du droit constitutionnel européen, un pluralisme constitutionnel.....	533
B. L'irruption de l'individu.....	536
§ 2. <i>Les approches constitutionnelles du droit né de la Convention européenne des droits de l'homme</i>	540
I. Les approches constitutionnelles du droit né de la Convention.....	541
II. La portée des approches constitutionnelles du droit né de la Convention : repenser les rapports entre l'Etat de droit, la démocratie et les droits de l'homme.....	545
CHAPITRE 2. LA SOUVERAINETE, ENTRE PERMANENCES ET MUTATIONS	552
<i>Section 1. L'évolution de la souveraineté de l'Etat</i>	554
§ 1. <i>L'érosion du faisceau de compétences afférentes à l'exercice de la souveraineté</i>	556
I. Les grands jalons du mouvement historique de transfert de compétences	559
A. Le transfert de compétences relatives à l'exercice de compétences techniques	559
B. Le transfert de compétences afférentes à la souveraineté nationale	562
II. L'identification et les modalités d'exercice des compétences	565
A. L'identification des compétences de l'Union, une opération complexe	566
B. Les modalités d'exercice des compétences transférées, une configuration institutionnelle et décisionnelle inédite.....	570
§2. <i>L'enjeu de la souveraineté comme puissance publique</i>	574
I. La puissance publique face au caractère supranational de l'Union européenne.....	574
A. La possibilité d'une érosion de la puissance publique par le transfert de compétences.....	575
B. La difficulté pour établir un rapport théorique entre transfert de compétences et érosion de la puissance publique	577
II. La permanence de la souveraineté comme puissance publique autonome	582
A. L'autonomie des Etats membres dans l'Union européenne	582
B. La « souveraineté européenne » ou comment mettre « du vin nouveau dans de vieilles outres ».....	585
III. Les interrogations relatives à la nature institutionnelle de l'Union	589
A. L'Union européenne comme une Fédération	590
B. L'Union européenne comme un empire	594
<i>Section 2. L'évolution de la souveraineté dans l'Etat</i>	597
§ 1. <i>La puissance perdue du Parlement</i>	601

I. La puissance historique du Parlement	602
II. La minoration contemporaine de la puissance du Parlement	605
§2. <i>La majoration de la fonction gouvernementale (le pouvoir gouvernant)</i>	609
I. Le relèvement du pouvoir exécutif	609
II. La valorisation de l'indépendance	612
A. Les figures institutionnelles de l'indépendance	612
B. La valorisation des institutions indépendantes : une transformation du politique	616
§ 3. <i>La montée en puissance des juges</i>	619
I. La valorisation de la place des juges dans un environnement marqué par l'interdépendance	622
A. La valorisation du juge par rapport au représentant élu dans le cadre des rapports entre ordres juridiques	623
B. L'exemple de la protection des droits de l'homme	628
II. Les effets sur le concept de souveraineté dans l'Etat	633
Conclusion générale	646
Bibliographie	657
Index nominum et rerum	699