tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

université angers

Année 2011
N° 1125

Les métamorphoses de la souveraineté

THESE DE DOCTORAT

Droit public
Ecole doctorale Pierre COUVRAT

Présentée et soutenue publiquement
par Pauline MORTIER

devant le Jury ci-dessous :
M. Jean DHOMMEAUX
M. Eric GHERARDI
M. Armel PECHEUL

Directeur de Thèse : M. Armel PECHEUL

Centre Jean Bodin
UFR Droit, Economie et Gestion, 13, allée François Mitterrand,
BP 13633, 49036 ANGERS CEDEX 01

ED n° 88

A ceux qui ont toujours été présents
Aucun mot ne peut traduire combien votre soutien m'est précieux

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Depuis Jean Bodin, la souveraineté a été théorisée comme un pouvoir absolu appartenant à l'Etat et au pouvoir royal.
La souveraineté en droit français est exercée par l'Etat-Nation en raison du lien indéfectible et historique imposé entre la Nation et l'Etat.

Aujourd'hui, ce constat est modifié puisque l'exercice de la souveraineté nationale ne passe plus seulement par la souveraineté de l'Etat. La Nation et l'Etat s'intègrent dans un monde fragmenté, sur fond de mondialisation, de difficultés économiques, et environnementales.

La Nation perdure malgré les crises, les tensions et les communautarismes. Si sur le plan interne, elle reste souvent confrontée à des contestations, elle retrouve tout son intérêt sur le plan externe, lorsqu'il s'agit d'être comparé aux autres Nations.

L'Etat s'adapte sur le plan interne en mettant en œuvre la décentralisation pour être plus proche de ses ressortissants, et sur le plan externe, en participant à la construction européenne. L'Etat est contraint d'accepter la concurrence. Il est à la fois acteur et spectateur de l'évolution de sa souveraineté.

La construction européenne apporte une expérimentation véritable de souveraineté partagée. Elle met en œuvre un partage des compétences de souveraineté entre les Etats et l'Union, qui au fil du temps, prend de l'importance, allant jusqu'à toucher les compétences régaliennes des Etats. Elle fait douter de l'utilité du concept de souveraineté.

Le processus de décentralisation apporte quant à lui une diffusion du pouvoir dans l'Etat. Il ne remet pas en cause la souveraineté en tant que telle, mais bien plutôt sa définition absolue.

Le concept de souveraineté est donc plus relatif, et sa pertinence est contestée.
Néanmoins, si la qualification du pouvoir de l'Etat ne peut plus entrer totalement dans les critères absolus dégagés par J. Bodin, ce pouvoir continue toutefois d'être spécifique.

Pour l'Etat, l'enjeu reste la conservation de sa place dans l'ordre mondial, principalement sous l'angle de la puissance démocratique, reposant sur la souveraineté nationale.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Since Jean Bodin, sovereignty has been theorized as an absolute power belonging to the State and to the royal power.
Sovereignty in French law is exercised by the Nation-State, because of the unwavering and historical link between the Nation and the State.

Today, this statement is amended, since the exercise of national sovereignty only passes through the sovereignty of the State. The Nation and the State are integrated into a fragmented world, on a background of globalization, economic and environmental problems.

The Nation continues to exist, despite crises, tensions and communalism. If internally, it continues to be confronted with challenges, its interest lies on the external sphere, where it is compared to other Nations.

The State adapts itself, internally by implementing decentralization to be closer to its citizens, and externally, by participating in the construction of the European Union. The State is forced to accept competition. It is both actor and spectator of the evolution of its sovereignty.

The construction of the European Union provides a genuine experimentation of shared sovereignty. It implements a division of sovereign powers between the States and the Union, which over time, has become increasingly important, to the point that it now touches the core of the State's sovereign power.

The decentralization process involves a diffusion of power in the State. It does not call into question sovereignty as such, but rather its absolute definition.

The concept of sovereignty is therefore more relative, and its relevance is challenged. However, if the characterization of the power of the State can no longer fully enter the absolute criteria identified by J. Bodin, this power continues nevertheless to be specific.

For the State, the issue remains the conservation of its place in the world, mainly in terms of democratic power, based on national sovereignty.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

INTRODUCTION

1. Face à la mondialisation et dans un monde en perpétuelle évolution, la thématique de l'Etat, de la Nation, et de leur devenir, conserve une place prépondérante, même si de tels sujets et enjeux ne sont que rarement directement évoqués en dehors des cercles juridiques.

2. L'importance de cette thématique ressort également d'un constat qui s'impose. Même le langage de la rue ou le vocabulaire profane trouve de nombreuses traces de l'Etat et de la Nation alors que, traditionnellement, les notions issues du langage juridique et parfois politique n'intéressent que très peu l'ensemble des citoyens et restent propriétés d'un groupe restreint et averti.

3. Cet intérêt au-delà de la sphère juridique impose l'idée que le devenir de l'Etat, le rôle de la Nation, le pouvoir de commandement interne et la capacité à tenir un rôle sur la scène internationale, restent des enjeux prégnants qui touchent non plus seulement une sphère restreinte d'individus, mais bien au contraire l'ensemble des ressortissants des différents Etats à l'échelle mondiale.

4. Il faut dire que l'Etat a toujours exercé une forme de fascination sur les populations et les auteurs. Ainsi, dès l'Antiquité et jusqu'à ce jour, l'existence de l'Etat et de son pouvoir particulier, ne cessera d'être décrite[1] et analysée.

5. En effet, l'Etat est d'abord une personne morale de droit public, entité particulière qui possède avant tout, une existence historique, une construction forgée dans l'histoire. À l'exception de quelques cas particuliers, l'Etat ne s'autoproclame pas en un seul jour, mais reste le fruit d'un cheminement propre à chaque peuple, une construction lente à la recherche d'une légitimité spécifique capable de pérenniser l'entité ainsi créée.

[1] Les citations relatives à l'Etat ne peuvent être retranscrites de manière exhaustive. Pour quelques exemples néanmoins : Aristote indiquera dans son œuvre *« la Politique »* que : *« tout Etat est évidemment une association ».* Voltaire : *« Jamais un grand Etat ne s'est formé de plusieurs petits ; c'est l'ouvrage de la politique, du courage et surtout du temps », in essai sur les mœurs et l'esprit de la Nation, 1756*. Kant : *« aucun Etat ne doit s'immiscer de force dans la constitution et le gouvernement d'un autre Etat »*, *in* « *projet de paix perpétuelle », 1795,* collection Mille et Une Nuits, n° 327, traduction de Karin Rizet. Paris, 2001.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

6. L'Etat est ensuite un territoire sur lequel vit un ensemble de personnes unies par l'idée de Nation et partageant des règles juridiques et politiques communes, acceptées par tous. L'Etat a donc une dimension abstraite avant d'être matérialisé, voire identifié par ses représentants[2].

7. L'Etat est enfin une entité qui s'inscrit à l'échelon mondial dans une dynamique de puissance et dans une stratégie diplomatique qui nécessite que l'Etat se heurte à ses semblables.

8. Ces définitions de l'Etat ne peuvent être prises séparément puisqu'en réalité, l'Etat ne peut que reposer sur ces éléments fondateurs : un territoire, un peuple, un pouvoir spécifique et des institutions issues d'une longue tradition politique et juridique.
L'Etat ne peut davantage s'analyser dans un rapport purement interne mais nécessite bien au contraire d'être replacé à l'échelon mondial, au milieu de ses semblables.

9. L'Etat est donc une entité centrale dans le fonctionnement des sociétés et dans l'organisation mondiale. Cet Etat, qui a une existence dans l'ordre mondial, dispose d'un pouvoir spécifique qui reste en réalité le véritable centre d'intérêt des auteurs.

10. À l'heure de l'application du Traité de Lisbonne et de l'achèvement d'une énième réforme territoriale en France, dans un contexte international conflictuel et une fragilité budgétaire manifeste, l'analyse du pouvoir de l'Etat et de la Nation continue à interroger. Inévitablement, le concept de souveraineté est présent dans cette analyse comme un fil conducteur, alors même que cette souveraineté se cherche encore et toujours un sens, une définition.

11. Cette souveraineté reste en effet bien mystérieuse encore aujourd'hui alors que l'origine de cette notion juridique et politique remonte essentiellement aux théories de J. Bodin, soit il y a près de cinq cent ans[3], et que les tentatives pour en préciser le contenu sont multiples.

12. La théorisation de la souveraineté repose d'abord sur une nécessité historique, avant d'avoir une importance juridique. En effet, l'enjeu restait de taille pour J. Bodin, puisqu'il s'agissait d'unifier le royaume, de lutter contre l'influence aléatoire des féodaux et surtout de donner une assise au pouvoir royal, tant d'un point de vue de son contenu que de sa légitimité.

[2] C'est en ce sens que Louis XIV affirmait : *« l'Etat, c'est moi »*

[3] Il faut préciser qu'on trouve des traces de l'utilisation de la souveraineté avant J. Bodin, toutefois le mot médiéval est dépourvu d'absolu. Le mot de souveraineté apparaît ainsi dans la langue française au bas Moyen-Âge et est progressivement utilisé dans tous les pays européens sans qu'il signifie véritablement un concept politique et juridique précis. Voir A. Truyol Serra, *souveraineté*, Archives de philosophie du droit, T 3, Sirey 1990, pp. 313 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

13. J. Bodin a conçu la souveraineté comme un pouvoir capable de pacifier le royaume, et de le libérer de l'emprise politique de l'Eglise. Il percevait cette théorisation de la souveraineté comme une conceptualisation nécessaire, à la fois pour légitimer le pouvoir mais également pour le rendre efficace et non tyrannique.
La nouveauté apportée par J. Bodin consiste en effet à théoriser la souveraineté moderne, comme un pouvoir suprême. Par cette conception, Bodin entend faire émerger un pouvoir unique et indivisible capable de créer le droit et d'imposer ses règles.

14. Dans son œuvre de théorisation, J. Bodin part du mot médiéval de souveraineté et surtout d'une conception matérielle et typologique de la souveraineté pour avoir une vision de l'ensemble des prérogatives de souveraineté et pour tenter de dégager, avec ces éléments, un caractère suprême du pouvoir. Il retiendra plusieurs marques de souveraineté[4] qu'il regroupera toutes dans le pouvoir de faire les lois[5]. Il en déduira que l'autorité qui dispose de ce pouvoir est l'autorité suprême[6].

15. Cette vision de la souveraineté rompt définitivement avec la conception moyenâgeuse du mot, puisque la souveraineté devient un concept politique permettant la monopolisation, par une entité unique, du pouvoir d'édicter le droit positif. La souveraineté est à la fois le pouvoir le plus élevé et le pouvoir de commandement suprême[7].

16. Bodin sera également le premier à formuler une certaine indivisibilité du pouvoir. Cette indivisibilité du pouvoir était pour Bodin une nécessité car il estimait, en phase avec la réalité qui l'entourait, qu'un partage du pouvoir souverain entre plusieurs autorités conduiraient à des conflits infinis. Pour lui, le pouvoir de faire les lois ne peut être partagé s'il veut être efficace

[4] Expression de J. Bodin dans *les six livres de la République*, visant à définir le contenu de la souveraineté.

[5] Cette référence au pouvoir de faire les lois en tant qu'élément déterminant d'un pouvoir souverain n'est pas nouvelle. En effet, légiférer a toujours été considéré comme un attribut nécessaire du pouvoir afin de réaliser les buts d'intérêt commun. À partir du XIIIe siècle, les rois commencent à légiférer pour l'ensemble du royaume. En s'appuyant sur la maxime du *roi empereur en son royaume,* les légistes de Philippe IV le Bel revendiquent pour lui le droit de *« faire les lois, les interpréter, les modifier, les aggraver »* (In *Disputatio inter clericum et militem*, Goldast, *Monarchia sancti Romani Imperii*, Hanau, 1611-1614, t.1, p.17). Toutefois, la nouveauté dégagée par J. Bodin réside dans le fait que tout le pouvoir souverain peut s'y retrouver.

[6] Bodin écrit que le souverain a la *« puissance de donner et casser la loi à tous en général, et à chacun en particulier ». Les six livres de la République*, livre I, p. 306.

[7] Voir en ce sens, S. Goyard Fabre, *Jean Bodin et le droit de la République*, PUF 1989, p. 91. Ce pouvoir de commandement suprême est ainsi qualifié parce qu'il a un caractère public, différent du pouvoir exercé par un particulier. Bodin sépare ainsi la puissance suprême de la puissance seigneuriale, maritale ou paternelle.

et capable de régir le bien commun[8]. Il qualifie alors la souveraineté d'absolue, de perpétuelle, et d'indivisible[9].

17. Ainsi, bien avant l'Etat et la Nation, Bodin et à sa suite, les théories des auteurs royaux ont précisé le sens, le contenu, et la légitimité[10] du pouvoir spécifique de souveraineté.
J. Bodin décrira donc la souveraineté d'abord et avant tout d'un point de vue de son contenu et de sa nature. Il indiquera : *« dans toute communauté, il doit y avoir un pouvoir souverain et celui-ci doit toujours se situer dans les normes que l'ensemble de la communauté admet »*[11].

18. Cette notion de souveraineté a des contours initiaux définis par J. Bodin, qui lui confèrent nécessairement un sens absolu. Ce sens absolu résulte comme on le verra du caractère suprême de ce pouvoir, de l'impossibilité de le diviser, de l'impossibilité de l'aliéner mais également de l'impossibilité de comparer ce pouvoir avec un autre pouvoir existant.

19. Le sens absolu s'applique nécessairement au contenu de la souveraineté, sur lequel J. Bodin va exclusivement s'attarder en laissant de coté le titulaire de cette souveraineté. En effet, la question du titulaire de ce pouvoir souverain ne se posait pas réellement à son époque puisque l'intégralité de cette souveraineté devait être naturellement confiée au roi.

20. Historiquement, le pouvoir souverain est lié au Roi, qui est lui-même lié à l'Etat puisque ce dernier est incarné dans la personne du Roi. Dès lors que les deux sont associés et unifiés, la question du titulaire ne présente pas d'intérêt. Ainsi, les auteurs français s'attacheront dans un premier temps à associer de manière systématique le Roi et l'Etat. Les juristes royaux utiliseront des formules restées emblématiques, telles que : *« le roi est empereur en son royaume »*[12] ; *« le roi est souverain parce que l'Etat existe seulement dans et par sa personne individuelle »*[13] et *« tout l'Etat est en lui, la volonté de tout peuple est renfermée dans la sienne »*[14].

[8] Bodin écrira que quelque soit la forme de gouvernement, que le titulaire de la souveraineté soit monarque, peuple ou assemblée, *« la qualité ne change point la nature des choses, il n'y a pas de parties de la souveraineté »*. *Les six livres de la République*, II, p. 266.

[9] Voir S. Goyard Fabre, *Jean Bodin et le droit de la République*, PUF, 1989, pp. 87 et suiv.

[10] La théorie de la souveraineté émerge en effet à l'époque de J. Bodin, même si les réflexions des auteurs de l'Antiquité sur la cité, et le pouvoir du gouvernement, tentaient déjà d'appréhender un pouvoir spécifique. On peut notamment penser à des auteurs tels qu'Aristote ou Platon.

[11] *Les six livres de la République*.

[12] P. de Beaumanoir, *Les coutumes de Beauvaisis*, éd. Salmon, 2 vol., 1899-1900, n°1043.

[13] Citation de Keith M Baker.

[14] Citation de Hobbes.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

21. Dans ce contexte, l'absolutisme s'applique donc également au titulaire du pouvoir souverain qui est le Roi personnifiant l'Etat[15]. Cet absolutisme de la souveraineté présent dans la doctrine de J. Bodin sera par la suite radicalisé par ses successeurs, dans un but clair de défense du pouvoir royal, bien plus que celui de l'Etat[16].

22. Toutefois, l'Etat prendra de l'importance au fil de sa construction historique, et la souveraineté, au-delà de son contenu, sera rattachée également à l'Etat. De ce fait, la question du titulaire va émerger et prendre une place au premier plan. En effet, les auteurs, à la suite de J. Bodin, vont rattacher la souveraineté à l'Etat, et/ou au Roi, en distinguant le titulaire de la souveraineté, des modalités d'exercice de cette dernière.

23. La souveraineté s'est trouvée associée à l'Etat au fur et à mesure que l'existence de ce dernier s'affirmait. À ce stade, la souveraineté prend alors un sens multiple puisqu'elle est à la fois utilisée pour qualifier le pouvoir de son titulaire et le contenu de ce pouvoir. Cette construction, inscrite dans le temps et l'Histoire, a marqué un renouveau de la réflexion sur le pouvoir de l'Etat et sur le ou les qualificatifs qui pouvaient lui être attribué. Le terme de souveraineté est alors apparu comme un qualificatif de nature à préciser les pouvoirs de l'Etat[17].

24. C'est au regard de toutes ses caractéristiques que la souveraineté a été rattachée à l'Etat, mais elle a également été reliée à la Nation dès la Révolution, en raison de l'établissement d'un lien naturel, en pratique et dans la théorie, entre l'Etat et la Nation.
En effet, la perception de la définition et du sens du mot « Etat », telle que nous l'avons retracée, conduit nécessairement à l'émergence et l'institution d'un lien entre l'Etat et la Nation, du moins dans le modèle qui jusqu'à présent fait référence tant sur le plan factuel que politique.

[15] Dans la pratique monarchique, on ne parle d'ailleurs plus du « Bien Commun » mais du « Bien de l'Etat » que le roi s'engage désormais à respecter lors de son serment du sacre. Au final, l'Etat absorbe totalement la royauté tout en restant indépendant du roi. Le grand Louis XIV, archétype du roi absolu, meurt en déclarant « *Je m'en vais, mais l'Etat demeurera toujours* ». Les rois passent tandis que l'Etat demeure.

[16] Il faut d'ailleurs préciser que l'analyse de la souveraineté par Jean Bodin reposait davantage sur le titulaire de la souveraineté qu'était le roi plutôt que sur la souveraineté de l'Etat, qui n'était présente qu'en filigrane. Le modèle de droit divin restait néanmoins largement présent. Charles de Grassaille précisera ce lien quasi charnel qui unit le roi et l'Etat (« *Le roi est […] l'époux de la République […] comme le mari est le chef de l'épouse, la femme est le corps de l'époux […] Ainsi le roi est le chef de la République et la République le corps du roi* ». In *Regalium Franciae*…, 1538, cité par Jean Barbey, *Etre roi – le roi et son gouvernement en France de Clovis à Louis XVI*, Fayard, 1992, p. 193, 416.

[17] C'est surtout Loyseau qui systématisera ce rattachement par de célèbres formules : *« la souveraineté est la forme qui donne l'être à l'Etat ». « La souveraineté est la propre seigneurie de l'Etat ». « La souveraineté est du tout inespérable de l'Etat ».*

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Ainsi, dans tous les modèles politiques que connaissent les Etats, l'assise sur une Nation reste déterminante, au point d'ailleurs que le cheminement juridique et politique s'oriente inévitablement vers l'idée que l'Etat ne peut se concevoir sans la Nation et qu'il ne peut y avoir d'Etat sans Nation.

25. Si cette affirmation de l'idée selon laquelle l'Etat ne saurait être séparé de la Nation reste exacte dans la réalité des faits, et dans la réalité juridique, elle mérite d'être nuancée. En effet, il existe néanmoins a contrario des exemples de Nations sans Etat, qui même s'ils sont rares, n'en permettent pas moins de faire émerger l'idée que la Nation et l'Etat, ne sont peut-être pas aussi liés qu'il n'y parait et que la Nation semble pouvoir émerger au dehors de l'Etat[18].

26. Cette nuance effectuée sur le lien Etat/Nation, il n'en reste pas moins que le principe du lien Etat/Nation est particulièrement appliqué en droit français. La conception française de l'Etat ne fait pas exception.

27. Dans une certaine mesure, l'association va même au-delà de la réflexion juridique puisque cette association est spontanée et s'est forgée au cours de l'évolution historique de l'Etat français sous une forme totalement indéfectible[19], qui a conduit d'ailleurs à ce qu'on parle bien volontiers d'Etat-Nation, et ce depuis le début du XIXe siècle, plus particulièrement[20].

28. En France, et dès la Révolution, les auteurs mettront en effet en évidence le lien entre la Nation et l'Etat, aussi indéfectible que le lien Etat/Roi. La traduction de l'absolutisme de la souveraineté ne trouvera pas son terme dans les théories nouvelles du XVIIIe siècle. En effet, les théories « des Lumières » ne visaient pas à mettre en cause le caractère absolu de la souveraineté, mais elles ont eu pour but de théoriser le passage d'une souveraineté royale à une souveraineté nationale ou populaire[21].

[18] On pense ici aux minorités présentes dans certains Etats ayant des revendications visant à créer un nouvel Etat. À titre d'exemple, on peut citer ici la minorité Kurde en Turquie ou encore dans une moindre mesure le mouvement visant à créer un Etat Basque fondé sur une Nation basque à l'identité propre.

[19] Ce lien sur lequel nous reviendrons abondamment reste en partie responsable d'une conception française spécifique du pouvoir de l'Etat. Il provient également d'une transformation du lien Roi / Etat, dans un lien Nation / Etat

[20] La période du XIXe siècle et début XXe siècle correspond en effet à l'essor de l'Etat-Nation tant sur le plan juridique que politique.

[21] Voir sur ce point l'œuvre de Hobbes, de Montesquieu ou de Rousseau.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

29. La pratique institutionnelle française consacrant la fin de la monarchie absolue, dès 1789, entérinera le passage de la souveraineté royale à la souveraineté confiée à la Nation[22], sans pour autant porter atteinte à la souveraineté absolue[23].

30. Par la suite, les auteurs continueront à associer l'Etat et la Nation comme titulaire du pouvoir souverain. Esmein écrira en effet que : *« l'Etat est la personnification juridique de la Nation »* et G. Burdeau décrira un Etat qui personnifie la Nation.
Les Constitutions successives en France traduiront d'ailleurs ce lien indéfectible et indivisible entre la Nation et la République[24]. Elles évoqueront toutefois beaucoup plus fréquemment la souveraineté nationale que la souveraineté de l'Etat, conformément à la doctrine majoritaire.

31. La souveraineté retrouve alors une forme unitaire quant à son titulaire puisqu'elle semble être liée à l'Etat-Nation. Malgré l'imperfection de la notion, sur laquelle nous reviendrons dans les développements qui vont suivre, l'Etat-Nation reste une valeur centrale du modèle de

[22] La Déclaration de 1789 indiquera dans son article 3 : *« le principe de souveraineté réside dans la Nation. Nul corps nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément »*

[23] C. Nicolet évoque *« un transfert juridique et émotionnel »* de la souveraineté du corps du roi au corps de la Nation assemblée. In *l'idée républicaine de la France*, Gallimard 1982, p. 16.
Il reviendra à l'Etat révolutionnaire, conforté par l'informelle souveraineté populaire, de synthétiser l'absolutisme étatique des temps modernes. Voir L. Jaume, *Echec au libéralisme, Les Jacobins et l'Etat*, Paris, 1990.

[24] Les libellés des Constitutions françaises sous les régimes républicains sont édifiants sur cet aspect :

Constitution du 3 septembre 1991, titre II, article 1 – « *La Souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la Nation ; aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice ».*

Constitution du 24 juin 1793, article 25 – *« La souveraineté réside dans le peuple ; elle est une et indivisible, imprescriptible et inaliénable ».*

Constitution du 22 août 1795, article 1 – *« La République Française est une et indivisible ».*

Constitution du 13 décembre 1799, titre 1 article 1 a. *« La République française est une et indivisible »*

Constitution du 4 novembre 1848, préambule, « *I. La France s'est constituée en République. En adoptant cette forme définitive de gouvernement, elle s'est proposée pour but de marcher plus librement dans la voie du progrès et de la civilisation, d'assurer une répartition de plus en plus équitable des charges et des avantages de la société, d'augmenter l'aisance de chacun par la réduction graduée des dépenses publiques et des impôts, et de faire parvenir tous les citoyens, sans nouvelle commotion, par l'action successive et constante des institutions et des lois, à un degré toujours plus élevé de moralité, de lumières et de bien-être. II. La République française est démocratique, une et indivisible ».*

Constitution du 27 octobre 1946 article 1 : *« La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale ».* Article 3 : « *La souveraineté nationale appartient au peuple français. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice ».*

Constitution du 4 octobre 1958 : article 3 *: « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice ».*

pérennisation des Etats qui jusqu'à présent, n'a pu totalement être effacé. Il traduit l'origine de la légitimité des Etats.
Cette légitimité permet aux Etats de faire accepter à l'ensemble de leurs ressortissants un pouvoir dont la nature reste particulière tant il ne peut être détenu par aucune autre entité que l'Etat : la souveraineté.

32. Dans la réflexion sur la souveraineté, l'Etat-Nation tient donc une place centrale, puisqu'il est aussi un élément fondateur qui sert d'assise à la réflexion juridique et politique sur le pouvoir de l'Etat et donc sur la souveraineté. Historiquement, il favorisera l'absolutisme de la souveraineté en donnant un caractère unitaire à son titulaire[25].

33. La souveraineté, dans son sens originel, est définie comme un pouvoir indivisible, suprême, absolu et inaliénable. Cet absolu a profité autant à l'Etat qu'à la Nation. L'Etat conçu comme souverain, a bénéficié au fil des siècles de l'idée que le pouvoir dont il disposait ne pouvait qu'être emprunt d'absolu, et qu'il ne pouvait donc aucunement être contesté, ni partagé. Jellinek décrira ce pouvoir de l'Etat en précisant que ce pouvoir souverain *« est la négation de toute subordination de l'Etat à l'égard des autres pouvoirs ».* Il est la *« qualité de puissance d'un Etat qui ne connaît aucune puissance supérieure à la sienne ».*

34. Cette conception absolue de la souveraineté de l'Etat a été davantage encore renforcée avec l'association de la Nation à l'Etat, puisque ce pouvoir absolu avait également trouvé son origine et sa légitimité, au-delà du constat de sa nature. L'Etat-Nation a le mérite d'apporter une réponse théorique en ce qui concerne la légitimité du pouvoir, sans toutefois mettre fin aux réflexions sur le pouvoir de l'Etat et la souveraineté.
35. Cette conception absolue de la souveraineté se retrouvera également dans le lien avec la Nation, notamment en droit français dans les théories de la souveraineté populaire[26], et de la souveraineté nationale.

36. À ce stade, la souveraineté repose sur une base clairement absolutiste, tant en ce qui concerne son titulaire, que son contenu. Toutefois, si la définition absolue de la souveraineté reste un élément déterminant de la réflexion juridique, cette notion ne connaît pas de réelle stabilité.

[25] Bien au-delà des différents organes de l'Etat.

[26] Rousseau écrira : *« je dis donc que la souveraineté n'étant que l'exercice de la volonté générale, ne peut jamais s'aliéner, et que le souverain, qui n'est qu'un être collectif ne peut être représenté que par lui-même ». in le contrat, livre II, p.1.*

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

37. Par conséquent, la souveraineté a plusieurs visages. Elle traduit à la fois, l'existence d'un pouvoir qui ne se compare à aucun autre, un pouvoir absolu confié au souverain, un pouvoir de l'Etat et un pouvoir de la Nation. Elle est une notion juridique et politique dont les contours sont largement mouvants puisque sa signification n'est pas figée dans l'Histoire et dans le vocabulaire juridique. Le terme même de souveraineté connaît une évolution dans sa définition et dans ses titulaires.

38. Si l'évolution historique des réflexions doctrinales ramènera toujours à cette idée de pouvoir suprême, il sera toutefois envisagé à de très nombreuses reprises, tant dans la pratique que dans la théorie, de remettre en cause l'absolutisme de la souveraineté[27].

39. Les attaques contre l'absolutisme seront d'abord davantage dirigées contre le contenu et la nature de la souveraineté que contre son titulaire. Il sera de plus en plus difficile de maintenir l'idée défendue par la conception doctrinale d'origine : *« la souveraineté ne peut qu'être absolue ou elle n'est pas »*. En conséquence, la souveraineté oscille en permanence entre une définition absolue et une définition plus nuancée[28], qui admet la relativité.

40. Presque dès sa naissance, la définition absolue de la souveraineté pose question et reste soumise à des contestations[29]. Une analyse approfondie de l'ensemble des réflexions doctrinales aboutit à l'idée que les auteurs ne peuvent se résoudre à abandonner définitivement l'idée d'une toute puissance de l'Etat, mais ils ne peuvent davantage accepter que ce pouvoir ne connaisse aucune limite.

41. Plusieurs facteurs sont de nature à mettre en cause le caractère absolu de la souveraineté, ce qui implique systématiquement des incidences sur l'Etat et sur la Nation.
Dans l'évolution doctrinale et pratique de la notion de souveraineté, c'est l'ensemble des caractéristiques dégagées par J. Bodin qui vont être reprises et démontées, contribuant à donner à la souveraineté un sens plus diffus.

42. En ce qui concerne l'indivisibilité, la remise en cause sera assez faible d'un point de vue doctrinal puisque seules les théories de la séparation des pouvoirs auront un impact sur

[27] Cet absolutisme correspondant en effet de moins en moins à la réalité institutionnelle, ancrée dans la démocratisation et la séparation des pouvoirs.

[28] Cette définition de la souveraineté est en effet fluctuante, et son contenu n'est pas figé.

[29] Sous la Monarchie absolue, la contestation du pouvoir persistait parfois sous l'angle régional. Les Provinces avaient d'ailleurs un rôle dans l'organisation monarchique, qui démontrait plus de coopération que d'autorité. Certains Etats provinciaux comme ceux de Bretagne, Bourgogne ou Languedoc ont par exemple joué un rôle en matière administrative et fiscale, qui fut loin d'être négligeable.

l'organisation de l'Etat et sur le partage des pouvoirs souverains, sans pour autant que l'indivisibilité soit atteinte, au nom du dogme français de l'indivisibilité de la République et de la Nation[30].

43. L'indivisibilité sera en revanche davantage mise en cause dans la pratique par le processus de décentralisation, par le droit de sécession, par l'émergence de « peuples » au sein de la Nation… L'ensemble de ces processus, sur lesquels nous reviendrons, met en effet à mal l'indivisibilité de la Nation et celle de la République.

44. En ce qui concerne le caractère suprême du pouvoir, ce dernier sera très tôt mis en cause par les théories internationalistes et le développement de la souveraineté au sens international[31]. Au fil du développement de l'importance du droit international, la conception absolue de la souveraineté connaîtra des fragilités de plus en plus grandes[32].

45. Ce caractère suprême sera également mis en cause par l'idée que la souveraineté peut s'évaluer uniquement en termes de compétences et que ces compétences peuvent parfaitement être exercées de manière fragmentée par différents organes. Sous l'influence de ces théories, il se dessinera deux définitions de la souveraineté, l'une juridique fondée sur des compétences et en grande partie dépourvue d'absolu dès lors que certaines compétences peuvent être déléguées, l'autre politique fondée davantage sur la puissance et la Nation.

46. A ce titre, les théories fédéralistes expérimenteront d'ailleurs cette « souveraineté compétence », avec l'idée que les compétences peuvent se partager entre un Etat fédéral et des Etats fédérés, mais que la souveraineté au sens politique reste indivisible dès lors qu'elle repose sur la Nation qui en a seule la maîtrise[33].

47. Dans une certaine mesure également les théories marxistes, conduisent à l'idée que la souveraineté peut être partagée[34].

[30] De ce point de vue, la force doctrinale de l'Etat-Nation reste une pièce maîtresse du maintien du dogme de l'indivisibilité, malgré toutes les remises en cause pratiques.

[31] Voir notamment les toutes premières réflexions doctrinales de H. Grotius, in *le droit de la guerre et de la paix*, édition PUF, 1999.

[32] Définition de la souveraineté internationale par Jellinek qui considère que la souveraineté internationale a essentiellement une portée négative et qu'elle nie la possibilité pour un Etat de dominer un autre Etat. Voir L. Le Fur citant Jellinek, in *état fédéral et confédération d'états*, édition Panthéon Assas, p. 444.

[33] Les théories sur la fédération américaine sont illustratives de cette conception nationale du fédéralisme. Voir par exemple J.-C. Calhoun, *la bataille américaine du fédéralisme*, PUF Léviathan, 2004.

[34] K. Marx fut probablement l'un des premiers à théoriser une société sans Etat, dans la phase ultime de l'ordre communiste.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

48. Sur le plan doctrinal, Esmein et Carré de Malberg[35] apporteront une nuance à la fragilisation de la souveraineté absolue en intégrant la dimension nationale de la souveraineté. De même, les théories du fédéralisme national, par opposition au fédéralisme contractuel[36], conservent également cette dimension. Le peuple, à l'origine de la Constitution, a tous les caractères d'un souverain absolu, étant au dessus de la Constitution.

49. On constate que les critères avancés par Bodin pour qualifier la souveraineté absolue sont mis en cause dans la théorie juridique et politique. L'indivisibilité reste possible mais n'est plus le seul et unique mode d'organisation de la souveraineté. Quant au caractère suprême de ce pouvoir, il est largement mis en cause par le droit, et par une forme de souveraineté partagée, qui, a défaut de s'appliquer, s'analyse dans la théorie.

50. D'un point de vue factuel également, l'absolutisme est devenu décalé. Ainsi les réflexions doctrinales et les doutes sur la notion même de souveraineté trouvent un écho dans l'Histoire des Etats elle-même. Au fil des siècles, il est devenu de plus en plus difficile d'admettre de manière péremptoire et définitive l'idée que la souveraineté peut réellement caractériser un pouvoir de nature absolue[37]. Il faut dire que l'Histoire des Etats conduit de plus en plus, à un refus du despotisme et un rejet du pouvoir absolu.

51. La souveraineté, relativement claire dans les réflexions de J. Bodin, est apparue au fil du temps un concept largement malléable et flou dans la mesure où des divergences tant doctrinales que politiques apparaissent à la fois sur la question de la nature de ce pouvoir, et de son étendue. Ce concept est devenu d'autant plus malléable qu'à la théorie est venue s'ajouter la confusion de la pratique, particulièrement en ce qui concerne l'Histoire de l'Etat français.

52. Cette souveraineté a toujours aujourd'hui une traduction dans le langage courant mais elle a une définition tout à fait sommaire, qui recoupe toutes les dimensions possibles de la

[35] A. Esmein : *éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Sirey 1914 et édition Panthéon Assas sept 2001 ; R. Carré de Malberg : *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome II ; J.-J. Rousseau: *Du contrat social,* Flammarion 2001

[36] Voir sur la question de l'opposition entre les deux thèses, l'analyse d'O. Beaud, in *fédéralisme et souveraineté : notes pour une théorie de la fédération*, RDP 1998, p. 96.

[37] Comme on le verra, le développement du droit international, les enjeux de plus en plus conséquents des guerres, mais également la confrontation quotidienne des Etats dans tous les domaines d'activités contraignent naturellement à réduire les ambitions d'un pouvoir absolutiste.

souveraineté[38]. Le juriste quant à lui, ne saurait se satisfaire du langage courant mais reste devant une incertitude sur la notion même de souveraineté.

53. Malgré une définition mal aisée, un titulaire pas toujours identifié et parfois contesté, la notion de souveraineté n'a pourtant jamais été réellement abandonnée et continue à être une notion utilisée pour qualifier le pouvoir de l'Etat, sans que personne ne puisse réellement se résoudre, soit à abandonner son utilisation, soit à en modifier son sens. La souveraineté reste en effet, le qualificatif donné le plus fréquemment à l'Etat pour définir ses pouvoirs, malgré l'imperfection de la notion, les discussions sur son contenu, et les remises en cause fréquentes.

54. La souveraineté nationale d'ailleurs est tout aussi fréquemment utilisée pour qualifier le pouvoir de la Nation. Cette qualification reste d'ailleurs moins contestée dans la mesure où l'absolutisme continue à avoir une portée essentielle, ainsi qu'une actualité certaine.

55. Les enjeux de qualification du pouvoir de l'Etat et de la Nation restaient en effet prégnants. Dans un contexte où le maintien de ces pouvoirs apparaît, l'analyse doit nécessairement passer par la souveraineté.

56. Cette souveraineté, sur laquelle tant de juristes ont déjà écrit, ne cesse donc de révéler ses secrets et conserve une part de mystère qu'il paraît impossible de lever totalement sans perdre toute humilité.

57. Toutefois, un retour sur le parcours évolutif de la souveraineté permet d'en tracer plus précisément les contours. Ce retour apporte des éléments sur la pertinence de la notion de souveraineté, et son utilité. Il permet également de revenir sur la place de l'Etat et de la Nation dans l'ordre mondial.

58. L'analyse nécessite en premier lieu un retour sur la dimension historique et doctrinale de la notion de souveraineté, tant sur le plan du contenu que du titulaire. Il faut en effet reprendre la genèse de la souveraineté, son utilité première, le contenu absolu qui lui a été attribué, mais également son lien marqué avec l'Etat personnalisé par le Roi puis par la Nation.

[38] Le dictionnaire Larousse évoque : *« 1. Autorité suprême ; 2. Pouvoir suprême reconnu à l'Etat, qui implique l'exclusivité de sa compétence sur le territoire national et son indépendance dans l'ordre international où il n'est limité que par ses propres engagements. Souveraineté nationale : principe du droit public français selon lequel la souveraineté jadis exercée par le Roi, l'est aujourd'hui par l'ensemble des citoyens ».* Dictionnaire Larousse 2011, « souveraineté ».

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

59. Il faudra rappeler que ce que tous s'accorde à dire, c'est que l'Etat a un pouvoir spécifique, qualifié très tôt de souverain, et qui implique des caractéristiques tout à fait particulières, empruntes d'absolu. Après la Révolution française, cet absolutisme de la souveraineté se retrouvera dans un lien Etat/Nation fusionnel, et particulièrement marqué.

60. En second lieu, le retour sur la déconstruction progressive de la souveraineté apparaît nécessaire pour expliciter en quoi la souveraineté au sens absolu est menacée.

61. Sur le plan du contenu, l'attaque contre le mythe de la souveraineté absolue viendra d'abord de l'école doctrinale allemande et d'une conception de la souveraineté en termes de compétences, c'est à dire d'un point de vue juridique essentiellement. Elle conduira à une fragmentation de la souveraineté dans un mouvement qui est l'exact inverse de la méthode qu'avait choisie J. Bodin, en partant des prérogatives de souveraineté, et en les rassemblant. L'attaque viendra aussi de la mise en œuvre dans la pratique de cette souveraineté compétence, par la création d'Etats fédéraux.

62. Sur le plan du titulaire, la menace viendra de la rupture du lien Etat/Nation et d'une distinction conflictuelle entre souveraineté de l'Etat et souveraineté nationale, relayée par la séparation des pouvoirs et la théorie de l'organe. Sur cet aspect encore, la pratique viendra relayer la théorie notamment par la fragilisation de la représentation et le renforcement de l'exécutif.

63. En troisième lieu, le constat de la mise en cause de l'absolutisme s'imposera également sous l'angle de l'indivisibilité de la souveraineté, qui reste l'un des critères majeurs dégagés par J. Bodin. En effet, cette indivisibilité se désagrège, tant sur le plan théorique que pratique. L'Etat déconcentré et décentralisé, a des difficultés à maintenir l'illusion de sa centralité. Il fait d'ailleurs face à des revendications de nature fédérale et autonomiste, auxquelles il tente de résister assez fortement.
En France plus spécifiquement, l'unité du peuple est mise en cause avec une citoyenneté affaiblie et un retour des communautarismes.

64. En quatrième lieu, la souveraineté absolue est menacée car son aspect suprême est clairement en cause. Il faudra revenir sur la soumission de l'Etat au droit, sur le développement du constitutionnalisme, sur le renforcement du droit international, et sur le pouvoir croissant des juges dans cette internationalisation.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

65. À ce stade, il apparaît que souveraineté et absolu ne devraient plus être associés tant la relativité de la souveraineté apparaît dans toutes ses dimensions, en relevant toutefois que la souveraineté de la Nation semble moins touchée que la souveraineté de l'Etat. En effet, la distanciation du lien Etat/Nation conduit à une plus grande fragilité de l'Etat, qui a également des incidences sur la souveraineté absolue.
Toutefois, et pour nuancer, la souveraineté nationale conserve un grave handicap par rapport à la souveraineté de l'Etat, puisqu'elle reste abstraite et qu'il est presque impossible de matérialiser cette souveraineté sans entité capable de la personnifier.

66. À l'épreuve des faits et de l'évolution juridique, la question de la pertinence de la notion de souveraineté pour qualifier les pouvoirs de l'Etat ou ceux de la Nation, est donc entière et de nombreuses questions restent posées.

67. Doit-on dépasser cette notion de souveraineté ? ce qui impose nécessairement de trouver un autre qualificatif à l'Etat, qui on ne peut le nier conserve un pouvoir tout à fait particulier.
Doit-on redéfinir la souveraineté ? pour continuer à lui donner un sens clef dans la définition de l'Etat, tout en abandonnant l'absolutisme qui paraît inadapté.
Doit-on encore conserver en l'état cette notion de souveraineté, malgré un écart existant avec la réalité des pouvoirs de l'Etat ?
La souveraineté n'aurait-elle plus qu'un sens national ?

68. Ces questions conservent un intérêt du point de vue de l'analyse juridique pure puisque le droit a notamment pour mission de définir des concepts précis traduisant des réalités concrètes. Toutefois, l'intérêt est également de mieux cerner le pouvoir de l'Etat-Nation et donc d'envisager son devenir, dans un contexte où il est annoncé sa mort programmée de manière inéluctable [39].

69. Pour ce qui concerne l'Etat français, ces questions doivent tout autant être posées à la lumière de ce qu'est devenu l'Etat et particulièrement à la lumière de deux phénomènes récents que sont la construction européenne et la mise en œuvre de la décentralisation.

[39] Les théories marxistes et communistes annonçaient la mort de l'Etat et considéraient cette dernière comme inéluctable. *« L'Etat pourra disparaître complètement lorsque la société aura réalisé le principe : de chacun selon ses capacités, à chacun selon ses besoins »* Lénine, In *l'Etat et la Révolution*, édition La dispute, coll. Bibliothèque du Marxisme, 1976. *« L'Etat, c'est le mal, un mal nécessaire, aussi nécessaire dans le passé que sera tôt ou tard son extinction complète »,* M. Bakounine, In *La liberté*, édition Pauvert, 1969. Indépendamment de toute influence politique, d'autres auteurs évoquent la disparition possible des Etats Nations, Voir en ce sens A. Bihr, *le crépuscule des Etats Nations*, édition Page deux, pp. 103 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

70. Si d'un point de vue juridique, il y a déjà beaucoup à dire sur l'évolution de la notion de souveraineté et sur ce qu'elle est devenue au regard des critères traditionnels dégagés par J. Bodin, il n'en reste pas moins que la pratique institutionnelle française a en effet amené d'autres débats juridiques, sur le terrain de la construction européenne et des incidences de cette dernière sur l'Etat.

71. Cette construction européenne, née du Traité CECA de 1951 mais surtout du Traité de Rome en 1957, a instauré un ordre juridique et politique inédit qui contribue à modifier encore la conception de la souveraineté, tant dans son contenu que dans sa pertinence. Cette notion d'ordre juridique et politique est largement traduite par la CJCE dans deux arrêts essentiels de la construction communautaire[40]. La mise en place des communautés européennes, de leurs institutions, puis plus tard, la naissance de l'Union européenne avec le Traité de Maastricht, implique en effet des incidences sur l'Etat qui sont de plus en plus mesurables et identifiables.

72. Le processus communautaire implique des questionnements sur le pouvoir de l'Etat parce qu'il a des incidences sur les compétences exercées, sur l'exclusivité du pouvoir de l'Etat mais également sur le rapport de l'Etat avec la Nation. En tout état de cause, il contredit nécessairement l'idée d'une suprématie du pouvoir de l'Etat, alors que cette dernière tient de l'essence même de la souveraineté[41].

73. Le processus communautaire modifie la conception de la souveraineté, tant nationale, que de l'Etat. Il en fait un concept très relatif, très distant de la définition initiale donnée par J. Bodin. Ce constat pousse à rechercher une autre définition des pouvoirs au-delà de la souveraineté, alors même que cette dernière reste largement utilisée.

[40] Le premier arrêt, l'arrêt Van gend en loos du 7 février 1963, évoque : *« le traité constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre les Etats contractants... La Communauté constitue un nouvel ordre juridique...dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants ».* (aff. 26/62 rec. p. 3°. Le second arrêt, l'arrêt Costa c/ ENEL du 15 juillet 1964, précise : *« à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions ».* (aff. 6/64, rec. p. 1141).
Pour des raisons de clarté, le sigle CJCE continuera à être utilisé dans cette thèse lorsqu'il s'agira d'évoquer la jurisprudence antérieure au Traité de Lisbonne. Le sigle CJUE (Cour de justice de l'Union européenne) sera utilisé dans tous les autres cas. En effet, désormais le Traité de Lisbonne regroupe sous le sigle CJUE : la cour de justice ainsi que le tribunal de première instance et les tribunaux spécialisés. Article 19 TUE.

[41] La construction européenne expérimente en effet une forme inédite de répartition des pouvoirs politiques et juridiques, qui implique nécessairement des incidences sur les Etats membres.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

74. Les pouvoirs de l'Etat sont grignotés par le processus communautaire, avec un positionnement des Nations qui reste encore difficile à établir. Cette transformation est pourtant en construction, entre souveraineté et puissance.

75. Les dernières avancées du Traité de Lisbonne ne font que renforcer ces incidences sur la souveraineté et d'une manière générale sur l'Etat-Nation[42]. Les incidences prévisibles ne peuvent d'ailleurs être envisagées que sous un angle purement théorique, que la pratique pourrait démentir, même si la tendance au renforcement de l'Union reste la plus probable.

76. À l'opposé, le processus de décentralisation quant à lui traduit des changements de l'Etat sur le plan interne, alors que la conception de la souveraineté absolue suppose un pouvoir indivisible et que la décentralisation s'oppose à cette idée. Ainsi, la décentralisation implique des conséquences sur l'indivisibilité de l'Etat, sur la répartition des pouvoirs et sur un éventuel retour à une forme de féodalisation du territoire qui préexistait à l'idée d'un Etat, souverain absolu.

77. Cette décentralisation, qui connaît une application dans la plupart des Etats démocratiques, conserve des particularismes en France qui nuancent l'impact sur la souveraineté. Ainsi, et comme on le verra, le processus de décentralisation débuté en 1982 se déroule de manière non linéaire, par saccades. Même si ce processus conserve une dimension politique essentielle, il reste largement sous le contrôle de l'Etat[43].

78. L'Union européenne et la décentralisation ne font globalement que confirmer que l'absolutisme comme principe intrinsèque à la souveraineté n'est plus réellement adapté. Toutes ces évolutions sont porteuses d'enjeux essentiels pour définir le pouvoir de l'Etat, et le rôle de la Nation ; elles ont des incidences majeures sur la souveraineté.
Des tels facteurs ouvrent un angle de réflexion particulier sur la question de savoir si la souveraineté est toujours de nature à caractériser le pouvoir de l'Etat ou s'il ne faut pas tout au contraire songer à trouver un autre qualificatif.

[42] Le Traité sur le fonctionnement de l'Union est particulièrement important car il retrace de nombreuses incidences sur la gestion des compétences. Il reprend l'essentiel des précédents traités avec néanmoins une communautarisation supplémentaire de certaines matières.

[43] Les dernières réformes de la décentralisation sur lesquelles nous aurons l'occasion de revenir, ne font que démontrer une fois de plus que l'Etat reste maître d'œuvre de la décentralisation et que le rôle de cette dernière dans la fragilisation de la souveraineté reste bien moindre que celui de la construction européenne.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

79. L'érosion de la souveraineté se constate puisqu'elle persiste à être un élément de définition de l'Etat-Nation, sans pour autant garder ses caractéristiques initiales. Au stade ultime, cette érosion conduira soit à une redéfinition de la souveraineté sous un angle relatif, soit à sa disparition au profit d'un autre concept juridique de nature à qualifier le pouvoir de l'Etat.

80. La difficulté est que jusqu'à présent, au-delà de la souveraineté, il n'existe que peu de mots capable de recouper intégralement ce pouvoir dans son contenu et au regard de son titulaire. Ce constat est d'ailleurs renforcé pour ce qui concerne la Nation, alors que pour l'Etat, d'autres concepts encore en construction commencent à émerger.

81. En effet, la doctrine s'accorde à affirmer que le pouvoir de l'Etat persiste à garder son originalité tout autant que celui de la Nation. Un constat s'impose : ce pouvoir reste un mystère qui résiste aux réflexions juridiques et politiques les plus ambitieuses, lorsqu'il s'agit de le définir avec précision, de lui en donner des contours, de connaître ses origines et ses fondements, d'en apprécier son étendue[44]...

82. Toutefois le constat ne peut être suffisant et il faut bien le dépasser. Une nouvelle théorisation du pouvoir de l'Etat reste une quête particulièrement délicate à mener tant cette dernière a d'ores et déjà fait l'objet de recherches très conséquentes, qui ont pu apporter à chaque fois, un élément supplémentaire à l'édifice de la qualification juridique.

83. Pour identifier le pouvoir de l'Etat, le premier indice repose sur une analyse par exclusion, que le sens commun utilise. En effet, le sens commun a pleinement conscience que le pouvoir de l'Etat reste spécifique, que certaines de ses prérogatives ne se retrouveront dans aucune autre entité, que l'Etat a des compétences si particulières que cela lui donne également un pouvoir sans comparatif possible.
Il définit le pouvoir de l'Etat par ce qu'il n'est pas, par exclusion, avec une forme de « normalité » des prérogatives qui peuvent être confiées à une entité. Il procède par comparaison, ce qui aboutit à l'idée première que le pouvoir de l'Etat est spécifique, et qu'il ne se retrouve que dans l'Etat.

84. Dire que le pouvoir de l'Etat est spécifique, est déjà une base de travail qui a servi aux juristes et politistes pour tenter de qualifier positivement ce pouvoir de l'Etat, si insaisissable au sens commun. En effet, il existe de nombreuses expressions dans la pratique, et dans les principes du droit public, qui rendent compte de ce pouvoir spécifique, parmi lesquelles

[44] Cette démarche de qualification du pouvoir de l'Etat reste pourtant totalement indispensable dans le cadre d'une réflexion sur la souveraineté, et sur la remise en question de cette dernière.

notamment l'idée de prérogatives exorbitantes de droit commun, de puissance publique[45], de sujétions particulières ou encore de privilège du préalable[46].

85. Ce constat d'un pouvoir spécifique est pourtant nettement insuffisant pour satisfaire l'exigence juridique de définition de l'Etat. C'est ainsi que la requalification s'impose pour le juriste, soit par une nouvelle définition relative de la souveraineté, soit par un nouveau concept.

86. L'idée de puissance semble pouvoir être avancée comme une nouvelle clef de lecture pour définir l'Etat aujourd'hui et la manière dont il utilise ses pouvoirs. En effet, s'il est indéniable que l'Etat évolue, que son ancrage national est parfois fragilisé, et que ses pouvoirs sont désormais plus diffus et divisés, il n'en reste pas moins qu'un pouvoir existe et qu'il reste à qualifier.

87. Dans la doctrine, la puissance de l'Etat était une composante de la souveraineté, qui a rapidement été dissociée en raison de ses particularités. En termes profanes, et dans l'actualité, cette notion de puissance reste un qualificatif de l'Etat utilisé pour identifier les « grandes puissances ». Toute la question est de savoir si cette notion de puissance peut recouvrir aujourd'hui, plus que l'idée de souveraineté, la qualification du pouvoir de l'Etat.

88. Dans la théorisation du pouvoir de l'Etat, l'idée de puissance demeure un concept dominant qui est de nature à traduire la dimension spécifique du pouvoir de l'Etat sans pour autant exclure toute idée de conciliation ou de partage des pouvoirs.
La notion de puissance de l'Etat peut alors trouver un regain d'intérêt dans un monde en mouvement, où l'Etat n'est pas le seul élément structurant de l'organisation mondiale. Toutefois, la puissance doit intégrer et contenir dans sa définition, la limitation des pouvoirs et l'idéal démocratique. L'Etat puissance ne saurait en effet pouvoir se définir sans référence au droit.

89. La démarche de requalification du pouvoir de l'Etat doit d'abord passer par une analyse de la notion de souveraineté de l'Etat et de souveraineté nationale pour constater que l'absolutisme initial ne peut totalement perdurer, tant dans la théorie juridique que dans la pratique (1ère Partie). Cette requalification du pouvoir de l'Etat devra ensuite passer par une

[45] Il faut noter que, pour les citoyens, les prérogatives particulières de l'Etat sont visibles essentiellement sous l'angle de l'action policière et militaire. C'est d'ailleurs cet aspect le plus visible de l'Etat qui reste l'une des caractéristiques premières de son pouvoir. Pour requalifier l'Etat, il faudra nécessairement passer par cette prérogative du monopole de la contrainte, légitime ou non.

[46] Pour les citoyens, les pouvoirs de l'administration de l'Etat viennent probablement d'emblée en seconde place, pour démontrer la puissance de ce dernier.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

analyse plus complète, tant du processus communautaire que de celui de la décentralisation, qui conduira à envisager l'Etat sous l'angle d'une puissance démocratique (2ème Partie)

PARTIE 1 :

La mise en cause du mythe de la souveraineté absolue : un affaiblissement dans la Nation, une disparition dans l'Etat

PARTIE 2 :

L'Etat français : entre souveraineté relative et puissance sans concurrence, un pouvoir à qualifier.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

PARTIE I

La mise en cause du mythe de la souveraineté absolue : un affaiblissement dans la Nation, une disparition dans l'Etat

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

90. La construction de la souveraineté de l'Etat puis celle de la souveraineté nationale sont issues de réflexions doctrinales majeures ayant comme but de mettre en œuvre un pouvoir politique fort dans la plupart des Etats européens. Cette construction de la souveraineté est également issue d'une pratique institutionnelle propre à chaque Etat, qui a conduit en France à une souveraineté qui reste un concept historique, mis en œuvre sur un socle Etat/Nation indéfectible. Ce lien Etat/Nation est longtemps resté comme le fil conducteur ayant permis de faire perdurer une conception absolue de la souveraineté.

91. En effet, la souveraineté reste en droit français un concept unitaire, et absolu, issu de la doctrine de J. Bodin. Cette construction théorique a connu une application pratique qui au fil du temps a confirmé un lien Etat/Nation très puissant. Toutefois, ce lien et cet absolutisme de la souveraineté va progressivement être mise en cause à la fois sur le plan théorique et pratique, ce qui conduit à un changement de nature de la souveraineté. (TITRE 1)

92. L'unité de la souveraineté étant ainsi menacée, c'est ensuite, ou de manière concomitante, que l'indivisibilité a également été touchée, tant d'un point de vue de l'Etat que d'un point de vue de la Nation. La conception initiale de la souveraineté reposant sur l'indivisibilité est alors mise à mal. (TITRE 2)

93. En dernier lieu, avec l'idée émergente d'une souveraineté partagée d'un point de vue des compétences, la conception française de la souveraineté absolue s'est encore trouvée confrontée à des réalités juridiques, politiques et pratiques qui ont largement réduit la pertinence de l'idée d'un pouvoir suprême et omniscient. (TITRE 3)

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

TITRE 1 :

L'atteinte progressive au lien Nation/Etat : une conception unitaire de la souveraineté absolue menacée.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

94. Pour faire face aux désordres qui régnaient dans les sociétés, et pour combler la place qu'avait progressivement laissée l'Eglise, les théoriciens du droit ont inventé le concept de souveraineté, comme pouvoir absolu capable de régir, d'organiser et de réguler les sociétés occidentales au Moyen Age. Le concept de souveraineté a d'abord été conçu comme une notion juridique absolue qualifiant un pouvoir suprême, qui ne connaît aucun équivalent. Les théoriciens français ont rapidement lié le souverain à l'Etat ce qui a historiquement contribué au développement d'une souveraineté absolue en France.

95. Avec le passage de la Monarchie à la République, le souverain a changé de visage, mais au fil des Constitutions, il a toujours été lié au pouvoir et aux compétences de l'Etat. L'existence d'un lien indéfectible entre le souverain et l'Etat a conduit en France à une conception absolue de la souveraineté, tant sur le plan historique que théorique. (CHAPITRE 1)

96. Les confrontations avec les théories allemandes de l'Etat et l'apparition progressive des Etats fédéraux, ont conduit à une modification progressive du concept juridique de souveraineté. Ainsi, le lien entre le souverain et l'Etat, bien que toujours existant, a été mis en cause, notamment dans les Etats fédéraux. Les questions relatives au partage de la souveraineté, à la redéfinition du concept juridique et à la pertinence de l'Etat unitaire, ont abouti à mettre en cause la notion de souveraineté absolue (CHAPITRE 2)

97. De ces réflexions juridiques, et de ces pratiques constitutionnelles multiples résultent un concept fragmenté de la souveraineté, dans laquelle la Nation souveraine ne serait plus en phase avec l'Etat souverain. Cette distanciation entre la Nation et l'Etat est largement visible aujourd'hui en France, et démontre dans la pratique un essoufflement de la souveraineté absolue conçue comme une puissance indivisible, capable de régir la compétence de sa compétence. (CHAPITRE 3)

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

CHAPITRE 1 :

La souveraineté absolue, une conception française fondée sur un lien indéfectible entre le Souverain et l'Etat

98. La conception française de la souveraineté doit l'essentiel de sa filiation à J. Bodin, qui en a dégagé un concept absolu liant nécessairement le souverain et l'Etat. Historiquement, et avant 1789, ce lien est d'abord une évidence tant juridique que pratique liée à l'existence d'un pouvoir royal (Section 1).

99. Ce lien Etat / souverain va ensuite trouver sa place dans un contexte républicain fondé sur la Nation, avec une mise en avant du souverain national et un certain recul de l'Etat (Section 2).

100. Le lien se cristallisera finalement autour de l'Etat-Nation et justifiera le maintien de la souveraineté absolue (Section 3).

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Section 1 : Le triomphe de la souveraineté absolue avant 1789

101. Avant 1789, la théorie juridique et la pratique monarchique en France ont naturellement conduit à une conception absolue de la souveraineté. Cette souveraineté ne pouvait qu'être un pouvoir indivisible, suprême et absolu, tant sur le plan interne qu'externe.

§ 1. De l'existence d'une souveraineté antérieure au concept juridique

102. La doctrine juridique a toujours été partagée sur l'existence d'une souveraineté politique antérieure à la théorisation qui a été réalisée par Jean Bodin dans son œuvre à la fin du XVI siècle[47]. Deux thèses doctrinales, radicalement opposées, s'affrontent sur l'origine historique de la souveraineté, bien avant son origine juridique.
Le premier courant, majoritaire, considère que la souveraineté existait dans les faits avant d'être conceptualisée et de devenir un mot. Selon cette doctrine, les sociétés moyenâgeuses comportaient des royaumes ayant les caractéristiques de souveraineté, bien avant que le concept n'apparaisse. Le second courant, quant à lui, considère que l'entité souveraine ne préexiste pas à la théorie, et que le concept de souveraineté, tel que dégagé par Bodin, a créé le souverain, et par la même l'Etat.

103. L'historicité de la notion de souveraineté est difficile à établir[48]. Dès le XIII siècle, le mot souverain est utilisé pour qualifier la place d'une autorité disposant d'un pouvoir qui n'est pas comparable à un autre et qui suppose une relation hiérarchique. La souveraineté est d'abord considérée comme un pouvoir d'action sur autrui, mais elle n'a pas le caractère d'absolu parfait, en raison de l'absence de puissance publique uniforme. La souveraineté est aussi conçue comme le pouvoir de régler un conflit juridique, le pouvoir d'exercer le plus haut degré de juridiction. Elle se compose de diverses compétences qui s'apparentent dans les faits à un début de souveraineté matérielle.

104. Le mot de souverain ne qualifiait en réalité ni le pouvoir d'une autorité physique telle qu'un dirigeant, ni l'autorité d'une personne abstraite, telle que l'Etat. Il était synonyme de pouvoir et de capacité à rendre la justice. En tout état de cause, le mot n'est pas théorisé et si

[47] J. Bodin (1530-1596), *les six livres de la République*, édition Fayard 1986, coll. corpus œuvres philosophiques

[48] Le mot de souveraineté apparaît dans la langue française au bas Moyen-Âge et est progressivement utilisé dans tous les pays européens. Toutefois, il n'est pas véritablement un concept politique et juridique précis. Voir A. Truyol Serra, *souveraineté,* Archives de philosophie du droit, T 3, Sirey 1990, pp. 313 et suiv.

des auteurs tentent de le conceptualiser par comparaison à l'Imperium romain, le concept de souveraineté ainsi dégagé, n'a pas de réalité tant dans la théorie que dans la pratique[49].

105. Les réflexions des légistes tels que Grassaille ou Seyssel avaient uniquement pour objet d'imposer le pouvoir royal aux seigneurs locaux. Les légistes qualifiant le pouvoir du roi d'absolu uniquement d'un point de vue judiciaire, la souveraineté était pour eux le pouvoir de rendre la justice en dernier ressort, ce qui reste finalement conforme à la signification médiévale de la souveraineté[50].

106. Le mot médiéval de souveraineté a en définitive un sens très réduit au regard du concept de souveraineté dégagé par J. Bodin, d'autant qu'il s'applique à de très nombreuses autorités[51]. Si l'existence d'une souveraineté dans les faits, préexistante à l'œuvre de J Bodin peut être reconnue, elle n'en reste pas moins très loin du pouvoir suprême et absolu dégagé par la théorie juridique moderne. La nouveauté apportée par J. Bodin consiste à théoriser la souveraineté moderne, comme un pouvoir suprême confié à une autorité unique. Par cette conception, Bodin entend faire émerger un pouvoir unique et indivisible capable de créer le droit et d'imposer ses règles.

§ 2. La souveraineté absolue selon Jean Bodin

107. J. Bodin est incontestablement le père fondateur de la doctrine de la souveraineté étatique moderne même s'il n'en percevait pas encore la portée, compte tenu du régime politique dans lequel il vivait. Cette théorie de la souveraineté moderne prend sa source dans la volonté de Bodin de pacifier la société enlisée à son époque dans des guerres de religions inextricables. Il conçoit la souveraineté comme un pouvoir capable de pacifier le royaume, de le libérer de l'emprise de l'Eglise, sans avoir conscience de la portée future d'une telle conceptualisation.

108. Bodin part du mot médiéval de souveraineté et surtout d'une conception matérielle et typologique de la souveraineté, pour avoir une vision de l'ensemble des prérogatives de souveraineté et pour tenter de dégager, avec ces éléments, un caractère suprême du pouvoir. Il

[49] La référence à l'Imperium avait d'ailleurs bien plus pour objet d'attribuer des compétences aux rois par rapport aux autorités de l'Eglise et aux autorités de l'Empire.

[50] Voir en ce sens, O. Beaud, *la puissance de l'Etat,* PUF, 1994, coll. Léviathan, p. 41.

[51] Toutes les personnes physiques détenant une certaine autorité de puissance sont qualifiées de souveraines, même si le roi semble avoir une certaine prééminence. Voir la citation de P. de Beaumanoir : *« chaque baron est souverain en sa baronnie mais le roi est souverain par-dessus tout »*. In *coutumes de Beauvaisis*, 1823, éditions Deugnot, T 11, p. 22. ou édition Salmon, 2 vol., 1899-1900, n°1043.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

retiendra plusieurs marques de souveraineté[52] et notamment les droits de législation, de justice, de police, de battre monnaie, de lever et d'entretenir une armée, d'accéder à la fonction publique.

109. De ses recherches, Bodin dégagera l'idée que toutes les prérogatives de souveraineté sont finalement contenues dans le pouvoir de faire les lois et que l'autorité qui dispose de ce pouvoir est l'autorité suprême[53]. Cette vision de la souveraineté rompt définitivement avec la conception moyenâgeuse du mot, puisque la souveraineté devient un concept politique permettant la monopolisation, par une entité unique, du pouvoir d'édicter le droit positif.

110. Dans son premier traité, *« la Methodus »,* Bodin envisage le caractère suprême du pouvoir souverain dans la mesure où celui-ci ne peut être aliéné. Ce pouvoir appartient au souverain, à l'exclusion de tout autre. La souveraineté est à la fois le pouvoir le plus élevé et le pouvoir de commandement suprême[54].
Bodin sera le premier à formuler une certaine indivisibilité du pouvoir, sans pour autant considérer dans un premier temps que le souverain a forcément un pouvoir absolu. Il indiquera d'ailleurs : *« dans toute communauté, il doit y avoir un pouvoir souverain, et celui-ci doit toujours se situer dans les normes que l'ensemble de la communauté admet »*[55].

111. Bodin considère la souveraineté comme indivisible dans la mesure où le pouvoir de faire les lois ne peut être partagé s'il veut être efficace et capable de régir le bien commun[56]. L'indivisibilité du pouvoir souverain telle que la conçoit J. Bodin est d'ailleurs fort logique puisqu'il ne pouvait envisager à son époque qu'une seule hypothèse possible de division, celle du partage simultané de l'ensemble du pouvoir[57]. Or, avec ce postulat ainsi posé, le pouvoir souverain ne pouvait effectivement faire l'objet d'aucun partage et à juste titre, il estimait ce fractionnement du pouvoir impossible[58]. L'indivisibilité du pouvoir était pour Bodin une

[52] Expression de J. Bodin dans *les six livres de la République*, Edition Fayard, 1986.

[53] Bodin écrit que le souverain a la *« puissance de donner et casser la loi à tous en général, et à chacun en particulier ». Les six livres de la république*, Edition Fayard, 1986, livre I, p. 306.

[54] Voir en ce sens, S. Goyard Fabre, *Jean Bodin et le droit de la République*, PUF 1989, p. 91. Ce pouvoir de commandement suprême est ainsi qualifié parce qu'il a un caractère public, différent du pouvoir exercé par un particulier.

[55] Citation reprise par J. Franklin dans son ouvrage*, Jean Bodin et la naissance de la théorie absolutiste*, PUF 1993, pp. 175 et suiv.

[56] Bodin écrira que peu importe la forme de gouvernement, que le titulaire de la souveraineté soit monarque, peuple ou assemblée, *« la qualité ne change point la nature des choses, il n'y a pas de parties de la souveraineté ». Les six livres de la République*, livre II, p. 266.

[57] En effet, il n'envisageait pas une répartition des différents pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire mais il envisageait seulement que plusieurs personnes puissent en même temps exercer tous les pouvoirs souverains, ce qui est effectivement impossible dans l'absolu.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

nécessité car il estimait, en phase avec la réalité qui l'entourait, qu'un partage du pouvoir souverain entre plusieurs autorités, conduirait à des conflits infinis.

112. Bodin conçoit donc la souveraineté comme le pouvoir indivisible de faire les lois, mais l'absolutisme n'apparaît pas d'emblée dans sa théorie. Tout d'abord, il semble reconnaître au pouvoir souverain deux limites qui sont la loi de succession, et la loi interdisant l'aliénation du domaine royal. Cependant, force est de constater que les limites qu'il envisage tiennent davantage à des raisons d'opportunité et de renforcement du pouvoir royal qu'à des nécessités d'ordre juridique[59].

113. Ensuite, il semble également que dans la Methodus, Bodin envisage que le souverain puisse être soumis à la loi, et que dans certaines circonstances, il ne puisse la modifier en raison de l'accord préalable de la communauté. Il existe chez Bodin une forme de droit naturel qui serait antérieure à la loi du souverain et que ce dernier devrait respecter, malgré son pouvoir suprême de refaire la loi[60].

114. Ces nuances apportées, on constate toutefois que malgré ces limitations, le concept de souveraineté tel que dégagé par Bodin est bien absolu. Ainsi, ni la loi fondamentale, ni la loi de succession[61] ne mettent en cause le caractère absolu de la souveraineté, puisque pour Bodin, la souveraineté est détenue par le Roi, et que le choix d'un successeur, ou la libre disposition du patrimoine de la dynastie, ne font pas partie des prérogatives souveraines[62]. Ces règles ne limitent pas le souverain mais son successeur.

115. Bodin envisage l'idée que le concept de souveraineté absolue puisse aboutir à une forme de régime totalitaire, mais il n'en tire aucune conséquence quant aux limites de ce pouvoir. En effet, pour Bodin, et compte tenu de son époque, la théorisation de l'état de droit reste impossible, malgré la prise en compte des lois fondamentales du royaume. Bodin en conclut donc tout naturellement au caractère absolu de la souveraineté, qu'il attribue à l'autorité royale.

---

[58] Rappelons également qu'il ne pouvait concevoir à son époque la possibilité d'un partage des compétences puisque l'Etat fédéral n'avait aucune existence, ni théorique, ni concrète.

[59] C'est en cela que Bodin n'a rien d'un positiviste dans la mesure où il recherche comme but final de sa théorie le renforcement de la monarchie.

[60] Bodin écrira : *« si nous disons que le souverain a puissance absolue qui n'est point sujet aux lois, il ne se trouvera pas un prince au monde souverain, vu que tous les princes de la terre sont sujets aux lois de Dieu et de nature à plusieurs lois communes à tous les peuples ». Les six livres de la République*, Edition Fayard 1986, Livre I, chap. 8.

[61] Ces points seront développés plus loin dans le cadre de la limitation des pouvoirs de l'Etat.

[62] Voir en ce sens un commentaire de J. Franklin, *Jean Bodin et la naissance de la théorie absolutiste*, PUF 1993, pp. 117 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Le principe de souveraineté qu'il pose est donc qu'il doit exister une autorité suprême indivisible qui doit être absolue. Cette autorité est souveraine politiquement en terme de puissance et juridiquement en terme de création et d'application du droit. Bodin opère une synthèse entre l'Impérium et la Summa potestas[63] en y ajoutant comme fondement le droit. Il qualifie alors la souveraineté d'absolue, de perpétuelle, et d'indivisible.

116. Pour certains auteurs, la théorie de la souveraineté de Bodin est à l'origine du passage entre la société féodale et la société étatique[64]. Pour autant, il n'est pas certain que Bodin avait pleinement conscience d'attribuer le pouvoir souverain qu'il venait de concevoir à une entité juridique telle que l'Etat. Pour Bodin, la République n'était probablement pas l'Etat mais bien davantage un mode de gouvernement de la Res publica. Bodin avait effectivement pris en compte l'idée de chose publique puisque dans sa tentative pour qualifier le pouvoir de la République, il écrivait que *« la République est un droit gouvernement de plusieurs ménages et de ce qui leur est commun avec puissance souveraine »*[65].

117. Toutefois, cette prise en compte ne suffit pas. L'Etat naîtra ultérieurement, du rapprochement entre la souveraineté et la res publica, ce que Bodin ne pouvait concevoir d'emblée[66]. Le pouvoir souverain était détenu par le Roi, et si son concept de souveraineté était abstrait, le titulaire de cette souveraineté ne l'était pas. La souveraineté n'était plus seulement royale mais elle n'était pas encore étatique[67].

118. En réalité, Bodin n'a pas conçu la souveraineté de l'Etat mais la souveraineté comme critère de l'Etat. Par sa théorie, il a contribué à l'émergence de l'Etat dont le souverain avait, pour Bodin, un seul objectif, celui de fonder l'Etat[68].

119. L'amalgame entre la souveraineté, le pouvoir royal, et l'Etat n'est venu qu'ultérieurement, au cours de l'ancien régime, notamment grâce aux successeurs de Bodin[69].

---

[63] Voir S. Goyard Fabre, *Jean Bodin et le droit de la République*, PUF, 1989, pp. 87 et suiv.

[64] Voir en ce sens J. Picq, *histoire et droits des Etats : la souveraineté dans le temps et l'espace européens,* presses de science po, 2005, p. 230. Voir aussi O Beaud, *la puissance de l'Etat*, PUF, 1994, coll. Léviathan, p. 51, et C. Debbasch, *droit constitutionnel et institutions politiques*, économica, 2001, 4ème édition, p. 26.

[65] *Les six livres de la République*, Livre IV, p. 398.

[66] Voir en ce sens W. Mager, *Res publica*, APD 1990, T 35, pp. 264 et suiv.

[67] Bodin écrira, dans *Les six livres de la République* : *« si la souveraineté gît en un seul prince alors la forme de gouvernement est monarchique, si tout le peuple y prend part, alors cette forme de gouvernement est populaire, et s'il n'y a que la moindre partie du peuple qui y participe, alors elle est aristocratique ».*

[68] Voir en ce sens les réflexions de G. Mairet, *le principe de souveraineté, histoire et fondements du pouvoir moderne*, Gallimard, Coll. folio essais, 1996, p. 33 et 34.

[69] On peut citer ici Loyseau, Coquille, ou Le Bret.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Sous l'influence de la théorie scolastique[70] et de la philosophie aristotélicienne[71], le concept de souveraineté dégagé par Bodin devient le critère principal de définition d'un Etat qui commence à émerger, au delà du concept de royaume[72].

120. La souveraineté devient un qualificatif du pouvoir et des prérogatives de l'Etat. Loyseau écrira que *« la souveraineté est la propre seigneurie de l'Etat »* et il postulera que la souveraineté, conçue comme *« une puissance absolue, parfaite et entière, est attachée à l'Etat »*. Selon Loyseau, la souveraineté confère à l'Etat une supériorité et une autorité sans équivalent[73] et *« la souveraineté est du tout inséparable de l'Etat »*[74]. À compter de ces réflexions, l'Etat fait désormais corps avec la notion de souveraineté et avec le roi souverain[75].

121. À l'issue de ces cheminements théoriques, la souveraineté était conçue comme un pouvoir absolu qui ne pouvait être détenu par deux entités distinctes. Le souverain, c'est-à-dire le roi, possédait l'ensemble des prérogatives attribuées par Bodin à la souveraineté, et l'Etat, qui commençait tout juste à émerger, était largement assimilé au souverain même si des distinctions étaient possibles dans la conception retenue par Bodin. C'est d'ailleurs surtout la doctrine de Loyseau qui a contribué à imposer l'idée que le roi communique sa souveraineté à l'Etat[76].

122. Ce concept de souveraineté absolu réside dans l'idée que l'Etat personnalisé par le souverain, et non détachable de celui-ci, dispose de tout pouvoir pour faire la loi, utiliser le commandement suprême, sans qu'aucune autre autorité ne puisse contester ce pouvoir. La pratique institutionnelle française de la monarchie conduira dans les faits à une souveraineté

[70] La théorie scolastique considérait que la souveraineté attribuait à l'Etat la capacité d'exister et de commander. C'est donc l'Etat qui devenait souverain.

[71] La philosophie aristotélicienne est redécouverte à la renaissance alors qu'elle avait été largement occultée au Moyen-âge, laissant le concept de l'Etat de côté, au profit de la féodalité et du maintien des Empires. L'Etat est de nouveau mis en avant par un reprise de cette philosophie qui est en partie à l'origine de la prise de conscience de l'existence de l'Etat en tant qu'entité juridique souveraine.

[72] Voir en ce sens, sur l'évolution historique de la souveraineté, A. Rigaudière, *l'invention de la souveraineté,* revue Pouvoirs 1993, n° 67, p. 16.

[73] Loyseau : « *la souveraineté est la forme qui donne l'être à l'Etat* ».

[74] Loyseau cité par B. Vonglis, *l'Etat c'était bien lui*, *essai sur la monarchie absolue*, éditions Cujas 1997, p. 67.

[75] La doctrine et notamment G. Barclay, contemporain de Loyseau, traduira cette idée de confusion entre l'Etat et le roi, voir G Barclay cité par C. Collot, *l'école doctrinale de droit public de Pont-à-mousson*, édition librairie générale de droit et de jurisprudence, Imprimerie Vançon, 1965, p. 176. Voir également la célèbre formule de Louis XIV : *« l'Etat c'est moi »,* qui résume parfaitement cette confusion entre l'Etat et le Roi

[76] Voir B. Vonglis, *l'Etat c'était bien lui*, *essai sur la monarchie absolue*, éditions Cujas, 1997 p. 77. Voir également l'opinion de A. Lemaire dans sa thèse sur les *lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime*, édition Fontemoing, 1907, p. 153.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

interne absolue, de nature suprême, et dont l'indivisibilité est matérialisée par une impossible scission entre l'Etat, le Roi et la souveraineté.

§ 3. De la confirmation de la théorie de la souveraineté absolue : la pratique institutionnelle française avant 1789

123. Les successeurs de J. Bodin ont largement contribué en France à l'émergence d'une monarchie absolue en radicalisant le caractère suprême, absolu, et indivisible du concept de souveraineté mis en avant par Bodin. Ils concevront un pouvoir royal illimité entre les mains du roi[77]. Cette théorisation radicale du pouvoir royal sera confirmée par une certaine doctrine théologique qui attribuera la pleine souveraineté du roi au fait que celui-ci est le représentant de Dieu, et qu'à cet égard, il dispose d'un pouvoir sans équivalent[78].

124. À l'absolutisme des juristes vient s'ajouter un absolutisme pragmatique qui se réalise et se révèle dans les faits. L'absolutisme de la Monarchie française va consacrer l'existence d'une souveraineté absolue entre les mains du Roi et progressivement, le pouvoir royal va se justifier par la raison d'Etat. Le roi devient un souverain absolu ; il a le pouvoir de faire la loi, de rendre la justice, d'imposer une certaine forme de puissance publique et surtout, il devient la seule autorité disposant de ce pouvoir.

125. Dès le XVIe siècle, le pouvoir de faire la loi ne cesse de s'étendre et touche de plus en plus de domaines du droit. Il ne compte plus de limites même si le roi doit en partie tenir compte des coutumes, et d'une certaine forme d'avantages acquis. Les ordonnances et les Edits deviennent une manière courante pour le roi d'exercer ses prérogatives de souveraineté, d'abord de façon morcelée puis de plus en plus rationnelle, par matières[79].

126. Le pouvoir de rendre la justice devient également une véritable compétence de dernier ressort du roi. La justice royale progresse considérablement dans la mesure où se développe des tribunaux de première instance, indépendants des seigneurs féodaux. Elle progresse surtout au regard du développement du Conseil du roi, sorte de Cour de cassation précoce, affirmant le pouvoir souverain du roi comme le plus haut degré de juridiction. La pratique des

[77] Coquille écrira d'ailleurs que : *« le roi n'a pas de compagnon en sa majesté royale ».* On peut aussi citer des auteurs beaucoup plus anonymes et notamment des chanceliers du roi qui ont largement contribué au développement doctrinal de la souveraineté absolue : Hanley, Roussel, Bauderon, Fortin…

[78] Les travaux de Bossuet seront à cet égard édifiants. Le roi tenant son pouvoir de Dieu, il pouvait légiférer et décider sans qu'aucune autorité ne puisse porter atteinte à ses prérogatives.

[79] On peut par exemple évoquer l'effort de codification par ordonnance effectué à l'époque de Colbert dans des matières aussi diverses que la procédure civile (1667), les eaux et forêts (1669), la criminalité et la procédure pénale (1670), la procédure commerciale (1673), la marine (1681), et le sort des colonies (1685). Sous Louis XV également, les ordonnances prendront une large ampleur et notamment sous l'impulsion de Daguessau.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

lits de justice[80] se développe et a pour objet d'ancrer définitivement l'idée que le souverain royal possède en propre le pouvoir de justice.

127. Le pouvoir royal reprend également à son compte l'ancienne prérogative féodale du droit de lever l'impôt ; or cette prérogative est devenue l'un des éléments manifestant l'existence d'une souveraineté au sens où Bodin l'avait dégagée. En 1439, le roi réunit les Etats généraux pour obtenir le droit de lever l'impôt[81], et cette prérogative seigneuriale lui est accordée à titre dérogatoire en raison de la guerre. Mais cette exception va devenir de plus en plus fréquemment utilisée, jusqu'à devenir une habitude, et les impôts seront perçus non plus par les seigneurs mais seulement par le roi.
En outre, et progressivement, le roi s'autorisait unilatéralement le droit de créer de nouveaux impôts alors que les féodaux perdaient cette prérogative. C'est aussi en ce sens que la souveraineté absolue s'imposa en France sous la Monarchie et jusqu'en 1789.

128. La souveraineté royale s'affirme également comme absolue dans la mesure où elle conquiert, au fil des ans, le pouvoir de disposer du monopole de la contrainte. Dès 1440, la Monarchie possédera une armée indépendante des différents groupements de sécurité des anciens seigneurs. Cette puissance du Roi lui fera d'ailleurs gagner sa pleine souveraineté contre les féodaux, puisque celle-ci ne sera désormais plus partagée mais absolue.

129. Cette détention « des marques de souveraineté » entre les mains du roi contribuera également à l'émergence de l'Etat. Ainsi, pour assurer son fonctionnement et étendre son pouvoir, la monarchie absolue met progressivement en place l'Etat souverain confondu avec la personne du roi. L'Etat en France émerge de l'Histoire, en même tant que du concept de souveraineté. Le pouvoir royal va créer l'entité étatique à son image, celle de la souveraineté absolue[82].

130. La pratique de la monarchie absolue en France va contribuer à la mise en place d'une machine administrative sans précédent qui sera l'un des critères de l'existence de l'Etat en

[80] Lorsque les parlements provinciaux statuaient sur un litige, ils étaient libres de leur interprétation. Or la pratique des lits de justice les a obligés à suivre l'avis du roi ou de son représentant. Le roi avait toute autorité pour se déplacer dans la grande salle du parlement et rendre la justice, rappelant ainsi que les parlements ne possédaient le pouvoir de rendre la justice que par délégation. Malgré une volonté fréquente d'autonomie des parlements, le pouvoir de justice du Roi n'a cessé de s'étendre en tant que prérogative souveraine dans le cadre de la monarchie absolue.

[81] Cours d'histoire du droit première année, P. Legal, Ices 2000.

[82] Le pouvoir royal, et notamment Louis XIV, considérait que la souveraineté royale était absolue. À ce titre, les citations des Mémoires de Louis XIV par B. Vonglis sont largement explicites sur cette conception du pouvoir. Louis XIV estimera ainsi que le souverain a l'autorité de tout faire et les rois sont nés pour posséder tout et commander à tout. Voir B. Vonglis, *l'Etat c'était bien lui, essai sur la monarchie absolue,* éditions Cujas, 1997, p. 78.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tant qu'entité capable de régir le quotidien des sujets du roi. De nombreuses fonctions publiques vont être créées, dans l'armée, dans la police, dans les finances mais aussi de nombreuses fonctions gouvernementales.
Le conseil du roi prendra une ampleur considérable qui le fera ressembler au gouvernement d'un Etat. Au niveau local, le roi cherchera à asseoir toujours davantage son pouvoir souverain et une forme de fonction publique déconcentrée commencera à apparaître avec l'existence des intendants du roi.

131. C'est aussi dans ce contexte de reprise en main du royaume que la souveraineté du roi, conçue comme la souveraineté de l'Etat, va s'affranchir définitivement des seigneurs locaux, pour devenir une souveraineté véritablement absolue, puisque sans partage. Le recul des réunions et des missions des Etats généraux est d'ailleurs parfaitement illustratif de l'existence d'une souveraineté absolue dans la pratique[83].

132. L'absolutisme de la monarchie et notamment le fait que le roi ne partage aucun de ces pouvoirs, a conduit à une mise en pratique de la théorie de Bodin. La thèse de l'indivisibilité des pouvoirs a été largement exploitée par la monarchie absolue en France jusqu'à considérer que tous les pouvoirs souverains pouvaient être détenus par une personne, non pas en tant que propriété, mais en tant qu'exercice d'une chose publique matérialisée par l'Etat.

133. La pratique de la Monarchie en France a consacré une fusion entre l'Etat et le souverain, elle a écarté la notion abstraite de l'Etat qui était appliquée en droit romain pour adopter une conception personnifiée. Ainsi, le régime politique a conduit à une certaine personnalisation de l'Etat, et donc, à une confusion entre souveraineté de l'Etat et souveraineté royale.

134. A la fin de l'ancien régime, la souveraineté réside simultanément dans l'Etat et dans la personne royale. Keith M Baker dira qu'à cette époque *« Le roi est souverain parce que l'Etat existe seulement dans et par sa personne individuelle »*[84] et Hobbes dira : *« tout l'Etat est en lui, la volonté de tout le peuple est renfermée dans la sienne »*[85]. Cette indivisibilité ainsi consacrée dans les faits a conduit à l'application d'une souveraineté absolue, sans partage et sans autorité supérieure à elle. Le lien indéfectible ainsi établi entre souverain et Etat va

[83] Jusqu'à la seconde moitié du XVIe siècle, les états généraux étaient régulièrement réunis pour des raisons de cohésion politique essentiellement. Cependant, plus le pouvoir royal s'affirmait comme souverain et moins les états généraux étaient réunis. En 1649, une réunion des états généraux est prévue pour trouver une solution à une crise majeure : « la fronde ». Mais en 1652, aucune réunion n'avait encore eu lieu, et le conflit s'épuisant de lui-même, jamais les états généraux n'ont été réunis par la suite, et ce jusqu'en 1789.

[84] In F. Furet et M. Ozouf, *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Flammarion 1992, p. 486.

[85] Hobbes cité par K. M. Baker, in *littératures, idéologies et représentation au XVIIIe siècle*, édition Duranton, institut français de presse, 1999, p. 487.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

conduire également à mettre en œuvre le caractère perpétuel de la souveraineté qui n'était envisagé que de manière imprécise par Bodin.

135. Pour Bodin, le caractère perpétuel de la souveraineté désignait seulement la durée d'exercice du pouvoir par le souverain, il n'envisageait pas une continuité absolue, notamment parce que le concept d'Etat ne lui était pas apparu comme un élément déterminant de cette continuité du pouvoir. Avec la pratique de la monarchie en France, cette continuité du pouvoir a donné à la souveraineté son caractère perpétuel de manière définitive[86].

136. Sous l'ancien régime, et sur le plan interne, la souveraineté a gagné son caractère absolu, dans la mesure où elle est devenue le pouvoir exclusif, suprême et sans partage que Bodin avait envisagé. Cet absolutisme de la souveraineté s'est également retrouvé dans la deuxième facette de la souveraineté, c'est-à-dire, en ce qui concerne la souveraineté externe. Le pouvoir royal, et avec lui le nouvel Etat, s'est progressivement affranchi de l'Eglise et des autres entités historiquement constituées.

§ 4. L'affirmation d'une souveraineté externe absolue

137. Bodin avait très tôt envisagé la souveraineté comme un moyen pour le roi de s'affranchir de la tutelle de l'Eglise et de l'Empire. Ainsi, il a démontré que la souveraineté avait également un deuxième sens, celui de l'indépendance du pouvoir royal à l'égard d'entités similaires, ou à l'égard du pouvoir spirituel.
Cette approche de la souveraineté externe avait également un caractère suprême dans la mesure où elle permettait au souverain d'exercer ses prérogatives sans qu'aucune entité supérieure ne puisse lui contester ce pouvoir. Au fil de l'essor du pouvoir royal, la contestation du pouvoir souverain disparaît.

138. De plus, l'Etat appliquait ses propres règles et il n'existait aucune règle de droit commune à plusieurs royaumes. Le pouvoir de l'Etat, une fois affirmé ne pouvait qu'être un pouvoir absolu, qui ne connaissait aucune limite[87].

[86] Cette continuité du pouvoir était manifestée de manière symbolique au moment de la mort du roi. Le suivant entrait dans ses fonctions avant même les funérailles du premier. L'expression *« le roi est mort, vive le roi »*, utilisée pour la première fois lors des funérailles de Charles VIII en 1498, symbolisant clairement, la continuité de la souveraineté royale et à travers elle, celle de l'Etat.

[87] La souveraineté externe traduisait en réalité la capacité pour le souverain de déterminer seul quelle devait être l'attitude à adopter à l'égard des autres Etats, encore en formation. La seule limite au pouvoir de domination n'était pas d'ordre juridique, elle était la guerre et la défaite, dans un monde où la puissance du souverain avait toute sa place.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

139. De ce point de vue, la souveraineté externe confirme la dimension absolue du concept dégagé par J. Bodin et cette souveraineté externe est également à l'origine de la naissance des Etats, autant que la souveraineté interne. En effet, elle a permis de définir de nouvelles limites territoriales dans lesquelles le pouvoir royal était absolu. La souveraineté indépendance est attachée à l'Etat ce qui explique qu'elle n'apparaît dans son effectivité qu'à partir du moment où l'Etat s'affirme. La souveraineté indépendance est donc un concept juridique révélateur de l'Etat, elle aura une importance considérable au fur et à mesure du développement des relations internationales[88].

140. Dans ce contexte absolutiste généralisé, tant sur le plan interne qu'externe, la souveraineté ne pouvait que conserver le sens initial dégagé par J. Bodin. Cette souveraineté, dont le caractère absolu n'était pas discuté, devait néanmoins, au-delà de la théorie et du contexte monarchique, se trouver un titulaire, un souverain.

Section 2 : La souveraineté absolue confrontée à la question de son titulaire : la mise en avant du souverain

141. En 1789, la pratique monarchique laisse place à la Révolution ainsi qu'à l'émergence d'un nouveau souverain : le peuple. Ce changement reste déterminant car il va permettre une théorisation de la souveraineté fondée sur la Nation et une mise en œuvre pratique qui conduira à l'existence d'un lien indéfectible entre l'Etat et la Nation.

§ 1. L'émergence d'un nouveau souverain dans la théorie du XVII siècle : le peuple

142. Alors que la Monarchie absolue en France opérait une confusion entre l'Etat, le roi et la souveraineté, des auteurs des XVIIe et XVIIIe siècles cherchèrent de nouveaux titulaires du pouvoir souverain, en dehors de toute autorité royale ou divine.

143. Thomas Hobbes[89] fut le premier à reprendre la théorie de la souveraineté en estimant, comme Bodin, qu'elle était pour le souverain, le pouvoir de faire la loi. Mais pour Hobbes, ce pouvoir de faire la loi n'avait aucune origine extérieure aux hommes[90] ; la souveraineté ne dépendait ni de Dieu, ni de lois préexistantes mais d'un pacte conclu entre les citoyens de l'état de nature[91]. Dans ce contexte, la souveraineté est justifiée par le peuple qui laisse tout son pouvoir entre les mains du souverain dans l'Etat.

[88] Voir en ce sens, P. Daillier et A. Pellet, *droit international public*, LGDJ, 7ème édition, p. 423 et 424.

[89] Thomas Hobbes (1588-1679).

[90] Voir en ce sens, G. Mairet, *le principe de souveraineté, histoires et fondements du pouvoir moderne*, Gallimard, coll. Folio Essais, 1996, pp. 47 et 48.

144. La légitimité de l'Etat chez Hobbes provient donc du peuple. Dans le Léviathan, il écrira qu'à l'issue du pacte social, *« la multitude ainsi unie en une seule personne est appelée Etat. Telle est la naissance de ce grand Léviathan, […], auquel nous devons notre paix et notre protection »*. Hobbes est directement à l'origine du concept de souveraineté de l'Etat étant l'un des premiers à le théoriser. Ces réflexions aboutissent à un Etat tout puissant titulaire d'une souveraineté absolue. Néanmoins, la place qu'il donne au peuple dans *« le citoyen »*, fera également de Hobbes l'un des précurseurs du questionnement sur le caractère légitime de la détention de la souveraineté par un seul homme[92].

145. Bien que ses théories aboutissent à un régime politique totalement différent de celui retenu par Hobbes, John Locke[93] reprendra par la suite l'idée du pacte social, nécessaire pour en terminer avec la violence de l'état de nature. Locke considérera l'Etat comme indispensable pour éviter la guerre civile et maintenir la propriété[94].

146. Dans la théorie de Locke, le peuple prendra une place importante dans l'existence de la souveraineté puisqu'il en sera son origine, mais l'analyse va plus loin que celle de Hobbes. Locke constatera que le peuple dans son ensemble ne peut matériellement gouverner. En conséquence, face à cette impossibilité de confier la souveraineté au peuple, il choisira de la confier à un groupe, les propriétaires, plutôt qu'à l'Etat. Locke sera le précurseur de la souveraineté parlementaire qu'il envisage sans la conceptualiser[95].

147. L'émergence de ces deux théories fondant la souveraineté sur l'ensemble des individus peuplant l'Etat a conduit à une réflexion contraire à la pratique de la monarchie absolue, qui fondait la souveraineté sur le roi et à travers lui sur l'Etat. Ces réflexions allaient naturellement déboucher sur d'autres concepts et possibilités quant aux titulaires de la souveraineté. Elles ouvraient la voie à d'autres auteurs. Les concepts de souveraineté

[91] Hobbes va concevoir la création du mythe de la souveraineté comme un passage nécessaire de l'état de nature à l'état de société par l'intermédiaire d'un pacte passé entre les individus qui acceptent d'aliéner une partie de leur liberté pour vivre dans un monde moins violent. Voir G. Mairet, *le principe de souveraineté, histoires et fondements du pouvoir moderne*, Gallimard, coll. Folio Essais, 1996, p. 49 à 51.

[92] En ce sens, Hobbes n'est pas adepte du totalitarisme étatique puisque la légitimité est issue du peuple et du pacte social.

[93] John Locke (1632-1704).

[94] Locke écrira *: « La fin ultime et essentielle pour laquelle les hommes s'unissent dans un Etat, en se soumettant eux-mêmes à un gouvernement, est la préservation de leurs propriétés, ce que ne permet pas l'état de nature ».* In *traité sur le gouvernement civil*, chap. 9, *de la propriété*, Flammarion 2009, p. 124.

[95] Voir en ce sens, G. Mairet, *le principe de souveraineté, histoires et fondements du pouvoir moderne*, Gallimard, coll. Folio Essais, 1996, p. 68. Voir également J. Locke, *Traité sur le gouvernement civil,* Flammarion, 2009.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

populaire et nationale, inconnus jusqu'alors, allaient être mis en avant par des auteurs français du XVIIIe siècle.

§ 2. Montesquieu et la souveraineté du peuple représenté

148. Une réflexion sur le titulaire de la souveraineté sera avancée par Montesquieu qui sera le premier à envisager une distribution des pouvoirs au sein de l'Etat en partant de l'idée que la liberté doit être le fil conducteur nécessaire à l'exercice de toute souveraineté. Son projet théorique : *« de l'esprit des lois »* a pour objet de penser la politique au sein d'un Etat[96]. Montesquieu donne une place prépondérante à la loi, comme instrument de liberté et il introduit une dimension constitutionnelle dans le concept de souveraineté notamment en envisageant la souveraineté parlementaire[97]. La conception de la représentation de Montesquieu constitue les prémices de l'existence d'une souveraineté nationale.

149. La souveraineté parlementaire envisagée par Montesquieu n'est qu'embryonnaire et indissociable de l'Etat puisque conçue dans un régime monarchique[98]. La définition du parlement donnée par Montesquieu est d'ailleurs emprunte d'une forte modération quant à la place du peuple. Il dira ainsi que : *« Le corps législatif, [est] composé d'un corps des nobles et d'un corps choisi pour représenter le peuple, qui auront chacun leurs assemblées et leurs délibérations à part, et des vues et des intérêts séparés »*.
150. Cependant, Montesquieu ne souhaite pas modifier le régime de monarchie ayant cours en France et par conséquent, il envisage la souveraineté parlementaire comme un tout avec la souveraineté du monarque et celle de l'Etat. En cela, le caractère absolu de la souveraineté reste présent chez Montesquieu et la désignation du souverain reste encore incertaine.

151. Cette souveraineté à caractère parlementaire et aristocratique envisagée par Montesquieu sur la base du régime politique Anglais sera vivement critiquée par Rousseau comme une usurpation du concept de souveraineté.

§ 3. La naissance de la souveraineté populaire absolue

[96] Voir en ce sens, G. Mairet, *le principe de souveraineté, histoires et fondements du pouvoir moderne*, Gallimard, coll. Folio Essais, 1996, p. 76.

[97] Approfondissant largement les réflexions de J. Locke.

[98] Montesquieu (1689-1755), à l'origine du concept de distribution des pouvoirs, ne souhaitait pas donner tout le pouvoir au peuple, même s'il en admettait la légitimité. Cette réticence visant à préserver le système monarchique, l'a conduit à être l'auteur de la mise en cause de la souveraineté absolue du roi, sans pour autant créer une véritable souveraineté nationale.

152. Jean-Jacques Rousseau[99] revisite la théorie du contrat social de Hobbes et Locke. Cependant, il considère que Hobbes a usurpé la souveraineté au profit du monarque et que le seul souverain possible est le peuple. Pour Rousseau, il est nécessaire de mettre en cause le concept de souveraineté absolue qui confond l'Etat, le roi et la souveraineté. Rousseau conçoit la souveraineté comme absolue mais cette dernière doit être rendue au peuple. Il rejette l'idée de représentants.

153. Rousseau offre une nouvelle définition de la souveraineté qui est fondée sur la volonté générale comprise comme la volonté unique du peuple[100]. Pour Rousseau, la souveraineté populaire procède de la collectivité entière, et elle résulte de la somme des volontés des individus ; la volonté générale est donc celle du plus grand nombre. Il apportera l'idée que la souveraineté ne peut être détenue par un monarque car le peuple ne peut aliéner sa capacité de vouloir, c'est-à-dire sa souveraineté.

154. Par ses écrits, Rousseau ouvre une possible révolution qui laisserait de coté la souveraineté royale au profit d'une souveraineté populaire et qui changerait finalement le titulaire de la souveraineté, sans pour autant modifier le contenu de la notion.
Il y a en effet dans la théorie de Rousseau, un maintien de la souveraineté absolue, indivisible, inaliénable, et suprême. Toutefois, c'est dorénavant le peuple qui est chargé d'exercer cette volonté, conçue par Rousseau comme davantage encore qu'un simple pouvoir. La souveraineté populaire de Rousseau est absolue parce qu'elle est la volonté sans partage de mettre en œuvre le bien commun, elle est inaliénable, parce qu'elle appartient exclusivement et totalement au peuple, elle est suprême parce que rien ne peut contraindre la volonté générale.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 4. La naissance de la souveraineté nationale absolue

155. Rousseau et Montesquieu seront finalement les pères doctrinaux du futur concept de souveraineté nationale tel qu'il sera développé en France, et dans la pratique après 1789. Le premier est à l'origine du changement de souverain alors que le second rendra possible l'émergence du concept de souveraineté nationale.

[99] Rousseau (1712-1778).

[100] Rousseau écrira : *« je dis donc que la souveraineté n'étant que l'exercice de la volonté générale ne peut jamais s'aliéner, et que le souverain, qui n'est qu'un être collectif ne peut être représenté que par lui-même ». Du contrat social*, livre II, édition Flammarion 2001, p.1.

156. C'est Sieyès qui théorisa réellement le concept de souveraineté nationale en assouplissant la théorie de Rousseau et en admettant la représentation telle qu'envisagée par Montesquieu. Il devait inventer le concept de Nation sans s'attarder sur sa définition.

157. Le concept de Nation est apparu avec la Fronde des parlements sous Louis XV. Les parlementaires revendiquaient une part du pouvoir législatif, dans la mesure où ils représentaient la Nation. Or, selon G. Mairet, ces revendications aboutirent à *« séparer la nation du corps du roi »* et donc à rendre possible une forme de souveraineté nationale, distincte de la souveraineté royale[101]. La Nation passant du roi au peuple, il y a changement de souverain mais pas abolition du principe de souveraineté.

158. Sieyès reprend l'idée de Rousseau selon laquelle la souveraineté est synonyme de volonté mais pour lui, cette volonté ne peut être exercée que par la Nation et non pas par le peuple. Sieyès s'appuie sur les thèses de Rousseau pour exclure la souveraineté royale mais il attribue la souveraineté à la Nation, et il en propose une définition abstraite, éloignée du concept de peuple dégagé par Rousseau.

159. Pour Sieyès, la Nation est indivisible et distincte des individus qui la composent, elle constitue une entité abstraite, une personne morale qui dispose d'une volonté propre, indépendante de la somme des volontés des individus[102]. Cette volonté souveraine a pour but d'atteindre le bien commun, et puisqu'elle est collective[103], elle a par conséquent besoin de se désigner des représentants pour être exercée[104] et être capable d'ordonner le corps politique[105]. En définitive, pour Sieyès, la Nation, c'est le tiers-état [106].
La théorie de la souveraineté nationale ainsi retenue par Sieyès admet sans difficulté la représentation comme mécanisme nécessaire de gouvernement, la souveraineté passe dans le peuple et ses représentants.

---

[101] Voir G. Mairet, *le principe de souveraineté, histoires et fondements du pouvoir moderne*, Gallimard, coll. Folio Essais, 1996, p. 98.

[102] Voir en ce sens B. Chantebout, *manuel de droit constitutionnel*, Armand Colin, 18ème édition, p. 92.

[103] Les individus à l'origine de cette souveraineté ne possèdent aucune partie de celle-ci à titre individuel, et à ce titre, aucun individu ne peut exercer le pouvoir souverain de manière personnelle.

[104] Sieyès écrira en 1789 : *« le peuple ne peut avoir qu'une voix, celle de la législature nationale ; le peuple ne peut parler, agir, que par ses représentants ».* Cité par C. Leclercq dans son *manuel droit constitutionnel et institutions politiques*, Litec, 10ème édition.

[105] C'est en ce sens que Sieyès est amené à considérer que la volonté de la Nation est seule constituante, qu'elle a tout pouvoir pour fonder un régime politique, par sa seule volonté, indépendamment des lois de nature.

[106] *« Qui donc oserait dire que le tiers-état n'a pas en lui tout ce qu'il faut pour former une Nation complète ? ». « Ainsi, qu'est ce qu'est le tiers ? Tout, mais un tout entravé et opprimé. Que serait-il sans l'ordre privilégié ? Tout, mais un tout libre et florissant. Rien ne peut aller sans lui, tout irait infiniment mieux sans les autres ».* Sieyès, *qu'est ce que le Tiers-état*. Flammarion, 1988.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

160. L'absolutisme de la souveraineté va évoluer avec ces multiples réflexions sur la nature du souverain, et sur le passage d'une souveraineté royale, à une souveraineté dans le peuple, directement ou indirectement. Si a priori, cette évolution du souverain aurait pu mettre en cause le caractère absolu de la souveraineté, ce n'est en réalité pas le cas. Les théories françaises de la souveraineté nationale et de la souveraineté populaire conservent le caractère d'absolu dans la mesure où la souveraineté réside dans la volonté, et que cette volonté reste indivisible[107], suprême[108], absolue[109] et inaliénable[110].

161. Dans ces conditions, ce qui est finalement en cause, c'est la souveraineté royale et la monarchie absolue. En revanche, les théories du XVIII siècle ne mettent pas en cause le caractère absolu de la souveraineté telle que dégagée par Bodin. Le changement de titulaire dans la théorie politique et philosophique n'entraîne pas une modification du concept politico-juridique de souveraineté[111]. La souveraineté absolue est finalement conçue comme l'autorité suprême en même temps que la puissance publique, mais cette qualité ne disparaît pas, elle est simplement transférée d'une autorité à une autre, de la personne du roi à une entité abstraite[112].

162. La pratique institutionnelle française consacrant la fin de la monarchie absolue, dès 1789, entérinera dans les faits le passage de la souveraineté royale à la souveraineté donnée au peuple, sans pour autant atteindre la souveraineté absolue[113].

§ 5. L'impact du changement de souverain dans la pratique institutionnelle française après 1789

[107] Indivisible parce que la souveraineté réside toujours dans un souverain unique, le peuple ou la Nation suivant les thèses.

[108] Suprême parce qu'il n'existe aucune autre volonté capable de surclasser la volonté générale, celle qui est fondée sur le peuple et sur le bien commun.

[109] Absolue parce que le pouvoir constituant originaire, qui possède en réalité la volonté souveraine dans les thèses de Sieyès, peut tout faire, et qu'il n'est soumis à aucune loi préexistante.

[110] Inaliénable, parce que la volonté est toujours dépendante du peuple dans la conception de Rousseau et qu'elle réside toujours dans la Nation selon les thèses de Sieyès.

[111] On partage ici largement la position adoptée par de grands auteurs du droit public tel que G. Vedel, L. Duguit, ou A. Haquet. Voir G. Vedel, *abrégé de l'histoire des droits de l'homme en France depuis 1789*, revue commentaires 1992, n° 59. L. Duguit, *traité de droit constitutionnel*, édition de brocard, 1911 I, p. 600. A. Haquet, *le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, PUF, 2004, pp. 66 et 67. Voir également E. Villey, *la souveraineté nationale, son fondement, sa nature et ses limites*, RDP 1904, p. 5.

[112] Voir M. David, *la souveraineté du peuple*, PUF, 1996, p. 323.

[113] C. Nicolet évoque *« un transfert juridique et émotionnel »* de la souveraineté du corps du roi au corps de la Nation assemblée. *L'idée républicaine de la France,* Gallimard 1982, p. 16.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

163. En 1789, les théories des auteurs français visant à abolir la souveraineté royale sont mises en pratique. La déclaration des droits de l'homme et du citoyen consacre d'ailleurs le principe de la souveraineté nationale en son article 3 : *« le principe de souveraineté réside dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ».*

164. La souveraineté nationale retrouve dans la pratique tous les caractères qu'avait la souveraineté royale, le changement de souverain n'entraînant en rien une modification du concept dans la pratique. La constitution du 3 septembre 1791 fait le choix d'une souveraineté nationale mais précise son caractère absolu : *« la souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la Nation ; aucune section du peuple, ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice »*[114].

165. Si la Constitution Montagnarde[115] a tenté de mettre en place un régime juridique fondé sur la souveraineté populaire, notamment en imposant le mandat impératif et des mécanismes de démocratie semi-directe, il n'en reste pas moins que cette Constitution, qui n'a d'ailleurs pas été appliquée[116], avait une logique absolutiste. Les constituants par la suite sont rapidement revenus à la souveraineté nationale[117] sans mettre en cause sa vocation absolutiste.
166. À l'évidence, les révolutionnaires français optent pour la souveraineté nationale plutôt que pour la souveraineté populaire[118], ce qui ne change rien à la nature du concept de souveraineté, qui conserve en France son caractère absolu originel[119].

167. D'ailleurs la pratique institutionnelle française va opérer, sans vraiment l'analyser, un mélange des théories associant des éléments de la souveraineté nationale et des éléments de la souveraineté populaire. Les Constitutions successives instaurent progressivement la légitimité des pouvoirs du peuple en mêlant le suffrage universel à la représentation. Les tâtonnements

[114] Constitution du 3 septembre 1791, titre III, article 1.

[115] Acte constitutionnel du 24 juin 1793.

[116] Voir A. Haquet*, le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, PUF, 2004, p. 88.

[117] A cet égard, la Constitution du 5 fructidor An III, et la Constitution de la IIIe République sont révélatrices de l'adoption nécessaire d'une représentation nationale.

[118] Le mécanisme de la représentation est tout naturellement adopté, avec l'idée d'un mandat non impératif pour laisser aux représentants les moyens d'agir dans l'intérêt commun. L'article 2 du titre III de la Constitution du 3 septembre 1791 affirme d'ailleurs que : *« la Nation de qui seule émane tous les pouvoirs ne peut les exercer que par délégation ».* Les représentants à l'assemblée constituante avaient une méfiance certaine à l'égard des théories démocratiques développées par Rousseau et attribuant à l'ensemble du peuple la souveraineté sans aucune distinction. Ils refusèrent de mettre en œuvre un suffrage universel, ce qui correspond à une logique élitiste de la souveraineté, propre à Montesquieu. Voir les commentaires de A. Haquet sur la Constitution de 1791, in *le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, PUF, 2004, pp. 80 et suiv.

[119] Pour confirmer cet absolu, Sieyès écrira d'ailleurs : *« si la souveraineté des grands rois est si puissante, si terrible, la souveraineté d'un grand peuple devrait être bien autre chose encore ».* Cité par P. Rosenvallon, *la démocratie inachevée, histoire de la souveraineté des peuples en France,* Gallimard 2002, p. 90.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

des révolutionnaires sont nombreux mais toutes les modifications réalisées au cours de cette époque ont pour objectif la consécration de la souveraineté nationale. L'unité nationale est une priorité, elle passe par l'affirmation de l'égalité, l'élection de représentants, et l'imposition définitive de la langue française comme vecteur national[120].

168. Le concept de souveraineté réside dans la Nation, constituée de l'ensemble du peuple français et de ses représentants, mais cette entité abstraite se conjugue, dans la pratique, avec une autre personne morale qui est celle de l'Etat. La souveraineté absolue de la Nation est liée à la souveraineté de l'Etat bien que celui-ci semble passer au second plan, dans cette période post révolutionnaire.
Ces divergences doctrinales ne feront que renforcer le lien Etat / Nation mais seront les bases juridiques et politiques des réflexions sur la souveraineté et sur son évolution, menées en France par des auteurs contemporains et des publicistes de renom. La souveraineté absolue va être retravaillée, repensée, dans la théorie, comme dans la pratique.

169. Le concept de souveraineté hérité de l'ancien régime a changé de titulaire mais il reste un concept incertain que les juristes du XIXe siècle vont tenter de clarifier. La souveraineté nationale fait alors l'objet d'une nouvelle théorisation par des auteurs français qui continuent à lui conférer un caractère absolu.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Section 3 : La souveraineté nationale et le lien avec l'Etat : confirmation d'une souveraineté absolue.

170. Le droit français, sans ignorer l'Etat, privilégie la notion de souveraineté nationale pour légitimer la dimension absolue de cette dernière. La théorie juridique rejoignant la pratique, la Nation et l'Etat seront alors définitivement associés pour soutenir et valider la thèse de la souveraineté absolue.

§ 1. La prééminence de la souveraineté nationale en droit français

171. Le concept de Nation a connu une influence majeure dans la doctrine française, ce qui explique l'importance rétrospective du concept de souveraineté nationale en droit public français. Le concept de Nation a fait l'objet d'une définition quasi mystique, ou du moins très

[120] Voir V. Azimi, in *citoyenneté, souveraineté et société civile,* P. Gonod et J.-P. Dubois (dir.), Dalloz 2003, p. 28.

largement sublimée[121]. La Nation est comprise comme une réalité dépassant les citoyens vivants dans un pays, à un moment donné ; elle est une personne juridique qui durera plus que les citoyens, puisqu'elle inclut le passé et l'avenir[122].

172. Esmein donnera une définition de la Nation proche de ce qu'avait envisagé les révolutionnaires, en considérant que : *« chaque Nation a ainsi une vie propre, distincte des vies additionnées des individus qui la composent à un moment donné, où se combinent l'activité et la pensée des générations passées avec celle de la génération présente, où se préparent le sort des générations futures »*[123].

173. À la suite de Esmein[124], Carré de Malberg, malgré un positivisme juridique marqué, envisagera la Nation d'un point de vue sociologique, comme une entité intemporelle, indivisible et perpétuelle, qui se compose des générations passées, présentes et futures[125].

174. La Nation semble donc être la détentrice de la souveraineté, au dessus du peuple qui reste finalement à un échelon inférieur puisqu'il n'a pas la permanence de la Nation. Ce lien entre la Nation et le peuple a d'ailleurs largement été discuté du fait de la querelle doctrinale entre la souveraineté nationale et la souveraineté populaire[126].

175. Pour les auteurs des XIXe et XXe siècles, la souveraineté nationale place la Nation au dessus du peuple. Esmein considère que *« la souveraineté nationale est la seule interprétation juridique d'un fait social incontestable qui s'impose »*. Duguit quant à lui estime que : *« dans la doctrine de la souveraineté nationale, c'est la personne collective qui possède la souveraineté et les citoyens pris individuellement n'en ont pas la plus petite part »*[127].

---

[121] En droit français, la définition et l'analyse faite par E. Renan vont largement dans le sens d'une exaltation de la Nation, comme lien unitaire politique et juridique. Voir J. Cadart, *institutions politiques et droit constitutionnel,* 3ème édition, Economica 1990, p. 189. Pour le texte de la conférence faite à la Sorbonne par E. Renan, voir *qu'est ce qu'une nation, conférence du 11 mars 1882*, édition presses pocket 1992, p. 54.

[122] Voir en ce sens P. Bastid, lors des débats de l'assemblée constituante en 1945 et 1946 : *« la Nation est la synthèse de la continuité historique, de la solidarité des générations, et de la permanence des grands intérêts collectifs »*. JO séance du 3 septembre 1946, p. 3478.

[123] Esmein (1848-1913), cité par E. Villey, in *la souveraineté nationale, son fondement, sa nature, ses limites*, RDP 1904, p. 5.

[124] Esmein a considéré que la personnalité juridique donnait une forme juridique à la Nation, et qu'elle était utile pour donner une dimension juridique a un fait social. Voir en ce sens, les propos de J. Chevallier, *l'Etat Nation,* RDP 1980, p. 1273.

[125] Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* Dalloz 2003, Tome II, p. 175 et 176.

[126] La distinction doctrinale a une réalité quant à la représentation, mais elle procède d'une même opération de symbolisation. Voir J. Chevallier, *l'Etat-Nation*, RDP 1980, p. 1277.

[127] Duguit (1859-1928). *Traité de droit public*, édition de Brocard 1911, T1, p. 36.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

176. La Nation en France est une notion juridique, mais également un concept sociologique, qui reste le fil conducteur du pouvoir politique, tel que dessiné à l'issue de la Monarchie. Elle devient un concept déterminant dans l'attribution de la souveraineté et dans l'organisation institutionnelle dans la mesure où la souveraineté nationale va passer au premier plan. L'importance de la Nation fera s'attarder la doctrine française davantage sur le titulaire du pouvoir souverain que sur le contenu de ce pouvoir et la possibilité de son exercice par l'Etat[128].

177. Les Constitutions successives en France ont toujours privilégié la souveraineté nationale au détriment de la souveraineté de l'Etat qui n'est d'ailleurs jamais évoquée[129]. Si on met de côté le débat sur la question de la distinction entre souveraineté nationale et souveraineté populaire, on constate que les Constitutions de la IV République et de la V République ont adopté le concept de souveraineté du peuple français, et non pas celui de souveraineté de l'Etat[130].

178. La mise au premier plan de la souveraineté nationale conduit la doctrine, mais également les constituants, à affirmer l'unité du peuple français et de la Nation.
Ainsi, à la suite de la conception jacobine héritée de la Révolution, la tradition républicaine et constitutionnelle française a toujours insisté sur ce caractère unitaire du peuple français. Cette tradition réaffirme qu'aucune section du peuple ne peut s'approprier l'exercice de la souveraineté ce qui s'associe largement au caractère indivisible de la souveraineté[131]. Le peuple exprime la volonté nationale à un moment donné et ce caractère unitaire largement mis en avant s'est répercuté sur l'unité de la Nation et donc sur le caractère indivisible de la souveraineté nationale.

---

[128] Voir J. Ortolan, *de la souveraineté du peuple et des principes de gouvernement républicain moderne,* Edition Joubert, 1848, p. 103. Et E. Laboulaye, il n'y a qu'un pouvoir souverain*, « c'est la souveraineté du peuple, ou pour l'appeler d'un nom dont on ait moins abusé, la souveraineté de la Nation »,* in *Questions constitutionnelles*, Paris 1872, p. 411.

[129] G. Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, édition CNRS, 1985, p. 117.

[130] Il suffit de reprendre l'intitulé des Constitutions pour démontrer que la souveraineté de l'Etat, pour les constituants français, passait au second plan par rapport à la souveraineté nationale. L'article 3 al 1 de la Constitution de 1946 indique : *« la souveraineté nationale appartient au peuple français »* ; *« aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice ».* Cette expression de la souveraineté nationale est reprise dans la Constitution de 1958 : *« la souveraineté nationale appartient au peuple français, qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».*

[131] Pour illustrer cette position, on peut faire référence à la formule de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 : *« nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'émane expressément de la souveraineté de la Nation ».*

179. Dans l'esprit de la doctrine, la Nation ne peut qu'être un concept unitaire, elle ne se confond pas avec le peuple français, mais pourtant, celui-ci fait partie intégrante de la définition de la Nation. Elle dispose du pouvoir qui appartenait antérieurement au Roi, et devient à la Révolution, un élément central de la réflexion juridique et politique.
Cette prééminence de la Nation, ainsi que son unité, confère à la souveraineté nationale un caractère absolu, sans cesse réaffirmé.

§ 2. L'absolutisme contemporain de la souveraineté

180. Le maintien du caractère absolu de la souveraineté dans la doctrine française transparaît d'abord dans l'idée que la souveraineté nationale adopte dans la tradition française un caractère abstrait, qui continue à préserver son caractère absolu sur le plan interne et externe. Le pouvoir souverain par nature abstrait est confié à une entité tout aussi abstraite ce qui permet de préserver artificiellement l'absolutisme de la notion[132].

181. La doctrine, en majorité, estime que la Nation doit être considérée comme une entité indivisible et souveraine, disposant de prérogatives sans limites ; or, cette indivisibilité reste la marque de l'absolutisme dans la théorie bodinienne de la souveraineté. Cependant, cette vision doctrinale d'une Nation abstraite ne permet pas de gérer l'exercice de la souveraineté au quotidien. Et c'est ainsi qu'à l'évidence, il est nécessaire de mettre en place une représentation pour assurer l'exercice de la souveraineté que la Nation ne peut assumer directement[133]. La nécessité d'une représentation s'impose donc comme une évidence aux constituants français, même si elle pose aussi la question d'une possible division de la souveraineté nationale.

182. Toutefois en droit français, représentation et absolutisme ont été conciliés. Ainsi, la représentation a été mise en place dès la première Constitution postrévolutionnaire, mais elle n'a pas abouti à déposséder la souveraineté nationale de son caractère absolu. En effet, l'absolutisme de la souveraineté est d'abord marqué en France par le fait que la représentation nationale n'est pas considérée comme souveraine.

[132] On notera ici que cette tendance à l'abstraction est rendue nécessaire par la volonté de préserver le caractère unitaire de la souveraineté que Bodin avait posé comme un postulat nécessaire. L'indivisibilité de la souveraineté et de la Nation est d'ailleurs largement dépendante de cette abstraction doctrinale globalement partagée dans la doctrine française du XIXe et XXe siècles.

[133] Sur l'idée que la représentation est naturellement indispensable à la souveraineté nationale, Sieyès dira en 1789 à l'assemblée : *« le peuple ne peut avoir qu'une voix, celle de la législature nationale ; les commettants ne peuvent se faire entendre que par les députés nationaux. Le peuple ne peut parler, agir, que par ses représentants »*. Cité par C. Leclercq, *droit constitutionnel et institutions politiques*, Litec, 10ème édition.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

183. La mise en place de la représentation n'a pas abouti comme en Angleterre à considérer le Parlement comme souverain, et la souveraineté a toujours été en France détenue par la Nation même si les représentants ont toujours joué un rôle dans l'exercice de la souveraineté[134]. En France, la Nation est restée seule détentrice de la souveraineté, probablement parce que la présence de la souveraineté populaire en toile de fond, empêchait toute dépossession du pouvoir souverain au profit d'un petit nombre.

184. De plus, et malgré le rejet du mandat impératif[135], la question de la souveraineté du parlement n'a jamais été vraiment posée en France. Le choix de la souveraineté nationale dans les Constitutions successives, a engendré en France une liberté parlementaire à l'égard des électeurs mais pas à l'égard de la Nation. C'est ainsi que les représentants choisis au suffrage universel n'agissent pas pour les personnes qui les ont élus, mais ils sont considérés comme des mandataires de la Nation toute entière, ils agissent au nom et pour le compte de celle-ci[136]. Le Parlement est autonome dans le sens où il peut s'écarter de la volonté populaire, mais il n'est pas souverain dans le sens où il doit respecter la volonté de la Nation[137].

185. Si cette distinction quant à la nature du pouvoir du Parlement apparaît largement abstraite, elle confirme cependant que les auteurs de l'époque plaçaient le pouvoir souverain dans la Nation[138] et que dès lors, ce pouvoir pouvait s'exercer sans partage, de manière indivisible et suprême. Cette conception de la souveraineté est fondée sur l'idée que la Nation ne saurait être soumise aux contingences extérieures, et que, ce qu'elle a créé, elle peut le défaire puisqu'elle dispose du pouvoir constituant originaire.

---

[134] Les pouvoirs du parlement ont été largement étendus sous la IIIe République, où le parlementarisme non rationalisé a pris une dimension majeure. Pourtant, malgré les pouvoirs très conséquents du Parlement, la question de la souveraineté du Parlement n'a jamais été posée avec autant de force qu'au Royaume Uni, où cette souveraineté du parlement était traduite par l'adage : *« le Parlement peut tout faire, sauf changer un homme en femme ».*

[135] Le mandat impératif suppose que les élus tiennent leur mandat de chacun de ceux qui les ont élus, et par conséquent, ils doivent se conformer strictement à leurs directives. Ce mandat impératif a toujours été prohibé en France, et particulièrement sous la Ve République, voir article 27 de la Constitution de 1958. En ce sens, C. Leclercq, *droit constitutionnel et institutions politiques*, Litec, 10ème édition.

[136] Le mandat des députés en France est libre. Ils n'agissent pas pour le compte d'une personne ou d'un groupe de personnes mais pour la Nation et l'intérêt commun. Dans ces conditions, toute instruction ou obligation qui émanerait d'un individu ne peut qu'être considérée comme nulle, le député n'est pas tenu de respecter chaque demande des citoyens. Il n'est pas le mandataire de chaque électeur, mais celui de la Nation souveraine. Voir L. Favoreu, *droit constitutionnel*, précis Dalloz, 6ème édition, pp. 45 et suiv.

[137] À l'égard des individus, les députés sont libres, mais collectivement, ils sont liés à la Nation par le vote, la limitation de la durée du mandat, la dissolution…

[138] Voir en ce sens G. Bacot qui écrit, à propos de l'assemblée nationale constituée en 1789, que les représentants n'ont jamais transformé *« la représentation du peuple souverain en une représentation souveraine du peuple ».* G. Bacot, *Carré de malberg à l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale.* Edition CNRS, 1985.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

186. Cette thématique du pouvoir constituant originaire confié à la Nation ajoute à l'absolutisme de la souveraineté nationale, dans la mesure où la Nation a tout pouvoir pour modifier les règles juridiques qui la gouvernent. Le fait de confier le pouvoir constituant originaire à la Nation contribue à donner un caractère suprême à son pouvoir souverain, ayant dès lors le caractère d'absolu. Cette question du pouvoir constituant originaire a abouti à un débat sur l'origine de la détention de la souveraineté par la Nation et sur la possibilité que ce pouvoir préexiste à la Constitution.

187. Le débat a une incidence sur l'absolutisme de la souveraineté car il détermine l'existence ou non des contraintes juridiques pesant sur la Nation. Si le pouvoir souverain détenu par la Nation existe de manière antérieure à la Constitution, alors la Nation peut s'affranchir des règles y compris constitutionnelles. Il est clair que, dans la conception absolue, le pouvoir souverain de la Nation préexiste à la Constitution, qui peut toujours être modifiée. Les assemblées constituantes post-révolutionnaires avaient d'ailleurs reconnu assez largement ce pouvoir originaire de la Nation de modifier sa Constitution[139].

188. Sur ce point, la doctrine s'est largement opposée. Carré de malberg a estimé que la souveraineté n'est exercée par la Nation qu'à partir du moment où la Constitution lui donne ce pouvoir[140], alors que d'autres auteurs ont estimé que le pouvoir souverain pouvait être détenu par la Nation avant même la Constitution, celle-ci n'étant qu'une matérialisation juridique du pouvoir souverain de la Nation. Ce débat n'est d'ailleurs pas clos aujourd'hui et conditionne les limites du pouvoir constituant originaire[141].

189. D'une manière générale toutefois, il ressort de la théorie du pouvoir constituant que nul ne peut exercer une autorité sans y avoir été expressément invité par le souverain. Le pouvoir constituant est la marque de la souveraineté nationale, il affirme son caractère absolu en droit français[142].
Puisque la Nation détient le pouvoir constituant originaire, alors elle dispose du pouvoir souverain, c'est-à-dire d'une puissance au caractère suprême. La souveraineté nationale possède tous les attributs de l'absolutisme de la souveraineté royale, ce qui démontre une certaine continuité dans la conception de la souveraineté.

---

[139] Les archives parlementaires de l'époque confirment que l'assemblée, chargée de rédiger la Constitution en 1789, avait retenu : *« la Nation a le droit imprescriptible de changer la Constitution »*

[140] *« La souveraineté n'est pas, pour le peuple et ses membres, un droit primitif antérieur aux Constitutions : elle ne leur appartient juridiquement que dans la mesure où elle a été effectivement reconnue par la loi constitutionnelle en vigueur »*. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* édition CNRS, T2, p. 540.

[141] Le débat sur la supraconstitutionnalité que nous évoquerons plus loin relance cette question de l'étendue et de la place du pouvoir constituant originaire.

[142] Voir en ce sens G. Burdeau, *l'Etat,* édition le seuil, 1992, pp. 64 et 65.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

190. La conception première de la souveraineté envisagée en 1791 correspond à un pouvoir originaire, inconditionnel, suprême et exclusif confié à la Nation. C'est également en ce sens, qu'à l'issue de la Monarchie, la souveraineté conserve les caractères que Bodin lui avait attribués[143].
La souveraineté nationale reste absolue car elle s'identifie à un pouvoir unique, et original mais elle aussi absolue, parce que la Nation se confond en France avec l'Etat.

§ 3. L'existence d'un lien indéfectible entre la souveraineté nationale et l'Etat

191. Dans un premier temps, la doctrine publiciste du XIXe siècle adoptera l'idée que l'Etat n'est que l'instrument du pouvoir de la Nation, qui seule détient la souveraineté, en tant que pouvoir originaire. Esmein, par exemple, écrira que : *« l'Etat est la personnification juridique de la Nation »*[144]. En réalité, le concept de souveraineté de l'Etat paraissait moins pertinent à cette époque, et la souveraineté nationale était largement mise en avant.

192. Dans la pensée doctrinale française, et dans la pratique institutionnelle, l'Etat ne peut être séparé de la Nation, il est même parfois conçu comme synonyme de celle-ci[145]. Il a été soutenu que l'Etat ne peut être envisagé comme une personne distincte de ses nationaux et que séparé des individus, il ne peut être qu'une coquille vide[146]. Cette logique, un peu excessive, permet cependant d'aboutir à l'idée que l'Etat doit être perçu comme la représentation concrète de la Nation, au travers notamment de ses services publics et de ses agents[147]. Or cette idée que l'Etat ne dispose pas du pouvoir souverain originaire est parfaitement en adéquation avec la primauté du concept de souveraineté nationale.

193. C'est l'adaptation du lien entre la Nation et l'Etat qui va apporter un certain regain de réflexion sur la place de l'Etat et sur la nature de son pouvoir, notamment par une redéfinition de la Nation. Ainsi, les auteurs du début du XXe siècle vont chercher à redéfinir la notion de

[143] Définition du pouvoir souverain proposée par P. Collas, *souveraineté des Etats et entreprises supranationales*, RRJ 1993, p. 520.

[144] A. Esmein, *éléments de droit constitutionnel*, Sirey 1914, p. 1 et édition Panthéon Assas.

[145] Voir en ce sens la position de C. Turgeon, *une définition de l'Etat et de la souveraineté*, RDP 1899, p. 74.

[146] Littré définissait par exemple, l'Etat comme *« l'ensemble des citoyens considéré comme un corps politique »,* ce qui entérinait un amalgame total entre la Nation et l'Etat et donc entre la souveraineté nationale et la souveraineté de l'Etat.

[147] Pour C. Turgeon, l'Etat est la représentation officielle de la Nation, et s'il ne se confond pas avec elle, il est cependant largement lié à cette dernière, qui joue le rôle de mandant. Voir C. Turgeon, *une définition de l'Etat et de la souveraineté,* RDP 1899, p. 77.

Nation en lui attribuant un pouvoir dans l'Etat même si elle apparaît toujours comme une entité indivisible, une collectivité transcendant les individus qui la composent[148].

194. L'Etat et la Nation fusionneront alors pour préserver le caractère absolu de leur souveraineté et pour la majorité des auteurs français, la souveraineté nationale sera considérée comme un équivalent de la personnalité juridique de l'Etat. Celui-ci aura les mêmes caractéristiques que la Nation, et sera entendu comme une entité abstraite qui reste unique, indivisible, et continue.

195. L'adéquation parfaite entre l'Etat et la Nation a laissé perdurer en France une conception absolue de la souveraineté, en tant que pouvoir indivisible, suprême, unique, et parfaitement indépendant. Ainsi, comme l'a montré G. Burdeau, l'Etat personnifie la Nation pour éviter à l'entité souveraine d'être confrontée à l'ensemble de ses sujets[149].

196. La doctrine retient, à cette époque, une dimension politique de la souveraineté bien davantage qu'une dimension juridique[150]. Cette interprétation particulière de la souveraineté posée par la doctrine publiciste française, et cette prééminence de la souveraineté nationale a conduit à une controverse inévitable entre les auteurs français et les auteurs allemands pour qui la souveraineté nationale n'avait pas de sens au XIXe siècle. Ainsi, pour les auteurs allemands, tel Jellinek, la Nation ne peut être conçue que comme une partie de l'Etat, un élément constitutif, alors qu'en France, la Nation s'identifie à l'Etat qui n'en est que la personnification.

197. Cette fracture entre la théorie allemande de la souveraineté et la théorie française de la souveraineté nationale est accentuée par les différences de régimes politiques ayant cours, dans les deux pays, au XVIIIe et XIXe siècle[151]. Comme nous allons le voir, la prise en compte ultérieure des théories allemandes par le droit français aboutira à un regain d'intérêt pour la souveraineté de l'Etat mais également à des mises en cause théoriques de la souveraineté absolue.

---

[148] Voir en ce sens M.-J. Redor, *de l'Etat légal à l'Etat de droit, l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française*, édition économica, 1992, p. 41.

[149] G. Burdeau cité par A. Haquet, in *le concept de souveraineté en droit constitutionnel français,* PUF, 2004, p. 125.

[150] La doctrine considère la Nation comme souveraine dans la mesure où elle détient entièrement le pouvoir suprême de choisir son destin politique. L'Etat n'est qu'une puissance au service de la Nation, et la notion de souveraineté compétence ne tient que peu de place avant l'influence majeure des théories allemandes sur le concept de souveraineté. (Voir nos développements, n° 203 à 209).

[151] Au service des thèses républicaines, la doctrine française a ainsi cherché à mettre en cause les doctrines impérialistes des auteurs allemands. Le concept de souveraineté a dans ce cadre servi de base à une forme d'opposition intellectuelle et militante, au profit d'un régime politique. (Voir nos développements, n° 210 à 227).

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

198. Le concept de souveraineté absolue est fondé sur une identification de la Nation à l'Etat mais aussi sur l'absence de contestation théorique du caractère suprême, et indivisible de ce pouvoir souverain. Or cette conception française va devoir se confronter à l'émergence de nouvelles théories sur la souveraineté, mais aussi à l'existence des Etats fédéraux. Ces théories apportent un questionnement sur la pertinence du lien Etat/Nation et par conséquent, elles mettent en doute l'absolutisme de la souveraineté.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

CHAPITRE 2 :

La souveraineté absolue, une mise en cause du lien Nation/Etat par les conceptions théoriques et l'existence d'Etats fédéraux

199. L'absolutisme de la souveraineté a connu plusieurs axes d'affaiblissement. D'un point de vue politique, l'essor des idées démocratiques et la volonté de s'affranchir de l'autorité royale ont naturellement conduit à mettre en cause un pouvoir de l'Etat trop centralisateur et détenu par le Roi. Cette contestation politique perdure également au-delà de la monarchie contre une conception française reliant l'Etat et la Nation. La confrontation avec les théories allemandes de la souveraineté apporte en parallèle, de nouveaux éléments d'analyse sur le titulaire de la souveraineté. (Section 1)

200. Sur le plan juridique ensuite, les réflexions doctrinales multiples sur le fédéralisme et sur la possibilité pour l'Etat de partager ses compétences ont créé de nouveaux axes doctrinaux de nature à mettre en cause la notion absolue de la souveraineté. L'émergence de la notion de souveraineté compétence a d'ailleurs été déterminante dans l'évolution de la notion de souveraineté dans sa conception absolue. (Section 2)

201. Cette contestation juridique est également relayée sur le plan institutionnel, par les réflexions sur l'Etat fédéral et les nouvelles perspectives qu'il implique sur le partage de pouvoirs et donc sur une souveraineté qui ne peut prétendre à une dimension absolue. La mise en place concrète d'Etats fédéraux participera activement à la mise en cause du modèle exclusivement absolutiste de la souveraineté (Section 3).

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Section 1 : La contestation de l'absolutisme de la souveraineté fondée sur l'Etat et la Nation

202. La conception française de la souveraineté a été mise en perspective avec la conception allemande de la souveraineté, qui en avait une vision plus fragmentée, difficilement compatible avec la vision française. Cette doctrine allemande a été confrontée au droit français, ce qui a occasionné tout à la fois une réflexion sur la pertinence de la souveraineté absolue et une volonté de maintien de cette dernière.

§ 1. L'Ecole de l'Isolierung[152] : une redéfinition de la souveraineté de l'Etat

203. La doctrine allemande, pour des raisons qui sont aussi historiques[153], ignore le concept de souveraineté nationale pour mettre en avant la souveraineté de l'Etat. Cette souveraineté a d'abord une signification abstraite, et elle a pour titulaire l'Etat et non la Nation[154]. Le débat pour les auteurs allemands est tranché, seul l'Etat possède cette souveraineté et la Nation ne peut être considérée comme titulaire de ce pouvoir abstrait[155].
Cette souveraineté a ensuite une signification concrète-matérielle qui correspond à la puissance étatique[156], ainsi qu'une signification concrète-organique, qui se définit par la souveraineté dans l'Etat[157].

204. Ces trois significations de la souveraineté de l'Etat sont dégagées par l'école de l'Isolierung qui s'attache à distinguer la souveraineté proprement dite de la puissance publique. Pour H Gerber, la puissance étatique se caractérise par son pouvoir de

[152] Courant doctrinal allemand du XIXe siècle emmené par son fondateur H. Gerber, et ayant eu de larges répercussions sur l'évolution de la notion de souveraineté de l'Etat, y compris chez les juristes français.

[153] On notera ici que ce courant, bien que se déclarant détaché de tout fondement idéologique, avait en fait pour objectif d'expliquer comment les Etats membres du Reich pouvaient être autonomes sans être indépendants. Il aboutit finalement à attribuer la souveraineté, c'est-à-dire l'indépendance au Reich et la puissance publique aux Etats membres. Voir en ce sens, C. Schmitt, *théologie politique*, Gallimard 1988, p. 28 et Carré de Malberg, *contribution à la théorie générale de l'Etat*, édition CNRS, T 1, p. 146.

[154] La doctrine allemande définira cette première signification de la souveraineté par le mot : Staatsouveränität

[155] La doctrine française admet elle aussi ce concept de souveraineté abstraite mais la théorie, ainsi que la pratique institutionnelle française, ne sont jamais sorties de la dichotomie entre la Nation et l'Etat. La souveraineté appartient à la Nation en premier lieu, puis à l'Etat dans la mesure où il est indissociable de la Nation. Cet aspect national de la souveraineté abstraite en France est déjà un premier point de désaccord entre la doctrine française et la doctrine allemande.

[156] Ce que la doctrine allemande a dénommé : Staatsgewalt

[157] Ce que la doctrine allemande a dénommé : Organsouveränität

commandement et traduit un degré de puissance, alors que la souveraineté n'est qu'un synonyme de l'indépendance de la puissance publique. Ses successeurs poursuivront son œuvre en qualifiant la souveraineté de puissance sans équivalent et donc indépendante[158].
Ainsi, dans la conception de l'école de l'Isolierung, la souveraineté est progressivement vidée de son contenu, elle ne représente plus que la souveraineté indépendance, une forme de souveraineté abstraite qui est utile pour affirmer qu'aucune autorité ne peut être supérieure à l'Etat[159]. Le concept de puissance publique est, quant à lui, valorisé comme l'élément déterminant qualifiant la puissance de l'Etat[160].

205. Alors que la doctrine française recherche la synthèse entre la Nation et l'Etat en forgeant une souveraineté une et indivisible, la doctrine allemande semble, à la même époque, fragmenter la souveraineté de l'Etat en ignorant la place de la Nation. Cependant, il est difficile de déterminer si cette approche théorique de l'Isolierung constitue une première amorce de contestation d'un caractère absolu de la souveraineté.
En effet, la doctrine telle qu'elle est mise en avant, aboutit à deux conclusions parfaitement contraire. A la fois, l'absolutisme est toujours présent dans la mesure où les théories allemandes de la souveraineté de l'Etat n'admettent aucun pouvoir au dessus de celui-ci ; mais en même temps, la mise en avant de la puissance publique vide la souveraineté de son sens, et donc de son caractère absolu.

206. La réapparition de l'Etat sur le devant de la scène doctrinale allemande se manifeste aussi par la théorie de l'organe, qui vise à séparer le souverain abstrait (l'Etat), du souverain concret (les gouvernants). La théorie de l'organe suppose qu'au sein de l'Etat, il existe plusieurs entités, de représentation et d'exécution qui agisse en son nom[161].
C'est ainsi que dans la théorie de l'organe, la Nation perd sa place première, elle est rétrogradée au rang d'organe de l'Etat[162]. Aucune entité n'est capable de mettre en œuvre le pouvoir souverain qui est par conséquent, confié à l'Etat. L'organe de représentation reste

[158] On peut voir en ce sens les opinions doctrinales de Laband, *le droit public de l'Empire allemand*, édition Giard et Brière, 1900, T 2, p. 124.

[159] Sur le fait que la souveraineté est synonyme d'indépendance, Jellinek indiquera que la souveraineté est *« la négation de toute subordination de l'Etat à l'égard des autres pouvoirs »* ; elle est *« la qualité de puissance d'un Etat qui ne connaît aucune puissance supérieure à la sienne ». In L'Etat moderne et son droit*, édition Giard, Paris, 1911, T 2, p. 126 et T 1, p. 79.

[160] C'est avec les travaux de Jellinek que la théorie allemande de la distinction entre la souveraineté et la puissance publique va atteindre sa maturité. Jellinek consacre une large partie de son œuvre « *l'Etat moderne et le droit »*, à cette distinction. Op. Cit. pp. 73 à 125.

[161] Dans la conception de Jellinek, est organe de l'Etat toute personne ou groupe de personnes qui agit en vertu d'un titre juridique pour le compte de l'Etat.

[162] Il semble en effet que Jellinek assimile la Nation au corps électoral, or ce corps électoral, dans sa théorie, ne constitue que l'un des organes de l'Etat souverain. Voir E. Maulin, *la théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, PUF Léviathan, 2003, p. 202.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

limité dans la mesure où il tient son pouvoir, non pas de la Nation, mais de la Constitution, et cette conception s'adapte d'ailleurs en cela à l'impérialisme allemand avant d'être modernisée par Jellinek[163].

207. Cette théorie va de paire avec la distinction, souveraineté/puissance publique. Elle constitue la troisième branche de la définition de la souveraineté établie par l'école de l'Isolierung. Celle-ci opposera d'ailleurs de manière systématique la souveraineté de l'Etat à la souveraineté dans l'Etat[164] et cette distinction reste encore un facteur de dilution du concept de souveraineté[165].

208. La distinction entre la souveraineté et la puissance publique semble pouvoir être considérée comme une des premières mise en cause théorique de la souveraineté absolue. Couplée avec la théorie de l'organe, elle contribue à faire de nouveau primer la souveraineté de l'Etat sur la souveraineté nationale. Or en France, les deux notions sont entièrement liées et sont facteurs de préservation de la souveraineté absolue. Les théories allemandes, bien que porteuses de segmentation de la souveraineté, sont-elles pour autant de nature à mettre en cause le lien Etat/ Nation ? Rien n'est moins certain.

209. En réalité, la doctrine allemande bouleverse l'alliance entre la Nation et l'Etat sans s'attaquer directement à ce lien, elle se situe simplement sur un plan d'analyse distinct. Elle a des effets sur la nature du pouvoir de l'Etat et sur la place qu'il occupe[166]. Les théories allemandes apportent une première brèche dans la conception absolue de la souveraineté, parce qu'elles envisagent l'Etat comme unique titulaire du pouvoir souverain, et relèguent la Nation comme organe de l'Etat.
Pourtant, la théorie allemande en tant que telle ne remet pas fondamentalement en cause le caractère absolu de la souveraineté, puisque cet absolutisme semble tout entier reporté sur la souveraineté de l'Etat. C'est probablement davantage l'interprétation des théories allemandes par les auteurs français qui amènera la question de la mise en cause de la conception absolue de la souveraineté.

[163] Il essaiera d'abord de théoriser une démocratisation du régime allemand en faisant jouer la concurrence entre les organes, puis il tentera de réintroduire le peuple dans le schéma de la théorie de l'organe, considérant que le peuple a une place dans l'Etat et qu'il constitue l'organe souverain au sein de l'Etat.

[164] Jellinek affirmera que *« la question de la puissance suprême dans l'Etat n'a rien à voir avec la question de la puissance suprême de l'Etat. L'Etat souverain et l'organe souverain sont par conséquent deux choses différentes ».* In *Allgemeine Staatslehre*, p. 457. Cité par R. Carré de Malberg, in *contribution à la théorie générale de l'Etat,* TII, p. 147.

[165] On doit faire référence ici à l'opposition désormais classique dégagée par l'Isolierung entre le Staatsouveränität et l'Organsouveränität.

[166] On pourrait considérer que la théorie française de la souveraineté et la théorie allemande de la souveraineté ne se situent pas dans la même dimension, au sens physique du terme, mais que pourtant, une influence est toujours possible.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 2. La doctrine française et l'intégration des théories allemandes : une fragmentation des titulaires de la souveraineté

210. Carré de Malberg est probablement l'auteur qui reprendra avec le plus de netteté les réflexions théoriques allemandes sur la souveraineté de l'Etat[167], en tentant de transposer le modèle allemand dans la conception française[168]. Mais, dans cette transposition du modèle de l'Isolierung, Carré de Malberg s'est confronté à une contradiction majeure. Comment admettre que la souveraineté est opposable à la puissance publique, et donc considérer comme valable la théorie de l'Isolierung, alors que cette théorie conduit à ignorer l'aspect interne de la souveraineté ?
En effet, il a toujours continué à retenir, de manière traditionnelle, deux versants de la souveraineté, une souveraineté interne qui équivaut à la puissance de l'Etat sur son territoire et une souveraineté externe, équivalente à l'indépendance[169].
Pour lui, aucune remise en cause de ce double aspect de la souveraineté n'était possible. Il énoncera d'ailleurs que les souverainetés interne et externe sont indissociables, et ramène à *« un pouvoir qui n'en connaît aucun autre au dessus de lui »*[170].

211. En posant ainsi comme un principe l'indissociabilité de la souveraineté interne et externe, Carré de Malberg est donc face à une contradiction. Il a d'emblée perçu qu'en distinguant la souveraineté de la puissance publique, la théorie allemande néglige l'aspect interne de la souveraineté pour se concentrer uniquement sur son aspect externe or pour Carré de Malberg, cette position n'est pas tenable.

212. Malgré lui et sans vraiment l'assumer, il est amené à mettre en cause la pertinence de la distinction opérée par l'école allemande. Mais au lieu de réfuter cette théorie comme Kelsen, il tente de la transposer en droit français estimant que d'un coté il y a la souveraineté synonyme d'indépendance et de puissance publique et de l'autre, la puissance étatique[171]. Sa

[167] Il a probablement utilisé le débat entre souveraineté populaire et souveraineté nationale qui tenait une large place en France, pour essayer de situer la place de l'Etat, et le pouvoir de l'Etat dans ce contexte. Ceci explique peut-être qu'il ait été séduit par la théorie allemande de l'Isolierung.

[168] On doit rappeler que d'autres auteurs français ont souscrit à la doctrine de l'Isolierung et ont également tenté de l'adapter en droit français. Esmein, Mestre, Saripolos et Michoud, ont tous essayé de traduire dans leurs travaux de thèse cette forme française de la théorie de l'Isolierung.

[169] Le premier versant de la souveraineté (externe) traduit l'idée de puissance de l'Etat *« dégagée de toute sujétion ou limitation envers une puissance extérieure »* alors que le second versant (interne) traduit « *la plus haute puissance existant à l'intérieur de l'Etat »*. Carré de Malberg cité par O. Beaud*, la souveraineté dans la contribution à la théorie générale de l'Etat de Carré de Malberg,* RDP 1994, p. 1259.

[170] R. Carré de Malberg, *contribution à la théorie générale de l'Etat*, édition CNRS, T 1, p. 71.

pensée pourrait se résumer à l'idée que la souveraineté est le contenant alors que la puissance étatique est le contenu du pouvoir[172].

213. Mais en réalité, il semble que Carré de Malberg ait souhaité garder une distinction sous une autre forme, celle qui intègrerait la souveraineté nationale, concept propre au droit public français. Ainsi, il est probable que sa réflexion sur la souveraineté politique vise davantage à démontrer la spécificité de l'Etat français déterminé par le principe de la souveraineté nationale[173]. Sa traduction de la théorie allemande correspond à l'idée d'une séparation entre le pouvoir de la Nation et le pouvoir de l'Etat, la souveraineté étant détenue par la Nation et qualifiant son pouvoir, alors que la puissance étatique qualifie le pouvoir de l'Etat.

214. Il n'est pas certain que Carré de Malberg lui-même ait souhaité affirmer cette distinction, pourtant elle apparaît assez nettement lorsqu'on compare les caractéristiques qu'il attribue à la souveraineté aux caractéristiques qu'il attribue à la Nation. La souveraineté pour Carré de Malberg est abstraite et négative, et on constate que la Nation, dans son œuvre, est jugée de la même manière[174]. La Nation s'identifie donc au pouvoir souverain comme l'Etat est caractérisé par sa puissance. Dans la doctrine de Carré de Malberg, la Nation n'est pas en mesure d'exercer elle-même les pouvoirs au quotidien et c'est pour cette raison que la puissance doit être attribuée à l'Etat, et qu'elle se distingue de la souveraineté.

215. Carré de Malberg reprendra à son compte la distinction entre souveraineté et puissance publique mais par souveraineté, il n'entendra pas comme les auteurs allemands celle de l'Etat mais la souveraineté nationale opposée à la puissance publique de l'Etat. C'est dans cette optique qu'une première brèche est posée dans le lien indéfectible Etat/ Nation[175].

216. On ignore si l'existence de cette distinction joue un rôle immédiat dans l'affaiblissement du caractère absolu de la souveraineté car même si elle propose une différenciation des

[171] Carré de Malberg écrira : *« la notion de souveraineté et de puissance étatique, nettement différentes ne doivent pas être confondues lorsqu'on se place du point de vue de la théorie générale du droit ». Contribution à la théorie générale de l'Etat*, T1, p. 181 et 192.

[172] Selon une expression d'O. Beaud qu'il utilise dans sa critique sur la théorie de Carré de Malberg. Voir O. Beaud, *la souveraineté dans la contribution à la théorie générale de l'Etat de Carré de Malberg*, RDP 1994, p. 1257.

[173] Compte tenu du contexte historique d'opposition entre la doctrine impérialiste allemande et la doctrine républicaine française, il est probable que Carré de Malberg ait souhaité, par sa théorie, républicaniser les théories allemandes. Cette expression est celle utilisée par O. Beaud, in *la souveraineté dans la contribution à la théorie générale de l'Etat de Carré de Malberg*, RDP 1994, p. 1272.

[174] En ce sens, on peut lire par exemple l'opinion de A. Haquet, que nous partageons totalement. Voir A. Haquet, *le concept de souveraineté en droit constitutionnel français,* PUF, 2004, p. 135.

[175] Il semble d'ailleurs que Carré de malberg mette davantage en avant la puissance publique, comme un concept positif par opposition à la souveraineté, concept négatif qui signifie seulement la négation de toute entrave ou subordination. In Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* édition CNRS, T1, p. 72.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

pouvoirs de la Nation et de l'Etat, Carré de Malberg ne le stigmatise pas et en tout état de cause, la Nation reste pour lui, synonyme de l'Etat[176].
Ainsi, Carré de Malberg reconnaît, autant que ces prédécesseurs, l'unité de l'Etat et de la Nation, bien que leur pouvoir soit distinct. Il utilise la personnalité juridique de l'Etat comme critère explicatif de ce lien entre la Nation et l'Etat et laisse de côté la souveraineté comme concept pertinent pour qualifier cette unité du pouvoir.
Il conçoit donc la souveraineté nationale comme équivalent de la personnalité juridique de l'Etat, et non pas équivalent de sa puissance[177]. L'exemple français est finalement pour lui une exception qui permet en raison du lien Etat/Nation de faire coexister de manière unitaire la souveraineté et la puissance étatique.

217. En admettant la possibilité de distinguer la souveraineté de la puissance étatique mais en refusant de rompre l'unité entre l'Etat et la Nation, Carré de Malberg ne rend pas absolument impossible le maintien du caractère absolu de la souveraineté telle que dégagée par J. Bodin. Cette conception ne fait que constituer un signe précurseur d'une possible remise en cause théorique de la souveraineté absolue mais elle est largement contestée par d'autres publicistes contemporains, ce qui en atténue la portée.

218. C'est ainsi que la doctrine a ultérieurement mis en cause cette conception, qui apparaît comme une dissociation fictive dans la mesure où la puissance publique est toujours liée à la souveraineté et que l'indépendance ne peut se concevoir sans puissance[178].

219. Kelsen[179] a critiqué la distinction entre souveraineté et puissance étatique en estimant que la souveraineté tend à devenir puissance publique et inversement, et que dès lors, il est impossible de séparer les deux notions. Il rejette donc cette théorie comme non pertinente et ne correspondant pas à la réalité.

220. Plus récemment, O. Beaud a également mis en cause la pertinence de l'interprétation faite par Carré de Malberg, relevant le caractère infondé de la distinction entre souveraineté et puissance publique. Il estime que cette distinction n'est fondée ni sur une différence de

[176] On l'a déjà affirmé mais pour Carré de Malberg, la Nation n'est pas un élément constitutif de l'Etat, elle est l'équivalent de la personnalité juridique de l'Etat.

[177] Voir en ce sens, O. Beaud, *la souveraineté dans la contribution à la théorie générale de l'Etat de Carré de Malberg,* RDP 1994, p. 1273.

[178] Voir en ce sens la critique d'O. Beaud, *la souveraineté dans la contribution à la théorie générale de l'Etat de Carré de Malberg,* RDP 1994, pp. 1258 et suiv.

[179] Kelsen (1881-1973) a mis en cause la théorie allemande comme portant atteinte à la souveraineté de manière erronée.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

contenu, ni sur une différence de définition ; et que dans ces conditions, ces deux notions ne peuvent que signifier la même chose[180].

221. Dans ce contexte doctrinal prolifique, c'est aussi la traduction de la théorie de l'organe dans le système français qui aurait pu mettre en cause la souveraineté absolue de la Nation.
Ainsi, dans sa *« contribution à la théorie générale de l'Etat »,* Carré de Malberg tente d'adapter la théorie allemande de la souveraineté organe, en considérant qu'elle décrit une réalité juridique incontestable, puisqu'elle permet de définir la position qu'occupe dans l'Etat le titulaire de la puissance étatique[181].
Cependant, et se heurtant à l'importance de la Nation en droit français, il se trouve de nouveau face à une difficulté majeure tenant au fait que la Nation ne trouve pas sa place dans la théorie de l'organe, telle que dégagée par la doctrine allemande.

222. Carré de Malberg fait du concept de souveraineté nationale un élément central de sa réflexion, dans la mesure où il explique le pouvoir de l'Etat et la diffusion nécessaire de la souveraineté dans les organes de l'Etat[182]. Mais pour intégrer cette conception, Carré de Malberg tentera de faire une critique de la théorie de l'organe, qui dans son analyse, s'opposera alors à la théorie de la souveraineté nationale. Il considérera en effet, que la Nation ne se réduit pas seulement à un organe constitué de l'Etat qui serait l'assemblée, mais à tous les organes de l'Etat, ce qui finalement revient à dire que la Nation et l'Etat sont indissociables.

223. Il semble en définitive qu'il faille choisir entre confier le pouvoir souverain à la Nation ou le confier à ses représentants, c'est-à-dire à l'organe[183]. Et c'est bien en ce sens que la théorie de l'organe pourrait remettre en cause la souveraineté nationale au profit de la souveraineté du parlement.

224. D'autres juristes et notamment Esmein, ont introduit dans la doctrine cette nouvelle fracture dans le concept de souveraineté, estimant qu'il y avait d'un côté la souveraineté abstraite celle de l'Etat personnifiant la Nation et de l'autre une souveraineté concrète, celle des gouvernants. Une telle conception aboutit à laisser de côté la souveraineté nationale, au profit de la souveraineté de l'Etat[184]. Mais cependant, et de manière assez nette, cette

[180] Voir O. Beaud, *la souveraineté dans la contribution à la théorie générale de l'Etat de Carré de Malberg*, RDP 1994, pp. 1258 et suiv.

[181] R. Carré de Malberg, *contribution à la théorie générale de l'Etat*, édition CNRS, T 1, p. 79.

[182] Voir en ce sens, E. Maulin, *la théorie de l'Etat de Carré de Malberg,* PUF, 2003, Léviathan, p. 90 et 91. Pour Carré de Malberg, la souveraineté nationale est un des éléments de définition de l'Etat.

[183] La théorie de la souveraineté nationale trouvant cependant un point commun avec la théorie de l'organe qui est celui d'opérer clairement une distinction entre la Nation et les représentants.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

transposition ne remet pas en cause le lien Etat/ Nation[185], elle ne fait que poser la question du statut des gouvernants sans véritable remise en cause des conceptions doctrinales françaises.

225. C'est ainsi que cette théorie de l'organe n'a pas eu un impact suffisant en droit français pour mettre en cause le concept de souveraineté nationale tel qu'il est conçu après la Révolution. En effet, la théorie de la représentation, corollaire de la souveraineté nationale, ainsi que la séparation des pouvoirs prônée par Montesquieu, sont restées des concepts dominants pour expliquer la place des gouvernants dans l'Etat.

226. La pratique institutionnelle française ne fait d'ailleurs que confirmer cette distance avec la théorie de l'organe[186]. De ce point de vue, il est clair qu'il n'existe pas un seul organe dans l'Etat français pouvant prétendre à l'exercice du pouvoir suprême, notamment parce que les gouvernants sont divisés et parce que la Nation reste toujours au dessus des gouvernants.

227. À l'issue des multiples remaniements théoriques, l'Etat acquiert une personnalité juridique au même titre que la Nation, et devient, non plus seulement une entité servant à organiser le pouvoir, mais un titulaire potentiel de la souveraineté. En raison de ce changement, la souveraineté politique est devenue une notion complexe, dont on ne sait plus très bien si elle doit se rattacher à la Nation, à l'Etat, aux représentants ou à une combinaison de ces trois entités.
Ces théories agissent donc sur le titulaire de la souveraineté et sur le lien Etat / Nation. Pourtant, tous les auteurs restent d'accord pour estimer que la souveraineté politique est le caractère suprême d'une puissance, qui n'en connaît aucune autre concurrente.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 3. La permanence des critères de la souveraineté absolue malgré l'influence des doctrines allemandes.

228. En réalité, il n'est pas certain que les doctrines allemandes et françaises soient si distinctes qu'il n'y parait dans la mesure où l'absolutisme peut être visible dans les deux cas,

[184] Conception que Carré de Malberg partageait dans la mesure où la souveraineté nationale expliquait le pouvoir de l'Etat, qui effaçait la Nation, une fois la Constitution mise en œuvre.

[185] Esmein écrira d'ailleurs que la souveraineté doit avoir un titulaire *« idéal et permanent qui personnifie la Nation entière : cette personne morale, c'est l'Etat qui se confond avec la souveraineté ».* L'amalgame entre la Nation, l'Etat et la souveraineté est donc, dans son esprit, clairement établi. A. Esmein, *éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Sirey 1906, pp 1 et 2.

[186] À ce titre, une reprise attentive des Constitutions successives en France font état d'une volonté du pouvoir constituant de donner une place conséquente à la Nation et d'assurer la séparation des pouvoirs. La Constitution de la troisième République, étant pourtant celle qui a donné le plus de place au parlement, n'en a jamais pour autant remis en cause la souveraineté nationale. Le parlement a toujours agi en France au nom de la Nation et de l'Etat et ce lien Nation/Etat n'est pas remis en cause dans la conception française de la souveraineté.

sous des formes différentes. Ainsi, les théories allemandes appliquent l'amalgame entre la souveraineté du monarque et la souveraineté de l'Etat, alors que les théories françaises font l'amalgame entre la souveraineté nationale et celle de l'Etat.
Les divisions potentiellement contenues dans ces théories ne remettent pas en cause l'idée que, quelque soit le détenteur de la souveraineté abstraite, elle est toujours considérée comme absolue. Ainsi, Carré de Malberg écrira que : *« la souveraineté est entière ou elle cesse de se concevoir »* et Jellinek indiquera : *« il n'existe pas de souveraineté partagée, fragmentée, diminuée, limitée, relative »*[187].

229. Dans ce contexte historique de développement de la doctrine publiciste française, la prééminence de la doctrine de la souveraineté nationale en droit français va perdurer mais elle ne signifiera pas pour autant que l'existence de la souveraineté de l'Etat soit définitivement abandonnée comme critère déterminant de l'exercice du pouvoir politique. L'évolution doctrinale conduira les auteurs à admettre que la souveraineté de l'Etat coexiste toujours avec la souveraineté nationale bien que l'Etat reste conçu comme la personnalisation de la Nation[188].

230. Ce lien indéfectible entre souveraineté nationale et souveraineté de l'Etat a surtout été révélé par Carré de Malberg qui a vu dans la souveraineté nationale le critère déterminant de la souveraineté de l'Etat.
Laissant ainsi rapidement de coté la dimension sociologique de la Nation, Carré de Malberg l'envisage surtout d'un point de vue juridique, en positiviste, comme une notion juridique identique à l'Etat[189]. Cette conception française renforcera la pratique qui a largement contribué à entériner l'amalgame entre la souveraineté nationale et la souveraineté de l'Etat[190].
En droit français, les différents titulaires potentiels de la souveraineté sont liés et sur le plan politique donc, la souveraineté reste absolue.

231. La doctrine, par ajouts continus, a cru pouvoir trouver une vérité sur la notion de souveraineté politique, chacun donnant sa propre définition. Mais en réalité, elle n'a contribué qu'à rendre ce concept de souveraineté politique absolument flou, ou en tout cas

[187] Voir R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* édition CNRS, T 1, p. 131. G. Jellinek, *l'Etat moderne et son droit*, édition Giard et Brière, Paris 1911, Vol 2, p. 157.

[188] Esmein écrira que *« l'Etat est la personnification juridique d'une Nation, c'est le sujet et le support de l'autorité publique. Cette autorité, qui naturellement ne reconnaît point de puissance supérieure ou concurrente, quant aux rapports qu'elle régit, s'appelle souveraineté ».*

[189] C'est en ce sens que la Nation équivaut pour Carré de Malberg à la personnalité juridique de l'Etat. Il écrira : *« seul l'Etat, c'est-à-dire la Nation, apparaît immuable, il est permanent et en ce sens perpétuel »* in *contribution à la théorie générale de l'Etat*, Édition CNRS, T1, p. 48.

[190] Voir en ce sens O. Beaud, *la souveraineté dans la contribution à la théorie générale de l'Etat de Carré de Malberg,* RDP 1994, p. 1273 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

indéfinissable en quelques mots simples et utiles pour tous[191]. Pourtant au travers de ces multiples définitions, apparaissent toujours en toile de fond, les critères essentiels que Bodin avait dégagés.

232. Pour démontrer la permanence de la définition absolue de la souveraineté, il nous faut maintenant reprendre ces qualificatifs originaires énoncés par Bodin[192], pour les comparer au concept de souveraineté tel qu'il est dégagé jusqu'au milieu du XXe siècle.

233. Tout d'abord, la souveraineté reste un pouvoir suprême qui ne connaît aucun concurrent dans l'ordre interne et qui reste parfaitement indépendant dans l'ordre externe. Elle est un élément essentiel de l'Etat[193]. La logique doctrinale allemande reconnaît l'absolutisme de la souveraineté de l'Etat alors que la doctrine française n'admet que l'absolutisme de la souveraineté nationale définissant l'Etat.

234. Pour se convaincre de cette convergence des points de vue sur le caractère absolu de la souveraineté politique, il suffit de reprendre les définitions des auteurs sur la nature du pouvoir de souveraineté[194]. On ne peut que constater à leur suite que, malgré leur divergence, ils s'accordent dans leur majorité à considérer que le caractère suprême de la souveraineté

[191] Il suffit d'observer le recensement déjà très large qu'a effectué X.-S. Combothecra sur les définitions de la souveraineté pour se convaincre qu'elles se recoupent, sans jamais vraiment être identiques. D'autant qu'il en existe encore d'autres… Voir X.-S. Combothecra, *la conception de la souveraineté*, RDP 1897, T VIII, pp. 242 et suiv.

[192] Rappelons que les critères de la souveraineté absolue sont l'indivisibilité, le caractère suprême du pouvoir, ainsi que son caractère perpétuel et abstrait.

[193] C'est en ce sens que Combothecra écrira que *« la souveraineté agissant sans encombre, et ne connaissant en fait aucun lien juridique, est seule capable de donner une cohésion à des individus se trouvant sur le même territoire. L'Etat n'est créé et n'est maintenu en vie que par une cohésion solide qui ne peut émaner que de la souveraineté ».* In *la conception de la souveraineté*, RDP 1897, T VIII, p. 254.

[194] Il serait inutile et impossible de regrouper ici toutes les définitions du contenu de la souveraineté, nous relèverons cependant les plus importantes ou les plus explicites.
- Moreau : *« la souveraineté est externe ou interne, selon qu'on étudie ses rapports avec les autres Etats ou avec ses membres », précis de droit constitutionnel*, Paris, édition Larose et Forcel, 1892, p. 27.
- Hauriou : *« la souveraineté est aussi étendue que le pouvoir politique qui est censé appartenir à l'Etat », droit administratif,* 1893, p. 11.
- Jellinek : *« l'Etat doit être la force suprême, la force la plus élevée à l'intérieur et la force indépendante à l'extérieur »*, *Staatenverbindungen*, édition A. Holder, 1882, p. 34.
- Zorn : *« la souveraineté, c'est la substance de la suprema potestas d'un Etat »*.
- Carré de Malberg : *« la souveraineté est le caractère suprême d'un pouvoir qui n'en admet aucun autre ni au-dessus de lui, ni en concurrence avec lui », contribution à la théorie générale de l'Etat,* Sirey 1920, p. 70.
- Esmein : *« la souveraineté est cette autorité qui naturellement ne reconnaît point de puissance supérieure ou concurrente quant aux rapports qu'elle régit », éléments de droit constitutionnel comparé*, Sirey 1914 p. 1, et édition Panthéon Assas, 2001.
- Burdeau : *« la souveraineté place celui qui en est investi au degré suprême de la domination », traité de science politique,* LGDJ, 1950, T2, p. 305.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

perdure[195]. Celle-ci continue à être définie comme un pouvoir sans précédent et sans comparaison possible, s'exerçant au nom de la volonté générale et dans l'intérêt commun.

235. La souveraineté reste ensuite un concept unitaire et indivisible. Il ne peut pas y avoir partage de la souveraineté qui est toujours confiée en dernier ressort à un organe abstrait, personnifié ou non[196]. La souveraineté n'appartient pas à l'Etat seul mais du fait du lien entre la Nation et l'Etat, cette souveraineté conserve un caractère indivisible, puisque aucune distinction n'est réellement faite entre la Nation et l'Etat, titulaires de la souveraineté politique[197]. Ainsi peu importe qu'on sépare ou non la souveraineté de la puissance de l'Etat et de ses organes, puisque dans le système institutionnel français, l'amalgame entre la Nation et l'Etat conduit à regrouper ce que la doctrine a tenté de séparer[198].

236. L'absolutisme de la souveraineté perdure donc au-delà des possibilités de clivages envisagées par la doctrine. Mais si le caractère absolu de la souveraineté politique résiste aux nouveautés doctrinales, il n'en reste pas moins que le questionnement sur la pertinence de cette notion est lancé.

237. D'un point de vue de son titulaire, la souveraineté peut en effet être nuancée. Il s'agit d'une première atténuation, qui va d'autant plus être mise en avant que l'absolutisme de la souveraineté politique porte en lui des risques de totalitarisme, qui ne peuvent qu'être combattus dans une société occidentale qui se démocratise. Cette nécessité de démocratisation fait inévitablement émerger la question de la limite du pouvoir par le droit ainsi que celle de la capacité de la souveraineté politique à définir les pouvoirs de la Nation et de l'Etat.

239. C'est dans ce contexte, que la souveraineté politique, qualifiant le pouvoir absolu de souverain, doit aussi faire face à l'émergence du concept de souveraineté juridique, emmené par un puissant courant constitutionnaliste, qui va remettre en cause l'indivisibilité et le caractère suprême de la souveraineté[199], tels qu'ils avaient pu être conçu par J. Bodin.

[195] Nous partageons ici l'opinion de M.-J. Aglaé, *la souveraineté transfigurée*, RRJ 1995-3, p. 929.

[196] Les théories allemandes retirent le caractère de puissance à la souveraineté mais lui confèrent toujours la qualification de pouvoir suprême, confié à une entité abstraite, l'Etat personnifié par l'empereur. Les théories françaises quant à elles confient le pouvoir suprême à la Nation personnifiée par l'Etat et ses organes.

[197] Il existe dans la doctrine une nécessaire fusion entre la volonté du souverain et la capacité d'action de l'Etat au nom du souverain. Voir les réflexions doctrinales de X.-S. Combothecra sur cette question, *la conception de la souveraineté*, RDP 1897, T VIII, pp. 257 et suiv.

[198] Il n'apparaît pas utile de discuter sur la validité des théories allemandes, ou sur la traduction qui en a été faite dans la mesure où la réalité institutionnelle conduit en tout état de cause à considérer la souveraineté comme un concept indivisible.

[199] Et ce, tant sur le plan du titulaire que du contenu de la souveraineté.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Section 2 : La souveraineté juridique et la remise en cause de l'absolutisme

240. D'un point de vue du titulaire et donc sur le plan politique, les théories doctrinales apportent des risques de fragmentation de la souveraineté sans pour autant abolir la dimension absolue. D'un point de vue du contenu, et donc sur le plan juridique, la souveraineté est bien davantage menacée dans sa dimension absolue. En effet, les réflexions mettant en avant la souveraineté juridique et la possibilité théorique de concevoir la souveraineté comme une addition de compétences pouvant être réparties, conduisent naturellement à envisager une fragmentation de la souveraineté. Une conception de la souveraineté fondée uniquement en terme de compétences et de contenu, qui n'avait été qu'effleurée par Bodin pour être écartée, a des incidences majeures.

§ 1. La mise en cause de l'existence même du concept de souveraineté politique

241. Les auteurs qui mettent en cause la souveraineté politique, refusent d'accepter un mode d'organisation politique fondé sur l'existence d'un pouvoir absolu, qu'elle que soit l'autorité à laquelle il est confié. Duguit est l'un des auteurs qui combattra avec le plus d'intensité la théorie de la souveraineté et surtout, le pouvoir confié à l'Etat au nom de la Nation.

242. Duguit estime que la souveraineté n'est qu'un mythe, une fiction indémontrable, qui impose un pouvoir sans véritable légitimité et aboutit à un anéantissement de l'individu par l'Etat[200].
Duguit analyse la souveraineté comme une propriété du souverain qui ne connaît pas de limites et en cela, soit la souveraineté n'est rien, soit elle est *« le droit d'une volonté de ne se déterminer que par elle-même »*[201]. Au contraire de la doctrine majoritaire[202], Duguit envisage donc la souveraineté comme un droit subjectif impliquant la négation de l'Etat, et la négation du droit ; il existerait un droit objectif préexistant à l'Etat et qui doit gouverner l'exercice du pouvoir.

243. À sa suite, Scelle contestera la pertinence de la souveraineté absolue en considérant que la société est régie par une multitude d'individus, d'institutions et de facteurs qui ne peuvent qu'avoir une partie des compétences, à un moment donné. Aucune de ces entités ne dispose

[200] Il considère que le concept de souveraineté nationale et la personnalité de l'Etat ne sont que des notions archaïques, résidus de la conception féodale et princière de l'Etat. Voir L. Duguit, *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz 2003 (réédition), p. 326.

[201] L. Duguit, *traité de droit constitutionnel*, édition de Bocard, 1911, T1, p. 405.

[202] On peut citer ici M. Hauriou, ou A. Esmein qui considèrent que la souveraineté traduit une puissance publique au service de l'intérêt général.

du pouvoir suprême d'imposer sa volonté, et le pouvoir souverain ne constitue qu'une utopie qui ne peut être atteinte[203].

244. Il existe chez ces auteurs une dimension sociale et internationaliste[204] du pouvoir politique différente de la conception purement juridique de la souveraineté. Toutefois, ces analyses sont un nouveau pas dans la mise en cause de la souveraineté politique par la souveraineté juridique. Ce qui est contesté, c'est l'existence d'un titulaire légitime d'un pouvoir absolu qui n'existe pas. En effet, la tendance à définir la souveraineté comme un principe juridique suppose de mettre l'accent sur son contenu au détriment de son titulaire ; l'étape ultime étant de nier également tout contenu absolu à la souveraineté.

245. À l'évidence, contester la pertinence du concept, c'est mettre son utilité, et son caractère absolu en cause. Dans toutes ces théories de la négation de la souveraineté, il ressort clairement un dénominateur commun qui est l'assujettissement de l'Etat au droit, et la volonté de réduire le pouvoir de l'Etat à une compétence[205]. Ces théories constituent finalement l'élément déterminant qui ouvre la possibilité de concevoir, non pas la souveraineté comme un pouvoir politique, mais comme une capacité à exercer des compétences[206].

§ 2. L'affirmation théorique d'une souveraineté compétence et l'émergence de la souveraineté juridique

246. Avec le retour de l'Etat au premier plan, une partie de la doctrine a progressivement mis en avant l'idée que la souveraineté désigne l'ensemble des pouvoirs dont dispose l'Etat, reprenant ainsi les prérogatives de souveraineté dégagées par Bodin[207]. Le terme de

[203] Voir en ce sens B. Cubertafond, *la souveraineté en crise*, RDP 1989, p. 1277.

[204] Scelle considère par exemple que la souveraineté, si elle pouvait exister, n'aurait sa place qu'à l'échelle mondiale, et s'imposerait à tous les Etats.

[205] On partage ici l'opinion de B. Cubertafond qui estime que dans les théories de Duguit et de Scelle, il y a clairement une volonté de réduire la souveraineté de l'Etat à une série de compétences. Voir B. Cubertafond*, la souveraineté en crise*, RDP 1989, pp. 1300 et 1301.

[206] Elles peuvent parfois aller plus loin, jusqu'à la négation de toute souveraineté.

[207] On notera ici que J. Bodin avait déjà envisagé la souveraineté comme une compétence de la compétence lorsqu'il a tenté de recenser les prérogatives de souveraineté telles que le droit de battre monnaie, de lever l'impôt ou de décider d'une guerre. Il a cependant considéré que toutes ses compétences pouvaient se retrouver sous l'idée de puissance de l'Etat. C'est cette approche qui est contestée par la souveraineté juridique. Voir la conclusion générale de M. David, *la souveraineté et les limites juridiques du pouvoir monarchique en France du IXe au XVe siècle*, Dalloz, 1954.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

souveraineté ne désigne pas la qualité de la puissance étatique mais s'identifie en réalité au contenu positif de cette puissance[208].

247. La distinction faite par les auteurs allemands entre souveraineté et puissance étatique a permis l'émergence de la conception juridique de la souveraineté. Ainsi, en séparant la souveraineté abstraite de la puissance de l'Etat, elle effectuait le premier pas vers l'idée qu'il est possible de séparer la qualité de la puissance souveraine, de son contenu[209]. La souveraineté, essentiellement politique, est alors transformée en un concept juridique qui traduit l'ensemble des compétences contenues dans la puissance d'Etat et qui renseigne sur les pouvoirs de l'Etat[210]. Ce sont d'ailleurs des auteurs allemands qui ont théorisé cette notion de souveraineté comprise comme compétence[211].

248. La compétence est un pouvoir attribué à l'Etat qu'on peut définir par l'habilitation juridique en vertu de laquelle les organes de l'Etat sont autorisés à agir[212]. Et c'est le regroupement de l'ensemble de ces pouvoirs qui permet de définir la souveraineté, conçue comme une addition des compétences. Une fois établie comme pertinente l'idée de concevoir les pouvoirs de l'Etat comme des successions de compétences, il est aisé pour la doctrine d'entendre la souveraineté de l'Etat comme la compétence de sa compétence. La souveraineté de l'Etat entretient dès lors une relation avec le droit puisque c'est par le droit que l'Etat détermine sa compétence, et donc sa souveraineté.

249. Dans la théorie de Jellinek, la souveraineté s'analyse comme *« la capacité exclusive de déterminer l'étendue de son propre ordre juridique »*[213]. Elle constitue pour l'Etat un monopole de détermination de sa compétence, qui s'impose à toutes les autres instances. Ainsi, Carré de Malberg définira également la souveraineté comme *« la faculté pour l'Etat d'étendre indéfiniment ses compétences »*[214].

[208] Voir J. Laferrière, *manuel de droit constitutionnel*, Domat 1947, p. 347.

[209] C'est l'idée d'une possible division de la souveraineté, ainsi que la volonté de fragmenter le concept qui permet l'émergence de la réflexion doctrinale sur la souveraineté juridique.

[210] Sur le passage du concept de souveraineté politique au concept de souveraineté juridique, voir A. Hauriou, *droit constitutionnel et institutions politiques,* Montchrestien, 1970, p. 137.

[211] La théorie de la Kompetenz-Kompetenz est d'abord conceptualisée par H. Böhlau, dès 1869 dans un ouvrage reprenant dans son intitulé cette appellation. Elle sera ensuite développée par G. Meyer et A. Hänel dans des ouvrages consacrés au même thème. Pour les références, voir A. Vahlas, *souveraineté et droit de retrait au sein de l'Union européenne*, RDP 2005, p. 1574 et 1575.

[212] Selon une définition retenue par J. Chevalier, *l'état de droit*, RDP 1988, p. 318.

[213] Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 482, cité par O. Beaud, *la souveraineté dans la contribution à la théorie générale de l'Etat de Carré de Malberg,* RDP 1994, p. 1259.

[214] R. Carré de Malberg, *contribution à la théorie générale de l'Etat*, T1, p. 527. Edition CNRS.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

250. Initialement, la souveraineté reste dans cette conception juridique, l'expression d'un pouvoir suprême mais elle acquiert un contenu concret, une forme de matérialité, plus propice à une remise en cause que la souveraineté abstraite. Ce sont les nouveaux horizons que la souveraineté juridique ouvre qui peuvent influencer la conception absolue de la souveraineté en France. La conception juridique de la souveraineté, conçue comme la compétence de sa compétence, apporte un questionnement doctrinal majeur sur la pertinence des critères de souveraineté tels que dégagés par Bodin. Il devient en effet envisageable de fragmenter la souveraineté.

§ 3. Les incidences de la souveraineté juridique : un potentiel sans précédent de fragmentation de la souveraineté

251. La théorie de la souveraineté juridique est beaucoup plus souple que celle de la souveraineté politique dans le sens où elle admet comme possible une divisibilité de la souveraineté[215]. Puisque la souveraineté est constituée de compétences, alors on peut les repartir entre diverses autorités au sein d'un Etat, mais aussi entre divers Etats ou organisations internationales. Le dogme fondateur de la souveraineté absolue, basé sur son indivisibilité s'écroule avec une conception juridique de la souveraineté, qui admet son partage ou son démembrement.

252. Avec cette conception théorique, qui écarte la notion de pouvoir indivisible au profit de la notion de compétence, la souveraineté peut être découpée selon une logique de blocs de compétences ou même selon des délégations ponctuelles de compétences. Elle suppose une répartition des pouvoirs par le droit, au sein d'une Constitution définissant les rôles de chacun[216]. La souveraineté juridique sert de point de départ au développement du constitutionnalisme.

253. En fondant le pouvoir sur des compétences et non plus sur la puissance du titulaire, la divisibilité de la souveraineté devient donc théoriquement possible, puisque les marques de souveraineté peuvent être réparties entre différents titulaires[217]. La souveraineté est divisible dans son contenu, au même titre qu'elle peut l'être quant à son titulaire mais cela n'est pas une obligation.

[215] Voir en ce sens A. Hauriou expliquant le concept de souveraineté compétence. *Droit constitutionnel et institutions politiques,* Montchrestien, 1970, p. 137.

[216] C'est en ce sens que la compétence est souvent définie par les auteurs, comme l'exercice d'un pouvoir juridique prévu ou encadré par une autre norme de droit positif.

[217] On le verra, c'est surtout dans l'Etat fédéral que cette conception de souveraineté compétence va s'affirmer.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

254. Dans ce contexte, le caractère absolu de la souveraineté ne peut se maintenir que sous l'angle de la capacité d'un organe à maîtriser l'intégralité de sa compétence, et à la faire respecter. La souveraineté absolue pourrait donc néanmoins être considérée comme maintenue dans certains domaines dès lors que la compétence serait exercée sans concurrence, par des autorités différentes[218]. La souveraineté acquiert alors, au stade de cette réflexion, un nouveau sens ; le pouvoir souverain est celui qui maîtrise la compétence de la compétence dans son domaine défini par la Constitution.

255. Cependant, cette conception occulte volontairement le fait que la souveraineté, même juridique, suppose la maîtrise générale de la compétence de sa compétence, et que, dans ce cadre l'Etat joue un rôle essentiel[219]. C'est d'ailleurs en ce sens qu'admettre la divisibilité des marques de souveraineté, c'est naturellement mettre le caractère suprême en cause[220], d'autant que l'imbrication croissante des Etats au cours du XXe siècle, ainsi que la volonté de soumettre l'Etat au droit et aux règles internationales, ont contribué à appuyer le questionnement sur la pertinence du concept absolu de la souveraineté.

256. De nombreux auteurs se sont engagés dans cette perspective en tentant de clarifier, grâce à la notion de compétence, le rapport entre la souveraineté de l'Etat, sa personnalité juridique et sa soumission au droit.
La notion de souveraineté juridique permet ainsi de poser la question de la soumission de l'Etat souverain au droit et sur cette base, la doctrine constitutionnaliste considère l'Etat comme un sujet de droit qui est dépendant à l'égard de la Nation souveraine. Or comment peut-on concilier le fait que l'Etat est une personne morale soumise au droit et qu'il est en même temps souverain.

257. A. Haquet estime que la conciliation de la personnalité morale de l'Etat, sujet de droit avec la souveraineté est impossible et que le débat doit être tranché ; soit l'Etat est une personne morale soumise au droit et il n'est donc pas souverain, soit il est souverain mais il

[218] C'est la position que soutient Le Fur dans son ouvrage : *état fédéral et confédération d'états*, édition Panthéon Assas, 2000, pp. 484 et suiv. Chacun dans son cercle de compétences dispose de la puissance la plus élevée. Le souverain est donc l'organe qui maîtrise la compétence de sa compétence.

[219] Si un Etat a la capacité d'étendre sa compétence comme il le souhaite, alors il est juridiquement souverain car les autres entités n'ont aucun pouvoir pour l'empêcher d'étendre cette compétence. Dans chaque cadre territorial déterminé, cette capacité à étendre sa compétence ne peut dépendre que d'un seul organe. Toute autre possibilité aboutirait à un conflit insoluble pour détenir la souveraineté.
S'il peut exister plusieurs organes capables de définir et délimiter les compétences, elles ne peuvent le faire que sur des échelons territoriaux distincts. Toutefois, dès lors que, sur un même territoire, plusieurs organes déterminent la compétence de la compétence, l'absolutisme est aboli.

[220] En effet, on ne peut considérer d'un côté, que la souveraineté peut être confiée à différentes entités, et qu'elle revêt un caractère partagé, et de l'autre qu'elle garde son absolu. La suprématie est intrinsèquement liée à l'indivisibilité de la souveraineté.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

est exempté de respecter le droit[221]. Il en déduit qu'il n'existe aucune solution pertinente à cette question mais pourtant, la notion de souveraineté juridique peut apporter une explication plausible à cette impasse.
L'Etat personne morale serait soumis au droit parce qu'il ne disposerait que de la souveraineté juridique, et que dès lors, il ne pourrait sortir des limites des compétences qu'il s'est lui-même fixé. La Nation, quant à elle serait politiquement souveraine, détachée de toute personnalité morale, en non soumise au droit.
Selon cette analyse, la Nation serait alors le réel titulaire de la souveraineté, maitrisant totalement son exercice par l'intermédiaire de l'Etat, personne morale.

258. Cette interprétation, qu'il apparaît opportun d'adopter, remettrait avant tout en cause l'absolutisme de la souveraineté de l'Etat sans porter atteinte à l'absolutisme de la souveraineté nationale. Si le pouvoir de l'Etat s'analyse en terme de compétences, cela signifie que sur le plan interne, il détermine les contraintes internationales qu'il souhaite accepter et que sur le plan international, il participe à l'élaboration et la mise en œuvre des règles communes. En ce sens, l'Etat est souverain juridiquement, il peut librement choisir d'exercer on non certaines compétences[222]. Sa souveraineté juridique suppose un ensemble de pouvoirs et d'obligations[223] qui s'imposent de manière identique à tous les Etats[224].

259. Cette interprétation, rendue possible par la souveraineté compétence, ouvre donc manifestement une brèche dans le caractère absolu de la souveraineté et déjà probablement un pas vers la distanciation du lien entre souveraineté de l'Etat et souveraineté nationale. Toutefois, cette souveraineté compétence est aussi un socle qui permet une réflexion accrue quant au lien entre la souveraineté et le droit international émergent, fin XIXe siècle et début XXe siècle.

260. Tout au long du XXe siècle, le caractère absolu de la souveraineté, en tant qu'elle signifie l'indépendance à l'égard des autres Etats, est malmené par le développement croissant du droit international. Or réduire la souveraineté au rang de compétence permet également de mieux comprendre comment l'Etat peut se soumettre au droit international, car cette

[221] Voir A. Haquet, *le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, PUF, 2004, p 132.

[222] En acceptant la souveraineté de l'Etat comme une compétence, il devient possible d'adhérer à l'ordre juridique international, l'indépendance s'exerçant alors dans les limites des compétences attribuées aux Etats. Ainsi, *« l'Etat n'a au dessus de lui aucune autorité, si ce n'est celle du droit international* », in Avis consultatif sur le régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, 1931, CPJI, série A/B, n° 41, p. 57.

[223] Pour un recensement des droits et obligations des Etats traduisant la souveraineté juridique, voir B. Cheng, *la jurimétrie : sens et mesure de la souveraineté juridique et de la compétence nationale,* JDI 1991, pp. 583 et suiv.

[224] C'est ce qui permet d'affirmer en droit international l'égalité souveraine des Etats. *Charte des Nations Unies*, article 2, § 1.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

conception permet d'accepter que le droit international *« détermine les limites de la compétence de chacun »*[225].

261. Dans un contexte international, la notion de souveraineté développe également un nouveau sens, différent de la souveraineté dégagée par les droits internes. La souveraineté au sens international s'analyse comme *« une compétence générale de production et d'exécution du droit international »*[226], elle est *« le reflet nécessaire de sa puissance intérieure suprême »*[227].
La notion de souveraineté juridique succéderait donc à la forme politique de la souveraineté, et en se soumettant au droit, la souveraineté de l'Etat aurait changé de nature[228]. Le pouvoir de l'Etat serait donc une volonté, une capacité d'action qui s'intègre dans un cadre juridique déterminé. D'un côté, son pouvoir ne serait plus suprême car nécessairement encadré par des compromis multiples ; mais de l'autre, son pouvoir bénéficierait de garanties permettant de maintenir son caractère unique, qui ne connaît aucun équivalent[229].

262. La souveraineté juridique est un facteur de remise en cause de la conception absolue de la souveraineté mais dans le même temps, la souveraineté juridique permet d'expliquer le fait que la souveraineté reste un concept central du droit international dans la mesure où elle définit l'Etat, et donc sa participation à l'ordre international[230]. Elle justifie de manière paradoxale la permanence du concept de souveraineté de l'Etat et sa possible limitation.

263. En revanche, la souveraineté juridique a laissé de côté la question de la souveraineté de la Nation, s'attardant non plus sur le titulaire comme les théoriciens de la souveraineté politique, mais sur l'entité qui l'exerce : l'Etat. La souveraineté compétence modifie la conception du pouvoir de l'Etat, sans véritablement impliquer une modification du pouvoir de la Nation. C'est l'apparition de l'Etat fédéral qui achève le mouvement de mise en cause de

[225] Selon une définition du droit international proposée par M. Combacau, in Mélanges Burdeau, *sur une définition restrictive du droit international*, LGDJ, 1977, p. 1042.

[226] Définition de L. Favoreu, *droit constitutionnel*, précis Dalloz, 6ème édition, p. 36.

[227] Définition de la souveraineté internationale par Jellinek qui considère que la souveraineté internationale a essentiellement une portée négative et qu'elle nie la possibilité pour un Etat de dominer un autre Etat. Voir L. Le Fur citant Jellinek, in *état fédéral et confédération d'états*, édition Panthéon Assas, 2000, p. 444.

[228] Voir en ce sens l'opinion doctrinale de B. Cheng, *la jurimétrie : sens et mesure de la souveraineté juridique et de la compétence nationale,* JDI 1991, p. 583.

[229] On pense ici à la possibilité pour l'Etat de dénoncer un traité, au fait pour l'Etat de n'être engagé qu'avec son consentement, ou encore à la clause de réciprocité qui suppose que chaque droit d'un Etat correspond à une obligation pour un autre et réciproquement. Voir M. Virally, *panorama de droit international contemporain*, RCADI 1983, T 18-5, p. 77.

[230] Voir en ce sens M.-J. Aglaé qui estime que la souveraineté *« est bel et bien une donnée essentielle des relations internationales »*. Cette souveraineté exige que l'Etat respecte la souveraineté des autres Etats et elle affirme qu'il ne peut s'affranchir des règles de droit international. *La souveraineté transfigurée*, RRJ 1995-3, p. 941.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

l'absolutisme de la souveraineté de l'Etat, et pose la question de la pertinence de la souveraineté politique comme qualificatif du pouvoir de la Nation.

Section 3 : L'Etat fédéral et la contestation institutionnelle de la souveraineté absolue

264. La notion même de souveraineté juridique rend possible la fragmentation de la souveraineté et la mise en œuvre de réflexion doctrinale sur le fédéralisme. Cette théorisation d'une souveraineté fragmentée est relayée dans la pratique par l'émergence d'Etats fédéraux, ce qui implique davantage de conséquences sur la souveraineté et pose de nouveau la question de la pertinence de sa définition absolue.

§ 1. Les théories du fédéralisme issues de la souveraineté juridique

265. La première théorie du fédéralisme est apparue aux Etats-Unis aussitôt après la transformation de l'Union en 1787. Elle fut exposée par Hamilton, Jay et Madison[231] et repose sur l'idée que l'Etat fédéral résulte d'un contrat conclu par le peuple et les Etats entre eux. Ce contrat se transforme en loi parce qu'il devient Constitution et qu'il créé un nouvel Etat, non seulement fédéral mais aussi national[232]. C'est à ce stade que la théorie de la souveraineté compétence tient toute sa place, puisque la Constitution définit les domaines d'intervention du nouvel Etat par rapport aux Etats fédérés, et que la souveraineté devient donc naturellement divisible.

La souveraineté partagée est clairement présente dans cette théorie du fédéralisme puisque les états particuliers abandonnent une partie de leur souveraineté à un pouvoir central qui est limité par la Constitution, mais pour le reste, ils sont toujours souverains[233].

Cette doctrine du fédéralisme a été défendue par Tocqueville[234] et fait de la Constitution un élément central pour l'exercice de la souveraineté, sans pour autant apporter des explications sur la nature de cette Constitution et sur sa force contraignante[235].

---

[231] Théorie soutenue dans l'ouvrage : *le Federalist*, édition Economica, 1988.

[232] La première théorie fédéraliste tient compte d'une forme d'unité du peuple qui traduit la possibilité et même la nécessité de créer l'Etat fédéral. Elle fonde le pouvoir sur le peuple. Cependant, quant à l'attribution de la souveraineté, elle n'arrive pas à se décider entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés.

[233] Il y a transfert de certaines compétences à l'Etat fédéral par la Constitution, mais la souveraineté des Etats fédérés est maintenue pour toutes les autres matières. Seule une conception juridique de la souveraineté peut permettre une telle théorie.

[234] Voir A. Tocqueville, *de la démocratie en Amérique*, 14ème édition, V 3. (Voir http://classiques.ucaq.ca)

[235] Pour des références sur les autres auteurs défendant cette théorie, voir L. Le Fur, *Etat fédéral et confédération d'états,* éditions Panthéon Assas, 2000, pp. 542 et 543.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

266. Ce partage de la souveraineté ne se retrouve pourtant pas dans toutes les théories fédéralistes et un autre courant conserve l'indivisibilité comme critère de la souveraineté[236]. En partant de ce postulat, Calhoun et Seydel aboutissent à l'idée qu'il ne peut exister sur un même territoire deux Etats souverains.
Par conséquent, seules deux alternatives sont possibles, soit les Etats constituent une personne morale centrale qui devient un Etat souverain et alors ils perdent leur souveraineté, soit il n'existe pas de personne morale supérieure aux Etats, et dans ce cas, ils conservent leur souveraineté dans une confédération.

267. Ils en déduisent également des conséquences importantes sur la nature de la Constitution. Dans la confédération, elle reste un contrat, alors que dans la fédération, elle devient une loi suprême que l'Etat fédéral lui-même par sa propre volonté peut imposer. Cependant, Calhoun estimait qu'il ne pouvait exister que des confédérations et non de vrais Etats fédéraux. Il niait en effet que dans la réalité, les Etats particuliers puissent véritablement transférer leur souveraineté à l'Etat fédéral et il estimait que dans toutes les mises en pratique connues, l'Etat dit fédéral, n'était qu'une simple entité de regroupement des compétences.

268. Cette théorie expliquait une répartition des compétences sans partage possible de souveraineté, et elle envisageait finalement l'idée d'une cogestion des souverainetés des Etats particuliers grâce à une autorité centrale placée en dessous d'eux. Cependant, elle ne permettait pas d'expliquer pourquoi l'Etat fédéral, structure surajoutée et non souveraine, se constituait.

269. C'est dans ce contexte que Jellinek essaiera à son tour de rendre compte de la formation de l'Etat fédéral en reprenant l'idée qu'il est un Etat national et qu'il résulte de la prise de conscience par le peuple de son unité juridique et politique. Sa conception repose sur l'idée que l'Etat moderne ne peut être constitué qu'à l'issue d'une rupture avec l'ordre institutionnel existant et que dans ce contexte, l'émergence de l'Etat fédéral n'est qu'une traduction pacifique de ce changement[237].

270. De ces principales théories du fédéralisme, il faut essayer de faire une synthèse pour établir le lien avec la notion de souveraineté compétence, et les incidences sur une remise en cause de la souveraineté absolue.

271. Tout d'abord, les thèses fédéralistes permettent de combiner l'existence d'un Etat central avec celle d'Etats particuliers selon différents degrés d'intégration possibles. Le processus de

[236] Il sera fait ici référence aux théories de J. Calhoun (*discours sur la Constitution et le gouvernement des Etats-Unis*, 1844) et M. Seydel (Der Bundesstaatsbegriff)

[237] Voir L. Le Fur*, Etat fédéral et confédération d'états*, éditions Panthéon Assas, 2000, pp. 559 et 560.

regroupement des Etats est, dans un premier temps, fondé sur un contrat qui prévoit l'instauration d'un Etat fédéral et la mise en place d'une Constitution ; à ce stade, les liens entre les Etats particuliers sont contractuels. Ce n'est que dans un second temps que les liens entre les Etats fédérés acquièrent un caractère de droit public, et deviennent donc absolument intangibles dès la promulgation de la Constitution[238].

272. Ce regroupement d'Etat peut prendre la forme d'une confédération[239], d'une fédération[240] ou d'un Etat fédéral[241], suivant le degré d'intégration souhaité par la Constitution. Toutes ses formes d'organisation du pouvoir semblent cependant nécessairement impliquer une divisibilité matérielle du pouvoir, et donc une impossible conciliation avec la conception absolue de la souveraineté[242].

273. Cette divisibilité dans l'exercice de la souveraineté d'un Etat fédéral suppose que celle-ci soit envisagée non en terme de puissance publique et de souveraineté politique, mais en terme de compétence et donc de souveraineté juridique. Dans un Etat fédéral, l'organisation du pouvoir souverain implique naturellement une répartition des compétences entre les organes mais également une répartition des compétences entre l'organe central et les états particuliers, et ce rôle est assigné à la Constitution[243].
Si la substance de la souveraineté est clairement détenue par l'organe central en raison de la faculté pour l'Etat fédéral de déterminer librement les limites de sa compétence et de son droit[244], les Etats particuliers ne sont pas dépourvus de toute compétence.

[238] Voir L. Le Fur, *Etat fédéral et confédération d'états*, éditions Panthéon Assas, 2000, pp. 581 et suiv.

[239] Forme la moins intégrée des structures fédéralistes, elle suppose une mise en commun des compétences sans transfert de la souveraineté à l'organe central.

[240] Forme de fédéralisme qui fait coexister l'organe central et les états fédérés : il existe dans la fédération une forme de cogestion de la souveraineté. Diverses possibilités sont envisagées quant à l'exercice de la souveraineté. C. Schmitt considérait que la souveraineté s'exerçait en alternance par l'organe central et les états particuliers suivant les domaines de compétences traités. Voir *théorie de la Constitution*, PUF, 1993, p. 525.

[241] Forme la plus aboutie du fédéralisme qui suppose que l'organe central soit véritablement considéré comme un Etat souverain et que l'organisation institutionnelle lui soit largement favorable par rapport aux états particuliers non souverains.

[242] C'est en ce sens que B. Cubertafond évoque l'idée d'une souveraineté démembrée dans les Etats fédéraux. In *souveraineté en crise*, RDP 1989, pp. 1298 et 1299.

[243] C'est en ce sens qu'O. Beaud estime que : *« la Constitution n'assume pas seulement une fonction protectrice mais elle est aussi une agence de distribution des compétences entre pouvoirs publics, elle inclut la distribution des compétences entre organes centraux et Etats membres ». « Elle fixe la ligne de démarcation entre ce qui relève de la Fédération et ce qui relève des Etats membres ».* In *fédéralisme et souveraineté : notes pour une théorie de la fédération,* RDP 1998, p. 86.

[244] Ce qui aboutit à dire que l'Etat fédéral dispose de la compétence de sa compétence, et qu'il est donc juridiquement souverain. Voir en ce sens, Brie : *« la compétence de la compétence est un élément nécessaire et essentiel de l'Etat fédéral »*, *theorie der staatenverbindungen*, édition Friedrich, 1886, p. 104.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

L'Etat fédéral a une personne morale propre qui, en tant que souveraine, peut étendre sa compétence autant qu'elle le souhaite dans les limites de la Constitution et souvent, avec l'accord des Etats fédérés[245].

274. Au-delà de cet aspect, la divisibilité ressort également dans les thèses fédéralistes, dès lors qu'elles effectuent une distinction majeure entre la substance de la souveraineté et l'exercice de la souveraineté. Cette distinction entre substance de la souveraineté et exercice de la souveraineté n'a pas cours dans un Etat unitaire qui assure de manière indissociable les deux fonctions, mais le fait qu'elle puisse exister dans un Etat fédéral permet une mise en cause théorique de l'indivisibilité de la souveraineté[246].

275. Selon L. Le fur, la dichotomie entre exercice et substance de la souveraineté serait une distinction analogue à celle qui existe dans un Etat unitaire entre le pouvoir et les organes du pouvoir[247]. Ainsi, soit on admet cette comparaison, et on considère que l'Etat fédéral a toujours un pouvoir suprême puisque les Etats particuliers agissent en tant qu'organe. Soit au contraire, on considère que les Etats fédérés sont distincts de l'Etat et ont donc un pouvoir concurrent par rapport à celui-ci. Dans ce cas, l'Etat fédéral ne peut prétendre qu'à la qualité de souverain juridique dans la mesure où il est considéré comme le seul souverain mais qu'il n'exerce jamais seul cette souveraineté[248]. Cette analyse permet de détailler de manière pertinente s'il existe ou non une remise en cause du caractère suprême de la souveraineté dans l'Etat fédéral.

276. En réalité le caractère suprême de la souveraineté est bien mis en cause dans l'Etat fédéral parce que les Etats particuliers ne peuvent être considérés comme des organes[249]. L'atteinte au caractère suprême de la souveraineté est aussi révélé par le fait que, dans une construction fédérale, des conflits de compétences peuvent survenir entre l'Etat central et les

[245] Pourtant les Etats fédérés ne sont jamais souverains parce qu'ils ne peuvent étendre leur compétence de leur propre volonté, et ils ne peuvent pas davantage à eux seul empêcher la fédération d'étendre la sienne. C'est en ce sens que Borel dira que *« l'agrandissement de la compétence fédérale est matériellement et formellement indépendant de la volonté des Etats »,* in *la souveraineté et l'Etat fédératif*, imprimerie Staemfli, 1886, p. 63.

[246] Ainsi cette conception du fédéralisme conduit à envisager les états fédérés comme des organes de l'Etat, qui a ce titre participent à la souveraineté. Or on l'a vu, en droit français, les organes de l'Etat n'ont jamais été considérés comme souverain, du fait de l'importance de la Nation. La distinction entre substance de la souveraineté et exercice n'est donc pas transposable au modèle unitaire français.

[247] Voir L. Le Fur, *Etat fédéral et confédération d'états*, éditions Panthéon Assas, 2000, p. 596.

[248] Les Etats particuliers non souverains continuent à avoir une place dans l'exercice de la souveraineté et les Constitutions effectuent toujours une répartition des compétences en ce sens.

[249] Si les Etats particuliers étaient des organes, ils n'auraient nul besoin d'une chambre spécifique avec des représentants spécifiques choisis par eux. Or, dans le système fédéral, la deuxième chambre est l'organe qui agit au nom des Etats membres, et par conséquent, ceux-ci ne peuvent pas être déjà considérés comme des organes.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Etats fédérés, notamment parce que la Constitution est parfois silencieuse et qu'elle ne peut pas tout prévoir[250].
L'existence de conflits de compétences démontre que par définition, le fédéralisme est porteur d'une remise en cause de la souveraineté absolue, et ce, parce qu'il suppose une concurrence des pouvoirs, et qu'il nécessite que le règlement des conflits soit dévolu à une juridiction[251].

277. La notion de souveraineté juridique sert donc à qualifier le pouvoir de l'Etat fédéral de manière très adaptée, puisqu'elle permet d'une part de justifier sa supériorité par rapport aux Etats fédérés et d'autre part, d'expliquer le rôle majeur des Etats particuliers au sein de la fédération. L'existence des Etats fédéraux dans la pratique institutionnelle mondiale apporte un nouvel angle d'analyse qui va mettre en cause l'idée que l'Etat unitaire est la seule organisation possible du pouvoir politique.

278. Cette concurrence théorique et pratique va également avoir des incidences sur le modèle absolutiste de la souveraineté, confirmant la capacité de la souveraineté juridique à définir le pouvoir de l'Etat, au-delà de la souveraineté politique.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 2. L'apparition dans les faits d'Etats fédéraux

279. Les théories du fédéralisme ont pour objectif de répondre juridiquement à une volonté de regroupement d'entités antérieurement souveraines, et à une impossibilité pratique d'organiser un pouvoir politique unitaire. Elles sont concomitantes à l'apparition de la fédération américaine[252] et sont d'ailleurs largement liées à cette nécessité de mettre en place un nouveau système politique[253].

280. Du fait même de leur existence, les Etats fédéraux contredisent la vision théorique de Bodin en tant qu'il considérait la souveraineté comme indivisible et inaliénable. Tout d'abord, le mouvement d'origine de la constitution fédérale suppose que des Etats antérieurement

[250] Tocqueville indiquait déjà que le conflit de compétences semble inévitable dans toute fédération : *« parmi les vices inhérents à tout système fédéral, le plus visible de tous est la complication des moyens. Le législateur (autrement dit la Constitution) parvient à rendre les mouvements de ces deux souverainetés aussi simples et égaux que possible […] mais il ne saurait le faire qu'il y en ait qu'une, ni empêcher qu'elles ne se touchent à quelque endroit ».* In *De la démocratie en Amérique*, coll. GF, T1, p. 242. (voir http://classiques.ucaq.ca)

[251] Dans ces travaux, Kelsen mettra particulièrement en avant la nécessité d'une juridiction constitutionnelle neutre pour trancher les conflits de compétences. Voir H. Kelsen, *la garantie juridictionnelle de la Constitution*, RDP 1928, p. 253.

[252] Même si on peut retrouver des traces de modèles fédératifs dans l'antiquité, notamment en Grèce et en Italie ancienne et que le modèle de fédération existe également aux Pays Bas, historiquement depuis 1579.

[253] Historiquement aux Etats-Unis, le fédéralisme est apparu comme le seul moyen politique de faire face aux difficultés qui s'ajoutaient très sérieusement à l'issue de la victoire contre les Anglais et de l'indépendance.

souverains acceptent de transmettre leur souveraineté à une autre entité qui se substitue à eux[254]. Ensuite, ce modèle fédéral suppose dans la pratique une répartition des compétences et un exercice concerté des prérogatives de souveraineté, ce qui est incompatible avec l'indivisibilité.

281. Si nous prenons l'exemple de la fédération américaine, on constate que dès la confédération de 1778, les compétences entre organe central et Etats particuliers faisaient l'objet d'une répartition, dans un premier temps plus favorable aux Etats fédérés qu'à l'organe central[255]. L'adoption du modèle fédéral devient définitive avec la Constitution de 1787, et malgré des débuts difficiles, l'Etat fédéral n'a cessé de s'affirmer aux Etats-Unis[256]. C'est ainsi que la révision de la Constitution, pour être entérinée, impose non pas une unanimité mais une majorité des deux tiers des Etats fédérés.

282. Le modèle fédéral allemand donne aussi à envisager un mode d'exercice de souveraineté bien différent du concept absolu dégagé par Bodin. L'acte de la confédération de 1815, prévoit également, comme aux Etats-Unis, une répartition des compétences entre le pouvoir central et les Etats confédérés[257].
En 1871, l'Empire allemand est constitué sur la base d'une Constitution fédérale, qui donne à l'organe central de larges pouvoirs en matière internationale et militaire[258]. L'affirmation de l'Etat fédéral en Allemagne est beaucoup plus diffuse, en raison des nombreux remaniements territoriaux et également pour des raisons historiques, mais elle marque également l'importance de la souveraineté juridique par rapport à la souveraineté politique.

283. Aujourd'hui, et dans tous les Etats fédéraux, l'organisation constitutionnelle favorise la souveraineté juridique, comprise comme la compétence pour un Etat de déterminer sa compétence. Le modèle fédéral connaît un développement important qui en fait une structure concurrente de l'Etat unitaire[259], mais on continue à se demander si cette distinction entre les deux formes d'Etats joue réellement sur la souveraineté.

[254] Il existe donc un processus d'aliénation préalable de la souveraineté, qui est transférée dès lors qu'il existe un Etat fédéral.

[255] Les Etats particuliers disposaient encore dans certains domaines de droits très étendus et la règle de l'unanimité s'appliquait pour des décisions telles que le droit de guerre ou la modification de la Constitution. Pour un aperçu du fonctionnement de la confédération, voir L. Le Fur, *Etat fédéral et confédération d'états*, éditions Panthéon Assas, 2000, pp. 188 et suiv.

[256] Dans la Constitution de 1787, la compétence des Etats particuliers devait être le principe alors que celle du pouvoir fédéral ne devait être que l'exception, mais l'évolution en matière internationale prouve que le principe s'est inversé. Voir L. Le Fur, *Etat fédéral et confédération d'états*, éditions Panthéon Assas, 2000, pp. 100 et suiv.

[257] Les premiers transferts de compétences étaient largement limités, et n'avaient pour objectif que d'assurer le maintien de la sécurité intérieure et extérieure de l'Allemagne, ainsi que son indépendance.

[258] Voir L. Le Fur, *Etat fédéral et confédération d'états*, éditions Panthéon Assas, 2000, pp. 127 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

284. Il est clair tout d'abord que, si le modèle fédéral constitue une remise en cause de la souveraineté absolue, il n'en reste pas moins que son évolution, qui tend de plus en plus à faire primer l'organe central sur les états fédérés, le rapproche de l'Etat unitaire. C'est ainsi qu'on assiste à deux phénomènes qui contribuent à rapprocher les deux modèles. D'un côté les mouvements d'autonomie, de décentralisation et de déconcentration au sein des Etats unitaires rapprochent ceux-ci d'une structure fédérale et de l'autre, le développement des administrations fédérales et l'élargissement des compétences de l'Etat fédéral contribuent à en faire une structure plus proche de l'Etat unitaire.

285. De plus, il apparaît également que si la souveraineté politique ne peut qualifier le pouvoir de l'Etat fédéral, autant qu'elle est capable de définir l'Etat unitaire, il n'en reste pas moins que l'on ne peut pas affirmer, pour autant, qu'il n'existe aucune souveraineté politique dans l'Etat fédéral.
La question de la souveraineté politique de l'Etat fédéral trouve un regain d'intérêt lorsqu'on prend en compte l'évolution des Etats fédéraux et lorsqu'on réintègre la Nation dans les théories fédéralistes[260]. Une telle analyse intégrant la Nation dans l'Etat fédéral permet de tenter de déterminer s'il existe une souveraineté nationale dans cet Etat et si malgré l'importance du concept de souveraineté juridique, l'absolutisme persiste.

§ 3. Fédéralisme et absolutisme : une impossible conciliation ?

286. L'importance de la souveraineté juridique dans l'Etat fédéral masque en partie la dimension politique de la souveraineté qui se manifeste à la fois dans l'existence de compromis multiples et dans une forte identité nationale au sein des Etats fédéraux[261]. Le lien Etat/Nation est paradoxalement aussi puissant dans les Etats fédéraux que dans les Etats unitaires et il est même tout aussi nécessaire. Ainsi, la fédération n'est viable que si les citoyens manifestent une volonté de vivre ensemble dans la fédération, fondée sur des valeurs communes, malgré leur différence[262].

[259] C'est en ce sens qu'on recense d'autres structures fédérales comme aux Pays-Bas, en Suisse, au Canada, ou dans de nombreux pays d'Amérique latine. Les structures fédérales du Brésil et du Mexique étant à l'origine des Etats unitaires qui ont choisi de se transformer en Etat fédéral.

[260] En effet, les théories fédéralistes ont largement ignoré la place de la Nation, s'attardant davantage sur l'Etat fédéral, et sur l'origine, et les modalités de sa mise en place.

[261] C'est en ce sens que le mode d'exercice de la souveraineté est toujours lié à la Nation, peu importe qu'on soit dans un Etat fédéral ou unitaire.

[262] On partage ici l'avis de F. Delpérée, *la complexité fédérale*, Mélange Pactet : *l'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs,* Dalloz, 2003, p. 119.

La Nation tient une place dans le système fédéral, elle dispose d'un organe au sein de l'Etat capable de la représenter. Ce parlement vote les lois et exerce la souveraineté au nom de la Nation. Si la souveraineté de l'Etat fédéral est plus clairement résumée par le concept de souveraineté juridique, il reste à savoir cependant s'il existe une souveraineté nationale dans l'Etat fédéral qui garderait un caractère absolu.

287. Aux Etats-Unis, la Nation américaine est très tôt considérée comme une et indivisible, et comme le corollaire nécessaire du gouvernement national[263]. Pour résoudre l'équation délicate entre souveraineté et fédération, et comme antidote à la difficile attribution de la souveraineté entre Etat fédéral et Etats particuliers, des auteurs américains ont évoqué l'idée d'une souveraineté nationale ou populaire comme tierce notion[264]. Comme le mentionnait Carré de Malberg, ces auteurs *« rétablissent l'unité étatique du peuple américain »* et reconnaissent que *« les deux sortes d'états exercent non pas deux souverainetés distinctes, ni davantage des parties différentes de souveraineté, mais une souveraineté unique qui est celle du peuple »*[265].

288. Dans la doctrine du fédéralisme, il existe un courant qui envisage le fédéralisme national, par opposition au fédéralisme contractuel[266]. Elle transpose l'idée que le peuple souverain dispose du pouvoir constituant originaire, et que la seule distinction par rapport à une structure étatique unitaire, est que le peuple a choisi de répartir des compétences entre l'organe central et les états particuliers.
J. Wilson soutiendra ainsi la thèse que la Nation américaine existait dès l'indépendance. Pour lui, la Nation est à l'origine de la Constitution et elle a tous les caractères d'un souverain absolu, étant au dessus de la Constitution. Cette Nation est le pouvoir constituant servant de soutien à l'instauration de la fédération[267] ; elle doit être un arbitre des conflits entre Etats.

289. Certains auteurs comme O. Beaud ont considéré que la souveraineté du peuple ne pouvait avoir sa place dans une fédération[268]. Cela n'est pas certain. En effet, si la théorie de

[263] Dès la fin de la guerre de sécession, la Nation prend une place importante dans la fédération.

[264] C'est le cas notamment de A. Tocqueville dans les développements qu'il consacre au gouvernement de l'Union. Voir *De la démocratie en Amérique*, T1, p. 220. (voir http://classiques.ucaq.ca)

[265] R. Carré de Malberg, *contribution à la théorie générale de l'Etat*, édition CNRS, T1, p. 145. Notons également que G. Burdeau, dans son *traité de science politique*, indiquera la même analyse. LGDJ 1950, T2, p. 145.

[266] Voir sur la question de l'opposition entre les deux thèses l'analyse d'O. Beaud, in *fédéralisme et souveraineté : notes pour une théorie de la fédération*, RDP 1998, p. 96.

[267] *« Dans ce système, le pouvoir du gouvernement central tout comme celui des gouvernements des états, sont reconnus comme autant d'émanations du pouvoir résultant du peuple* ». J. Wilson, cité par S. Beer dans son ouvrage, *pour faire une Nation*, Harvard university press, 1993, p. 233.

[268] Voir son analyse in *fédéralisme et souveraineté : notes pour une théorie de la fédération*, RDP 1998, p.121.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Wilson a effectivement comme défaut de considérer le peuple comme arbitre, elle reste pourtant le seul moyen de réintégrer la souveraineté politique dans l'Etat fédéral[269].
Cette théorie a également une vertu explicative pour donner une place à la souveraineté de nature politique. Ainsi, si cette souveraineté politique semble par nature inadaptée à l'existence d'Etats fédéraux[270], emprunts de souveraineté juridique, on ne peut pas nier qu'il existe dans les Etats fédéraux une souveraineté davantage fondée sur la puissance, l'indépendance et l'unité du pouvoir suprême. Cette souveraineté n'existe que par l'intermédiaire d'une souveraineté nationale qui sous-tend les pouvoirs dévolus aux Etats, et qui conserve un aspect unitaire au-delà de la divisibilité des compétences.

290. À l'issue de l'évolution doctrinale que nous venons de retracer, on constate que le concept de souveraineté a connu de nombreux remaniements et des mises en cause successives qui ont largement contribué à rendre la notion nébuleuse[271]. Ce qu'il ressort des éléments doctrinaux, c'est une nouvelle dichotomie de la souveraineté qui essaie de répartir différemment les rôles entre le souverain, l'Etat et ses organes.

291. On constate que les critères avancés par Bodin pour qualifier la souveraineté absolue sont mis en cause dans la théorie juridique et politique. L'indivisibilité reste possible mais n'est plus le seul et unique mode d'organisation de la souveraineté ; quant au caractère suprême de ce pouvoir, il est largement mis en cause par le droit, et par une forme de souveraineté partagée, qui a défaut de s'appliquer s'analyse dans la théorie.
Ce potentiel de remise en cause de l'absolutisme permet d'aboutir à la conclusion que l'absolutisme de la souveraineté ne peut se maintenir que si le lien Nation/Etat est suffisamment fort, et qu'il empêche de distinguer clairement le souverain, les organes et la personne morale de l'Etat[272].

292. La souveraineté politique en France est confiée à la Nation[273], et elle reste pour la doctrine, une notion abstraite, indivisible, et suprême dans le sens où elle est le pouvoir originaire de créer le droit et d'agir pour l'intérêt commun[274]. La souveraineté de l'Etat quant à elle devient une souveraineté juridique, traduite en termes de puissance ou de compétences,

[269] On ne peut ignorer que la souveraineté politique, conçue comme le pouvoir suprême d'agir en toute indépendance, est autant présente dans l'Etat fédéral que dans l'Etat unitaire.

[270] On retient ici la même opinion que O. Beaud, *fédéralisme et souveraineté : notes pour une théorie de la fédération*, RDP 1998, p. 84.

[271] Voir O. Beaud citant C. Eisenmann et qualifiant la souveraineté de *« notion issue de la doctrine »*. In *fédéralisme et souveraineté : notes pour une théorie de la fédération*, RDP 1998, p. 83.

[272] Ce lien empêche en réalité toute division du pouvoir tant sur le plan du titulaire que du contenu.

[273] Notamment par nos Constitutions qui ne cessent de réaffirmer la place première de la Nation comme entité souveraine.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

elle revêt un caractère plus ou moins divisible et suprême suivant le rôle qui est confié à l'Etat[275]. Il apparaît donc une distinction entre la souveraineté politique et juridique, qui ne recoupe pas tout à fait la distinction opérée par G. Sperduti, qui estimait que la notion primitive de souveraineté est remplacée par deux formes de souveraineté, celle du peuple d'une part qui apparaît comme originaire, et celle dévolue à l'Etat d'autre part[276].

293. Cependant en France, les débats doctrinaux ne semblent pas avoir porté atteinte au lien Etat/Nation, tel qu'il résulte de la Révolution de 1789 et probablement aussi de la tradition monarchique de l'Etat unitaire. Ce lien apporte une confusion de fait entre la souveraineté politique et la souveraineté juridique[277], ce qui amenuise largement les conséquences et les influences que les théories des juristes peuvent avoir sur la réalité institutionnelle[278]. La souveraineté garde en France une part d'absolu parce que le lien entre la souveraineté de l'Etat et la souveraineté nationale fait ressortir davantage le pouvoir suprême de la Nation et masque les limitations auxquelles l'Etat doit faire face dans sa souveraineté juridique.

294. Cette traduction de l'Etat-Nation connaît une importance majeure en droit français, et elle permet de transcender les clivages et les atteintes théoriques au concept de souveraineté. C'est donc la force de l'Etat-Nation en France qui fait de la souveraineté une notion aussi proche des critères dégagés par Bodin. Cependant, il n'est pas certain que cette conception ne connaisse pas dans notre monde contemporain une remise en cause du fait de la rupture, de plus en plus nette, entre l'Etat et la Nation. Cette distanciation du lien Nation/Etat aboutirait alors à adopter une distinction entre la souveraineté de la Nation et celle de l'Etat. Le contenu et la définition de la souveraineté pourraient alors connaître un remaniement tant qualitatif que quantitatif, comme nous allons le voir.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

[274] Voir en ce sens les développements consacrés à cette question par M.-J. Aglaé, *la souveraineté transfigurée,* RRJ 1995-3, p. 934. Elle indique que la Constitution de 1791 limite les pouvoirs de l'Etat et du monarque, mais pas ceux du souverain.

[275] Il est clair que sur ce point, la souveraineté est conçue de manière différente dans les Etats unitaires et les Etats fédéraux. La notion de souveraineté juridique prend d'ailleurs une part beaucoup plus déterminante dans ces derniers.

[276] Voir G. Sperduti, *le principe de souveraineté et le problème des rapports entre droit international et droit interne,* RCADI 1976, p. 378.

[277] Pour O. Beaud, l'Etat est l'instrument de réalisation de la volonté du souverain, *« il est le lieu d'implantation de l'action mais il n'est jamais le moteur de l'action ».* Cité par M.-J. Aglaé, *la souveraineté transfigurée*, RRJ 1995-3, p. 937.

[278] C'est en ce sens que les compétences étatiques trouvent leur légitimité dans la nature des liens que l'Etat entretient avec le souverain.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

CHAPITRE 3 :

L'échec de la souveraineté absolue à la française : une fracture entre la souveraineté de l'Etat et la souveraineté nationale

295. Tant que le postulat du lien indéfectible Etat/Nation persiste, la conception absolue de la souveraineté repose sur des bases suffisamment solides pour prétendre à conserver ses caractéristiques majeures. Toutefois, les potentialités de mise en cause de la conception absolue de la souveraineté sont apparues de plus en plus fortes au gré de l'évolution de l'Etat.

296. Ce n'est que dans un contexte de fragilisation du lien Etat/Nation que la conception absolue ne peut perdurer. Or l'Etat-Nation est largement malmené par le droit et les faits, ce qui implique des répercussions sur la souveraineté (Section 1).
Symboliquement d'ailleurs, le déclin de la représentation et la distanciation du lien souveraineté de l'Etat et souveraineté nationale trouvent de nombreuses manifestations dans les sociétés contemporaines actuelles (Section 2).
La répartition des pouvoirs institutionnels est largement bouleversée entre déconstruction et renouveau du lien Etat/Nation (Section 3).

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Section 1 : L'atteinte au lien Etat/Nation : une fragilisation de la souveraineté absolue

297. L'Etat-Nation reste un modèle politique et juridique dominant qui connaît pourtant des remises en cause dont on ne maîtrise pas totalement la portée. Cette rupture entre les deux notions ne va pourtant pas d'emblée de soi tant les deux notions restent imbriquées. Toutefois, la distanciation parait avoir une réalité concrète qui n'est pas sans incidence sur la conception absolue de la souveraineté.

§ 1. Le couple Etat/Nation : le divorce est-il juridiquement et politiquement possible ?

298. La Nation et l'Etat sont conçus dans l'organisation politique contemporaine comme absolument indissociables. La Nation est le soubassement nécessaire de l'Etat qui donne corps à la volonté collective de la Nation[279] et c'est dans ce lien que se situe la légitimité du pouvoir, ainsi que son autorité[280].

299. Dans le modèle de l'Etat-Nation, la Nation détient la souveraineté mais paradoxalement, elle ne peut l'exercer sans l'Etat qui lui permet d'exister en tant qu'entité autonome[281]. C'est ainsi que, comme nous l'avons déjà évoqué, l'Etat symbolise la permanence de la Nation, son unité et son aboutissement. A l'opposé, l'Etat ne saurait avoir une véritable légitimité sans la Nation ; tout pouvoir ou puissance étatique hors de la Nation serait au mieux non démocratique, au pire absolument totalitaire.

300. Dans la théorie juridique, jamais la Nation et l'Etat n'ont véritablement été séparés. La doctrine allemande intégrait la Nation dans l'Etat, qui était absorbée par lui alors que la doctrine française assimilait au contraire l'Etat à la Nation. Leurs interprétations étaient opposées, mais elles aboutissaient au même résultat, l'avènement de l'Etat-Nation. Même les auteurs qui contestaient la portée juridique de la notion d'Etat et de Nation considéraient que ces concepts gardaient une signification en tant que fait social[282] et que ces deux éléments allaient nécessairement de paire dans la théorie juridique.

---

[279] Citation de J. Chevallier, *l'Etat-Nation*, RDP 1980, p. 1272. L'Etat suppose la Nation qui appelle l'Etat. L'unité sociale se réalise dans la Nation ayant pour force agissante l'Etat.

[280] C'est en ce sens que nous partageons l'opinion de J. Chevallier qui indique que *« la Nation permet de convertir symboliquement l'unité sociale en puissance étatique »*. RDP 1980, p. 1274.

[281] C'est en ce sens qu'Hauriou estimait que sans l'Etat, la Nation est larvaire. In *précis de droit constitutionnel*, Sirey 1929, p. 83.

[282] C'était le cas par exemple de L. Duguit.

301. La Nation émerge et prend conscience d'elle-même grâce à l'Etat, qui sert historiquement d'élément catalyseur, capable de forger la Nation. L'Etat est producteur d'unité nationale, il détient la puissance étatique avant l'apparition de la Nation, et ce n'est qu'avec la démocratisation des régimes politiques que l'Etat-Nation devient possible. La Nation une fois « révélée » sert alors de légitimation du pouvoir de l'Etat[283].

302. Une fois posé ce lien et cette indéfectibilité toujours réitérée, on doit se demander s'il est possible de séparer les deux notions d'Etat et de Nation[284], et si dès lors la souveraineté peut s'analyser de manière différente pour les deux entités.

303. D'une part, la rupture du lien Etat/Nation pourrait d'abord résulter d'un affaiblissement si conséquent de la Nation ou de l'Etat que l'un des deux concepts serait amené à disparaître. Dans cette hypothèse, à l'évidence et faute d'alter ego, le lien deviendrait inévitablement impossible.
D'autre part, la rupture pourrait aussi résulter d'une fracture entre deux concepts qui ne s'appuient plus nécessairement l'un sur l'autre pour assurer leur existence. Peut-on dire que ces hypothèses restent réalisables et quelles peuvent-en être les conséquences ?

304. Tout d'abord, on constate qu'il n'y a disparition ni de l'Etat, ni de la Nation même si cette hypothèse est théoriquement envisageable et que dans les faits, la question peut légitimement se poser.

305. La thèse de la disparition du concept de Nation a été défendue par de nombreux auteurs et notamment des internationalistes pour qui l'idéologie nationale doit être dépassée. Mais il semble bien au contraire que cette idéologie nationale n'ait pas disparue, même si, nous le verrons par la suite, la Nation subit une remise en cause de son unité.
Il faut simplement indiquer ici que la Nation est confrontée à l'internationalisation croissante[285] et à des résistances à l'intérieur même du territoire. Malgré ces contestations, elle

[283] L'interprétation marxiste du nationalisme, comme élément utile au développement du capitalisme, illustre cette portée de légitimation du pouvoir de l'Etat, bien que la doctrine marxiste conteste cette idéologie qui vise à mettre en avant la Nation. Voir en ce sens, J. Chevallier, *l'Etat Nation,* RDP 1980, pp. 1285 et suiv.

[284] Cette question a d'ailleurs été traitée de manière éminente par G. Burdeau, *traité de science politique*, tome II, l'Etat, LGDJ 1950, pp. 104 et suiv.

[285] Les réactions protectionnistes et les contestations populaires face à la mondialisation économique se font de plus en plus sentir. Les luttes armées pour l'indépendance des Nations sont loin de se tarir, et culturellement, les références aux identités nationales restent des valeurs sûres.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

n'en reste pas moins dominante tant elle nourrit son existence des éléments contestataires[286]. Notre ordre mondial continue à s'organiser naturellement autour du concept de Nation.

Les éléments démontrant quotidiennement le maintien de l'idéologie nationale sont multiples, qu'ils soient purement symboliques[287], ou réellement déterminants[288]. Par ailleurs, et au XXe siècle, toutes les tentatives de soumission des Nations dans un cadre étatique non souhaité, ont abouti à un échec ; preuve qu'une Nation conserve un aspect sociologique déterminant qui ne peut disparaître même par la force[289].

306. La thèse de l'affaiblissement de l'Etat est quant à elle plus pertinente, notamment, parce que comme nous le verrons, son unité, sa légitimité et sa puissance sont mis en cause dans nos sociétés contemporaines. Mais cette modification du rôle de l'Etat n'implique pas forcément sa disparition qui d'ailleurs n'est pas à l'ordre du jour dans l'état actuel des choses, et ce pour une très longue période probablement, faute de concurrents[290].

307. Dans ce contexte, et puisque l'Etat et la Nation ne sont pas appelés à disparaître dans un futur proche, on ne peut qu'affirmer qu'ils restent des concepts déterminants dans l'ordre politique contemporain même si leur fonction est distincte[291]. Ce constat conduit à se demander si une dissociation pourrait être envisageable.

[286] On le verra, les communautarismes et les régionalismes sont de nature à mettre en cause l'indivisibilité de la Nation sans pour autant porter véritablement atteinte à son existence. Ainsi, et en dernier ressort, les différences peuvent exister, l'essentiel étant que chacun se retrouve dans des valeurs communes… Voir J.-A. Mazères, *les régions : espace du pouvoir ou espace de pouvoir,* PUF 1978, p. 239.

[287] On peut évoquer ici l'Organisation des Nations Unies, qui naturellement prend sa légitimité dans les Nations. Mais on peut également démontrer le maintien de l'idéologie nationale dans l'usage courant des drapeaux ou des hymnes nationaux. A titre d'exemple, il est des domaines, hors du contexte juridique, qui permettent de constater que, l'importance de la Nation est ancrée dans l'histoire et dans l'esprit des populations et qu'elle tient toujours sa place dans l'ordre mondial. Le domaine olympique offre un exemple typique de la pertinence du concept de Nation, car dans une telle compétition internationale, on ne cesse d'afficher cette référence aux Nations.

[288] De nombreux conflits armés restent basés sur une volonté d'indépendance nationale ou de droit à l'autodétermination. Le terrorisme et la lutte contre celui-ci contribuent probablement également aux renforcements des identités nationales, tant la logique de repli sur soi peut être amplifiée par ce phénomène. Enfin, le concept de Nation continue malgré la mondialisation à avoir un sens dans l'économie, notamment parce qu'il n'existe aucune société ou entreprise qui n'a pas de nationalité.

[289] On pense ici au régime totalitaire de l'Union soviétique qui a fini par s'écrouler, en partie à cause du réveil de certaines Nations. Mais on peut évoquer aussi le processus identique en Yougoslavie. Voir en ce sens A. Bihr, *le crépuscule des Etats Nations*, édition Page deux, 2000, pp. 103 et suiv.

[290] Nous pouvons renvoyer ici à nos développements en fin de thèse, n° 1486 et suiv.

[291] La Nation assure la cohésion sociale alors que l'Etat a pour but de rendre admissible l'autorité des gouvernants. Il est le bras séculier de la Nation. La distinction des fonctions traduirait aussi une différence entre l'auctoritas (confié à la Nation) et la potestas (confié à l'Etat). Voir en ce sens P. Turp, *la souveraineté au XXIe siècle*, cahiers du CDRE, 1987, p. 78.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

308. La Nation apparaît toujours de manière plus évidente avec l'existence de l'Etat, mais cependant, l'affirmation d'une Nation ne passe pas forcément par l'Etat. Il existe d'autres facteurs d'unification possibles, qui peuvent contribuer à faire émerger un sentiment national, en dehors de l'Etat. C'est ainsi que la Nation s'affirme principalement lorsqu'elle est confrontée à des conflits, notamment vis-à-vis de l'extérieur[292], mais aussi lorsqu'elle est confrontée à une forte réaction minoritaire[293], ou une communauté culturelle forte.
L'idéologie nationale peut donc persister au-delà de l'Etat même si elle tend presque inévitablement à s'organiser autour de celui-ci. Il semble pourtant que les Nations puissent se tourner vers d'autres modèles que l'Etat pour donner corps à l'exercice du pouvoir. Elles pourraient s'appuyer sur d'autres personnes morales de droit public, ou d'autres entités juridiques qui, en l'état actuel des choses, ne sont pas suffisamment élaborées pour concurrencer réellement l'Etat.

309. Pour être légitime, le pouvoir de l'Etat doit nécessairement s'appuyer sur la Nation, sauf à admettre la légitimité des Etats non démocratiques. Ainsi, l'Etat ne saurait reposer uniquement sur la société, qui est distincte de la Nation, en raison de son manque d'unité. Pour trouver un fondement à son pouvoir, l'Etat doit préserver le lien qu'il entretient avec la Nation[294].

310. Si on peut distinguer les deux notions, il est cependant délicat de délimiter les frontières de cette distinction, et s'il y a divorce entre la Nation et l'Etat, il est difficile à prononcer de manière irrévocable. C'est surtout à la lumière du concept de souveraineté que la distanciation devient complexe à déterminer, entre souveraineté de l'Etat et souveraineté nationale. En effet, quelle distinction opérer, alors que la conception républicaine française se refuse à les séparer ? La distanciation du lien Etat/Nation a ainsi des incidences sur le caractère unitaire du titulaire de la souveraineté.

§ 2. L'impact de la rupture Etat/Nation sur le concept de souveraineté

[292] L'histoire de la construction des Nations est malheureusement très riche d'enseignements sur cette question. Les Nations, et notamment en Europe, se sont construites sur des oppositions frontales particulièrement exacerbées à la fin du XIXe et surtout au XXe siècle… L'évolution actuelle des nationalismes, et le mouvement continu de revendication nationale, confirment ce rapport entre l'émergence d'une Nation et les conflits militaires. Le conflit israélo-palestinien, bien que dépassant largement la question de la Nation, illustre cette tendance au sentiment national qui apparaît en réaction contre « un ennemi extérieur ».

[293] Dans la Nation, il existe toujours une part des individus qui refuse de reconnaître leur appartenance à cette Nation. Si le phénomène minoritaire prend de l'ampleur alors la Nation peut se trouver menacée. Voir pour des précisions : A. Fenet, *essai sur la notion de minorité nationale,* publications de la Faculté d'Amiens, 1976, p. 95.

[294] *« Puissance collective de la Nation, en relation de mutuelle congruence avec elle, l'Etat est l'instrument de la construction politique en charge de coordonner les destins individuels dans un projet collectif permanent et durable ».* Citation de M.-J. Aglaé reprenant J. Chevallier, voir *la souveraineté transfigurée*, RRJ 1995-3, p. 937.

311. L'idée même de séparer la Nation de l'Etat rend possible une distinction de leur souveraineté mais cependant, la difficulté à distinguer l'Etat de la Nation engendre fatalement des complications lorsqu'on veut différencier la souveraineté de la Nation de celle de l'Etat. La théorie juridique attribue la souveraineté aux deux entités, conçues comme inséparables, or le pouvoir qui est ainsi qualifié de souveraineté n'a pourtant pas le même sens selon qu'on évoque celui de la Nation ou celui de l'Etat.

312. La conception doctrinale qui considère la souveraineté comme une volonté, éclaire sur la nature du pouvoir souverain et sur le fait que c'est grâce au lien Etat/Nation que la souveraineté garde un caractère absolu[295]. Ainsi, si on analyse la souveraineté comme une volonté dans le cas d'un lien indéfectible Etat/Nation, on ne peut que constater que le pouvoir appartenant à l'Etat représentant la Nation, est absolu. Il n'existe en effet aucune autre volonté supérieure à celle de l'Etat-Nation et cette volonté est indivisible.

313. À partir de l'instant où la Nation peut être séparée de l'Etat, alors la volonté souveraine acquiert une divisibilité mais aussi un affaiblissement de sa suprématie. La souveraineté nationale se distingue alors de la souveraineté de l'Etat et deux volontés semblent donc pouvoir coexister, à moins qu'on ne considère que l'une des entités perde sa volonté.
Or cette distinction des souverainetés pose deux difficultés, la première tient au fait que le pouvoir de la Nation, comme celui de l'Etat, a toujours en partie un caractère décisionnel qui exprime une volonté[296]. C'est en ce sens qu'on ne peut raisonnablement estimer que la Nation ou l'Etat perdent leur pouvoir souverain[297]. La seconde tient à l'idée qu'on ne peut nier que si deux volontés existent alors elles ne peuvent être de même nature, ce qui pose la question de la pertinence du concept absolu de souveraineté, voire même celle du qualificatif de souveraineté lui-même[298].

314. Ces deux difficultés inhérentes à l'idée d'une séparation entre l'Etat et la Nation mettent en cause la conception absolue de la souveraineté. Il faut d'abord reprendre l'ensemble des éléments qui permettent de situer la place de l'Etat et de la Nation en France pour évaluer si

[295] On peut notamment ici rappeler la théorisation de la volonté générale effectuée par J.-J. Rousseau dans le contrat social. Voir également G. Burdeau, *traité de science politique*, LGDJ 1950, T2, pp. 306 et suiv. et O. Beaud, *le souverain,* revue Pouvoirs 1993, n° 67, p. 37.

[296] Voir en ce sens C. Schmitt, *théologie politique : quatre chapitres sur la théorie de la souveraineté*, Gallimard 1988, p. 20.

[297] Lorsqu'on estime que l'Etat devient davantage un souverain juridique que politique, on retient seulement que son pouvoir perd en absolutisme, le caractère décisionnel restant toujours présent y compris dans la dimension juridique de la souveraineté.

[298] Si deux pouvoirs distincts sont qualifiés par le même mot, alors soit, ils sont identiques, soit ils sont qualifiés de manière erronée.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

une distinction est possible. Ce n'est que dans un second temps, et s'il existe une rupture, qu'il sera alors nécessaire de tenter de qualifier le contenu du pouvoir souverain, et surtout de tenter d'évaluer la pertinence du concept comme qualificatif du pouvoir de la Nation et de l'Etat.

§ 3. L'analyse du lien Etat/Nation dans l'organisation institutionnelle à compter de 1958

315. Dans la pratique institutionnelle française et depuis 1789, la Nation et l'Etat forme un tout indissociable. La Constitution de 1958 affirme le principe de la souveraineté nationale qui appartient au peuple et est exercée par ses représentants et c'est probablement cette formule qui résume le plus le lien entre l'Etat et la Nation. Ainsi les représentants sont la clef de voûte du lien qui unit la Nation à l'Etat, puisqu'ils sont à la fois organe de l'Etat[299] et symbole de la Nation.

316. Ce choix de la représentation contribue à faire perdurer au delà de la monarchie le lien qui existe entre l'Etat et le souverain, elle trouve toute sa place dans la démocratie représentative qui suppose elle-même un lien étroit entre l'Etat et la Nation[300]. L'exercice de la souveraineté, qu'elle soit nationale ou étatique, passe donc naturellement par la démocratie et toute mise en cause de ce fonctionnement démocratique pourrait porter atteinte à la souveraineté absolue, comprise ici comme le pouvoir indivisible et suprême d'agir au nom de la Nation pour le bien commun.

317. Paradoxalement, et en droit français, la représentation est l'un des symboles qui met en évidence la souveraineté absolue, puisque les représentants l'exercent à la fois au nom de l'Etat et de la Nation. Paradoxalement encore, l'existence d'un organe de représentation n'a pas fondamentalement modifié le lien Etat/Nation et donc l'absolutisme de la souveraineté.
La pratique institutionnelle française a toujours cherché à privilégier ce lien en donnant au Parlement des pouvoirs importants, parfois jusqu'à l'excès[301]. Elle a du procéder à un équilibrage entre le gouvernement, symbole de l'exécutif et figure de l'Etat, et les assemblées, figure de la Nation.
Cet équilibre institutionnel prévu par la Constitution permet un exercice sans partage de la souveraineté, mais, si ce lien s'affaiblit du fait de la mise en cause de la représentation, alors le concept de souveraineté absolue est lui aussi naturellement affaibli.

[299] C'est pour cette raison que le Parlement tient toute sa place dans la Constitution de 1958, au sein du titre IV, au milieu des autres organes de la République.

[300] C'est d'ailleurs son fondement et l'Etat n'a de légitimité à exercer la souveraineté que parce qu'il exécute la volonté de la Nation par le biais des représentants. Il veille aux intérêts de la Nation. Nous partageons ici l'analyse de A. Haquet, in *le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, PUF, 2004, p. 296.

[301] On pense ici au parlementarisme de la IIIe République qui empêcha en partie les institutions de fonctionner efficacement.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

318. Aujourd'hui, on peut identifier deux phénomènes distincts pouvant conduire à cette remise en cause de la représentation. Tout d'abord, le renforcement de l'exécutif par rapport au législatif conduit à un affaiblissement de la représentation nationale dans la mesure où la place qu'elle tient dans l'Etat se réduit[302]. Parallèlement, la représentation nationale est contestée par les citoyens eux-mêmes qui de plus en plus, considèrent que leurs représentants sont déconnectés de la volonté nationale.

319. L'affaiblissement de la représentation nationale est le symbole de l'atteinte au lien Etat/Nation[303], et cet affaiblissement a inévitablement des incidences sur la conception française de la souveraineté telle qu'elle résulte de la Constitution de 1958. Ainsi, le Parlement n'a jamais été titulaire de la souveraineté dans la théorie juridique et politique française, il n'est qu'un intermédiaire nécessaire entre la Nation souveraine et l'Etat souverain[304]. A partir du moment où le parlement ne tient plus sa place, alors il est possible qu'apparaisse une fracture entre l'Etat et la Nation, la volonté de l'un ne correspondant plus exactement à la volonté de l'autre.

320. Le pouvoir souverain aurait alors une portée distincte suivant qu'on l'attribue à l'Etat ou à la Nation. Il y aurait deux volontés distinctes donc deux pouvoirs souverains, or dans la conception absolue de la souveraineté, cette situation est impossible. Il faudrait soit renoncer à l'absolu, soit choisir un seul souverain : l'Etat ou la Nation. De plus, et dans la mesure où les pouvoirs de l'Etat et de la Nation continuent de toute évidence à exister, comment peut-on les qualifier sans référence à la souveraineté.

321. Cette analyse n'aurait qu'un intérêt théorique si dans les faits, et dans la pratique institutionnelle, on ne constatait pas un affaiblissement du lien Etat/Nation, ayant des incidences sur la souveraineté. Ainsi, la crise de la représentation comporte deux facettes, soit elle n'est qu'une crise politique, et dans ce cas, c'est seulement la souveraineté absolue qui est en cause du fait de la rupture du lien Etat/Nation ; soit elle est une crise de la démocratie et dans ce cas, c'est la pertinence du concept de souveraineté de l'Etat qui est lui-même en cause[305].

[302] La représentation nationale ne passe plus seulement par le Parlement, sauf si ce dernier exerce un réel pouvoir de contrôle sur l'exécutif. De plus, l'exécutif élu tient une place importante comme nous le verrons.

[303] Ainsi, lorsque la pierre angulaire s'effrite, alors le lien lui-même est en cause.

[304] La théorie de la représentation de Montesquieu adopte cette idée que la représentation est nécessaire à l'exercice de la souveraineté. Ce n'est qu'avec la démocratisation du régime politique et l'apparition du suffrage universel que les représentants obtiendront de manière définitive le rôle d'intermédiaire entre la Nation et l'Etat.

[305] Et ce parce que la légitimité toute entière de l'Etat, et donc son pouvoir souverain, repose actuellement sur la démocratie

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Section 2 : Le déclin de la démocratie représentative et l'unité de la souveraineté menacée

322. Un constat s'impose à ce stade de la réflexion, la représentation est affaiblie par trois facteurs qui tiennent d'un recul de la politique et de son utilité aux yeux des citoyens, d'une crise de la participation aux scrutins, et d'un essor de la démocratie directe. Ce constat d'un affaiblissement réel du modèle représentatif conserve des incidences sur la souveraineté et son exercice.

§ 1. La crise de la représentation : une désaffection majeure de la fonction politique

323. Le modèle démocratique fondé sur la représentation connaît aujourd'hui des difficultés à se construire un avenir[306]. La représentation, qui sert de fondement à la démocratie, ne semble plus en mesure de justifier totalement l'exercice du pouvoir souverain et elle est marquée par un profond discrédit. Ainsi, et dans sa grande majorité, l'opinion publique estime, à tort ou à raison, que la représentation est devenue incapable de défendre un projet collectif ou de proposer une alternative concrète. C'est dans ce contexte que l'on parle couramment de crise de la représentation, qui se définit par une inadéquation toujours plus marquée entre la volonté nationale et celle des représentants.

324. La crise de la représentation est liée à une érosion de la confiance naturelle que la Nation doit placer dans ses représentants. Cette perte de confiance n'est pas absolument symbole de mise en cause de la représentation, car elle peut simplement préfigurer l'alternance politique[307]. Mais c'est l'accentuation du phénomène de défiance à l'égard des représentants, au-delà des tendances politiques, qui traduit véritablement une rupture dans le lien Nation/représentation.

325. Le discrédit des représentants s'analyse sous deux aspects. D'une part, la crise de la représentation implique l'idée largement répandue, que les représentants sont totalement impuissants pour peser sur le cours des choses[308]. Ainsi, et pour une majorité de citoyens, les

[306] C'est en ce sens que P. Braud indique que, pour perdurer, la démocratie a besoin de rêves et d'espoirs. Voir P. Braud*, le jardin des délices démocratiques*, presses FNSP, 1990.

[307] En raison d'un bilan incertain ou d'idées proposées trop floues, la perte de confiance des citoyens à l'égard d'une partie de la classe politique, est toujours possible. Elle est même logique par certains côtés, tant il est plus facile de réunir sur une contestation. C'est la généralisation de ce mouvement de rejet, et sa radicalisation, qui fait véritablement naître la crise de la représentation

[308] Voir en ce sens, M. Guénaire, *déclin et renaissance du pouvoir*, Gallimard, 2002.

dirigeants, volontairement[309] ou non[310], ne sont pas en mesure de répondre à leurs attentes, et c'est ce qui rend particulièrement inutile leur rôle. D'autre part, si l'antiparlementarisme a toujours existé, on constate que l'image du politique, et corrélativement sa place de représentant au service de la Nation, continue d'être considérablement affaiblie par l'augmentation ou simplement par la révélation des cas de corruptions au cours de ces dernières années[311].

326. Dans une démocratie, le statut des représentants est central puisqu'ils jouent un rôle charnière entre l'Etat et la Nation, du fait même de l'élection. Or ce rôle n'est plus aussi évident aujourd'hui pour les deux raisons que nous venons d'évoquer[312]. La légitimité des représentants ne va plus de soi, elle ne résulte plus de manière non équivoque de l'élection. Ainsi, l'élection ne légitime plus la représentation comme elle le faisait auparavant et cette situation rend possible l'écart entre la volonté du Parlement et celle de la Nation[313]. L'usage qui est fait par les parlementaires du mandat non impératif contribue à renforcer cet écart car ils l'utilisent de manière trop fréquente pour ne pas respecter leurs promesses ou leurs programmes.

327. Il est alors possible d'affirmer, comme le propose G. Pandelon, que les citoyens n'ont plus de prise directe sur la représentation, qui n'est plus conçue à leur image[314]. La représentation est d'ailleurs contestée par les citoyens[315], par d'autres autorités au sein de l'Etat[316], et parfois par les parlementaires eux-mêmes[317].

[309] Leur incapacité est vécue par une partie de la population comme volontaire dès lors que les représentants sont considérés comme indifférents aux préoccupations quotidiennes des français. Voir Cevipof, Cidps, Cecop, *le vote de tous les refus,* presses de sciences po, 2003.

[310] C'est ici l'idée que la mondialisation et l'européanisation, ainsi qu'une certaine forme d'aristocratie administrative, empêchent les élus d'agir et les privent de capacité d'action même s'ils ont la volonté de faire.

[311] Ce phénomène est accentué par la volonté des juges de sanctionner ces pratiques et également par le relais médiatique que de tels procès peuvent engendrer. Voir en ce sens J. Chevallier, *l'Etat post moderne*, LGDJ, 2004, pp. 160 et suiv. On peut également trouver des exemples nombreux de cette médiatisation (affaire Woerth).

[312] Raisons qui ne sont pas limitatives d'ailleurs puisqu'on peut aussi invoquer une perte de confiance due à la professionnalisation du politique, au cumul de mandats, et au manque de disponibilité des élus.

[313] Voir B. Manin, *principes du gouvernement représentatif,* Flammarion, 1996, p. 262.

[314] Voir G. Pandelon, *esquisse d'une théorie politique du mensonge,* LGDJ Thèse, 2002, Tome 107, p. 103.

[315] Voir l'analyse statistique et chiffrée présentée par G. Grunberg in *la démocratie à l'épreuve, une nouvelle approche de l'opinion des français,* presses de sciences po, 2002, pp. 113 et suiv.

[316] Les services administratifs ne respectent pas toujours la volonté politique du Parlement et considèrent d'ailleurs certains députés comme ignorants des réalités publiques.

[317] Au point que certains parlementaires en viennent eux-mêmes à douter de leur capacité d'action, à force d'affirmer que les décisions se prennent ailleurs.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

328. L'incompréhension à l'égard des représentants est d'autant plus grande que la distinction entre la fonction politique et la fonction administrative est moins marquée, et que dès lors, les citoyens, figure de la Nation à un moment donné, ne voient plus l'utilité d'une représentation qui s'éloigne de leur volonté et qui serait presque considérée comme un double emploi. Ainsi, les citoyens auraient des difficultés à concevoir le rôle effectif des représentants, trop souvent assimilés à l'administration d'Etat.

329. Dans les faits, la marge de manœuvre des représentants au Parlement se réduit d'autant plus qu'ils sont fortement liés à une haute administration d'Etat, qui a tendance à orienter les choix politiques[318].
Il existe ainsi en France, et particulièrement sous la Vème République, une forme de sur représentation politique des fonctionnaires[319] qui conduit au fait que l'élite administrative influence le pouvoir politique sans pour autant être à sa place et en endosser ses responsabilités, et c'est ce constat que les citoyens ont de plus en plus de difficultés à accepter[320].
La représentation souffre donc également d'un discrédit causé par une forme de technocratisme de l'Etat. Ce constat conduit à attester l'idée qu'il existe une rupture entre la Nation et l'Etat, la représentation ne jouant plus son rôle.

330. Cette crise de la représentation se double d'une crise de la participation des citoyens dans la démocratie. C'est ainsi que la perte de confiance vis à vis de la représentation nationale engendre directement une désaffection des urnes et un rejet du modèle politique tel qu'il est établi.

§ 2. La crise de la participation : désaffection des urnes et recul du militantisme

331. Le modèle démocratique tel que nous le connaissons exige une représentation mais aussi et surtout une participation lors du renouvellement des représentants, or cette fonction est largement négligée par les citoyens composant la Nation. En réalité, ce qu'il est convenu

[318] Précisons cependant que cette constatation reste moins systématique à l'égard des élus locaux de proximité, ou en tout état de cause, beaucoup plus nuancée. Le poids de l'administration est lié à la taille de la collectivité.

[319] À l'assemblée nationale, le pourcentage de députés issus de la fonction publique est élevé (49% de fonctionnaires ou assimilés, source www.inegalites.fr/spip.php, article 166). La représentation politique n'est plus réellement une reproduction des différentes catégories professionnelles de la Nation, notamment parce que le risque politique est beaucoup plus difficile à assumer pour un employé du privé, qui n'a pas la possibilité de reprendre son poste en cas de non réélection. Voir J. Charlot, *la politique en France,* livre de poche références, 1994, p. 148.

[320] La place des énarques dans les institutions de la Ve République est largement mise en cause par les citoyens qui considèrent, à tort ou à raison, que ce formatage unique des élites réduit leur capacité à comprendre les réelles préoccupations des français.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

d'appeler la crise de la participation comporte également deux facettes puisqu'elle s'exprime lors des élections politiques mais aussi en termes de participation dans les partis politiques.

332. Tout d'abord, le taux de participation aux élections en France diminue sensiblement[321] même si cette tendance n'est ni générale, ni irréversible. L'abstentionnisme serait devenu le symbole de cette crise de confiance, aucun candidat ne retenant l'attention des citoyens[322], et serait la marque d'un désenchantement, ou d'un combat anti-politicien[323]. Le vote protestataire, ainsi que les changements rapides des intentions de vote confirment ce manque de confiance vis-à-vis des représentants, qui s'installe dans la société française.

333. Ensuite, et en parallèle de la désaffection des urnes, on constate un recul très net du militantisme politique qui est directement lié à la perte de confiance des citoyens en leur représentants et à une certaine forme d'archaïsme des structures politiques. Ainsi, les partis ne semblent plus être le relais indispensable entre la société, et la politique puisqu'ils ont des difficultés majeures à développer leur représentativité et à trouver des adhérents[324]. De plus, même une fois l'adhésion effectuée, la pratique militante[325] au sein du mouvement politique ne va pas de soi, certains militants, adhérant par conviction, sans intention réelle de s'impliquer.

334. Cette réalité est aussi attestée par l'émergence de nouvelles formes de militantismes actifs, qui opèrent en dehors du cadre institutionnel traditionnel. On passe alors d'un militantisme conventionnel à un militantisme mouvant et ce phénomène démontre la fracture entre une partie de la population et les élites institutionnelles[326], confirmant ainsi que la représentation ne s'impose plus aussi aisément qu'auparavant. Les événements en

[321] Des taux records d'abstention ont été enregistrés : en 1998 aux cantonales (39,64%), en 1999 aux européennes (52,2%), en 2001 pour les municipales (32,7%), en 2002 pour les présidentielles (27,8%) et pour les législatives (35,62%). Le taux de participation record des dernières élections régionales de 2010 ne trahit pas cette tendance, bien au contraire.

[322] Il reste vrai cependant que l'abstention ne tient pas seulement à un manque de confiance à l'égard des candidats mais aussi à la difficulté de compréhension des enjeux, notamment dans les scrutins européens. Voir en ce sens, P. Bréchon, A. Laurent, et P. Perrineau, *la culture politique des français*, presses de science po, 2000, p. 48 et 49.

[323] Voir P. Bréchon, *l'abstentionnisme électoral en France depuis 1988*, in regard sur l'actualité, sept. Oct. 1990, pp. 11 et suiv.

[324] L'ensemble des partis politiques perd en nombre d'adhérents ou stagne. Même les partis qui ont connu une croissance très importante de leurs adhérents connaissent une inflexion du nombre d'adhérents. On pense notamment ici à l'exemple de l'UMP sur la période 2005-2010.

[325] Il s'agit ici de la participation active à la vie du mouvement politique. Peu d'adhérents participent dans la pratique à toutes les réunions, et à toutes les opérations de promotions des idées du mouvement politique.

[326] On pense ici au développement des grèves à répétition, des manifestations, des pétitions, des occupations de rue ou de biens collectifs. Voir en ce sens J. Charlot, *la politique en France*, livre de poche références, 1994, p. 137.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Guadeloupe de février 2009 traduisent, au-delà du caractère très complexe de la situation et de l'impossibilité d'émettre une analyse uniforme du conflit, une difficulté à être représenté par des personnes élues.

335. Les citoyens, symbole actif de la Nation, ont de moins en moins confiance dans le système représentatif et pour cette raison, le modèle démocratique, pour perdurer, évolue vers une forme plus participative. Le lien Etat/Nation tente alors de se trouver un nouvel élan qui passe par une implication directe des citoyens et par la concertation.

§ 3. L'essor de la démocratie participative

336. La notion de démocratie participative est très souvent utilisée par opposition à la démocratie représentative sans qu'on sache exactement quel est le contenu de cette notion[327]. Elle semble répondre à une attente des citoyens qui souhaitent intervenir de manière continue dans les choix collectifs et ne plus être totalement dépossédés de leur pouvoir une fois l'élection des représentants effectuée.

337. La démocratie participative permet d'impliquer directement les citoyens sans passer par la représentation[328], et elle est utilisée pour pallier les insuffisances d'un système démocratique de plus en plus souvent mis en cause. Le citoyen participe à la prise de décision, non plus seulement au moment des élections, mais également à divers moments clefs pour l'avenir du pays, sans en avoir toujours conscience. Il exerce pourtant directement la souveraineté au nom de la Nation.

338. La démocratie représentative pure n'a plus sa place aujourd'hui car elle est toujours couplée avec des procédés de démocratie directe, dont le degré d'utilisation varie d'un Etat à l'autre[329]. De même, le recours à la démocratie participative est de plus en plus fréquent mais il ne peut pas davantage exister à l'état pur. Ainsi, les méthodes de démocratie participative se

[327] Aucune définition exacte ne peut être donnée si ce n'est l'idée que la démocratie participative implique une action directe des citoyens dans l'avenir commun, sans qu'une représentation soit nécessaire. Ce type de démocratie passe par diverses formes dont certaines sont institutionnelles comme le référendum et d'autres conventionnelles comme la consultation ou la concertation publique. Voir en ce sens L. Blondiaux, *l'idée de démocratie participative : enjeux, impensés et questions récurrentes*, in *gestion de proximité et démocratie participative*, édition la découverte, 2005, H. Bacqué, H. Rey et Y. Sintomer (dir.), pp. 125 et suiv.

[328] Ce phénomène se constate dans tous les pays et il prend des formes très diverses : national ou local, consultatif ou décisionnel, sur des domaines extrêmement variés de portée locale, législative, ou même constitutionnelle.

[329] C'est en ce sens qu'on parle de démocratie semi représentative ou de démocratie semi directe suivant l'importance de la pratique référendaire dans l'Etat concerné. Voir S. Zogg, *la démocratie directe en Europe de l'Ouest*, centre européen de la culture, actes sud, 1999, pp. 17 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

résumeraient donc actuellement à deux alternatives qui dépendent du degré d'implication directe des citoyens : soit la démocratie semi directe, soit la démocratie semi représentative.

339. La pratique du référendum éclaire d'ailleurs sur le degré de démocratie participative présent dans un Etat. On considère ainsi, par exemple, qu'on est en présence d'une démocratie semi directe lorsque le référendum est reconnu constitutionnellement et qu'il peut faire l'objet d'une initiative populaire[330].
Deux méthodes sont utilisées pour assurer davantage de participation directe des citoyens : le renforcement des consultations et une pratique accrue du référendum.

340. En France, le référendum a pris une place dans la démocratie au sortir de la seconde guerre mondiale et il a été utilisé pour régler des questions constitutionnelles majeures[331]. Cette possibilité de recours au référendum a perduré sous la Ve République, dont la Constitution autorise cette pratique sans pour autant l'ouvrir de manière conséquente. Ainsi, si dans l'article 3 de la Constitution, le référendum est présenté a égalité avec le régime représentatif, les articles 11 et 89 n'attribuent au référendum qu'un rôle secondaire.
Dans la pratique, on constate que tous les référendums tenus sous la Ve République se sont effectués sur le fondement de l'article 11 et que l'article 89 de la Constitution n'a jamais abouti à l'organisation effective d'un référendum. L'extension du champ d'application de l'article 11 en 1995 a théoriquement ouvert d'autres possibilités d'organiser un référendum mais aucune suite ne semble pour l'instant être envisagée[332].

341. En France, le référendum est peu utilisé ce qui laisse entendre que notre démocratie est davantage semi représentative que semi directe. De plus, il n'existe aucun mécanisme de veto populaire dans le système institutionnel français, ce qui laisse entendre que la volonté de laisser le monopole de l'action publique à la représentation est encore très forte[333].

[330] C'est-à-dire d'un droit accordé à une partie de la population de proposer une révision constitutionnelle ou législative.

[331] On peut citer ici le référendum du 21 octobre 1945 autorisant l'élection d'une assemblée constituante, les référendums du 5 mai et du 13 octobre 1946 sur la Constitution de la IVe République, le référendum du 28 septembre 1958 sur la Constitution de la Ve République.

[332] La loi constitutionnelle du 4 août 1995 intègre dans l'article 11 la possibilité de recourir à un référendum sur les réformes relatives à la politique économique ou sociale de la Nation. Cette formulation permettrait entre autre de toucher des domaines très larges de l'activité de l'Etat comme l'éducation nationale, les privatisations ou nationalisations d'entreprises, le droit du travail… Loi constitutionnelle n° 95-880, du 4 août 1995, JO 5 août 1995, p. 11744.

[333] Pour des précisions sur les différences doctrinales entre référendum, initiative populaire et veto populaire, on renverra ici à une chronique de J. Viguier. Voir *de la mauvaise utilisation du terme référendum au plan local,* LPA 25 février 1998, pp. 12 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

342. Le référendum reste cependant un puissant potentiel d'affaiblissement du Parlement tant il est possible en théorie d'étendre son champ d'application par l'utilisation de l'article 11 de la Constitution[334]. Le Parlement n'a plus le monopole pour traduire la volonté souveraine, il est en concurrence avec l'ensemble des citoyens, comme l'avait déjà envisagé, dans la théorie, Carré de Malberg[335]. C'est surtout une véritable utilisation du référendum dans la pratique qui entérinerait l'affaiblissement de la représentation et sur ce point, l'analyse de l'utilisation du référendum en France permet de dégager deux tendances contradictoires.

343. D'un côté, le référendum est peu utilisé ce qui laisse de la place au Parlement[336] qui continue de jouer les premiers rôles en matière de législation. D'un autre côté, ce référendum est rattaché au Président et a parfois un caractère plébiscitaire qui nuit au Parlement dans la mesure où il sert à évaluer la confiance de la Nation vis-à-vis du chef de l'Etat[337].
Or cette pratique a largement renforcé l'affaiblissement des représentants de la Nation, le lien Etat/Nation ne passant plus par eux mais par une personne unique agissant en tant qu'exécutif au sein de l'Etat.
L'utilisation du référendum couplée avec une certaine forme de présidentialisme ajoute encore à la crise du modèle représentatif comme nous le verrons ultérieurement[338].

344. Cette pratique référendaire connaît également un essor au niveau local, largement renforcé par les consultations très diverses qui prennent place dans la démocratie locale. L'exigence de proximité entre les citoyens et les pouvoirs publics accentuent le développement de l'implication directe des citoyens dans la vie locale, et les mécanismes de participation directe acquièrent même une valeur constitutionnelle avec la réforme du droit de la décentralisation en 2003[339].

[334] On notera ici que le référendum peut en fait concerner presque toutes les matières dont l'Etat a à connaître.

[335] Voir en ce sens F. Hamon, *le référendum,* LGDJ, 1999, p. 186.

[336] Seul le manque de volonté politique conduit à une limitation dans la pratique du recours au référendum, preuve que la représentation n'a pas l'intention de céder sa place si facilement et que les contraintes techniques du référendum restent encore présentes (notamment en terme de coût d'organisation).

[337] On rappellera simplement ici l'utilisation du référendum faite par le Général De Gaulle. Voir en ce sens S. Zogg, *la démocratie directe en Europe de l'Ouest*, centre européen de la culture, actes sud, 1999, pp. 116 et suiv.

[338] Voir en ce sens les paragraphes de cette thèse consacrés au renforcement de l'exécutif, n° 359 à 368.

[339] Voir en ce sens les articles 72 et suiv. de la Constitution de 1958, tels que modifiés par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, n° 2003-276. JO 29 mars 2003, p. 5568. Voir aussi le dossier complet consacré à ce sujet par la RFDA, 2003, pp. 661 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

345. La consultation locale existait avant 2003 sous trois formes dont l'une est propre aux fusions de communes[340], alors que les deux autres sont plus générales[341].
Dans le cadre de la consultation, une forme d'initiative populaire était possible depuis 1995, dans des domaines très restreints de l'action locale et pouvait conduire les dirigeants d'une collectivité à organiser une consultation[342].
Cependant, l'initiative populaire n'a jamais vraiment eu sa place dans les institutions et elle n'a pas davantage été généralisée dans le cadre de la réforme constitutionnelle. Ce constat démontre qu'on souhaite toujours limiter l'action directe des citoyens dans la vie publique[343], y compris au niveau local.

346. Les procédures de participation directe des citoyens à la démocratie locale sont renforcées par la loi organique du 1er août 2003 qui accentue les possibilités d'initiative des citoyens, et qui ouvre une procédure de consultation décisionnelle qualifiée de « référendum local »[344]. Cette procédure n'est pas totalement ouverte, puisqu'elle exclut les établissements de coopération intercommunale et que ce référendum local ne peut être directement initié par la population[345]. En revanche, lorsqu'une assemblée délibérante décide de mettre en place un référendum local, elle doit se plier à la décision finale.

347. Le référendum local implique des conséquences indirectes sur le lien Etat/Nation[346], d'abord parce qu'il brouille la notion de Nation en autorisant une question sur un intérêt qui ne concerne pas l'ensemble des nationaux, et ensuite parce qu'il implique une forme de court-circuit de la représentation au niveau local, notamment lorsqu'il est décidé par l'exécutif. Il constitue l'une des manifestations les plus nettes de l'essor de la démocratie participative au

[340] Loi n° 71-588 du 16 juillet 1971 (JO 18 juillet 1971, p. 7091), ouvrant la possibilité d'une consultation directe de la population concernée en cas de fusion de communes. Elle comporte de nombreuses particularités qui ne seront pas évoquées ici, mais pour des précisions sur cette question, se référer à J Viguier, *de la mauvaise utilisation du terme référendum au plan local,* LPA 25 février 1998, p. 14.

[341] Loi n° 92-125 du 6 février 1992, JO 8 février 1992, p. 2064 et loi n° 95-115 du 4 février 1995, JO 5 février 1995, p. 1973.

[342] C'est ainsi qu'en matière d'aménagement, la loi du 4 février 1995 a ouvert la possibilité pour un cinquième des électeurs inscrits sur les listes électorales de demander une consultation.

[343] Le droit de pétition local qui avait dans un premier temps été inclus dans la réforme par le gouvernement a été supprimé lors des débats parlementaires. Voir en ce sens, P. Sadran, *la République des proximités contre la démocratie participative,* Pouvoirs locaux 2003, n° 59, pp. 55 et suiv.

[344] Loi n° 2003-705, codifiée dans le code électoral aux articles LO 1112-1 et suiv, JO 2 août 2003, p. 13218. Voir pour des précisions sur la réforme constitutionnelle, M. Verpeaux, *référendum local, consultations locales et constitution,* AJDA 2003, pp. 540 et suiv.

[345] Voir G. Guiheux, *la loi organique sur le référendum local : une avancée en trompe-l'œil,* Pouvoirs locaux 2003, n°59, pp. 58 et suiv.

[346] Les conséquences sont indirectes car ce type de démocratie participative ne concerne pas tout l'Etat, ni toute la Nation.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

sein de l'Etat français, et seule une utilisation limitée de ces procédures pourra démentir dans les faits cette interprétation.

348. De même, la procédure de référendum législatif d'initiative minoritaire indirecte créée par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 apportera peut-être une participation plus large des citoyens bien que cette procédure soit strictement encadrée et qu'elle conserve encore au parlement un rôle important[347].
En effet, la procédure mise en place impose qu'un cinquième des parlementaires[348] rédigent une proposition de loi, et requiert le soutien d'une dixième des électeurs[349]. Il faut ensuite que le Président soumette ce texte au référendum, ce qui ajoute encore une restriction à l'application de cette procédure. D'un point de vue pratique, d'autres difficultés se font jour, on ignore encore comment cette procédure pourrait être mise en œuvre, et notamment comment recueillir le nombre de signatures nécessaires[350]. Seule la pratique dira l'efficacité de ce nouveau moyen de participation directe, qui reste à ce jour restreint.

349. De plus, la crise de la représentation se manifeste également par une forme de contractualisation de la relation Etat/Nation, qui éloigne un peu plus les représentants. L'utilisation de plus en plus fréquente des enquêtes publiques, mais aussi la logique toujours plus poussée de concertation, tant au niveau national qu'au niveau local, conduit naturellement à affaiblir le Parlement.
De telles procédures exigent en effet que les décisions soient prises par des personnes physiques et non par une personne collective comme le Parlement. Cette nécessité de référents concrets pour mener une négociation réduit les possibilités d'action du Parlement qui reste un organe collégial[351]. Du fait de la contractualisation des rapports publics, la position du Parlement est affaiblie.
350. Cet écart grandissant entre les représentants et la Nation est donc causé par une remise en cause du modèle représentatif tel que mis en place après la Révolution, mais aussi par un

[347] Loi n° 2008-724, JO du 24 juillet 2008. Cette procédure peut en effet être mise en œuvre par une minorité de parlementaires ou du corps électoral, mais le texte avant d'être soumis à référendum fait l'objet d'une discussion et d'une adoption par le parlement, ce qui suppose que ce dernier ait une influence important sur les choix effectués. Voir sur cette nouvelle procédure, S. Diémert, *le référendum législatif d'initiative minoritaire dans l'article 11 révisé de la Constitution,* RFDC 2009, n° 77, pp 51 et suiv.

[348] Soit 184 députés ou sénateurs.

[349] Soit environ 4,5 millions de personnes.

[350] Voir l'article de D. De Béchillon et M. Guillaume, *« référendum d'initiative minoritaire »,* journal *« les échos »* du 8 avril 2009.

[351] Les députés ne peuvent agir vraiment seuls, et pour la plupart, ils ne sont pas médiatisés comme le sont les membres du gouvernement, ou certains représentants d'organisations syndicales ou associatives. Or dans une démocratie médiatisée, qui implique une personnification du pouvoir, cette forme de collectivisme nuit aux capacités d'action des parlementaires. Voir en ce sens J. Chevallier, *la crise de la démocratie, mythe ou réalité ?*, mélanges Jeanneau, Dalloz 2002, p. 379.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

développement sans précédent de la participation directe des citoyens dans l'action publique[352]. Cette fracture grandissante entre la Nation et ses représentants a conduit de nombreux auteurs à se demander s'il était possible de parler de crise de la démocratie, ou si on devait seulement évoquer une crise politique de la représentation. Or la réponse à cette question comporte des incidences sur la souveraineté et son exercice. En effet, de l'intensité de la remise en cause de la démocratie dépend naturellement l'intensité de la rupture entre la Nation et l'Etat, et donc la fin de la conception monolithique de la souveraineté à la française.

§ 3. Entre crise du modèle représentatif et atteinte à la souveraineté

351. S'il y avait crise de la démocratie, alors la fracture entre la Nation et l'Etat serait totale, la première ne servant plus d'appui légitime au second. Dans ces conditions, la souveraineté ne pourrait résider simultanément dans l'Etat et dans la Nation et par conséquent, le dogme de la souveraineté absolue, tel que dégagé précédemment ne pourrait continuer à être pertinent. S'il y avait simplement crise de la représentation, il est certain que le lien Etat / Nation peinerait à trouver un nouvel équilibre en dehors de la représentation, qui reste centrale dans toutes les sociétés démocratiques. Toutefois, un nouveau lien Etat/Nation pourrait s'établir sous d'autres formes.

352. La crise de la démocratie est un thème récurrent de nos sociétés contemporaines notamment eu égard à la profusion des réflexions sur cette question[353]. Ainsi, D. Easton[354] a démontré que la représentation, et la confiance des citoyens dans les institutions constituaient l'un des socles de la démocratie, en plus des valeurs dont elle est porteuse. Par conséquent, la remise en cause de la représentation affaiblit donc corrélativement la démocratie et pose

[352] On pourrait même évoquer ici le droit d'initiative citoyenne prévu par le projet de constitution européenne qui avait pour but de faire participer les citoyens à l'élaboration des textes européens, et qui instaurait une forme de démocratie participative, concurrençant nettement le Parlement européen. Voir S. Laurent, *le droit d'initiative citoyenne,* revue du marché commun et de l'Union européenne 2006, n° 497, p. 221.
Cette disposition est reprise par le Traité de Lisbonne ratifié par la loi du 13 février 2008, n° 2008-125, JO du 14 février 2008. Il permet à un million de citoyens européens d'inviter la Commission à soumettre au Parlement et au Conseil un texte « nécessaire aux fins d'application des traités ».

[353] Le sujet intéresse les journalistes, les intellectuels historiens, politologues, sociologues ou juristes. On peut citer une liste non exhaustive d'auteurs ayant écrits sur la question : L. Cohen Tanugi, *la métamorphose de la démocratie,* édition O Jacob, 1989 ; G. Hermet, *le peuple et la démocratie*, Fayard, 1989 ; J.-F. Revel, *le regain démocratique,* Fayard, 1992 ; A.-G. Slama, *la régression démocratique*, Seuil, 1992 ; A. Touraine, *qu'est ce que la démocratie,* Fayard, 1994 ; P. Rosanvallon, *le peuple introuvable, histoire de la démocratie*, Gallimard, 1998 ; C. Gobin et B. Rihoux, *la démocratie dans tous ses états. Systèmes politiques entre crise et renouveau*, Bruylant, 2000.

[354] Cité par G. Grunberg, in *la démocratie à l'épreuve, une nouvelle approche de l'opinion des français*, presses de sciences po, 2002, p. 109.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

légitimement la question de savoir si le modèle démocratique peut perdurer au-delà de ses représentants[355].

353. Il n'est pas certain qu'on soit véritablement face à une crise générale du modèle démocratique. Ainsi, si on trace un bilan des réflexions sur la crise de la démocratie, il existe un fil conducteur qui consiste à affirmer que la démocratie est appelée à renaître et que davantage que la démocratie, c'est la représentation et le fonctionnement actuel de la démocratie qui est en cause[356].

354. L'analyse doctrinale sur la portée de la crise et sur l'ampleur de la remise en cause de la démocratie varie très sensiblement suivant les auteurs[357], puisque certains considèrent que la démocratie est en cause alors que d'autres estiment que seul le modèle politique est en cause. Ainsi, certains auteurs soutiennent à juste titre que, davantage qu'une crise de la démocratie, c'est une crise politique que l'Etat traverse actuellement. Ils partent de l'idée que les valeurs démocratiques ne sont pas en cause mais que seul le lien entre représentants et représentés est atteint[358].

355. L'affaiblissement de la représentation pose pourtant la question de savoir comment concilier le fait que d'un côté, la Nation souhaite exercer la souveraineté parce qu'elle n'a plus réellement confiance en l'Etat et que de l'autre, la Nation n'a pas d'existence concrète sans l'Etat. La rupture du lien Etat/Nation met en cause la conception doctrinale unitaire de la souveraineté telle qu'elle a été conçue par les auteurs français.

356. Il est difficile de dire à ce stade si l'absolutisme disparaît ou s'il restera, dans la souveraineté nationale ou dans celle de l'Etat. Ce qui est certain c'est que le processus de distanciation du lien conduit nécessairement à bien identifier la souveraineté de l'Etat et la souveraineté nationale. Le renforcement de l'exécutif au détriment du Parlement accentue encore cette interprétation.

357. La souveraineté dans la Ve République est exercée par le pouvoir exécutif, légitimé par la Nation, ce qui établit un nouveau lien entre l'Etat et la Nation. L'organe exécutif

[355] Corrélativement, la question se pose pour la souveraineté qui, en France, est fondée sur la Nation, l'Etat et la démocratie.

[356] Voir en ce sens D. Gaxie*, la démocratie représentative*, Montchrestien, 1996, p. 7.

[357] Cette analyse doctrinale va de la négation même de la crise, à la reconnaissance d'une crise sans remise en cause de la démocratie, jusqu'à l'admission d'une crise comme critère nécessaire de changement de régime politique.

[358] Voir en ce sens, G. Grunberg, N. Mayer et P. Sniderman, *la démocratie à l'épreuve*, presses de sciences po, 2002, pp. 63 et suiv. *« la crise concerne essentiellement les rapports entre les représentés et leurs représentants […] nos résultats confortent la perception d'un clivage fondamental entre élites politiques et public de masse ».*

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

deviendrait le titulaire matérialisé et commun, tant à la souveraineté nationale qu'à la souveraineté de l'Etat. Cependant, ce lien, à peine créé, subit lui aussi une mise en cause de plus en plus fréquente.

Section 3 : Le renouveau du lien Etat/Nation : un équilibre délicat sans le Parlement

358. Au-delà du modèle de représentation traditionnelle qui met en place une représentation nationale par le Parlement, il a parfois été suggéré que l'évolution institutionnelle, notamment en France, conduisait à une représentation par l'exécutif et non plus par le Parlement. Cette représentation par l'exécutif élu reste une hypothèse envisageable mais qui marque rapidement ses limites lorsqu'il s'agit d'en vérifier l'effectivité.

§ 1. Le renforcement de l'exécutif sous la cinquième République : un nouveau lien Etat / Nation

359. L'organisation institutionnelle de la Ve République favorise l'exécutif au détriment du parlement et ce, dans le cadre d'un parlementarisme rationalisé très poussé. L'objectif des constituants en 1958 était de mettre fin à l'instabilité institutionnelle qui était encore présente sous la IVe République[359], et pour cette raison, ils ont accordé une place fondamentale au Président.
La souveraineté de l'Etat a pris un nouveau visage dans la mesure où elle passe davantage par l'exécutif que par le parlement ; les représentants sont donc également évincés par le système institutionnel lui-même, et non pas seulement par le manque d'intérêt des citoyens à leur égard[360].

360. Tout d'abord, les matières relevant du domaine de la loi ont été réduites, ou du moins listées de manière exhaustive, par la Constitution, même si elles sont encore très importantes[361]. Cette nouveauté constitutionnelle signifie que le législateur ne peut plus se saisir de n'importe quel sujet ou question qui concerne l'Etat. L'exécutif a parallèlement son domaine propre qui peut être protégé des atteintes du législateur[362].

[359] On peut se référer ici à la conception de M. Debré, l'un des pères de la Constitution de 1958, qui estimait que le parlementarisme rationalisé était le seul moyen d'éviter les dérives du régime parlementaire.

[360] On ignore d'ailleurs si c'est l'affaiblissement de la place du Parlement dans le système institutionnel qui a engendré le manque d'intérêt des citoyens ou si c'est au contraire ce défaut d'intérêt qui renforce la fragilité institutionnelle du Parlement. Ce qui est certain c'est que la rencontre entre les deux mouvements affaiblit considérablement le Parlement.

[361] On se réfère ici à l'énumération de l'article 34 de la Constitution.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

361. Dans le cadre du parlementarisme rationalisé, le gouvernement, qui n'est pas un organe élu, dispose de pouvoirs extrêmement importants, malgré la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008[363]. Il a notamment un rôle dans la conduite de l'ordre du jour des assemblées[364], dans la possibilité d'accepter ou non des propositions de lois[365], dans les procédures de vote des textes de lois[366]. Le rôle des assemblées s'est trouvé amoindri et ne tient finalement qu'à la bonne volonté des gouvernements, qui sont pourtant toujours enclins à s'appuyer sur les assemblées pour avoir une légitimité qui leur fait cruellement défaut.

362. Cette relégation au second plan du Parlement apparaît nettement avec les procédures qui permettent au gouvernement d'agir en lieu et place du parlement sur autorisation de celui-ci. C'est d'abord sous la IIIe République que le parlement a pris l'habitude d'autoriser l'exécutif à légiférer à sa place, notamment par la pratique des décrets-lois[367].
En principe, l'autorisation doit porter sur des matières clairement définies et doit être exercée pendant une durée limitée, mais le texte d'habilitation était si vague qu'en réalité, le gouvernement avait de larges pouvoirs. De plus, si les textes imposaient une loi de ratification, la pratique autorisait la ratification implicite, ce qui contribuait à dessaisir réellement le Parlement de ses fonctions.

363. La Ve République a repris cette possibilité de délégation du pouvoir législatif qui, même si elle est entourée de garanties, reste un des symboles de l'affaiblissement du Parlement, surtout lorsque son utilisation devient fréquente. L'article 38 autorise la législation par ordonnances. Combiné avec l'article 34, il peut affaiblir considérablement le Parlement. Bien que le Parlement doive donner son autorisation initiale au gouvernement pour légiférer par ordonnances, puis qu'il doive ensuite ratifier l'ordonnance à l'issue de la procédure, les barrières sont réduites car l'habilitation peut se faire par une loi ordinaire et la ratification s'effectue le plus souvent de manière implicite[368].

[362] La répartition prévue aux articles 34 et 37 est en effet défendue par le Conseil constitutionnel dont l'un des rôles est de veiller à cette dernière.

[363] Sur cette question du rééquilibrage institutionnel, voir également nos développements n° 379, 382 et 383.

[364] Article 48 de la Constitution de 1958.

[365] C'est surtout ici l'article 40 de la Constitution qui joue, puisqu'il prévoit que les propositions de lois ne sont pas recevables dès lors qu'elles diminuent les ressources publiques ou aggravent la charge publique. Or cette restriction s'applique à l'évidence à presque toutes les questions que peuvent traiter les parlementaires.

[366] On fait référence ici à l'article 49-3 de la Constitution qui prévoit une adoption sans vote d'un projet de loi dès lors qu'aucune motion de censure n'est adoptée. Cependant, il faut rappeler que cet article est désormais cantonné dans son application depuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008. Voir en ce sens, O. Dord, *vers un rééquilibrage des pouvoirs publics en faveur du parlement,* RFDC 2009, pp. 103 et suiv.

[367] Plusieurs temps majeurs sont à distinguer pour l'essor des décrets-lois : à la fin de la guerre en 1918, en 1924 puis en 1926. En 1929, cette pratique de délégation s'accélère jusqu'à devenir annuelle à partir de 1935 et jusqu'à la guerre.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

364. Globalement, on peut dire que le Parlement ne définit plus la politique de la Nation, comme c'était le cas sous les Républiques précédentes. Il ne détermine pas davantage les textes de lois puisqu'il ne fait globalement qu'entériner les projets des textes rédigés par le gouvernement, sauf utilisation massive du pouvoir d'amendement[369]. Quant à son rôle de contrôle, le Parlement en est réduit à exercer des pressions sur le gouvernement davantage qu'un contrôle efficace et sûr.

365. D'ailleurs, dans l'esprit de l'opinion publique, c'est bien l'exécutif qui assure l'exercice de la souveraineté dans l'Etat, la logique d'affrontement ou de dialogue s'exerçant avec le gouvernement et pas avec le parlement[370]. Ce recul est d'autant plus grand que la Ve République, en instaurant un statut puissant au président de la République, a accentué cette tendance.

Le Président de la Ve République a un rôle essentiel dans les institutions et il incarne en quelque sorte la souveraineté de l'Etat et la souveraineté nationale ; c'est d'ailleurs en ce sens que M. Debré l'avait qualifié de *« monarque républicain »*. Ainsi, dans les faits, ce renforcement de l'exécutif voulu par les constituants a modifié le rapport Etat/Nation, laissant au président et au gouvernement le soin d'incarner à la fois la souveraineté de la Nation et celle de l'Etat.

Leur légitimité reste fondée sur les élections des représentants mais ces derniers semblent dorénavant cantonnés à ce rôle de légitimation du pouvoir exécutif. Ce rôle est d'autant plus modeste que l'élection du Président est désormais directe, et qu'il bénéficie donc également d'une légitimité élective.

366. C'est ainsi que la modification du lien Etat/Nation s'est accentuée avec la mise en place de l'élection du Président au suffrage universel direct et le quinquennat. L'instauration de l'élection directe du Président de la République par l'ensemble des citoyens a conduit à établir un lien entre le peuple et l'exécutif, sans que le passage par le parlement ne soit nécessaire[371].

[368] Voir en ce sens un article de P. Delvolvé à propos de l'utilisation des ordonnances au cours de l'année 2005. P. Delvolvé, *déclin ou renouveau de la loi, l'été des ordonnances*, RFDA 2005, p. 909.

[369] Par ce biais, les parlementaires disposent d'un pouvoir d'action sur la législation mais ce pouvoir est également constitutionnellement encadré, ce qui réduit leur marge de manœuvre. L'article 40 de la Constitution est en cela très réducteur du pouvoir parlementaire, ainsi que l'article 44 alinéas 2 et 3. Il est à noter qu'il n'y a pas eu de modification de ce texte par la réforme du 23 juillet 2008. n° 2003-276. JO 29 mars 2003, p. 5568. Voir aussi le dossier complet consacré à ce sujet par la RFDA, 2003, pp. 661 et suiv.

[370] Nous partageons ici l'opinion de P. Ardant, in *institutions politiques et droit constitutionnel,* LGDJ, 11ème édition, p. 530. Pour étayer cet argument, on peut aussi trouver dans l'actualité de multiples illustrations, et notamment, avec le dossier du CPE en 2006. Tous les ingrédients de relégation du Parlement sont utilisés : menace d'utilisation du 49-3, manifestations contre les projets du gouvernement, récupération et renégociation des textes par les partis politiques plutôt que par l'assemblée, retrait ou abrogation tacite du texte au mépris du travail des parlementaires.

[371] La représentation devient alors l'apanage d'une personne unique, qui se détache de l'assemblée. Voir en ce sens G. Pandelon, *esquisse d'une théorie politique du mensonge*, LGDJ Thèse, 2002, tome 107, p. 99.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Ainsi, en 1962, la réforme souhaitée par De Gaulle a accentué le caractère présidentiel de la Ve République, au détriment de son caractère parlementaire[372]. La possibilité d'élire le Président de la République au suffrage universel direct a été entérinée par référendum établissant ainsi une nouvelle forme de légitimité, et donc un nouveau lien direct entre la Nation et l'Etat[373].

367. Le quinquennat jouera probablement à terme le même rôle quant au renforcement du Président par rapport au Parlement. Celui-ci se trouvera lié davantage encore à l'exécutif du fait de la concordance des mandats. Le président gagnera en légitimité du fait de l'intervention plus fréquente des citoyens. L'évolution récente du système institutionnel fait d'ailleurs d'ores et déjà apparaître cette tendance[374].
L'exécutif devient l'organe de l'Etat qui exerce la souveraineté, au détriment du Parlement, sensé représenter la Nation. Ce propos reste cependant à nuancer au regard du rééquilibrage institutionnel opéré par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, visant à attribuer davantage de pouvoirs au Parlement. Plusieurs points peuvent être relevés pour justifier de ce rééquilibrage et notamment, le partage de l'ordre du jour des assemblées[375], un contrôle parlementaire renforcé, une utilisation plus mesurée de l'article 49-3[376].

368. Au delà, le parlement subi aussi une perte d'influence avec l'instauration du contrôle de constitutionnalité qui met définitivement fin au dogme de la toute puissance de la loi.

§ 2. Le juge constitutionnel : un nouvel acteur dans le lien Etat/Nation

369. La loi a toujours eu une place centrale en France et les tentatives pour instaurer un contrôle de constitutionnalité n'ont jamais eu de réelle portée jusqu'en 1958. C'est ainsi que les tentatives antérieures à la IVe République étaient dénuées de tout fondement juridique, car toujours liées au pouvoir politique[377]. Le comité constitutionnel de la IVe République était

[372] De Gaulle dira lui-même que cette réforme est nécessaire pour que le futur président, qui n'aurait pas sa légitimité historique, puisse avoir la confiance explicite de la Nation. Réflexion issue du discours prononcé le 20 septembre 1962 à la radio et la TV. Il voyait également dans cette élection au suffrage universel direct un moyen de libérer le président du système de partis et des assemblées.

[373] Cette situation est entérinée par la révision constitutionnelle promulguée le 6 novembre 1962, elle est inscrite à l'article 6 de la Constitution.

[374] Voir en ce sens un article de C. Boutin, *le président de la République, homme de la Nation,* in *que reste-t-il de la Nation dans la Constitution,* édition Cujas, actes du colloque du centre de recherche Hannah Arendt, ICES 2007, pp. 191 et suiv.

[375] L'ordre du jour n'est désormais plus entièrement soumis à la prééminence du gouvernement.

[376] Voir sur ces points, O. Dord, *vers un rééquilibrage des pouvoirs publics en faveur de parlement*, RFDC 2009, n°77, pp. 99 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

plus indépendant mais n'a jamais été véritablement saisi, ce qui a rendu, de fait, son contrôle totalement inopérant[378].

370. L'intégration du juge constitutionnel dans les institutions de la Ve République a achevé de faire perdre à la loi la position suprême qu'elle avait auparavant[379]. Le Parlement est tenu de respecter la Constitution et il ne représente plus l'expression absolue de la volonté générale[380]. Le contrôle de constitutionnalité en France est limité mais le fait qu'il existe affaibli déjà considérablement la place du Parlement, dont l'œuvre n'est plus au sommet de la hiérarchie des normes. D'ailleurs dans l'esprit des fondateurs de la Constitution de 1958, le contrôle de constitutionnalité avait clairement pour but de cantonner l'action du Parlement[381].

371. L'action du Parlement est réduite mais seulement dans la mesure des possibilités offertes au contrôle de constitutionnalité. C'est ainsi que la vérification constitutionnelle en France est d'abord un contrôle de constitutionnalité a priori, sur saisine des autorités publiques de l'Etat, et qu'il est de ce fait, largement limité puisque peu de lois sont en réalité soumises au contrôle[382]. Le Conseil constitutionnel ne dispose pas du pouvoir de s'autosaisir dès qu'il l'estime nécessaire et les citoyens ne peuvent pas davantage directement le saisir[383].

372. Toutefois sur cette question, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 peut venir modifier le paysage en instaurant une procédure d'examen de constitutionnalité par voie d'exception (articles 61-1 et 62 de la Constitution)[384]. La question prioritaire de

[377] Il s'agit ici de rappeler les diverses tentatives de contrôle de constitutionnalité qui ont été envisagées. Sieyès avait envisagé une « jurie constitutionnaire » qui n'a jamais vu le jour. Sous le premier et le deuxième Empire, le Sénat devait jouer ce rôle mais il était totalement lié à l'exécutif, ce qui le privait d'une quelconque efficacité.

[378] L'expérience du comité constitutionnel de la IVe République aurait pu fonctionner mais faute de saisine, il devenait de fait inutile. La seule saisine a eu lieu en 1948, sur une question qui était mineure.

[379] C'est en ce sens que l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen proclamait : *« la loi est l'expression de la volonté générale ».* Elle est la volonté du peuple qui passe par ses représentants.

[380] Nous reviendrons plus loin sur cette question du contrôle de constitutionnalité et de la supraconstitutionnalité.

[381] M. Debré envisageait ce contrôle comme *« une arme contre la déviation des régimes parlementaires ».*

[382] L'article 61 alinéa 2 de la Constitution de 1958 énumère limitativement les autorités habilitées à saisir le Conseil constitutionnel. Il s'agit du Président de la République, du Premier ministre, du Président de l'Assemblée nationale, du Président du Sénat, ainsi que de 60 députés ou 60 sénateurs.

[383] L'exclusion du Parlement n'est donc pas totalement entérinée. Les citoyens n'ont pas un libre accès à ce qui pourrait être une forme de sanction indirecte des représentants par le contrôle de constitutionnalité. Il n'existe pas en France de droit de saisine directe par les citoyens. L'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité ne dément pas cela puisqu'il s'agit d'un contrôle par voie d'exception et a posteriori.

[384] Voir la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, JO 11 décembre 2009, p. 21381. Voir également l'ensemble des textes d'application : loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, JO 11 décembre 2009, p. 21379 ; décret n° 2010-148, JO 18 février 2010, p. 2969 et décret n° 2010-149 du 16 février 2010, JO 18 février 2010, p. 2973.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

constitutionnalité permet au justiciable d'invoquer, dans le cadre d'un contentieux devant les juges du fond, l'inconstitutionnalité d'une loi portant atteinte aux droits et libertés[385].
Les enjeux d'une telle procédure sont grands mais seule la pratique dira si le contrôle de constitutionnalité s'en trouve approfondi, et si le déclin du dogme de la loi se poursuivra[386].

373. L'évolution du rôle du Conseil constitutionnel apporte paradoxalement à la fois un renforcement de l'affaiblissement de la place du Parlement et en même temps, un certain regain d'importance.
D'un côté, et depuis 1971, le Conseil constitutionnel va bien au-delà du simple contrôle du respect de la frontière loi / règlement, et il est devenu un garant des droits fondamentaux, à la place du Parlement[387]. En effet, la protection des droits n'est plus seulement assurée par la loi mais bien plus par la Constitution. Peu à peu, le Parlement n'est plus le symbole de la protection des droits, mais plutôt un organe chargé de produire des textes régulateurs.
De l'autre, le Conseil constitutionnel contribue pourtant à opérer un rééquilibrage au profit du Parlement face à un exécutif toujours plus puissant. Le Conseil constitutionnel protège toujours le domaine réservé au législateur, et veille à ce que le parlement soit respecté dans ses fonctions.

374. Le juge constitutionnel devient un garant de la Constitution, voulue par la Nation et régissant l'Etat ; et c'est en ce sens qu'il constitue un nouvel acteur dans le lien Etat/Nation. En effet, au même titre que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, le juge constitutionnel a un rôle à jouer dans la personnification de la volonté nationale. L'instauration d'un Conseil constitutionnel modifie en effet le lien qui peut exister entre les citoyens et l'Etat dans la mesure où il est chargé de faire respecter la loi fondamentale, alors que ce rôle est normalement dévolu aux représentants.

375. Ce nouveau lien est d'ailleurs construit sur un paradoxe puisque les membres des juridictions suprêmes ne sont pas élus. Cette représentation sans élection reste particulière dans une démocratie largement fondée sur un système électif. Cette donnée est en réalité une

[385] L'article 61-1 de la Constitution, dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, ouvre une possibilité de contrôle a posteriori de la loi. Voir pour des précisions sur ce nouveau contrôle C. Lepage, *l'exception d'inconstitutionnalité au regard de la pratique judiciaire et des rapports de pouvoir*, in les petites affiches, 19 septembre 2008, pp. 3 et suiv. Voir également, X. Magnon, *la QPC, beaucoup de bruit pour quoi ?* AJDA 2010, p. 1673.

[386] On peut toutefois constater d'ores et déjà l'importance de ce mécanisme. À titre d'exemple la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, n°2010-14/22 QPC qui déclare largement inconstitutionnel le régime de droit commun de la garde à vue, comporte de grandes conséquences, avec une obligation de modification de ce régime. JO 31 juillet 2010, p. 14198, cahiers du Conseil constitutionnel 2010, n° 30, p.1. Voir également F. Fournié, *nouvelles considérations « huroniques »*, JCP 20 septembre 2010, pp. 1714-1716 ; F. Chaltiel, *le régime juridique de la garde à vue est inconstitutionnel,* Gaz. Pal 9 novembre 2010, pp. 3 à 10.

[387] Décision n° 71-44 DC « liberté d'association » du 16 juillet 1971. Voir J. Rivero, AJDA 1971, p. 537.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

autre facette de la crise de la représentation, les citoyens ayant plus confiance en une autorité non élue, alors même qu'ils ne connaissent que très peu son fonctionnement. De ce point de vue également, le lien Etat / Nation ne passe plus seulement par des assemblées élues.

376. Dorénavant, le lien Etat / Nation passe davantage par l'exécutif ou le juge constitutionnel que par le Parlement. Cette nouvelle forme de lien en dehors de la représentation s'analyse aussi à l'échelle européenne, et se révèle finalement bien incapable de maintenir un véritable lien indéfectible, comme l'avait envisagé les auteurs révolutionnaires et post révolutionnaires.

§ 3. La modification du lien Etat/Nation par les instances européennes

377. La crise de la représentation comporte aussi un aspect européen qui permet d'abonder dans le sens d'un affaiblissement du Parlement. Tout d'abord, les représentants nationaux sont dorénavant doublés de représentants au niveau européen[388], sans que la représentation gagne véritablement en qualité, du moins aux yeux des citoyens. Ainsi, l'élection directe des représentants européens[389] ne leur a pas véritablement apporté une légitimité supplémentaire.

378. Au niveau européen, on constate que la tendance au renforcement de l'exécutif persiste, avec une profonde crise du système démocratique, entièrement étouffé par une puissante technocratie[390]. Le Parlement européen n'a donc encore qu'une place limitée, alors pourtant que cette place a des incidences sur les parlements nationaux. Ainsi, et sans entrer ici dans les détails du fonctionnement du Parlement européen, on note que l'existence d'un parlement européen affaiblit les parlements nationaux, sans pour autant que sa place soit essentielle au sein des institutions européennes.
Le Parlement national est en partie dépossédé de son pouvoir dans la mesure où les décisions ne se prennent plus à son échelle[391]. C'est ainsi que lorsqu'il transpose une directive, sa marge de manœuvre est très réduite, et qu'il ne dispose plus du choix politique qu'il avait

[388] Le Parlement européen existe depuis l'origine de la Communauté européenne et a été prévu par l'article 138 du Traité de Rome. Le Traité de Lisbonne consacre d'ailleurs son rôle de représentation : *« les citoyens sont directement représentés, au niveau de l'Union, au Parlement européen » (article 10 TUE).* Par ailleurs, l'article 14 TUE est spécifiquement consacré au Parlement européen.

[389] Voir l'accord du 20 septembre 1976 autorisant l'élection directe du Parlement européen. Décision européenne, n° NOR 376D0787, *« élection directe au Parlement européen »,* JO 8 octobre 1976, p. 1. Pour des précisions sur cette question, voir C. Zorgbibe, *histoire de la construction européenne*, PUF, 1993, pp. 227 et suiv.

[390] Le Traité de Lisbonne tente un rééquilibrage institutionnel en donnant davantage de place au Parlement européen. L'application du texte permettra de préciser si ce rééquilibrage est un succès.

[391] Même si un système informel d'échange entre le Parlement européen et les Parlements nationaux a été mis en place. La COSAC, organe de coopération entre les commissions des parlements nationaux chargées des affaires européennes, a été créée en mai 1989. Voir l'article 10 du protocole n° 1 du Traité de Lisbonne.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

auparavant. Les mécanismes de participation des parlements nationaux à la législation européenne sont réduits en droit français, et le rejet de la Constitution européenne n'avait pas permis de renforcer les pouvoirs du Parlement[392].

379. Toutefois, sur ce point, le Traité de Lisbonne apporte des nuances à l'affaiblissement du rôle des parlements nationaux en reprenant en partie les avancées du texte de 2004. Ainsi, l'article 12 TUE ainsi que le 1er protocole, qui est spécifiquement dédié aux parlements nationaux, prévoient des mesures d'information[393] ainsi que des mécanismes de coopération parlementaire[394]. Seule la pratique permettra toutefois d'évaluer l'efficacité de ces mécanismes[395], pour redonner une place essentielle aux parlements nationaux, au cœur du dispositif de construction communautaire.

380. Le mécanisme de la construction européenne fragilise l'Etat mais il modifie également le lien Etat / Nation dans la mesure où il contribue à diluer les responsabilités ainsi que l'identification du pouvoir politique. Les citoyens sont largement dépossédés de leur pouvoir d'action et estiment ne plus être véritablement représentés par les personnes chargées de le faire. On constate, comme au niveau national, une distanciation entre la Nation et les parlementaires européens, qui conduit à une disparition de la représentation exclusive par le pouvoir législatif.
Ainsi, dans ce contexte, les valeurs démocratiques sont également défendues au niveau européen par la Cour de justice composée de membres non élus, ce qui modifie le lien naturel entre les citoyens et la structure de gouvernement[396]. Cette représentation par des juges non élus est encore un élément de la crise de la représentation puisque les membres du parlement européen sont élus mais que leur pouvoir est largement limité, et concurrencé.

381. Le lien de la Nation avec l'Etat ne passe donc plus seulement par la représentation mais semble davantage s'orienter vers un rapport direct ou vers des organes dont la légitimité est plus incertaine mais qu'il est plus aisé d'appréhender. Pourtant ce nouveau lien est loin d'être

[392] On pense au premier protocole annexé à la Constitution européenne qui élargissait le droit d'information des parlements nationaux, et qui donnait surtout aux parlements nationaux le rôle de gardien de la subsidiarité. Une modification constitutionnelle s'imposait en droit français pour que le parlement puisse exercer cette prérogative (voir la décision n° 2004-505 DC, JO 24 novembre 2004, p. 19885). Voir sur ce point S. Rodrigues, *quelles marges de manœuvres pour le pouvoir national,* RPP 2005, n° 1034, pp. 36 et suiv.

[393] Les documents de consultation de la commission doivent être transmis aux parlements nationaux, ainsi que tout document de programmation législative annuelle. Les projets d'actes législatifs font également l'objet d'une transmission. Cette pratique existait déjà avant Lisbonne, mais elle est désormais largement officialisée.

[394] Cette coopération fait l'objet d'un titre II dans le 1er protocole.

[395] En effet, une possibilité est offerte aux parlements nationaux de présenter un avis motivé sur la conformité des textes au regard du principe de subsidiarité. Cependant, nul ne sait si cette possibilité sera réellement utilisée.

[396] Cette représentation passe également dans une certaine mesure par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) ; nous y reviendrons.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

aussi pertinent que celui qui existait du fait de la représentation, il devient plus flou, plus évolutif et aussi plus distant, ce qui pose une fois de plus, la question de son existence.

§ 4. La fragilisation du lien Etat/Nation : une reconstruction impossible de l'unité

382. Le lien Etat/Nation ne s'est d'abord pas totalement affranchi de la représentation qui reste déterminante malgré cette contestation. Ainsi, il est impossible de dire que la représentation ne joue plus aucun rôle dans la structure étatique. Elle a toujours sa place et pour des raisons pratiques, autant qu'historiques, il est impossible d'envisager en l'état actuel des choses sa disparition. Le lien Etat/Nation passe donc encore par les représentants même si les citoyens contestent ce lien.

383. De plus, le lien fondé sur l'exécutif n'est pas aussi fort qu'on pourrait le prétendre et ce pour deux raisons. L'une tient à l'idée que même si le Président de la République est directement élu par les citoyens, il n'en reste pas moins pour autant contesté, et n'est pas en tout état de cause ce qu'on pourrait qualifier de monarque républicain absolu[397]. Il ne fait le lien entre la Nation et l'Etat que pour autant qu'il garde sa légitimité et ce pour une période de cinq ans au maximum. L'autre tient à l'idée que le gouvernement quant à lui n'est légitime que parce qu'il est issu d'une majorité élue, ce qui renvoie pour le moins implicitement à la représentation.

384. Le lien fondé sur la constitutionnalisation de l'Etat, ou du moins sur sa juridicisation ne permet pas davantage de favoriser une unité Etat/Nation car si le juge constitutionnel a pour mission de défendre les droits fondamentaux et qu'en ce sens, il est au service de la Nation, il n'en reste pas moins qu'il n'a pas été élu pour cette mission. De plus, il n'a pas davantage un pouvoir absolu puisque son contrôle est limité par la Constitution.

385. Le lien Etat/Nation connaît donc une remise en question sans précédent qui porte atteinte à l'unité théorique de la souveraineté. Ainsi, la représentation est le symbole de la rencontre entre la volonté souveraine de l'Etat et la volonté souveraine de la Nation. Tout affaiblissement de cette représentation expose à une disparition de l'unité de la souveraineté et c'est la fracture entre l'Etat et la Nation qui entérine définitivement la distinction entre la souveraineté de l'Etat et celle de la Nation.
Même si les deux souverainetés restent liées, elles ne se confondent plus, et cette différenciation pose la question de savoir si plusieurs souverainetés peuvent coexister alors que la notion dégagée par les auteurs est unitaire et indivisible.

[397] Le Président n'est pas totalement libre d'agir au prétexte qu'il est élu par la Nation. De plus, le désenchantement post élection est toujours rapide, notamment lorsque plusieurs mandats sont effectués.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

386. Couplée avec l'avènement de la souveraineté juridique comme concept déterminant de l'Etat fédéral, cette question de la nature du pouvoir souverain se pose avec force. La souveraineté peut-elle encore être absolue et doit-on la confier à l'Etat ou à la Nation ?

387. Au terme de ce développement, le concept de souveraineté perd déjà assez largement son caractère unitaire, d'autant plus qu'il existe en parallèle de la distanciation Etat/Nation une modification des deux notions juridiques elles-mêmes[398]. À l'origine profondément unitaires, les concepts d'Etat et de Nation voient cet aspect remis en cause, mais ce n'est pas le seul critère de la souveraineté qui est atteint. Le principe d'indivisibilité qui s'applique à l'Etat comme à la Nation, et qui garantit une souveraineté absolue, est également largement remis en question ; le cœur même de la définition de l'Etat-Nation reposant sur l'indivisibilité est alors touché.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

[398] Sans qu'on puisse savoir si c'est l'affaiblissement de la Nation et de l'Etat qui entraîne la rupture du lien ou si au contraire, c'est la rupture qui dilue le concept de Nation et le concept d'Etat. Il semble qu'a priori, les influences soient réciproques.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

TITRE 2 :

Un absolu en cause :
la fin de l'indivisibilité de l'Etat républicain et de la Nation

388. L'indivisibilité est la qualité de ce qui ne peut être divisé. Elle n'a jamais été remise en cause en droit français, prenant sa source dans la monarchie et perdurant après la révolution. Ce principe concerne l'Etat et signifie qu'il ne peut être morcelé pour quelque cause que se soit[399]. Mais il va au-delà et qualifie également un lien entre l'Etat, son territoire et la Nation car l'indivisibilité concerne aussi cette dernière. L'indivisibilité est un critère essentiel de la souveraineté qui prend sa matérialité dans l'Etat et dans la Nation. Si à ce stade, elle est mise en cause, alors le concept de souveraineté est également en cause dans sa définition.

389. Le mythe de l'Etat unitaire et indivisible a longtemps été un concept essentiel servant d'assise fondamentale à la conception absolue de la souveraineté. L'indivisibilité s'applique en effet à l'Etat, à la Nation et au lien Etat/Nation. Cet amalgame favoriserait la mise en place de la souveraineté absolue. Toutefois, l'indivisibilité est fragilisée dans tous ses aspects.

390. Un constat s'impose dans l'évolution historique et juridique de l'Etat : l'indivisibilité qui est pourtant toujours constitutionnellement affirmée reste d'une manière générale largement utopique (CHAPITRE 1).
Ce mouvement de déstructuration trouve son pendant dans la contestation du principe de l'indivisibilité et de l'unité de la Nation, qui connaît également des évolutions majeures (CHAPITRE 2).

[399] Voir en ce sens la définition donnée par G. Cornu, in *vocabulaire juridique*, PUF, 2002, p. 941.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

CHAPITRE 1 :

De l'Etat indivisible à l'Etat décomposé : la fin du mythe de l'Etat unitaire

391. Dans l'Etat moderne, la complexité des dossiers et l'augmentation de l'interventionnisme, oblige l'Etat à multiplier les acteurs institutionnels. Au sein même de son organisation, l'Etat n'est plus entièrement centralisé, son organisation est fragmentée. La fin de l'indivisibilité de l'Etat est fondée sur une application de plus en plus conséquente de la théorie de l'organe. L'Etat central connaît de profondes mutations qui modifient ses caractéristiques.

392. D'un point de vue administratif d'abord, l'Etat ne peut continuer à centraliser totalement l'ensemble des pouvoirs, il est contraint, tant au niveau national que local à mettre en œuvre divers échelons qui constituent une première division du pouvoir (Section 1).

393. Sur le plan politique ensuite, l'Etat se résout également à mettre en œuvre des pouvoirs locaux, dont les formes varient au fil du temps, autant que leur degré d'autonomie mais qui traduisent aussi une divisibilité du pouvoir. (Section 2).

394. Cette divisibilité, esquissée dans le cadre des pouvoirs locaux sur le territoire métropolitain, est accentuée pour ce qui concerne l'Outre mer et la Corse (Section 3).

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Section 1 : La division administrative de l'Etat : un sommet déstabilisé

395. La vision d'un Etat intégralement centralisateur reste de l'ordre de l'utopie tant les contraintes territoriales et administratives ont très tôt imposé à l'Etat une organisation déconcentrée. Toutefois, la personnalité morale de l'Etat et un pouvoir de commandement sur l'ensemble des instances déconcentrées ont parfois conduit à maintenir la fiction d'un Etat omniscient et indivisible.

§ 1. L'Etat sommet fondé sur le mythe de l'indivisibilité

396. Le principe d'indivisibilité est l'un des éléments qui caractérise la souveraineté et la doctrine de droit public l'a toujours consacré. Il est couramment rattaché à la République et à l'Etat sans qu'on analyse vraiment le lien qui les unit et s'il est logique qu'on associe la République à l'Etat.
En effet, cette association de l'Etat à la République ne va pas de soit, elle est le produit d'une réflexion théorique ainsi que d'une pratique institutionnelle spécifique à la France. Ainsi, l'expression *« la République »* a déjà plusieurs sens dans la langue française[400]. Elle peut être considérée à la fois comme une forme de gouvernement et comme la forme même de l'Etat.

397. En France, et dans les textes constitutionnels de 1884, 1946 et 1958, la République est d'abord une forme de gouvernement qui écarte le système héréditaire et la fonction élective à vie[401]. Cette volonté d'écarter toute transmission héréditaire du pouvoir passe également par une protection spécifique de la République, notamment dans le Constitution de 1958, qui prône l'impossibilité de remise en cause de la forme républicaine du gouvernement.

398. Dans notre droit public, l'Etat signifie également deux choses distinctes, il est à la fois un tout et un élément du tout. Dans une première acception, l'Etat est d'abord une institution politique qui englobe toutes les institutions nationales[402]. Dans une seconde acception, l'Etat

[400] Sur ce point, on peut se référer à l'analyse juridique effectuée par A. Viola sur les formes de la République et sa signification en droit français. La République est à la fois une chose publique, une forme de gouvernement, un ensemble de valeur, un principe constitutionnel. Voir A. Viola, *la notion de République dans la jurisprudence* du Conseil constitutionnel, LGDJ Thèse, 2002.

[401] Dès 1848 d'ailleurs la République était envisagée comme une forme de gouvernement. Le préambule de la Constitution indiquait : *« la France s'est constituée en République. En adoptant cette forme de gouvernement… »*. Cette formulation a simplement été reprise par la suite dans les Constitutions des autres républiques.

[402] Que ce soient les institutions législatives, judiciaires, exécutives, y compris au niveau local.

est une institution de nature administrative qui a une organisation propre, distincte des collectivités locales, et qui s'identifie au sommet par le pouvoir exécutif[403].

399. Selon cette première définition de l'Etat, et au plan doctrinal, la République serait donc un synonyme de l'Etat. Les auteurs révolutionnaires, et plus spécialement Robespierre considérait la République comme une forme d'Etat[404]. M Hauriou reprendra cette idée que la République est indissociable de l'Etat lorsqu'il écrira que la République se veut être la forme d'Etat la plus adaptée à la souveraineté nationale[405]. Ultérieurement et au début de la IVème République, M. Debré estimera à son tour que la République, c'est l'Etat légitime[406].
On ne peut citer l'ensemble des auteurs qui considèrent que la République et l'Etat sont synonymes car cette idée s'est imposée au fil des années d'expérience républicaine. Cette conception est ainsi entérinée dans la pratique puisque la Constitution de 1958 consacre cet amalgame entre l'Etat et la République[407].

400. Au regard de cette conception qui associe la République et l'Etat, proclamer l'indivisibilité de la République revient donc à affirmer l'indivisibilité de l'Etat. Dès la Révolution française, ce principe d'indivisibilité est couplé avec le principe d'unité pour instaurer un pouvoir étatique capable de résister aux retours éventuels de la monarchie[408]. Or cet aspect fonctionnel de l'indivisibilité a disparu aujourd'hui et c'est là l'un des éléments qui explique que ce principe perde progressivement en importance. La République est peut-être victime de son succès ; du fait du triomphe du régime républicain, sur les autres régimes politiques, l'indivisibilité ne va plus de soi.

401. En réalité, le principe d'indivisibilité de l'Etat implique deux significations distinctes selon qu'on considère l'Etat comme une institution politique ou comme une institution administrative. Ainsi, d'un point de vue administratif et juridique, l'indivisibilité implique une absence de division territoriale alors que d'un point de vue politique, l'indivisibilité va au-delà, puisqu'elle signifie une absence de division de la souveraineté[409].

[403] Sur cette dichotomie de la définition de l'Etat, voir J.-F. Brisson, *la France est une République indivisible, son organisation est décentralisée*, RDP 2003, p. 112.

[404] Voir en ce sens son discours à la convention, in archives parlementaires 25 septembre 1792, t 52, p. 134. Voir également Robespierre cité par M.-P. Deswartes, in *essai sur la nature juridique de la République*, l'Harmattan, 2003, p. 24.

[405] Voir M. Hauriou, *précis de droit constitutionnel*, Sirey 1929, p. 344.

[406] M. Debré, *la mort de l'Etat républicain*, Gallimard, 1947.

[407] L'article 1er de la Constitution de 1958 précise que *« la France est une République indivisible »*. En ce sens également, les articles 5 et 16 font référence à *« l'intégrité du territoire »*.

[408] Voir M.-P. Deswartes, in *essai sur la nature juridique de la République*, l'Harmattan, 2003, p. 264.

[409] Le Conseil constitutionnel distingue la notion d'indivisibilité de la République et celle d'intégrité du territoire, mais il associe toujours les deux notions. Voir par exemple, la décision n° 82-137 DC du 25 mars 1982, JO du 3

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

402. La conception politique de l'indivisibilité suppose en effet que le pouvoir confié à l'Etat ne se partage pas, et est exercé par une seule entité. Le modèle de l'Etat centralisé découle inévitablement de ce principe, il est fondé sur l'idée que l'Etat est le sommet de tout pouvoir. Il décide de tout et en dernier ressort au nom de l'exercice du pouvoir souverain. Le principe d'indivisibilité est donc lié au principe de souveraineté puisque l'indivisibilité politique de l'Etat est l'une des manifestations concrètes du lien établi par la doctrine et notamment J Bodin.

403. La conception administrative de l'indivisibilité engendre quant à elle l'organisation concentrée de l'Etat français. Elle se rapproche du concept d'intangibilité du territoire et elle suppose une application uniforme de la règle de droit dans l'Etat. Mais cette conception n'a finalement jamais pu être poussée à l'extrême, car, même à l'époque révolutionnaire, les échelons territoriaux ont été en pratique rendus nécessaires.

404. L'indivisibilité administrative est un principe qui ne se concilie pas avec les faits, et pour cette raison, il a été conjugué avec le principe d'uniformité. L'utilisation de la notion de personne morale, ainsi que l'exigence d'une uniformité a permis au dogme de l'indivisibilité de s'imposer[410]. Avec cette fiction juridique, l'Etat redevient un tout quelque soit les institutions administratives qui le composent, et qui interviennent en son nom.

§ 2. La fiction de la personnalité morale : l'Etat sommet

405. La théorie de l'Etat institution[411] et la consécration de la personnalité morale de l'Etat au fil du temps[412] a permis au principe d'indivisibilité de connaître un maintien certain, malgré l'augmentation considérable des services étatiques, notamment dans les échelons déconcentrés.
La personnalité morale a finalement permis de concilier le principe d'indivisibilité administrative de l'Etat et la division réelle qu'il connaît dans les faits, en raison d'une influence croissante de la théorie de l'organe et de la séparation des pouvoirs. Ainsi, ces deux

mars 1982, p. 759. Voir également la décision n° 82-138 DC du 25 mars 1982, JO du 27 février 1982, p. 696.

[410] À la Révolution, l'indivisibilité s'entend *« comme la traduction de l'unité parfaite et même de l'uniformité totale des subdivisions administratives »,* selon une expression de M. Debbasch, in *l'indivisibilité de la République et l'existence de statuts particuliers en France,* RFDC 1997, p. 359.

[411] Telle que défendue par M. Hauriou : *« l'Etat, c'est l'institution des institutions »*, voir Précis de droit constitutionnel, Sirey 1929. G. Burdeau poursuivra dans cet esprit en estimant que *: « l'Etat, c'est le pouvoir institutionnalisé ».*

[412] L'Etat est progressivement une personne ayant des droits et des devoirs comme toute personne physique, mais du fait de son statut, sa personnalité morale se distingue naturellement des personnes morales de droit privé.

théories, qui impliquent une répartition des tâches de l'Etat entre plusieurs instances, ont joué ici un rôle important dans la fragmentation de l'Etat, conçu comme une institution administrative autonome, sans pour autant emporter de conséquences sur le caractère indivisible de l'Etat.

406. Après la Révolution, l'Etat n'est plus seulement incarné par le roi et par les ministères mais aussi par le Parlement et les cours de justice, qui participent à l'exercice du pouvoir souverain. La nécessaire application de la séparation des pouvoirs implique un Etat central ayant des visages différents ; il s'agit de la première étape de la division administrative de l'Etat. Chaque organe peut affirmer agir pour l'Etat, et exercer une partie des prérogatives souveraines de celui-ci[413]. La divisibilité institutionnelle est donc possible, sans signifier pour autant la divisibilité de l'Etat, conçu comme personne morale.

407. C'est probablement également l'adoption définitive du système démocratique qui renforce l'usage de la séparation des pouvoirs et qui de ce fait, rend impossible le maintien du principe d'indivisibilité de l'Etat, sans le recours à une vision abstraite de celui-ci, en tant que personne morale, dont les organes ne sont que des composantes.
Grâce au recours à la personnalité morale, la division administrative n'impliquerait pas une divisibilité de l'Etat, mais seulement un mode d'organisation de l'entité suprême. L'Etat resterait donc malgré son organisation divisée, une entité abstraite d'où part tous les pouvoirs et c'est en ce sens que l'Etat peut-être qualifié de sommet polymorphe[414].

408. La notion de sommet polymorphe qualifie également assez nettement le processus issu d'une seconde étape dans la division administrative de l'Etat qui résulte de la théorie de l'organe. Comme nous l'avons évoqué, cette théorie suppose qu'au sein de l'Etat, il existe plusieurs entités, de représentation et d'exécution qui agisse en son nom. Or cette théorie de l'organe qui implique une division du pouvoir est aujourd'hui largement appliquée dans l'Etat, pas seulement au niveau central mais également au niveau local.

409. La divisibilité de l'Etat, au sens administratif du terme[415] a pris un tournant encore plus accentué au cours du XXème siècle, du fait de l'accroissement sans précédent des missions de l'Etat, mais elle ne modifie en rien l'indivisibilité politique de l'Etat conçu comme personne

[413] Les pouvoirs de police et de direction des affaires courantes sont confiés à l'exécutif, le Parlement a le pouvoir de faire la loi, et les juges obtiennent le pouvoir exclusif de rendre la justice. Les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire sont d'ailleurs prévus par le texte constitutionnel, véritable clef d'organisation de la séparation des pouvoirs.

[414] Les organes centraux de l'Etat sont multiples mais puisqu'ils n'ont pas la personnalité morale, ils n'agissent qu'au nom de l'Etat, dans le cadre d'un fort pouvoir hiérarchique, qui, nous le verrons, contribue au maintien du principe d'indivisibilité.

[415] L'Etat est compris ici comme une institution administrative, ayant une organisation propre, distincte des collectivités territoriales. Il s'agit ici des services centraux et des services déconcentrés de l'Etat.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

morale. Ainsi, et en l'absence d'autorités capables de le concurrencer en son sein ; l'Etat apparaît en réalité comme un sommet capable de maîtriser l'ensemble des organes qui le compose[416].

410. L'analyse de la division administrative territoriale de l'Etat confirme d'ailleurs cette forme d'indivisibilité de l'Etat qui, en tant que personne morale, peut être qualifié de sommet polymorphe.

§ 3. L'Etat et sa division administrative : un sommet polymorphe

411. Nous l'avons vu, la théorie de l'organe déroge à l'indivisibilité dans le sens où elle autorise une division dans l'exercice de la souveraineté. Il existe plusieurs organes au sein de l'Etat qui sont habilités à exercer le pouvoir souverain. Au niveau national, les ministères et le parlement exercent le pouvoir, avant de le déléguer au niveau local à d'autres instances qui sont soumises à une logique hiérarchique. L'Etat reste en ce sens un sommet d'où part le pouvoir souverain, mais il n'a plus une composition unitaire[417].

412. La fragmentation due à la séparation des pouvoirs se retrouve au niveau local, en raison d'une application poussée de la théorie de l'organe. Cette organisation territoriale déconcentrée repose principalement sur les préfets et les préfets de région, figures de l'Etat au sein des échelons locaux. Ils exercent une mission au nom de l'Etat qui consistent à la fois à garantir l'égalité sur tout le territoire, mais aussi à relayer les politiques nationales au niveau local. Paradoxalement, les préfets traduisent une division territoriale autant qu'une unité centralisatrice.

413. Le rôle de centralisation aujourd'hui confié au préfet a toujours eu une existence y compris par le biais des intendants sous la monarchie[418], mais ce rôle a été largement critiqué. A la Révolution, la fonction d'intendant est donc supprimée pour garantir un lien direct entre les assemblées locales élues et l'exécutif[419], l'objectif étant de supprimer la hiérarchie qui

[416] L'uniformité sur tout le territoire de l'Etat s'impose du fait de l'indivisibilité, car toute différenciation rendrait possible une division.

[417] Le pouvoir central reste un sommet grâce au lien hiérarchique mais il est polymorphe parce que sa composition est diversifiée. Tant que son organisation administrative reste rationnelle, la division ainsi créé n'a pas d'influence sur l'exercice global de la souveraineté.

[418] L'intendant sous la monarchie se distinguait du préfet dans la mesure où sa circonscription territoriale était distincte, et son pouvoir diffus, mais il était le plus proche ancêtre du préfet tel qu'on le connaît aujourd'hui. Pour des précisions sur cette institution, voir V. Goutal-Arnal, *l'intendant, « l'homme de main » du gouvernement, brocardé par les français*, in *préfet et développement local*, Dalloz, 2002, pp. 27 et suiv.

[419] Loi du 22 décembre 1789, *« constitution des assemblées représentatives et corps administratifs »,* JO 20 août 1944, p. 85.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

existait sous la monarchie. Pourtant, la centralisation et l'organisation hiérarchique de l'Etat reviennent progressivement et c'est surtout sous le Consulat que le préfet a vraiment gagné son titre de représentant de l'Etat dans le département[420].

414. Les missions des préfets de département sont multiples, au point qu'il est délicat de les recenser de manière complète[421]. Il a d'abord un rôle de garant de l'ordre public, il incarne l'Etat et à ce titre, il exerce des missions de sécurité[422], de contrôle[423] et de prévention[424]. Ce rôle étatique apparaît également lorsque le préfet exerce des missions en matière d'éducation, et en matière de police des étrangers.

415. Les missions des préfets de département évoluent également en fonction des attributions de l'Etat et du rôle dévolu aux préfets de régions. Le champ d'intervention des préfets de région ne cesse de se développer[425] au fil des réformes et dans certains domaines, ils supplantent d'ailleurs les préfets de département[426]. Cependant, il n'existe pas de lien hiérarchique entre les autorités préfectorales qui restent indépendantes. Le préfet de département n'est pas tenu à l'égard du préfet de région, et cette absence de hiérarchie créée en réalité deux échelons territoriaux distincts qui contribuent à la fragmentation administrative de l'Etat, avec des incidences possibles sur l'unité de l'Etat.

416. Avant la réforme constitutionnelle de 2003, l'organisation préfectorale était donc parfois perturbée par des actions non concertées voire contradictoires, du fait de cette absence de

[420] La loi du 28 pluviôse An VIII (17 février 1800) institue officiellement les préfets dans chaque département (JO 20 août 1944, p. 88). Comme l'écrit M. Verpeaux, cette loi instaure une véritable hiérarchie entre les préfets, les sous préfets et les maires. In *les collectivités territoriales en France,* Dalloz connaissance du droit, 2010, p. 29.

[421] Le guide des compétences juridiques du préfet qui parait chaque année détaille précisément, en 350 pages, l'ensemble de ces compétences dans tous les domaines… Voir les compétences juridiques du préfet, édition du journal officiel.

[422] Les pouvoirs de police du préfet sont importants puisqu'il s'agit d'une compétence d'Etat, notamment en cas de manifestations et de violences urbaines. Le préfet assure également toutes les missions de défense civile.

[423] Il s'agit ici principalement d'évoquer le droit des autorisations publiques, à titre individuel, pour les particuliers ou les entreprises. Pour des précisions sur cette question, voir M Crozier, *le préfet, distributeur des autorisations publiques individuelles*, in B. Larvaron, *le préfet face au XXIe siècle*, économica, 2001, pp. 54 et suiv.

[424] Voir en ce sens C. Peguy, *le préfet responsable de l'ordre public*, in B. Larvaron, *le préfet face au XXIe siècle*, économica, 2001, pp. 27 et suiv.

[425] Le préfet de Région a été rendu nécessaire par la création de la Région, et par la réforme de la décentralisation en 1982. Le statut des préfets de région est prévu par le décret du 10 mai 1982, JO 11 mai 1982, p.1337.

[426] Par exemple, dans le domaine du développement économique et de l'aménagement du territoire, les préfets de départements doivent prendre des décisions conformes aux orientations prises par les préfets de région. L'article 5 de la loi ATR du 6 février 1992 donne principalement la compétence en matière d'aménagement du territoire aux préfets de région. JO 8 février 1992, p. 2064. Pour une liste des compétences des préfets de région, voir E. Ghérardi, *manuel de droit public général*, Litec, 2003, p. 202 et 203.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

répartition très claire des compétences. Cette pratique faisait perdre beaucoup à l'Etat en termes d'efficacité. Une clarification du rôle du préfet de région a donc été rendue nécessaire.

417. Depuis la réforme constitutionnelle de 2003, la tendance à la planification au niveau régional et à l'exécution au niveau départemental se développe. L'Etat réorganise les missions préfectorales autour de l'échelon régional.
Ainsi, la loi du 13 août 2004 prévoit un renforcement de la déconcentration avec une redéfinition du rôle des préfets[427]. Le préfet de région obtient un pouvoir général de coordination des services de l'Etat et de nouvelles compétences propres[428].
Cette loi n'instaure aucun lien hiérarchique entre le préfet de région et le préfet de département[429], elle ne fait qu'affirmer le rôle prééminent du premier[430]. Mais, dans de nombreux domaines, cette supériorité de l'échelon régional s'accompagne d'une obligation de compatibilité des décisions préfectorales avec les orientations prises par le préfet de région[431]. Le préfet de département n'est donc plus totalement libre de son action, il doit rendre compte de ses décisions auprès du préfet de région dans un nombre croissant de matières[432].

418. D'une part, la réforme a clarifié les rôles puisque le préfet de région dispose à présent d'un véritable pouvoir de direction sur les préfectures mais également sur l'ensemble des services déconcentrés des ministères. Il s'agit sans conteste d'une première rationalisation des services de l'Etat, dans le sens d'une moindre division et d'une plus grande efficacité[433]. Cependant, et d'autre part, cette réforme ne règle pas tous les problèmes, et elle est parfois en contradiction avec des textes de portée inférieure qui consacrent l'idée que *« l'échelon départemental reste le cadre d'action de droit commun des politiques de l'Etat »*[434].

[427] Loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, JO 17 août 2004, p. 14545.

[428] Pour les nouvelles compétences, il s'agit davantage du décret du 29 avril 2004 prévoyant une compétence pour modifier les limites d'arrondissement et pour entériner les accords transfrontaliers. Voir décret n° 2004-374, JO 30 avril 2004, p. 7755.

[429] Voir en ce sens N. Kada, *l'Etat face à sa régionalisation,* Pouvoirs locaux 2004, n° 61, p. 6.

[430] *« Le préfet de région anime et coordonne l'action des préfets de département ».*

[431] La liste des domaines concernés s'étend considérablement. Cette liste comprend toujours l'aménagement du territoire, le développement économique, mais aussi le développement rural, l'environnement, le développement durable, l'emploi, le logement, la santé publique, la culture, les politiques communautaires, la rénovation urbaine.

[432] Voir en ce sens l'article 131 de la loi du 13 août 2004. JO 17 août 2004, pp. 14545 et suiv.

[433] Nous partageons ici l'opinion de B. Nicolaïeff, in *heure de vérité pour l'Etat territorial,* Pouvoirs locaux 2005, n° 65, p. 40.

[434] Voir en ce sens la circulaire du 16 juin 2004, n° 2004-374, relative aux missions des préfets de départements, JO 13 juillet 2004, p. 12644.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

419. Les rôles ne sont donc encore pas totalement définis[435], et la modernisation des organes déconcentrés de l'Etat n'est pas achevée[436]. Ce qui est certain, c'est que la régionalisation des missions des préfectures semble inéluctable.
L'Etat ne peut plus agir à tous les niveaux et la hiérarchisation entre les organes déconcentrés va devenir incontournable. Cette affirmation est d'autant plus certaine que, chaque ministère dispose en plus d'organes déconcentrés, qui agissent plus ou moins de concert avec les autorités préfectorales, en fonction des pratiques locales[437].

420. Paradoxalement, la déconcentration est à la fois symbole de centralisation, puisqu'elle suppose un lien direct avec l'Etat mais elle est aussi la preuve que l'Etat ne peut fonctionner à l'échelon national sans s'appuyer sur des échelons locaux. La division administrative de l'Etat est nécessaire à son fonctionnement, mais une trop grande division, couplée à une définition incertaine des rôles de chacun et à une mauvaise cohésion, peut affaiblir l'Etat et porter atteinte à son indivisibilité politique[438].

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 4. L'Etat déconcentré : précurseur d'une atteinte au principe d'indivisibilité ?

421. La division administrative non coordonnée, et l'absence d'une hiérarchie clairement établie entre les organes déconcentrés constituent l'un des éléments précurseurs de la mise en cause de l'indivisibilité politique de l'Etat. À cet égard, la rationalisation des différentes administrations d'Etat, voulue essentiellement pour des raisons budgétaires, ne peut que réduire les risques de contradictions et de doublons entre les organes composant l'Etat[439]. L'indivisibilité de l'Etat, personne morale, est davantage encore menacée lorsqu'on constate

[435] Malgré le fait que l'article 20 de la Constitution de 1958 précise que *« le gouvernement dispose de l'administration »*, l'agencement dans les faits est difficile à maîtriser entièrement.

[436] Voir en ce sens G. Du Chaffaut, *il faut sauver l'Etat local*, Pouvoirs locaux 2005, n° 67, p. 10.

[437] Il suffirait ici de citer les services déconcentrés les plus connus pour se faire une idée du nombre d'organes déconcentrés dépendants directement des ministères. Les échelons territoriaux varient d'ailleurs suivant les matières. Direction départementale des territoires et de la mer, Agence régionale d'hospitalisation, Direction départementale des eaux et forets, Direction régionale des affaires culturelles, Direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, Direction départementale des affaires sanitaires et sociales, Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie, Direction du travail, Rectorat, Inspection départementale de l'éducation nationale, direction départementale de la jeunesse et des sports, direction régionale de l'industrie de la recherche et de l'environnement… Il faut d'ailleurs rappeler que ces organes déconcentrés sont fréquemment remaniés et rebaptisés. La réorganisation territoriale des services de l'Etat reste encore particulièrement prégnante ces dernières années.

[438] Un Etat qui adopte différentes positions suivant le service déconcentré qui agit ne peut plus être considéré comme un Etat indivisible qui suppose que partout sur le territoire, les mêmes règles s'appliquent. La division administrative seule ne remet pas en cause l'indivisibilité mais elle est un précurseur, un catalyseur.

[439] Les exemples actuels de regroupement de services notamment départementaux, restent nombreux.

que l'Etat se compose également d'administrations indépendantes, sur lesquelles il a peu de maîtrise, mais qui agissent pourtant en son nom.

422. En France, les Autorités administratives indépendantes (AAI) sont apparues dans des secteurs où les libertés individuelles étaient très présentes[440] ; elles répondent à une demande croissante des citoyens et visent à assurer un arbitrage, davantage qu'un contrôle, notamment en matière de communication[441], de régulation économique[442], et de relation avec les administrations[443]. Les AAI sont des administrations qui exercent des prérogatives de puissance publique, de manière indépendante, mais sans avoir de personnalité juridique distincte de celle de l'Etat. Les AAI font donc parties de l'administration de l'Etat qui peut voir sa responsabilité engagée du fait de leurs actions.

423. Face au dogme de l'indivisibilité, l'AAI constitue un échelon supplémentaire de dissociation administrative au sein de l'Etat, mais elle va bien au-delà. Elle peut porter atteinte à l'indivisibilité de l'Etat car, nous l'avons dit, l'indivisibilité politique et juridique de l'Etat est remise en cause dès lors que la hiérarchie entre tous les organes de l'Etat n'est pas clairement établie. C'est cette condition qui fait défaut dans le cas des AAI et qui pose légitimement la question de l'impact de telles institutions sur l'indivisibilité de l'Etat.

424. En réalité, c'est surtout le critère de l'indépendance des AAI qui remet en cause l'indivisibilité. Cette indépendance est affirmée par les textes, et rendue nécessaire par le respect des libertés publiques, mais la question reste posée de savoir si elle est réelle dans les faits. Certains auteurs ont estimé que l'indépendance n'était qu'une façade et que l'AAI n'existait pas réellement[444]. Mais pour d'autres auteurs, cette indépendance est bien réelle dans la mesure où les AAI ne reçoivent, ni ordre, ni instruction sur la manière dont elles doivent mener leur mission.
L'indépendance est clairement possible en raison d'une interdiction de révoquer les membres choisis pendant la durée de leur mandat. Elle se manifeste également par le fait que la plupart des mandats sont non renouvelables, ce qui évite toute pression pour conserver sa place. Ainsi, les membres des AAI ne reçoivent pas de directives, et en tout état de cause, ils ne se sentent pas tenus de respecter d'éventuelles instructions gouvernementales[445].

[440] C'est avec la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique et aux libertés que l'appellation AAI a été consacrée pour la première fois, à propos de la CNIL (commission nationale de l'informatique et des libertés). (JO 7 janvier 1978, p. 227).

[441] CNIL (commission nationale d'informatique et des libertés) et CSA (conseil supérieur de l'audiovisuel).

[442] COB (commission des opérations bancaires), et Conseil de la concurrence.

[443] Médiateur de la République, et CADA (commission pour l'accès aux documents administratifs).

[444] Voir en ce sens A. Holleaux, cité par T. De Berranger, in *droit public général*, Litec, 2003, p. 218. *« L'AAI n'existe que pour les professeurs et les naïfs ».*

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Mais l'indépendance est aussi limitée par le fait que le législateur peut supprimer à tout moment l'autorité administrative qu'il a créée[446]. D'un point de vue financier également, et malgré l'autonomie budgétaire, les AAI sont rattachées aux ministères[447].

425. L'indépendance des AAI n'est donc pas totale mais c'est surtout en termes de pouvoirs que l'AAI se démarque nettement des instances déconcentrées de l'Etat. Leur large champ d'action, sans contrôle réel de l'Etat, leur permet d'agir avec autonomie, sans hiérarchie. La création des AAI porte une première atteinte réelle à l'indivisibilité de l'Etat, qui n'est plus totalement maître de l'action de ses instances. Plus l'AAI est indépendante et plus l'indivisibilité est menacée.

426. Les AAI s'apparentent aux administrations indépendantes qui existent dans les pays anglo-saxons, où leur implantation est beaucoup moins problématique qu'en France[448], probablement en raison de l'absence du dogme de l'indivisibilité. En réalité, la difficile insertion des AAI dans le système institutionnel français n'est pas uniquement causée par le refus du pouvoir politique de laisser la liberté d'action à certaines administrations, mais aussi par ce dogme de l'indivisibilité.

427. Cette nouvelle forme d'administration préfigure le mouvement de décentralisation qui va de paire avec la déconcentration. Elle entérine définitivement la division administrative de l'Etat et elle empêche l'Etat d'être véritablement le sommet d'où part l'ensemble des pouvoirs. Le principe de l'indivisibilité de l'Etat est devenu incertain, et le mouvement de décentralisation constant ne fait qu'accentuer cette réalité. La division administrative se poursuit par la division juridique et politique de l'Etat, qui fait de cette institution un centre, davantage qu'un sommet.

Section 2 : L'Etat décentralisé : un centre juridiquement concurrencé

[445] Voir en ce sens M. Gentot, *les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, 2ème édition, pp. 58 et suiv.

[446] L'exemple de l'audiovisuel est éclairant dans la mesure où le législateur a supprimé successivement la haute autorité de la communication audiovisuelle, puis la commission nationale de la communication et des libertés, pour finalement remplacer l'organe de contrôle existant par une autre AAI, le Conseil supérieur de l'audiovisuel.

[447] Les ministères concernés prévoient dans leur budget une ligne spécifique pour l'AAI. L'individualisation du budget n'est pas possible et malgré l'absence d'un contrôle de tutelle, les AAI font l'objet d'un encadrement de gestion.

[448] Citons simplement ici les *« Independant Regulatory Commissions »* aux Etats-Unis et les *« Quangos »* au Royaume-Uni.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

428. L'apparition de nouvelles personnes morales de droit public dans le paysage institutionnel français modifie la place de l'Etat. Au sens territorial, l'Etat n'est plus seulement une institution administrative, c'est aussi une institution politique qui se confond avec la République. Il est composé d'autres personnes morales disposant de compétences spécifiques.

429. Le cadre étatique n'est plus le seul et unique siège des pouvoirs, il entre en concurrence avec des acteurs locaux mais il reste politiquement central. Sans préjuger ici de l'importance de l'Etat par rapport aux collectivités locales, il s'agit seulement de démontrer que l'Etat n'est plus indivisible juridiquement, quelles que soient les clefs du pouvoir qu'il détient par ailleurs[449]. Le principe d'uniformité qui sous-tend l'indivisibilité est mis en cause par les collectivités locales qui interviennent désormais dans les orientations politiques, indépendamment des directives de l'Etat.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 1. La reconnaissance administrative des collectivités locales : l'Etat, une institution politique divisible

430. Le pouvoir local s'est construit progressivement en France, bien avant 1982, mais il relevait à ses débuts d'une simple division administrative, à mi chemin entre la déconcentration et la décentralisation. Sous la Monarchie, l'enchevêtrement des structures locales permettait la neutralisation des revendications locales autant que la diffusion du pouvoir royal sur tout le territoire[450]. A la Révolution, les circonscriptions administratives ont été modifiées pour briser les particularismes locaux et favoriser ainsi l'instauration d'un Etat républicain unitaire[451]. Paradoxalement donc, les communes et les départements ont d'abord eu un rôle de serviteur de l'Etat[452], les tâches qui leur étaient confiées étaient réduites, et la notion d'intérêt local inexistante ; seul l'Etat était maître de l'intérêt général[453]. Le

[449] Il s'agit uniquement d'analyser la capacité des collectivités territoriales à agir de manière distincte de l'Etat et à avoir une personnalité morale propre.

[450] L'Etat monarchique fait l'objet d'une forte centralisation avec des instances régionales fortement contrôlées. Voir N. Rouland, *l'Etat français et le pluralisme*, éditions O. Jacob, 1995, pp. 208 et suiv.

[451] La loi du 22 décembre 1789 et celle du 8 janvier 1790 abrogent tous les textes antérieurs relatifs à l'organisation décentralisée. Même si le zonage des communes reprend en grande partie les anciennes paroisses, le département est créé ex nihilo. (JO 20 août 1944, p. 86 et JO 25 septembre 1943, p. 92)

[452] Voir en ce sens, M. Verpeaux, *les collectivités territoriales en France,* Dalloz connaissance du droit, 2010, p. 27.

[453] Voir F. Burdeau, *affaires locales et décentralisation : évolution d'un couple de la fin de l'ancien régime à la restauration*, mélanges Burdeau LGDJ, 1977.

département et la commune n'étaient que des divisions territoriales administratives qui ne portaient pas atteinte à l'indivisibilité de l'Etat[454].

431. À la fin du XIXe siècle, le débat sur la décentralisation commence à émerger, et il sera de plus en plus développé, au fil des difficultés rencontrées par l'Etat pour exercer ses missions[455]. En 1871 et en 1884, la liberté est reconnue aux départements et aux communes de s'administrer librement par des conseils élus[456]. Cependant, cette affirmation de principe n'a pas été réellement appliquée car dans les faits, ces collectivités ont été traitées comme des rouages déconcentrés de l'Etat. Ainsi, et malgré les déclarations d'intention, la centralisation en France a continué à s'imposer sans partage et sans véritable contestation jusqu'au milieu des années 60.

432. Cette centralisation continue à perdurer également dans le cadre régional qui se construit progressivement à compter de la seconde guerre mondiale, en raison des difficultés auxquelles l'Etat doit faire face[457]. Progressivement, un nouvel échelon naît au niveau régional, mais son inscription dans un véritable processus de décentralisation n'est pas davantage effectuée[458]. La Région connaît la même limitation que celle imposée aux départements et aux communes, mais son sort est dans une certaine mesure moins enviable puisqu'on ne lui reconnaît pas le droit d'être dirigée par un conseil élu.

433. Au début de la Ve République, la conception de la décentralisation adoptée en droit français est proche de celle qu'avait envisagée M. Debré, elle reste une division fonctionnelle, respectueuse de l'Etat, et en aucun cas porteuse d'un démembrement de celui-ci[459]. Les collectivités locales sont reconnues dans un titre spécifique de la Constitution, mais aucune marge de manœuvre ne leur est réellement laissée[460].

---

[454] C'est en ce sens que l'article 1er du titre II de la Constitution du 3 septembre 1791 dispose : *« le Royaume est un et indivisible : son territoire est distribué en 83 départements, chaque département en districts, chaque district en cantons ».*

[455] C'est sous la monarchie de juillet, et notamment par la loi du 18 juillet 1837 et la loi du 10 mai 1838, que la personnalité civile sera reconnue aux communes et aux départements, malgré la forte centralisation qui continue de s'exercer. JO 20 août 1944, p. 227.

[456] Voir la loi du 10 août 1871 relative aux conseils généraux et la loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale. JO 29 août 1871, p. 3041 et JO 6 avril 1884, p. 1557.

[457] Les nécessités du développement économique portent l'idée régionale. Des comités régionaux d'expansion se développent sous la IVe République, mais ils seront ensuite limités sous la Ve République. Voir en ce sens R. Delbo, *la décentralisation depuis 1945*, LGDJ, 2005, pp. 9 et suiv.

[458] Après l'échec du référendum de 1969 sur la création des collectivités régionales, l'instauration de la Région va prendre du temps. Elle se fera par étapes. Les régions seront d'abord des établissements publics, à faibles compétences et administrés par les préfets. Voir la loi du 5 juillet 1972 « création et organisation des Régions », JO 9 juillet 1972, p. 7176.

[459] Voir en ce sens S. Aromatorio, *M. Debré et la décentralisation*, Pouvoirs locaux 2005, n° 65, pp. 133 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

434. Quel que soit l'échelon territorial, les collectivités locales sont longtemps soumises à la tutelle de l'Etat, preuve qu'elles sont davantage considérées comme des organes de l'Etat que comme des entités autonomes. Ainsi, l'attribution de la personnalité morale n'a pas de portée réelle tant qu'elle n'est pas confortée, par l'attribution de compétences, par un financement spécifique et par une réelle autonomie dans les choix opérés.
Juridiquement, l'Etat est divisible parce qu'il est composé de plusieurs personnes morales mais politiquement, il reste maître de toutes les décisions, puisqu'il contrôle intégralement les collectivités territoriales[461].

435. Ce statut de dépendance qui a perduré jusqu'en 1982, a entraîné un débat doctrinal important sur l'Etat unitaire, et l'évolution de son organisation. La question de savoir s'il pouvait exister une véritable décentralisation en France est toujours restée ouverte, tant la tradition centralisatrice a laissé des marques dans le système institutionnel français.
La doctrine a longtemps hésité pour qualifier le phénomène d'essor des collectivités locales ainsi que le développement de leurs compétences. Suivant l'analyse qui en est faite, et le degré d'autonomie que l'on prête à ces collectivités, les auteurs ont parlé de a-centralisation[462], de semi-centralisation[463], de semi-décentralisation[464], ou plus récemment, d'organisation décentralisée[465].

436. Quelque soit le nom donné à ce développement sans précédent des échelons locaux, ce qui compte pour notre exposé, c'est l'impact de ce mouvement sur l'Etat et sur le principe d'indivisibilité. À ces débuts, la décentralisation portait donc atteinte à l'indivisibilité administrative de l'Etat, elle n'allait en cela pas plus loin que la division déconcentrée de l'Etat. Elle mettait déjà un terme à la vision jacobine de l'Etat français[466], sans pour autant porter atteinte à l'unité de l'Etat[467], puisque la tutelle continuait à s'imposer.

[460] Le titre XI de la Constitution de 1958 mentionne les collectivités sans poser un principe de libre administration, qui ne viendra que plus tard.

[461] Nous y reviendrons en seconde partie de thèse

[462] Voir M. Doat, *vers une conception a centralisée de l'organisation de la France*, RDP 2003, pp. 115 et suiv.

[463] Voir en ce sens F.-X. Aubry, *la décentralisation contre l'Etat, l'Etat semi centralisé*, LGDJ.

[464] La paternité de ce concept revient à C. Eisenmann. Il l'a développé dans son œuvre : *centralisation et décentralisation, esquisse d'une théorie générale*, Librairie de droit et de jurisprudence 1948.

[465] Utilisée dans la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003, l'expression est largement reprise par la doctrine qui tente d'en définir le sens.

[466] Dans la mesure où d'autres personnes morales étaient créées.

[467] Dans la doctrine jacobine, les subdivisions locales n'étaient pas souhaitables, l'unité supposait un pouvoir sans division territoriale. Les nécessités gouvernementales obligent au renforcement de la déconcentration mais interdisent toute autonomie des communes et des départements. Voir J. Foyer, *apologie pour l'Etat jacobin*, revue administrative 2004, n° 332, p. 168.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Ainsi, la dépendance des collectivités locales était d'autant plus forte que le principe d'uniformité jouait pleinement et était largement défendu par le Conseil constitutionnel[468]. L'indivisibilité est interprétée comme *« le respect de l'unité de chaque catégorie de collectivité territoriale »*[469], et il doit y avoir identité de statut au sein d'une même catégorie.

437. L'uniformité des statuts locaux permettait le maintien de l'indivisibilité politique alors qu'au contraire, la reconnaissance par la loi d'une personnalité morale distincte pour chacune des collectivités portait en elle la remise en cause de l'indivisibilité juridique de l'Etat.
Ainsi, et d'un point de vue du droit, ce qui détermine l'Etat, en plus de son pouvoir, c'est sa personnalité morale[470]. Attribuée à une collectivité une autre personnalité, c'est un faire un sujet de droit distinct de l'Etat. Par conséquent, la division juridique de l'Etat est donc rendue possible par la décentralisation ; et plus elle sera accentuée, et plus l'Etat pourra être considéré comme divisible.

438. L'Etat est donc divisible administrativement et juridiquement. Le renforcement du statut des collectivités locales confirme le discrédit dont souffre actuellement le principe d'indivisibilité. Malgré l'affirmation constitutionnelle de l'indivisibilité de la République, l'indivisibilité de l'Etat n'est plus aussi certaine en raison de la reconnaissance législative puis constitutionnelle de l'organisation décentralisée de la République.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 2. Le statut législatif de décentralisation (1982-2004) : vers une division politique des pouvoirs ?

439. La loi de décentralisation du 2 mars 1982[471] et celle du 7 janvier 1983[472] ont apporté un bouleversement dans la logique juridique de l'Etat français. Face au dogme de l'indivisibilité, et après avoir accepté l'Etat territorial, l'évolution juridique conduira à reconnaître aux collectivités locales une forme d'autonomie sans précédent qui laisse en suspend la question

[468] Le Conseil constitutionnel a reconnu *« un droit commun applicable à l'ensemble des régions ».* Voir en ce sens sa décision n° 82-137, du 25 février 1982 « liberté des communes, départements et régions » (JO 3 mars 1982, p. 759). Il a également reconnu « un droit commun de l'organisation communale » dans sa décision n° 82-149 du 28 décembre 1982 « Paris, Lyon, Marseille » (JO 29 décembre 1982, p. 3914).

[469] Selon l'expression de MM. Bourdon, Pontier et Ricci, in *droit des collectivités territoriales*, PUF, 1998, p. 114.

[470] D'un point de vue juridique, et depuis l'analyse de M. Hauriou, l'identification de l'Etat se fait par l'idée d'institution et donc de personnes morales de droit public. Voir *dictionnaire de droit constitutionnel,* M. De Villiers, A. Colin, 2ème édition, p. 95.

[471] Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions. JO 3 mars 1982, pp. 730 et suiv.

[472] Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat. JO 9 janvier 1983, p. 215.

de l'indivisibilité politique de l'Etat. L'acte I de la décentralisation est porteur de deux innovations majeures, d'abord la suppression de la tutelle de l'Etat sur les collectivités locales, et ensuite, un accroissement des compétences de celles-ci.

440. La question de la répartition des compétences renseigne sur la nature des pouvoirs respectifs de l'Etat et des collectivités, elle indique qu'une division est envisagée, mais elle n'implique pas forcément la divisibilité politique de l'Etat car les collectivités peuvent exercer leurs compétences en son nom.
C'est bien davantage l'absence de tutelle qui révèle l'atteinte à l'indivisibilité de l'Etat. Ainsi, dans leur champ de compétences, les collectivités locales peuvent prendre des décisions qui ne sont pas soumises au contrôle d'opportunité antérieurement pratiqué par l'Etat. Si la décision est légale, elle s'applique, quel que soit l'avis de l'Etat sur la question[473].

441. En revanche, la protection de l'indivisibilité de l'Etat est largement assurée par le Conseil constitutionnel, qui, saisi des lois de décentralisation, a estimé que la décentralisation est limitée par *« les règles constitutionnelles concernant les attributions du législateur, l'indivisibilité et l'intégrité du territoire, ainsi que l'organisation des pouvoirs publics »*[474].

442. Le modèle législatif de décentralisation en France rejette la vision fédérale de l'Etat, le statut des collectivités ne leur permet pas de faire sécession avec l'Etat[475]. C'est en ces termes que, si la division de l'Etat est favorisée par l'émergence des collectivités locales, elle n'est pourtant pas totalement accomplie.

443. Le législateur n'a pas osé aller au-delà du principe d'indivisibilité, il n'en avait en tout état cause pas la possibilité puisque la loi ainsi votée aurait été contraire à la Constitution. C'est en ce sens que le principe d'indivisibilité de la République autorise seulement une division administrative et non pas une division du pouvoir politique lié à la Nation[476]. Les textes décentralisateurs de 1982 à 1986 portaient en réalité une ambivalence puisqu'ils ne changeaient rien au principe constitutionnel d'indivisibilité, mais que dans le même temps, ils modifiaient considérablement le statut des collectivités, les distinguant clairement de la simple organisation déconcentrée de l'Etat.

---

[473] Comme l'énonce R. Delbo, l'Etat perd définitivement son statut d'autorité supérieure, qui lui avait été conféré par la loi du 10 août 1871. Voir *la décentralisation depuis 1945*, LGDJ, 2005.

[474] Voir les décisions du Conseil constitutionnel du 25 février 1982. Décisions n° 82-137 DC et n° 82-138 DC. (JO 3 mars 1982, p. 759 et JO 27 février 1982, p. 697). Le Conseil constitutionnel veille à ce que le principe de libre administration ne signifie pas libre gouvernement.

[475] Voir en ce sens Y. et F. Luchaire, *le droit de la décentralisation*, PUF, 1998, pp. 96 et suiv. On verra toutefois que des possibilités sont aménagées dans le droit français.

[476] Pour une opinion en ce sens voir M.-H. Fabre, *l'unité et l'indivisibilité de la République, réalité ou fiction ?,* RDP 1982, p. 608.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

444. À ce stade, les communes, départements et régions sont davantage que des organes déconcentrés[477], mais ils ne sont pas en mesure de s'opposer à l'Etat qui reste le centre de toute action. L'Etat conserve la maîtrise du processus législatif et surtout, il reste protégé dans son indivisibilité par la Constitution. Cependant, le sentiment d'un Etat divisible va a priori être renforcé par la superposition croissante des échelons territoriaux, sans véritable clarification des rôles de chacun. La décentralisation glisse progressivement dans le travers que connaît l'administration déconcentrée de l'Etat ; à trop superposer les structures, on finit par perdre totalement l'exigence d'indivisibilité de l'action étatique[478].

445. La division de l'Etat décentralisé a perduré avec l'intercommunalité, d'autant que l'unification fiscale n'a jamais été véritablement effectuée. Paradoxalement, l'intercommunalité traduit une lutte contre la divisibilité exacerbée du territoire, autant qu'une division accrue du fait de l'ajout de structures, et non de leur suppression. Ce constat est d'autant plus vrai que l'intercommunalité de projet attribue une personnalité juridique aux établissements publics de coopération intercommunale, qui se distinguent des autres collectivités locales, uniquement par l'absence de conseils directement élus par les citoyens. Juridiquement donc, la division de l'Etat semble se confirmer par le développement sans précédent des structures intercommunales[479].

446. À la suite de cette réforme législative, au début des années 80, la division administrative et juridique a été officialisée, ce qui empêche désormais l'Etat de prétendre à une indivisibilité sans faille. Toutefois, tant que le statut des collectivités territoriales n'avait qu'une portée législative, l'Etat pouvait continuer de prétendre à une unité territoriale, grâce au principe de légalité et d'égalité. La prétention de l'Etat à l'indivisibilité politique restait donc largement fondée puisqu'il pouvait aisément remettre en cause l'autonomie accordée aux collectivités locales au prétexte de la nécessaire unité de l'Etat et du principe d'égalité[480]. Le Conseil constitutionnel avait d'ailleurs utilisé en son temps le principe de légalité pour protéger le principe d'indivisibilité[481] et sa valeur constitutionnelle.

[477] On doit noter ici que l'exécutif du département est définitivement transféré à une personne élue en lieu et place du préfet, et que la région obtient la possibilité de s'administrer librement par un conseil élu.

[478] Ce travers est dénoncé par de nombreux auteurs, dans les réflexions qui ont précédé la réforme constitutionnelle de 2003. Voir notamment P. Bernard, *la décentralisation à la française,* revue administrative 2004, n° 334, p. 376.

[479] Pour des exemples chiffrés de ce développement, au 1er janvier 2005, 32311 communes sont en intercommunalité, ce qui représentent 2525 établissements publics qui regroupent 84% de la population française.

[480] Principes qui, rappelons le, sont de valeur constitutionnelle et en cela s'imposent à toute loi donnant davantage de pouvoirs aux autorités locales. Le statut législatif de relative autonomie et en réalité précaire, une loi pouvant en défaire une autre dans les mêmes formes.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

447. Tant que le statut des collectivités territoriales est resté législatif, la division juridique a été tolérée mais elle n'avait pas encore une assise permanente. C'est le passage à un statut constitutionnel qui entérine cette division administrative et juridique de l'Etat, autant qu'il pose les prémices de sa division politique. L'acte 2 de la décentralisation[482] est porteur de principes qui confirment que l'Etat est désormais concurrencé par des collectivités dont l'existence juridique est constitutionnellement garantie.

§ 3. La consécration constitutionnelle des collectivités locales : l'Etat concurrencé

448. La réforme du 28 mars 2003 a pour objectif de donner un fondement constitutionnel à la décentralisation, en mettant fin au statut législatif et réglementaire relativement précaire de l'organisation décentralisée de la République[483]. Ainsi, et antérieurement, la consécration constitutionnelle de la décentralisation n'était pas clairement affirmée, et en tout état de cause, elle avait une portée moindre que le principe d'indivisibilité placé dans l'article 1er de la Constitution de 1958. En effet, l'existence des collectivités locales ne prenait place qu'à l'article 72 de la Constitution de 1958, qui ne reconnaissait d'ailleurs que certaines collectivités et qui ne leur accordait que le droit de s'administrer librement[484].

449. Face au contenu limité de l'article 72, cette réforme de 2003 a voulu donner une plus grande autonomie financière et administrative aux collectivités locales, en consacrant leur place et leur rôle dans l'organisation de l'Etat.
La révision constitutionnelle de mars 2003 complète en effet l'article 1 de la Constitution de 1958 en y affirmant désormais, à côté de l'indivisibilité, que l'organisation de la République est décentralisée[485]. L'Etat forme désormais un tout décentralisé, les collectivités locales sont

[481] Dans sa décision 82-137 DC du 25 février 1982, il affirme : *« le principe de légalité exige à la fois le respect des attributions du législateur et celui des règles supérieures de droit par lesquelles la Constitution adoptée par le peuple français a proclamé l'indivisibilité de la République »*. JO 3 mars 1982, p. 759.

[482] Dénomination donnée à la réforme de la décentralisation entreprise par le gouvernement Raffarin dès 2003.

[483] Selon l'expression de O. Gohin, *« la révision de mars 2003 met en place une nouvelle décentralisation permettant de dépasser les limites constitutionnelles imposées à la loi du 2 mars 1982*. Voir O. Gohin, *la nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France,* AJDA 2003, p. 522.

[484] L'article 72 ne mentionnait pas la Région, qui a été créé ultérieurement. L'organisation décentralisée n'était pas mentionnée, et seule la libre administration avait valeur constitutionnelle.

[485] C'est le constat que mentionne J.-F. Brisson à propos de l'article 1 de la Constitution qui dispose désormais *: « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée…».* Voir J.-F. Brisson, *la France est une République indivisible, son organisation est décentralisée »*, RDP 2003, p. 112.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

des composantes qui s'administrent librement et dont l'existence ne peut être mise en cause que par une réforme constitutionnelle[486].

450. Certains auteurs ont considéré que la modification de l'article 1 n'impliquait aucun changement dans le caractère unitaire et centralisé de l'Etat français et que cette modification n'a qu'une portée symbolique, simplement signe d'un choix clair en faveur de la décentralisation[487]. D'autres auteurs ont considéré que la formule « organisation décentralisée » n'avait qu'une faible teneur juridique et qu'en cela, elle n'impliquait pas un véritable changement dans l'Etat central[488].
Cependant, le terme d'organisation décentralisée n'est en définitive pas plus imprécis que la notion de libre administration, toujours évoquée à l'article 72 de la Constitution. Il semble que le nouvel article 1 aille au-delà d'une affirmation de principe dans la mesure où dorénavant, le Conseil constitutionnel, saisi de textes législatifs, sera amené à effectuer un arbitrage entre deux principes de même valeur, l'organisation décentralisée, et l'indivisibilité.

451. Cette modification constitutionnelle fait preuve d'originalité puisqu'elle fait de l'Etat français un Etat qui n'est ni fédéral, ni régionalisé. La division administrative et juridique de l'Etat signifie-t-elle pour autant une mise en cause de l'indivisibilité politique, rien n'est moins sûr. La division politique de l'Etat se traduirait d'abord par une différenciation de statut entre les collectivités, et ensuite par une possible intervention des collectivités, soit dans des domaines propres, soit dans des domaines législatifs.

452. À ce stade de la réflexion, il s'agit seulement d'admettre ou non l'existence d'une division politique[489], car c'est seulement si l'indivisibilité politique de l'Etat est menacée que les risques d'une atteinte à la souveraineté de l'Etat par la décentralisation sont rendus possibles.

453. Les signes de la division politique dans la réforme constitutionnelle et plus globalement, dans l'acte II de la décentralisation sont mineurs en ce qui concerne le territoire métropolitain. On ne peut pour autant pas négliger la nouvelle rédaction de l'article 72 de la Constitution qui

[486] C'est en ce sens que C. Durand estime que le statut d'une collectivité comprise dans l'Etat est plus stable quand il est établi par la Constitution que lorsqu'il l'est uniquement par la loi. Voir C. Durand, *de l'Etat fédéral à l'Etat unitaire décentralisé,* mélange Mestre, Sirey 1956, pp. 194 et suiv.

[487] C'est la position adoptée par J.-M. Pontier, in *la République décentralisée de J.-P. Raffarin*, revue administrative 2004, n° 332, p. 188.

[488] Pire encore, elle laisserait de côté tout l'apport jurisprudentiel établi à propos du principe de libre administration. Voir en ce sens B. Faure, *réforme constitutionnelle et décentralisation, des slogans font lois*, RDP 2003, p. 120. Voir également J.-F. Brisson, *la France est une République indivisible, son organisation est décentralisée »,* RDP 2003, p. 111.

[489] Conçue comme la capacité de l'Etat à régir l'ensemble de ses compétences et à maintenir sa puissance.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

incontestablement ouvre une porte à la divisibilité politique de l'Etat. Constitutionnellement, cette division est possible mais c'est la pratique des nouveaux mécanismes institutionnels qui dira si oui ou non, la divisibilité politique a été favorisée par cette réforme[490].
La potentialité de ces réformes, que nous analyserons dans une seconde partie, au stade de la mise en cause du contenu de la souveraineté de l'Etat, permet d'ores et déjà, en ce qui concerne l'indivisibilité de considérer que l'Etat n'est plus totalement seul à décider politiquement, même s'il conserve son rôle de centralité.

454. Cette réforme constitutionnelle entérine l'adoption d'une division administrative et juridique de l'Etat, et laisse subsister la question du maintien de l'indivisibilité politique, dans la mesure où le modèle de l'Etat unitaire persiste. La France ne devient pas un Etat fédéral par l'inscription de la décentralisation dans la Constitution mais cette mention de l'organisation décentralisée a désormais une valeur constitutionnelle du fait de la loi du 28 mars 2003, sur laquelle le Conseil constitutionnel a refusé d'exercer un contrôle[491].

455. En revanche, la question de savoir si cette réforme permet de qualifier l'Etat français d'Etat régionalisé reste en suspend, notamment avec le renouveau de revendications fédérales et un regain de la régionalisation. La reconnaissance des particularismes régionaux implique en effet une mise en cause de l'uniformité, premier pas vers une atteinte à l'indivisibilité politique.

§ 4. Le renouveau des revendications fédérales en France

456. Le régionalisme politique a toujours eu une place dans la pensée doctrinale française, face à la pratique post révolutionnaire qui a mis en œuvre une puissante centralisation. En réalité, ce mouvement favorable à l'autonomisation des régions comprend des défenseurs dont les origines doctrinales sont très diverses. Historiquement, le courant régionaliste est d'abord défendu par les monarchistes traditionalistes qui refusent d'accepter les dissolutions des provinces et l'émergence des départements. Il est aussi soutenu par des républicains davantage enclins à mettre en œuvre le fédéralisme[492].

[490] Nous partageons ici l'opinion de B. Faure qui estime que les pouvoirs accordés par la Constitution seront entièrement soumis à l'appréciation du législateur. Voir B. Faure, *réforme constitutionnelle et décentralisation : des slogans font lois,* RDP 2003, p. 120.

[491] Dans sa décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003 (RDP 2003, p. 359), le Conseil constitutionnel a estimé qu'il n'était pas compétent pour statuer sur la conformité d'une loi constitutionnelle à la Constitution. Cette position est d'ailleurs constante et particulièrement illustrée par la décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992 « Maastricht III ». Pour des précisions sur ce point, voir C. Geslot, *la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République devant le Conseil constitutionnel*, RDP 2003, pp. 793 et suiv.

[492] C'est le cas par exemple d'Auguste Comte qui propose une division de la France en 17 grandes régions (in *système de politique positive*, PUF 1969, Coll. SUP les grands textes, 3ème édition). L'idée du régionalisme se

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

457. À l'origine, le terme de régionalisme qualifie une volonté d'affirmer des particularités linguistiques et culturelles qui nécessitent *« la gestion des affaires de la Région par la Région »*[493]. Cette influence du courant régionaliste a permis la reconnaissance administrative des régions mais cette existence des régions ne permet pas de mettre en cause l'indivisibilité politique de l'Etat car le découpage qui a été effectué, est en réalité assez éloigné de l'héritage historique[494]. Ainsi, le découpage régional ne recoupe pas les provinces d'ancien régime, et ne dispose pas d'autant de particularismes que les anciennes provinces[495].

458. Les régions actuelles se calquent en définitive sur le découpage départemental issu de la Révolution mais pourtant, dans certains cas, l'émergence d'un nouveau découpage territorial n'a pas pour autant modifié le régionalisme culturel voire linguistique[496]. Dans certaines régions, la reconnaissance administrative a contribué à la résurgence des revendications provinciales, et à une volonté d'autonomisation accrue reposant sur une culture commune.

459. L'identité régionale n'a pas la même force dans toutes les régions de France mais chaque région valorise cette identité ce qui suppose une volonté politique distincte de l'Etat. Les revendications régionales accentuent la contestation face à l'Etat central dont la capacité d'action est mise en cause. Poussée à l'extrême, l'identité régionale peut conduire à une forme de contestation de l'indivisibilité politique qui va du nationalisme culturel[497], au nationalisme militant[498], voire un nationalisme de combat[499]. L'ampleur de la revendication autonomiste contre l'Etat dépend principalement de la capacité d'organisation des mouvements régionalistes, et de la force de l'identité culturelle[500].

---

retrouve chez des auteurs libéraux comme Tocqueville mais aussi chez des auteurs socialistes comme Proudhon. Pour des références sur cet auteur, voir actes colloques Ices, *« Proudhon, l'ordre dans l'anarchie ? »,* éditions Cujas, 2009.

[493] Selon une expression de J. Charles-Brun, créateur de la fédération régionaliste de France.

[494] L'actuel découpage régional est issu du décret du 30 juin 1955, n° 55-873, « établissement de programmes d'action régionale », JO 2 juillet 1955, p. 6638.

[495] Voir en ce sens G.-F. Dumont, *les régions et la régionalisation en France*, édition ellipses, 2004, p. 132.

[496] On peut citer ici la Corse mais aussi la Bretagne, ou encore l'Alsace.

[497] L'exemple breton est particulièrement révélateur de cette forme de nationalisme culturel en développement. Voir Y. Fournis, *les régionalismes en Bretagne*, édition PIE P. Lang, 2006, pp. 93 et suiv.

[498] Il consiste à affirmer une politique locale distincte de celle que l'Etat souhaite mettre en œuvre. Il recherche à l'évidence une autonomie accrue des régions.

[499] On pense ici au nationalisme corse. Voir J.-L. Andréani, *comprendre la Corse,* Gallimard, Coll. folio actuel, 2004, pp. 115 et suiv.

[500] Sur cette question du développement des mouvements autonomistes, voir l'analyse complète effectuée par X. Crettiez et I. Sommier sur la rébellion autonomiste en France, in *La France rebelle*, éditions Michalon, 2006, p. 25 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

460. En souhaitant devenir davantage qu'une circonscription administrative et en se donnant les moyens de se créer une identité, la Région commence à mettre en cause l'indivisibilité politique de l'Etat, sans pouvoir à ce stade être réellement capable de s'opposer à lui, notamment en raison de l'uniformité qui s'applique en droit français.

461. En réalité, l'indivisibilité politique de l'Etat repose sur le monopole étatique du pouvoir normatif initial, ainsi que sur l'existence d'un statut identique pour chaque catégorie de collectivités. D'une manière générale, les collectivités territoriales métropolitaines sont encore largement contraintes par ces deux exigences mais l'uniformité est progressivement affaiblie. Ainsi, la distinction par catégorie de collectivités n'est pas toujours respectée puisque certaines règles s'imposent à toutes les collectivités sans distinction[501]. Au contraire, au sein d'une même catégorie, les règles peuvent varier très sensiblement et être distinctes[502].

462. L'atteinte à l'indivisibilité politique est à peine naissante en métropole mais elle l'est davantage lorsqu'on porte une analyse sur les statuts des territoires d'outre-mer, et également dans une moindre mesure sur le statut de la Corse qui sont porteurs d'une grande autonomie et d'une plus grande diversité.

Section 3 : L'Etat décomposé : un centre débordé par ses extérieurs

463. L'indivisibilité territoriale suppose que la République ne peut faire l'objet de cession du territoire mais elle signifie aussi l'uniformité de l'application du droit[503]. Or la place de l'Outre mer dans l'Etat pose clairement la question de l'indivisibilité de la République, sous ces deux aspects. La question de l'outre mer permet de retracer un passé ancien qui a contribué à admettre la possibilité de sécession, ainsi qu'un présent incertain qui se caractérise par la multiplicité des statuts, et les particularismes. C'est dans ce contexte que l'indivisibilité politique dispose d'une marge de manœuvre de plus en plus faible.

[501] Comme nous le développerons dans la seconde partie, des règles de droit s'appliquent indifféremment à plusieurs catégories de collectivités. Ainsi, les règles relatives au contrôle de légalité, au contrôle budgétaire, à la gestion des services publics, à la fonction publique, ou au statut des exécutifs locaux s'appliquent pour les régions, les départements, et les communes. La distinction par catégorie devient inopérante. L'Etat impose une uniformité.

[502] Les règles qui concernent les communes sont différenciées. On peut ici citer l'exemple des modalités d'élections, ou encore l'urbanisme.

[503] Ces deux aspects de l'indivisibilité ont toujours existé, voir en ce sens A. Roux, *les implications du principe d'indivisibilité de la République dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel,* in *la république en droit français,* acte de colloque Dijon, économica 1996, p. 77.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 1. La fin de la colonisation et l'admission d'un droit de sécession

464. La République une et indivisible s'est heurtée à une réalité géographique qui voulait qu'outre le territoire métropolitain, l'Etat français soit aussi composé de nombreux territoires en Outre Mer. Cette réalité a très tôt mis à l'épreuve l'intangibilité de la République par la possible sécession d'une partie du territoire. Ainsi, si le dogme révolutionnaire de l'intangibilité empêchait par définition toute sécession d'un territoire de la République, il autorisait déjà les cessions au profit d'un autre Etat. A l'épreuve de l'Histoire, ce principe d'intangibilité s'est peu à peu affaibli, jusqu'à perdre entièrement son sens sous la Vème République.

465. Au sortir de la seconde guerre mondiale, l'Etat français doit se réorganiser et trouver une place pour les territoires lointains de la métropole. Des territoires de la République vont accéder à l'indépendance et jusqu'en 1977, de nombreux territoires vont faire sécession[504]. Le principe d'indivisibilité de la République n'a ainsi pas été en mesure de faire le poids face aux nécessités historiques de l'époque et aux conflits plus ou moins violents qui se sont produits avec ces territoires. À l'épreuve des faits, l'intangibilité n'a pas pu se maintenir en tant que principe central caractérisant la République.

466. C'est d'abord le principe d'indivisibilité territoriale qui a été mis en cause puisque les territoires ont d'abord quitté la République sans pour autant quitter l'Union française[505]. L'article 75 de la Constitution de 1946 prévoyait une distinction entre la République et l'Union qui était composée, en sus du noyau républicain, des territoires et départements d'outre mer. Par la suite, certaines cessions ont été constitutionnellement organisées par l'article 27 de la Constitution de 1946, qui prévoyait que la cession n'est valable qu'avec le consentement des populations concernées[506].

467. Cependant, c'est surtout sous la Ve République que le principe d'intangibilité va connaître sa plus large remise en cause. Ainsi, lors du référendum du 28 septembre 1958, les territoires d'outre mer avaient le choix entre l'acceptation de la Constitution ou l'accès à l'indépendance. Ultérieurement, et pendant une période de quatre mois à compter de l'entrée en vigueur de la Constitution, les territoires d'outre mer ont eu, en vertu de l'article 76 de la Constitution de 1958, le choix soit de devenir un département d'outre mer, soit de rester un

[504] Les territoires français en Inde le 1er novembre 1954, les territoires d'Afrique occidentale en 1958, l'Algérie le 3 juillet 1962, les Comores le 31 décembre 1975, Djibouti le 27 juin 1977.

[505] L'indivisibilité de la souveraineté était en ce sens préservée. Voir sur ce point T. Michalon, *la République française, une fédération qui s'ignore*, RDP 1982, p. 655.

[506] C'est sur ce fondement que les territoires d'Inde ont été cédés à l'Union indienne.

territoire d'outre-mer, soit d'être simplement un Etat membre de la communauté. Ces options constituaient en réalité des possibilités de quitter la République.

468. Le dogme de l'indivisibilité a donc fait l'objet d'une dérogation mais sans pour autant abolir réellement l'indivisibilité politique de la République, puisque cette option ne devait être possible que dans un délai limité à quatre mois[507]. Or, la limitation temporelle ainsi envisagée a rapidement cédé devant les exigences de la pratique institutionnelle[508].

469. D'autres sécessions se sont ainsi effectuées sans véritable fondement constitutionnel, sur la base de la pratique instaurée par les premières sécessions. La doctrine a tenté, à la suite du Conseil constitutionnel, d'expliquer cette pratique qui mettait directement en cause l'indivisibilité, par le biais de l'utilisation de l'article 53[509]. Cet article s'applique en théorie uniquement aux cessions de territoires, c'est-à-dire à une transmission d'une fraction de territoire à un autre Etat. Or, un courant doctrinal, largement défendu par R. Capitant, a tenté d'élargir ce champ d'application aux sécessions. Ainsi, R. Capitant a estimé qu'en réalité dans le cas des Comores, c'est la reconnaissance ultérieure d'un Etat qui entérinera définitivement la cession de territoire. Pour Berlia, l'article 53 peut servir de fondement aux sécessions dans la mesure où l'Etat français négocie finalement l'indépendance avec un gouvernement provisoire représentant un futur état, et habilité à signer un traité de sécession[510].
Cette interprétation n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine. Elle est parfois jugée audacieuse[511], mais elle est aussi contestée dans le sens où certains auteurs estiment que l'article 53 ne doit pas servir de prétexte à une sécession même avec l'accord des populations[512].

[507] Ainsi, et selon M. Debré, passé le délai de quatre mois prévu par l'article 76 de la Constitution, seule une révision constitutionnelle préalable pourrait permettre l'exercice du droit de sécession. Cette conception permettait de ne pas mettre en cause, de manière générale, l'indivisibilité. Voir M. Debré, questions écrites n° 479, JO 28 avril 1959, p. 351.

[508] C'est en ce sens que R. Debbasch qualifie la limitation dans le temps *« comme une erreur d'appréciation ou comme un excès d'optimisme »*. In *unité et indivisibilité*, économica 1990, p. 36.

[509] Décision du 30 décembre 1975 commentée par L. Favoreu, in la décision du Conseil constitutionnel du 30 décembre 1975, RDP 1976, pp. 566 et suiv.

[510] Voir G. Berlia, cité par D. Ruzié, in bulletin de la jurisprudence française, JDI 1976, p. 401.

[511] On citera ici M. Pactet, qui juge que cette position était nécessaire au Conseil constitutionnel pour *« se dégager d'une impasse politique ».* On citera également J.-C. Maestre qui estime quant à lui que *« cette acrobatique interprétation permet de donner une coloration juridique à des opérations inconstitutionnelles »*. Voir M. Pactet, *à propos de la marge de liberté du Conseil constitutionnel* mélanges Robert, Montchrestien 1998, p. 286 et J.-C. Maestre, *l'indivisibilité de la République française et l'exercice du droit à l'autodétermination*, RDP 1976, p. 432.

[512] Voir en ce sens la position de J.-C. Maestre, in *l'indivisibilité de la République française et l'exercice du droit à l'autodétermination,* RDP 1976, pp. 448 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

470. En tout état de cause, il n'en reste pas moins que depuis la décision du Conseil constitutionnel du 30 décembre 1975, le droit de sécession est admis en France, ce qui va nettement dans la sens d'une atteinte au principe d'intangibilité, et donc d'indivisibilité. Comme l'estime M. Michalon, la pratique constitutionnelle correspond paradoxalement à une véritable violation du principe d'intangibilité, qui reste malgré tout maintenu dans le texte[513].

471. La jurisprudence va poursuivre l'atteinte à l'intangibilité en favorisant sur d'autres fondements les possibilités de sécession des Territoires d'Outre Mer (TOM). Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 2 juin 1987 a justifié le droit de sécession par l'alinéa 2 du préambule de 1958 et par l'article 1 de la Constitution[514]. Il s'est ainsi fondé sur le principe de libre détermination des peuples, comme l'estime M.-L. Pavia[515]. Cette avancée en terme de logique constitutionnelle ne modifie en rien le fait que le principe d'intangibilité a perdu son contenu, elle aurait même tendance à accentuer cette réalité[516].

472. La généralisation du droit de sécession n'est pas pour autant certaine car le principe d'autodétermination s'applique aux peuples or cette notion est largement disputée comme nous le verrons ultérieurement. Pour cette raison, le principe d'intangibilité, toujours affirmé dans les textes, n'est pas réellement aboli et le principe d'indivisibilité politique, depuis 1977 a retrouvé un certain sens en droit français[517].

473. Les sécessions qui ont été réalisées avant 1977 ont abouti à l'indépendance de fractions de territoire de la République. L'indivisibilité politique a donc subi une première atteinte avec le mouvement de décolonisation sans pour autant être totalement rejetée. On a cru que l'acquisition de l'indépendance pour certains territoires d'outre mer allait permettre au principe d'indivisibilité de se recentrer sur la métropole et de conserver toute sa force. Or les sécessions n'ont été qu'un élément précurseur qui a traduit également l'absence d'homogénéité de la République.
Si une généralisation de ce mouvement ne s'est pas opérée, et que de nombreux territoires n'ont pas souhaité aller aussi loin, on constate aujourd'hui que d'autres territoires d'outre mer

[513] Voir M. Michalon, *la République française, une fédération qui s'ignore*, RDP 1982, pp. 649 et suiv.

[514] Décision n° 87-226 DC, du 2 juin 1987 « consultations des populations calédoniennes », RJC I, p. 309.

[515] Voir le respect des principes démocratiques dans la décision n° 87-226 DC du 2 juin 1987, revue administrative 1988, p. 440.

[516] Ainsi, le principe d'autodétermination aurait la même valeur juridique que le principe d'intangibilité. La remise en cause de celui-ci est donc toujours possible. Pour une opinion en ce sens, voir A. Roux, *les implications du principe d'indivisibilité de la République dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *la république en droit français*, acte de colloque Dijon, économica, 1996, p. 88.

[517] R. Debbasch affirme d'ailleurs que : *« si désaveu informel il y a, ce dernier (le principe d'intangibilité) reste formellement au cœur de la République ».* In *unité et indivisibilité,* économica, 1990, p. 39.

contestent l'Etat, et que les différenciations de statuts accentuent la divisibilité de la République.

§ 2. L'évolution vers de nombreux statuts particuliers pour les territoires d'outre mer

474. Le principe d'indivisibilité de l'Etat se traduit également par l'uniformité qui s'impose en droit français. L'unité est proclamée à la Révolution pour mettre fin aux privilèges, et éviter tout fédéralisme, le régime juridique des colonies était d'ailleurs édifiant sur cette question de l'uniformisation des strates administratives de l'Etat. Le principe d'indivisibilité imposait des règles de droit uniformes pour tous, ainsi que des structures administratives identiques[518]. Or cette uniformité est aujourd'hui malmenée, notamment en raison de la croyance que le droit doit nécessairement s'adapter aux faits[519].
Cette exigence d'adaptabilité du droit aux situations juridiques particulières conduit à un processus d'individualisation statutaire des collectivités d'outre mer qui parait indispensable mais qui est également de nature à mettre en cause l'indivisibilité politique de l'Etat.

475. L'intégration des collectivités d'outre-mer au sein de l'Etat français oscille entre deux conceptions doctrinales radicalement différentes, dont l'une consiste à considérer ces territoires comme absolument identiques au territoire métropolitain, alors que l'autre vise au contraire à reconnaître des particularismes à chaque collectivité d'outre-mer. En raison de l'absence de choix entre les deux conceptions, l'éventail de statuts pour l'outre mer est très large. C'est ainsi qu'en fonction des zones géographiques, et la plupart du temps pour des raisons d'opportunité, on passe d'un statut presque identique à celui en vigueur pour une collectivité métropolitaine, à un statut totalement dérogatoire.

476. Cette variété des statuts apparaît progressivement dans la pratique institutionnelle, car à l'origine, la Constitution de 1946 prévoyait seulement deux statuts, soit l'appartenance à la République[520], soit la simple appartenance à la communauté en tant qu'Etats associés[521]. Après l'échec de la Communauté, l'ensemble des collectivités d'outre-mer n'ayant pas choisi l'indépendance se sont retrouvées de nouveau au sein de la République mais au regard de la Constitution de 1958, les choses étaient tout aussi claires puisqu'il ne pouvait exister que deux

[518] Voir R. Debbasch, *l'indivisibilité de la République et l'existence de statuts particuliers en France*, RFDC 1997, p. 359. Voir également C. Cadoux, *droit constitutionnel et institutions politiques*, Cujas, 1988, p. 48.

[519] C'est l'un des constats effectué par F. Mélin-Soucramanien, in *la différenciation du statut des départements d'outre-mer*, mélanges Pactet, Dalloz, 2003, p. 748.

[520] Ce statut concernait la métropole mais aussi toutes les collectivités d'outre-mer qui souhaitaient avoir le même statut que les collectivités métropolitaines.

[521] Il s'agissait de territoires qui n'appartennaient pas à la République mais qui faisaient l'objet de partenariats privilégiés. C'est en cela que l'indivisibilité de la République en tant que telle était maintenue dans son principe.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

types de collectivités d'outre-mer, répondant à deux régimes législatifs distincts mais uniformes.

477. C'est ainsi que constitutionnellement d'abord, les particularismes des collectivités d'outre-mer ont été rendus possibles, selon deux modèles uniformes, issus de deux principes déjà présents sous la IVe République, la spécialisation et l'identité.
Dans le texte initial de 1958, les collectivités d'outre-mer disposent de deux statuts distincts, celui des départements d'outre-mer (DOM) prévu à l'article 73 de la Constitution de 1958 et celui des territoires d'outre-mer (TOM) prévu par l'article 74. Le régime des DOM est fondé sur le principe d'identité qui consiste à affirmer que toute loi s'applique dans les DOM sauf dispositions contraires alors que le régime des TOM est fondé sur le principe de spécialité qui suppose au contraire que la loi ne s'applique pas, sauf si cette application est expressément mentionnée dans le texte[522].

478. Cette règle simple qui organise deux statuts distincts est en réalité beaucoup plus complexe en raison des possibilités offertes par la Constitution elle-même. Ainsi l'article 73 prévoyaient que le régime des DOM est identique à celui des départements métropolitains mais qu'en cas de nécessité, ils peuvent faire l'objet de mesures d'adaptation. Cette rédaction ouvrait une porte aux dérogations sans qu'on sache exactement à quoi correspond la notion de nécessité[523], et jusqu'où peuvent aller les adaptations[524].
En ce qui concerne la rédaction de l'article 74 de la Constitution de 1958, elle était naturellement porteuse d'un régime dérogatoire lorsqu'elle était combinée avec l'article 76. Le principe de spécialité suppose en effet que les textes applicables en métropole ne s'appliquent pas de plein droit dans les TOM et qu'ils peuvent même s'appliquer à certains d'entre eux, sans que les autres soient concernés.

479. Au regard des dispositions constitutionnelles, le législateur disposait d'une grande marge de manœuvre pour fixer les règles juridiques applicables, même si sa liberté était moindre dans le cadre des DOM[525]. Dans les TOM, la seule limite à l'intervention du législateur était la

[522] Ce principe de spécialité découle plus particulièrement de l'article 76 de la Constitution de 1958 qui expose que les territoires d'outre mer conservent leurs statuts antérieurs, c'est-à-dire fondés sur le principe de spécialité.

[523] Par comparaison, en ce qui concerne la matière réglementaire, l'interprétation du juge administratif sur la notion de nécessité est très souple, voir CE 9 février 1983, Esdras, RDP 1983, p. 830.

[524] Sur cette question de l'étendue des mesures d'adaptation, voir J.-C. Douence, *le statut constitutionnel des collectivités territoriales d'outre-mer,* RFDA 1992, p. 466.

[525] Le législateur est surtout limité par les ressorts territoriaux. C'est ainsi qu'il doit respecter les exigences du cadre communal et régional, au même titre que ce qui est prévu pour le territorie métropolitain. Par ailleurs, le législateur est également limité par l'article 72 de la Constitution qui interdit de supprimer les conseils élus. C'est ainsi que dans les régions monodépartementales, le législateur n'a pas pu mettre en place une assemblée unique, au motif que les modalités d'élections des conseillers régionaux et départementaux n'étaient pas identiques, et qu'ils ne représentaient pas les mêmes intérêts. Voir la décision n° 82-147 DC du 2 décembre 1982

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

consultation de l'assemblée territoriale lorsqu'il s'agissait de modifier l'organisation particulière du territoire. Le degré d'autonomie ainsi que l'organisation du territoire étaient donc laissés à la libre appréciation du législateur.

480. Cette forme de libre appréciation du législateur va conduire dans la pratique à une diversification des statuts d'outre-mer, d'autant plus grande que le législateur a mis en place des catégories sui generis de collectivités. Ainsi, pour des raisons d'opportunité politique, le statut de Mayotte et de St Pierre et Miquelon est apparu à mi-chemin entre le DOM et le TOM puisque le premier s'apparente à un DOM régi par le principe de spécialité[526] alors que le second est proche d'un TOM où s'applique le principe d'identité législative[527].

481. Ce droit pour le législateur de créer des catégories de collectivités territoriales sui generis a d'ailleurs été confirmé par le Conseil constitutionnel dans une décision du 9 mai 1991 *« statut de la Corse »*[528]. Cette décision a ouvert la porte à des dérogations statutaires sans fin puisque chaque collectivité d'outre-mer pouvait recevoir un statut spécifique, qui a lui seul était constitutif d'une nouvelle catégorie de collectivité.
En théorie, et selon cette jurisprudence, le droit commun de l'organisation territoriale a pu faire l'objet de dérogations si importantes, qu'il a perdu progressivement son caractère de droit commun[529]. Comme l'affirme R. Debbasch, le législateur ne reste tenu que par deux critères : l'assemblée délibérante doit rester élue et l'Etat doit pouvoir maintenir un certain contrôle sur la collectivité en terme de légalité[530].

482. C'est dans ce contexte que la Constitution de 1958 a été modifiée pour tenter de codifier les statuts multiples sans pour autant mettre fin à la diversité. Elle consacre au contraire

commentée par F. Luchaire, AJDA 1983, p. 120.
La récente réforme territoriale, en instaurant le conseiller territorial, modifie partiellement cet aspect. Il y aura bien deux asssemblées disctinctes pour le département et la Région mais les personne sy siègeant seront identiques. Voir la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010, JO 17 décembre 2010, p. 22289.

[526] La population de Mayotte s'opposait majoritairement au statut de TOM, et préférait celui de DOM. Pour cette raison, l'organisation de Mayotte est assez proche d'un DOM mais elle est gouvernée par le principe de spécialité législative depuis la loi du 24 décembre 1976, « organisation de Mayotte » JO 28 décembre 1976, p. 7493.

[527] À l'origine, St Pierre et Miquelon devait être un DOM mais en raison de l'appartenance aux communautés européennes, un autre statut sui generis a finalement été privilégié par la loi n° 85-595 du 11 juin 1985, JO 14 juin 1985, p. 6551.

[528] Décision n°91-290 DC, voir GDCC p. 758 et RJC 1991, I, p. 438. Cette décision remet en cause la jurisprudence antérieure issue de la décision du 2 décembre 1982, « Assemblée unique ».

[529] Rien n'interdit au législateur d'adopter un statut propre pour chaque collectivité d'outre-mer, en supprimant ainsi l'obligation d'appartenir soit aux DOM soit aux TOM.

[530] Voir R. Debbasch, *le principe d'indivisibilité de la République et l'existence de statuts particuliers en France,* in *Etats, régions et droits locaux*, économica, 1997, p. 86.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

l'existence d'un droit d'outre-mer différent du droit métropolitain, ce qui n'est évidement pas sans incidence sur le principe d'indivisibilité.

§ 3. Le recentrage de la réforme constitutionnelle : la nouvelle diversité des statuts d'outre-mer

483. Dans la réforme constitutionnelle de mars 2003, le constituant a souhaité réorganiser les régimes applicables aux collectivités d'outre-mer. Le nouvel article 73 reprend le principe d'identité législative et consacre les DOM et les ROM (régions d'outre-mer). Cette catégorie de collectivités pourra toutefois obtenir des dérogations par rapport à la législation métropolitaine, comme c'était le cas auparavant pour les DOM, si les particularités de ces collectivités l'exigent[531]. Ces dérogations sont accentuées par rapport à celles qui pouvaient être autorisées auparavant pour les DOM puisque le critère de nécessité n'est plus exigé par la Constitution[532].

484. Le nouvel article 74 entérine quant à lui la possibilité de développer des statuts spéciaux distincts de ceux qui sont applicables en métropole, puisqu'il permet au législateur de créer une collectivité se substituant à un DOM ou à une ROM. Le législateur obtient donc le pouvoir de créer des statuts particuliers qui formeront les collectivités d'outre-mer (COM), c'est-à-dire un regroupement des TOM et des collectivités à statut particulier. En principe, c'est la spécialité législative qui devra s'appliquer pour ces COM mais rien n'indique que l'identité législative ne puisse s'appliquer, puisque la loi organique est libre de fixer le régime applicable à chaque COM.

485. La réforme constitutionnelle contient également un apport majeur puisque désormais le législateur pourra aussi instituer une assemblée unique pour deux collectivités[533]. Cette disposition s'applique aux collectivités à statut particulier mais aussi aux DOM et ROM, sous réserve de l'acceptation des électeurs inscrits dans la collectivité concernée[534].

[531] Le législateur est habilité par la Constitution à mettre en œuvre les régimes dérogatoires nécessaires. Il peut même dans certaines matières déléguer son pouvoir à la collectivité, par le biais d'une loi organique.

[532] Pour J.-P. Thiellay, cette modification pourrait permettre d'aller plus loin dans la prise en compte des spécificités des DOM, mais également des ROM. Voir J.-P. Thiellay, *les outres mers dans la réforme de la constitution,* AJDA 2003, p. 567.

[533] Cette possibilité était interdite auparavant puisque le Conseil constitutionnel a toujours censuré le législateur qui a souhaité mettre en place une assemblée unique. Voir la décision n° 82-147 DC du 2 décembre 1982, « assemblée unique », commentée par F. Luchaire, AJDA 1983, p. 120. Voir également la décision n° 84-174 DC du 25 juillet 1984 (JO 28 juillet 1984, p. 2493) et la décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, (JO 14 décembre 2000, p. 10821).

[534] Il est à noter que la Réunion ne bénéficie pas de cette possibilité pour des raisons qui tiennent à la volonté intégrative des habitants.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

486. Désormais, il existe donc deux régimes, celui de l'article 73 : DOM-ROM et celui de l'article 74 : COM. La diversité n'est donc pas réellement remise en cause et confirme au contraire que le principe d'uniformité n'est plus aussi essentiel. La réforme constitutionnelle complexifie en effet la question des statuts d'outre-mer dans la mesure où elle autorise la possibilité de changement de régime. La procédure de changement est définie à l'article 72-2 de la constitution et prévoit une consultation des populations concernées[535].

487. De plus, la réforme constitutionnelle ne modifie en rien le statut particulier de la Nouvelle Calédonie qui continue de faire l'objet d'un titre spécifique dans le texte constitutionnel. Issu de l'accord de Nouméa du 5 mai 1998[536], ce régime constitutionnel autorise l'instauration de dispositions permettant de mettre en place des discriminations positives au profit des français originaires de Nouvelle calédonie.
Il suffit de constater ici l'importance du régime dérogatoire pour montrer que le principe d'indivisibilité de la République est largement mis en cause d'un point de vue juridique. Le principe d'égalité des citoyens, qui est également l'un des corollaires naturels de l'indivisibilité, est d'ailleurs également menacé.

488. La Polynésie française s'est également vu octroyer par le législateur un statut de plus en plus autonome. La loi du 6 septembre 1984 a octroyé à la Polynésie des compétences particulières et a mis en place des institutions identiques à celles qui existent dans un Etat[537]. La loi organique du 20 février 1995 et celle du 12 avril 1996 élargissent l'autonomie par un développement des compétences attribuant ainsi une autonomie progressive à ce territoire[538].
Il ne manquait à la Polynésie française qu'une consécration constitutionnelle de son statut autonome, comme l'Etat français l'avait déjà fait pour la Nouvelle Calédonie.
La réforme de mars 2003 a comblé cette lacune en consacrant l'autonomie et en éloignant toujours un peu plus le principe d'indivisibilité, pourtant réaffirmé par le Conseil constitutionnel[539]. La loi organique du 27 février 2004 qui vient compléter le dispositif va d'ailleurs également dans le sens d'une remise en cause de l'indivisibilité par l'octroi d'une autonomie accrue[540].

---

[535] Pour des précisions sur cette question, voir J.-P. Thiellay, *les outres mers dans la réforme de la Constitution,* AJDA 2003, p. 566.

[536] Accord de Nouméa, JO 27 mai 1998, p. 8039.

[537] D'un point de vue symbolique, les institutions portent des noms proches de ce qui se fait dans un Etat : gouvernement, assemblée, conseil économique. Loi 6 septembre 1984, n° 84-820, JO 7 septembre 1984, p. 2831.

[538] Loi du 20 février 1995, n° 95-173, modifiant la loi du 9 novembre 1988, portant dispositions statutaires et dérogatoires pour l'autodétermination de la nouvelle Calédonie, JO 21 février 1995, p. 2751. Loi du 12 avril 1996, n° 92-313, complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française, JO 13 avril 1996, p. 5705.

[539] Voir la décision n° 84-177 DC du 30 août 1984. JO 4 septembre 1984, p. 2303.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

489. Après la réforme constitutionnelle, l'uniformité n'est plus un principe central, et la pluralité des statuts d'outre-mer modifie la donne en ce qui concerne le principe d'indivisibilité de l'Etat. Ainsi, l'Etat français, conçu comme la République, n'est plus cette entité indivisible dont les révolutionnaires avaient rêvé, malgré ce que continue d'affirmer l'article 1 de la Constitution.
Cette rupture dans l'indivisibilité est d'autant plus grande que les modifications ne sont pas uniquement administratives et juridiques, mais qu'elles ont tendance à déborder sur le cadre politique comme nous le verrons en seconde partie, au stade de l'analyse des compétences. L'outre mer français connaît ainsi une disparité considérable dans ces statuts et les collectivités dépendent en tout état de cause, d'un régime juridique différent des collectivités métropolitaines.

490. Dorénavant en droit français, toutes les clefs sont mises en place pour réduire l'indivisibilité à une affirmation de principe. C'est l'utilisation par le législateur des possibilités qui lui sont offertes qui dira si oui ou non, l'Etat français peut rester indivisible, et notamment si les nouveaux statuts dérogatoires prévus par la Constitution peuvent s'étendre aux collectivités métropolitaines. L'enjeu est important car la fin de l'indivisibilité signifierait la fin de l'Etat unitaire, et l'instauration progressive d'un Etat fédéral, qui imposerait naturellement l'abandon du concept de souveraineté absolue[541].

491. L'émergence de statuts particuliers peut en outre conduire à une prise de conscience accrue des particularismes locaux, qui encouragera inévitablement les revendications autonomistes[542]. L'indivisibilité de la souveraineté de l'Etat sera d'autant plus en cause si la généralisation de ces statuts particuliers est possible.

§ 4. La généralisation des statuts particuliers : vers un fédéralisme potentiel

492. L'adaptation législative qui existe pour les collectivités d'outre-mer est dorénavant constitutionnellement garantie mais elle pourrait bien s'étendre à d'autres éléments du territoire national qui revendiquent une autonomie accrue. Ainsi, les statuts d'outre-mer ont

[540] Pour des détails sur le statut de la Polynésie française, voir l'ouvrage de F. Luchaire, *le statut constitutionnel de la Polynésie française,* économica, 2005.

[541] Le passage à une conception fédérale de l'Etat signifierait probablement la fin de la souveraineté telle que dégagée par J. Bodin. Il exigerait l'adoption d'une conception plus juridique de la souveraineté, alors que la souveraineté politique deviendrait diffuse, et plus incertaine.

[542] Voir en ce sens, T. Michalon, à propos du statut des DOM qui est pourtant le moins dérogatoire, mais qui a permis de mettre en valeur les éléments de différenciation. In *la République française, une fédération qui s'ignore,* RDP 1982, pp. 666 et suiv.

toujours été considérés comme des formes d'expérimentation législative au sein de la République[543].
Certains auteurs ont ainsi estimé que cette différenciation des statuts d'outre mer, constitutionnellement admise, préfigurait une évolution susceptible de concerner tout le territoire national[544]. En effet, avec la réforme constitutionnelle, le législateur reste libre de mettre en place des catégories particulières de collectivités, et rien n'interdit qu'il le fasse sur le territoire national[545], y compris en Métropole.

493. Cette possibilité est dans les faits déjà utilisée pour le statut de la Corse, qui d'ores et déjà, en raison de son insularité, dispose d'une organisation différente des autres collectivités métropolitaines. Jusqu'à la loi du 2 mars 1982, et comme le souligne M. Ferrari, *« si la spécificité de l'île n'a jamais été ignorée, elle fut toujours insérée dans le droit commun »*[546]. En revanche, cette loi de décentralisation a donné à la Corse des institutions particulières ainsi que davantage de moyens juridiques, notamment dans le domaine économique. Le régime juridique applicable était selon les appréciations peu dérogatoire ou véritablement dérogatoire[547]. T. Michalon a estimé que le statut ainsi instauré en 1982 était porteur d'une véritable autonomie embryonnaire, et certains auteurs ont craint de voir l'ensemble des régions revendiquer un statut particulier[548].
En réalité, ce premier statut de la Corse ne mettait pas en cause l'indivisibilité de la République dans la mesure où le droit commun s'appliquait de manière large et que le législateur disposait de l'entier pouvoir normatif. Le Conseil constitutionnel avait par ailleurs estimé que les particularismes octroyés à la Corse se justifiaient par l'insularité, limitant ainsi les possibilités d'extension des statuts particuliers aux autres régions[549].

494. La réforme de 1991, et la transformation de la Corse en collectivité sui generis, est en revanche porteuse d'une plus grande atteinte au principe d'indivisibilité. En effet, même si le

[543] Voir en ce sens, T. Michalon, *la République française, une fédération qui s'ignore,* RDP 1982, p. 623 ; E. Aubin et C. Roche, *droit de la nouvelle décentralisation*, Gualino éditeur, 2006, p. 54 ; F. Mélin-Soucramanien, *la différenciation du statut des DOM*, mélanges Pactet, p. 752.

[544] L'Outre mer bénéficiait déjà de la possibilité de regrouper une Région et un Département ayant un territoire parfaitement identique.

[545] A l'exception de ce qui est prévu à l'article 72, c'est-à-dire la libre administration et le conseil élu. Le législateur ne peut supprimer la catégorie commune, département, région, mais il peut faire d'une ou plusieurs régions une collectivité à statut particulier.

[546] M. Ferrari cité par A. Viola in *la notion de République dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel,* LGDJ thèse, 2002, Tome 105, p. 146.

[547] Voir en ce sens J.-S. Klein, *le statut particulier de la région corse,* annuaire des collectivités locales, 1983, p. 227. L'auteur cite deux positions opposées sur l'incidence de la loi, celle de P. Seguin et celle de G. Deferre.

[548] C'est l'hypothèse qui a été crainte par J. Robert, in *l'intégrité du territoire,* le Monde, 16 février 1982, p. 9

[549] Voir en ce sens P. Mazeaud*, la Nation est un tout*, Le Monde, 12 et 13 mai 1991, p. 8.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

nouveau statut n'est pas aussi dérogatoire que ceux qui s'appliquent outre-mer[550], il est porteur d'une mise en cause de l'indivisibilité, d'abord parce qu'il supprime toute limite à la modification institutionnelle[551] et ensuite parce qu'il constitue une étape première vers l'autonomie. Les revendications permanentes pour l'établissement d'un nouveau statut ainsi que la volonté de l'assemblée corse d'obtenir davantage de pouvoirs démontrent d'ailleurs que le principe d'indivisibilité n'est plus aujourd'hui un élément essentiel, y compris sur un territoire encore qualifié de métropolitain.

495. Sur le modèle du statut corse, il est clair que la Constitution ne prévoit aucune limitation qui permettrait d'enrailler une généralisation des statuts particuliers sur le territoire métropolitain[552]. Il n'existe pas, par exemple comme au Portugal, une disposition qui permet d'affirmer d'une part l'uniformité des statuts du territoire métropolitain et d'autre part, la particularité des territoires insulaires qui peuvent avoir un statut spécifique[553]. Tout se passe comme si le principe d'indivisibilité devait suffire à préserver l'unité et l'intangibilité du territoire national, or ce n'est plus le cas.

496. Les collectivités locales aspirent aujourd'hui à trouver un équilibre par rapport à l'Etat, et à gagner en autonomie. Le modèle fédéral semble avoir des incidences sur l'organisation institutionnelle française, qui peu à peu oublie sans le dire l'indivisibilité comme principe fondateur de la République.
La fragmentation de l'administration centrale, le chevauchement de l'organisation déconcentrée et décentralisée, la multiplication des régimes dérogatoires et la reconnaissance de statuts juridiques locaux variés abolissent l'indivisibilité administrative et juridique de l'Etat. L'absolutisme révolutionnaire qui n'envisageait la République que comme une et indivisible est aujourd'hui loin d'être maintenu dans les faits même s'il reste un principe constitutionnel.

[550] Certains auteurs ont démontré que la comparaison entre le nouveau statut corse et les TOM était impossible. Voir en ce sens F. Luchaire*, l'autonomie de la Polynésie française devant le Conseil constitutionnel*, RDP 1996, p. 954. Voir également C. Houteer*, le Conseil constitutionnel et la nouvelle collectivité territoriale de Corse,* LPA 5/07/1991, n° 80, p. 21.

[551] Ainsi la loi du 13 mai 1991 (JO 14 mai 1991, p. 6318) fait disparaître la région Corse au profit d'une collectivité unique en son genre. Le législateur a donc écarté le régime régional général pour une partie du territoire métropolitain, et ce avec l'aval du Conseil constitutionnel (Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, RJJ 1991, I, p. 438).

[552] Certains auteurs comme P. Mazeaud ont d'ailleurs estimé que la décision du Conseil constitutionnel du 9 mai 1991 avait ouvert une porte pour que chaque région, ou département puisse demander un statut particulier, y compris sur le territoire métropolitain. Voir P. Mazeaud, *la Nation est un tout,* le Monde, 12 et 13 mai 1991, p. 8.

[553] Voir en ce sens la réflexion de F. Mélin Soucramanien qui prône l'inscription d'une telle disposition dans le texte constitutionnel français. In *la différenciation du statut des DOM*, mélanges Pactet, Dalloz, 2003, p. 753.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

497. À ce stade, c'est la structure de l'Etat unitaire qui est en cause, puisqu'un glissement progressif s'opère vers un Etat régional, en tout état de cause morcelé. L'indivisibilité de l'Etat semble être réduite au mieux à sa dimension politique, du moins tant que la Nation reste en toile de fond comme une entité abstraite unique et indivisible. Ainsi, ce qui menace réellement l'indivisibilité politique de l'Etat, ce n'est pas seulement la fragilisation des structures mais surtout le fait que la conception de la Nation est de moins en moins unitaire et indivisible.

498. L'existence d'une reconnaissance de groupes ou de communautés au sein de la Nation a d'abord conduit à la pratique des cessions qui ont révélé une remise en cause très nette de l'intangibilité. Mais cette reconnaissance conduit également à renforcer la pertinence de l'existence de statuts dérogatoires multiples qui semblent s'imposer comme une évidence et qui démontrent que l'Etat aujourd'hui n'est plus totalement indivisible. C'est ainsi qu'une généralisation des particularismes locaux ne pourrait se développer s'il n'existait pas, en parallèle, un affaiblissement de l'identité nationale, ainsi qu'une résurgence d'un contenu divisible de la notion de population, ou de peuple.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

CHAPITRE 2 :

La mise en cause de l'indivisibilité de la Nation

499. La notion de peuple est traditionnellement comprise comme l'ensemble de la population vivant sur le territoire d'un Etat, mais couplée avec la citoyenneté, cette notion est devenue identique à la Nation[554]. Constitutionnellement, le peuple est donc entendu comme l'ensemble des citoyens, c'est-à-dire les personnes rattachées à l'Etat par la nationalité[555]. Par conséquent, le principe d'indivisibilité s'applique autant au peuple qu'à la Nation, même si les textes évoquent plus volontiers la notion de peuple français.

500. Or cette conception de l'indivisibilité de la Nation connaît des remises en cause assez similaires à celles qui s'imposent au principe d'indivisibilité de l'Etat. En effet, les contestations portant sur l'unité du peuple français et sur l'unité par la citoyenneté restent majeures, d'autant que l'unité reste touchée par un phénomène de communautarisation diffus et par une prise en compte accrue des minorités.

501. L'unité du peuple français est largement contestée sous l'angle de l'indivisibilité, et ce, tant sur le plan théorique que pratique (Section 1).
Cette unité est également contestée sous l'angle de la citoyenneté avec notamment l'émergence de formes de communautarismes (Section 2).

[554] Même si la distinction doctrinale continue à persister, la Constitution a tendance à indifférencier les deux notions.

[555] Selon la définition du peuple donnée par M. De Villiers, in *dictionnaire de droit constitutionnel*, Armand colin, 2ème édition, p. 160. Voir également la définition de M. Soppelsa, cité par C. Houteer, in *le Conseil constitutionnel et la notion de peuple corse,* LPA 21 juin 1991, n° 74, p. 17.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Section 1 : L'unité et l'indivisibilité du peuple français : des principes contestés

502. L'indivisibilité du peuple français se retrouve en priorité dans l'idée de Nation mais au fil du temps, l'émergence de l'idée d'un peuple corse, ou de peuples d'Outre mer perturbe les certitudes de l'indivisibilité, ce qui met en cause la notion d'unité du peuple français.

§ 1. Le principe d'indivisibilité du peuple français, conçu comme Nation.

503. Le principe d'unité du peuple français est directement issu de la volonté des révolutionnaires de considérer les citoyens comme un ensemble d'individus indifférenciés qui forment de manière indivisible le peuple français. Ces préceptes révolutionnaires sont devenus les valeurs de la République qui a prôné l'indivisibilité de peuple français[556], dans une logique égalitariste toujours réaffirmée. Au fil des années, cette conviction républicaine s'est installée, jusqu'à devenir un principe constitutionnel. Ainsi, la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 affirmait déjà un idéal d'égalité[557], et le principe d'unité du peuple français a toujours été repris dans les Constitutions successives[558].

504. L'unité du peuple français se justifie par l'exigence d'égalité mais aussi par la conception absolue de la souveraineté nationale qui impose que le peuple, composé de l'ensemble des citoyens, ne soit qu'une seule volonté, au service de l'intérêt général. Ainsi, si la notion de peuple a été pendant un temps distincte de la Nation, ces deux concepts vont finir par se rejoindre dans la Constitution de 1946 qui affirmera que *« la souveraineté nationale appartient au peuple »*. Cette confusion des concepts sera d'ailleurs totalement reprise par la Constitution de 1958 qui continuera à attribuer au peuple des caractéristiques normalement propres à la Nation telle que l'unité et l'indivisibilité[559].

505. Cette adéquation entre le concept de peuple et celui de Nation est constitutionnellement reconnue et est directement en lien avec la conception unitaire de l'Etat et le rejet du

[556] C'est en ce sens que V. Auriol estimait que : *« la tradition républicaine bannit l'autonomisme séparatiste qui disperse la Nation ».* Voir F. Terre, *la République indivisible*, le Figaro 10 mai 1991, p. 10.

[557] L'article DDH 1 dispose : *« les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».*

[558] Constitution de 1791, art. 1et 3, T III ; Constitution de 1793, art 2, 7, 32 et 61 ; Constitution de 1795, art. 377 ; Constitution de l'an XII, art. 52 et 53 ; Constitution de 1848, art. 18, 43, 56 et 81 ; Constitution de 1852, art. 5 et 17 ; Constitution de 1946, art. 2 et 3.

[559] Voir en ce sens B. Etien, *l'indivisibilité du peuple français et le nouveau statut de la Corse*, Revue administrative 1991, p. 236.

fédéralisme. Elle naît aussi de l'importance en France, de la souveraineté nationale, par rapport à la souveraineté de l'Etat et elle explique que le principe d'indivisibilité et d'unité du peuple français soit, aujourd'hui encore, indissociable de la République[560].

506. Cette association systématique entre peuple et Nation est d'ailleurs entériné par le Conseil constitutionnel qui considère que le peuple français se caractérise par son indivisibilité et son unité[561]. Même si le principe d'unité n'est plus explicitement présent dans la Constitution de 1958, il reste toujours en toile de fond car attaché à la citoyenneté, et à l'unicité du corps électoral[562].

507. Le principe d'unité et d'indivisibilité du peuple français est donc un élément central du droit constitutionnel français si incontournable et intangible qu'il a fait l'objet d'un large débat doctrinal, en 1991, au moment de l'adoption d'un nouveau statut pour la Corse, porteur d'une conception plus fédérale du peuple français.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 2. Une première brèche dans l'unité et l'indivisibilité : le débat sur la notion de peuple corse

508. La question de l'unité et de l'indivisibilité du peuple français est apparue nettement lors de l'adoption du statut de la Corse en 1991, car admettre qu'une partie de la population française puisse former un peuple, aurait signifié à terme que cette partie, ainsi considérée, puisse réclamer son indépendance et exercer la souveraineté.

509. Dans sa décision du 9 mai 1991, le Conseil constitutionnel a rejeté l'idée d'un peuple corse distinct du peuple français au nom d'un idéal républicain, qui veut éviter tout éclatement du peuple français[563]. Selon cette décision, il n'existe qu'un seul peuple français, et ce principe à valeur constitutionnelle[564].

[560] Cette conception qui impose un lien entre la souveraineté nationale et l'unité du peuple français résulte clairement de l'article 3 de la Constitution de 1958 : *« la souveraineté nationale appartient au peuple…aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice ».*

[561] Dans sa décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *« statut de la Corse »,* le Conseil constitutionnel fait référence à l'article 2 et 3 de la Constitution pour affirmer qu'il n'existe qu'un seul peuple. (GDCC p. 758).

[562] La référence est implicite dans la mesure où le préambule de la Constitution de 1958 rappelle son attachement aux principes et droits fondamentaux reconnus antérieurement dans la déclaration des droits et dans les précédentes constitutions républicaines.

[563] Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *« statut de la Corse ».* JO 14 mai 1991, p. 6350.

[564] Paragraphe 12 de la décision.

510. La doctrine a beaucoup évoqué cette décision qui reste considérée comme *« le symbole d'un certain conservatisme républicain de la haute juridiction »*[565]. Cette décision est d'abord analysée comme un retour aux valeurs républicaines et comme une volonté de respecter le principe d'unicité du peuple français[566].
Elle traduit également l'égalité entre les citoyens, et l'impossibilité d'établir des catégories au sein du peuple français. C'est en ce sens que M. Badinter avait estimé que la décision prise par le Conseil constitutionnel définit *« le peuple français qui doit être unique, composé de tous les citoyens sans distinction »*[567].
Le fondement de la décision du Conseil constitutionnel a fait l'objet de plusieurs interprétations doctrinales. Ainsi, une partie de la doctrine a estimé que la censure du Conseil constitutionnel reposait, non pas sur le principe d'indivisibilité mais sur le principe d'unicité du peuple français[568]. Certains auteurs ont considéré que, davantage que sur le principe d'indivisibilité, cette décision apparaît ainsi fondée sur le principe d'égalité entre les citoyens qui impose qu'aucune distinction ne soit effectuée entre eux[569].

511. Ce débat sur le fondement de la décision du Conseil constitutionnel démontre que les principes d'égalité, d'indivisibilité et d'unité du peuple français sont intimement liés, au point qu'il devient difficile de distinguer les notions[570]. En réalité, qu'importe le fondement de sa décision, ce qui compte ici, c'est que le Conseil constitutionnel ait souhaité défendre la cohésion de la notion de peuple français, pour que la souveraineté nationale ne puisse être revendiquée par une fraction de la population.
En effet, si la souveraineté de l'Etat ne dépend pas uniquement de l'unicité du peuple français[571], la souveraineté nationale en revanche est largement liée à l'unité nationale. Ainsi, le concept de souveraineté nationale repose sur la présomption d'une volonté unique et majoritaire de la Nation. Dans la conception républicaine du peuple français, l'unité ne peut être contournée en raison de ses implications sur l'exercice de la souveraineté.

[565] Nous citons ici A. Viola, in *la notion de République dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ thèse, 2002, tome 105, p. 238.

[566] Pour M. Feltin, *« c'est une certaine conception de la République qui a amené le Conseil constitutionnel à censurer la loi sur le statut de la Corse »*. Voir *le peuple corse hors la loi*, journal la Croix, 11 mai 1991, p. 2.

[567] Voir R. Badinter cité par A. Viola, in *la notion de République dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ thèse, 2002, tome 105, p. 239.

[568] Voir D. Turpin, *République et démocratie aujourd'hui*, LPA 19 février 1993, p. 8.

[569] Au paragraphe 13, le Conseil constitutionnel décide que : *« la Constitution ne connaît que le peuple français composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion ».* Voir également C. Houteer, *le Conseil constitutionnel et la notion de peuple Corse*, LPA 21 juin 1991, n° 74, p. 16.

[570] Chaque mot a sa définition propre. L'égalité signifie que chaque individu est traité de manière identique, l'indivisibilité signifie qu'on ne peut fractionner la Nation et l'unité signifie qu'au sein de la Nation, aucune dissension ne peut apparaître. Pourtant, les trois définitions se rejoignent pour qualifier le contenu de la notion de Nation.

[571] Notamment parce qu'elle est reconnue en droit international indépendamment du caractère unitaire de l'Etat.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

512. C'est donc pour préserver la souveraineté nationale, et sur le fondement de l'existence d'un seul peuple français que le Conseil constitutionnel a rejeté la reconnaissance d'un peuple corse, composante du peuple français. Il a estimé que cette notion de peuple corse ne visait pas uniquement à reconnaître un particularisme aux habitants de Corse, mais était véritablement de nature à remettre en cause l'unité du peuple français[572].
Cette décision du Conseil constitutionnel s'inscrit dans la tradition républicaine et constitutionnelle de l'Etat français et marque une volonté de rejeter les communautarismes en excluant toute communauté au sein du peuple français. Le Conseil constitutionnel semble avoir estimé que la reconnaissance officielle d'un peuple corse aurait inévitablement abouti à une remise en cause de l'indivisibilité de la Nation, conçue comme l'universalité des citoyens[573].

513. L'innovation que représentait cette loi d'un point de vue des principes ne pouvait être admise au regard du texte de la Constitution. Cependant, la clarté de la position du Conseil constitutionnel n'a jamais mis fin à cette problématique de la remise en cause de l'indivisibilité qui devait s'étendre au-delà de ce contexte de rejet du concept de peuple corse. La question de la place des populations d'outre-mer dans la République a également pris un essor tel que le principe d'indivisibilité s'est trouvé soumis à de vives contestations.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 3. L'unité du peuple français et la reconnaissance des peuples d'outre mer

514. La question de la place des populations d'outre-mer dans la République n'est pas nouvelle. Initialement les auteurs de la Constitution de 1958 ont souhaité reconnaître la spécificité des populations d'outre-mer au sein de la République, sans pour autant renoncer à l'idée qu'il n'existe qu'un seul peuple français indivisible.
Cette place ainsi attribuée à l'Outre-mer dans la Constitution de 1958 révèle les hésitations du constituant entre deux positions juridiques radicalement distinctes. La première conception vise à intégrer totalement les populations d'Outre mer pour respecter le principe d'indivisibilité, alors que la seconde au contraire permet d'effectuer une distinction entre peuple français et peuple d'Outre-mer.

515. Entre ces deux conceptions, le constituant a tenté d'adopter une position médiane en instaurant la communauté et en reconnaissant les populations d'Outre mer, exclusivement

[572] Contrairement au rapport de la commission des lois qui avait estimé que le terme de peuple corse n'avait qu'une portée déclarative et était largement limité par ailleurs pour préserver l'indivisibilité du peuple français. Voir en ce sens rapport AN 1990-1991, n° 1076, p. 10.

[573] Voir en ce sens T. Bréhier, *la République et ses territoires*, Le Monde, 14 avril 1996, p. 7.

dans ce cadre. Ainsi, au regard des discussions menées par le Conseil d'Etat le 27 août 1958 sur le préambule de la Constitution, il est reconnu une existence aux peuples d'outre-mer qui font partie intégrante du peuple français[574].
En ce sens, l'alinéa 2 du préambule de la Constitution de 1958 fait référence aux peuples d'outre-mer en consacrant le droit à la libre détermination des peuples, sans pour autant remettre en cause le principe d'unité du peuple français. Le principe d'indivisibilité reste maintenu par le constituant de 1958 qui se voulait pourtant ouvert à la décolonisation devenue absolument nécessaire.

516. La reconnaissance des peuples d'outre-mer n'avait donc pour but que d'envisager d'insérer une possible indépendance de certains territoires d'outre-mer, avec l'accord des populations concernées. Cette notion ne devait pas s'imposer dans le cadre de la République mais elle était entièrement liée au dispositif de la Communauté instaurée en 1958[575].
Au regard de cette interprétation, la notion de peuple d'Outre-mer et sa validité est entièrement conditionnée par l'existence de la Communauté, telle que définie dans le texte constitutionnel de 1958. Avec la disparition définitive de la Communauté, ce texte de l'alinéa 2 devait donc devenir automatiquement caduc[576]. Mais pourtant, il ne semble pas que cette position doctrinale affirmant la caducité de l'alinéa 2 du préambule de la Constitution de 1958 ait été retenue par le Conseil Constitutionnel, qui dans sa décision du 9 mai 1991, continue de faire référence à cet alinéa pour admettre l'existence de peuples d'outre-mer.

517. La référence aux peuples d'outre-mer n'est donc pas abrogée de fait mais pourtant, il semble que le Conseil constitutionnel en limite tout de même sa portée. Ainsi, au regard du texte constitutionnel, cette reconnaissance de la notion de peuples d'outre-mer est cantonnée aux populations des TOM, à l'exclusion de toute autre collectivité d'outre-mer, comme en matière de droit de sécession.
Malgré la révision constitutionnelle du 4 août 1995[577], le préambule continue de servir de fondement à la reconnaissance implicite des peuples d'outre-mer. Cette interprétation est d'ailleurs clairement reprise par le Conseil constitutionnel dans une décision du 4 mai 2000 dans un considérant de principe ainsi rédigé : *« la Constitution de 1958 a distingué le peuple*

[574] Le Conseil d'Etat affirme que : *« dans l'esprit de la Constitution, les peuples de la République et les peuples de la communauté forment un ensemble. Ils forment le peuple français ».* Voir A. Haquet, *le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, PUF, 2004, p. 100.

[575] Conçue comme la République et les territoires associés.

[576] C'est d'ailleurs cette hypothèse qui a été retenue par certains auteurs à la suite de la loi constitutionnelle abrogeant la communauté. Voir en ce sens O. Gohin, *l'adoption en terme identique du projet de réforme constitutionnelle de la décentralisation,* LPA 3 janvier 2003, n° 3, p. 7.

[577] Révision abrogeant notamment l'ancien article 1 de la Constitution et modifiant les règles concernant la session parlementaire et le champ du référendum. Loi constitutionnelle n° 95-880, du 4 août 1995, JO 5 août 1995, p. 11744.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

français des peuples des territoires d'outre-mer, auxquels est reconnu le droit à la libre détermination et à la libre expression de leur volonté »[578].

518. À ce stade, on ne peut cependant affirmer qu'il existe une reconnaissance générale clairement établie de la notion de peuples d'outre-mer, et le Conseil constitutionnel semble utiliser cette notion pour marquer un certain particularisme sans pour autant abandonner l'idée qu'il n'existe qu'un peuple français. Ainsi, dans une décision du 7 décembre 2000, le Conseil constitutionnel a rappelé l'importance du principe d'indivisibilité qui *« s'oppose à la référence d'un pacte entre différentes composantes du peuple français »*[579].

519. La position du Conseil constitutionnel vis-à-vis de l'Outre-mer n'a jamais été totalement dépourvue d'ambiguïté, d'autant qu'à la notion de peuple d'outre-mer est parfois venue s'ajouter, celle de populations d'outre-mer[580]. Ainsi cette référence aux populations d'outre-mer est peut-être plus conforme au principe d'indivisibilité du peuple français dans la mesure où elle implique une distinction au sein du peuple français, sans pour autant affirmer l'existence d'un peuple distinct.
La formulation « population d'outre-mer » sera d'ailleurs retenue par le constituant en 2003, pour admettre des particularismes sans remettre en cause l'unité du peuple français. Cette formulation ne résout pourtant pas totalement la difficulté puisqu'elle constitue la première étape de l'atteinte au principe d'égalité, consubstantiel à l'unité.

§ 4. La consécration de la notion de populations d'outre-mer : l'apparente préservation de l'unité du peuple français

520. La conciliation entre le principe d'indivisibilité du peuple français et la reconnaissance des peuples d'Outre-mer apparaît problématique et trouve difficilement sa place face à l'ambiguïté laissée par le Conseil constitutionnel sur l'existence ou non de peuple d'outre-mer. Pour mettre fin au débat législatif et doctrinal sur cette question, et lors de la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003, le député René Paul Victoria a réussi à imposer un amendement qui est à l'origine du nouvel article 72-3 de la Constitution. Désormais, l'alinéa 1er de cet article 72-3 précise que : *« la République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer dans un idéal commun de liberté, d'égalité, et de fraternité »*.

[578] Décision n° 2000-428 DC « consultation de Mayotte », JO 10 mai 2000, p. 6976.

[579] Décision n° 2000-435 DC « loi d'orientation pour l'outre-mer », JO 14 décembre 2000, p. 19830.

[580] Les décisions du 4 mai 2000 et 7 décembre 2000 étant d'ailleurs édifiantes sur ce point. JO 10 mai 2000, p. 6976 et JO 14 décembre 2000, p. 19830.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

521. Cette référence explicite aux populations d'outre-mer plutôt qu'aux peuples d'outre-mer peut paraître anodine mais en réalité, elle respecte davantage l'exigence d'unité de la Nation et du peuple français. Contrairement à la notion de peuple, qui préfigure l'existence d'une Nation distincte, la notion de population ne remet pas en cause l'unité nationale. Elle n'apparaît que comme une forme de division administrative qui ne porte pas atteinte à la Nation et à l'exercice de la souveraineté.
Ainsi, selon J.-P. Thiellay, cette disposition complète la neutralisation du dispositif du préambule de la Constitution et rend de fait obsolète la possible reconnaissance au sein de la République d'un peuple distinct du peuple français[581].

522. La position du constituant français et l'introduction de la notion de populations d'outre-mer dans le texte constitutionnel, semble clarifier le débat en ce qui concerne l'existence des peuples d'outre-mer mais elle ne met cependant pas totalement fin à toutes les ambiguïtés. Tout d'abord, elle préserve l'unité du peuple français sans pour autant en assurer sa défense à titre permanent, notamment au regard du principe d'égalité. Le maintien de l'indivisibilité semble toujours en question même avec une telle formulation[582].

523. De plus, cette notion de population d'Outre-mer n'empêche pas définitivement le constituant d'avoir recours à la notion de peuples d'Outre-mer s'il souhaite déroger au principe d'indivisibilité. L'exemple de la Nouvelle Calédonie est particulièrement illustratif sur cette problématique. C'est ainsi que le constituant a introduit dans le texte constitutionnel la notion de populations d'outre-mer sans pour autant remettre en cause les dispositions spécifiques qu'il avait prises pour la nouvelle Calédonie.

524. Concernant la Nouvelle Calédonie, et désormais, le texte constitutionnel contient un paradoxe en ce qui concerne l'indivisibilité et l'unicité du peuple français, puisque d'un coté, il admet l'existence d'un peuple kanak distinct du peuple français, et de l'autre, il s'oppose à la reconnaissance de la notion de peuples d'outre-mer, en y substituant le concept de populations d'outre-mer, faisant partie du peuple français.
Cette ambiguïté résulte des termes de l'accord de Nouméa, constitutionnalisé par le titre XIII de la Constitution, et consacré à la Nouvelle Calédonie. En effet, cet accord et notamment son préambule, fait référence par trois fois à l'existence d'un peuple kanak[583]. Il apparaît que la reconnaissance d'un peuple kanak ne devient pas aujourd'hui contraire à la Constitution du

[581] Voir J.-P. Thiellay, *l'adoption en termes identiques du projet de réforme constitutionnelle de la décentralisation,* LPA 3 janvier 2003, p. 7.

[582] En raison de la création possible de catégories au sein du peuple français.

[583] Si le titre XIII de la Constitution ne fait pas directement référence au peuple kanak, il évoque pourtant cette notion de manière indirecte, en donnant une valeur constitutionnelle à l'accord de Nouméa.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

seul fait de l'adoption du terme populations d'outre-mer dans l'article 72-3[584]. Les particularismes de la Nouvelle Calédonie demeurent donc le symbole d'une mise en cause de la notion unitaire de peuple français que le constituant n'a pu résoudre.

525. De plus, le modèle de la Nouvelle Calédonie pourrait donner des idées au constituant dans le sens d'une généralisation des statuts particuliers, qui aurait pour objectif d'admettre l'existence de différents peuples au sein du peuple français. Cette évolution reste ouverte et le Conseil constitutionnel ne pourrait s'opposer à une modification de la Constitution identique à celle qui a été effectuée pour la Nouvelle Calédonie. Comme l'affirme P. Dollat, rien n'indique que la distinction entre peuple français et populations d'outre-mer suffise à épuiser toutes formes de reconnaissance de droits spécifiques[585].

526. Avec ce nouvel article 72-3, l'essentiel du principe d'unité et d'indivisibilité du peuple français est préservé mais toute atteinte n'est pas pour autant écartée. C'est probablement lors d'une prochaine saisine du Conseil constitutionnel, à l'occasion d'un nouveau statut législatif dérogatoire qu'on saura si oui ou non cette disposition constitutionnelle fait échec à l'existence de peuples d'outre-mer.

527. La remise en cause de l'unicité du peuple français ne semble pouvoir passer que par une modification de la Constitution, le législateur ne pouvant décider par une loi ordinaire de porter atteinte à ce principe, y compris pour l'outre-mer. La reconnaissance d'un peuple distinct du peuple français semble être une étape décisive que le constituant n'est pour l'instant, pas prêt à franchir, parce qu'il remettrait définitivement en cause le principe d'indivisibilité.
En revanche, l'admission de l'existence de populations au sein du peuple français est déjà établie et porte atteinte au dogme de l'unité nationale, dans la mesure où il créé des catégories au sein du peuple français et qu'il est porteur de distinctions et d'inégalités[586].

§ 5. L'atteinte au principe d'unicité du peuple français par la remise en cause de l'égalité

[584] L'analyse de la hiérarchie entre un principe constitutionnel et un principe issu d'un accord entériné par la Constitution est presque impossible. Seul le Conseil constitutionnel sera amené et habilité à effectuer un arbitrage entre ces principes dont la valeur est a priori identique. En l'absence de jurisprudence, il est impossible de savoir si l'indivisibilité sera privilégiée par rapport à la reconnaissance d'un peuple kanak ou si l'inverse se produira.

[585] Voir P. Dollat, *le principe d'indivisibilité et la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République française : de l'Etat unitaire à l'Etat uni*, RFDA 2003, p. 673.

[586] L'existence même de l'appellation « populations d'Outre-mer » démontre qu'il est possible de dégager des particularités et que dès lors, on peut établir des dérogations en fonction des catégories de personnes qui ont été définies. Les dérogations au principe d'égalité sont d'autant plus importantes que le juge est libre d'apprécier la mise en œuvre des dérogations au principe d'égalité.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

528. La reconnaissance de populations spécifiques au sein du peuple français constitue la première étape vers une fragmentation du peuple français conçu comme Nation. Elle fait émerger la possibilité de mettre en place des catégories et remet ainsi en cause l'uniformité et l'indivisibilité. Cette tendance à reconnaître diverses catégories au sein du peuple français ne va pourtant pas de soi.

529. Le texte constitutionnel ainsi que la jurisprudence issue de la décision « statut de la Corse » implique le rejet en droit français des notions de communautés et de minorités. La notion de minorité est d'abord exclue dans la mesure où la Constitution rejette l'existence de tout corps intermédiaire. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 9 mai 1991, entérine ce rejet de l'existence de minorités en excluant l'application en droit français, de l'article 27 du Pacte des Nations Unies relatif à la reconnaissance des minorités[587].

530. Le principe d'indivisibilité de la République empêche ainsi toute distinction entre les individus. Il favorise l'intégration par rapport au droit à la différence, et prend en compte les individus plutôt que les communautés. En effet, ce rejet de l'existence des minorités implique également un refus de reconnaître des communautés au sein du peuple français.
Au regard du principe constitutionnel d'indivisibilité du peuple français, les notions de minorité et de communauté sont mises sur le même plan ; elles ne peuvent avoir d'existence juridique. Ainsi, il semble que la position du Conseil constitutionnel vis-à-vis de la reconnaissance des minorités en droit français aurait été identique si à la place de la notion de peuple corse, le législateur avait utilisé l'expression « communauté corse ».
Par tradition, et par respect de l'unicité du peuple et de la Nation, la République préfère *« avoir à faire à des individus et hésite à donner un statut aux communautés »*[588], malgré la plaidoirie de certains auteurs en ce sens[589].
531. Le principe d'unité du peuple français est toujours réaffirmé par la jurisprudence qui se fonde sur une complémentarité entre l'indivisibilité et l'égalité. Elle adopte en cela une conception étroite du principe d'égalité en refusant de reconnaître l'existence de peuples distincts du peuple français. Les régimes dérogatoires sont donc limités mais du fait de la reconnaissance constitutionnelle des populations d'outre-mer, il est possible que la position

[587] Pour des interprétations de cette décision sur ce point : L. Favoreu et L. Philip, *les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, p. 765 ; A. Roux, *les implications du principe d'indivisibilité de la République dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel,* in Actes du colloque : la République en droit français, sous la direction de B. Mathieu et M. Verpeaux, économica 1996, p. 96.

[588] Expression de A. Boyer, in *le droit des religions en France*, PUF, 1993, p. 246.

[589] Voir en ce sens D. Turpin, *République et démocratie aujourd'hui : le juridique et le politique,* LPA 19 février 1993, p. 7. Voir également A. Boyer, *le droit des religions en France*, PUF, 1993, p. 75.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

de la juridiction constitutionnelle évolue dans le sens d'un assouplissement du principe d'égalité[590].
L'article 72-3 de la Constitution pourra en effet permettre de reconnaître les populations d'Outre-mer et de donner un fondement textuel à des dérogations éventuelles au principe d'égalité. Ainsi, le principe d'indivisibilité, conçu comme l'exacte égalité entre un ensemble d'individus formant un seul peuple, vit peut-être ces derniers instants d'autant qu'il est concurrencé par le modèle pluraliste, issu du droit anglo-saxon.

532. De même, l'intégration dans le Traité de Lisbonne de la notion *de « droits des personnes appartenant à des minorités »* implique également une atteinte croissante à l'unité nationale[591]. Cette formulation est également largement présente dans la charte des droits fondamentaux de l'Union qui interdit toute discrimination en raison de l'appartenance à une minorité[592]. L'inscription de ce droit qui ne se retrouve pas dans les différentes traditions constitutionnelles des Etats membres suscite des interrogations, notamment en droit français[593].

533. L'évocation de plus en plus fréquente du droit à la différence et l'émergence de la notion de discrimination positive porte atteinte au principe d'indivisibilité, cher au modèle républicain français. Le législateur, ainsi que le juge, oscille de manière constante entre le maintien rigide de l'égalité républicaine et la remise en cause totale de ce principe, fondé sur l'équité et les discriminations positives. Or au-delà des principes, remettre en cause l'égalité, c'est inévitablement distinguer les individus par catégories, et mettre fin à l'indivisibilité du peuple français[594].

534. L'émergence de ce modèle pluraliste est une nouveauté en droit français qui dénote une conception radicalement différente de l'héritage révolutionnaire qui a imposé l'unité nationale pour assurer l'unité de l'exercice de la souveraineté. L'abandon de l'indivisibilité du peuple

[590] Dès lors que des catégories de populations peuvent se différencier au sein du peuple français, rien n'interdit d'appliquer une règle de droit différente à des personnes placées dans des situations différentes. Le législateur en aura la possibilité, en vertu de la jurisprudence issue de la décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973 « taxation d'office, JO 28 décembre 1973, p. 14004. Voir également la jurisprudence du Conseil d'Etat et notamment l'arrêt CE 10 mai 1974 Denoyez et Chorques, Dalloz 1975, p. 393 et RDP 1974, p. 467.

[591] Voir l'article 2 du TUE. Voir également C. Lantero, *l'impact de la reconnaissance institutionnelle des minorités sur la discrimination*, RDP 2009, p. 817.

[592] Titre III article 81.

[593] À l'occasion du traité portant constitution pour l'Union européenne, le Conseil constitutionnel avait déjà eu l'occasion de rappeler que ce droit ne pouvait s'inscrire que dans le cadre du principe d'égalité et d'unité républicaine, sous peine d'exiger une modification de la Constitution. Voir la décision n° 2004-505 DC, du 19 novembre 2004. (JO 24 novembre 2004, p. 19885).

[594] À titre d'exemple, la mise en place des règles de parité pour les élections révèle une atteinte au principe d'égalité puisqu'il s'agit d'accorder certaines prérogatives spécifiques à une partie de la population.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

français impliquerait une remise en cause de l'unité de la Nation conçue comme le titulaire de la souveraineté, la Nation n'étant plus une entité abstraite poussée par une volonté unique. Or en affaiblissant l'indivisibilité de la Nation, le modèle français s'oriente vers une mise en cause de l'un des critères définissant une conception absolue de la souveraineté ; si ce principe d'indivisibilité n'est plus, la souveraineté perd l'un de ces caractères essentiels qui lui permet de prétendre à l'absolutisme.

535. L'indivisibilité de la Nation est affaiblie par l'influence du modèle démocratique anglo-saxon mais elle pourrait trouver un second souffle au travers du concept de citoyenneté, qui reste un facteur puissant d'intégration, fondé sur une identité unique, quelque soit la communauté, ou la minorité à laquelle l'individu appartient.

536. L'unité nationale pourrait ainsi se renouveler en se fondant davantage sur le concept de citoyenneté, que sur l'indivisibilité et l'égalité[595]. En effet, la citoyenneté a toujours été conçue comme l'élément révélant l'appartenance nationale. Elle traduit la capacité des citoyens à exercer la souveraineté nationale en transcendant les différences.
La citoyenneté pourrait donc venir pallier l'affaiblissement de l'indivisibilité en garantissant l'unité nationale, mais rien n'est moins sûr compte tenu de la dilution de cette notion et de son évolution.

Section 2 : L'unité du peuple français par la citoyenneté : une conception affaiblie

537. Du fait de la confusion croissante entre le peuple et la Nation, le droit constitutionnel français s'est progressivement orienté vers une trilogie qui a marqué une conception absolue de la souveraineté. La Nation, la citoyenneté et la souveraineté sont devenus des concepts indissociables marquant l'indivisibilité et l'unité du pouvoir. La citoyenneté s'est vue attribuer un rôle dans le maintien de l'unité nationale, et est apparue comme le fondement d'une volonté unique capable d'exercer le pouvoir souverain. Combinée avec la nationalité dont elle découle, la citoyenneté justifie l'indivisibilité de la souveraineté nationale, mais tout comme la Nation, ce concept unitaire connaît également des remises en cause.

§ 1. La citoyenneté : un lien nécessaire entre Nation et souveraineté

[595] Le modèle anglo-saxon incite d'ailleurs à aller en ce sens. C'est ainsi que dans la plupart des Etats appliquant le droit anglo-saxon, l'unité nationale n'existe que par la citoyenneté et par une conscience d'appartenir à une Nation, au-delà des particularismes communautaires et régionaux.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

538. La citoyenneté est la qualité d'une personne admise à participer à la vie de la cité par l'exercice du droit de vote et dans la Constitution de 1958, ce droit de vote est conditionné par la nationalité[596]. Le rapprochement entre la citoyenneté et la nationalité est d'emblée exprimé dans le texte constitutionnel et contribue également à mettre en évidence le lien étroit entre la notion de peuple et de Nation. Ainsi, le peuple est composé de l'ensemble des citoyens qui sont eux-mêmes des nationaux faisant parti intégrante de la Nation.

539. Cette confusion entre nationalité et citoyenneté a contribué à renforcer le principe d'indivisibilité de la Nation. Or cette unité entre nationalité et citoyenneté a des répercussions sur l'exercice de la souveraineté. Ainsi, la citoyenneté permet de participer à l'exercice de la souveraineté, elle se caractérise dans la tradition républicaine, par l'unicité et elle est fondée sur la nationalité[597].

540. En revanche, et dans le même temps, l'association du concept de citoyenneté et de nationalité démontre également que la souveraineté nationale garde une prééminence sur le concept de souveraineté de l'Etat. Cette conception nationale de la citoyenneté exclue les étrangers du droit de vote dans le but clairement affirmé de ne pas étendre l'exercice de la souveraineté à des étrangers[598]. C'est ainsi que pour l'exercice de la souveraineté, ce qui compte ce n'est pas d'habiter sur le territoire français, c'est d'avoir la nationalité française.

541. Entre nationalité, citoyenneté et souveraineté, un lien indéfectible s'instaure progressivement. L'existence de ce lien est d'ailleurs confirmée par le Conseil constitutionnel qui a estimé, dans une décision du 18 novembre 1982, que la nationalité est une condition de la citoyenneté pour tous les suffrages politiques[599].

542. Le lien nationalité, citoyenneté n'a jamais été remis en cause dans le cadre de l'exercice de la souveraineté nationale et c'est seulement au stade des élections locales que cette question s'est posée. Pour certains auteurs, le critère de nationalité ne devait pas s'imposer, en raison du caractère administratif des élections locales. Ainsi, la doctrine mais également une partie de notre assemblée parlementaire ont envisagé de faire participer les étrangers à ce scrutin dans la mesure où il n'existe aucune incidence indirecte sur la souveraineté nationale.

---

[596] L'article 3 de la Constitution de 1958 prévoit que : *« sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques ».*

[597] Voir A. Haquet, *le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, PUF, 2004, p. 158.

[598] La Constitution de 1958 est parfaitement explicite sur ce point malgré l'interprétation extensive effectuée par certains auteurs à propos de l'article 3. Pour une analyse de cette théorie, voir A. Haquet, *le concept de souveraineté en droit constitutionnel français,* PUF, 2004, pp. 160 et 161.

[599] Décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, *Quotas par sexe*, Rec. p. 66.

543. Dans cette conception, les élections locales ne sont pas des élections politiques et ne manifestent aucunement l'exercice de la souveraineté. Le lien entre nationalité et citoyenneté est volontairement rompu et n'est donc plus systématique. Deux types de citoyenneté coexistent en fonction de l'échéance électorale concernée[600]. Cette nouvelle vision doctrinale de la citoyenneté est en rupture avec la conception traditionnelle de la citoyenneté profondément marquée par l'unicité. Dans l'immédiat, et malgré l'apport lié à la citoyenneté européenne, on ne peut que constater que cette vision d'une citoyenneté locale séparée de la citoyenneté nationale, n'est pas admissible au regard des textes constitutionnels[601].
L'unité du concept de citoyenneté est conditionnée par le lien direct que la citoyenneté entretient avec la souveraineté nationale. Comme pour la Nation, la citoyenneté est soumise à une exigence d'égalité, qui préserve l'indivisibilité du corps des citoyens.

544. Le Conseil constitutionnel a toujours défendu l'unité de la citoyenneté et a refusé de considérer les actes de citoyenneté accomplis au plan local différemment de ceux accomplis au plan national. Dans sa décision du 18 novembre 1982, il a proposé une définition unitaire du concept de citoyenneté en considérant que les actes de citoyenneté sont des actes politiques soumis à des principes identiques qu'elle que soit l'élection. Ainsi, le Conseil constitutionnel estime qu'il n'existe aucune distinction entre la définition abstraite et large de la citoyenneté prévu à l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme de 1789 et la qualité de citoyen définie par l'article 3 de la Constitution de 1958.

§ 2. Des atteintes croissantes à l'unicité de la citoyenneté

545. L'unicité de la citoyenneté est fréquemment mise en cause par le recul de l'exercice de droits civiques, par la disparité des scrutins et le manque d'intérêt des citoyens pour ces scrutins. Le rapport des citoyens à l'égard du droit de vote se distend ce qui conduit à une forme passive de citoyenneté. En effet, il existe en doctrine deux sources distinctes de la citoyenneté qui ont été dégagée par J. Turner[602]. La première conception décrit une citoyenneté passive octroyée par l'Etat et souvent dénommée citoyenneté d'en haut. La seconde conception de la citoyenneté prend au contraire sa source dans le peuple, par la participation aux mouvements sociaux et elle est qualifiée de citoyenneté active.

[600] Il existerait une citoyenneté nationale et une citoyenneté locale. Cette dernière jouerait également un rôle politique sans pour autant être l'expression de la souveraineté nationale.

[601] Nous verrons plus loin la question de la participation des ressortissants communautaires aux élections locales. Voir nos développements n° 1203 à 1205.

[602] Voir en ce sens J. Turner, Outline of a theory of citizenship, cité par M. Martiniello in *de l'étranger au citoyen, construire la citoyenneté européenne, les ressortissants communautaires et la pratique de la citoyenneté de l'Union*, De Boeck Université, 1997, p. 127.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

546. Le concept de citoyenneté à la française emprunte à ces deux visions doctrinales puisqu'il est à la fois accordé par l'Etat et exercé par la volonté de citoyens. C'est d'ailleurs la citoyenneté active qui favorise le lien entre le peuple et la Nation, l'ensemble des citoyens devient une Nation grâce à la volonté collective de construire un avenir commun. La citoyenneté active est donc le véritable élément déclencheur du triptyque Nation, Citoyenneté, Etat à l'origine du concept de souveraineté nationale à caractère absolu.

547. L'affaiblissement de la citoyenneté active, ainsi que des questionnements croissants sur les raisons du maintien de la citoyenneté passive créée un affaiblissement du fondement de la souveraineté qu'est la citoyenneté. Si l'Etat continue à donner une place essentielle à la citoyenneté, elle reste la plupart du temps une citoyenneté passive, conçue davantage comme une obligation que comme un droit.

548. L'unicité de la citoyenneté est d'abord mise en cause parce qu'elle perd une partie de sa dimension active. L'unicité est aussi en cause parce que la citoyenneté n'est plus liée à la Nation mais qu'elle prend également une dimension européenne. Le passage à une double citoyenneté perturbe l'effectivité du concept qui perd en unité. Les répercussions dans l'exercice de la souveraineté peuvent être conséquentes, notamment en termes d'indivisibilité.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 3. Les doubles citoyennetés et l'affaiblissement de la souveraineté nationale

549. La citoyenneté en droit français est donc fortement liée à la nationalité mais ce concept est concurrencé par l'émergence d'une citoyenneté européenne, dépourvue d'ancrage national. Ainsi, le Traité de Maastricht a permis à chaque ressortissant de l'Union européenne d'obtenir une double citoyenneté, l'une à dimension nationale, et l'autre européenne. Cette nouveauté issue du droit communautaire a été à l'origine d'une réflexion juridique prolifique sur la question du maintien du principe d'unité de la citoyenneté.

550. La citoyenneté européenne est expressément reconnue par la Constitution à l'article 88-3, et elle coexiste avec la citoyenneté fondée sur la nationalité. La citoyenneté européenne permet aux ressortissants communautaires de participer dorénavant aux élections municipales, à la seule condition qu'ils soient résidants de la commune dans laquelle ils votent. Ainsi, l'article 88-3 ne fait pas directement référence à la citoyenneté européenne mais il mentionne le droit des ressortissants communautaires à participer aux élections municipales.
Cet article ouvre de nouvelles perspectives parce qu'il consacre l'existence d'une citoyenneté distincte de la citoyenneté nationale, sans pour autant la mettre sur un pied d'égalité avec cette dernière.

551. Cette disposition constitutionnelle a fait l'objet d'un débat doctrinal disputé visant à déterminer si la citoyenneté européenne avait valeur constitutionnelle. Ainsi, et en raison de la référence au principe de réciprocité dans l'article 88-3, certains auteurs ont estimé que la citoyenneté européenne gardait uniquement une valeur conventionnelle[603]. Pour d'autres auteurs en revanche, il est manifeste que cette disposition constitutionnelle accorde à la citoyenneté européenne une véritable valeur constitutionnelle.
A priori, l'article 88-3 autorise la mise en place d'une citoyenneté européenne sans lui donner une valeur constitutionnelle, mais cette interprétation reste incertaine en l'absence de jurisprudence sur cette question. En cas de conflit de normes, l'arbitrage entre les deux formes de citoyenneté sera assuré par le Conseil constitutionnel qui s'adaptera à l'évolution de la norme constitutionnelle. Dans cette interprétation de la citoyenneté européenne, l'adoption d'une constitution européenne aurait pu faire évoluer la position du Conseil constitutionnel.

552. L'article I-10 du Traité portant constitution européenne consacrait un développement à la citoyenneté européenne et à sa place prépondérante au sein de l'Union. Cet article confirmait d'abord que la citoyenneté européenne vient s'ajouter à la citoyenneté nationale et que dès lors le concept ne peut plus prétendre à l'unité[604]. Le texte du Traité portant constitution européenne rattachait également à la citoyenneté le droit de vote des ressortissants communautaires aux élections locales, et confirmait ainsi la modification constitutionnelle apportée en 1992 en droit français.

553. Sur cette question, le Traité de Lisbonne n'a pas modifié la donne puisque l'article 8 reprend exactement la formulation du Traité constitutionnel et stipule que : *« la citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale mais ne la remplace pas ».* Ce traité reprend la définition classique de la citoyenneté européenne qui avait été dégagée par les textes et la jurisprudence, sans trancher la question de la conciliation citoyenneté européenne, citoyenneté nationale[605].

554. Dans l'immédiat, il semble qu'une certaine primauté soit donnée à la citoyenneté nationale, qui apparaît plus englobante et effective, mais il n'en reste pas moins que l'unité de la citoyenneté ne peut plus perdurer puisque deux citoyennetés coexistent dans les faits.

[603] Les tenants de cette théorie expliquent que le constituant a transposé le principe établi à l'article 55 de la Constitution pour affirmer que la citoyenneté européenne s'imposait en vertu des traités mais qu'elle n'avait qu'une valeur infra constitutionnelle.

[604] L'article I-10 disposait : *« la citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas ».*

[605] Est citoyen de l'Union, toute personne qui a la nationalité d'un Etat membre. Voir la directive du 29 avril 2004, n° 2004/38/CE, JOUE, L 158, p. 77.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Cette primauté de la citoyenneté nationale résulte de l'option retenue par le constituant qui d'une certaine manière rejoint la fraction de la doctrine qui préconisait la remise en cause du concept unitaire de la citoyenneté.
En tout état de cause, il semble que la participation de non nationaux aux élections, même locales, ait des incidences sur l'exercice de la souveraineté et notamment sur le choix des représentants, malgré les garanties qui ont été prises. Ainsi, en apparence, la citoyenneté européenne ne modifie pas l'exercice de la souveraineté nationale dans la mesure où dans les textes, et pour préserver la souveraineté nationale, le ressortissant communautaire ne peut être Maire ou adjoint, afin d'éviter qu'il participe à l'élection sénatoriale[606] en tant que grand électeur.

555. Cependant, il reste toujours une incidence indirecte qui tient au fait que le ressortissant communautaire élu conseiller municipal, peut à travers l'élection du Maire participer indirectement à l'élection sénatoriale, au même titre d'ailleurs que tout citoyen français[607].
Indirectement donc, les citoyens européens sont admis à participer à la souveraineté nationale, ne serait-ce que de manière minime[608]. La citoyenneté n'est plus entièrement liée à la nationalité et à la souveraineté ce qui contribue à mettre en cause de manière indirecte l'unité et l'indivisibilité du principe de souveraineté en droit français[609].
Désormais, l'organisation de l'Etat et de son pouvoir est également liée à une nouvelle forme de citoyenneté, qu'est la citoyenneté européenne.

556. Le principe républicain d'unité de la République est fondé sur une indivisibilité et une unité sans faille de la Nation or, le contenu unitaire de ce concept connaît aujourd'hui un affaiblissement certain. Dans ce contexte de fragilisation du lien Etat/Nation, on constate que la Nation peut elle-même être atteinte dans sa cohésion. La perte de confiance en l'Etat, et également un renforcement des identités au sein de la Nation, conduisent à l'émergence de formes diverses de communautarismes, très médiatisées, et largement débattues. La citoyenneté ne suffit plus à effacer les clivages internes.

[606] Et donc à l'exercice d'un acte de souveraineté, comme l'a démontré le Conseil constitutionnel dans une décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, Maastricht I, Rec. p. 55.

[607] Voir en ce sens l'argumentation des auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel avant sa décision du 2 septembre 1992 dite Maastricht II, JO 3 septembre 1992, p. 12106.

[608] Voir en ce sens, F. Luchaire, *la Communauté et l'Union européenne : étendue et limites*, cité par A. Haquet, in *le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, PUF, 2004, p. 174.

[609] La participation des ressortissants communautaires dans les affaires communales aura d'autant plus d'incidences sur la citoyenneté et la nationalité, que les compétences de collectivités territoriales seront amenées à se développer, y compris dans le cadre d'une expérimentation législative.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 4. L'affaiblissement de l'identité nationale : le communautarisme et l'influence anglo saxonne

557. On l'a vu, le concept de Nation s'est construit après la Révolution avec celui d'Etat. Les deux notions ont connu un développement parallèle, dominé par la notion d'unité. En droit français, l'unité nationale est toujours apparue comme un concept déterminant, fondé sur des éléments tant juridiques que sociologiques. Or ces éléments ont tendance à perdre de leur pertinence ce qui modifie nettement le concept de Nation et surtout porte atteinte à son unité.

558. L'identité nationale est fondée sur l'adoption en droit français du modèle universaliste qui impose une assimilation des individus au corps social sans distinction des origines. Couplé au principe d'égalité, ce modèle suppose une absence totale de différenciation entre les individus[610].

559. La conception française de la Nation et les principes républicains sont très éloignés du concept de pluralisme issu des valeurs anglo-saxonnes. A priori, le pluralisme n'a pas sa place dans le système constitutionnel français puisqu'il s'oppose à l'universalisme et à l'égalitarisme, mais pourtant, ce concept gagne en importance.
Le pluralisme est devenu un moyen de recréer un lien social entre les individus, ce que le concept de la Nation n'est plus en mesure de faire à lui seul[611]. Ainsi, la reconnaissance de plusieurs cultures aboutit à la création de nouveaux liens et abolit la pertinence de la conception universaliste et abstraite de la Nation[612].

560. La montée du pluralisme en France s'est effectuée progressivement mais elle connaît une accélération ces dernières années. Dans les années 60 et 70, les revendications multiculturelles sont principalement le fait de minorités dominées économiquement politiquement et culturellement[613]. Dans les années 80, et avec l'accentuation des difficultés économiques, le multiculturalisme se fait plus présent face à la précarité, à la perte d'identité et à l'Etat central devenu trop étouffant. Enfin et dans les années 90, le multiculturalisme prend une place dans la société tant au niveau politique que culturel.

---

[610] Voir en ce sens P.-A. Taguieff, *mondialisation marchande et fragmentation ethnonationaliste du monde, la fin de l'optimisme historique,* in *l'Europe des particularismes régionaux : dérives communautaires ou intérêts légitimes*, (G. Galice Dir.) édition Mario Mella, 2000, p. 44.

[611] Dans son analyse sur le communautarisme, R. Andrau estime que la crise du lien social peut trouver un remède dans le modèle communautariste. Il définit trois types de communautés susceptibles de recréer un lien social. Voir R. Andrau, *la dérive multiculturaliste*, Bruno Leprince éditeur, 2001, pp. 60 et suiv.

[612] Voir en ce sens R. Andrau, *la dérive multiculturaliste,* Bruno Leprince éditeur, 2001, p. 60.

[613] En France, c'est le début des revendications bretonnes et corses par exemple.

561. Ce changement au sein de l'Etat affaiblit le modèle républicain, dans la mesure où une plus large prise en compte du pluralisme se heurte de front aux dogmes républicains de l'unité et de l'indivisibilité[614]. A titre d'illustration, le débat récurrent sur les langues régionales et sur leur utilisation traduit une difficulté du droit français à se heurter aux principes minoritaires car il est de nature à mettre en cause l'unité de la Nation[615].

562. Désormais l'unité nationale semble menacée dans ses fondements, or cette unité de la Nation reste un élément déterminant de notre droit constitutionnel. En terme d'indivisibilité, la Nation ne peut plus prétendre avec certitude être un concept unitaire, capable de fédérer des individus au sein d'un même Etat. Le pluralisme affaiblit donc l'indivisibilité mais il ne signifie pas pour autant la fin définitive et irréversible de l'unité de la Nation.
L'indivisibilité peut ainsi devenir moins pertinente sur le plan interne, sans pour autant être remise en cause d'un point de vue externe. L'identité nationale est en effet un concept qui retrouve toute son unité lorsqu'il s'exprime par rapport aux autres Nations. La notion de communautarisme a une portée au sein de chaque Nation mais à l'égard des autres, elle est normalement limitée du fait de la capacité intégrative du concept de Nation.

563. Sous cette analyse externe, l'identité nationale n'a pas dit son dernier mot même si certains auteurs la croient définitivement dépassée. Le concept de Nation semble être en mesure de s'adapter aux exigences de l'évolution sociale, et notre conception indivisible et égalitaire peut connaître un assouplissement qui marquera une nouvelle forme de nationalité, et donc une nouvelle forme de souveraineté.

564. La prise en compte des particularismes locaux ainsi qu'une mise en avant des régions conduit au sein du territoire français à un affaiblissement de l'unité de la Nation. La Nation n'est plus indivisible mais composite, et le concept de Nation s'apparente désormais à celui qui existe dans les pays anglo-saxons.
Ainsi et progressivement, la Nation perd son indivisibilité au plan interne, ce qui a des répercussions sur l'exercice de la souveraineté et sur son caractère absolu.

565. Toutefois, en droit international, le concept de Nation garde un sens essentiel qui continue à être la clef de voûte de l'organisation des instances internationales. La Nation garde une connotation essentielle dans l'organisation mondiale, qui reste largement fondée sur le respect des souverainetés nationales. Ce n'est qu'au plan national que le concept de Nation

[614] Voir en ce sens R. Andrau, *la dérive multiculturaliste*, Bruno Leprince éditeur, 2001, pp. 72 et suiv.

[615] On pense ici à la prise en compte très différente des langues régionales faite par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. On pense également à l'intégration de cet aspect dans la Constitution, voir C. Le Bris, *les langues régionales dans la Constitution*, RDP 2009, p. 786. On peut rappeler également le respect des principes du droit des minorités que nous avons déjà évoqués.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

perd de son contenu unitaire et entraîne avec lui dans sa chute la conception absolue de la souveraineté.

566. Le concept de souveraineté telle que dégagé par la doctrine originelle supposait un lien étroit entre la Nation et l'Etat. Ce concept caractérisait un pouvoir absolu, indivisible et suprême qui allait de pair avec l'indivisibilité de la souveraineté nationale. De fait, l'Etat et la Nation avaient les mêmes caractéristiques que la souveraineté. L'émiettement de l'Etat, d'un point de vue organique et juridique, ainsi que la fragmentation du concept de Nation joue sur le contenu de la souveraineté.

567. Les titulaires de la souveraineté ne sont plus aussi clairement identifiés qu'auparavant, et les caractéristiques qui leur étaient propres sont désormais diffuses. L'Etat n'est plus cette personne morale à visage unique et la Nation est aujourd'hui plus composite qu'elle ne l'était par le passé. Malgré ce que continue d'affirmer nos textes constitutionnels, l'indivisibilité n'est plus un critère déterminant de notre organisation institutionnelle.

568. Au terme de ce développement, il est clair que l'affaiblissement constant du lien Etat/Nation, ainsi que la distinction entre souveraineté de l'Etat et souveraineté nationale aboutit à une mise en cause du caractère absolu de la souveraineté. Les caractéristiques premières dégagées par J. Bodin, et attribuant à la souveraineté une définition absolue, ne peuvent continuer à s'appliquer aujourd'hui sans remise en cause.

569. La souveraineté nationale est actuellement distincte de la souveraineté de l'Etat[616]. Ce bloc a perdu son aspect unitaire qui engendrait une confusion entre le souverain personne étatique et le souverain identifié à la Nation. La souveraineté peut aujourd'hui signifier deux pouvoirs différents, celui de la Nation et celui de l'Etat. Ces pouvoirs souverains doivent en théorie se rencontrer mais leur évolution peut connaître des divergences[617].

570. De plus, la souveraineté n'est plus indivisible et elle est devenue un concept qui manque de clarté du fait de la perpétuelle mutation qu'elle subit. La souveraineté s'adapte en effet à l'évolution inéluctable de l'Etat, qui se décentralise sous l'influence croissante du modèle fédéral. Elle s'adapte également à la perte d'influence du concept de Nation, sans pour autant trouver un fondement plus pertinent pour justifier son existence. Ainsi, la souveraineté nationale, autrefois synonyme de souveraineté de l'Etat, n'a plus une définition englobante et absolue.

[616] Cette distinction entre la souveraineté de l'Etat et la souveraineté nationale est clairement matérialisée par la personnalité morale de l'Etat, qui est conçu comme un sujet de droit. L'Etat a une personnalité propre distincte de la Nation qui est composée de l'ensemble des citoyens

[617] Ces divergences se manifestent surtout au stade de la représentation qui fait de plus en plus face à un arbitrage délicat entre les intérêts de l'Etat et la volonté de la Nation, souvent difficile à percevoir.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

571. La souveraineté est devenue un concept doctrinal qui, sans pouvoir se résoudre à mettre de côtés ses fondements que sont la Nation et l'Etat, se cherche de nouvelles bases, capables de la justifier. La Nation et l'Etat restent le cœur de la légitimité du pouvoir souverain, mais leur influence décroît au point que l'absolutisme ne peut plus constituer un critère déterminant pour qualifier la souveraineté.

572. D'une souveraineté abstraite, on passe progressivement à une conception concrète, qui s'analyse en termes de compétences, de domaines d'action, répartis entre divers organes. Ce concept de souveraineté devient donc relatif, ce qui est a priori totalement incompatible avec la conception initiale de la souveraineté. La conception absolue n'est plus démontrable en termes de pouvoir unique et indivisible, mais elle ne l'est pas davantage lorsqu'on se place dans le domaine des compétences attribuées au souverain. C'est donc le caractère suprême de la souveraineté qui est également en cause.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

TITRE 3 :

Un absolu en cause : la fin d'un pouvoir omniscient et suprême

573. Considérer la souveraineté comme un concept politique et juridique absolu, suppose qu'on ne trouve aucune entité ou aucune règle que le souverain ne puisse maîtriser ou défaire. Dans la doctrine originelle de la souveraineté, le souverain a l'entière maîtrise de la règle de droit, qu'il peut modifier comme il l'entend.
Sur le plan de l'élaboration des règles et de leur application, la souveraineté se trouve confrontée à plusieurs phénomènes qui remettent en question son caractère absolu.

574. Historiquement, la souveraineté a d'abord été confrontée au droit qu'elle avait elle-même élaboré. Considérée dans un premier temps comme libre de remettre en cause ce qu'elle avait construit, elle s'est rapidement heurtée à des normes juridiques encadrant sa compétence pour élaborer et mettre en œuvre le droit. L'absolutisme de la souveraineté s'est alors trouvé confronté à l'Etat de droit, au constitutionnalisme et à la séparation des pouvoirs (CHAPITRE 1).

575. Plus récemment et de manière plus importante, la souveraineté de l'Etat a été mise en cause par le développement sans précèdent du droit international et surtout du droit communautaire et européen qui imposent des normes sur lesquelles aucun des organes de l'Etat n'a plus réellement de prise (CHAPITRE 2).

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

CHAPITRE 1 :

L'absolutisme de l'Etat face à l'Etat de droit

576. Même à l'époque de la Monarchie absolue, cette capacité du souverain à maîtriser la règle de droit ne s'est jamais totalement imposée. Pour les juristes, la question de savoir s'il existe des règles juridiques qui s'imposent au souverain a toujours été présente au travers de la question de la légitimité des règles de droit.

577. Avec l'émergence des théories de l'Etat de droit, il est devenu évident que l'Etat souverain ne pouvait plus faire et défaire les normes de droit à sa convenance. En revanche, et même dans l'hypothèse d'un Etat de droit fortement constitutionnalisé, la Nation souveraine, par l'utilisation du pouvoir constituant, semblait toujours exercer un pouvoir absolu sur les normes qui devaient régir l'action de l'Etat. La mise en place de l'Etat de droit semblait donc conforter une différence de nature entre souveraineté de l'Etat et souveraineté nationale, l'une étant davantage juridique et l'autre politique.

578. Pourtant le constitutionnalisme et l'émergence des thèses en faveur de la supraconstitutionnalité imposent d'aller encore plus loin et posent aujourd'hui la question de l'impossibilité pour le souverain de modifier certaines normes de droit[618]. Dans l'hypothèse où il existerait effectivement des normes suprêmes ou intangibles, cela impliquerait nécessairement pour la Nation et l'Etat, une mise en cause de la qualité de souverain.

579. La soumission de l'Etat au droit remet clairement en cause la dimension absolue de la souveraineté (Section 1). Cette soumission au droit est toutefois plus complexe à analyser sous l'angle de la souveraineté nationale, notamment parce que cette dernière conserve une certaine suprématie, y compris sur le plan des normes constitutionnelles. (Section 2).

[618] Y compris pour la Nation, dont la souveraineté reste davantage emprunte d'absolu.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Section 1 : L'Etat souverain absolu et la difficile conciliation avec les théories de l'Etat de droit

580. L'évolution de l'Etat de droit et la prise en compte croissante de règles de droit de nature à restreindre le pouvoir de l'Etat est restée progressive mais déterminante et infaillible. Le pouvoir souverain a du apprendre, sur le plan juridique, à s'imposer des contraintes, à respecter des règles de droit, ce qui pour le moins est en contradiction avec une éventuelle conception absolue de la souveraineté.

§ 1. La souveraineté royale : un pouvoir absolu ignorant la soumission au droit malgré les lois fondamentales

581. Dans la théorie de la souveraineté telle que la concevait Bodin, il ne pouvait exister de normes ou de règles susceptibles de s'imposer au souverain. On l'a dit, la souveraineté était à la fois une, indivisible et caractéristique d'un pouvoir suprême. De fait et dans la pratique de la Monarchie absolue, le souverain avait tout pouvoir pour agir. Le roi était d'autant plus souverain qu'il n'existait aucune séparation des pouvoirs réelle et qu'il détenait à la fois le pouvoir législatif, exécutif et judiciaire.

582. Plus la Monarchie absolue s'est imposée, et plus elle a regroupé sur la personne du Roi l'ensemble des prérogatives de souveraineté, telles que le pouvoir de faire les lois ou de rendre la justice. Cependant, dans la logique monarchique, le monarque était souverain parce qu'il tenait son pouvoir d'une origine divine.
La période monarchique est symbole de souveraineté absolue pourtant dès cette époque, et au fil du développement de l'Etat, on trouve des traces de règles capables de cantonner le pouvoir souverain. Ces règles ont été forgées au cours du temps et n'ont acquis une valeur que très progressivement[619].

583. Toutefois, dans un premier temps, les lois fondamentales qui s'imposent au roi ne sont pas juridiques mais davantage d'ordre moral ou divin. Bodin défend ainsi l'idée qu'il existerait des normes d'origine divine ou naturelle que le souverain ne pourrait transgresser. La limitation des pouvoirs royaux n'aurait donc aucune origine temporelle.

[619] Ces règles, également appelées lois fondamentales du Royaume ou ordonnances du Royaume, ont été forgées tout au long du Moyen-Âge, sur plusieurs siècles.

584. Les règles d'origine divine inspirent ainsi l'une des premières lois fondamentales du royaume qui concerne l'accession au trône. Cette règle impose que la couronne ne se transmet que selon des critères très précis auxquels nul ne peut déroger[620]. Ces règles sont les premières manifestations de l'impossibilité pour l'Etat et le souverain de choisir la personne qui incarnera l'exercice du pouvoir.
Dans l'histoire du pouvoir Monarchique, jamais cette règle n'a pu être modifiée malgré les très nombreuses tentatives pour imposer un ordre de succession différent[621]. Elle sera complétée dès 1419, par la règle de l'indisponibilité énoncée par De Terrevermeille[622]. Cette règle signifie que le Roi souverain ne peut disposer comme il l'entend du territoire de l'Etat et de sa fonction, et ce, que se soit pendant sa vie ou lors de sa succession.

585. Les lois fondamentales relatives à la succession ne s'imposaient cependant qu'en période de transition et lorsqu'une difficulté de succession était posée. Dès lors que la personne qui avait pour vocation d'incarner le pouvoir royal était désignée, cette loi fondamentale n'était plus utilisée et le souverain n'y était donc plus soumis.
L'impact d'une telle règle sur la souveraineté était donc limité à une période de temps très courte et n'avait d'influence que sur le choix du titulaire de la souveraineté plutôt que sur le contenu du pouvoir souverain lui-même. Le roi n'est finalement limité que par deux choses, l'impossibilité de modifier l'ordre des successibles et l'impossibilité d'abdiquer[623]. Pour le reste, sa liberté d'action est entière.

586. Il en va de même pour la règle de catholicité du roi souverain, également issue des règles d'origine divine. Elle est proclamée dès 1588 et confirmée par la suite par le Parlement de Paris[624]. De manière coutumière, le Roi devait être catholique pour pouvoir accéder au trône ; mais cette règle ne s'imposait en réalité que jusqu'au sacre.
Une fois devenu Roi, la personne désignée disposait de tous les pouvoirs de souveraineté. Le principe de catholicité continuait cependant à être respecté durant le règne, probablement davantage par crainte d'une sanction divine que par la force normative de la règle de

[620] Il s'agit d'évoquer ici la règle de masculinité et de primogéniture qui s'est imposée par la coutume dès le Moyen-Âge. Elle s'est toujours appliquée par la suite et n'a jamais pu être mise en cause par le souverain. Cette coutume est d'ailleurs si forte que celui qui doit devenir roi en vertu de ces règles ne peut y renoncer. Elle détermine un ordre de succession très précis auquel nul ne peut déroger. Voir en ce sens, A. Castaldo, in *introduction historique au droit,* précis Dalloz, 2ème édition, p. 263.

[621] Voir en ce sens, F. Saint Bonnet et Y. Sassier, *Histoire des institutions avant 1789*, Domat droit public, 2008, p. 250.

[622] Pour ce juriste de l'ancien régime, *« la succession royale est exorbitante du droit commun ».* Voir F. Saint Bonnet et Y. Sassier, *Histoire des institutions avant 1789*, Domat droit public, 2008, n° 182 à 184.

[623] Voir N. Rouland, *l'Etat français et le pluralisme*, éditions Jacob, 1995, p. 152.

[624] Le principe de catholicité a été affirmé par l'Edit de l'Union en 1588 et confirmé peu après lors des Etats généraux.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

catholicité. Il n'est d'ailleurs pas certain que cette règle aurait continué à s'appliquer si elle ne relevait pas davantage du divin que du juridique.
Cette loi fondamentale s'est ainsi imposée non pas en tant que limitation juridique du pouvoir souverain mais plutôt en tant que norme historique et divine qui s'impose par nature, le spirituel étant au dessus du temporel[625].

587. En revanche, la loi fondamentale de l'inaliénabilité du domaine constitue à bien des égards l'une des premières règles de droit empêchant le souverain d'agir entièrement à sa convenance. Cette interdiction faite au pouvoir royal a pour but de protéger l'indépendance du pouvoir royal et d'assurer sa suprématie. C'est également l'une des premières manifestations de l'Etat souverain puisqu'elle suppose de ne pas porter atteinte au territoire de la Couronne.

588. Cette règle coutumière est difficile à imposer parce qu'elle suppose une limitation du pouvoir du souverain qui est mal adaptée à la réalité institutionnelle et politique de l'époque. Par conséquent, les juristes de l'époque vont en faire une norme écrite qui s'imposera au pouvoir monarchique en tant que règle juridique[626]. Ces règles ont incontestablement une portée juridique qui s'impose au Roi ce que Bodin reconnaît lui-même lorsqu'il indique : *« les lois fondamentales sont annexées et unies avec la Couronne, le prince ne peut y déroger ».*
Cette règle de l'inaliénabilité du domaine est au centre de la problématique du lien entre le Roi souverain et l'Etat souverain. Le Roi ne peut porter atteinte au territoire de l'Etat, et cette affirmation constitue déjà de manière embryonnaire une mise en cause en France de la souveraineté royale au profit de la souveraineté de l'Etat.

589. Pour de nombreux auteurs de l'époque, ces règles permettent d'éviter l'arbitraire du pouvoir royal mais ne mettent pas réellement en cause la souveraineté dans son sens absolu[627], dès lors qu'il n'existe pas réellement de contrepouvoirs capables de rivaliser avec le pouvoir du Roi[628]. Le souverain n'est limité par les ordonnances du Royaume qu'à des périodes très restreintes, et on ne peut les qualifier de normes capables de mettre en cause la souveraineté. Le souverain conserve une totale maîtrise de la règle de droit.

[625] Voir en ce sens Voir F. Saint Bonnet et Y. Sassier, *Histoire des institutions avant 1789*, Domat droit public, 2008, p. 256.

[626] Ce principe est ainsi consacré par l'ordonnance de Villers-Cotterêts en août 1539 et par l'Edit de Moulins en 1566.

[627] On l'a déjà indiqué mais J. Bodin ne retenait qu'incidemment ces règles sans en tirer de réelles conséquences juridiques de nature contraignante.

[628] Dès 1614, les Etats généraux ne sont plus réunis, et ce jusqu'en 1789. Le Roi est donc entièrement libre de déterminer le droit applicable. Une fois au pouvoir, le Roi est souverain et aucune règle véritablement constitutionnelle ne s'impose à lui.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

590. Les lois fondamentales ne sont finalement que des prémices de la soumission de la souveraineté au droit car il n'existe aucune norme qui réduise la capacité d'action de l'Etat et si certains auteurs ont pu parler de normes à valeur constitutionnelle, il n'en reste pas moins que ces normes restent coutumières et sont trop parcellaires pour pouvoir former une véritable Constitution[629].
Cette affirmation sur l'absence de Constitution est d'ailleurs en parfaite logique avec l'idée que la conception monarchique en France ne permettait pas de concevoir une possible soumission de la souveraineté au droit[630].

591. Ce n'est finalement qu'avec la Révolution que le développement du concept de droits naturels ainsi que les théories sur l'Etat de droit ont permis de concevoir de manière parfois contradictoire[631], une relation de subordination entre souveraineté et droit.

§ 2. L'affirmation de l'existence de droits naturels et l'émergence d'une limitation du pouvoir souverain

592. La conception absolue du pouvoir souverain est d'abord mise en cause par l'émergence de la notion de droits naturels qui ont vocation à s'imposer par nature puisqu'ils préexistent à l'Etat social. Ainsi, le développement des théories du contrat social et du droit des gens apporte une nouvelle conception du pouvoir du souverain qui ne peut agir que dans la limite de droits préexistants qui s'imposent à lui.
L'objectif est dans un premier temps de limiter les pouvoirs monarchiques avec l'idée qu'il existerait des droits, préexistants à l'ordre juridique et monarchique, que le pouvoir souverain ne peut mettre en cause, quelle que soit sa puissance.

593. Paradoxalement, l'idée du droit naturel est d'abord mise en application dans la pratique en Angleterre avant d'être théorisée par les Lumières. En effet, et dès 1628, la pétition des droits, puis l'Habéas Corpus en 1679, imposent au monarque de respecter un certain nombre de droits individuels[632]. En 1688, la rédaction du Bill of Rights a conduit à parachever cette

[629] Voir A. Rigaudière, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, Economica, 2ème édition, pp. 443 et suiv.

[630] Les seules règles qui pouvaient s'imposer étaient d'origine divine. Les premières théories théologiques, notamment celles de St Thomas d'Aquin, reposaient principalement sur l'idée du juste, et sur une séparation entre ce qui relève du temporel et du spirituel.

[631] Les Théories du droit naturel restent antérieures à la Révolution mais elles ont été largement occultées avant de retrouver un regain d'intérêt, à la Révolution, mais également au début du XXe siècle. Voir X. Dijon, *le droit naturel*, édition PUF, 1998.

[632] Ces textes imposent notamment un certain nombre de droits de la défense. À titre d'exemple, ce texte impose au pouvoir royal de faire comparaître une personne devant un juge au maximum dans les 20 jours de l'arrestation.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

limitation des pouvoirs du souverain en imposant un certain nombre de droits incontournables ainsi que le rôle du Parlement. En Angleterre, c'est donc dans un contexte de contestation du pouvoir royal que les droits naturels sont mis en avant et mis en pratique.

594. Ces premières expériences de la limitation du pouvoir souverain sont fondées sur l'idée que le pouvoir souverain doit se soumettre à une série de droits qui préexistent à l'ordre juridique[633]. Cette limitation se bâtit essentiellement en réaction au pouvoir royal, mais elle sera une étape décisive dans la soumission du pouvoir souverain au droit ; d'autant plus que progressivement, l'idée de droits supérieurs au pouvoir royal s'impose en même temps que la séparation des pouvoirs.

595. Le fait d'imposer l'existence de droits inaliénables permet d'émettre une limitation au pouvoir du roi souverain mais cela n'implique aucune réelle réflexion à l'égard de la puissance de l'Etat[634]. Les principes posés dans les déclarations cantonnent la souveraineté royale qui ne peut exercer ses pouvoirs comme elle l'entend sur les sujets de droit. Cette expérimentation tentée dans la pratique par l'Angleterre, va être reprise par les auteurs des Lumières qui théoriseront l'idée qu'il existe des droits au dessus du pouvoir souverain qui ne peuvent être modifiés.

596. C'est d'abord Hobbes qui utilisera l'expérience anglaise pour affirmer l'existence d'une loi fondamentale, en réalité un contrat social, qui ne peut être modifiée sans l'assentiment de tous. Cependant, dans la doctrine de Hobbes, l'absolutisme est toujours présent puisque le peuple donne l'entier pouvoir au prince de déterminer la majorité[635] et qu'il n'existe pas de distinction entre loi ordinaire et loi constitutionnelle.

597. La théorie des droits naturels prendra véritablement son essor démocratique avec l'analyse de Locke qui affirme que pour être légitime, la loi doit être conforme aux droits naturels et l'analyse de Rousseau qui, dans sa théorie du contrat social, théorise l'idée que le pouvoir monarchique est tenu de respecter des droits, dits naturels, qui sont préexistants à l'Etat de société.

598. La théorie du droit naturel trouve également écho dans la doctrine allemande. Ainsi, dans la conception doctrinale allemande l'importance du droit naturel va beaucoup plus loin encore

[633] Le droit naturel s'oppose au positivisme juridique. Le postulat est qu'il existe une norme juridique qui prend sa source dans un principe antérieur et supérieur à l'Etat. Suivant les doctrines, ce droit naturel a pour source Dieu, la Nature, la société, l'Etat.

[634] Ce qui est d'ailleurs parfaitement logique dans le cas du droit anglais puisque l'Etat n'a pas l'importance qu'on lui confère en droit français, y compris à l'époque monarchique.

[635] C'est en ce sens que le pouvoir royal est toujours le souverain absolu puisque le peuple est de fait soumis au prince une fois celui-ci désigné. Voir De cive, V, 8, liv. XVIII, p. 159. (Du citoyen, édition Maresq 1891).

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

puisqu'elle affirme que la loi constitutionnelle, en tant qu'elle reprend les droits naturels, doit être respectée y compris par le législateur[636].

599. La théorisation des droits naturels renforcera la première expérimentation mise en œuvre en Angleterre et retrouvera une utilisation dans la pratique car elle inspirera par la suite la mise en œuvre des déclarations des droits postérieures et notamment la déclaration américaine[637] et la déclaration de française des droits de l'Homme qui impose au pouvoir souverain un certain nombre de droits fondamentaux, préexistants ainsi que l'idée qu'il n'existe aucun autorité supérieure à la loi.

600. En droit français, et dans la théorie juridique, les droits naturels s'imposent dans un premier temps au roi souverain. Avec le développement de la séparation des pouvoirs, appliquée dès l'origine aux Etats-Unis et progressivement en France, la théorie des droits naturels a pris une nouvelle dimension, car ces droits sont désormais à la fois protégés par le législateur qui est en même temps soumis à ces principes[638].

601. L'apport de la séparation des pouvoirs, combiné à l'affirmation de l'existence de droits naturels modifie la qualité de la souveraineté qui est désormais exercée par plusieurs organes qui doivent respecter les droits contenus dans les déclarations[639].

602. L'idée même de l'existence de droits naturels permet de mettre en place les premières pierres doctrinales de la soumission du souverain au droit. Les théories de l'Etat de droit utiliseront en effet ce socle pour imposer l'idée d'une soumission du souverain au droit.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 3. L'impact des théories de l'Etat de droit sur la conception de la souveraineté de l'Etat : la soumission par le droit et le triomphe de la souveraineté juridique

603. Les théories de l'Etat de droit ont permis de faire émerger l'idée d'une soumission de l'Etat au droit, indépendamment de la souveraineté. La notion d'Etat de droit apparaît dans la doctrine juridique allemande dans la seconde moitié du XIXe siècle[640]. Cette théorie a un

[636] Plusieurs auteurs allemands sont à l'origine de cette conception, tels que Pufendorf, Bohmer et Wolff.

[637] La déclaration d'indépendance américaine est fondée sur un principe de droit supérieur à l'Etat qui impose que le peuple ait le droit de changer de gouvernement et ne peut être soumis de manière permanente à la volonté d'un seul gouvernant.

[638] C'est probablement cette conception qui va conduire à donner une importance aussi grande au législateur en droit français sous la IIIe République.

[639] La souveraineté devient diffuse sur le plan des titulaires et contrainte sur le plan du contenu.

[640] Cette théorie est dénommée doctrine du Rechtsstaat, ce qui a donné la traduction française : Etat de droit.

objectif clairement affiché qui est de limiter la puissance de l'Etat par le droit, ce qui implique l'idée d'une limitation de souveraineté. Cependant, cette notion d'Etat de droit regroupe en réalité plusieurs définitions du rapport entre l'Etat et le droit.
Du point de vue formel, ce principe signifie que l'Etat agit au moyen du droit, ce qui implique une hiérarchie des normes. D'un point de vue juridique, ce principe signifie que l'Etat doit se soumettre au droit. Enfin et d'un point de vue matériel, cette notion permet de donner certains attributs au droit de l'Etat.

604. La théorie de l'Etat de droit va apporter une véritable remise en cause de l'absolutisme de la souveraineté, puisque le souverain se soumet au droit mais aussi parce que cette théorie implique un renforcement et une véritable application de la séparation des pouvoirs et de la hiérarchie des normes. L'enracinement progressif de cette théorie ainsi que l'essor sans précédent des idées démocratiques renforcera cette mise en cause d'une conception absolue de la souveraineté. La soumission de l'Etat souverain au droit oblige ainsi à revoir la manière dont est conçue la notion de souveraineté.

605. Cette idée de la soumission du pouvoir souverain au droit, nécessaire pour assurer un développement démocratique de l'Etat, est au fond la première étape sur la route de la remise en cause de la souveraineté absolue. Elle oblige en tout état de cause la doctrine à revoir et reprendre les réflexions sur l'utilité de la notion de souveraineté.

606. À la suite du champ d'action ouvert par la théorie des droits naturels, la théorie allemande de l'Etat de droit adoptera un angle d'approche plus positiviste, construite en opposition à l'Etat de police. Comme l'Etat de police, l'Etat de droit dépasse l'Etat arbitraire puisque les institutions sont tenues de respecter des règles. Cependant, l'Etat de droit va beaucoup plus loin encore que l'Etat de police[641] puisque les règles sont hiérarchisées et que l'Etat ne peut modifier à sa guise cet ordonnancement juridique.

607. Dans l'Etat de police, la limitation du pouvoir est purement artificielle puisque l'administration a tout pouvoir pour modifier la règle de droit. Le droit est l'instrument de l'action de l'Etat, sa justification. Il manifeste le pouvoir de l'Etat d'imposer des règles aux citoyens. En ce sens, la monarchie dans l'ancien régime constituait un Etat de police, elle ne connaissait pas de réelles limites par le droit[642].

[641] Carré de Malberg définit d'ailleurs l'Etat de police comme un état dans lequel : *« l'autorité administrative peut, d'une façon discrétionnaire et avec une liberté de décision plus ou moins complète, appliquer aux citoyens toutes les mesures dont elle juge utile de prendre par elle-même l'initiative, en vue de faire face aux circonstances et d'atteindre à chaque moment les fins qu'elle se propose »*.In Carré de Malberg, *contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey 1920-1922, p. 488

[642] Voir B. Barret-Kriegel, *Etat de droit, dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, pp. 415 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

608. La notion d'Etat de droit, dégagée par la doctrine allemande, accepte au contraire une limitation du souverain qui va se plier à des règles de droit dont la hiérarchie est clairement établie. Dans un Etat de droit, l'Etat agit sur la base de règles générales et préexistantes qui déterminent ses rapports avec les administrés. La théorie du Rechtstaat va de paire avec la séparation des pouvoirs et axe sa réflexion sur une soumission de l'administration à un ensemble de règles auxquelles elle ne peut déroger. La théorie du Rechtstaat aboutit finalement à une soumission de l'administration à la loi en l'empêchant d'édicter des normes contraires.
La théorie du Rechtstaat, qui revendique l'autolimitation de l'Etat impose une soumission totale des organes de l'Etat au droit et donc offre une autre vision de la souveraineté, beaucoup plus juridique que politique.

609. Selon Hegel, l'Etat a le privilège de fixer les règles qu'il s'impose à lui-même en encadrant l'exercice de ses pouvoirs et les conditions nécessaires à la modification du droit applicable. Dans la théorie de l'autolimitation, le droit est une véritable contrainte pour l'Etat qui ne peut remettre en cause l'ordre juridique sans prendre le risque de saper ses propres fondements[643].

610. Ihering décrira les 2 facteurs qui obligent l'Etat à se soumettre au droit. Tout d'abord, l'Etat a un intérêt à respecter les règles qu'il édicte car par effet de mimétisme, le droit en vigueur sera mieux respecté par les individus. Ensuite, l'Etat est également tenu de respecter le droit en raison d'une forme de contrainte sociale qui est grandissante au fur et à mesure que se développe l'idée de démocratie[644].

611. L'application de la théorie allemande de l'Etat de droit conduit naturellement à assujettir l'Etat au droit car tous les organes de l'Etat sont tenus de respecter à la fois la hiérarchie des normes, et le champ de compétences de chaque institution tel que défini par la Constitution. Les théories allemandes de l'Etat de droit mettent finalement l'accent sur une limitation du pouvoir souverain qui a une origine interne à l'Etat, contrairement à la théorie des droits naturels qui trouve son origine dans une source extérieure et préexistante à l'Etat.

612. La soumission de l'Etat à la loi est un premier pas vers la mise en cause de la souveraineté absolue, qui se traduit par deux phénomènes, à la fois une soumission de l'exécutif au législateur et la soumission du législateur au droit.

[643] Jellinek sera d'ailleurs l'un des auteurs qui défendra le mieux cette idée d'autolimitation de l'Etat, c'est-à-dire, celle d'un Etat qui est quasiment contraint de se soumettre au droit pour garder sa légitimité. In *l'Etat moderne et son droit*, édition Giard et Brière, Paris, 1911.

[644] Pour des précisions sur l'analyse développée par Ihering, se reporter à R. Von Ihering, *l'évolution du droit*, Paris, Giard et Brière, 1911.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

D'une part, la soumission de l'Etat à la loi, et donc aux textes édictés par les représentants de la Nation, impose nécessairement que le pouvoir exécutif soit cantonné dans une fonction et un cadre précis, dont il n'a plus entièrement la maîtrise. D'autre part, la souveraineté absolue est nécessairement mise en cause par la soumission du législateur au droit. Cette soumission s'imposera progressivement dans les faits, même si le législateur aura longtemps une place incontestée en droit français.

613. Cependant, la doctrine Allemande, en se centrant sur le rôle de l'Etat, ne met pas en perspective l'impact de l'Etat de droit sur le pouvoir détenu par la Nation souveraine. Ainsi, les théories allemandes ne prennent pas en compte l'existence d'une Nation souveraine qui influencerait l'Etat de droit[645].
C'est pour cette raison que l'on peut avancer que la souveraineté absolue, devenue propriété de la Nation, semble davantage résister au concept d'Etat de droit. C'est également pour cette raison que la conception allemande a, dans un premier temps, été vivement contestée par la doctrine française qui préférait justifier la limitation de l'Etat par l'existence d'un droit naturel constitutif d'une limite extrinsèque de l'Etat[646].
La logique de l'Etat de droit se heurtait à la prédominance en France de la Nation souveraine et à la toute puissance de l'assemblée nationale. En droit français, malgré cette conception, la défense de l'idéal démocratique[647] a cependant rapidement conduit à mettre en œuvre une forme de limitation de l'Etat par le législateur en privilégiant la hiérarchie des normes.

614. Les théories révolutionnaires ont tenté d'apporter en droit français une conception de la limitation des pouvoirs de l'Etat fondée sur la hiérarchie des normes, mais qui privilégie l'existence de droits naturels au sommet de la hiérarchie[648]. Cette pensée des droits de l'Homme apporte aussi une vision hiérarchique des normes juridiques avec au sommet *« des droits naturels, inaliénables et sacrés »*[649]. Dans l'esprit des révolutionnaires, l'Etat est tenu de respecter ces normes ainsi que la Constitution ce qui est une nouveauté sans précédent.

615. Pourtant cette hiérarchie des normes, privilégiant la Constitution, ne sera jamais vraiment appliquée en pratique, et subira l'influence grandissante du dogme de la loi. La suprématie de

[645] Ce qui est logique puisque le concept de Nation allemande est fort récent.

[646] La doctrine française, fortement inspirée par l'idée des droits naturels, contestait la théorie allemande qui conduisait à soumettre l'Etat au droit uniquement selon son bon vouloir, puisque le législateur, organe de l'Etat restait libre de modifier les règles.

[647] Et probablement également la paralysie progressive du système parlementaire français, englué dans un régime d'assemblée totalement paralysant.

[648] L'analyse doctrinale à la française ressemble au fond à un mélange entre une théorie de l'Etat de droit pure et une théorie entièrement fondée sur le droit naturel.

[649] Cette référence était d'ailleurs parfaitement explicite dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

la Constitution ne sera défendue par aucun organe au sein de l'Etat ce qui a conduit à ce que la violation de la Constitution reste non sanctionnée.
La pratique institutionnelle française a ainsi modifié l'ordonnancement en plaçant la loi au sommet de la hiérarchie et en privilégiant ainsi le pouvoir législatif, symbole à la fois du pouvoir souverain de l'Etat et du pouvoir souverain de la Nation[650].

616. En droit français, la doctrine des droits naturels fait clairement ombrage à la théorie de l'Etat de droit. C'est principalement Carré de Malberg qui conceptualisera la notion d'Etat de droit à la Française, plus proche en réalité de l'Etat légal. Ainsi pour Carré de Malberg, la France est un Etat légal dans lequel la loi est une limite de l'activité administrative et dans lequel la suprématie de la Constitution sur la loi n'est pas assurée.

617. La théorie française de limitation des pouvoirs de l'Etat par le droit aboutit dans un premier temps à la notion d'Etat légal plutôt que d'Etat de droit. Cet Etat légal permettait finalement de conserver une certaine forme d'absolutisme de la souveraineté puisque les règles de droit applicables sont entièrement déterminées par le législateur.
Cette conception est influencée par la conception française de l'absolutisme de la souveraineté puisqu'au demeurant il n'existe aucun pouvoir susceptible de contraindre la volonté du législateur souverain. La souveraineté parlementaire qui règne en France à l'époque de Carré de Malberg est d'ailleurs d'une certaine façon révélatrice d'une conception plus absolue de la souveraineté[651].
Cette conception propre à la pratique institutionnelle française ne perdurera pas, et l'évolution doctrinale ainsi que les progrès des idées démocratiques conduiront à un abandon progressif en France de l'Etat légal pour un véritable Etat de droit.

618. La doctrine française, tout en contestant la théorie de l'Etat de droit et en lui préférant le caractère inaliénable des droits naturels de l'Homme, utilisera pourtant cette notion d'Etat de droit pour remettre en cause cet Etat légal qui a tendance à s'imposer en France.
En France, le combat pour l'Etat de droit passera par une volonté d'asseoir la suprématie de la Constitution et par la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité, dont l'aboutissement sera finalement tardif.

619. La théorie allemande et française de l'Etat de droit aboutissent cependant à une conclusion identique qui est la nécessaire hiérarchie entre les normes.

[650] Voir par exemple, G. Vedel, G. Carcassonne, O. Duhamel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Dalloz, 2002, pp. 70 et suiv.

[651] Carré de Malberg écrira d'ailleurs : *« le parlement est non seulement un organe suprême, mais encore à proprement parler un organe souverain ».* In Carré de Malberg, *contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey 1920-1922, p. 616.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Tout en estimant que la théorie de l'Etat de droit remplit une fonction idéologique d'une importance extraordinaire, et que la notion d'Etat de droit n'est finalement qu'un pléonasme[652], Kelsen va tout de même participer au parachèvement de cette théorie, en dégageant clairement l'idée que l'Etat de droit n'est finalement qu'un ordre juridique hiérarchisé[653].
Cette théorie Kelsénienne conduit à défendre l'idée de souveraineté de l'Etat puisque celui-ci édicte des normes de valeurs différentes qui s'imposent aux individus mais cependant Kelsen n'a pas une conception absolue de cette souveraineté. Pour lui, il existe une identité absolue de l'Etat et du droit ce qui explique qu'il privilégie au fond un concept de souveraineté beaucoup plus juridique que politique[654]. Le droit n'a pas de réalité extérieure à l'Etat mais serait issu d'une norme fondamentale dont les contours restent mal déterminés.

620. Toutes les théories rassemblées permettent de donner une définition large de l'Etat de droit qui signifie aujourd'hui, principe de hiérarchie des normes, séparation des pouvoirs, et contrôle juridique du respect des textes. Or ces principes ont des implications sur le contenu de la souveraineté.
Ainsi, l'Etat de droit, combiné à la séparation des pouvoirs, impose que certains organes de l'Etat ne puissent plus agir de manière indivisible et suprême. Cette soumission théorique des organes de l'Etat au droit, et donc cette volonté de l'Etat d'autolimiter ses propres pouvoirs conduit à une mise en cause de la conception absolue de la souveraineté, qui dans sa définition originelle impose qu'aucune règle ne puisse contraindre l'Etat.

621. La notion d'Etat de droit est donc à l'origine de la problématique qui conduit à se demander comment l'Etat peut à la fois être souverain et soumis au droit. Suivant les auteurs, cette soumission s'expliquera par l'existence d'un droit préexistant, par le positivisme juridique et l'idée que le droit a une consistance autonome capable de régir les activités de l'Etat, ou encore par l'assimilation de l'Etat au droit.

622. L'affirmation de la notion d'Etat de droit va constituer une nouvelle étape dans la remise en cause du concept absolu de souveraineté, remise en cause qui se renforcera d'ailleurs au fur et à mesure que les contrôles du respect de la hiérarchie des normes par l'Etat se feront plus importants.
L'émergence de l'Etat de droit impose en réalité d'attribuer à la souveraineté de l'Etat un sens beaucoup plus juridique que politique, qui est renforcé par l'application des préceptes de la théorie de l'Etat de droit dans la pratique institutionnelle.

[652] En ce sens, voir H. Kelsen, *Théorie pure de droit*, Dalloz 2ème édition 1962, pp. 377 et 411.

[653] Voir en ce sens, J. Chevallier, *l'Etat de droit*, Montchrestien, 2ème édition, p. 45.

[654] Kelsen réduit ainsi la puissance de l'Etat à l'efficacité de l'ordre juridique.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

La mise en place d'organes de contrôle, pour faire respecter les normes au sommet de la hiérarchie par l'ensemble des institutions poursuit la remise en question du concept de souveraineté absolue de manière déterminante.

§ 4. La soumission des organes de l'Etat au droit : le contrôle strict de la hiérarchie des normes

623. La soumission de l'Etat au droit n'aurait aucune incidence sur le principe de souveraineté s'il n'existait pas de réels organes de contrôle capables de faire respecter la règle de droit. Admettre une autolimitation de l'Etat, c'est déjà admettre qu'il n'est plus totalement souverain puisqu'il se soumet à des normes. Mais imposer un contrôle juridique de l'application effective de ces normes suppose davantage encore une forme de remise en cause de la souveraineté étatique.

624. Paradoxalement, il serait possible de dire que puisque l'Etat à la maîtrise des organes de contrôle, qui font finalement parties de lui-même, il reste souverain, mais cependant et au fil du temps, l'indépendance des juges nationaux leur a permis de ne plus être garants de l'Etat mais garant du droit. Cette institutionnalisation de l'indépendance du pouvoir des juges a conduit à renforcer le passage d'une souveraineté politique à une souveraineté juridique, dénuée d'absolutisme, le droit prévalant sur la volonté politique[655].

625. Pour analyser cette obsolescence de la souveraineté absolue de l'Etat, il faut prendre en compte deux phénomènes distincts qui sont d'une manière générale, la soumission du pouvoir exécutif au législateur et au juge administratif et également la soumission du législateur aux textes constitutionnels et au Conseil constitutionnel.

626. Initialement, en droit français, le cantonnement de la souveraineté de l'Etat est d'abord passé par une soumission des autorités administratives au pouvoir législatif et au droit grâce à un contrôle du juge administratif. Les décisions prises par l'autorité exécutive doivent respecter la hiérarchie des normes sous peine d'être sanctionnées par le juge.

627. Le contrôle du juge administratif est le symbole du respect de l'Etat légal, toutes les autorités administratives étant soumises à la loi. La justice administrative a été créée afin que l'administration, symbole de l'Etat, puisse être jugée par un juge spécifique distinct du juge judiciaire[656]. Le rôle du juge administratif et surtout son statut d'indépendance le place dans

[655] Ce qui pose parfois aujourd'hui la question du développement éventuel d'une forme de gouvernement des juges dont la légitimité n'est pas politique mais juridique et en tout état cause, discutée.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

une position de supériorité qui lui permet de faire respecter le droit quelle que soit l'autorité administrative ayant pris la décision.

628. L'Etat de droit n'a pu s'imposer que tardivement, notamment en raison du dogme de la suprématie de la loi qui a prévalu en France sous la IIIe République et a connu son apogée avant le second conflit mondial. L'Etat de droit ne s'imposait donc qu'en termes de conformité des textes à la loi mais il ne remettait pas réellement en cause le pouvoir souverain puisque celui-ci était libre de modifier la loi. Le contrôle exercé sur l'administration n'était de plus que parcellaire ce qui ne permettait pas de soumettre, en toute occasion, l'administration au droit[657].

629. Toutefois, au fil de sa jurisprudence et de ses arrêts, le Conseil d'Etat a su s'imposer comme une juridiction capable de défendre l'Etat de droit. Quelles que soient les matières et les domaines d'intervention de l'administration, la jurisprudence du Conseil d'Etat a su imposer la hiérarchie des normes à l'administration qui est tenue de respecter le droit applicable à chaque étape de sa prise de décision.
La justice administrative est devenue un réel vecteur de l'Etat de droit ; l'administration doit appliquer les règles de droit édictées par le législateur et par le pouvoir constituant. Cette soumission de l'administration au droit est également renforcée par le développement des juridictions administratives de 1er et 2nd degré[658].

630. Désormais, la justice administrative est largement ouverte aux citoyens qui peuvent faire valoir leurs droits contre l'administration[659]. Ce principe est totalement ancré dans l'Etat de droit car il suppose protection des droits et respect de la hiérarchie des normes. Ce contrôle exercé sur l'administration est l'un des symboles de la soumission de l'Etat au droit dans la mesure où l'administration, organe de l'Etat ne peut plus agir à sa convenance mais doit respecter des règles édictées par l'Etat lui-même.

[656] Conformément à la loi des 16 et 24 août 1790 ordonnant la séparation du judiciaire et de l'administratif, le Conseil d'Etat et les conseils de préfecture ont été créés pour juger l'administration et vérifier qu'elle applique les règles juridiques. (JO 20 août 1944, p. 361).

[657] La justice administrative a été lente à s'imposer car dans son appréciation, elle prend en compte les particularismes de l'administration et elle a longtemps été soupçonnée de complaisance à l'égard de l'administration. Selon Hauriou, *« juger l'administration est encore administrer »*. Voir en ce sens son commentaire sous l'arrêt Terrier, Sirey 1903. Rec. p. 97.

[658] Les Tribunaux administratifs créés en 1953 et les Cours administratives d'appel participent à cette soumission de l'administration au droit, en garantissant une interprétation et des décisions de justice indépendantes et entièrement fondées sur le droit.

[659] Le recours pour excès de pouvoir se développe considérablement et permet un contrôle de la légalité des décisions prises par l'administration. Ce contrôle est par nature protecteur des intérêts des individus.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

631. Le contrôle administratif est la première étape de la soumission de l'Etat au droit, il traduit l'idée que la souveraineté de l'Etat ne peut plus s'exercer de manière absolue dans un Etat démocratique. Mais le développement de l'Etat de droit passe également dans un second temps par la mise en œuvre d'un véritable contrôle de constitutionnalité qui soumettra, non plus seulement l'administration mais tous les organes de l'Etat, à la norme suprême.
Ainsi, l'Etat de droit ne s'impose réellement que lorsque la norme constitutionnelle est effectivement placée au sommet de la hiérarchie et qu'un contrôle du respect de cette norme est appliqué[660].

632. Or, en France, pendant longtemps, le texte constitutionnel est d'abord resté lettre morte, puis par la suite, et lorsque sa valeur suprême a finalement été reconnue, il n'était pas véritablement respecté puisque aucun contrôle n'était réellement opéré sur les lois. Ainsi, la volonté de la Nation et donc la souveraineté nationale se trouvait dans la loi autant que dans la Constitution ce qui imposait naturellement une absence de contrôle. L'Etat conservait donc une forme absolue de souveraineté dès lors qu'il n'existait pas de contrôle.

633. L'émergence d'un véritable contrôle de constitutionnalité a été tardive en France en raison du dogme de la loi[661]. Ce n'est finalement qu'en 1958 que le droit français accepte de mettre en place un véritable contrôle de constitutionnalité en créant le Conseil constitutionnel[662]. Ce contrôle est assez faible dans ces débuts, basé uniquement sur les articles du texte constitutionnel, à l'exclusion des déclarations et préambules.

634. Le contrôle a donc gagné en qualité grâce à la prise en compte de plus en plus importante des normes constitutionnelles. Ainsi, en 1971, et grâce à la jurisprudence innovante du Conseil constitutionnel, le contrôle de constitutionnalité a pris toute son ampleur[663]. Désormais, tous les organes de l'Etat sont tenus de respecter les textes du bloc de constitutionnalité.

---

[660] Voir M. Troper*, la logique de la justification du contrôle de constitutionnalité des lois*, in Mélanges Pactet, Dalloz, 2003, pp. 911 et suiv.

[661] Les tentatives de mise en place d'un contrôle de constitutionnalité ont longtemps échoué en France. Les premiers contrôles de constitutionnalité ont échoué parce qu'ils étaient mis en place sous des régimes politiques monarchiques ou sous le Bonapartisme et qu'ils ne servaient qu'à démontrer un prétendu contrôle des pouvoirs de l'Etat. Voir en ce sens, D. Rousseau, *droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 6ème édition, pp. 12 et suiv.

[662] Comme on l'a indiqué, les précédents contrôles de constitutionnalité qui ont pu exister restaient largement défaillants.

[663] La décision du 16 juillet 1971, liberté d'association, a conduit à étendre considérablement les normes de nature constitutionnelle qui doivent être respectées par l'Etat en toute circonstance. Le bloc de constitutionnalité prend notamment en compte l'ensemble des droits fondamentaux inscrits dans la DDHC et dans les préambules. (Décision n° 71-44 DC, AJDA 1971, p. 537). Toutefois, le Conseil d'Etat a également pour mission de veiller à ce que les actes de l'administration soient conformes à la Constitution.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Le contrôle de constitutionnalité a également gagné en importance dans la mesure où le rôle du Conseil constitutionnel n'est pas resté cantonné au simple contrôle du respect des domaines de compétence de l'exécutif et du législatif, mais qu'il est devenu un véritable contrôle du respect des droits fondamentaux.

635. Le développement du contrôle de constitutionnalité en France soumet en réalité l'ensemble des organes de l'Etat au droit, et seuls les juges du Conseil constitutionnel ont le pouvoir de déterminer ce qui est conforme ou non à la Constitution[664].

636. Cependant, le contrôle de constitutionnalité ne remet pas totalement en cause la souveraineté de l'Etat dans la mesure où les juges sont l'un des organes de l'Etat. De plus, le contrôle de constitutionnalité en France ne peut s'opérer que si certains organes de l'Etat décident de saisir le Conseil, qui ne peut s'autosaisir. Le contrôle de constitutionnalité est donc en partie soumis à l'exécutif ou au législatif ce qui contrebalance l'effet de soumission de l'Etat au droit.
De plus, le contrôle de constitutionnalité en France reste imparfait car il n'était pas directement jusqu'à présent accessible aux citoyens et qu'il restait un contrôle a priori, peu utilisé au quotidien par les praticiens du droit[665].

637. En tout état de cause, la souveraineté de l'Etat subit l'influence de l'application de l'Etat de droit, et du développement du contrôle du juge. De plus, et en tout état de cause, l'absolutisme est de toute évidence peu compatible avec la démocratie.
638. L'affirmation du droit, par rapport à l'Etat politique impose une remise en cause du concept de souveraineté absolue. L'Etat n'est plus le souverain qui avait la liberté de mettre en place et d'appliquer les normes juridiques suivant son bon plaisir. Désormais, la complexification des règles de droit et l'affirmation d'un contrôle juridictionnel toujours plus poussé réduisent les marges de manoeuvre de l'Etat.

639. En revanche, la problématique s'est posée différemment dans le rapport entre le droit et la souveraineté nationale. Ainsi, la souveraineté nationale est synonyme en droit français de pouvoir constituant ce qui la place dans une situation juridique différente de l'Etat. Les règles de droit constitutionnel qui s'impose de facto à l'Etat ont une portée différente à l'égard de la souveraineté nationale.

[664] Le contrôle du Conseil constitutionnel sur la conformité des textes à la Constitution a parfois conduit certains auteurs à se demander si les juges ne disposaient pas d'une forme de pouvoir souverain.

[665] La réforme du 23 juillet 2008, loi constitutionnelle n° 2003-276, créant l'exception d'inconstitutionnalité, modifiera peut-être à terme cette situation mais seule la pratique le dira. JO 24 juillet 2008, p. 11890. Comme nous l'avons déjà indiqué plus haut, cette question prioritaire de constitutionnalité constitue un contrôle indirect par voie d'exception, à l'occasion d'un litige, et ne modifie donc en rien la volonté législative en amont.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

La question est alors posée de savoir si les théories de l'Etat de droit et leur transposition dans la pratique ont pu réduire également à néant le sens absolu du concept de souveraineté nationale.

Section 2 : L'impossible soumission de la souveraineté nationale au droit

640. À plusieurs reprises, il a été démontré qu'il existait désormais une distinction entre la souveraineté de l'Etat et la souveraineté nationale. Cette distinction s'analyse de nouveau lorsqu'on compare la place de l'Etat et de la Nation par rapport au droit et surtout par rapport à la norme suprême qu'est la Constitution.

641. Le paradoxe est que le pouvoir souverain réside dans une entité abstraite, la Nation, qui conserve pourtant les attributs de la souveraineté absolue puisqu'elle a le pouvoir de modifier la norme suprême, ce qui implique qu'elle choisisse le droit applicable ainsi que les règles institutionnelles du fonctionnement de l'Etat.

642. Contrairement à l'Etat, la Nation continue d'exercer une souveraineté entière dans la mesure où elle se confond avec le pouvoir constituant. La nature de ce pouvoir constituant et la force normative des règles constitutionnelles conduit à donner à la Nation un pouvoir particulier, qui dépasse la dimension juridique de la souveraineté, pour se rapprocher d'une souveraineté de nature absolue.

§ 1. La Nation : un symbole du pouvoir constituant non soumis au droit

643. À la Révolution, le pouvoir royal est remplacé par une entité abstraite et la souveraineté change tout naturellement de titulaire, passant d'une souveraineté royale à une souveraineté nationale. La Nation devient la source du pouvoir politique, elle devient, sur la base des thèses défendues par les auteurs des lumières, une entité capable de déterminer le bien commun et donc les règles juridiques qui auront vocation à s'appliquer à tous.

644. La Nation est directement à l'origine du pouvoir constituant, mais puisqu'il est impossible de réunir la Nation, des assemblées constituantes seront désignées afin de rédiger la Constitution, norme suprême qui traduit l'exercice du pouvoir de souveraineté. La notion de pouvoir constituant va donc se développer en même temps que l'idée de Nation, et il se définit comme le pouvoir d'établir ou de réviser la règle fondamentale.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

645. Ce pouvoir a deux formes principales un pouvoir originaire et un pouvoir dérivé. D'un point de vue doctrinal, cette distinction entre pouvoir constituant originaire et dérivé a eu toute son importance puisqu'elle permettait de différencier le pouvoir originaire, tout puissant, pour modifier la Constitution, et un pouvoir dérivé, qui permettait une modification de la Constitution plus restreinte[666]. Ainsi le pouvoir constituant originaire intervient pour fixer les modalités d'une nouvelle constitution ce qui lui laisse en théorie davantage de liberté que le pouvoir constituant dérivé, normalement soumis au contenu du texte constitutionnel.
Cette distinction doctrinale n'aura que peu de portée en droit français en raison du lien permanent qui est effectué entre la Nation et le pouvoir constituant. Ainsi, le pouvoir originaire et le pouvoir dérivé émanent toujours de la Nation et conservent donc une part d'absolutisme indéniable.

646. En raison de son lien avec la Nation et le peuple, la volonté de donner au pouvoir constituant un caractère absolu est apparue dès l'origine des Constitutions. Historiquement, en droit français, et plus généralement dans toutes les démocraties, le pouvoir constituant originaire, comme dérivé, a le pouvoir de fixer les règles fondamentales relatives à l'exercice du pouvoir politique. Il a donc le pouvoir de régir l'organisation de l'Etat et est donc en position de supériorité par rapport à l'Etat. Le pouvoir constituant originaire est associé à la Nation et à la souveraineté nationale, davantage qu'à l'Etat.

647. Cependant et là encore, il est difficile de séparer totalement ce qui est du rôle de l'Etat et du rôle de la Nation. L'intervention du pouvoir constituant originaire est assez rare et surtout est liée à l'Etat dans la mesure où ce pouvoir originaire n'intervient finalement qu'après une révolution, après un changement de République ou après la constitution d'un nouvel Etat[667]. Quant à l'intervention du pouvoir constituant dérivé, il ne peut être exercé sans que les organes de l'Etat en soit à l'origine, d'un point de vue matériel.

648. À l'égard du pouvoir constituant, la souveraineté nationale a une fonction en amont et en aval puisqu'elle est à la fois directement à l'origine du pouvoir constituant, et qu'elle transparaît également dans le pouvoir constituant dérivé. En France, et dans une décision du 2 septembre 1992, *Maastricht 2*, le Conseil constitutionnel a rappelé que le pouvoir constituant était souverain et qu'il pouvait modifier le texte constitutionnel en vertu du pouvoir dérivé

[666] Les références bibliographiques sur cette question sont nombreuses. Nous ne citerons que les plus importantes. C. Eisenmann, *la justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica, 1986 ; H. Kelsen, *in théorie pure de droit*, Dalloz 1962 ; C. Schmitt, *théorie de la Constitution,* Léviathan PUF, 1993 ; R. Carré de Malberg, *contribution à la théorie générale de l'Etat,* Dalloz 2003. Pendant la seconde guerre mondiale, cette question a également connu un véritable regain d'intérêt, voir G. Liet Veaux, *la fraude à la Constitution*, RDP 1943, pp. 116 et suiv ; R. Bonnard, *les actes constitutionnels de 1940*, RDP 1942, pp. 46 et suiv.

[667] Voir en ce sens, P. Pactet et F. Mélin-Soucramanien, *droit constitutionnel*, Sirey Université, 25ème édition, p. 65.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

qu'il tenait de la Nation[668]. Le constituant et la Nation souveraine sont devenus deux notions totalement imbriquées et surtout pétries d'absolutisme[669].

649. La norme suprême est donc entièrement soumise au pouvoir constituant originaire détenu, dans un système démocratique, par la Nation, ce qui permet d'affirmer que la souveraineté nationale n'est pas soumise au droit comme peut l'être la souveraineté de l'Etat. La Constitution est en effet un texte qui encadre l'Etat mais qui est entièrement dépendant du constituant, c'est à dire de la Nation souveraine. Le constituant reste maître de la règle de droit y compris constitutionnelle.

650. Pour autant, la norme suprême porte en elle-même des éléments qui sont de nature à faciliter un mouvement de résistance face aux modifications permanentes qui pourraient être voulues et appliquées par le constituant. C'est en ce sens qu'il serait tout de même possible d'affirmer qu'il existe une différence de nature entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé.

651. Cette situation de supériorité du pouvoir constituant, symbole de souveraineté nationale, pourrait ne pas perdurer. En effet, la suprématie du pouvoir constituant est toujours incontestable dans les faits mais elle est déjà l'objet d'une remise en cause juridique et doctrinale très importante qui a pour but la limitation du pouvoir constituant dérivé jusque là peu restreint par les règles constitutionnelles procédurales.

§ 2. Les tentations de modifier la Constitution et la marge de manoeuvre du pouvoir constituant

652. Très tôt, le pouvoir constituant originaire a tenté de mettre des limites au pouvoir constituant dérivé, en instituant, dans le texte constitutionnel, des mécanismes capables de cantonner le pouvoir constituant dérivé en lui imposant des règles procédurales pour modifier la norme suprême. La théorie positiviste défendra d'ailleurs l'idée que dans sa fonction de modification et de révision de la Constitution, le constituant ne peut avoir aucune limite à l'exception de limites procédurales.

[668] Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, Maastricht II, JO 3 septembre 1992, p. 13337. Le Conseil constitutionnel avait déjà évoqué cette place du pouvoir constituant dans d'autres décisions : voir décision du 6 novembre 1962, n° 62-20 DC et décision du 9 avril 1992, n°92-308 DC. JO 7 novembre 1962, p. 10778 et JO 11 avril 1992, p. 5354.

[669] Voir en ce sens, C. Isidoro, *le pouvoir constituant peut-il tout faire,* in Mélanges Pactet, Dalloz, 2003, p. 238.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

653. En réalité, la force contraignante des procédures de révision sur le pouvoir constituant dérivé, est différente en fonction de la nature rigide ou souple de la Constitution[670]. En France, la Constitution écrite impose des règles procédurales que le pouvoir constituant dérivé doit respecter pour procéder à la modification de la Constitution. Ainsi, l'article 7 de la Constitution de 1958 empêche toute modification de la Constitution en période d'intérim de la présidence de la République. L'article 89-5 interdit quant à lui de porter atteinte à la forme républicaine du gouvernement[671].

654. Le droit constitutionnel semble vouloir se protéger lui-même des atteintes qui pourraient lui être portées par le pouvoir constituant. Cependant, force est de constater que le pouvoir constituant garde en réalité un pouvoir total sur les normes même constitutionnelles. Certains auteurs ont ainsi développé l'idée que même dans l'hypothèse d'une Constitution stricte, les règles qui permettaient d'encadrer fortement la révision peuvent être modifiées.

655. Ces auteurs mettent l'accent sur l'idée que la Constitution n'est pas immuable et que les règles restreignant sa modification peuvent également être modifiées ou abrogées. Ainsi, le pouvoir constituant peut d'abord se réunir dans un premier temps pour abolir les dispositions limitant la révision puis ensuite il peut procéder à la révision de la Constitution à sa convenance[672].

656. En tout état de cause, et dans l'hypothèse où les règles de révision de la Constitution ne sont pas respectées, il n'existe pas de sanction du pouvoir constituant puisqu'il n'existe aucun contrôle des lois de révision[673]. Les théories formalistes mettent ainsi en évidence la grande fragilité des règles procédurales censées préserver la Constitution en indiquant que ces règles n'empêchent pas le pouvoir constituant de modifier la norme suprême comme il l'entend[674], mais qu'elle lui impose davantage de respecter une procédure avant de modifier la Constitution. Le pouvoir constituant peut modifier le contenu de la norme constitutionnelle en se fixant lui-même les règles procédurales qu'il doit respecter.

---

[670] Sur cette distinction, voir par exemple, P. Pactet et F. Mélin-Soucramanien, *droit constitutionnel*, Sirey Université, 25ème édition, p. 70.

[671] Pour des précisions sur ces limites d'ordre juridique, voir l'article de B. Genevois, *les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant*, RFDA 1998, pp. 909 et suiv.

[672] Voir en ce sens J. Laferrière, *le nouveau gouvernement de la France*, Sirey 1941, p. 36. Cette analyse permet de comprendre comment un Etat respectant sa Constitution peut dériver vers un régime totalitaire au nom de l'absolutisme du pouvoir constituant.

[673] Le Conseil constitutionnel n'a ainsi pas le pouvoir de contrôler les lois de révision. C'est notamment ce qu'affirme le Conseil constitutionnel dans plusieurs décisions du 6 novembre 1962, 20 janvier 1981, 28 juillet 1989 (JO 7 novembre 1962, p. 10778 ; JO 22 janvier 1981, p. 308 ; JO 1er août 1989, p. 9676).

[674] Cette analyse a notamment été effectuée par J. Barthélémy et P. Duez, in *traité de droit constitutionnel,* Economica 1985, p. 236, à propos de la forme républicaine du gouvernement qui a été ajoutée en 1884, lors d'une modification des lois Constitutionnelles de 1875.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

657. Le pouvoir constituant, qu'il soit originaire ou dérivé d'ailleurs, a donc par nature un caractère d'absolu qui rapproche son pouvoir de la conception initiale de la souveraineté[675]. Il peut modifier le contenu de la Constitution à sa convenance, y compris d'ailleurs les articles prévoyant des règles procédurales pour la modification[676]. Le pouvoir constituant dérivé peut finalement effectuer les mêmes changements constitutionnels que le pouvoir constituant originaire, dès lors que les règles procédurales ne sont pas intangibles.

658. Le pouvoir constituant s'exerce soit par référendum, soit par le biais des représentants, ce qui implique qu'une modification de la Constitution puisse parfois être imposée par une courte majorité, ou par les 2/3 d'un parlement pas toujours totalement représentatif.
Cette analyse de la souveraineté absolue du pouvoir constituant conduit naturellement à un risque pour la démocratie, risque de totalitarisme et de violation systématique des droits fondamentaux. C'est face à ce risque que certains auteurs ont tenté d'avancer l'idée qu'il existerait des normes constitutionnelles dont la nature et l'importance empêcherait toute modification. Elles s'imposeraient donc y compris au pouvoir souverain.

§ 3. L'émergence de théories de la supraconstitutionnalité : une reprise moderne de la théorie des droits naturels par l'affirmation d'une portée intangible de certains droits constitutionnels

659. Certains auteurs, favorables à la thèse de l'intangibilité de certaines règles constitutionnelles ont reproché à la thèse de la double révision de méconnaître l'esprit et le texte constitutionnel en permettant une mise en cause aisée de la norme constitutionnelle[677].
Ces auteurs ont défendu la thèse de la supraconstitutionnalité et donc l'idée qu'il existerait des normes qui ont par nature une valeur telle qu'elles s'imposent au pouvoir constituant.
Cette thèse a été l'objet d'une vive controverse doctrinale entre les partisans de la supraconstitutionalité et les partisans d'un pouvoir constituant souverain[678].

660. Partisan de la thèse de la supraconstitutionnalité, L. Favoreu défendra l'idée qu'il existe, au sein des normes constitutionnelles une hiérarchie des normes, certaines d'entre elles

[675] Il faut cependant citer ici des auteurs qui prônent une véritable distinction entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé. Voir par exemple, G. Burdeau qui indique qu'il *« n'est pas concevable que le pouvoir de révision se voit attribuer la plénitude du pouvoir constituant originaire »,* in *traité de science politique,* LGDJ, 1950.

[676] G. Vedel reprendra cette idée qu'il est toujours possible de modifier la Constitution après avoir procédé à la modification des articles procéduraux. *« Schengen et Maastricht »,* RFDA 1992, p. 179.

[677] C'est le cas notamment de P. Pactet, in *institutions politiques et droit constitutionnel*, Armand collin, 16ème édition, p. 296 et de L. Favoreu, *souveraineté et supraconstitutionnalité*, revue Pouvoirs 1993, n° 67, p. 76.

[678] Cette controverse a donné lieu à des échanges doctrinaux importants entre L. Favoreu et G. Vedel.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

constituant un noyau intangible qui ne pourrait être remis en cause par une loi constitutionnelle et par le pouvoir constituant. Ces normes recevraient une protection particulière par le biais d'un contrôle du Conseil constitutionnel sur le pouvoir constituant.
Pour les tenants de cette doctrine, ces normes de nature supraconstitutionnelle reposent à la fois sur les droits naturels mais également sur une série de normes juridiques acquises au fil des années d'histoire constitutionnelle. Ils reprennent ainsi les théories d'avant guerre de Duguit et Hauriou qui affirmaient la supraconstitutionnalité de la déclaration des droits de l'Homme, mais ils vont plus loin dans la mesure où ils intègrent de nouvelles règles et notamment la forme républicaine du gouvernement[679].

661. La supraconstitutionnalité défend l'idée d'une limitation du pouvoir constituant par le droit constitutionnel, ce qui suppose une autre vision du pouvoir constituant souverain et donc de l'étendue des pouvoirs de souveraineté. Certains auteurs tel S. Arné indiquent d'ailleurs que *« tout dans une Constitution n'est pas révisable ou en tout cas ne devrait pas l'être »* ; le souverain ne peut modifier certaines dispositions constitutionnelles intangibles[680].

662. Cette théorie est contestée par G. Vedel qui retient qu'en droit français, il n'existe pas de normes juridiques de valeur supérieure à la Constitution et qu'aucune hiérarchie entre les normes constitutionnelles ne saurait être instaurée. Cette théorie s'appuie d'ailleurs sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel déjà citée pour mettre en évidence cette absence de hiérarchie[681].
D'autres auteurs, en se fondant également sur les décisions du Conseil constitutionnel ont adhéré à l'idée qu'il ne pouvait exister en droit français de normes de nature supraconstitutionnelle[682].

663. La thèse de la supraconstitutionnalité implique une réflexion sur la place du constituant ainsi qu'une inflexion de la souveraineté nationale absolue. Cette thèse n'a pas vocation à s'appliquer en France où le pouvoir constituant reste aujourd'hui parfaitement souverain de ce point de vue car les limites inscrites dans la Constitution peuvent elles-mêmes être modifiées, et parce que le contrôle n'existe pas.
En effet, l'impossibilité pratique d'une mise en œuvre de la supraconstitutionnalité résulte également en droit français du défaut de contrôle des lois constitutionnelles, ce qui va dans le

[679] Voir en ce sens l'article de L. Favroreu, *souveraineté et supraconstitutionnalité*, revue Pouvoirs, 1993, n° 67, pp. 71 et suiv.

[680] S. Arné, *cours de droit constitutionnel et institutions politiques*, édition université de Pau et de l'Adour, 1990, 5ème édition, p. 239.

[681] Voir G. Vedel, *souveraineté et supraconstitutionnalité*, revue Pouvoirs 1993, N° 67, pp. 83 et suiv.

[682] Voir par exemple l'article de B. Mathieu, *la supraconstitutionnalité existe-elle*, les petites affiches, 8 mars 1995, n°29, p. 12 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

sens d'une conception absolue du pouvoir constituant de la Nation souveraine[683]. Dans sa décision du 26 mars 2003, le Conseil constitutionnel a refusé d'effectuer un contrôle sur les lois et référendums permettant une révision constitutionnelle[684], ce qui tend à accréditer l'idée que le pouvoir constituant peut tout faire.

664. La place du pouvoir constituant doit trouver un équilibre entre deux écueils majeurs, l'un étant de permettre au pouvoir constituant de tout faire et l'autre étant de l'empêcher d'agir au nom d'une supraconstitutionnalité défendue par un gouvernement des juges.
Pour ce qui est de la souveraineté du pouvoir constituant, ces deux écueils font en réalité apparaître nettement les transformations que la souveraineté subit. La souveraineté doit oublier ses tentations d'absolutisme qui sont incompatibles avec l'Etat de droit et la démocratie mais en même temps, elle doit garder toute indépendance pour rester le symbole du pouvoir de la Nation.

665. Dans ce contexte de prise en compte accrue du droit et de la limitation des pouvoirs, l'idée de démocratie impose nécessairement la mise en place d'un Etat de droit ce qui implique une certaine forme de renonciation à la notion politique de la souveraineté de l'Etat. Ainsi, lorsque l'Etat se soumet au droit, il s'oblige à le respecter ce qui constitue l'une des premières brèches dans la conception absolue de la souveraineté, après l'atteinte à l'indivisibilité.

666. Cette prise en compte croissante du modèle de l'Etat de droit va également contribuer à l'essor du droit international. La souveraineté de l'Etat va alors s'en trouver beaucoup plus affaiblie que celle de la Nation qui au final résiste plutôt fortement à ces mouvements visant à abolir la forme politique de la souveraineté, pour la cantonner à une relativité juridique[685].

[683] Voir en ce sens, J.-P. Camby, *supraconstitutionnalité : la fin d'un mythe*, RDP 2003, pp. 683 et suiv.

[684] Décision n° 2003-469 du 26 mars 2003, RDP 2003, pp. 359 et suiv.

[685] On aura l'occasion d'y revenir, mais à ce stade, on peut indiquer que l'Etat et la Nation ne sont plus sur le même plan à l'égard de la souveraineté.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

CHAPITRE 2 :

L'absolutisme de la souveraineté de l'Etat français confronté aux engagements internationaux

667. Le caractère suprême de la souveraineté s'évalue aujourd'hui par la capacité de l'Etat à maîtriser la compétence de sa compétence. Cette liberté de l'Etat pour déterminer son champ d'intervention se matérialise essentiellement par la Constitution. Notre texte constitutionnel est en effet le fondement qui permet à la souveraineté de l'Etat de s'exercer légitimement, sans contrainte. C'est aussi ce texte qui fait le lien entre le pouvoir de l'Etat et la souveraineté nationale.

668. Traditionnellement, la Constitution d'un Etat est le texte de référence qui se situe au sommet de la hiérarchie des normes. Il traduit la volonté de la Nation exprimée par le biais du pouvoir constituant et c'est en cela qu'il constitue un acte de souveraineté, qu'il est le symbole matériel de l'existence de cette souveraineté.

669. Or ce texte constitutionnel n'est plus seulement la marque de l'Etat. Il détermine des compétences en fonction des choix internationaux de l'Etat ainsi que des engagements pris au sein des instances européennes. Le texte de la Constitution n'est plus seulement national, il emprunte de plus en plus au droit européen, sans que l'Etat s'y oppose. L'interprétation retenue par les juridictions confirme d'ailleurs cette forme d'européanisation de la Constitution qui démontre que la souveraineté de l'Etat n'a plus un caractère suprême puisqu'elle est conditionnée par d'autres sources que celles édictées par la souveraineté nationale[686].

670. L'Etat doit en effet faire face à ses engagements internationaux et la doctrine internationale a nécessairement une incidence sur la souveraineté tant elle porte davantage sur une relativité des pouvoirs de l'Etat (Section 1). De même, les engagements communautaires impliquent des transformations de l'Etat, notamment lorsqu'il s'agit d'intégrer les dispositions des traités (Section 2). Enfin, les contraintes imposées à l'Etat sur le plan des règles de droit sont aussi renforcées par le rôle des juges et une application du droit qui n'est pas toujours favorable à l'Etat et qui renforce ses contraintes (Section 3).

[686] On le verra dans notre seconde partie mais en adoptant d'autres sources de droit que les normes édictées par l'Etat, la Constitution définit les compétences et l'exercice des souverainetés juridiques au-delà des choix de l'Etat.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Section 1 : L'influence croissante de la doctrine internationaliste et du droit international sur le droit interne : vers une relativité de la souveraineté compétence

671. La suprématie de la souveraineté paraissait logique dans la doctrine de J. Bodin compte tenu de la faible intégration des Etats entre eux, et de l'absence totale de droit international[687]. La souveraineté était absolue dans sa dimension interne comme dans sa dimension externe[688]. Les accords conclus entre les Etats n'avaient une valeur contraignante qu'autant que l'Etat décidait de l'appliquer, ce qui confirmait la logique absolue qui définissait la souveraineté.

672. Cet absolutisme s'est longtemps traduit par l'omniscience du pouvoir royal, et par sa capacité à faire et défaire les règles qu'il avait mises en place. L'Etat imposait ses règles sans se préoccuper des autres Etats et de la continuité du pouvoir, naturellement assuré par la royauté.

673. C'est d'abord d'un point de vue externe que la suprématie de la souveraineté va se trouver affaiblie. Ainsi, l'émergence du droit des gens[689] a conduit progressivement les Etats à respecter certaines règles de fonctionnement qui ont abouti à la rédaction de traités internationaux. Avec l'évolution du droit international et les engagements croissants contractés par les Etats, la dimension externe de la souveraineté étatique a eu de plus en plus de difficulté à maintenir son caractère d'absolu.

§ 1. La souveraineté internationale : une conception non absolue du pouvoir

674. De manière naturelle, le développement du droit international implique une confrontation entre les Etats et une coexistence qui ne peut perdurer si la souveraineté de chaque Etat garde son caractère absolu, tel que l'avait défini Bodin.

675. D'un point de vue externe, la souveraineté de l'Etat ne peut prétendre à conserver son caractère suprême et unitaire. Ainsi, le concept de souveraineté externe n'est pas unitaire

[687] Si ce n'est un droit de la guerre balbutiant composé tout au plus de quelques traités dont l'objet était de mettre fin à un climat de guerre incessant.

[688] Le Traité de Westphalie était d'ailleurs totalement dans cette logique.

[689] Doctrine initiée par H. Grotius, elle constitue les prémices du droit international. Voir *« le droit de la guerre et de la paix »*, édition PUF, Coll. Léviathan, 1999. Grotius développe notamment dans cet ouvrage composé de trois livres ce qu'est le droit naturel (livre I, Chap. I, X), ce qu'est le droit des gens (livre I, Chap. I, XIV), ainsi que le rôle du droit divin (livre I, Chap. I, XV).

puisque chaque Etat peut y prétendre et est confronté à la souveraineté des autres Etats qui sont égaux entre eux.
Cette égalité entre les Etats et cette impossibilité à exister sur la scène internationale sans effectuer des concessions, implique nécessairement que la souveraineté externe devienne relative et perde ses attributs d'origine[690]. Si la notion absolue de la souveraineté est mise en cause dans les faits, elle se trouve également largement concurrencée par la définition de la doctrine internationaliste totalement dépourvue de caractère suprême et unique.

676. Le concept de souveraineté tel que dégagé par le droit français est aujourd'hui concurrencé par le droit international qui apporte sa propre définition de la souveraineté, dépourvue d'absolutisme. Ainsi, la souveraineté au sens international connaît un fort développement à compter du début du XXe siècle, en concurrençant directement le sens absolu habituellement attribué à la souveraineté.

677. Le concept de souveraineté internationale se distingue d'abord de ce qu'on a pu appeler la souveraineté politique. Ainsi, la puissance politique suppose un pouvoir sans limite de l'Etat que la souveraineté internationale se refuse à admettre. La souveraineté internationale a pour but d'établir des relations pacifiques entre les Etats et pour cette raison, elle écarte toute notion de pouvoir absolu. Elle est avant tout un concept juridique qui traduit un pouvoir de l'Etat bien défini, avec des limitations claires qui visent à garantir l'égalité entre les Etats[691].

678. En séparant la notion juridique et politique de la souveraineté, le droit international apporte une nouvelle conception qui peut effectivement se dispenser de tout absolutisme. Ainsi, dans la théorie internationale, l'Etat ne peut agir que dans la limite du pouvoir des autres Etats et donc dans la limite du droit international et ce, quelque soit l'importance de son pouvoir politique, ou de sa puissance économique et militaire.

679. Le concept de souveraineté internationale a essentiellement un sens juridique et s'analyse en terme de compétences, qui correspondent à un ensemble de droits et de devoirs identiques pour tous les Etats. Deux notions de souveraineté sont alors en concurrence, l'une qui consacre une vision politique et absolue du pouvoir de l'Etat[692] et l'autre qui retient une conception juridique du pouvoir de l'Etat[693]. Cette dernière conception permet d'ailleurs d'affirmer que le droit international est l'une des sources des compétences de l'Etat[694].

[690] Sur ce point, le caractère suprême de la souveraineté s'accommode assez difficilement de cette logique contractuelle et diplomatique présente dans le droit international.

[691] Cette distinction est reprise par B. Cheng in *la jurimétrie : sens et mesure de la souveraineté juridique et de la compétence nationale*. JDI 1991, 3, p. 580 et suiv.

[692] Concept toujours privilégié par l'Etat français.
[693] Conception internationale de la souveraineté.

[694] Voir P. Daillier et A. Pellet, *droit international public,* LGDJ, 13ème édition, n° 275.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

680. Le droit international ignore la notion de puissance étatique, au sens absolu, mais s'articule surtout autour de la notion d'indépendance de l'Etat. L'Etat est indépendant, il ne peut être contraint d'agir par un autre Etat, sauf s'il y a librement consenti, mais dans le même temps, il doit respecter l'égalité entre les Etats. Or cette définition de l'Etat par le biais de son indépendance contribue à faire de la souveraineté un concept beaucoup plus relatif que celui dégagé par J. Bodin. La souveraineté d'un Etat s'arrête donc là où commence celle des autres, et elle ne peut plus prétendre sur le plan externe à un caractère absolu.

681. L'influence sur l'absolutisme de la souveraineté reste à nuancer car cette conception internationale de l'Etat n'implique pas de changements particuliers dans l'ordre interne, puisque cette indépendance traduit la capacité de l'Etat à s'organiser comme il l'entend. L'absolutisme au plan interne ne souffre donc pas totalement de la concurrence du concept de souveraineté internationale dégagé par la doctrine.
Ainsi, la suprématie du pouvoir de l'Etat perdure sur le plan interne puisque ce dernier a la maîtrise de son organisation interne et qu'il n'existe aucune entité qui détient des droits supérieurs aux siens mais parallèlement, il n'a plus un pouvoir illimité.
Le sens juridique de la souveraineté internationale permet d'admettre des limitations au pouvoir de l'Etat. Cette souveraineté juridique oblige l'Etat à respecter le droit international, à respecter les engagements qu'il a contracté, tout autant qu'elle lui laisse une place omnisciente sur son territoire.

682. En confrontant la notion traditionnelle de la souveraineté et la notion internationale, on peut ainsi distinguer les deux types de souveraineté précédemment dégagés. Une séparation apparaît entre la souveraineté politique qui correspond à la conception absolue de la souveraineté et la notion juridique de souveraineté, qui s'analyse davantage en terme de compétences. Pourtant, la distinction entre les notions n'est pas si aisée dans la mesure où la séparation entre le politique et le juridique reste impossible à long terme.

683. Entre souveraineté politique et souveraineté juridique, la distinction est théoriquement possible mais dans les faits, elle ne s'adapte pas au pouvoir réel des Etats. Il semble dans ces conditions, que l'une des conceptions de la souveraineté sera amenée à prendre l'ascendant sur l'autre et c'est déjà dans cette perspective que le concept de souveraineté internationale exerce son influence sur le caractère absolu de la souveraineté.

684. Le droit international semble résoudre l'équation en adoptant une conception juridique de la souveraineté, atténuée par la notion d'indépendance des Etats. Il considère ainsi la souveraineté comme une addition de compétences mais ne retire pas à cette notion toute dimension abstraite grâce au critère d'indépendance. Progressivement, et sur le plan externe,

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

la notion d'indépendance devient l'un des caractères de la souveraineté, en lieu et place de la notion de pouvoir suprême. La souveraineté perd donc son caractère suprême mais conserve une dimension supplémentaire par rapport à la notion juridique définie comme la compétence de sa compétence.

685. L'existence d'un pouvoir politique de l'Etat qualifié de souverain absolu n'est pas reconnue par le droit international qui s'efforce de faire en sorte qu'aucun Etat ne puisse contraindre un autre Etat. L'absolutisme résultant du caractère suprême du pouvoir souverain disparaît dans la confrontation avec le principe de souveraineté internationale. L'influence du droit international ne s'arrête pas là, puisqu'il agit également sur le concept doctrinal de la souveraineté en raison de l'intégration croissante des textes internationaux dans le droit interne.

686. L'Etat français, comme les autres Etats, a du prendre en compte le droit international en lui consacrant une place de plus en plus importante. La traduction de cette prise en compte du droit international en droit français s'analyse au travers de l'évolution de notre texte constitutionnel depuis 1958. Initialement, dans la Constitution de 1958, le droit international n'avait qu'une place indirecte par le biais de l'article 55, qui donnait une valeur infra constitutionnelle aux engagements internationaux de l'Etat sous réserve de réciprocité et de possibilité de dénonciation ou de retrait. Puis progressivement, le droit international a connu une intégration plus forte, notamment pour ce qui concerne le droit communautaire.

§ 2. L'intégration du droit international classique par l'article 55 de la Constitution

687. Le concept de souveraineté absolue reposait initialement sur l'idée que l'Etat est libre de déterminer les règles de droit qui lui sont applicables, ainsi que son champ d'intervention, sans qu'aucune autre autorité ne puisse le décider à sa place. Au gré du développement du droit international, la souveraineté a pris un sens plus nuancé dans la mesure où l'Etat est devenu une entité tenue de respecter des engagements internationaux plus ou moins contraignants.

688. Pendant longtemps, le droit international n'avait d'effets qu'entre les Etats, il servait à régir leurs relations et ne créait pas de droits à l'égard des individus. Le droit international n'était pas directement invocable par les particuliers tant que ce droit n'avait pas été intégré dans la hiérarchie des normes propres à chaque Etat.

689. Les réflexions doctrinales sur l'intégration des normes internationales au sein de la Constitution ont permis de dégager trois façons d'intégrer ses normes juridiques ; le monisme

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

avec prédominance de la norme nationale, le monisme avec prédominance de la norme internationale[695] et le dualisme[696].

690. Le droit français, comme les autres droits, a du faire face à la question de la place du droit international dans son ordre juridique. Dès 1946, la Constitution consacre une place au droit international mais c'est surtout avec la Constitution de 1958 que le droit international prend une place importante en droit interne. La France a clairement choisi un système moniste pour prendre en compte le droit international ; cependant, il reste encore aujourd'hui difficile de déterminer à quelle norme il accorde une prédominance.

691. Au regard de l'article 54 de la Constitution de 1958, il semble que le modèle français ait choisi un monisme avec primauté de la Constitution puisque cet article attribue à certaines autorités étatiques le pouvoir de saisir le Conseil constitutionnel pour apprécier la conformité d'un engagement international à la Constitution[697]. Si l'engagement international ne respecte pas le texte constitutionnel, il ne peut être appliqué. Ainsi, dans l'esprit des constituants de 1958, la Constitution devait primer sur un engagement international.

692. Cette conception n'a pas disparu aujourd'hui en droit français puisque toutes les juridictions internes ont consacré la primauté de la Constitution par rapport aux engagements internationaux. Ainsi, dans un arrêt Sarran Levacher, le Conseil d'Etat a estimé que *« la suprématie conférée par l'article 55 aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle »*[698].
De même dans un arrêt Fraisse, l'assemblée plénière de la Cour de Cassation a estimé que : *« la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de valeurs constitutionnelles »*[699].

[695] Dans cette conception de Kelsen, la norme internationale est intégrée à l'ordre juridique interne. Elle suppose d'établir une hiérarchie entre les normes qui conduit, dans l'hypothèse retenue par Kelsen à accorder une prédominance au droit international.

[696] Dans cette conception issue des réflexions de H. Triepel et D. Anzilotti, le droit national et le droit international ont des sujets différents et des règles différentes qui forment deux ordres juridiques distincts qui n'ont en principe aucun lien entre eux. Ainsi, pour que la norme internationale produise des effets, elle doit faire l'objet d'une mesure de réception en droit interne.

[697] Les auteurs possibles de la saisine sont le Président de la République, le Premier ministre, 60 députés ou sénateurs, ainsi que les présidents des assemblées.

[698] CE 30 octobre 1998, Sarran Levacher, RFDA 1998, p. 1081 ou AJDA 1998, p. 962. Les références à l'article 55 de la Constitution sont d'ailleurs constantes, à chaque fois que la question de la suprématie de la Constitution se pose.

[699] AP 2 juin 2000. Pour un commentaire de cet arrêt, voir A. Rigaux, et D. Simon, *droit communautaire et Constitution française : une avancée significative de la Cour de Cassation,* revue Europe, août septembre 2000, chronique, n° 8. Voir également RDP 2000, p. 1037.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

693. Malgré cela, il est indéniable que la place de l'engagement international est de plus en plus prédominante dans le système juridique français notamment par le biais de l'article 55 qui donne à l'engagement international une valeur supérieure à la loi, sous réserve de réciprocité.

694. En consacrant une place au droit international sous réserve de réciprocité, l'Etat accepte de limiter son pouvoir souverain par l'engagement qu'il a contracté, uniquement dans la mesure où l'Etat partenaire se soumet à une contrainte identique. Il s'engage donc à appliquer des règles dont il n'est pas entièrement maître et qui s'imposent à lui. En quelque sorte, l'Etat accepte de limiter sa souveraineté dans l'intérêt du droit international ce qui implique nécessairement que la souveraineté ne soit plus absolue. Ainsi, la souveraineté, dans les matières qui font l'objet de l'engagement ne peut plus être qualifiée de pouvoir suprême puisqu'elle dépend de conditions extérieures dont l'Etat n'a pas la maîtrise.

695. La condition de réciprocité a longtemps été considérée comme un rempart à l'abolition définitive du concept de souveraineté absolue dans la mesure où l'Etat restait libre de ne pas respecter ses engagements si l'autre partie ne les respectait pas et portait ainsi atteinte à l'exigence de réciprocité[700].
Ainsi, la réciprocité qui semble exigée pour l'application du droit international était considérée comme une manière détournée de protéger la souveraineté des Etats, dans la mesure où elle est nécessaire pour que l'accord international soit conforme à la Constitution et supérieur à la loi.
Grâce à la condition de réciprocité, l'intégration du droit international pouvait se trouver limitée, ce qui augmentait la marge de manœuvre de l'Etat souverain lorsqu'il légiférait.

696. Dans un premier temps, cette réciprocité a été utilisée par les juridictions nationales pour limiter l'influence du droit international et préserver une certaine conception traditionnelle de la souveraineté de l'Etat
Le Conseil constitutionnel s'est ainsi attaché à prendre en compte l'existence d'une réciprocité lors de ses contrôles de conformité des traités par rapport à la Constitution. En effet, dans sa décision du 19 juin 1970, il a vérifié que les clauses avaient *« un caractère d'engagements réciproques »*[701].

[700] Cette condition de réciprocité est appréciée par les juges lorsqu'ils ont à déterminer s'ils doivent appliquer une règle de droit international au cours d'un litige. La condition de réciprocité s'applique de deux manières distinctes suivant qu'il s'agisse de l'article 55 de la Constitution de 1958 ou de l'article 15 du préambule de 1946. La première conception de la réciprocité permet de porter une analyse sur le lien hiérarchique entre la loi et la convention internationale alors que la seconde conception de la réciprocité permet de déterminer si l'engagement international est compatible avec le texte constitutionnel.

[701] Décision n° 70-39 DC, *traités des communautés européennes*, Rec. p. 15.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

697. Pourtant, cette protection de la souveraineté reste limitée puisque le contrôle du Conseil constitutionnel a davantage un aspect formel qu'un aspect réellement protecteur vis à vis de la souveraineté. Il n'est pas en mesure par exemple de vérifier que toutes les parties à la convention appliquent effectivement l'engagement international qu'ils ont contracté. Il se contente le plus souvent de vérifier que l'accord concerné produit également des effets de droit dans les autres Etats, partie à la convention[702].

698. Dans sa décision du 9 avril 1992, le Conseil constitutionnel a estimé qu'il y avait engagement réciproque dès lors que la convention internationale ne produisait des effets en droit interne qu'après ratification par toutes les parties[703]. L'exigence de réciprocité n'est plus absolue ce qui d'ailleurs parait logique puisque le Conseil constitutionnel n'est matériellement pas en mesure de vérifier l'application effective des traités par d'autres Etats.
Le juge constitutionnel statue de manière définitive sur le caractère constitutionnel ou non d'un texte international et ne peut prendre réellement en compte la réciprocité qu'au moment où il statue, faisant abstraction de ce qui existait avant et n'ayant pas connaissance de ce qui sera appliqué après sa décision.
Cette difficulté est d'autant plus grande que la réalisation de la réciprocité varie dans le temps et que le juge constitutionnel, n'a pas la possibilité de vérifier son existence sur le long terme[704].

699. Pour cette raison, le Conseil constitutionnel a préféré confier le contrôle de conventionalité des lois aux juges du fond, qui acceptent désormais de faire prévaloir les conventions sur la loi, même postérieure[705]. Cependant, le contrôle n'est jamais parfait et la réciprocité est toujours délicate à apprécier.
Ainsi, la réciprocité n'est pas une exigence absolue, et pour certains types d'accord internationaux, elle devient même inopérante. L'intégration des normes internationales est en réalité de plus en plus aisée et la limitation de la souveraineté par le droit international, qui se voulait réduite dans l'esprit du constituant de 1958, devient fréquente[706].

[702] C'est en ce sens que P. Gaïa affirme que le contrôle de l'exigence de réciprocité n'est que formel. Voir P. Gaïa, *le Conseil constitutionnel et l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne*, économica 1991, p. 301.

[703] Voir la décision n° 92-308 DC, Maastricht I, rec. p. 55.

[704] Le Conseil constitutionnel est amené à statuer à un moment précis, ce qui l'empêche d'effectuer une analyse globale du respect de la réciprocité.

[705] Décision IVG, 74-54 DC, du 15 janvier 1975, RDP 1975, p. 185. *« Considérant que si ces dispositions (celles de l'article 55 de la Constitution) confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution ».*

[706] À titre d'exemple, le traité portant statut de la cour pénale internationale a donné lieu à une décision du Conseil constitutionnel, qui indépendamment de toute réciprocité, a statué sur la constitutionnalité du texte. Voir la décision n° 98-408 DC, du 22 janvier 1999, JO 24 janvier 1999, p. 1317, qui affirme que la réciprocité ne

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

700. La fragilité du rempart de la réciprocité conduit à un affaiblissement de la conception absolue de la souveraineté, et ce d'autant plus que les réserves imposées par les Etats aux textes internationaux sont moins nombreuses et ont une portée moins importante.

701. Traditionnellement, l'Etat a la possibilité d'émettre des réserves, sur certains articles de traités qu'il entend ratifier. Cette pratique des réserves permet normalement de limiter la portée du droit international et la remise en cause de la souveraineté puisque l'Etat reste maître de ne pas adhérer à l'ensemble des clauses d'un traité.
Or cette pratique des réserves est également imparfaite, car même en ayant émis des réserves, l'Etat n'est pas certain que son comportement ne sera pas sanctionné par le biais d'un autre article du traité qu'il a ratifié.

702. La souveraineté dans sa conception absolue suppose que seules les règles déterminées à titre exclusif par l'Etat puisse recevoir une application. Or avec le développement du droit international, il existe de nombreuses règles qui s'appliquent sans que l'Etat ait un quelconque moyen d'empêcher leur entrée en vigueur en droit interne.

703. Le droit international exerce ainsi une influence sur le contenu des Constitutions parce que l'Etat, une fois engagé, doit respecter ces engagements même si ceux-ci réduisent sa souveraineté. C'est surtout face au droit communautaire que la capacité de l'Etat à régir les règles qui le gouvernent se fait plus fuyante et incertaine.

704. La mise en place du droit communautaire repose sur un régime juridique intégré, qui apporte également sa pierre à l'édifice de la remise en cause de la souveraineté absolue, puisque dans un nombre de plus en plus important de matières, l'Etat n'est plus en mesure de s'opposer à l'application de certaines règles[707].
La primauté du texte constitutionnel, qui semble acquise à l'égard du droit international classique, est d'ailleurs fortement mise en cause lorsqu'il s'agit du droit communautaire. Certains auteurs ont pu se demander si la jurisprudence issue du droit international classique, devait s'appliquer en présence d'une disposition de droit communautaire[708].

---

s'impose pas en matière de droits de l'Homme. Voir aussi J.-A. Carrillo Salcedo, L. Condorelli, et S. Sur, *la cour pénale internationale en débat,* RGDIP 1999, p. 5 ; P. Weckel, *la cour pénale internationale, présentation générale*, RGDIP 1998, p. 983.

[707] On pense ici surtout à la règle de la majorité qui implique nécessairement que l'Etat doive appliquer des normes auxquelles il n'a pas consenti. On pense également aux règles de droit dites intégrées qui bénéficient d'une applicabilité directe, et d'une primauté, et qui conduisent l'Etat à accepter des normes qu'il n'a pas davantage choisies. Nous reviendrons en seconde partie sur ce point.

[708] Certains auteurs voient dans l'arrêt Fraisse une application élargie de la primauté de la Constitution qui s'appliquerait même dans l'hypothèse où la Constitution serait mise en balance avec du droit communautaire. Voir en ce sens, X. Prétot, *note sur l'arrêt Fraisse*, RDP 2000, p. 1037.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Section 2 : L'intégration du droit communautaire primaire dans la Constitution : un rapport hiérarchique défavorable à la souveraineté de l'Etat

705. La prise en compte de l'Union européenne par le droit français a connu une large évolution au fil des traités même si la France a toujours utilisé l'article 54 de la Constitution pour s'assurer que la souveraineté nationale n'était pas mise en cause par l'émergence de cette nouvelle entité européenne[709]. La conciliation droit de l'Union et droit français est rapidement apparue complexe en premier lieu parce que le droit français, en adoptant un système moniste, impose d'établir une hiérarchie entre les normes nationales, communautaires et constitutionnelles et en second lieu parce que le droit communautaire impose une primauté difficilement admise.

706. La question de l'intégration des traités communautaires et plus généralement du droit communautaire est donc entièrement liée à la valeur spécifique de ce droit. En effet, la place des traités communautaires dans la hiérarchie des normes a largement été discutée, notamment par rapport à la Constitution. Or, dans l'hypothèse d'une primauté du droit communautaire primaire sur la Constitution, la souveraineté de l'Etat serait abandonnée. Il en résulte un conflit latent entre la norme communautaire et la Constitution, dont l'enjeu est la souveraineté, et c'est pour cette raison que les Etats ont toujours tenté de faire prévaloir le texte constitutionnel[710].

§ 1. L'usage du contrôle de constitutionnalité pour une protection incertaine de la primauté de la Constitution

707. L'intégration du droit communautaire dans le texte constitutionnel passe d'abord par l'article 54 de la Constitution qui instaure un contrôle de constitutionnalité préalable à l'application par la France de ses engagements internationaux. Ce contrôle de constitutionnalité a rapidement mis le Conseil constitutionnel face à un arbitrage forcé entre tolérance à l'égard des traités communautaires et protection de la souveraineté.
C'est donc par le biais du contrôle de constitutionnalité que la souveraineté nationale et la souveraineté de l'Etat ont connu une défense plus ou moins grande face au développement du droit communautaire.

[709] La logique de cantonnement de l'intégration des normes internationales, et des traités communautaires en particuliers était d'ailleurs voulue par les auteurs de la Constitution de 1958, voir en ce sens, C. Blumann, « *l'article 54 de la Constitution et le contrôle de la constitutionnalité des traités en France* ». RGDIP 1978, p. 537.

[710] Alors même que le principe de primauté est pourtant clairement affirmé par le droit communautaire.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

708. En 1976, le Conseil constitutionnel a mis en place une distinction entre limitations de souveraineté et transferts de souveraineté[711]. Cette distinction avait pour but de faire prévaloir le droit communautaire dans les hypothèses où il ne s'agissait que d'une limitation de souveraineté et au contraire de faire prévaloir la Constitution dans l'hypothèse inverse.
Cette solution avait le mérite de poser une hiérarchie assez claire entre les normes mais le critère choisi par le Conseil constitutionnel n'avait pas de matérialité et il était impossible de distinguer nettement ce qui relevait de la limitation et ce qui relevait du transfert[712].

709. Le Conseil constitutionnel, à l'occasion de la ratification du Traité de Maastricht a donc choisi un nouveau critère qui consiste à rechercher si le droit communautaire primaire contrarie des dispositions de la Constitution en portant atteinte *« aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »*[713].
Ce nouveau critère permet de protéger les atteintes trop importantes à la Constitution mais il n'est pas de nature à défendre réellement le concept de souveraineté dans son sens originel. Tout au plus, le Conseil constitutionnel s'attache-t-il à défendre un noyau dur de souveraineté dont la définition, s'affine certes au gré des jurisprudences, mais est entièrement dépendante de l'interprétation faite par le juge constitutionnel.

Ainsi, le Conseil constitutionnel utilise désormais de manière constante la notion de conditions essentielles d'exercice de la souveraineté[714], mais force est de constater que cette notion a des contours imprécis et qu'elle ne permet pas de déterminer clairement ce qui relève d'une atteinte grave à la souveraineté, qui serait contraire à la Constitution.

710. Compte tenu de la jurisprudence récente, il semble que le juge constitutionnel considère que les atteintes aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté sont le plus souvent constituées, non pas par les transferts de compétences en tant que tels, mais par la manière dont l'Union européenne exerce ses compétences.
En d'autres termes, le Conseil constitutionnel considère que le transfert de compétences ne porte pas atteinte à la souveraineté, mais que dans certains cas, ce sont les modalités d'exercice de ces compétences par l'Union qui porte atteinte à la souveraineté. Par cette jurisprudence, le Conseil constitutionnel abandonne déjà une protection absolue de la

[711] Décision du 30 décembre 1976, *élection au Parlement européen*, n° 76-71 DC, Rec p. 15.

[712] Pour une approche critique de cette distinction, voir T. De Berranger, *constitutions nationales et construction communautaire,* LGDJ, 1995, Tome 178, pp.257 et suiv.

[713] Formulation issue de la décision du 9 avril 1992, Maastricht I, n° 92-308 DC, rec p. 55.

[714] La formulation utilisée pour la première fois à l'occasion du Traité de Maastricht a été reprise lors du contrôle sur la loi de ratification du Traité d'Amsterdam, décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, rec p. 344. Voir également la décision sur l'accord de Schengen, décision 91-294 DC du 25 juillet 1991, RDP 1992, p. 37 et RFDA 1992, p. 173.

souveraineté, puisque tous les transferts sont possibles, dès lors que l'Etat garde un pouvoir d'action dans les matières transférées.

711. Ainsi, lors du Traité de Maastricht, de nouvelles compétences ont été transférées à l'Union mais dans sa décision *Maastricht I,* le Conseil constitutionnel a estimé que ce n'est pas le transfert qui a posé des difficultés au regard de la souveraineté, mais uniquement les modalités de mise en œuvre. Les dispositions qui ont été déclarées non conformes sont uniquement liées à l'élection des ressortissants européens, ainsi qu'à la mise en œuvre de l'UEM[715].

712. Dans sa décision sur le Traité d'Amsterdam, le Conseil constitutionnel a considéré que la non-conformité du traité à la Constitution résultait de l'impossibilité pour la France de faire valoir son veto dans un certain nombre de matières du fait du passage de la prise de décision de l'unanimité à la majorité qualifiée[716].

713. Dans des décisions plus récentes, le Conseil constitutionnel a de nouveau considéré que l'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté résidait dans la possibilité pour le conseil de décider du passage à la majorité qualifiée dans différents domaines, sans qu'un traité le prévoit. Il a ainsi déclaré contraire les « clauses passerelles » prévues dans le Traité établissant une Constitution pour l'Union[717].
Dans cette décision, il apparaît que le Conseil constitutionnel s'attache à définir toutes les dispositions du Traité qui sont contraires à la Constitution et en ce sens, il protège la souveraineté[718]. Pourtant, cette protection n'est qu'apparence puisque les transferts de compétences, dans des domaines non régaliens, ne sont pas contraires à la Constitution, et que seules les modalités d'application, telles que la majorité qualifiée, le rôle accru du parlement européen et la perte d'influence de l'Etat membre sont contraires à la Constitution[719].

714. De même, et de manière plus récente, l'utilisation par le Conseil constitutionnel de la notion de principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France ne semble efficace que

[715] Le Conseil constitutionnel a considéré que la mise en place de l'UEM était contraire à la Constitution parce que l'Etat membre se trouvait privé du pouvoir de décision en la matière. Si l'unanimité avait été imposée dans le cadre de l'UEM, le transfert de compétences n'aurait probablement posé aucune difficulté au Conseil constitutionnel.

[716] Décision du 31 décembre 1997, n° 97-394, JO 3 janvier 1998, p. 165.

[717] À propos du Traité portant constitution pour l'Union européenne. Voir la décision du 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC, JO 24 novembre 2004, p. 19885.

[718] Voir F. Chaltiel, *une première pour le Conseil constitutionnel, jugé un traité établissant une constitution,* revue du marché commun et de l'UE, janvier 2005, n° 484, p. 5.

[719] Le Conseil constitutionnel ne sanctionne le transfert de nouvelles matières que parce que celles-ci sont régies par la procédure législative ordinaire, qui est de nature à limiter la marge de manoeuvre des Etats.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

dans la mesure où ces principes sont clairement établis et que le Conseil constitutionnel en assure la protection effective[720].

715. En réalité, la protection de la souveraineté nationale et de la souveraineté de l'Etat est fragile, parce que l'inconstitutionnalité porte le plus souvent sur les méthodes davantage que sur le contenu, mais aussi parce que le contrôle de constitutionnalité sur l'acte de ratification n'est que partiel.
Ainsi, du fait des particularités du contrôle constitutionnel à la Française, le juge n'a pas toujours statué sur la conformité des traités à la Constitution. Il en est ainsi pour les traités originels mais aussi pour le Traité de Nice[721].
En l'absence de contrôle, les dispositions de ces traités reçoivent application en droit interne sans qu'on ait écarté de manière générale les risques de contradiction avec la Constitution.

716. La primauté de la Constitution sur les normes internationales, symbole d'une protection de la souveraineté de l'Etat, semble n'être défendue que partiellement par l'existence du contrôle de constitutionnalité des lois de ratification. Le caractère imparfait de cette protection est renforcé par une démarche de plus en plus fréquente qui tend à la modification régulière et réitérée de la Constitution pour permettre la ratification d'un traité.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 2. L'intégration directe du droit communautaire primaire par la modification de la Constitution : la souveraineté nationale contre la souveraineté de l'Etat.

717. La défense de la souveraineté de l'Etat est en tout état de cause mise à mal par le constituant lui-même puisque dans la période récente de notre histoire, et face à la contradiction entre texte constitutionnel et traité européen, le constituant fait toujours le choix de la modification de la Constitution. Ainsi, en cas de contradiction entre la norme constitutionnelle et le traité, le constituant aura tendance à modifier le texte constitutionnel dans le sens de la norme communautaire pour éviter toute contradiction. Le texte constitutionnel s'inclinera donc par une intervention du pouvoir constituant.

718. Notre Constitution a ainsi connu de nombreuses modifications qui ont eu pour objet d'intégrer le droit communautaire dans le texte suprême. Ce qui ne pouvait se faire au stade

[720] Nous reviendrons sur ce point en fin de thèse, (n° 1432 à 1436).

[721] Les traités fondateurs n'ont pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité puisque ce dernier n'existait pas véritablement sous la IVe République. De même, le contrôle sur l'acte unique européen et le Traité de Nice n'a pu s'opérer en raison de l'absence de saisine du Conseil constitutionnel.

de la ratification des traités communautaires et devenu possible par l'effet de la modification des dispositions constitutionnelles[722].

719. Désormais l'article 88-1 de la Constitution intègre pleinement le droit communautaire en disposant : *« la République participe aux communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences ».* Par cet article, modifié par le constituant en 1992, il est consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international[723].

720. L'article 88-2 alinéa 1 et 2 issu de plusieurs révisions constitutionnelles successives dispose : *« sous réserves de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, le France consent aux transferts de compétences nécessaires à l'établissement de l'UEM – sous la même réserve et selon les modalités prévues par le Traité instituant la communauté européenne, dans sa rédaction du 2 octobre 1997, peuvent être consentis les transferts de compétences nécessaires à la détermination des règles relatives à la libre circulation des personnes et aux domaines qui y sont liés* ».
Cet article est parfaitement clair sur l'intégration des transferts effectués au profit de l'Union européenne. Ces transferts n'étaient pas conformes à la Constitution car portant atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté de l'Etat. Une fois la Constitution modifiée, ils deviennent possibles, car conformes au souhait du constituant.

721. Peu importe au fond la souveraineté de l'Etat si l'expression de la souveraineté nationale prise dans le pouvoir constituant autorise de tels transferts. La pratique systématique de la modification de la Constitution abolit le concept de souveraineté absolue de l'Etat sans clairement porter atteinte à la souveraineté nationale, ce qui reste pour le moins un paradoxe dans un Etat où les deux notions n'ont jamais vraiment pu être distinguées.

722. Le droit communautaire primaire change donc la souveraineté de l'Etat puisque le texte constitutionnel est pratiquement forcé de s'adapter à la logique communautaire, alors qu'une véritable protection de la souveraineté de l'Etat exigerait au contraire une non ratification des dispositions des traités contraires à la Constitution. Cependant, force est de constater que cette non ratification est impossible tant l'intégration de l'Etat français au système communautaire est grande.

[722] Pour un commentaire des articles 88 et suivants de la Constitution, qui traitent de cette intégration européenne, voir code constitutionnel, Litec, pp. 694 et suiv.

[723] Selon la formule retenue par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC. JO 24 novembre 2004, p. 19885.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

723. Par conséquent, cette nécessité de ratification, causée par une évolution juridique voulue par le constituant, est certainement un des facteurs les plus révélateurs de l'inadéquation du concept de souveraineté absolue aux nouvelles évolutions juridiques auxquelles l'Etat doit faire face. Ce facteur s'associe d'ailleurs au renforcement du droit communautaire dérivé qui joue également un rôle majeur dans l'abandon de la notion absolue du concept de souveraineté.

§ 3. Vers l'abandon forcé de la souveraineté absolue en raison du droit communautaire dérivé

724. Le droit communautaire a ainsi clairement bouleversé la conception de la souveraineté, même s'il apporte plus de questions que de réponses sur le devenir de la souveraineté et sur le rôle qu'elle continue à jouer au côté du concept de Nation.

725. Au sein des communautés européennes, puis de l'Union, l'Etat français a accepté d'intégrer, y compris dans sa norme suprême, une nouvelle entité juridique dont les modes d'adoption des règles de droit permettent de s'écarter du régime juridique habituellement appliqué dans les organisations internationales et qui est l'unanimité.
Cette adhésion à l'entité européenne pose d'abord la difficulté de la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres. Il existe des matières où l'Etat a transféré sa compétence mais les règles prévues au traité pour délimiter les compétences respectives de l'Union et des Etats sont floues et incertaines, ce qui permet parfois des limitations de souveraineté non consenties par les Etats membres[724].

726. Au-delà, le droit communautaire dérivé réduit lui aussi à néant la conception absolue de la souveraineté sur deux axes essentiels.
Du point de vue de la souveraineté, l'Etat n'est plus entièrement maître de ses choix puisque son pouvoir de décision est considérablement réduit, notamment dans les matières où l'unanimité ne s'impose plus[725]. Plus les domaines de majorité qualifiée sont étendus et plus la souveraineté de l'Etat, au sein absolu du terme, se trouve mise en cause.
D'un point de vue des compétences souveraines, et de la suprématie du droit édicté par l'Etat, le champ d'action est également réduit par le droit communautaire. Ainsi, l'Etat est tenu de respecter les règles communautaires et notamment le droit dérivé qui s'intègre directement

[724] Ce constat restait exact dès les débuts de la construction communautaire, voir en ce sens les articles 5 al 1 et 308 du TCE, qui donnaient une définition large des compétences respectives de l'Union et des Etats membres. Il reste encore d'actualité aujourd'hui dans le Traité de Lisbonne, notamment à l'article 5 TUE. Voir également sur cette question, l'opinion doctrinale de J.-P. Jacque *droit institutionnel de l'Union européenne*, 2ème édition, p. 141, à propos de la notion de marché intérieur et de compétences économiques. Nous reprendrons cette analyse dans la seconde partie (n° 845 et 846).
[725] C'est ici la capacité de l'Etat à régir la compétence de sa compétence qui est mise en cause. L'absolutisme de la souveraineté ne peut plus reposer sur l'idée que l'Etat est libre de maîtriser ses propres compétences.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

dans la hiérarchie des normes de chaque Etat, et prend une valeur supérieure aux règles établies par les Etats. Cette suprématie est d'autant plus importante que la Cour de justice cherche toujours à affirmer sa supériorité[726].

727. En premier lieu, le cantonnement de la règle de l'unanimité est une première marque du recul de l'Etat dans le cadre communautaire. Cette règle s'impose traditionnellement dans toutes les organisations internationales, afin de ne pas limiter la dimension politique de la souveraineté qui veut qu'un Etat = une voix. Or la construction européenne a conduit à la mise en œuvre de domaines de compétences où l'unanimité disparaît au profit d'une majorité, simple ou qualifiée.
Cette perte d'influence de la règle de l'unanimité, et le développement parallèle de la prise de décision à la majorité qualifiée est en soit une entorse à la conception absolue de la souveraineté de l'Etat. C'est également une mise en cause de la souveraineté nationale puisque certains textes ou normes juridiques peuvent être imposés à une Nation sans que celle-ci ait véritablement donné son consentement[727].

L'existence même du principe de majorité qualifiée conduit à un cantonnement de la souveraineté. Certains auteurs ont ainsi indiqué que le développement de la règle de la majorité conduisait invariablement à une limitation de la souveraineté, puisque l'Etat doit accepter des règles sans y avoir acquiescé.
D'autres ont prétendus au contraire que les domaines où la majorité qualifiée recevait application étaient beaucoup trop limités pour que ce phénomène aboutisse à une réduction de la souveraineté, au sens de capacité à déterminer la compétence de la compétence.

728. En réalité, c'est par une analyse de l'étendue des domaines de majorité qualifiée qu'il est possible d'évaluer s'il s'agit d'un véritable abandon ou d'un simple affaiblissement de la souveraineté de l'Etat. Dans les faits, la règle de l'unanimité avait une importance considérable et s'appliquait dans de très nombreux domaines, les plus sensibles, en vertu des articles 122 § 5 et 205 § 3 CE[728], ce qui permettait de préserver en partie la souveraineté de l'Etat[729]. Cette prédominance de la règle de l'unanimité semblait clairement s'imposer dès lors que les passages à la majorité qualifiée avaient été sensiblement ralentis ces dernières années[730].

[726] Ce sont ici les caractères du droit communautaire, autonomie, applicabilité directe, effet direct et primauté qui impliquent des conséquences sur la souveraineté.

[727] C'est pour cette raison que le Conseil constitutionnel a pris pour habitude de déclarer inconstitutionnelle toute modification des règles de majorité au sein du Conseil, et ce quelle que soit la matière concernée. Voir en ce sens la décision du 9 avril 1992 et du 19 novembre 2004 déjà citées.
[728] Ces articles sont en substance repris par l'article 238 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

729. Toutefois, le Traité de Lisbonne semble revenir sur cette prédominance de la règle de l'unanimité sans pour autant l'abolir. En effet, le Traité de Lisbonne renonce très largement à l'unanimité en faisant passer une cinquantaine de domaines clefs de l'unanimité à la majorité qualifiée. Même si les domaines sensibles tels que la fiscalité, la sécurité sociale, la politique étrangère ou la politique de défense relèvent toujours de l'unanimité, d'autres domaines importants sont passés à la majorité qualifiée[731].

730. Ces modalités décisionnelles choisies par l'Union européenne pour déterminer les règles communautaires réduisent les moyens d'action des Etats mais ces derniers n'ont pas entièrement perdu tout pouvoir d'action. C'est la multiplication des matières relevant de la majorité qualifiée qui entraîne réellement une perte d'influence de l'Etat. A cet égard, l'utilisation des clauses passerelles présentes dans le Traité de Lisbonne pourra accentuer cette dépossession du pouvoir de décision appartenant aux Etats membres[732].

731. En second lieu, le droit dérivé est une seconde marque du recul de l'Etat. Ce qui fait réellement pencher la balance en faveur d'une perte d'influence du concept de souveraineté absolue, c'est un développement croissant du droit communautaire dérivé, qui échappe aux Etats membres et qui donne une large autonomie juridique à l'Union européenne.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

[729] Il est difficile de recenser de manière exhaustive les domaines où l'unanimité continuait à s'appliquer avant le Traité de Lisbonne mais on peut tenter ici d'établir une liste reprenant l'essentiel de ces domaines. Atteinte grave aux principes communautaires (7 CE ou en substance article 13 TFUE), Lutte contre les discriminations (13 CE ou 19 TFUE), Coopération renforcée (11 CE, recodifié en substance aux articles 326 à 334 TFUE), Citoyenneté (18, 19 et 22 CE devenus 21, 22 et 25 TFUE), Libre circulation (42 et 57 CE devenus 48 et 64 TFUE), Adhésion (49 CE ou 56 TFUE), Transport (71 et 72 CE, devenus 91 et 92 TFUE), Concurrence (88 §2 CE, devenu article 108 TFUE), Fiscalité (93 CE ou 113 TFUE), Politique économique et monétaire (100, 104, 105, 107 et 11 CE ou 122, 126, 127, 129 TFUE), Politique commerciale (133 CE ou 207 TFUE), Politique sociale (144 CE ou 160 TFUE), Culture (151 § 5 CE ou 167 TFUE), Industrie (157 § 3 CE ou 173 TFUE), Cohésion économique et sociale (159 et 161 CE ou 175 et 177 TFUE), Environnement (175 CE ou 192 TFUE), Association des TOM (186 et 187 CE ou 202 et 203 TFUE), Election parlement européen (190 § 4 CE ou en substance 223 TFUE), Règlement intérieur TPI (225 § 4 CE ou 256 TFUE), statut et règlement CJCE (245 CE ou 281 TFUE), Amendement à une proposition communautaire (250 CE ou 293 TFUE), Budget (269 et 279 CE ou en substance 311, 322, 323, 324 TFUE), Régime linguistiques des institutions (290 CE ou 342 TFUE), sécurité d'un Etat membre (296 CE, 346 TFUE), Dispositions applicables au DOM (299 § 2 CE ou 349 TFUE), Accords internationaux (300 CE ou 218 TFUE), compétences supplémentaires du marché commun (308 CE ou 352 et 353 TFUE), PESC (23, 24 et 28 UE ou 31, 37 et 41 TUE), Coopération policière et judiciaire pénale (24, 34, 40, 41 et 42 UE ou 37, et 20 TUE en substance),

[730] On l'a notamment vu au travers du Traité établissant une Constitution pour l'Union.

[731] À titre d'exemple, on peut citer ici la libre circulation des travailleurs, les principes et conditions de fonctionnement des Services d'intérêt économique général, la nomination du président de la BCE, le contrôle aux frontières, l'asile et la protection des réfugiés, Europol, la protection civile, nomination du haut représentant des affaires étrangères, le statut et le siège de l'agence d'armement, l'accord de retrait d'un Etat membre…

[732] La clause passerelle générale et les clauses passerelles spécifiques permettront au Conseil de faire passer un certain nombre de matières de l'unanimité à la majorité. Article 48 § 7 TUE, 31 TFUE, 81 TFUE, 312 TFUE.

732. Il existe désormais toute une série de normes qui s'imposent aux Etats et sur lesquelles il n'existe pas de réels contrôles par les juridictions nationales. En tout état de cause, ces normes juridiques de droit dérivé bénéficient d'une primauté[733] sans cesse réaffirmée par la Cour de justice[734] qui rappelle fréquemment que : *« le droit du traité ne peut donc, en raison de sa nature spécifique et originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mis en cause la base juridique de la communauté elle-même ».*

733. Pour la CJUE[735], toutes les normes communautaires sont appelées à avoir une valeur supérieure au droit national[736]. Comme l'a consacré la CJCE en 1970, cette primauté s'impose à toutes les normes nationales y compris les plus élevées, telle que la norme constitutionnelle[737]. Cette interprétation de la CJCE est toujours réitérée depuis et notamment dans un arrêt Kreil de 2000[738].

734. Selon ce principe de primauté du droit communautaire, la hiérarchie des normes au sein de l'ordonnancement juridique des Etats membres doit être bouleversée. Une application stricte de la primauté telle que la conçoit la CJUE suppose donc un abandon de la souveraineté de l'Etat puisque le texte constitutionnel est censé s'incliner en cas de contradiction avec une norme communautaire.

735. Pourtant les Etats membres n'ont pas renoncé à leur souveraineté et organisent « des contre-limites » à la primauté du droit communautaire, ce qui permet au texte constitutionnel de s'imposer alors sous certaines conditions.
Les Cours constitutionnelles allemande et italienne ont été les premières à mettre en œuvre cette théorie des contre limites en posant comme principe que la primauté du droit communautaire naît de la Constitution et ne s'impose pas à elle[739].

[733] Cette primauté est également reprise par l'article 2 du protocole annexé au Traité d'Amsterdam.

[734] Voir en ce sens les principes dégagés par l'arrêt Costa c/ ENEL du 15 juillet 1964, aff.6/64, rec p. 1141.

[735] Pour rappel, le sigle CJCE continuera à être utilisé dans cette thèse lorsqu'il s'agira d'évoquer la jurisprudence antérieure au Traité de Lisbonne. Le sigle CJUE (Cour de justice de l'Union européenne) sera utilisé dans tous les autres cas. En effet, désormais le Traité de Lisbonne regroupe sous le sigle CJUE : la cour de justice ainsi que le tribunal de première instance et les tribunaux spécialisés. Article 19 TUE.

[736] C'est évidemment le cas pour les traités, mais aussi pour les règlements (CJCE 14 décembre 1971, Politi, aff. 43/71 rec. p. 1039), pour les directives (CJCE 19 janvier 1982, Becker, aff. 8/81, rec. p. 53), pour les principes généraux dégagés par le juge communautaire (CJCE 13 juillet 1989, Wachauf, aff. 5/88, rec. p. 1439).

[737] Sur ce point, l'arrêt de principe « Internationale Handelsgesellschaft » ne laisse planer aucun doute sur le fait que pour la CJUE, le droit communautaire doit primer sur les normes constitutionnelles qui ne peuvent servir de fondement au refus d'appliquer le droit communautaire. Arrêt CJCE Internationale Handelsgesellschaft, du 17 décembre 1970, affaire 11/70, rec. p. 1125.

[738] CJCE 11 janvier 2000 Tanja Kreil, aff C 285/98, rec. p. 69.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

La Cour constitutionnelle polonaise s'inspire de cette solution et estime par exemple que la primauté du droit communautaire ne signifie pas primauté par rapport à la Constitution puisque le droit communautaire est justement fondé sur ce texte constitutionnel[740].

736. Cependant, cette résistance des cours constitutionnelles des Etats membres n'est pas totalement efficace puisque l'Etat ne préservera sa souveraineté que dans l'hypothèse où un contrôle d'adéquation avec la Constitution est effectué. Dans le cas contraire, il ne sera plus maître de la règle de droit qui s'applique sur son territoire. L'atteinte à la souveraineté absolue subira une variante suivant que la norme communautaire nécessite ou non une transposition.

737. Il faut noter en effet que la construction européenne apporte ainsi des normes juridiques qui échappent au contrôle des Constitutions nationales puisque les juges constitutionnels exercent fréquemment un contrôle sur les traités, mais très rarement sur les textes de droit dérivé qui ne font l'objet d'aucune mesure particulière d'application pour être mis en œuvre en droit interne.
C'est le cas par exemple des règlements communautaires qui ne nécessitent aucune intervention du parlement et qui, en conséquence, ne peuvent être contrôlés par le biais du contrôle d'une loi d'application. Il n'existe ainsi aucune possibilité de saisine du Conseil constitutionnel français pour statuer sur la constitutionnalité d'un règlement[741].
En revanche, en ce qui concerne les directives, l'impact sur le texte constitutionnel peut être important en raison des mesures de transposition obligatoires qui peuvent permettre au Conseil constitutionnel de retrouver une certaine part de compétence.

738. Le Conseil constitutionnel a aménagé une protection de la souveraineté face à ces textes communautaires en favorisant la suprématie de la Constitution nationale. C'est ainsi que dans l'hypothèse où un texte communautaire serait manifestement en contradiction avec des dispositions expresses de la Constitution, des réserves pourraient être émises[742].

[739] Il s'agit d'évoquer ici les jurisprudences de la Cour allemande : Solange I, 29 mai 1974, Solange II du 22 octobre 1986 (RTD eur. 1987, p. 537) et Solange III 7 juin 2000 ; ainsi que celles de la Cour Italienne : Frontini, 18 décembre 1973. Ces deux jurisprudences indiquent qu'un noyau dur de la Constitution ne saurait être soumis au droit communautaire. Cette jurisprudence vise à protéger les valeurs suprêmes de l'ordre juridique interne, symboles du maintien de la souveraineté. Pour une analyse doctrinale sur cette question, voir J.-V. Louis et Th. Ronse, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruylant, 2005. La récente décision de la Cour constitutionnelle allemande du 30 juin 2009, sur laquelle nous reviendrons, éclaire également cette volonté de mettre en œuvre des limites ou des freins à la fragilisation des Etats-Nations. RTDeur., oct déc 2009, pp. 823 et suiv.

[740] Arrêt de la Cour constitutionnelle polonaise du 11 mai 2005 rendu à propos de l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne, Trybuna Konstytucyjny, K 18/04, X..., 2005.86.744.

[741] En mars 1996, M. Mazeaud avait déposé une proposition de révision de la Constitution afin que 60 députés ou 60 sénateurs puissent saisir préventivement le Conseil constitutionnel de tout projet d'actes européens qui pourraient être contraires à la Constitution.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

739. C'est d'abord, dans sa décision en date du 10 juin 2004, que le Conseil constitutionnel rejette d'une manière générale toute idée de contrôle de constitutionnalité d'une loi de transposition, sauf si le législateur va au-delà de ce qui est prévu dans la directive ou si les dispositions expresses de la directive portent atteinte à une règle ou principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

Par cette décision, le Conseil constitutionnel a tenté d'adopter une position médiane entre primauté absolue du droit communautaire et protection systématique de la Constitution.

Le Conseil constitutionnel a d'un côté préservé la primauté du droit communautaire en se déclarant par principe incompétent pour statuer sur la conformité des directives à la Constitution. Certains auteurs ont estimé que la primauté du droit communautaire restait préservée puisque l'immunité juridictionnelle des directives perdurait et trouvait son fondement dans l'article 88-1 de la Constitution[743].

Mais dans le même temps, le Conseil constitutionnel a voulu se réserver la possibilité de contrôler les lois de transposition des directives dans les deux hypothèses précitées, ce qui a le mérite de garantir une certaine protection de la souveraineté par l'utilisation d'une forme détournée de contrôle de conventionalité, constitution/directive[744].

740. Cette jurisprudence de 2004 a été précisée de manière opportune par une décision du Conseil constitutionnel rendue le 27 juillet 2006. Inspiré par les solutions retenues par les autres cours constitutionnelles européennes[745], le Conseil constitutionnel consacre la prévalence de la Constitution sur le droit communautaire[746]. Désormais le contrôle des lois de transposition s'exerce officiellement sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution,

[742] Le Conseil constitutionnel a adopté cette position dans deux décisions du 10 juin 2004, décision 2004-496 DC, JO 22 juin 2004, p. 11182 et décision du 19 novembre 2004. JO 24 novembre 2004, p. 19885.
Il n'est d'ailleurs pas la seule cour constitutionnelle de l'Union européenne à tenter de préserver la suprématie du texte constitutionnel, et donc une certaine forme de souveraineté du pouvoir constituant, face à la primauté du droit communautaire. Voir en ce sens, Cour constitutionnelle allemande Solange II du 22 octobre 1986 (RTDEur. 1987, p. 537) et Cour constitutionnelle italienne, Fragd du 13 et 21 avril 1989.
Voir P. Mazeaud, *l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les lois de transposition des directives*, in colloque Venise, 16 décembre 2006.
http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/20061215.pdf.

[743] Voir en ce sens, J. Roux, *le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution*, RDP 2004, p. 912.

[744] Certains auteurs ont pu estimer qu'il s'agissait d'une utilisation détournée du contrôle de constitutionnalité prévu à l'article C 61 puisque le Conseil constitutionnel s'autorise à vérifier indirectement la compatibilité de la loi avec la directive et qu'il s'autorise des réserves dans certains cas particuliers. Voir en ce sens l'article de F. Picod, *le contrôle de constitutionnalité des actes de droit dérivé de l'Union européenne*, cahiers de droit constitutionnel 2005, n° 18, p. 144. Cependant l'article 88-1 sert de fondement à ce contrôle, voir en ce sens, X. Magnon, *le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire.* Revue Europe, août sept. 2004, p. 6 à 12.

[745] Le Conseil se rapproche ainsi de la solution retenue par la Cour constitutionnelle italienne pour organiser la défense du droit constitutionnel national. Voir en ce sens, J.-E. Schoettl, *le nouveau régime juridique de la communication en ligne devant le Conseil constitutionnel,* LPA 18 juin 2004, n° 122, p. 18.

[746] Voir la décision 2006-540 DC du 27 juillet 2006, commentée par P. Blacher et G. Protière in *le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution face aux directives communautaires,* RFDC 2007, p. 123.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

comme l'avait laissé supposer les précédentes décisions de 2004. Le droit communautaire doit donc céder face à une disposition de droit constitutionnel contraire.
Dans cette décision, le Conseil précise les conditions de la prévalence de la Constitution puisqu'en 2004, il avait choisi une formulation imprécise. La disposition faisant obstacle au droit communautaire devait être une disposition expresse de la Constitution ou du bloc de constitutionalité[747], ce qui posait des difficultés d'interprétation. Désormais, le Conseil constitutionnel fait référence à l'identité constitutionnelle de la France pour justifier d'une prévalence de la Constitution.

741. La notion de règle et principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France devient un élément central pour endiguer l'effet de primauté du droit communautaire[748]. Il est trop tôt pour tirer des conséquences sur l'impact de cette formule dans la protection du système constitutionnel et de sa primauté face au droit communautaire, ce qui est certain, c'est que le Conseil dispose d'un outil souple qui lui permettra de se poser en gardien de la Constitution[749].

742. Cette évolution du rôle du Conseil constitutionnel n'est pourtant pas parfaite puisque le contrôle ne pourra s'exercer de manière globale sur tous les textes communautaires dérivés. Le Conseil constitutionnel est devenu juge de la constitutionnalité du droit communautaire[750], mais uniquement pour les textes dont il est saisi, ce qui limite considérablement son champ d'action[751].
Ainsi, la volonté des juges constitutionnels de préserver la souveraineté du pouvoir constituant en conservant la suprématie du pouvoir constitutionnel n'est peut-être qu'un

[747] Certains auteurs ont d'ores et déjà considérés que la formule « disposition expresse » restait fort vague puisque toute norme, même écrite est toujours sujette à interprétation. Voir en ce sens, J. Roux, *le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution*, RDP 2004, p. 912.

[748] Voir nos développements en fin de thèse, n° 1439 à 1445.

[749] Dans une décision du 30 novembre 2006, le Conseil constitutionnel a commencé à mettre en application sa jurisprudence en censurant pour partie une loi de transposition allant au-delà des dispositions prévues par une directive, et ajoutant des dispositions contraires à la Constitution et notamment à l'article 88-1. Il a examiné ici l'incompatibilité entre la loi et la directive. Décision 2006-543 DC du 30 novembre 2006, RFDA 2007, p. 564.

[750] Selon une expression de P. Cassia : *« l'atout majeur de la décision est de concrétiser ce qui était latent dans la décision du 10 juin 2004 : le Conseil constitutionnel est juge de la constitutionnalité du droit communautaire ».* Note sur la décision 2006-540 DC, revue droit administratif, octobre 2006, p. 31.

[751] La jurisprudence récente semble confirmer que le rôle du Conseil constitutionnel sera cantonné y compris dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. En effet, le mécanisme de la question préjudicielle semble devoir s'appliquer en parallèle. La récente jurisprudence de la Cour de cassation considère que ce mécanisme n'empêche pas une question préjudicielle sur l'interprétation du droit communautaire. Cass. AP, 29 juin 2010, Melki, revue Europe août septembre 2010, p. 1 et CJUE 22 juin 2010, Aziz Melki et Sélim Abdeli, aff. C 188/10 et 189/10. Revue Europe juillet 2010, p. 1 et 2.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

simple sursaut de résistance et un rempart fragile qui ne peut efficacement défendre le concept de souveraineté absolue[752].

743. Cette défense de la Constitution face au droit communautaire est d'ailleurs de nouveau d'actualité sous l'angle de la question prioritaire de constitutionnalité, avec la récente saisine de la Cour de justice par la Cour de cassation, le 16 avril 2010[753]. La question était de savoir si la priorité accordée à la Constitution, dans les articles 23-2 et 23-5, modifiés par la loi organique du 10 décembre 2009[754], était conforme au droit européen.
La CJUE dans un arrêt du 22 juin 2010[755], a retenu que notre mécanisme constitutionnel est conforme au droit de l'Union dès lors qu'il ne fait pas obstacle à une question préjudicielle et qu'il permet aux juridictions nationales d'écarter toute disposition contraire au droit communautaire[756]. La CJUE retient que le dispositif tendant à privilégier le contrôle de constitutionnalité est inopérant et donc conforme en ce sens au droit communautaire[757].

744. Toutes ces considérations concluent à l'idée que le droit européen et le droit communautaire ont sonné la fin de la conception de la souveraineté telle que Jean Bodin l'avait dégagée. Cette souveraineté absolue est définitivement noyée dans l'imbrication croissante des règles juridiques des différents pays européens. L'Etat n'est plus seul maître de sa compétence dans bien des domaines.

745. La véritable problématique pour la souveraineté est de trouver sa place dans une organisation mondiale où les Etats n'ont plus l'entier monopole et où la coexistence de plusieurs systèmes juridiques complexifie considérablement les relations juridiques tant sur le plan interne qu'externe. La vision de Kelsen, fondée sur une hiérarchie entre les normes, a parfois des difficultés à rendre compte de la complexité de cette logique de système. La

[752] Les réserves émises par le Conseil constitutionnel reposent d'ailleurs essentiellement sur la notion de souveraineté. C. Grewe, *la révision constitutionnelle en vue de la ratification du Traité de Maastricht*, RFDC 1992, n° 11, p. 413.

[753] Voir le dossier consacré à cette question dans la RFDA juillet août 2010, pp. 659 et suiv.

[754] JO 11 décembre 2009, p. 21379.

[755] CJUE 22 juin 2010, aff C 188/10 et 189/10, Aziz Melki et Sélim Abdeli. Voir D. Simon et A. Rigaux, revue Europe juillet 2010, p. 1 et 2.

[756] La CJUE a privilégié la technique juridictionnelle de la compatibilité en faisant référence à des jurisprudences françaises : CC, 12 mai 2010, décision n° 2010-605 DC, JO 13 mai 2010, p. 8897. CE 14 mai 2010, Rukovic, RFDA 2010, p. 709 et CE 16 juin 2010, Assetou, RFDA 2010, p. 855. Voir D. Simon, et A. Rigaux, *la question prioritaire de constitutionnalité : drôle de drame, quai des brumes, le jour se lève ?,* Revue Europe 2010, n° 5.

[757] Le dispositif constitutionnel peut donc continuer à s'appliquer mais il reste largement conditionné, au contrôle de conventionalité, que la CJUE entend toujours privilégier. La discussion sur cette question essentielle de la primauté du droit communautaire ou de la Constitution reste ouverte, voir par exemple Cour de cassation, AP, 29 juin 2010, Melki, revue Europe, août septembre 2010, p. 1.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

logique de réseau[758] permet au contraire de mettre en évidence plusieurs cercles producteurs de droit et de pouvoirs qui contribuent à l'affaiblissement de la souveraineté de l'Etat. L'Etat n'est plus l'unique producteur du droit, et il doit faire face à des sources concurrentes dont la hiérarchie est mal définie.

746. Dans cet ordre juridique de système, le juge a toute sa place pour faire coexister les différentes normes juridiques et tenter de les concilier. C'est encore en ce sens que la souveraineté s'en trouve fragilisée puisque dans leur interprétation, les juges ont tendance à mutualiser les règles de droit et les manières de les appliquer. Le rôle du juge national évolue et il n'est plus seulement au service du droit édicté par l'Etat. Il doit de plus confronter sa position avec des juges supranationaux. L'Etat n'est donc plus seul à rendre la justice et perd en cela une de ses fonctions, symbole de souveraineté.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Section 3 : La souveraineté face aux pouvoirs des juges : l'interprétation des textes au service d'une internationalisation croissante

747. Dans les attributs de la souveraineté, le pouvoir de rendre la justice a une place particulièrement importante. Ce pouvoir a été traditionnellement dévolu à l'Etat et plus spécifiquement au pouvoir judiciaire au sein de chaque Etat. Selon la formule consacrée en droit français, le juge a donc le pouvoir de rendre la justice *« au nom du peuple français souverain »*.
Or cette clef de voûte de la souveraineté connaît elle aussi une mutation puisque le juge national devient également un juge communautaire et que le développement des juridictions interétatiques contribue à l'essor d'une justice supraétatique, qui conduit progressivement à établir une interprétation du droit, commune à tous les Etats.

§ 1. L'Etat soumis à la CEDH et à la CJUE : une souveraineté étatique diluée

748. En parallèle du développement des textes de droit international et européen, l'ordre mondial a connu un essor des juridictions non étatiques, et particulièrement le continent européen. Aujourd'hui, l'Etat français doit faire face à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne. Dans l'application du droit qu'il effectue, l'Etat français est soumis au contrôle de ces deux entités ce qui est l'un des éléments révélateurs de la dilution de sa souveraineté.

[758] Cette théorie des réseaux a été développée par F. Ost, in Ost et Van de Kerchove, *de la pyramide au réseau, pour une théorie dialectique du droit,* faculté de droit de St Louis, 2002. Auteurs cités par J.-P. Jacque in *droit constitutionnel national, droit communautaire, CEDH, charte des nations unies, l'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques*, RFDC 2007, p. 3.

Ainsi, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme est appliqué de manière extensive par la Cour européenne des droits de l'homme, qui s'est donnée pour but de préserver les droits fondamentaux, au-delà de ce qui est prévu par les droits nationaux.

749. Les droits de l'Homme consacrés en droit constitutionnel par la DDHC de 1789 et par différents principes constitutionnels ne sont plus uniquement à l'origine de la protection des citoyens français. Ce droit qui était national, perd de son autonomie et prend en compte les règles internationales consacrées par les conventions internationales et notamment la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

750. En adhérant à la Convention européenne des droits de l'Homme[759], la France s'est soumise à la compétence de la Cour européenne des droits de l'Homme et s'est engagée à respecter l'ensemble des principes contenus dans la Convention. Si dans les premiers temps la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme ne concernait que peu d'affaires, son activité s'est beaucoup développée, et a contribué à imposer le droit de la convention dans les faits[760] et à le rendre effectif.

751. La Cour européenne des droits de l'homme est une entité à part qui intervient après épuisement des voies de recours internes. Cette Cour européenne des droits de l'Homme utilise des mécanismes de contrôle et de sanction au profit des individus ; elle instaure un véritable contrôle supranational sur les Etats et ce, à l'initiative de personnes privées ressortissantes de ces Etats.
La réforme intervenue par le protocole n°11 accentue encore le contrôle supranational exercé par la Cour européenne des droits de l'Homme puisque désormais il existe une Cour unique, avec une saisine directe et il n'est plus nécessaire de passer par une commission[761].

752. L'Etat français n'échappe pas à ce contrôle et connaît des condamnations en nombre assez conséquent par rapport aux autres Etats membres de la Convention EDH, notamment concernant l'article 6 de la Convention relatif au droit au procès équitable[762].

[759] Cette convention a été signée le 4 novembre 1950 mais la France ne l'a ratifiée dans son intégralité que le 2 octobre 1981 ; notamment pour ce qui concerne la compétence de la Cour européenne.

[760] En 1986, on compte un seul arrêt concernant la France, puis environ une dizaine d'arrêts par an dans les années 90. À partir de 2000, l'activité de la Cour européenne pour des affaires concernant la France a pris de l'importance puisqu'on recense 73 arrêts en 2000, 75 en 2002 et 2004 et 94 en 2003 et 96 en 2006.

[761] Le système antérieur ne permettait pas toujours aux particuliers de saisir directement la Cour. Un individu pouvait saisir directement la Cour si l'Etat dont il était ressortissant avait ratifié le protocole n° 9. Dans le cas contraire, le passage par la commission était obligatoire et seule la commission avait le pouvoir de saisine. Pour la réforme de ce mécanisme, voir la réglementation mise en place par le protocole n°11, entré en vigueur le 1er novembre 1998.

[762] 77% des affaires concernant le France sont fondées sur l'article 6.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

753. Sur le terrain de la souveraineté de l'Etat, l'originalité de la Cour européenne des droits de l'Homme emporte des conséquences assez contradictoires. D'un part, l'Etat français a accepté de se soumettre au droit de la Convention européenne, et donc à son effectivité, mais d'autre part, il n'en avait sûrement pas totalement envisagé les conséquences. À l'origine, la violation du droit conventionnel était simplement constatée, ce qui n'impliquait aucune conséquence sur la capacité de chaque Etat à appliquer les normes de droit qu'il souhaitait mettre en œuvre.

754. Par la suite, la Cour européenne des droits de l'Homme a également commencé à sanctionner les Etats par des condamnations pécuniaires de nature à compenser le préjudice subi par les requérants. Cette sanction financière implique déjà une certaine contrainte pour l'Etat qui sera parfois plus enclin à appliquer une norme conventionnelle plutôt que de payer par la suite de lourds dommages intérêts. Le choix de l'Etat est toujours présent mais il est orienté par la contrainte financière.

755. Plus récemment, la Cour européenne des droits de l'Homme a utilisé un véritable pouvoir de sanction à l'égard des Etats dans des hypothèses où elle a constaté une violation du droit de la Convention. L'Etat condamné a été contraint de prendre toutes les mesures nécessaires à l'application effective de la décision prise par la Cour européenne des droits de l'Homme. Ainsi, dans un arrêt, Assanidzé c/ Géorgie, la Cour a ordonné à l'Etat géorgien la remise en liberté du requérant dans les plus brefs délais, et dans un arrêt Ilasçu et autres c/ Moldova et Russie, la Cour a affirmé à l'unanimité que les Etats Russe et Moldave doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre fin aux détentions arbitraires des requérants et assurer leur libération immédiate[763].
Dans un arrêt Broniowski c/ Pologne[764], la Cour ayant constaté une violation de la Convention, a demandé à la Pologne de fournir à des rapatriés de la seconde guerre mondiale, l'équivalent des biens qu'ils avaient été contraints d'abandonner.

756. La Cour dispose donc désormais d'un véritable pouvoir de contrainte sur les Etats, allant jusqu'à leur indiquer les mesures à prendre pour se conformer au droit conventionnel. Les Etats ne sont donc plus entièrement libres de choisir les règles qu'ils entendent appliquer sur leur territoire. Les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme ont d'autant plus d'autorité qu'en cas de condamnations, les autres membres trouvent parfaitement logique et légitime que l'Etat condamné se soumette à la solution retenue par la Cour[765].

[763] Arrêt Assanidzé c/ Géorgie, n° 71503/01 du 8 avril 2004 et Arrêt Ilasçu et autres c/ Moldova et Russie n° 48787/99 du 8 juillet 2004.

[764] Arrêt Broniowski c/ Pologne n° 31443/96 du 22 juin 2004.

[765] À la pression financière vient s'ajouter la pression du groupe quant au respect des droits fondamentaux.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

757. L'originalité du mécanisme européen impose une remise en cause de la souveraineté de l'Etat mais paradoxalement, peut conduire à un renforcement d'une souveraineté nationale. Ainsi, ce sont les Nations collectivement qui gagnent à ce que leurs droits fondamentaux soient protégés ; et il semble que la souveraineté nationale ne soit pas véritablement en contradiction avec les règles dégagées au niveau européen. On retrouve ici un juge au service des différentes nations souveraines, sans être au service des Etats souverains.
En tout état de cause, cette approche conventionnelle pourrait contribuer à accentuer une éventuelle séparation entre la Nation et l'Etat, si tant est qu'une autre entité juridique suffisamment construite puisse être capable de supplanter ce dernier.

758. De même, la présence de la CJUE au sein des communautés européennes met en évidence une atteinte à la souveraineté de l'Etat, sans que la Nation soit véritablement écartée. Du fait du caractère intégratif de la construction européenne, cette remise en cause de la souveraineté de l'Etat est même davantage marquée que dans l'hypothèse du droit de la Convention EDH. La CJUE statue en effet, comme toutes les cours internationales sur les litiges entre les Etats, mais son rôle va au-delà puisque sa compétence est obligatoire et que les institutions de l'Union ainsi que les particuliers peuvent également saisir la Cour sous certaines conditions.

759. On l'a dit, en consacrant la primauté du droit communautaire, la CJUE contribue à l'affaiblissement de la souveraineté de l'Etat, contraint d'appliquer un droit dont il n'a pas toujours la maîtrise. Mais le rôle de la CJUE va beaucoup plus loin dans l'affaiblissement du pouvoir souverain de l'Etat. Son interprétation extensive du droit communautaire élargit considérablement la portée de ce droit et le pouvoir de sanction de la Cour à l'égard des Etats membres ne respectant pas ce droit, révèle également que l'Etat n'est plus souverain incontesté sur son territoire.

760. Sur cette interprétation extensive, plusieurs points peuvent être relevés.

761. La CJUE a d'abord une interprétation large de sa compétence et de la notion de droit communautaire. La CJUE fait davantage que de dire le droit, elle a une fonction créatrice de droit, grandement facilitée par le caractère imprécis des traités de l'Union et par l'impossibilité pour les autres organes de l'Union de mettre en cause l'interprétation dégagée par la Cour[766].

762. La CJUE utilise ensuite différentes méthodes pour étendre le champ d'intervention du droit communautaire qui s'impose aux Etats membres. En se fondant sur les objectifs du

[766] Ainsi, la jurisprudence de la CJUE est établie en dernier ressort, sans qu'aucun organe ou autre juridiction ne puisse venir proposer une autre interprétation du droit communautaire.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

traité, plutôt que sur la lettre du texte, la CJUE adopte clairement une interprétation en faveur du droit communautaire qui amplifie son caractère intégratif[767]. La Cour adopte une démarche de système qui vise à renforcer l'indépendance du droit communautaire[768]. Elle utilise aussi une interprétation littérale des textes qu'elle peut écarter s'ils sont contraires au développement du droit communautaire[769]. Dans l'hypothèse d'un manque de clarté des textes, la CJUE recourt à l'intention des auteurs du traité pour favoriser l'émergence d'un droit qui s'imposera aux Etats.

763. En développant par son interprétation le champ d'application du droit communautaire, la CJUE favorise donc l'intégration au détriment de la souveraineté des Etats membres. Les Etats sont ainsi contraints de subir une interprétation du droit, sur laquelle ils ne peuvent exercer aucune influence directe, la CJUE étant un organe indépendant, et de dernier ressort.
Ce pouvoir de la CJUE est d'autant plus important qu'elle dispose de plusieurs procédures lui permettant d'imposer ce droit et de sanctionner les Etats en cas de manquement. L'Etat n'est d'autant plus souverain que la CJUE n'hésite pas à utiliser l'ensemble des moyens à sa disposition pour faire respecter la primauté du droit communautaire.

764. Très tôt, la CJUE a imposé aux Etats la non application des normes internes contraires au droit communautaire. Non seulement, les juges ne doivent pas faire application de ses normes contraires[770], mais les Etats membres ont l'obligation *« d'éliminer de leur ordre juridique les dispositions incompatibles avec le droit communautaire »*[771]. La CJUE va même jusqu'à utiliser son pouvoir de contrainte en imposant aux Etats de modifier ou abroger la norme interne contraire au droit communautaire[772].
La CJUE utilise aussi largement le mécanisme de la question préjudicielle pour influer sur le droit des Etats membres et imposer l'application du droit communautaire de manière uniforme[773].

[767] La CJUE utilise ainsi une approche inductive qui lui permet de dégager des grands principes issus des objectifs des traités. Ces principes servent ensuite de fondement pour interpréter le sens et la portée des autres textes communautaires.

[768] Voir en ce sens J. Boulouis, à propos de la fonction normative de la jurisprudence, *remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la CJCE*, Mélanges Walline, *le juge et le droit public*, LGDJ, 1974, p. 155. Pour des exemples, voir CJCE, 3 février 1976, Manghera, aff. 59/75, rec. p. 91 ; CJCE, 19 novembre 1991 Francovich et Bonifaci, rec. p. 5357.

[769] Voir en ce sens, CJCE 31 mars 1971, ATER, aff. 22/70, rec. p. 263 et CJCE 27 octobre 1977, Regina aff. 30/77, rec. p. 199.

[770] Dans un arrêt Commission c/ Italie du 13 juillet 1972, il a été jugé que le juge est tenu d'écarter aussitôt une disposition contraire au droit communautaire avant même son abrogation. Aff. 48/71. Rec. p. 529.

[771] Voir CJCE Commission c/ Italie, 24 mars 1988, Aff. 104/86, rec. p. 1799. Voir également Commission c/ Italie, 17 avril 1988, Aff. 225/86, rec. p. 2271.

[772] Voir en ce sens deux arrêts de la CJCE : Commission c/ Italie du 11 avril 1978, aff 100/77, rec. p. 879 et Kobler du 30 septembre 2003, aff 224/01 rec. p. 10239.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

765. Parmi les moyens dont dispose la CJUE, l'action en manquement prévue à l'article 228 CE[774] est particulièrement révélatrice de la limitation de la souveraineté des Etats puisqu'elle permet d'imposer le droit communautaire aux Etats récalcitrants. Ainsi, lorsque la commission constate le non respect du droit communautaire, elle a le pouvoir, après avoir demandé à l'Etat de s'expliquer, de saisir la CJUE afin que celle-ci constate le manquement et sanctionne l'Etat récalcitrant.
Des sanctions financières peuvent ainsi être imposées aux Etats lorsqu'ils ne respectent pas un droit auquel ils n'ont pourtant pas toujours consentis. C'est en 2000 que la CJUE a prononcé pour la première fois une astreinte à l'encontre d'un Etat membre ne respectant pas le droit communautaire[775]. Ces sanctions financières sont bien évidemment de nature à obliger les Etats membres à respecter le droit communautaire et leur marge de manœuvre s'en trouve ainsi considérablement limitée.

766. La CJUE utilise enfin l'action en responsabilité des Etats membres pour faire prévaloir le droit communautaire. Dans cette hypothèse, la CJUE peut également être saisie par des particuliers qui subissent un préjudice du fait de la violation du droit communautaire par un Etat membre[776]. Dans un arrêt Humblet, la CJUE a ainsi estimé que l'Etat ayant fait l'objet d'un arrêt en manquement doit non seulement mettre son droit en conformité mais également réparer l'ensemble des conséquences dommageables issues du texte illicite[777].
Cette condamnation de l'Etat au titre de la responsabilité contribue également à le contraindre à appliquer le droit communautaire, les conséquences financières pouvant en effet être particulièrement lourdes à porter. Sur ce point, la CJUE peut d'ailleurs servir de Cour de justice complémentaire pour les ressortissants des Etats membres, qui voient leurs droits protégés par une autre entité que l'Etat. Là encore, c'est peut-être davantage la souveraineté de l'Etat qui est menacée plutôt que les souverainetés nationales.

767. Le développement des juridictions interétatiques contribuent à modifier la qualification du pouvoir de l'Etat qui se trouve dans des hypothèses de plus en plus nombreuses soumis à des processus juridiques dont il n'a pas la maîtrise. Ce phénomène est conforté par le fait que

[773] Voir en ce sens l'exemple de l'arrêt Tribunal de l'UE, 2 mars 2010, aff T 16/04, Arcelor / Parlement et Conseil, revue Europe, mais 2010, p. 16.

[774] Article 241 TFUE.

[775] Voir en ce sens, CJCE Commission c/ Grèce, 4 juillet 2000, aff C 387/97, rec. p. 5047. La CJCE a condamné l'Etat grec à mettre en œuvre une directive sur la gestion des déchets, sous astreinte de 20000 € par jour de retard. L'Espagne a également été condamnée à verser une astreinte de 624150 € par an, pour non-conformité de sa législation à une directive sur les eaux de baignade, voir CJCE, 25 novembre 2003, commission c/ Espagne, aff C 278/01, JO C 7, 10 janvier 2004, p. 7.

[776] Les modalités de saisine de la CJUE par des particuliers, et notamment des entreprises, permettent un contrôle encore plus élargi et donc potentiellement, un risque de sanction plus élevé pour les Etats.

[777] CJCE Humblet c/ Belgique, aff 6/60 rec. p. 1125.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

ces cours internationales ont une tendance à vouloir imposer leur vision aux Cours suprêmes nationales, et d'une manière générale, aux juges nationaux qui ne sont plus seulement au service de l'Etat et du droit étatique.

§ 2. La tentation des cours européennes d'exercer un contrôle sur les juges nationaux : vers une uniformisation des systèmes judiciaires

768. En vertu du principe de souveraineté, les décisions prises par les cours constitutionnelles restaient des décisions qui s'imposaient dans toute la hiérarchie des normes, y compris au législateur et au droit international. Ces décisions ne pouvaient être contestées ce qui restait une marque de l'indépendance du pouvoir des juges au service de l'Etat et de la Nation. Or ce pouvoir n'est plus aujourd'hui exempt de critiques puisque les juridictions internationales exercent parfois un contrôle sur le travail des juges nationaux.

769. Ce nouveau phénomène constitue un symbole d'un affaiblissement de la souveraineté, et de la capacité des juges suprêmes à dégager la norme constitutionnelle applicable. Ainsi les décisions prises par les cours suprêmes nationales pour défendre la Constitution sont parfois remises en cause par la Cour européenne des droits de l'Homme, qui n'hésite plus à les contrôler.

770. Le texte constitutionnel n'est en réalité plus à l'abri de l'influence d'une interprétation internationale, comme l'illustre d'ailleurs de manière significative la jurisprudence de la Cour européenne.
C'est par une affaire Ruiz Matéos du 23 juin 1993 que la Cour européenne des droits de l'Homme a marqué le premier pas vers un contrôle des jurisprudences constitutionnelles et donc vers un contrôle des Constitutions nationales. La Cour européenne des droits de l'Homme a ainsi sanctionné une procédure suivie devant le juge constitutionnel Espagnol remettant ainsi en cause une règle qui était présente dans le texte suprême national[778]
Cette tentation de la Cour européenne des droits de l'Homme à contrôler les dispositions suprêmes nationales s'est amplifiée au fil des arrêts. Dans un arrêt Refah Partisi c/ Turquie, de février 2003, la Cour européenne des droits de l'Homme a contrôlé une disposition constitutionnelle qui interdisait les partis politiques réclamant le retour de la charia, et prônant la destruction des valeurs démocratiques[779].

771. C'est donc par le biais des droits fondamentaux que la Cour européenne des droits de l'Homme exerce son contrôle sur les interprétations effectuées par les juges nationaux, y

[778] Arrêt Ruiz Matéos, Requête n°12952/87, série A n°262.
[779] CEDH 13 février 2003, Refah Partisi, n° 41340/98, n° 41342/98, n° 41343/98, n° 41344/98

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

compris constitutionnels. Elle n'est pas la seule à tenter d'influencer les juridictions nationales puisque de même, la CJUE ne se cantonne pas toujours à un rôle d'interprétation du droit communautaire mais tente d'harmoniser les droits constitutionnels des Etats membres, en réduisant la marge de manœuvre laissée aux juges constitutionnels.

772. La CJUE opère parfois une comparaison du droit des Etats membres afin d'en dégager des règles générales qui ont vocation à s'appliquer dans tous les Etats[780], y compris ceux qui n'avaient pas cette règle dans leur texte constitutionnel. Si la CJUE n'entend pas s'immiscer dans l'organisation juridictionnelle des Etats membres, au nom du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres[781], elle oblige les juridictions à appliquer le droit communautaire[782].

773. En tout état de cause, la tentation de contrôler les juridictions internes s'effectue surtout par le biais du mécanisme du renvoi préjudiciel, qui permet à la CJUE d'imposer son interprétation et d'uniformiser l'application du droit communautaire sur l'ensemble du territoire de l'Union. Avec ce mécanisme, et dès lors qu'il existe un doute sur l'interprétation du droit communautaire, les juges nationaux peuvent saisir la Cour qui donnera alors le sens de la règle de droit et la solution juridique à appliquer[783].

774. Initialement limité[784], le renvoi préjudiciel est devenu une pratique relativement fréquente[785]. Comme l'ont affirmé certains auteurs, la CJUE va utiliser le mécanisme de la question préjudicielle pour renforcer l'intégration juridique et aboutir progressivement à une intégration judiciaire[786]. Au fil du temps, une coopération étroite s'instaure entre la CJUE et les différentes juridictions nationales, qui prennent leur inspiration dans la jurisprudence de la CJUE et qui adoptent peu à peu des positions communes, notamment sur les matières communautarisées[787].

---

[780] Voir par exemple les conclusions de l'avocat général Grand sous l'arrêt CJCE, 15 juillet 1970, Chemiefarma, rec. pp. 661 et suiv. Le mécanisme des PGD communautaires illustre d'ailleurs parfaitement cette tendance.

[781] Sur ce principe d'autonomie institutionnelle et procédurale, voir J. Rideau, *droit institutionnel de l'UE et des communautés,* LGDJ, 2006, 5ème édition, pp. 986 et suiv.

[782] Il revient ainsi à chaque Etat membre de faire appliquer le droit communautaire en déterminant la juridiction compétente et la procédure applicable, arrêt CJCE Lorenz, 11 décembre 1973, Rec. p. 1471.

[783] Le mécanisme du renvoi préjudiciel est prévu à l'article 234 CE ou 267 TFUE. La CJUE est compétente pour statuer sur toutes les questions d'interprétation relatives aux traités, au droit dérivé ou au statut des organes de l'Union. La Cour est saisie par les juridictions nationales confrontées à une difficulté d'interprétation.

[784] Voir en ce sens, R. Lecourt, *l'Europe des juges*, Bruylant, 1976, pp. 274 et suiv.

[785] En 2004, 35% des affaires traitées par la CJUE sont issues de questions préjudicielles, ce qui est la première source d'activité de la Cour.

[786] Voir en ce sens un article de R. Kovar, *l'évolution de l'article 177 CE, in la réforme du système juridictionnel communautaire,* G. Vandersanden (dir.), université de Bruxelles, 1994, pp. 35 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

775. La CJUE tient particulièrement au développement de cette collaboration, qui signifie une dépossession progressive du pouvoir judiciaire de l'Etat[788]. La CJUE ne fixe pas les règles procédurales applicables mais énonce les exigences de droit communautaire que les juridictions nationales doivent satisfaire[789]. La cour vérifie notamment que des dispositions du droit national n'empêchent pas les juridictions de droit commun de faire application du droit communautaire ; le juge doit donc privilégier l'ordre juridique communautaire[790]. Cet affaiblissement du pouvoir judiciaire étatique se traduit également par une évolution du rôle des juges nationaux.

§ 3. Le juge national, un juge qui n'est plus au service de la norme étatique mais qui devient un juge communautaire

776. En France, et d'une manière générale, les juridictions avaient déjà pour habitude de faire application des normes de droit international dès lors qu'elles étaient suffisamment précises et non contingentes. Cependant, ce droit était appliqué par les juges surtout en matière de droits fondamentaux et uniquement lorsque aucune norme de droit national ne permettait de protéger efficacement les individus[791].

777. Avec le droit communautaire, une nouvelle étape est franchie puisque la Cour de cassation et le Conseil d'Etat se sont adaptés à l'intégration européenne et aux exigences découlant naturellement de cette intégration. En effet, les traités rappelaient la compétence du juge national pour assurer l'application et l'effet direct du droit communautaire[792], ce qui fait du juge national une juridiction de droit commun, indispensable pour le respect du droit communautaire dans l'ordre interne et pour sa primauté.

[787] La CJUE a d'ailleurs une compétence pour déterminer si l'autorité nationale qui l'a saisie d'une question préjudicielle peut effectivement recevoir la qualité de juridiction. Voir en ce sens, J.-C. Bonichot, *« loin des théories : le refus de la cour de justice d'imposer un modèle juridictionnel européen »,* RDP 2008, n° 3, pp. 746 et suiv.

[788] Voir en ce sens, CJCE, 15 décembre 1995, Bosman, aff. C 415/93, rec. p. 4921 et CJCE, 11 novembre 1997, Eurotunnel, rec. p. 6315.

[789] Voir en ce sens, F. Grevisse et J.-C. Bonichot, *les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres*, Mélanges Boulouis, Dalloz, 1991, p. 287. Voir par exemple, CJCE 7 juillet 1981, Rewe, rec. p. 1805.

[790] Voir en ce sens, l'arrêt CJCE 15 mai 1986, Johnston, Aff. 222/84, rec p. 1651 et l'arrêt CJCE 19 juin 1990, Factortame, aff 213/89, rec. p. 2433.

[791] C'est notamment le cas lorsque le Conseil d'Etat évoque par exemple certains articles du Pacte de New York ou certains articles de la convention des Nations Unies.

[792] En substance, article 19 TUE dans sa version Lisbonne.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Ainsi, les juridictions nationales font référence de plus en plus fréquemment aux dispositions communautaires, voire de droit européen. Elles assurent en tout état de cause la suprématie de l'ordre communautaire sur l'ensemble des textes nationaux législatifs ou infra législatifs[793].

778. Si dans un premier temps, le juge judiciaire et le juge administratif ont tenté de limiter l'effet direct de certains textes communautaires, ils ont fini par admettre cette règle imposée par les traités et la CJUE. C'est surtout concernant les directives communautaires que les juridictions refusaient de faire prévaloir le droit communautaire sur le droit national.
En ce qui concerne la Cour de cassation, elle a accepté de reconnaître cet effet direct dès 1984, abandonnant ainsi toute résistance à l'égard du droit communautaire[794].
En ce qui concerne le Conseil d'Etat, il a dans un premier temps, adopté une position différente puisqu'il a refusé l'application directe d'une directive dont le délai de transposition n'est pas expiré[795], tout en assurant en revanche, une complète application de cette directive une fois le délai expiré[796]. Cependant sur ce point, le Conseil d'Etat entérine à son tour l'importance de l'applicabilité des directives puisqu'il a admis une invocabilité des directives communautaires non transposées, à titre préventif dans l'hypothèse où le droit national serait réellement contradictoire avec le droit communautaire[797]. La jurisprudence Perreux, du 30 octobre 2009, en abandonnant la jurisprudence CohnBendit, donne désormais aux directives une invocabilité à tout moment[798].

779. Les juridictions nationales sont désormais également juge communautaire, ce qui implique qu'elles ne soient plus entièrement reliées à l'Etat[799]. Ce constat peut permettre d'en déduire de nouveau des conséquences sur la souveraineté puisque l'une des prérogatives majeures de souveraineté dégagée par J. Bodin, qui est celle de rendre la justice, est de moins en moins assurée par l'Etat. Pourtant, l'analyse reste à nuancer car, qu'elles que soient les normes appliquées par les juges nationaux, la justice est toujours rendue *« au nom du peuple français »*.

[793] Voir en ce sens la jurisprudence Vabre de la Cour de cassation du 24 mai 1975, Dalloz 1975, p. 497 et la jurisprudence Nicolo du Conseil d'Etat du 20 octobre 1989, rec. p. 190.

[794] Voir Cass. Civ, 1ère 11 décembre 1984, Bureau central français c/ fonds de garantie automobile et autres, Bull I, p. 281.

[795] CE 22 décembre 1978, Cohn Bendit, rec. p. 524.

[796] CE 30 octobre 1996, SA Cabinet Revert et Badelon, RFDA 1997, p. 1056.

[797] Deux arrêts en ce sens, CE 20 février 1998, Ville de Vacresson et autres, RFDA 1998, p. 430 et CE 10 janvier 2001, France nature environnement, revue Europe mai 2001, n° 152, p. 11.

[798] CE, 30 octobre 2009, Perreux, revue Europe, mars 2010, p. 10 ; AJDA 2009, p. 2385 ; RFDA 2010, p. 126.

[799] Voir F. Grevisse et J.-C. Bonichot, *les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres*, Mélanges Boulouis, Dalloz 1991, pp. 297 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Ces deux aspects contradictoires laissent un doute sur le maintien de la souveraineté de l'Etat dans sa fonction de justice et sur les capacités de la Nation à confier le pouvoir de justice à une autre entité que l'Etat.

780. Seule semble désormais subsister une résistance des juges nationaux quant à la suprématie du droit communautaire par rapport à la Constitution. Cette résistance se traduit par une affirmation de la suprématie des normes constitutionnelles que les juges continuent d'appliquer en priorité, ce qui reste l'un des derniers symboles de la résistance de la souveraineté de l'Etat.

781. Le Conseil d'Etat a plusieurs fois réaffirmé ce principe en 1996, 1998 et 2001, en indiquant que les dispositions constitutionnelles s'imposaient également au droit communautaire[800]. La Cour de cassation l'a également affirmé dans son arrêt Fraisse.
Cependant, cette affirmation de principe ne masque pas le changement de rôle des juges nationaux puisque traditionnellement, il ne leur revient pas d'effectuer un contrôle de constitutionnalité des traités. En ce domaine donc, les juges nationaux semblent rejoindre la position du Conseil constitutionnel, qui on l'a dit, n'est pas totalement de nature à protéger la souveraineté de l'Etat.

782. En tout état de cause, le juge national a toujours à l'esprit le droit communautaire lorsqu'il prend une décision puisque ce droit conditionne la validité du droit national[801]. D'ailleurs, au-delà des textes, le juge national et notamment le Conseil constitutionnel, s'inspire également de plus en plus fréquemment des décisions rendues par des juridictions comme la Cour européenne des droits de l'Homme ou la CJUE[802]. Ce constat a conduit certains auteurs comme H. Tourard a posé la question d'une hiérarchie entre les juridictions nationales constitutionnelles et la Cour européenne des droits de l'Homme[803].

783. Ces liens permanents qui existent entre les juges sont de plus en plus fréquemment qualifiés sous le terme de « dialogue des juges », sans que cette notion soit juridiquement définie. Toutefois, dans le cadre communautaire, ce dialogue passe nécessairement par le

[800] Voir les arrêts Koné et Sarran déjà cités ainsi que plus récemment un arrêt CE syndicat des industries pharmaceutiques, 3 décembre 2001, revue Europe, avril 2002, p. 6.

[801] Nous partageons ici l'avis donné par F. Chaltiel, in *l'application du droit communautaire par le juge national,* Mélanges Isaac, pp. 843 et suiv.

[802] Voir en ce sens, L. Favoreu, *la prise en compte du droit international et communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel,* mélanges Plantey, l'internationalité du droit et des institutions, économica 1995, pp. 33 et suiv. Voir également P. Gaia, *les interactions entre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel*, RFDC 1996, pp. 725 et suiv.

[803] Voir H. Tourard, *l'internationalisation des constitutions nationales*, édition LGDJ, 2000, p. 291.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

mécanisme du renvoi préjudiciel et par une coopération en dehors de tout lien hiérarchique[804]. Ce « dialogue des juges » possède le mérite de concilier les droits sans les confronter de manière conflictuelle, et conduit à terme à une harmonisation des droits[805].

784. Ce glissement du rôle du juge, et le dialogue ainsi établi, indique simplement un déplacement du pouvoir judiciaire en dehors de l'Etat, qui traduit pour le moins une forme de partage de la capacité à défendre les droits et trancher les litiges. Ce dialogue conduit à une mise en cause du rôle de l'Etat mais pourtant en l'absence de véritable Constitution européenne et d'entité européenne capable de concurrencer l'Etat, le pouvoir de dire le droit reste attribué à la souveraineté nationale.

785. Face au triomphe du droit sur la souveraineté, que ce soit le droit national ou le droit communautaire et international, l'Etat et la Nation ne sont pas armés de manière identique pour défendre leur place et leur pouvoir. Dans l'organisation juridique moderne, l'absolutisme de la souveraineté de l'Etat n'est plus, mais en revanche, la souveraineté nationale semble préserver toute sa place car elle conserve une maîtrise des normes qu'elle entend appliquer.

786. En ce sens, la souveraineté nationale garde une dimension absolue qui connaît pourtant également des évolutions. La souveraineté ne s'exerce plus comme à l'époque de J. Bodin ; elle est maintenant détenue par la Nation qui envisage d'exercer son pouvoir non plus seulement grâce à l'Etat mais également sous d'autres formes, ce qui aura inévitablement des conséquences sur la souveraineté de l'Etat. En effet, on ne saurait prétendre que la souveraineté nationale persiste si elle n'a pas d'entité concrète sur laquelle s'appuyer.

[804] Voir F. Ost et M. Van de Kerchove, *de la pyramide au réseau, vers un nouveau mode de production du droit,* RIEJ 2000, n° 44, p. 1.

[805] De nombreux arrêts récents témoignent de l'importance de ce dialogue. Cour constitutionnelle Allemande, arrêt Solange II du 22 octobre 1986, RTD eur. 1987, p. 537 ; CE 8 février 2007, Arcelor, RFDA 2007, p. 384 ; CJCE 14 octobre 2004, Omega, Aff. 36/02, rec. p. 9609.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Conclusion 1ère partie :

L'absolutisme de la souveraineté nationale : vers un nouveau mode d'exercice des souverainetés

787. La souveraineté nationale en droit français ne s'exerçait que par l'Etat en raison du lien indéfectible et historique imposé entre la Nation et l'Etat mais l'évolution de la souveraineté a conduit à envisager un nouveau mode d'exercice de la souveraineté. La souveraineté nationale abandonne d'abord sa relation exclusive avec l'Etat pour adopter de nouveaux axes d'exercice de la souveraineté par l'Union européenne ou par les collectivités décentralisées de l'Etat.

788. Le symbole de ces nouvelles modalités d'exercice de la souveraineté reste la réparation des compétences fixées entre l'Etat, l'Union et les collectivités territoriales, qui est profondément évolutive et qui a tendance à s'accélérer ces dernières années. De plus, la Nation a également tendance à s'affranchir des organes de représentation de l'Etat avec un développement des modes directs de l'exercice de la souveraineté.

789. L'exercice de la souveraineté nationale ne passe plus seulement par la souveraineté de l'Etat mais prend de nouvelles formes qui obligent l'Etat à accepter la concurrence et à transmettre certaines de ces compétences, soit à l'Union, soit à ses organes décentralisés.

790. La souveraineté juridique qui était tout entière dirigée vers l'Etat devient plus fragmentée et répartie sur plusieurs organes, du fait même de la volonté nationale. L'Etat est à la fois acteur et spectateur de l'évolution de sa souveraineté puisqu'il accompagne le plus souvent un mouvement qu'il a lui-même mis en œuvre, sans pouvoir le maîtriser totalement.

791. La souveraineté, concept qui a toujours été difficile à manœuvrer, se complexifie au fil de l'évolution de l'Etat et de la théorie juridique. Désormais, le concept a un sens plus relatif, non plus seulement politique, mais également juridique, ce qui impliquerait des degrés distincts de souveraineté.

792. À ce stade des développements, le constat est le suivant : l'unité et l'indivisibilité de la souveraineté sont menacées. Il y a plusieurs organes exerçant la souveraineté, l'Etat est fragmenté, il existe une distanciation du lien Etat/Nation, et la Nation est elle-même fragilisée. Le caractère suprême du pouvoir souverain est nuancé largement par la fragmentation juridique des compétences et l'internationalisation tant du droit, que du

système judiciaire. Enfin, la souveraineté externe apparaît clairement plus nuancée que ce que J. Bodin avait dégagé. L'Etat s'est donc trouvé beaucoup plus affaibli que la Nation qui a su maintenir une certaine forme de contrôle sur sa souveraineté.

793. L'Etat ne peut plus prétendre exercer une souveraineté absolue sans la Nation. La Nation quant à elle conserve une forme de maîtrise de la compétence de sa compétence mais elle ne peut se passer d'une structure concrète pour la mise en œuvre de cette dernière. Dans ce contexte, la construction communautaire et la volonté de constitutionnaliser les acquis communautaires posent la question du maintien du rôle de la Nation et de la possibilité d'exercer la souveraineté suivant d'autres modalités.

794. L'analyse doit désormais au-delà de ce constat, se centrer sur l'Etat alors que son pouvoir reste toujours spécifique et va bien au-delà des pouvoirs qui sont détenus par n'importe quelle autre entité, privée ou publique. Peut-il toujours prétendre être souverain aujourd'hui.

795. L'Etat oscille désormais entre une souveraineté qui serait devenue relative et morcelée et une puissance sans équivalent dans le monde temporel. Son pouvoir reste donc à qualifier.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

PARTIE II

L'Etat français : entre souveraineté relative et puissance sans concurrence, un pouvoir à qualifier

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

796. Après avoir expliqué les raisons de la mise en cause de la souveraineté absolue et la fragilisation de l'Etat Nation, on a pu en conclure que la souveraineté de l'Etat était probablement beaucoup plus touchée que la souveraineté nationale. Allons désormais plus avant dans cette analyse en regardant comment, malgré tout, l'Etat français dispose d'un pouvoir sans pareil qui pourrait s'apparenter à ce qu'on a pu appeler une souveraineté relative. Davantage qu'un souverain, l'Etat est devenu une sorte de tuteur chargé de mener à bien deux projets qui risquent de le dépasser : l'Union européenne et la décentralisation.
Toutefois, l'Etat conserve le maintien de prérogatives particulières, la maîtrise de certains processus et un statut spécifique qu'on ne retrouve dans aucune entité publique ou privée.

797. Le constat posé en première partie doit se poursuivre dans l'analyse des liens entre l'Etat et l'Union européenne pour évaluer le degré d'affaiblissement de l'Etat et les impacts éventuels que ce phénomène peut avoir sur la pertinence de la souveraineté (TITRE 1).

798. Ce constat doit également se poursuivre dans l'analyse de la décentralisation pratiquée par l'Etat français, particulièrement quant aux incidences de cette dernière sur la souveraineté (TITRE 2).

799. Ces deux analyses conduisent à confirmer l'idée qu'une souveraineté de nature absolue n'a plus réellement de sens dans le contexte actuel, et que le pouvoir de l'Etat contient en réalité davantage de contingence que la conception absolue de la souveraineté voulait bien le laisser penser[806]. Une telle conclusion aboutit nécessairement à se demander si l'Etat doit encore être qualifié de souverain ou si cette notion peut être remplacée par d'autres qualificatifs et notamment celui de la puissance légitime reposant sur des droits fondamentaux. (TITRE 3)

[806] La prise en compte croissante des droits fondamentaux et l'obligation pour les Etats de se soumettre à ces droits jouent d'ailleurs un rôle important dans la mise en cause de la souveraineté. Cette prise en compte permet comme on le verra de tenter d'apporter d'autres qualificatifs au pouvoir de l'Etat, au-delà de la souveraineté.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

TITRE 1 :

L'Etat dépassé par la construction européenne : l'émergence d'une souveraineté relative ?

800. La construction européenne produit des effets constants sur la souveraineté de l'Etat et ce qui s'analyse dans la théorie comme des transferts de compétences et des formes de partage de la souveraineté, trouvent un écho dans la réalité pratique et institutionnelle de la construction européenne.

801. Le droit matériel, qui définit les compétences du souverain, devient de plus en plus morcelé entre diverses entités juridiques, là où seul l'Etat s'imposait auparavant. Du fait de la construction européenne, la souveraineté matérielle de l'Etat n'est plus aussi complète et absolue qu'elle l'était à l'époque des fondateurs de la doctrine de la souveraineté (CHAPITRE 1).

802. Juridiquement, l'Etat se trouve dépossédé d'une série de compétences qui concerne des domaines multiples, y compris ce qu'on considère comme des compétences régaliennes, noyau dur de l'Etat. L'Union européenne devient un sérieux concurrent de l'Etat, même si l'atteinte à la souveraineté puissance de l'Etat reste encore fragile, notamment depuis l'échec de la Constitution européenne (CHAPITRE 2).

803. Pourtant et désormais, la souveraineté de l'Etat se trouve en situation d'affaiblissement et déjà en concurrence avec les prémices d'une souveraineté embryonnaire de l'Union (CHAPITRE 3).

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

CHAPITRE 1 :

Le morcellement de la souveraineté matérielle de l'Etat par la construction communautaire : l'indivisibilité abolie

804. Le morcellement de la souveraineté matérielle et donc juridique de l'Etat s'est effectué de manière insidieuse, sans que l'Etat prenne réellement conscience de l'ampleur du phénomène d'imbrication des compétences. Elle s'est finalement réalisée selon la méthode intégrative, envisagée par les pères fondateurs de l'Union[807].

805. Au fil des traités et du développement du droit de l'Union, la souveraineté des Etats membres a perdu son absolu pour devenir une souveraineté relative. Toutes les compétences sont désormais exercées de manière multiforme.

806. En effet, c'est d'abord par le processus de transfert de compétences que la souveraineté se trouve morcelée, que le partage de la souveraineté semble possible et mis en œuvre dans la pratique, ce qui implique inévitablement que sa définition initiale semble perdre de sa pertinence (Section 1).
C'est ensuite par le développement de politiques communautaires dont l'Etat n'a plus entièrement la maîtrise que l'absolutisme de la souveraineté parait grandement mis à mal et par le caractère irréversible de ce processus communautaire (Section 2).

[807] Selon la conception de J. Monnet et R. Schuman, *« une Union sans cesse plus étroite entre les peuples d'Europe ».*

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Section 1 : Le processus de transferts de compétences et le partage de la souveraineté

807. Au fil des traités et des intégrations communautaires, le principe d'un partage de compétences a été envisagé puis accepté de sorte que juridiquement, la souveraineté de l'Etat n'est plus une et indivisible. Ce partage des compétences au demeurant relativement complexe aboutit nécessairement à ce que l'Etat ne possède plus l'ensemble des prérogatives de souveraineté définies par J. Bodin.

§ 1. Les traités fondateurs de l'Union : l'acceptation du principe de transferts de compétences étatiques et de l'intégration européenne

808. La construction européenne a démarré sur les ruines de la seconde guerre mondiale et donc sur la défiance légitime à l'égard des Nations et de l'Etat. La construction européenne avait pour but d'éviter la réitération des erreurs passées, d'éviter les conflits entre les Etats européens, conflits qui les menaient systématiquement jusqu'alors vers la guerre.

809. Les pères fondateurs de l'Union avaient donc pour objectif de créer un espace européen capable d'éviter le déclin de l'Europe[808], et peu importe les conséquences que la création de ce nouvel espace pouvaient avoir sur la souveraineté de l'Etat, jugée responsable des conflits européens. Les pères fondateurs adoptèrent une méthode intégrative, initiée par J. Monnet qui visait non pas seulement à créer une organisation internationale classique mais une organisation qui aurait vocation à accueillir les Etats de l'Europe pour partager l'exercice de compétences en commun[809]. Dès sa naissance, l'Europe porte donc une conception fondée sur le mélange des souverainetés, bien plus que sur leur addition.

810. Les premiers transferts de compétences à une entité supranationale regroupant plusieurs Etats sont réalisés par le Traité CECA signé le 18 avril 1951[810]. Cette première expérience de transfert de compétences est limitée mais elle est déjà un indicateur de la volonté de fragmenter le pouvoir souverain des Etats puisque désormais, et dans le domaine du charbon et de l'acier, l'Etat n'a plus le pouvoir de décider seul des règles qu'il entend appliquer.

---

[808] On peut citer ici P.-H. Spaak : *« nous assistons à un phénomène qu'on ne peut appeler autrement que le déclin de l'Europe et si ce déclin n'est pas arrêté par un acte audacieux et courageux, nos enfants et certainement nos petits enfants, assisteront à la décadence de ce continent ».* Voir également A. De Gasperi : *« nous avons conscience qu'il nous faut nous sauver nous-même »* (discours du 10 décembre 1951, conseil de l'Europe Strasbourg)

[809] Pour des commentaires sur la méthode intégrative de J. Monnet, voir F. Hervouet, *démarche communautaire et construction européenne,* documentation française, 2000. Voir aussi J. Monnet*, Mémoires,* Fayard, 1976.

[810] Traité instaurant la Communauté européenne du charbon et de l'acier et signé par six pays européens.

811. Le domaine est certes limité, mais il concerne déjà un aspect important dans les compétences souveraines de l'Etat puisqu'il s'agit à l'époque d'organiser la gestion des ressources énergétiques à une échelle autre que l'Etat. Ce transfert de compétence va se poursuivre par la création de la CEEA (communauté européenne de l'énergie atomique) qui va accentuer encore le transfert de compétences de l'Etat vers l'entité supranationale chargée de mettre en œuvre une politique commune en la matière[811]. Peu à peu, les six Etats d'origine prennent l'habitude d'accepter un transfert de compétences. Le processus d'intégration est ainsi entériné.

812. Le transfert de compétences s'est poursuivi ensuite et surtout avec le Traité CE qui sur de nombreux aspects a été le premier déclencheur du partage de la souveraineté juridique. Le Traité instituant la communauté économique européenne aboutit en réalité à une intégration économique croissante entre les Etats qui conduira progressivement à une impossibilité pour les Etats de déterminer eux-mêmes leurs choix économiques sans l'intervention de l'Union.

813. Les domaines de compétences sont répartis dans le Traité de Rome entre les Etats et les communautés européennes avec un accroissement des compétences de ces dernières au fil des traités. L'intégration européenne est une idée acceptée par l'Etat français dès l'origine avec plus ou moins de succès. Au fil des traités communautaires et des transferts de compétences, elle trouvera sa place et conduira à un partage des compétences, composant la souveraineté juridique.

§ 2. Le développement de la construction européenne : un partage des compétences entériné mais particulièrement complexe

814. La construction européenne a débuté très fortement quant au partage des compétences puis a connu des ralentissements causés par la résistance des identités nationales et de la souveraineté des Etats[812]. L'acte unique européen puis le Traité de Maastricht et le Traité d'Amsterdam sont venus compléter le dispositif communautaire en augmentant progressivement les domaines d'action des communautés européennes.

815. La délimitation des compétences dans les traités successifs a finalement abouti a un véritable partage entre les communautés européennes et les Etats membres. Ces derniers ont

[811] Le Traité CEEA a été signé par les six Etats membres le 25 mars 1957 et poursuivait la démarche déjà entamée en 1951 lors du Traité CECA.

[812] On pense notamment ici à la pratique dite de la *« politique de la chaise vide »* et au compromis de Luxembourg qui a été rendu nécessaire pour éviter un blocage au sein des communautés européennes.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

ainsi fait le choix, au fil de la construction européenne, de transférer une fraction de leur compétence souveraine de plus en plus importante. La souveraineté de l'Etat, par une démarche politique souhaitée, s'est donc trouvée affaiblie et mise en concurrence avec une nouvelle forme d'exercice de la souveraineté[813], qui contient paradoxalement une dimension collective, ce qui est totalement éloigné de la conception initiale de la souveraineté.

816. Le partage des compétences et leur répartition, est une question fondamentale pour déterminer jusqu'où la souveraineté des Etats membres est mise en cause par la construction européenne. Cependant, cette tâche est rendue très délicate puisque la répartition des compétences n'est pas clairement explicitée. Les domaines de compétences transférées ne sont pas tous explicitement indiqués dans les traités, qui y font parfois référence de manière indirecte ou qui laissent une porte d'intervention possible pour l'Union.

817. Le transfert de compétences s'est d'ailleurs accentué ces dernières années, au fil des traités jusqu'au projet de Traité de constitution européenne, qui conserve une valeur illustrative même si ce traité n'a pas eu vocation à s'appliquer, faute de ratification. Ce traité avait pour mission à la fois de reprendre l'acquis communautaire des traités successifs mais aussi d'aller plus loin dans l'organisation du dessaisissement des Etats sur certaines de leurs prérogatives.

818. Ce texte reprenait dans ses articles I-12 à I-18, les grandes catégories de compétences de l'Union. Ces articles illustraient cette répartition des pouvoirs souverains entre l'Etat et l'Union.
L'article I-12 de ce traité avait vocation à résumer les modalités de répartition des compétences entre l'entité supranationale et les Etats mais ce texte, qui ne recevra pas d'application en raison de l'absence de ratification dans tous les Etats membres, ne modifiait pas la répartition des compétences, et permettait toujours à l'Union d'étendre ses compétences. Il confirmait une forme de souveraineté juridique acquise par l'Union européenne au fil des traités, et surtout la fin de l'absolutisme de la souveraineté de l'Etat.
Les compétences exclusives et partagées n'avaient pas été modifiées par le projet de Traité instituant une constitution pour l'Union (article I-13 et I-14) ; en revanche, le champ des compétences subsidiaires était clairement explicité à l'article I-17 sous le terme : *« action d'appui, de coordination ou de complément ».*

Ce texte apportait donc davantage une affirmation nette et officielle d'une souveraineté partagée qui se pratiquait auparavant sans le dire. La mise en cause de la souveraineté juridique de l'Etat apparaissait d'ailleurs nettement au travers de l'article 308 TCE, repris dans le Traité sur la Constitution en son article I-18 sous le nom de clause de flexibilité. En

[813] Le processus communautaire conduit en effet à une forme *« d'exercice en commun »* de la souveraineté.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

effet, cette disposition permettait à l'Union européenne d'étendre son champ de compétences dès lors que son intervention apparaissait utile pour défendre les objectifs qui lui étaient assignés par les traités[814].

819. Le Traité de Lisbonne sur ce point ne déroge pas à la règle puisque le préambule, l'article 1 et l'article 2 TUE témoigne des objectifs particulièrement larges fixés à l'Union, qui reste libre de les utiliser pour étendre sa compétence.

820. En tout état de cause, la répartition actuelle des compétences laisse une marge de manœuvre importante pour l'Union. En effet, le Traité sur l'Union européenne, dans sa rédaction issue du Traité de Lisbonne, donne des objectifs très larges à l'Union, qui peut donc intervenir dans une série de domaines, d'autant plus vastes que le traité confie à la CJUE et à la Commission le soin de déterminer si oui ou non l'Union peut agir dans tel ou tel domaine[815].
De même, si l'article 7 du TFUE semble énumérer de manière précise les domaines d'intervention de l'Europe, cette énumération est faite dans des termes si larges que les compétences ainsi transférées peuvent apparaître sans limite[816]. La rédaction issue du Traité de Lisbonne a le mérite d'être plus claire mais elle ne change pas fondamentalement les choses quant à la capacité de l'Union à étendre ses compétences[817].

821. La répartition des compétences est fondée sur une distinction entre les compétences exclusives de l'Union, les compétences partagées et les compétences subsidiaires (ou d'appui).

822. Les compétences partagées sont par définition le symbole d'une répartition de la souveraineté entre deux entités, l'une étatique et l'autre supranationale. Dans le cadre de ces compétences, l'Etat et l'Union peuvent agir conjointement mais doivent éviter toute contradiction dans leur action. En théorie, chaque entité peut intervenir si l'autre ne l'a pas fait mais cette situation laisse à l'Union un avantage puisque son champ d'action territorial est beaucoup plus important que celui de l'Etat. Les mesures qu'elle prend s'imposent donc à

[814] Cette rédaction a été maintenue dans le Traité de Lisbonne à l'article 308 TFUE.

[815] Les objectifs de l'Union sont définis à l'article 3 du Traité de l'Union issu du Traité de Lisbonne qui évoque le rôle de l'Europe pour promouvoir le développement économique et social, l'emploi, le développement durable, la cohésion économique par l'Union monétaire et financière, la monnaie unique, une identité commune sur la scène internationale, une politique étrangère et de défense commune, le maintien d'un espace de sécurité et de libertés, ainsi que la protection des ressortissants.

[816] Pour une liste des domaines énumérés dans cet article, voir H. Oberdorff*, l'Union européenne*, collection Europa, PUG, 2007, p. 288. Cette liste n'est que peu modifiée par le Traité de Lisbonne si on excepte les matières réintégrées relevant des deuxième et troisième piliers, disparus aujourd'hui.

[817] Voir en ce sens le nouvel article qui remplace en substance l'article 5 : article 7 TUE.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tous les Etats contrairement à celles qui sont prises par un Etat membre, qui ne s'appliquent qu'à celui-ci.

823. La délimitation de ces domaines de compétences partagées est presque impossible à effectuer ce qui complique largement les possibilités d'intervention des Etats et rend délicate la distinction entre ce qui relève du national et ce qui appartient au supranational. D'emblée avec la logique de compétences partagées, l'Etat se retrouve restreint dans l'exercice de ses pouvoirs de souveraineté puisque son intervention peut être subordonnée à l'absence d'intervention préalable de l'Union. La souveraineté juridique de l'Etat n'est donc déjà plus exclusive.

824. Le processus de l'Union européenne entérine l'idée que la souveraineté de l'Etat est donc désormais partagée. Cependant, l'influence de l'Union va encore plus loin avec la notion de compétences exclusives puisque dans les domaines de compétences exclusives, l'Etat se trouve dépossédé de sa compétence et n'a plus les moyens d'agir.

825. Les compétences exclusives de l'Union sont manifestement celles qui portent le plus atteinte à la souveraineté de l'Etat puisque dans ces domaines entièrement transférés à l'entité européenne, l'Etat n'a plus aucun pouvoir d'action, si ce n'est par un jeu d'alliances aléatoires au sein des institutions de l'Union.
Dans les traités, les compétences exclusives concernent la politique monétaire, l'Union douanière, la politique commerciale commune, la politique de la concurrence, ainsi que la préservation des ressources marines. Cependant, ce champ de compétences exclusives trouve une extension en raison de l'interprétation des traités faite par la Commission [818]et par la CJUE qui a toujours tendance à privilégier l'intégration[819].
En tout état de cause, l'existence même de compétences exclusives interdit à l'Etat toute action dans des matières qui relevaient pourtant à l'origine de son pouvoir souverain. Dans ces matières, et davantage qu'un partage de souveraineté, il s'agit véritablement d'une dépossession de la souveraineté, en raison de l'impossibilité pour l'Etat de mettre en œuvre une compétence qui ne lui appartient plus.

[818] La volonté de la Commission d'étendre les compétences exclusives est particulièrement affirmée dans sa communication du 27 octobre 1992, où elle indique que les compétences exclusives comprennent également : les règles générales de la concurrence, la suppression des obstacles à libre circulation, la politique des marchés agricoles, et les éléments principaux de la politique des transports.

[819] La CJUE utilise notamment des notions communautaires particulièrement extensives telles que la libre circulation : voir par exemple CJCE, avis 1/75 du 11 novembre 1975 à propos de la politique commerciale et de la marge de manœuvre des Etats membres. Rec. p. 1355. Elle utilise également la citoyenneté européenne : voir par exemple, l'arrêt Rottmann du 2 mars 2010, aff. C 135/08, (J. Heymann, *de la citoyenneté de l'Union comme révélateur de la nature de l'Union européenne*, revue Europe, juin 2010, pp. 5 et suiv.).

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

826. Cette répartition des compétences est d'autant plus défavorable aux Etats que l'Union dispose également de compétences subsidiaires qui lui permettent de compléter les réglementations étatiques lorsqu'elles lui paraissent insuffisantes.
La possibilité de mettre en œuvre ces compétences subsidiaires est un véritable facteur de mise en cause de la souveraineté de l'Etat puisque l'entité supranationale reste pratiquement entièrement libre de porter une appréciation qualitative sur les droits nationaux. Elle reste également libre d'intervenir dans des domaines qui sont en définitive de plus en plus nombreux[820].
Les compétences subsidiaires sont ensuite exercées par le biais du droit communautaire dérivé, qui, on l'a dit, reste l'une des principales mise en cause de la souveraineté de l'Etat par le processus de développement de l'Union européenne.

827. Au final, il revient à la CJUE de clarifier la répartition réelle des compétences entre le national et le supranational ; or là encore, son interprétation est toujours plus favorable à l'Union[821] puisque la CJUE se donne pour mission d'être un garant juridique du système communautaire. L'imprécision des traités permet ainsi à l'Union d'élargir fréquemment le champ de sa compétence, aidée très fortement par ses institutions intégratives que sont la Commission et la CJUE.

828. Le transfert de compétences implique un dessaisissement de l'Etat, ce qui est totalement antinomique par rapport au concept de souveraineté. Plusieurs domaines peuvent illustrer cet abandon de souveraineté par les Etats. L'exercice de compétences attribuées exclusivement à l'Union est parfaitement révélateur dans le domaine des relations commerciales internationales. La CJUE fait ainsi en sorte que les Etats ne puissent plus intervenir à titre individuel dans les négociations commerciales internationales mais que l'Europe seule soit concernée[822].

829. D'autres domaines sont touchés par la prise de compétences de l'Union, et notamment en matière de police et de sécurité du territoire. Dans le domaine de la sécurité, l'Union européenne a une compétence qui est liée à l'espace de sécurité et de justice. Les Etats ne sont

[820] Cette possibilité de mettre en œuvre des compétences subsidiaires s'exerce par exemple dans des domaines essentiels de l'intervention de l'Etat tels que l'emploi, article 125, 126 et 127 TCE (145, 146, 147 TFUE), l'éducation article 149 TCE (165 TFUE), la culture, article 151 TCE (167 TFUE) et la santé publique, article 152 TCE (168 TFUE).

[821] Pour une analyse de l'extension des compétences de l'Union grâce à la jurisprudence de la CJUE, voir A. Berramdane, et J. Rossetto, *droit institutionnel de l'Union européenne*, Montchrestien, 2005, pp. 80 et suiv.

[822] Dans ce domaine, la CJUE a d'abord étendu la compétence exclusive au maximum avant de revenir quelque peu sur une position plus modérée pour les Etats membres (Avis du 4 octobre 1979, rec. p. 2871 et avis 1/94 du 15 novembre 1994, rec, p. I-5267). Le Traité de Nice va complexifier cette négociation des accords commerciaux internationaux en attribuant à l'Union une compétence exclusive de principe, mais pour certains types d'activités comme l'audiovisuel, il existe une compétence partagée.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

plus entièrement libres d'appliquer la politique qu'ils souhaitent, et c'est notamment le cas en matière douanière.

830. L'Union a également compétence exclusive en matière monétaire, et les Etats sont entièrement dépossédés de cette compétence. Les Etats ne disposent plus de leurs monnaies nationales, mais ont décidé de mettre en œuvre une monnaie unique qui s'impose dans la plupart des Etats membres de l'Union.
Dans ce domaine, et en raison des compétences exclusives, il se met en place une véritable politique communautaire, qui ont le verra contribue largement à la mise en cause des souverainetés, notamment parce que c'est ici le cœur des compétences régaliennes de l'Etat qui se trouve atteint. L'Etat perd donc sa souveraineté juridique mais on n'est pas loin de penser dans cette hypothèse qu'il risque également d'abandonner une partie de sa souveraineté politique.

831. L'émergence et l'application croissante des domaines de compétences exclusives a contribué à mettre en œuvre de véritables politiques communautaires traçant une ligne de conduite aux Etats membres qui voient leur marge de manœuvre se réduire dans des domaines toujours plus nombreux. La souveraineté juridique existe toujours comme une capacité à régir sa compétence mais son titulaire est désormais incertain autant que son entendue.

832. Le droit communautaire dérivé et la mise en place de politiques européennes intégrées contribuent encore à renforcer l'idée qu'on ne peut plus continuer à définir la souveraineté comme un concept absolu.

Section 2 : Le développement des politiques européennes intégrées et l'ancienne pratique des piliers : une intégration définitive

833. Au-delà des compétences définies par les traités, ces derniers ajoutent des prérogatives spécifiques à l'Union européenne qui obtient l'exclusivité dans la mise en œuvre de politiques communautaires, ce qui implique que les Etats doivent trouver des majorités pour prendre des décisions dans ces domaines, et qu'ils ne puissent plus décider seuls. Ces politiques communautaires ont, de plus, été renforcées au fil de la construction européenne pour aller dans le sens de l'intégration, assumée ou masquée.

§ 1. L'Union européenne de Maastricht et les piliers : une intégration qui ne dit pas son nom

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

834. La notion de piliers au sein de l'Union préfigure une autre forme de remise en cause de la souveraineté des Etats membres qui est fondée sur la nécessité de mettre en œuvre une orientation commune au niveau européen.

835. Au-delà des communautés européennes et de leur système intégré, le processus de construction européenne reposait également au terme du Traité de Maastricht, et avant le Traité de Lisbonne, sur deux piliers qui fonctionnaient selon une méthode traditionnelle de coopération internationale et intergouvernementale[823]. Le premier pilier permettait la mise en œuvre d'un espace de coopération judiciaire (CJAI)[824] et le second permettait de mettre en œuvre une forme d'existence de l'Union sur la scène internationale (PESC)[825].

836. Avec le Traité de Maastricht, l'Union européenne a donc poursuivi sa démarche de mise en cause des souverainetés des Etats en instaurant des compétences dans des domaines autres que l'économie et le social, mais qui touchaient davantage les domaines régaliens de l'Etat. L'Union adoptait ainsi une démarche complémentaire, fondée sur la coopération intergouvernementale.

837. Il faut préciser que les conséquences de la mise en œuvre de ces deux piliers étaient paradoxales car ces derniers impliquaient à la fois un maintien des souverainetés des Etats et une mise en cause du concept de la souveraineté absolue.
Ainsi, la coopération voulue par le Traité de Maastricht pour la PESC et la CJAI a contribué à venir renforcer l'intégration à l'Union puisque sans ces deux nouveaux piliers existants aux côtés des communautés européennes, aucune compétence n'aurait pu être attribuée aux institutions européennes dans ces domaines.
Pourtant et en contre-balancement, cette coopération ne semblait pas a priori porter atteinte aux souverainetés puisque dans ces matières, le principe de l'unanimité, s'imposait encore et restait le symbole du pouvoir de blocage des Etats[826].

838. D'un certain côté, la souveraineté des Etats restait un concept toujours pertinent. Les deux volets complémentaires s'ajoutaient aux communautés afin de former l'Union européenne mais restaient soumis au régime de l'unanimité, dans lequel chaque Etat membre conservait son droit d'opposition et donc la maîtrise de sa compétence. La souveraineté de l'Etat membre était donc préservée dans les domaines régaliens mais pourtant l'idée même de

[823] Cette pratique des piliers, qui ont été supprimés totalement dans le Traité de Lisbonne, conserve néanmoins une dimension explicative essentielle concernant la méthode de *« l'engrenage communautaire »*.

[824] CJAI : coopération en matière de justice et affaires intérieures, pilier créé par le Traité de Maastricht.

[825] PESC : politique étrangère et de sécurité commune.

[826] Le traité se gardant bien de modifier les règles de manière abrupte et de se heurter de front aux souverainetés.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

mettre en œuvre une position commune, tant sur la scène internationale que sur la question de la sécurité et la justice contribuait déjà à créer pour l'Etat une concurrence potentielle.

839. En revanche, si la théorie a pu plaider en faveur du maintien de la souveraineté de l'Etat, la réalité est tout autre. En effet, selon la méthode intégrative désormais installée, la coopération a dans un premier temps abouti à l'établissement des positions communes puis progressivement elle a conduit à mettre en œuvre de véritables politiques européennes. À l'évidence, dans ce contexte évolutif, la frontière entre coopération et intégration allait devenir de plus en plus difficile à déterminer[827], et ce mouvement allait nécessairement avoir des incidences sur la souveraineté de l'Etat.

840. Dans le cadre de la PESC, le Conseil a défini des actions communes ainsi que les principes de la politique étrangère. Les Etats sont liés par ces actions communes dès lors qu'elles ont été décidées par le conseil. Si l'Etat souhaitait revenir sur sa position en se désengageant, il n'en avait aucunement la possibilité ce qui démontrait les limites du caractère simplement coopératif de la PESC[828].
L'Etat ne conservait sa marge de manœuvre qu'en amont de la décision mais une fois cette dernière prise, aucun retour n'était possible, car l'hypothèse d'une dénonciation de la décision n'était pas prévue par les traités.
Cette impossibilité à ne pas respecter les actions communes réduisait considérablement la souveraineté des Etats, et ce d'autant plus que la politique étrangère restait un domaine régalien par excellence, et donc une marque de souveraineté.

841. De même, dans le cadre de la CJAI, la coopération aboutissait certes à un pouvoir décisionnel à l'unanimité qui, comme on l'a vu, empêchait l'Union de s'emparer totalement du pouvoir souverain, mais cependant, il n'existait pas de possibilité de désengagement une fois la décision prise. L'influence de ces règles en matière de police et de justice conduisait à un affaiblissement de la souveraineté des Etats dans les mêmes proportions que l'atteinte généralement imposée par la mise en œuvre du droit international[829].

[827] Il y a fort à parier que compte tenu de l'évolution actuelle de la structure européenne, les Etats membres soient de plus en plus souvent amenés à concéder des pouvoirs et des prérogatives à l'Union, y compris dans les domaines régaliens.

[828] L'article 12 du Traité de Maastricht distingue les principes, les orientations générales de la politique étrangère, les stratégies communes, les actions communes et les positions communes. L'article 14 et l'article 15 du Traité de Maastricht imposent ensuite aux Etats de respecter les actions et positions communes, ce qui a des conséquences sur la souveraineté. Sous la codification du Traité de Lisbonne, ces articles sont devenus articles 25, 28 et 29 du Traité de l'Union.

[829] L'article 34 TUE stipulait que : *« le Conseil prend des mesures et favorise la coopération en vue de contribuer à la poursuite des objectifs de l'Union en statuant à l'unanimité, à l'initiative de tout Etat membre ou de la Commission, sous la forme de positions communes, de décisions-cadres, de décisions, ou de conventions ».*

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

842. La pratique des deux piliers a donc eu des incidences sur le contenu de la souveraineté des Etats, tant externe qu'interne. Elle a constitué une sorte de sas de transition entre une gestion des compétences purement étatique et une gestion entièrement communautaire.
Les Etats n'ont plus toujours eu le choix et même lorsqu'ils ont eu la possibilité d'adhérer ou non aux décisions prises dans le cadre des piliers, la force institutionnelle et temporelle de l'Union européenne leur a imposé souvent de trouver un compromis, plus par habitude que par volonté[830].
Les deux piliers de coopération constituent en tout état de cause une extension du champ de compétences de l'Union qui, à terme, et selon la logique de l'intégration progressive, toujours appliquée jusqu'à présent, dépossédera les Etats d'une souveraineté non plus seulement juridique mais politique, que dans l'immédiat l'Union a laissé aux Etats. D'ailleurs, l'évolution des matières communautarisées au sein de l'Union européenne a largement confirmé cette analyse.

843. La première étape fut celle du Traité d'Amsterdam, qui est allé plus loin en communautarisant une grande partie des compétences présentes dans le troisième pilier. Un certain nombre de matières, traditionnellement du domaine de l'Etat régalien, sont intégrées aux compétences communautaires, c'est le cas notamment de la politique d'immigration, du droit d'asile, des règles relatives au franchissement des frontières, de la lutte contre la fraude internationale…
Avec le Traité d'Amsterdam, le 3ème pilier est devenu très restreint et il est celui de la coopération judiciaire et policière (CPJP). Il met en œuvre de la coopération entre les autorités de police et de justice, mais tout en favorisant une coopération de plus en plus étroite entre ces autorités. Un objectif est poursuivi : peu à peu, et à force de travailler ensemble, la communautarisation triomphera sur la simple coopération[831].
844. Cette matérialisation de la « Méthode des petits pas » se trouve d'ailleurs totalement achevée avec le Traité de Lisbonne qui supprime les piliers pour réintégrer le tout au sein de l'Union européenne[832].

845. En sus des mouvements de communautarisation des matières, le recours à la règle de l'unanimité n'est plus systématiquement exigé, notamment pour toutes les questions de procédure et pour la mise en œuvre des décisions dans le cadre de la CPJP.

[830] Il existe une forme de pression des institutions européennes qui conduit parfois les Etats à s'auto convaincre du bien fondé d'une décision prise à l'échelle communautaire.

[831] Ce qui somme toute est parfaitement conforme à la méthode intégrative dite « des petits pas » conçue par les fondateurs des communautés européennes.

[832] Le degré de communautarisation s'évalue alors principalement par rapport aux règles de majorité exigée par les traités communautaires.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

On a déjà indiqué que la règle de l'unanimité était de nature à préserver la souveraineté de l'Etat[833] car, tant que le principe de l'unanimité perdurera, l'Etat aura probablement sauvé l'essentiel de sa souveraineté politique même si sa souveraineté juridique est soumise à négociation.

Ce principe de l'unanimité est un rempart fragile, pas toujours hermétique, et peut-être chimérique de la souveraineté des Etats d'autant qu'on ignore si ce principe perdurera alors qu'il est un frein considérable à la mise en place de normes pourtant indispensables dans une société mondialisée, et qu'il correspond également à un facteur de nature à empêcher la mise en œuvre d'une position commune sur la scène internationale. Le combat entre l'Union européenne et les souverainetés des Etats membres est donc toujours engagé.

846. La souveraineté se retrouve finalement confrontée à ce que les pères fondateurs avaient appelé *« une Union sans cesse croissante entre les peuples »*. Les compétences des Etats sont donc désormais morcelées, et en tout état de cause, elles n'appartiennent plus en totalité à l'Etat souverain. Cette dépossession de compétences a d'autant plus d'impact sur la souveraineté de l'Etat que celui-ci ne peut plus véritablement revenir en arrière.

§ 2. Le renforcement et l'extension des politiques communautaires

847. Les Etats membres ont d'abord perdu certaines de leurs compétences dans des domaines qui ne concernaient pas le noyau dur de la souveraineté. Pour les Etats souverains, cette perte de compétences était totalement acceptée, notamment en matière économique, parce que le cœur de la souveraineté n'était pas touché, et parce que les Etats s'accordaient à privilégier l'intégration pour éviter de renouveler les erreurs du passé.

848. Au fil du développement de la construction communautaire, les institutions ont mis en place de véritables politiques communautaires, intégrées et s'imposant aux Etats de manière non négociable. Ces politiques communautaires ont une vocation particulière au sein de l'Union puisqu'elles visent à renforcer les pouvoirs de l'Europe par rapport aux Etats ; affaiblissant un peu plus chaque jour le concept de souveraineté absolue de l'Etat.

849. La notion de politique communautaire n'est pas toujours clairement définie, mais en revanche, les buts qu'elle poursuit sont parfaitement clairs puisqu'il s'agit de mettre en œuvre les objectifs des traités. Ce qui est certain, c'est que les politiques communautaires dépossèdent quasiment totalement les Etats de leur marge de manœuvre et de leur pouvoir

[833] Voir la première partie de cette thèse sur la notion et les incidences du vote à l'unanimité ou à la majorité qualifiée.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

d'action, et qu'elles ont vocation à s'étendre tant que les Etats ne réagissent pas sur le plan politique[834].

850. Les politiques communautaires sont multiples et signifient tout d'abord l'achèvement du marché commun, ainsi que la libre circulation des marchandises, des personnes et des capitaux. Cette volonté de mise en œuvre d'un espace économique commun a conduit à la mise en place d'une politique commerciale et économique, d'une politique douanière et surtout, d'une politique monétaire commune. Rapidement également, l'Union européenne a mis en place la politique agricole, ainsi que celle de la pêche. Dans des domaines sectoriels, l'Union a cherché à mettre en œuvre des politiques nouvelles.

851. Les politiques communautaires sont régies par des principes qui sont particulièrement révélateurs de la mise en cause de la souveraineté des Etats[835]. Le principe d'intégration est probablement celui qui porte le plus atteinte à la souveraineté de l'Etat puisqu'il suppose que les Etats se plient entièrement aux décisions prises par les instances européennes dans le cadre de ces politiques, et qu'ils modifient en conséquence leur ordre juridique interne. Le droit national est alors entièrement construit par une entité autre que l'Etat, alors même qu'il s'agit d'une prérogative de souveraineté.

852. Les politiques communautaires ont donc un impact fort sur la compétence juridique des Etats qui ne parvient pas à être compensé par le principe de subsidiarité pourtant consacré par le Traité sur l'Union[836]. D'ailleurs, ce principe de subsidiarité ne présuppose pas systématiquement que les Etats soient compétents puisqu'il s'agit de choisir l'échelon le plus proche des citoyens et le plus efficace, et que celui-ci n'est donc pas forcément l'Etat[837].

853. Avec l'achèvement du marché commun, l'Etat n'est plus la seule entité juridique capable d'imposer des normes à ses ressortissants. Le marché unique suppose ainsi une harmonisation des normes juridiques applicables aux acteurs économiques, qui naturellement conduit à un accroissement à la fois des normes édictées par l'Union mais aussi de ces domaines de compétences.

[834] Seul un coup d'arrêt lors des négociations des traités permettrait de réduire le champ d'action politique et les compétences de l'Union ; mais on le verra plus loin, cela n'est pas à l'ordre du jour, compte tenu de l'importance que revêt l'Union pour les gouvernants.

[835] Six principes gouvernent ces politiques communautaires : le principe d'intégration, le principe d'immédiateté, le principe de proportionnalité, le principe de primauté, le principe d'application uniforme et le principe de subsidiarité. Voir P. Icard, *droit matériel et politiques communautaires*, éditions Eska, 2001, pp. 22 et suiv. Voir J.-L. Clergerie, *le principe de subsidiarité,* édition ellipses 1997.

[836] Le Traité sur l'Union indique : *« résolus à poursuivre le processus créant une Union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises le plus près possible des citoyens, conformément au principe de subsidiarité ».*

[837] L'arbitrage étant effectué par la CJUE comme on l'a indiqué précédemment.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

C'est d'ailleurs essentiellement sur cette base que se sont développées en parallèle des politiques sectorielles. Elles limitent encore la marge de manœuvre des Etats membres et grignotent peu à peu la capacité des Etats à régir la compétence de leur compétence. À titre d'illustration, on peut citer ici l'émergence de plusieurs politiques visant à imposer l'égalité de traitement, la réglementation relative aux produits défectueux, ou encore l'ensemble des normes mises en place dans le cadre de la politique de l'environnement[838].

854. L'exemple de la politique monétaire doit être également détaillé pour illustrer combien la souveraineté des Etats s'est trouvée affaiblie, et combien elle n'était plus en mesure de prétendre aux qualificatifs qui lui ont pendant longtemps servi de définition. Au-delà de la compétence exclusive en matière monétaire, c'est donc une véritable politique communautaire qui se met en place.
Le passage à la monnaie unique a été consacré par le Traité de Maastricht puis par deux textes de mise en œuvre, un règlement du Conseil du 17 juin 1997 et une décision du 2 mai 1998[839]. La mise en place de la monnaie unique suppose la perte de la souveraineté monétaire et surtout une fixation des taux monétaires par la banque centrale européenne qui reprend à son compte toutes les compétences qu'avaient auparavant les Etats membres, notamment quant aux taux d'intérêts.
Cette politique monétaire a d'autant plus d'impact sur la souveraineté qu'elle a une portée irrévocable inscrite dans le protocole sur la troisième phase pour le passage à l'Union économique et monétaire.

855. La mise en place de la banque centrale européenne (BCE) parachève cette transmission de la souveraineté monétaire car la BCE est une institution qui implique en définitive beaucoup plus de conséquences sur la souveraineté monétaire que l'Euro en lui-même. Désormais, toute la politique monétaire des Etats est diligentée par la BCE qui définit les stratégies et les orientations à suivre, en toute indépendance, en privilégiant systématiquement la stabilité et la force de la monnaie européenne, par rapport aux attentes des Etats membres[840]. Cette mise en œuvre implique aussi une réduction des marges de manœuvres pour les Etats en matière de politique économique.

[838] Un exposé complet de l'ensemble des politiques sectorielles développées par l'Union exigerait probablement de consacrer une thèse entière à ce sujet, ce qui explique pourquoi seuls quelques exemples significatifs ont été choisis en l'espèce. Pour une analyse complète du thème, voir P. Icard, *droit matériel et politiques communautaires,* éditions Eska, 2001, pp. 638 et suiv.

[839] Règlement n° 1103/9 du 17 juin 1997, JOCE, L162, du 19 juin 1997, et résolution n° 97/236 , JOCE du 2 août 1997, n° C 236.

[840] La BCE constitue une véritable innovation dans un système parfaitement intégré. Elle est dotée de la personnalité juridique et est donc en conséquence une institution totalement indépendante des autres institutions européennes et des Etats membres. Sa mission consiste à émettre la monnaie européenne, à déterminer la politique de change et à mettre en œuvre la politique monétaire.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Les pouvoirs de la BCE sont d'autant plus grands qu'elle dispose évidemment d'un pouvoir réglementaire qui lui permet d'imposer ses décisions mais aussi d'un pouvoir de sanction qui permet de prononcer des amendes et des astreintes en cas de violation des normes applicables.

856. La contrainte monétaire pèse aussi sur les Etats membres en terme de ratios économiques puisqu'ils doivent impérativement les respecter pour intégrer la zone euro et s'y maintenir. Ces critères de bonne gestion, notamment en ce qui concerne la dette publique, contraignent les Etats à limiter leur marge de manœuvre, ce qui est d'autant plus vrai en période de difficultés économiques mondiales.

857. Dans ce contexte économique délicat qui fragilise les Etats membres, on a pu croire que la Commission allait admettre plus facilement les écarts[841] et adopter une plus grande souplesse dans ce domaine, mais les menaces qui planent sur l'Euro ont tout au contraire conduit à un renforcement de l'Union. Ainsi, les chefs d'Etat et de gouvernement réunis à Bruxelles les 28 et 29 octobre 2010, ont pris d'importantes décisions visant à renforcer l'Euro. La nouvelle gouvernance économique qui se profile[842], sur fond de modification simplifiée du Traité de Lisbonne, démontre s'il le fallait que les politiques communautaires jouent un rôle important dans le processus de relativisation des souverainetés des Etats. Les Etats membres de la zone euro perdront probablement une part supplémentaire de marge de manœuvre dans l'élaboration de leur politique économique.

858. L'intégration européenne au sein des communautés conduit inévitablement les Etats à abandonner une partie de leur souveraineté sans espoir d'un véritable retour à la situation quo ante[843]. La conception de la souveraineté de l'Etat a changé, probablement de manière irréversible.

§ 3. L'impossible retour à la souveraineté absolue, et l'intégration définitive des Etats

[841] Le pacte de stabilité limite les déficits des finances publiques à 3% du PIB, et impose un maintien de la dette publique à un niveau inférieur à 60% du PIB. Les Etats s'exposent à des sanctions dès lors qu'ils ne respectent pas les critères mais la commission ne peut les sanctionner qu'au terme d'une procédure spécifique qui doit tenir compte des circonstances propres à chaque Etat. La Commission doit notamment tenir compte d'une croissance nulle ou faible, de la mise en œuvre de réforme structurelle (sécurité sociale ou retraite par exemple, des efforts en matière de recherche et d'investissements)…

[842] Le conseil européen a convenu de la mise en place d'un nouveau cadre de surveillance macroéconomique destiné à détecter l'apparition des déséquilibres et risques. Le pacte de stabilité et de croissance est renforcé puisque les sanctions progressives peuvent être appliquées plus tôt dans le processus de surveillance budgétaire. Le niveau de la dette publique sera davantage pris en compte, en sus de celui du déficit. C'est surtout le mécanisme permanent de gestion de crise qui va contraindre les Etats membres et renforcer l'Union. Il nécessitera une modification du Traité de Lisbonne. Pour un article d'actualité, voir *« l'Allemagne obtient un futur changement du Traité européen »*, journal La croix, 29.10. 2010.

[843] Si tant est qu'on considère qu'un retour en arrière soit souhaitable.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

859. Dans l'organisation des communautés européennes et en vertu des traités communautaires, l'intégration des Etats membres a été progressive[844]. Les Etats européens sont finalement entrés dans l'intégration européenne sans avoir la moindre idée des mécanismes qui leur permettraient d'en sortir si d'aventure, la nécessité s'en faisait sentir.
Les traités n'avaient jamais prévu l'éventualité d'un retrait d'un Etat membre[845], ce qui pouvait poser une difficulté dans le cadre de traités conclus à durée indéterminée comme le Traité instituant les communautés européennes[846].

860. La question s'est donc posée de savoir si les Etats membres avaient encore la possibilité de se retirer de l'Union européenne et si tel est le cas, dans quelles conditions.
Cette réflexion induit nécessairement des conséquences sur la capacité de l'Etat à régir librement ces choix politiques. La perte de cette faculté induit effectivement des conséquences sur la nature de la souveraineté qui ne peut plus prétendre à un caractère absolu. Si l'Etat n'a plus la possibilité de quitter les instances communautaires, alors il n'est plus entièrement libre des choix politiques qu'il effectue[847].

861. Deux hypothèses ont été évoquées en doctrine, celle du retrait négocié, et celle du retrait unilatéral[848]. Dans le premier cas, il a été admis que le retrait était possible dès lors que tous les Etats membres donnaient leur accord à ce retrait. Dans le second cas, il a été considéré que le retrait porterait atteinte aux objectifs du traité.
Dans la mesure où l'Union européenne n'a jamais été considérée comme une entité fédérale, mais davantage comme une organisation internationale particulière, la possibilité juridique de quitter l'Union européenne aurait du s'imposer[849] ; or la doctrine semblait au contraire

[844] Comme chacun le sait, l'Union européenne a d'abord commencé avec six Etats avant de connaître des élargissements successifs qui l'ont conduit à être ce qu'elle est aujourd'hui.

[845] Voir en ce sens, A. Valhas, *souveraineté et droit de retrait au sein de l'Union européenne*, RDP 2005, n° 6, pp. 1565 et suiv.

[846] Seul le Traité CECA avait une durée de validité de 50 ans (article 97 du traité), les Traités CEE et CEEA sont conclus sans échéance butoir.

[847] En cela d'ailleurs, les effets de l'intégration européenne ne sont pas véritablement distincts de ceux de la participation à une structure internationale, telle que l'ONU ou la CEDH, l'Etat étant largement prisonnier de son appartenance à une organisation internationale. Voir les décisions du Conseil constitutionnel du 13 octobre 2005, n° 2005-524/525 DC, *« abolition de la peine de mort »,* qui en constituent une illustration. JO 20 octobre 2005, p. 16609.

[848] Voir en ce sens, J.-P. Jacqué, *droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 2ème édition, pp. 14 et suiv.

[849] La référence à la doctrine internationale du droit de retrait était en effet tout à fait possible, mais elle comportait cependant certaines insuffisances et notamment le fait que les traités instituant des organisations internationales prévoient presque systématiquement une clause de retrait ce qui n'était pas le cas dans le cadre communautaire. Certains auteurs doutaient également que la réponse du droit international sur la question du retrait soit adaptée au cadre communautaire. Voir A. Valhas, *souveraineté et droit de retrait au sein de l'Union européenne*, RDP 2005, n° 6, pp. 1565 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

considérer que ce retrait n'était pas possible compte tenu de la structure juridique particulière de la construction européenne.
Pendant longtemps, cette position a été privilégiée et puisque la question ne s'était jamais posée dans la pratique, le débat est resté purement théorique et juridique.

862. Dans un arrêt Costa c/ ENEL, la CJUE a affirmé que les limitations de souveraineté consenties par les Etats au profit de l'Union européenne sont définitives[850]. Cette interprétation de la CJUE particulièrement favorable à l'organisation européenne, laisse donc entendre que les Etats n'ont aucune possibilité de sortir de l'Union européenne[851].

863. En tout état de cause, et en l'absence de règles prévues dans les traités avant Lisbonne, l'Etat qui aurait souhaité sortir de l'Union se serait heurté à des difficultés techniques considérables. Il aurait ainsi été nécessaire de modifier à la fois le traité et les financements de l'Union, ce qui aurait été particulièrement délicat puisque cela aurait exigé l'unanimité des Etats.

864. Le projet de Constitution européenne a tenté de clarifier la situation des Etats à l'égard de l'Union. L'article I 60 prévoyait une procédure de retrait volontaire de l'Union pour tous les Etats membres. Cette procédure supposait d'abord un retrait conforme au droit constitutionnel de chaque Etat membre[852], et également le suivi d'une procédure qui obligeait l'Etat, qui souhaitait sortir de l'Union, à négocier un accord avec cette dernière[853].

865. Cette possibilité de sortir de l'Union plaidait a priori en faveur d'un maintien de la souveraineté de l'Etat, puisque ce dernier apparaissait toujours libre de déterminer la compétence de sa compétence. En organisant cette possibilité de retrait, le droit favorisait la souveraineté de l'Etat ou du moins, tentait de défendre la capacité des Etats à choisir leurs compétences tant sur le plan politique que juridique.

866. Cependant, cet article posait deux difficultés majeures qui empêchaient pratiquement les Etats qui souhaitaient sortir de l'Union de quitter celle-ci. Tout d'abord, l'Etat se heurtait à sa propre constitution nationale qui a le plus souvent entériné l'idée d'une participation à l'Union. L'Etat français est par exemple tenu par les articles 88-1 et suivants qui donnent un

[850] CJCE, arrêt Costa c/ ENEL, 15 juillet 1964, voir V. Constantinesco, *compétences et pouvoirs dans les communautés européennes,* LGDJ, 1974, pp. 236 et suiv et F. Chaltiel, *la souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français, recherche sur la souveraineté de l'Etat membre*, Paris LGDJ, 2000.

[851] Ainsi, au nom du principe du caractère définitif du transfert de compétences, l'Etat sortant de l'UE devrait laisser à l'Union les compétences transférées ce qui rend donc impossible cette hypothèse.

[852] Le 1) de l'article I 60 stipulait ainsi : *« tout Etat membre peut décider, conformément à ses règles constitutionnelles, de se retirer de l'Union ».*

[853] L'Etat devait notifier à l'Union et aux autres Etats sa volonté de quitter l'Union.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

statut à l'Union. Toute volonté de sortie de l'Union devrait s'apprécier par rapport à ses articles, et exigerait des formalités complémentaires.
Ensuite, l'Etat se heurtait à la nécessité d'obtenir un accord du Conseil, à la majorité qualifiée, pour pouvoir quitter l'Union ce qui apparaît très difficile à obtenir, notamment pour les plus grands Etats[854].

867. L'article I 60 apparaissait difficilement applicable aux regard des conditions posées, pourtant ce droit de retrait a été repris dans le Traité de Lisbonne à l'article 50 TUE avec des conditions identiques.

868. Ce droit existe mais il apparaît bien chimérique, puisqu'à y regarder de près, la réalité factuelle dépasse largement la réalité juridique et empêche toute sécession. Ainsi et dans la pratique, aucun des Etats membres de l'Union ne pourrait prétendre au luxe de se retirer des institutions des Communautés, tant les compétences et les enjeux financiers sont liés.
Quitter l'Union européenne imposerait ainsi à un Etat toute une série de difficultés. L'Etat devrait renoncer aux financements européens, remettre en circulation sa propre monnaie avec toutes les questions économiques que cela pose, oublier les dispositions du droit communautaire dérivé applicables devant toutes les juridictions nationales, remettre en œuvre sa sécurité aux frontières, instaurer de nouveau la pratique des passeports… La liste des adaptations peut encore être longue et démontre, s'il le fallait, les difficultés pratiques, du retrait de l'Union.

869. D'un point de vue géopolitique, le retrait des institutions de l'Union apparaît également utopique puisque sur la scène européenne, l'Etat qui serait amené à quitter les institutions serait probablement montré du doigt comme souverainiste. Isolé au milieu de l'Europe, et sans le passé historique de la Suisse, les risques d'une marginalisation ne pourraient être pris sans hésitation par les gouvernants.

870. D'un point de vue économique enfin, et c'est probablement la principale difficulté d'un retrait éventuel de l'Union, l'Etat qui se désolidariserait aurait la plus grande difficulté à retrouver une place sur le marché mondialisé. Quitter l'Union suppose également de renoncer à un marché qui reste porteur, malgré les contraintes apportées par l'OMC. Dans ce contexte, le risque économique d'un retrait de l'Union ne pourrait pas davantage être pris.

871. Finalement, et comme dans toute bonne association, celui qui prend l'initiative de quitter le groupe, même s'il en a certes toujours la possibilité juridique, n'en a pas la possibilité

[854] L'article I 60 prévoyait que l'Etat membre qui se retire ne peut participer à la délibération. La majorité qualifiée pour accepter le retrait doit donc s'établir sans les voix de l'Etat qui souhaite se retirer. La difficulté est encore augmentée puisque l'Etat qui souhaite se retirer doit trouver une majorité de 72 % des membres du Conseil représentant 65% de la population de l'Union.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

pratique ; le coût d'un départ et les conséquences de ce départ présentant toujours des inconvénients quasiment insurmontables.

872. Les Etats sont donc contraints de poursuivre leur aventure au sein de l'Union parce que la réalité pratique a dépassé la réalité institutionnelle et juridique. La souveraineté de l'Etat n'a plus d'autres choix que de s'adapter en prenant garde à ne pas perdre la totalité de sa substance et de son essence.
L'impossible retour à la souveraineté absolue implique donc des conséquences sur le fonctionnement des Etats. Cette intégration inéluctable remet inévitablement à l'ordre du jour la question de la fracture entre la Nation et l'Etat car paradoxalement, le développement de l'Union est, du moins dans un premier temps, davantage une mise en cause de la souveraineté absolue de l'Etat qu'une atteinte au pouvoir souverain des Nations.

873. La souveraineté juridique de la Nation semble persister puisque cette dernière a simplement choisi de confier à d'autres instances que l'Etat la possibilité de mettre en œuvre le droit qu'elle entend appliquer. Les pouvoirs de l'Union restent en effet indissociables des concepts de peuple et de Nation, qui restent centraux, même si certains auteurs considèrent que la souveraineté nationale est autant atteinte que celle de l'Etat, puisqu'une Nation à elle seule n'a plus le pouvoir absolu de déterminer son destin[855].

874. Cette différence de traitement de la Nation et de l'Etat contribue à enrichir la théorie d'une rupture entre la souveraineté de l'Etat et celle de la Nation qui originairement étaient intimement liées en droit français. La souveraineté juridique, conçue comme la capacité de régir sa compétence, n'a plus la même valeur selon qu'on évoque celle de l'Etat ou celle de la Nation. En tout état de cause, elle n'a plus grand-chose d'absolu.

875. L'absolutisme pourrait se retrancher dans la souveraineté puissance, souveraineté politique à laquelle l'Union européenne rechigne encore à porter atteinte, consciente de ses fragilités dans ce domaine. Cependant, et la dichotomie entre souveraineté juridique et souveraineté politique n'étant pas toujours possible dans la pratique, l'abolition de l'absolutisme de la souveraineté juridique a inévitablement des répercussions sur la souveraineté politique.

876. Cette souveraineté politique est paradoxalement desservie par les gouvernements nationaux mais profite des hésitations de l'Union face au concept juridique d'Etat Nation qui

[855] Il reste que le concept de Nation garde un aspect central dans le fonctionnement et l'organisation des Communautés européennes, comme on le verra ultérieurement quand il s'agira d'évoquer l'absence de souveraineté de l'Union.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

n’en finit pas de s’imposer malgré tout. Dans cette lutte, la souveraineté politique est parfois confiée à la Nation qui arbitre de manière constante le duel entre les Etats et l’Union.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

CHAPITRE 2 :

L'Etat acteur de l'atteinte communautaire à la souveraineté puissance

877. Désormais, et face à la souveraineté, les positionnements des Etats et de l'Union sont toujours complexes et paradoxaux, entre empiétement, défiance et maintien des positions. Les arbitrages sont parfois épineux et pas toujours clairement définis au point que les Nations sont désormais situées au centre de ces arbitrages.

878. Le concept de souveraineté subit l'influence de la construction européenne. Le terme « subi » n'est d'ailleurs pas forcément le plus approprié tant les Etats participent finalement eux-mêmes aux dessaisissements de leurs compétences. (Section 1).

879. L'Etat n'est finalement aujourd'hui encore souverain que parce qu'il arrive parfois que les gouvernements nationaux aient la tentation de continuer à protéger l'Etat, mais aussi et surtout parce que les instances communautaires gardent encore une certaine déférence à l'égard des Etats qui empêche toute rupture dans l'attribution de la souveraineté. L'absence de concurrent conduit largement au maintien de l'Etat et de son pouvoir (Section 2).

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Section 1 : La participation des instances politiques nationales au morcellement de la souveraineté de l'Etat

880. Dans l'histoire récente de l'Union européenne, le processus de dessaisissement des Etats semble connaître une ambivalence majeure entre accélération et sursaut de souveraineté. Sur ce point, les enjeux du Traité portant constitution pour l'Europe et ceux du Traité de Lisbonne marquent une fracture entre les Etats et les Nations, entre identité nationale et construction communautaire, entre nécessité politique et revendications souveraines. L'évolution historique de l'Union et les élargissements révèlent également cette fracture et marquent une modification de la vision de la souveraineté de l'Etat.

§ 1. L'épisode du Traité portant constitution pour l'Europe : un renonciation des Etats, une résistance des Nations.

881. Paradoxalement, l'Etat contribue lui-même à l'affaiblissement de sa souveraineté, puisque les gouvernants, poussés par des nécessités tant économiques que militaires contribuent à faire de l'Union européenne un concurrent direct de l'Etat. Le projet de constitution pour l'Union témoigne de cette volonté des gouvernants de créer une Europe à vocation supranationale et intégrée.

882. Le Traité portant constitution pour l'Union comportait une vision intégrative de l'Europe, et avait pour mission de trouver des solutions à deux difficultés essentielles : la première relèvait de l'incapacité des Etats à régler des enjeux économiques et sociaux devenus internationaux et trop complexes à l'échelle de l'Etat ; la seconde relevait de l'impasse institutionnelle dans laquelle se trouvait l'Union.

883. Les Etats ont donc négocié ce nouveau traité sans réellement prendre en compte les conséquences futures sur la souveraineté. L'objectif était de mutualiser les moyens dans des domaines où l'Etat avait des difficultés à conserver la maîtrise de son avenir et également d'éviter à l'Union de sombrer dans une impasse. Lors de la convention réunie pour créer le texte du futur Traité portant constitution pour l'Union, les Etats ont accepté, après de nombreux compromis, de retenir un texte manifestant un degré supplémentaire d'atteinte à la souveraineté[856].

[856] Ainsi la convention européenne, chargée de rédiger le traité était composée de 15 membres de chaque Etat représentant le gouvernement, 30 membres de chaque Etat représentant le Parlement. Cette convention s'est réunie pendant 17 mois de mars 2002 à juin 2003.

884. En se mettant d'accord sur ce Traité portant constitution pour l'Union, les Etats scellaient une conception désormais non absolue de la souveraineté en acceptant de manière tacite le partage des compétences.
En effet, ce traité comportait des aspects qui étaient de nature à mettre en cause la souveraineté des Etats : l'usage de la notion de Constitution, l'inclusion de la charte des droits fondamentaux[857], l'extension de la majorité qualifiée, l'extension des compétences de l'Union que nous avons déjà évoquée précédemment, la reprise des principes de primauté, la représentation…

885. Par ce traité, les Etats avaient renoncé à lutter contre une forme de partage de souveraineté qui est devenu le fil conducteur de la construction européenne. L'utilisation du terme Constitution, était déjà un indicateur de cette volonté de partage de la souveraineté, même si ce terme n'était pas toujours approprié à la situation de l'Union[858]. D'autres éléments de ce texte manifestaient également cette démission des Etats à l'égard du partage de la souveraineté et probablement une forme d'acceptation : c'était notamment le cas de l'augmentation des compétences déjà confiées à l'Union[859], ainsi que l'extension du vote à la majorité qualifiée[860].

886. Le Traité portant constitution pour l'Union limitait l'étendue de la souveraineté des Etats, notamment par l'article I 6 du traité qui entendait consacrer une certaine suprématie de l'Union, en reprenant de manière officielle la jurisprudence de la CJUE. En effet, cet article conduisait naturellement à l'idée que « la Constitution » de l'Union devait primer sur toutes les Constitutions nationales. En consacrant cet article dans le traité, les Etats avaient finalement renoncé à défendre une conception absolue de leur souveraineté, et acceptaient déjà qu'il existe un pouvoir juridique au dessus d'eux.
Certains auteurs ont nuancé l'incidence de l'article I 6 et l'interprétation de cet article a posé difficulté en doctrine. En effet, certains auteurs ont considéré que, combinée avec d'autres

[857] Cette inclusion pose d'ailleurs la question de la conciliation de cette charte avec le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour une étude sur cette question, voir J.-D. Mouton, *L'évolution de l'Union européenne, quelles perspectives pour ses relations avec l'autre Europe ?* RDP 2008, n° 3, pp. 754 et suiv. Voir également P.-H. Imbert, *de l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH*, revue droits fondamentaux, n°2, p. 11. Il faut également renvoyer à l'article 6 TUE issu du Traité de Lisbonne, qui donne les nouvelles règles en la matière, avec l'adhésion programmée de l'Union à la Convention européenne des droits de l'Homme. Le lien entre la charte des droits fondamentaux et le droit de la convention va connaître des évolutions.

[858] Nous développerons cette question dans le chapitre 3 de ce titre, lorsqu'il s'agira de traiter et d'envisager l'existence ou non d'une souveraineté de l'Union.

[859] Voir nos développements sur les compétences partagées, exclusives et subsidiaires (n° 821 à 826), ainsi que sur les politiques communautaires et les piliers (n° 834 à 858). Le Traité portant constitution n'aurait qu'accentué les avancées sur tous ces points.

[860] Sur ce point, la clause passerelle générale insérée à l'article IV 444 était particulièrement de nature à étendre les domaines de majorité qualifiée même si les Etats pouvaient s'opposer à son utilisation.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

articles, l'existence de cette primauté renforcée ne signifiait pas pour autant abandon de la souveraineté des Etats[861] . D'autres au contraire estimaient qu'il y avait là une règle juridique capable de dessaisir l'Etat de sa souveraineté. En tout état de cause, il n'en restait pas moins que la notion antinomique de souveraineté partagée était donc ainsi admise par les Etats.

887. Il faut rappeler d'ailleurs ici que l'abandon supplémentaire de souveraineté, imposé par le Traité portant constitution pour l'Union, avait été relevé en partie par le Conseil constitutionnel en droit français, puisqu'il indiquait dans sa décision du 19 novembre 2004 qu'une modification de la Constitution française était nécessaire pour que le traité puisse s'appliquer[862], en raison des nouveaux transferts de souveraineté qui y étaient prévus.

888. Le texte comportait donc des incidences sur la souveraineté des Etats qui l'avaient pourtant accepté pour des raisons propres à chacun. Beaucoup de compromis ont été nécessaires mais les Etats ont finalement tous signés le traité le 29 octobre 2004 à Rome. Si les Etats ont renoncé à leur pleine souveraineté et ont accepté un pouvoir partagé, il n'en est pas allé de même des Nations qui n'ont pas renoncé à leur souveraineté et ont gardé une certaine réserve, entre rôle de l'Etat et place de l'Union.

889. Pour que ce texte puisse s'appliquer la ratification par tous les Etats membres devait intervenir. La plupart des Etats avaient choisis de faire ratifier le Traité portant constitution pour l'Union par la voie parlementaire, évitant ainsi que la Nation, par la voie référendaire ne puisse exprimer sa position sur les transferts de compétences, de souveraineté et sur les fonctionnements de l'Union[863].
Les parlements nationaux à qui le texte a été soumis l'ont tous ratifiés, montrant ainsi une volonté des Etats de prendre en compte la construction de l'Union et l'extension de son champ de compétences, avec un passage à une forme de souveraineté partagée. Cependant, l'acceptation de ce processus a été freiné par l'usage du référendum et le refus de certaines Nations d'entériner le Traité portant constitution pour l'Europe.

890. L'épisode des référendums négatifs en France et aux Pays Bas est particulièrement édifiant sur les volontés de résistance des souverainetés nationales, contrairement aux souverainetés des Etats. Les Etats membres de l'Union avaient la conviction que le Traité

[861] Voir en ce sens l'analyse de P. Cassia sur les réflexions doctrinales à propos de cet article I 6, in *l'article I 6 du Traité établissant une constitution pour l'Europe, et la hiérarchie des normes*, Revue Europe décembre 2004, pp. 6 et suiv. Voir également D. Chamussy, *le traité constitutionnel face à la constitution française,* les cahiers du Conseil constitutionnel, 2005, n° 18, pp. 169 et suiv.

[862] Voir la décision n° 2004-505 DC, du 19 novembre 2004 relative au Traité portant constitution pour l'Europe. Le Conseil constitutionnel évoque notamment le caractère insuffisant de la subsidiarité, le passage fréquent au vote à la majorité qualifiée, et la fonction décisionnelle du parlement européen.

[863] Pour une liste exhaustive des dates de ratification parlementaire par les Etats ayant choisis cette voie, voir H. Oberdorff, *« le Traité de Lisbonne, une sortie de crise pour l'UE ou plus ? »* RDP 2008, n° 3, p. 775.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

portant constitution pour l'Union avait un grand avenir[864] mais c'était probablement sans compter sur la réaction des Nations françaises et Néerlandaises, qui par référendums, ont décidé de rejeter ce traité[865], sans forcément d'ailleurs avoir une conscience réelle de défendre une certaine conception doctrinale de la souveraineté.

891. Les causes de ce rejet ont été longuement débattues et discutées. Les enjeux de ce traité étaient conséquents. En France, ils ont parfois été occultés par des préoccupations d'ordre interne et par l'idée diffuse que l'Europe est responsable de toutes les difficultés que peut traverser la France. Cependant, et outre le débat français qui évoquait une réaction des français contre leurs dirigeants nationaux et contre le libéralisme trop poussé de l'Union, il existe probablement des causes juridiques et institutionnelles qui déterminent un tel vote, sans que d'ailleurs la Nation française ait vraiment conscience d'avoir fait œuvre de résistance.

892. La globalisation, et le développement de l'Union qui conduit inévitablement à un changement des régimes nationaux effraient paradoxalement davantage les Nations que les Etats[866]. Ces deux phénomènes expliquent probablement également le non français, même si ces causes n'ont pas été envisagées.

893. Un troisième facteur a également pu jouer et peut être interprété comme une réaction inconsciente de la Nation face à la construction européenne. En effet, à tort ou à raison, les citoyens ont le sentiment d'avoir été systématiquement écartés du processus de construction européenne[867].
Cette tendance d'ailleurs toujours affirmée, conduit jusqu'à présent à ne donner aucune part à la Nation dans le processus de construction européenne. La seule occasion d'expression nationale sur la construction européenne se produit lors des référendums, le dernier ayant été instrumentalisé pour manifester un écart entre la volonté des Etats de renforcer le partage de souveraineté et celle des Nations encore hésitantes à l'égard de l'Union.

894. Le rejet du traité lors du référendum est difficile à interpréter mais il a du être pris en compte pour envisager l'avenir de la construction européenne[868], d'autant qu'il a eu également

[864] Il faut rappeler que ce traité était issu d'une réflexion large produite par des partenaires très divers, avec un panel élargi de représentants de chaque Etat, des institutions, mais aussi des représentants de la société civile ou d'entreprises européennes.

[865] Référendum du 29 mai 2005 en France où le non l'a emporté à 54,67 % des suffrages exprimés et du 1er juin 2005 aux Pays Bas où le non l'a emporté à 61,6 % des suffrages exprimés.

[866] Alors même que ces derniers ont beaucoup plus à perdre dans leur souveraineté que les Nations.

[867] Rappelons ici que la construction européenne souffre d'une image pas toujours très positive auprès des citoyens qui ont le sentiment d'une Europe lointaine, éloignée de leurs préoccupations quotidiennes.

[868] Voir P. Magnette, *Au nom des peuples, le malentendu constitutionnel européen*, édition cerf 2006.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

pour effet concret et presque immédiat de conduire certains Etats à stopper le processus de ratification, faisant valoir une forme de refus indirect[869].

895. Suivant leur attachement à la construction européenne, les auteurs sont restés partagés quant à l'interprétation possible de ces référendums. Ils se sont surtout interrogés sur le devenir de l'Europe et sur la forme juridique qu'elle pouvait prendre compte tenu du rejet du traité portant constitution. À l'issue de ces référendums, les incertitudes ont pesé quant à l'avenir de l'Union européenne[870].

896. Trois schémas ont été envisagés notamment par C. Zorgbibe, celui de l'Europe confédération, celui du monstre institutionnel tel un nouveau saint empire[871] et celui de la refondation de l'Europe politique par une nouvelle réflexion des Etats fondateurs[872]. Certains ont pu indiquer que l'Union politique n'était pas remise en cause, mais qu'elle allait simplement être retardée et axée sur d'autres Etats que le couple Franco Allemand[873]. D'autres auteurs plus nuancés ont craint un réel retour des conceptions nationalistes et donc un repli sur l'Etat Nation ainsi qu'un coup d'arrêt à la construction politique de l'Union européenne en apportant toutefois des solutions pour relancer l'Union[874].

897. Les réactions nationales face au Traité ne conduisent pas pour autant à un retour en arrière, et à une affirmation renouvelée de l'existence d'une souveraineté étatique absolue. Tout au plus peut-on dire que la souveraineté nationale n'accepte pas encore totalement la disparition du rôle de l'Etat au profit des communautés européennes. Si les modalités d'exercice de la souveraineté juridique, définies par les traités antérieurs, semblent ne pas être affectées par ce refus, il en va différemment de la souveraineté politique, l'approfondissement de l'Union n'ayant pu se réaliser.

898. Face à cette situation, et en l'absence de « plan B »[875], le Traité portant constitution pour l'Europe a été enterré mais les Etats ont cherché à sortir de cette crise et à relancer le

[869] C'est notamment la position qui a été adoptée par le Royaume Uni, la Pologne et la République Tchèque qui ont décidé de stopper le processus de ratification prévu dans leur pays, en annonçant que des renégociations paraissaient effectivement nécessaires.

[870] Voir par exemple les ouvrages de R. Dehousse, *la fin de l'Europe*, édition Flammarion, 2005 et P. Moreau Defarges, *Où va l'Europe ?* Édition Eyrolles, 2006.

[871] Sur cette qualification de monstre juridique issue du Traité, voir D. Rousseau, *le traité constitutionnel* in le Monde, 22 octobre 2002, et G. Verthofstad, *Les Etats-Unis d'europe,* édition Luc Piris, 2006.

[872] Voir la chronique de C. Zorgbibe, *quel avenir pour l'Union européenne*, revue politique et parlementaire 2005, n° 1036, pp. 138 et suiv.

[873] Voir en ce sens, R. Dehousse, *les fausses conséquences du référendum,* revue politique et parlementaire 2005, n° 1036, pp. 132 et suiv.

[874] Voir P. Herzog, *après le référendum, relancer une dynamique d'Union politique,* in revue du marché commun et de l'UE, juillet août 2005, n° 490, pp. 424 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

processus d'intégration, toujours pour des questions d'utilitarisme de la construction communautaire. Les autorités étatiques, françaises en tête, ont ainsi contribué à relancer le processus de traité européen et par là même, la poursuite officielle du partage de souveraineté entre l'Union et les Etats membres.

899. Les premiers rapprochements ont lieu sous la présidence britannique[876], mais c'est surtout lors de la présidence allemande, que les Etats ont commencé à faire émerger l'idée d'un nouveau traité, qui avait une mission particulièrement délicate qui consistait à concilier des points de vue forts différents, allant du fédéralisme au souverainisme.

900. Dans la déclaration de Berlin du 25 mars 2007, les Etats membres ont fixé de nouvelles échéances en affirmant la volonté de partager l'objectif d'asseoir l'Union européenne sur des bases communes rénovées d'ici l'élection du Parlement européen en 2009. Les Etats membres étaient en effet confrontés à une nécessité juridique. L'Union avait besoin d'une rénovation de son système institutionnel et décisionnel, qui tiendrait compte de la difficulté des citoyens européens à accepter une forme d'union politique.

901. En juin 2007, le Conseil européen reprend les méthodes traditionnelles et décide de convoquer une conférence intergouvernementale pour permettre l'adoption rapide d'un traité modificatif sur le fonctionnement de l'Union[877]. Il fixe un mandat à cette conférence intergouvernementale en lui demandant de reprendre les dispositions des précédents traités pour permettre de relancer le processus d'intégration de la construction européenne[878].

902. Les organes représentants les Etats n'avaient donc pas dit leur dernier mot et reprenant à leur compte la méthode désormais parfaitement aboutie de l'intégration par étapes successives, ils ont finalement décidé de remettre en œuvre un traité modificatif qui conduira au futur Traité de Lisbonne[879].

§ 2. L'épisode du Traité de Lisbonne et la poursuite de la contradiction Etat/ Nation

[875] Pour reprendre un terme souvent utilisé lors de la campagne référendaire en France. Voir également J.-P. Jacqué, *du traité constitutionnel au traité de Lisbonne*, RDP 2008, n° 3, p. 822.

[876] Première réunion de travail informelle entre les chefs d'Etat à Hampton, le 27 octobre 2005.

[877] Conseil européen des 21 et 22 juin 2007.

[878] Pour un historique général de la genèse de ce Traité de Lisbonne, voir par exemple, A. Rigaux, *l'écriture du traité : le discours de la méthode,* revue Europe, juillet 2008, pp. 27 et suiv.

[879] Ce traité doit beaucoup à la persévérance de la présidence allemande pour sortir de la crise ainsi qu'à l'idée française de traité simplifié ou mini traité. Voir discours de N. Sarkozy, Bruxelles, 8 septembre 2006.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

903. Poussés par la nécessité, les Etats européens n'ont pas désarmé pour confirmer leur volonté de faire de l'Union une personne juridique à part entière. Le Traité de Lisbonne a été conçu à cette fin, un traité constitutionnel qui ne dit pas son nom et qui a pour objectif de faire passer des articles déjà présents dans le texte constitutionnel mais peut-être trop visibles.

904. Par bien des aspects, le Traité de Lisbonne, signé le 17 décembre 2007, est une preuve de la volonté des Etats de passer outre les Nations et d'accepter un exercice partagé ou en commun de la souveraineté.
Ce traité reprend en effet la plupart des dispositions institutionnelles et matérielles présentes dans ce Traité portant constitution pour l'Europe[880] mais fait disparaître tous les éléments antérieurement présents dans ce traité et qui affichaient clairement cette ambition constitutionnelle[881]. En effet, le Traité de Lisbonne est un catalogue d'amendements à la fois au traité CE et au traité UE, dont l'ordre est totalement dispersé.
Avec le Traité de Lisbonne, les Etats ont finalement trouvé la parade contre les revendications nationales pour faire avancer le processus d'intégration européenne comme l'avait souhaité la convention en établissant le Traité portant constitution pour l'Europe[882].

905. Le Traité consacre une forme d'autonomisation de l'Union à l'égard des Etats, sur laquelle nous reviendrons quand il s'agira de préciser si l'Union a une personnalité et une souveraineté propre. Le Traité réaffirme les objectifs et les valeurs de l'Union, et poursuit surtout l'extension des compétences de l'Union européenne. Sur cette question, les mécanismes évoqués précédemment quant à l'accentuation de la distribution des compétences au profit de l'Union sont largement utilisés dans le cadre du Traité de Lisbonne.

906. On note notamment une extension du domaine de compétences exclusives de l'Union ; le transfert de compétences prévu dans le traité ne s'effectuant d'ailleurs qu'au profit de l'Union car à aucun moment, le domaine de compétences des Etats membres n'est étendu[883]. On note également une méconnaissance du principe d'autonomie puisque les Etats sont toujours

[880] Ainsi, le Traité de Lisbonne reprend plusieurs points essentiels du traité constitutionnel. Par exemple, dans l'article 47 du Traité de Lisbonne, l'Union se substitue aux communautés et acquiert la personnalité juridique. De plus, la charte des droits fondamentaux est reprise dans une annexe à laquelle le Traité fait directement référence, ce qui revient à dire que ce droit est désormais directement applicable (article 6 TUE). Le principe de primauté enfin est lui aussi repris même s'il l'est moins officiellement, notamment dans une déclaration 17 annexé au Traité de Lisbonne.

[881] Exit la devise, l'hymne et le drapeau qui symbolisent de manière trop ostensible le fédéralisme et le désir d'une nouvelle constitution pour l'Europe. Voir H. Oberdorff, *« le traité de Lisbonne, une sortie de crise pour l'UE ou plus ? »* RDP 2008, n° 3, p. 775.

[882] Le président de la convention, M. Giscard D'Estaing dira d'ailleurs du Traité de Lisbonne : *« les dispositions institutionnelles du Traité constitutionnel se retrouvent intégralement dans le Traité de Lisbonne mais dans un ordre différent, et insérées dans les traités antérieurs ».* In le Monde 26 octobre 2007.

[883] Le Traité de Lisbonne fait en cela une place importante au principe d'attribution puisque l'Union possède avec ce traité une compétence générale, à titre exclusif.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

soumis à l'ordre supérieur de l'interprétation de la Cour de justice, y compris dans des domaines qui sont sensés leur être réservés[884]. Enfin, on note que dans la droite ligne du Traité portant constitution pour l'Europe, le Traité de Lisbonne comporte des dispositions qui transforment des compétences subsidiaires en compétences partagées[885], renforçant ainsi l'idée d'une souveraineté partagée[886].

907. La souveraineté partagée semble acceptée par les Etats au travers du Traité de Lisbonne dans la mesure ou, dans des domaines pourtant régaliens et souverains par nature, l'Etat accepte de confier à l'Union certaines prérogatives. Ce traité peut donner à l'Union l'occasion de coordonner les politiques nationales, notamment dans le domaine de la sécurité, de la justice, de l'immigration.

908. Ces possibilités de partage de la souveraineté pourront conduire, suivant l'étendue de la volonté d'agir de l'Union, à un dessaisissement total ou partiel des compétences des Etats et donc à une modification de l'exercice de la souveraineté, tant juridique que politique. Les clauses passerelles ne font d'ailleurs qu'amplifier cette capacité de l'Union à s'ingérer dans les choix politiques pris par les Etats membres.

909. L'exemple des clauses passerelles, qui sont multiples dans le Traité de Lisbonne, est particulièrement révélateur, on citera pour exemple, le domaine du droit pénal[887], du droit de la famille, de la réalisation du marché intérieur[888]. Par ces clauses passerelles, le Traité de Lisbonne ne fait en réalité pas œuvre de création mais reprend une pratique de la CJUE, qui on l'a dit, favorise systématiquement le développement du champ d'action de l'Union.

910. D'autres éléments de ce traité pourraient être évoqués pour marquer l'acceptation par les Etats, du partage de la souveraineté, voire de l'exercice par l'Union seule, de prérogatives de souveraineté.
Ainsi, dans ce traité, l'espace de sécurité et de justice n'est plus un pilier mais est effectivement communautarisé avec un champ élargi de coopération en matière civile et

[884] La primauté ayant vocation à s'appliquer de manière systématique, les Etats perdent peu à peu leur autonomie à l'égard de l'Union. (Voir la déclaration n° 17 dans le Traité de Lisbonne).

[885] L'Union peut en effet intervenir de manière élargie dans le cadre de ses compétences dès lors notamment qu'elle peut invoquer l'accomplissement des objectifs qui lui sont assignés par les Traités. Voir l'article de V. Michel, *« les compétences : les mots, les choses »,* revue Europe juillet 2008, pp. 43 et suiv.

[886] Voir en ce sens l'article 2 TFUE qui rappelle le pouvoir d'action des Etats membres, dans le cadre des compétences partagées. Les Etats membres n'exercent leur compétence que dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Ils peuvent également l'exercer à nouveau si et seulement si l'Union a cessé d'exercer la sienne.

[887] Les Etats peuvent adopter la majorité qualifiée en fonction de l'évolution de la criminalité.

[888] L'Union est bien évidemment compétente pour prendre toute mesure nécessaire au maintien de ce marché.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

pénale ainsi qu'Eurojust et Europol. Le traité prévoit également la mise en place progressive d'un système intégré de gestion des frontières[889]. D'ailleurs, dans ces matières, il est également prévu que soit mis en place le vote à la majorité qualifiée et non plus à l'unanimité ce qui tend à démontrer que la compétence souveraine des Etats s'en trouve réduite[890]. Ce vote à la majorité qualifiée a d'ailleurs une vocation extensive puisqu'il doit s'étendre à d'autres matières au fur et à mesure de l'application du traité dans le temps[891].
De même, l'extension des compétences externes de l'Union dans le dernier traité offre l'occasion d'illustrer s'il le fallait la renonciation des Etats à leur souveraineté. Il faut notamment indiquer que les nouvelles institutions prévues dans ce traité, telles le haut représentant et la présidence stable de l'Union, seront de nature à donner « un visage » à l'Union sur la scène internationale.

911. Le Traité de Lisbonne est un nouveau pas vers la consécration du rôle de l'Union sur la scène internationale. L'objectif donné à l'Union dans la rédaction modifiée de l'article 3 §5 TUE est particulièrement élargi puisqu'il dispose : *« dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens ».* Une telle rédaction sonne comme une forme de déclaration d'entrée d'un nouvel Etat sur la scène internationale. De même l'article 2 §5 fixe un objectif général qui permettra à l'Union d'étendre sa compétence internationale, qui restait avant ce traité majoritairement de la compétence des Etats membres[892].

912. Le Traité de Lisbonne donne un potentiel à l'Union pour s'affirmer sur la scène internationale en lieu et place des Etats[893]. Avec ce traité, et pour réaliser les objectifs qui lui sont assignés, l'Union peut conclure des accords internationaux en son nom propre. Elle dispose également d'une représentation sur la scène internationale par le biais de son haut représentant pour les affaires étrangères et la politique de sécurité. Elle dispose enfin d'une possibilité juridique de mettre en œuvre une politique de défense commune qui traduit la transformation de l'exercice des souverainetés au profit de l'Union[894].

[889] Sur ces éléments, voir J. Dutheil de la Rochère, *le Traité de Lisbonne*, la documentation Française, regards sur l'actualité juillet 2008, n° 342, pp. 59 et suiv.

[890] Voir H. Labayle, *« l'espace de liberté, sécurité et justice, la nouvelle frontière ? »* revue Europe juillet 2008, pp. 58 et suiv.

[891] Voir J.-L. Sauron, *comprendre le Traité de Lisbonne*, gualino éditeur, p. 70 et 71.

[892] Cet article dispose en effet que l'Union contribue à la paix, à la sécurité, au développement durable de la planète, à la solidarité, au respect mutuel entre les peuples, au commerce libre et équitable, à l'élimination de la pauvreté, à la protection des droits de l'homme, ainsi qu'au strict respect et au développement du droit international.

[893] C'est en ce sens que M. Clapié écrit que *« l'Union devient un acteur international appelé à se substituer aux Etats membres dans le concert des Nations ».* In O. Gohin et A. Pécheul (dir), *la nouvelle Union européenne, approches critiques de la Constitution européenne*, F.-X De Guibert 2005, p. 117-127.

[894] Voir P. Maddalon, *l'action extérieure de l'UE,* revue Europe, juillet 2008, pp. 61 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

913. Avec le Traité de Lisbonne, l'Union peut progressivement avoir les moyens de s'assumer sur la scène internationale comme l'égale des Etats, pour peu qu'elle le souhaite. Toutefois, le Traité de Lisbonne a également connu des débuts difficiles en raison du rejet du texte par l'Irlande. En effet, l'Irlande a offert à la Nation l'opportunité de se prononcer par référendum sur ce Traité puisque sa Constitution l'exigeait.
Le non irlandais du 12 juin 2008[895], comme les précédents, est difficile à interpréter, car probablement trop amalgamé dans des intérêts nationaux. Il reste cependant l'une des manifestations de la réaction indirecte des Nations à l'égard de l'Union, et marque un coup d'arrêt temporaire à l'accentuation du partage de la souveraineté.

914. A l'issue de ce « non », plusieurs hypothèses étaient envisageables, la ratification à la majorité des Etats, un nouveau vote de l'Irlande dans un an, ou à une adoption partielle du traité[896]. La question de l'avenir de l'Union européenne restait en effet posée, alors que le processus de ratification se poursuivait. Finalement, c'est la seconde option qui a été retenue. A la suite d'un nouveau référendum le 2 octobre 2009, l'Irlande a accepté ce traité, ce qui a réglé définitivement la question de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

915. Un constat s'impose, les Etats paraissent convaincus d'abandonner leur souveraineté, mais les Nations encore attachées à l'identité nationale, et donc en partie hostile à l'évolution que les gouvernants européens souhaitent donner à l'Union, ne sont pas encore prêtes à y renoncer. Cette différence démontre un clivage persistant Etat/Nation qui bouleverse les concepts juridiques habituellement utilisés pour qualifier le pouvoir de l'Etat souverain.
Sur ce point, l'actualité en donne encore une illustration récente puisque les Etats envisagent une modification du Traité de Lisbonne en adoptant la procédure de révision simplifiée, ce qui permettra d'écarter les peuples en évitant tout référendum[897].

916. Au delà, la question de l'élargissement de l'Union donne également une illustration de cette distanciation entre les Nations et les gouvernants pourtant choisis par elles.

[895] L'Irlande a en effet rejeté ce Traité de Lisbonne à 53 % des suffrages exprimés, avec une participation de 53%, ce qui démontre à la fois un rejet mais surtout un désintéressement des citoyens à l'égard de l'Union européenne.

[896] Dans cette hypothèse, il avait été envisagé d'appliquer uniquement le TFUE. En effet, l'organisation de la réforme institutionnelle devenait manifestement urgente compte tenu du caractère inadapté du Traité de Nice à partir de janvier 2009. Voir en ce sens, J.-L. Sauron, *comprendre le traité de Lisbonne,* gualino éditeur, pp. 44 et 45.

[897] Il s'agira ici d'appliquer l'article 48-6 du Traité de Lisbonne, qui prévoit une modification sans recours au référendum, et dont certains auteurs avaient déjà relevés toute l'ambiguïté à l'égard des peuples, lors de l'adoption du traité.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 3. La question de l'élargissement de l'Union, un symptôme du clivage Etat/Nation quant à la souveraineté

917. Les enjeux étant très contradictoires, et l'utilité de l'Union n'étant plus à démontrer, les Etats continuent de ne pas prendre garde à l'opinion des citoyens européens. Les élargissements successifs de l'Union ont été décidés par les gouvernants sans que les citoyens européens participent réellement à la prise de décision[898]. Si les critères d'admission à l'entrée dans l'Union sont assez contraignants[899], ils ne permettent pas aux Nations faisant partie de l'Union de donner leur accord préalable à toute nouvelle adhésion, seuls les gouvernements des Etats membres participent au processus d'intégration d'un nouvel Etat. En effet, le conseil européen statue à l'unanimité des Etats pour accepter la candidature d'un futur membre.

918. Lors des précédents élargissements, et notamment celui réalisé en 2004, l'ensemble des Etats membres était favorable à l'entrée dans l'Union de dix pays. Les Nations européennes n'ont pas été consultées, preuve que l'Union reste encore une œuvre des Etats davantage qu'une œuvre des Nations.

919. Pourtant la question de l'élargissement de l'Europe reste centrale tant elle conditionne l'importance et la qualité de l'exercice de la souveraineté en commun. Elle conditionne également ce que les Nations veulent faire de l'Europe et le rôle qu'elles souhaitent lui donner par rapport aux Etats dans le cadre de l'exercice des compétences internes et externes de souveraineté. Une interrogation est ouverte : peut-on continuer à élargir l'Union, tout en développant l'exercice le plus large possible des compétences étatiques par l'Union[900]. Jusqu'à présent, la démarche des Etats appartenant à l'Union a toujours été : élargir tout en ayant le souci de l'approfondissement, ce qui n'est pas chose aisée.

920. Cette démarche a globalement été comprise par les Nations lors des élargissements successifs en 1972, 1981, 1986, 1995 car l'ensemble des pays intégrés appartenait à l'Europe de l'Ouest, et leur qualité d'Etat appartenant à l'Europe géographique ne pouvait être contestée[901]. L'élargissement récent à 10 pays de l'Est[902] a créé plus de difficultés, car il posait la question du décentrage de l'Europe, ainsi que celle des risques sur la compétitivité

[898] En France par exemple, il n'y a pas eu de débats sur les derniers élargissements de l'Union et notamment l'élargissement aux 10 pays de l'Est. Il n'y a pas davantage eu de référendums sur cette question, les citoyens européens constatant simplement que de nouveaux Etats intégraient l'Union, sur acceptation des gouvernements des Etats membres.

[899] L'Etat candidat à l'entrée dans l'Union doit accepter la totalité de l'acquis communautaire, il doit être gouverné selon les règles de la démocratie représentative. Voir en ce sens l'article 237 du traité CE combiné avec les prescriptions retenues au sommet de Copenhague en avril 1978. (Codification dans le Traité de Lisbonne : article 271 TFUE).

[900] Autrement dit, est-il possible avec une Europe très élargie de créer l'Union voulue par les pères fondateurs et qui serait finalement à terme un Etat fédéral.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

économique des Etats membres. Cette crainte a été relevée en France car ce nouvel élargissement signifiait un déplacement du centre de gravité de l'Europe et un risque de voir la France perdre de son influence dans l'organisation européenne[903]. La question des limites de l'élargissement de l'Union reste un révélateur de cette distanciation Etat/Nation.

921. Les Nations commençaient à douter de l'opportunité de l'élargissement mais n'étant pas consultées lors de la ratification des traités, notamment en France, elles n'ont pu se prononcer sur l'opportunité de l'élargissement. Cette absence de consultation révèle une brèche entre la volonté des gouvernants et celle des Nations qui n'est pas apparue officiellement dans un premier temps. Cette fracture ne semble pas vouloir se réduire et risque de s'amplifier si l'on prend en compte l'entrée future et possible de nouveaux Etats dans l'Union.

922. L'élargissement désormais est en effet conditionné par une problématique qui consiste à savoir où se situent les frontières de l'Europe, et cette problématique est particulièrement mise en avant par les défenseurs de la cause « anti-élargissement » en ce qui concerne le cas de la Turquie. Outre que la question de la nature européenne de la Turquie présente des intérêts historique, juridique et religieux[904], elle pose, au-delà, la question de savoir si les Nations appartenant à l'Union européenne souhaitent prendre le risque d'un transfert de souveraineté alors que des Etats, tels que la Turquie, pourraient être amenés à diriger l'Union.

923. Les enseignements qui pourraient être tirés des réactions des Nations sont contradictoires. Les Nations semblent accepter que l'Etat ne soit plus le seul détenteur de la souveraineté, que l'Union puisse avoir un rôle à jouer. Cependant, elles ne souhaitent pas renoncer à leur souveraineté. Si l'Union doit obtenir les pouvoirs attribués aux Etats, c'est uniquement parce que les souverainetés nationales, mises en commun[905], accepteront de lui

[901] Elargissement de l'Union en 1972 à l'Irlande, le Royaume Uni, et le Danemark ; 1981 à l'Espagne et le Portugal ; 1986 à la Grèce ; 1995 à l'Autriche, la Suède et la Norvège.

[902] Ainsi en 2003, la Pologne, la Slovénie, la Hongrie, Chypre et la République Tchèque ont intégré l'Union. Puis, au 1er mai 2004, d'autres pays ont fait leur entrée : la Lettonie, la Slovaquie, la Lituanie et Malte. En 2007, la Bulgarie, la Roumanie.

[903] C'est d'ailleurs l'analyse qui a été faite par M. K. R. Weinstein, qui indiquait : « *avec une France dominant l'Europe, cette évolution ne constituait pas un problème majeur pour les français, dans la mesure où les vues de Bruxelles étaient proches de la vision française du monde. Mais avec une Europe qui s'élargit, un centre de gravité économique et politique qui se déplace vers l'Est, l'UE n'est plus un instrument que l'on peut diriger de Paris* ». In *l'Europe fille de la France*, journal La croix, 27 mai 2005.

[904] Les débats sur ces questions sont forts nombreux mais n'ont pas trait à la souveraineté, à la nature de l'Union ou à son fonctionnement. Pour des précisions cependant, voir J.-P. Burdy*, « la Turquie est-elle Européenne ? »*, édition Turquoise, 2004. Voir également H. Oberdorff, *l'Union européenne,* collection Europa, PUG, 2007, pp. 106 et suiv.

[905] Ce terme d'ailleurs en dit long sur la contradiction. Comment une véritable souveraineté nationale pourrait être mise en commun si elle entend garder une part d'absolu ?

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

transmettre ces prérogatives. De même, l'élargissement ne peut se faire que si les Nations sont certaines de pouvoir en maîtriser les conséquences.

924. L'exemple français démontre que les Etats n'ont pas encore totalement pris conscience de la méfiance des Nations à l'égard du processus d'élargissement et la crainte d'une perte de contrôle sur l'exercice de la souveraineté. Ainsi, après l'échec du référendum portant constitution pour l'Union, et croyant à tort ou à raison que la question de l'entrée de la Turquie dans l'Europe avait conditionné ce vote, les gouvernants ont choisi de rassurer la Nation en précisant que la Constitution française imposerait le recours au référendum pour toute ratification d'un traité prévoyant l'entrée dans l'Union d'un nouvel Etat.

925. L'engagement était symbolique mais le rapprochement Etat / Gouvernants / Nation n'était que façade. La dernière modification de la Constitution française en date du 23 juillet 2008, met fin à cette volonté définitive et irrévocable de redonner à la Nation une part importante dans le processus décisionnel de l'élargissement
En effet, l'article 88-5 de la Constitution dispose désormais : *« Tout projet de loi autorisant la ratification d'un traité relatif à l'adhésion d'un État à l'Union européenne et aux Communautés européennes est soumis au référendum par le Président de la République.*
Toutefois, par le vote d'une motion adoptée en termes identiques par chaque assemblée à la majorité des trois cinquièmes, le Parlement peut autoriser l'adoption du projet de loi selon la procédure prévue au troisième alinéa de l'article 89. »

926. Cet article démontre toute l'ambivalence du comportement des gouvernants quant à l'attitude à adopter à l'égard des élargissements de l'Union puisque d'un côté, l'Etat affirme que la Nation sera consultée pour tout nouvel élargissement qui aurait été décidé après le 1er juillet 2004, mais de l'autre, l'Etat n'oublie pas de mettre en place une dérogation possible au référendum dans l'hypothèse où adviendrait la nécessité d'écarter la Nation[906].

927. Les échecs successifs de la volonté d'intégration conduisent à affirmer que, le partage de la souveraineté juridique et une répartition au profit de l'Union semble globalement admise tant par l'Etat que par la Nation, il n'en va pas de même pour la souveraineté politique dont l'idée même de partage reste difficile à admettre pour les Nations. En l'état, le morcellement

[906] D'ailleurs en France, les épisodes référendaires défavorables ont probablement incité les gouvernants à une prudence accrue lorsqu'il s'agit de faire participer la Nation à l'élaboration du processus communautaire. De nombreux commentaires ont été effectués sur cet article et conduisent à se demander si l'Etat entend véritablement confier à la Nation un rôle dans la construction européenne. La modification apportée à l'article 88-5 de la Constitution par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 reste une illustration de cette volonté d'écarter la participation directe de la Nation au profit d'un vote du Parlement. En effet, et contrairement à ce qui avait été voté en 2005, le référendum ne sera plus automatique pour approuver ou non une nouvelle adhésion d'un Etat membre. Loi constitutionnelle du 1er mars 2005, n° 2005-204, JO 2 mars 2005, p. 3696 et loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, n° 2008-276, JO 24 juillet 2008, p. 11890.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

de la souveraineté politique ne peut s'analyser qu'en terme de compétences régaliennes et d'évolution de ces dernières.

928. Toutefois la souveraineté reste encore l'apanage de l'Etat et de la Nation. Cela tient à la fois à la réserve de l'Union pour assumer pleinement un rôle de souverain en lieu et place des Etats, à la présence continue des Etats dans les institutions de l'Union, ainsi qu'à l'arbitrage effectué par les Nations.

Section 2 : Le maintien de la souveraineté politique de l'Etat, faute de concurrence

929. En réalité, si les compétences de l'Etat sont maintenues et si l'Etat garde une souveraineté au sens régalien et politique du terme, c'est parce que l'Union peine encore à trouver sa place et sa légitimité, et qu'elle hésite à porter atteinte de manière directe à la souveraineté des Etats.

930. Cette souveraineté politique est maintenue parce que l'Union n'a pas encore les moyens institutionnels démocratiques pour exister en lieu et place des Etats, et que craignant la résurgence des Nations, elle maintient une réserve qui l'empêche de porter atteinte à la souveraineté de l'Etat.
Si l'Etat n'est pas entièrement dépossédé de sa souveraineté, c'est surtout parce que l'Union se refuse à utiliser toutes les prérogatives à sa disposition mais c'est aussi parce que sa structure institutionnelle, emprunte d'interétatisme, ne lui permet pas d'assumer pleinement un rôle de souverain. En effet, l'Union européenne n'empiète que difficilement sur les compétences régaliennes de l'Etat même si elle en a parfois techniquement les pouvoirs. Surtout, dans l'organisation institutionnelle internationale et européenne, l'Etat reste l'acteur central et unique des relations.

§ 1. Le maintien de la souveraineté de l'Etat grâce à l'autolimitation de l'Union

931. Jusqu'à présent, et avant les projets de traités récents, les domaines régaliens symboles de souveraineté ont toujours été préservés[907]. Seul le domaine monétaire avait été transféré, pour des raisons d'ordre pratique et économique comme nous l'avons déjà indiqué dans cet exposé. Les domaines de la police, de la justice, de l'armée, des relations internationales relevaient au mieux d'une coopération entre les Etats membres. L'Union répugnant d'ailleurs

[907] Les Etats ont en effet été conscients que le transfert de compétences dans les domaines régaliens risquait à terme de mettre en cause leur pouvoir souverain de manière absolue et irréversible. En tout état de cause, et pour les quelques matières transférées relevant des piliers 2 et 3, la règle de l'unanimité a toujours dominé afin que les Etats gardent un pouvoir de veto en toute circonstance.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

à prendre à sa charge ces domaines et à empiéter ainsi de manière trop visible sur la souveraineté des Etats.

932. En ce qui concerne les compétences régaliennes internes, il a déjà été indiqué que la coopération en matière de police et de justice avait fait l'objet d'une communautarisation partielle et que dans ce domaine, les Etats n'étaient plus entièrement souverains. Pourtant l'Union n'utilise pas ce pouvoir autant qu'elle le pourrait et notamment parce qu'en la matière, elle reste entièrement dépendante des structures étatiques[908]. La faiblesse opérationnelle de l'Union en matière de police et de justice la contraint à limiter ses prétentions sur la souveraineté, et à accepter que les Etats membres dirigent en partie l'exercice des compétences régaliennes.

933. De même, en matière fiscale, l'Union reste limitée par le principe de l'unanimité qui l'empêche de prétendre à une véritable souveraineté. Le budget de l'Union dépend ainsi de la participation des Etats membres, et des capacités financières que ces derniers souhaitent attribuer à l'Union. L'Union reste dépendante car elle ne bénéficie pas de taxes propres qui lui permettraient de subvenir à ses missions et ses besoins. En ce sens, la souveraineté politique reste celle des Etats puisque l'Union n'a pas le pouvoir de lever l'impôt, prérogative souveraine par excellence[909].

934. En matière de taxes nationales d'ailleurs, les Etats membres restent globalement libres de mettre en œuvre le système fiscal qui leur parait le plus approprié. Le domaine fiscal, qui reste soumis à un vote à l'unanimité des Etats en cas de modification, ne connaît pas de réelles harmonisations. Seule la TVA, pour des raisons de concurrence commerciale et de libre circulation des biens, reste en grande partie fixée par l'Union qui a, par ce biais, une influence non négligeable sur les Etats membres.

935. En comparaison, le transfert de compétence monétaire est parfaitement abouti puisque l'Union dispose d'une organisation opérationnelle qu'est le BCE et qui lui permet de gérer effectivement la compétence monétaire, tant dans les textes que dans la pratique. Ce transfert

[908] Il faut rappeler ici que l'Union ne dispose pas de forces de police spécifiques comme dans un Etat fédéral, et qu'en conséquence, si elle veut adopter une politique de sécurité sur tout le territoire européen, et qu'elle souhaite appliquer des règles communes, elle reste entièrement tributaire de l'application de ses règles par les forces de police des Etats membres. Le même raisonnement pourrait être appliqué en matière judiciaire, l'Union restant dépendante de l'application des normes effectuée par les juges nationaux.

[909] Certes, le budget de l'Union ne repose plus sur des contributions étatiques mais le calcul des ressources propres reste indexé sur le PIB des Etats et finalement, le budget de l'Union est peu important par rapport à celui des Etats membres. À titre d'exemple, le budget de l'Union en 2000 était de 100 milliards d'Euros alors que celui de la France était de 270 milliards d'euros. En 2006, le budget de l'Union s'évaluait à 121,2 milliards d'Euros. En 2009, il était de 133,8 milliards d'euros.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

reste une des seules manifestations d'une véritable dépossession de la souveraineté politique[910].

936. Le domaine militaire illustre en revanche le maintien des compétences régaliennes des Etats et donc une absence de transfert majeur et massif de la souveraineté politique des Etats. En effet, l'autonomie militaire de l'Union toujours été très limitée par rapport aux Etats membres. Avant le Traité portant constitution pour l'Europe, l'Union n'avait pas d'organes militaires propres.
L'autonomie de l'Union restait limitée dans le domaine militaire par rapport aux choix des Etats membres, et notamment par rapport à l'OTAN. L'Union ne pouvait bien évidemment pas remettre en cause les engagements internationaux des Etats membres appartenant à l'OTAN mais elle ne pouvait en faire partie, à supposer même qu'elle ait la personnalité juridique, car elle aurait méconnu la volonté de neutralité de certains Etats[911].
Toutefois, il faut noter que les capacités opérationnelles de l'Union reposent sur des forces multinationales coalisées mais non intégrées, et qui sont mises à la disposition de l'Union sur la base d'un volontariat. L'institution par le Traité constitutionnel de 2004 de comités spécifiques dans ce domaine n'aurait probablement rien changé à la dépendance de l'Union par rapport aux Etats membres[912].

937. La souveraineté de l'Etat doit être partagée mais elle continue d'exister car l'Europe n'a pas la capacité institutionnelle propre pour mettre en œuvre ces compétences de nature régalienne. Ce constat s'établit également sur le plan des compétences externes.

938. Sur ce point, l'autonomie de l'Union à l'égard des Etats membres est également limitée puisque les compétences dans ces matières, et notamment pour la politique étrangère et de sécurité, relèvent d'une manière générale, de la compétence des Etats membres. Il s'agit ici d'apporter une nuance aux propos évoqués dans nos développements sur les politiques communautaires et les piliers[913]. En effet, c'est le conseil européen, et donc les Etats membres qui détermine les orientations générales de la PESC[914], y compris pour les questions ayant des

[910] Il a déjà été indiqué toutes les incidences de cette politique monétaire sur la souveraineté, qui a bien des égards, est le domaine régalien le plus touché par le processus communautaire.

[911] Il faut rappeler ici que certains Etats membres ont souhaité rester neutres à l'égard de l'OTAN et notamment l'Autriche, la Finlande, la Suède. D'autres Etats membres appartenant aux ex pays de l'Est n'ont pas davantage de lien avec l'OTAN et ne souhaitent pas tous en avoir.

[912] Le Traité prévoyait la création d'un comité politique de sécurité (COPS), d'un comité militaire et d'un état major. Cependant, ces comités auraient fonctionné avec les moyens des Etats membres.

[913] La suppression des piliers dans le Traité de Lisbonne ne supprime pas l'importance du Conseil dans la définition des règles applicables.

[914] L'article 22 du Traité de Lisbonne précise en effet que *« 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*

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

incidences militaires ou stratégiques[915]. Le plus souvent, c'est le conseil qui est chargé d'adopter les accords internationaux, la commission n'ayant pas de pouvoir décisionnel en la matière.

939. De plus et en matière de politique étrangère, la mise en œuvre des décisions de l'Union dépend largement des volontés des Etats et des moyens qu'ils mettent à disposition pour appliquer ces décisions. En effet, l'Union doit ensuite utiliser les moyens diplomatiques et militaires des Etats membres pour assurer cette mise en œuvre. L'exemple du conflit Irakien révèle cette incapacité de l'Union à agir pour assurer les décisions prises dès lors qu'un désaccord entre les Etats apparaît[916].

940. Les incidences du Traité de Lisbonne et notamment celles de la nouvelle politique commune de sécurité et de défense (article 42 TUE) sont encore difficiles à déterminer. En effet, la politique européenne de défense reste encore à ses tous premiers balbutiements et elle ne permet pas à l'Union de prétendre à une souveraineté sur ce point. Ainsi, les Etats membres conservent un pouvoir important puisqu'ils détiennent toujours les moyens militaires, mais la mise en œuvre de l'agence européenne de défense pourrait venir contester cette place prépondérante des Etats[917].

Le Traité de Lisbonne apporte des avancées dans ce domaine, notamment avec l'agence de défense[918], mais le transfert de souveraineté n'est pas encore effectué malgré les pressions économiques et mondiales[919].

Le développement d'une politique de défense impliquera, si elle est mise en œuvre à terme, deux axes majeurs, à la fois l'élaboration et l'application d'une stratégie commune de défense,

extérieure de l'Union. ». L'article 24 rappelle également la règle de l'unanimité en matière de politique étrangère.

[915] Rappelons qu'en ce domaine, l'unanimité est toujours la règle, ce qui restait d'ailleurs le cas dans le traité portant constitution pour l'Europe. Articles I 40, I 41, III 300, III 325. Certes le conseil à l'unanimité peut voter un passage à la majorité qualifiée mais il est probable que cette possibilité ne soit pas plus utilisée que par le passé. L'article 22 du Traité de Lisbonne précise en effet : *« le Conseil européen statue à l'unanimité sur recommandation du Conseil ».*

[916] Si l'Union avait décidé d'intervenir en Irak, alors que des Etats membres tels que l'Allemagne, la France ou l'Italie s'y opposait, il est probable que l'Union n'aurait pas eu les moyens militaires d'assumer sa décision. De même, lorsque l'Union a décidé de ne pas intervenir, elle n'a pu contraindre le Royaume Uni à éviter son intervention.

[917] Sur ce point encore, la souveraineté peut s'en trouver largement affaiblie suivant l'utilisation qui sera faite des dispositions du Traité.

[918] Voir les articles 42 à 46 TUE.

[919] La question de la mutualisation des forces militaires reste récurrente tant les coûts de fonctionnement des armées sont élevés et l'évolution technologique importante. Budgétairement, et sans association avec d'autres Etats, il devient difficile pour un Etat de prétendre à une défense sûre, sans alliés de poids.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

et une mise en commun des moyens[920]. Or sur ce point, les avancées du Traité de Lisbonne constituent davantage un potentiel qu'une réalité.

941. Dans ces domaines, l'action de l'Union européenne est aussi plus limitée parce qu'elle ne bénéficie pas, dans la plupart des cas, du soutien habituel de la CJUE puisque le contrôle juridique ne s'effectue pas dans ces matières. Le Parlement européen quant à lui ne peut davantage soutenir l'Union européenne puisqu'il est simplement consulté et n'a pas de voix délibérative[921].

942. Les récents traités apportent davantage de moyens à l'Union pour concurrencer les Etats membres y compris dans des domaines traditionnellement qualifiés de régaliens. Sur le papier, la souveraineté politique jusqu'alors protégée, pourrait donc basculer et être exercée non plus seulement par les Etats mais également par l'Union. Cette dernière pourrait alors tenter d'imposer aux Etats membres une organisation opérationnelle susceptible de lui permettre à terme un exercice plein et entier de la souveraineté au détriment des Etats.

943. Pour autant, et même si le Traité de Lisbonne contient des avancées, il n'est pas certain que l'Union assumera officiellement l'élargissement de ses pouvoirs. En effet, l'attitude des Etats dans le processus d'élaboration du Traité de Lisbonne et cette volonté de retirer au texte tout élément qui aurait pu affirmer son caractère constitutionnel contribue à indiquer que la souveraineté de l'Union n'est pas encore prête à se mettre en place. Concluons que le partage de la souveraineté ne semble pas présenter des difficultés majeures pour les Etats tant qu'il concerne le juridique et dès lors qu'il n'est pas affiché ostensiblement[922].

944. Ce constat permet de dire que dans tous les cas, il y a partage de souveraineté mais ce partage ne s'effectue pas selon les mêmes conditions. Assez paradoxalement, le partage de la souveraineté politique au sens de capacité à maîtriser totalement les compétences régaliennes, s'effectue au profit des Etats membres, contrairement à la souveraineté juridique qui tend de plus en plus à appartenir à l'Union.

[920] Pour un article sur cette question, voir B. Irondelle, *« l'horizon européen de l'armée française »* revue pouvoirs 2008, pp. 125 et suiv.

[921] Avant le Traité de Lisbonne, le Parlement devait ainsi être consulté régulièrement sur les principaux aspects et sur les choix fondamentaux en matière de PESC. Il devait être tenu informé de l'évolution des décisions et pouvait formuler des recommandations mais son rôle s'arrêtait là. Voir les articles qui auraient du s'appliquer dans le traité « constitutionnel » : art. I 40 et I 41. Toutefois, dans le Traité de Lisbonne, des procédures législatives similaires ont vocation à s'appliquer (article 3 et 6 TFUE).

[922] Sur ce point, voir l'article de D. Simon, *« les fondations, l'Europe modeste : symbole, valeur objectifs »,* revue Europe, juillet 2008, pp. 32 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 2. L'Etat, acteur incontournable et central : un pouvoir politique majeur défenseur indirect de la souveraineté politique

945. L'Union répugne également à prendre de manière trop visible l'ascendant sur les Etats car ces derniers restent des acteurs centraux de son évolution et collectivement, conservent la maîtrise des prérogatives confiées à l'Union.

946. Chaque Etat a une place importante dans les institutions de l'Union, qui lui permet de contrôler en partie le processus communautaire, ce qui encore une fois, conduit non pas à un abandon total de souveraineté mais à une forme de souveraineté partagée.

947. Au sein du Parlement européen, chaque Etat a des députés mais la dimension politique du Parlement européen abolie souvent les clivages nationaux, au profit d'une logique de partis pas toujours clairement déterminée, au point que les Etats membres ne peuvent sérieusement compter sur leurs élus européens pour défendre leurs souverainetés.

948. La conception des européens à l'égard du Parlement est parfois négative en raison du caractère lointain et apparemment inutile de l'assemblée notamment parce qu'elle se révèle incapable d'expliquer les enjeux du processus d'élargissement qui reste source d'inquiétude pour les membres de l'Union. C'est en cela que le Parlement européen ne constitue pas un réel appui de l'Union pour déposséder les Etats de leur souveraineté.
Ainsi, l'affaiblissement de la légitimité du Parlement européen est du en partie à la fragilité de sa représentativité, mais il est surtout causé par un désintérêt très profond des citoyens à l'égard de leur assemblée. Le parlement européen ne communique pas sur les questions européennes ou il le fait imparfaitement, ce qui l'éloigne toujours plus des populations des Etats membres.
Si le Parlement européen veut réduire véritablement le déficit démocratique des institutions européennes, il doit d'abord retrouver un contact avec les Européens pour être en mesure de demander une évolution de ses compétences. L'enjeu est alors de trouver de nouveaux moyens pour capter l'attention des européens et leur redonner l'envie de participer à la construction européenne à travers l'assemblée. En s'appuyant davantage sur ses membres, le Parlement européen pourra être en mesure de se rapprocher des citoyens européens puisqu'ils auront accès à une meilleure information sur les activités de l'Union[923].

949. La faiblesse du Parlement européen est aussi l'un des facteurs qui conduit à la limitation des pouvoirs de l'Union par rapport aux Etats, et notamment en raison de l'absence de liens entre les citoyens et le Parlement européen, ce qui fragilise sa légitimité. Tant qu'il restera une

[923] Les députés européens doivent représenter leurs électeurs mais aussi les idées qu'ils souhaitent que l'Union réalise, s'ils veulent porter les intérêts des Nations dans l'Union.

distance légitime entre les citoyens et le Parlement européen, les Nations européennes ne pourront confier leur sort aux députés européens, préférant utiliser le Conseil ou intervenir de manière directe, par référendum, dès que l'occasion leur en est donnée.

950. La structure du Parlement européen ne profite donc ni aux Nations, ni aux Etats qui disposent en revanche d'une marge de manœuvre importante au sein du conseil de l'Europe et du conseil européen. En effet, ce conseil est fondé sur des principes de coopération plutôt que d'intégration, chaque Etat ayant une voix, puisque tous les chefs d'Etat ou de gouvernement y sont présents. Il faut cependant noter que ce conseil européen n'est pourtant pas la panacée car si chaque Etat dispose d'une voix, la décision relève le plus souvent d'arbitrage entre les Etats et seule la légitimité historique ou démographique de chaque Etat permet d'être plus ou moins à son avantage dans ces négociations.

951. Au sein de la commission, chaque Etat dispose de commissaires européens, mais il faut reconnaître que cette dimension étatique est très atténuée puisque la mission des commissaires est d'œuvrer pour l'indépendance de l'Union à l'égard des Etats membres.

952. Le partage de la souveraineté qui paraissait totalement absurde au regard de la définition du concept prend pourtant forme dans la réalité de la construction européenne, sans qu'on sache si on doit toujours qualifier le pouvoir de souverain ou si le pouvoir exercé tant par l'Union que par les Etats doit appeler un nouveau concept[924].
Sans revenir sur la souveraineté compétence qui est clairement partagée entre Union et Etats, il semble que la souveraineté connaisse également sur le plan de son titulaire, et sur le plan de son caractère suprême, un risque de partage dans l'hypothèse où l'Union européenne exploiterait les moyens à sa disposition et où les Nations accepteraient le dessaisissement des Etats.

953. Il apparaît que de plus en plus souvent, il existe une distanciation entre la volonté des citoyens européens et celle qui est retranscrite par les représentants. Nous avons déjà constaté cette distanciation entre les parlements nationaux et les citoyens mais elle existe aussi de manière générale entre les citoyens européens et les institutions de l'Union[925].
Sur le plan européen, les citoyens européens marquent une certaine défiance à l'égard des institutions sensées les représenter. On constate en effet un intérêt peu important pour les

[924] La question de la pertinence d'un concept de souveraineté partagée et la question de savoir si ce pouvoir peut toujours être qualifié de souverain sera évoquée plus loin lorsqu'il s'agira de préciser la nature juridique des pouvoirs de l'Etat aujourd'hui.

[925] Il s'agirait de reprendre ici tout le débat qui anime périodiquement la doctrine sur l'existence ou non d'un déficit démocratique au sein de l'Union. Voir de manière non exhaustive deux références : F. Raynaud, *Europe, citoyens et démocratie*, cahiers français, sept, oct 2000, n° 298, pp. 90 et suiv ; J.-C. Piris *après Maastricht, les institutions communautaires sont-elles plus efficaces, plus démocratiques et plus transparentes ?* RTD Eur. Janv. mars 1994, p. 1.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

élections européennes ainsi qu'une fragilité du lien peuples européens / parlement européen[926].

954. Dans ce contexte de partage, et donc de répartition des pouvoirs souverains, il semble que les Nations soient désormais les seuls arbitres du partage de souveraineté au sein des communautés européennes. S'il devait encore exister une forme d'absolutisme, elle résiderait non plus dans les souverainetés des Etats mais bien davantage dans la souveraineté nationale, garante de la réparation des compétences.

955. Ce qui est certain, c'est que les Nations continuent finalement à maîtriser les compétences souveraines, tant juridiques que politiques davantage que les Etats, ce qui est pour le moins paradoxal puisque ces derniers devraient rester au service de leurs ressortissants. Elles sont finalement les arbitres de la répartition de l'exercice de la souveraineté.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

[926] Voir nos développements, n° 964.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

CHAPITRE 3 :

L'Union européenne : entre organisation internationale et Etat, une souveraineté embryonnaire ?

956. L'influence de l'Union européenne sur la souveraineté de l'Etat et dans une moindre mesure sur la souveraineté nationale reste manifeste. Toutefois, si la conception absolue de la souveraineté ne peut manifestement continuer à perdurer compte tenu de l'évolution de l'Union européenne, il n'en reste pas moins que la particularité du pouvoir de l'Etat, et d'une certaine manière, son pouvoir souverain, qui reste à redéfinir, n'est pas aboli par l'Union.

957. En effet, l'Union européenne ne saurait aujourd'hui être en mesure de faire disparaître l'Etat, en dépit de toutes les incidences qu'elle exerce sur le pouvoir souverain. L'Union européenne reste ainsi à mi-chemin entre l'organisation internationale et l'Etat (Section 1), et les attributs traditionnellement confiés à l'Etat ne se retrouvent pas dans l'Union européenne, notamment en ce qui concerne l'assise déterminante de la Nation (Section 2)

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Section 1 : L'Union : entre organisation internationale et Etat, une structure mal définie

958. Dans l'Union européenne, la structure interétatique est gommée mais elle reste en toile de fond et ce d'autant plus aisément que la nature juridique de l'Union reste imprécise, et que sa personnalité juridique n'a été que très récemment affirmée.

§ 1. La structure interétatique de l'Union : des Etats toujours en toile de fond

959. L'analyse des institutions de l'Union met en évidence une ambivalence juridique qui conduit à constater que l'Union se situe entre l'organisation internationale et l'Etat. Une comparaison des institutions révèle en effet ce double caractère puisque certaines des institutions de l'Union en font une organisation de type étatique, alors que d'autres en font une structure intégrée.

960. Au titre du caractère interétatique, le Conseil européen et le Conseil de l'Union peuvent servir d'exemples, puisque ce sont des organes décisionnels attribuant à chaque Etat une voie délibérative. En effet, ils regroupent les chefs d'Etat ou de gouvernement de chaque Etat membre, de la même manière que dans une organisation internationale classique. Cependant, il faut relever que le Conseil de l'Union démontre déjà un caractère spécifique de la construction européenne puisque chaque Etat n'a pas une voix comme dans toute organisation internationale, mais qu'il existe des pondérations suivant la taille démographique de l'Etat[927].

961. Tout au contraire, des institutions comme la CJUE plaident en faveur d'un caractère intégré de l'Union européenne. La CJUE est ainsi détachée de toute organisation étatique, les juges ont évidemment une nationalité mais celle-ci disparaît derrière la fonction et les Etats n'ont pas chacun un juge.

962. D'autres institutions plaideraient de même en faveur d'une organisation internationale spécifique telle la Commission ou le Parlement européen.

963. La Commission a pour but de mettre en œuvre les projets de l'Union définis par les traités sans s'attacher aux préférences et priorités d'ordre national. Cependant, et malgré son caractère européen, la Commission ne peut entièrement se détacher de toute structure étatique puisqu'il existe, là encore un nombre de commissaires fixés pour chaque Etat, et conventionnellement établis dans les traités successifs. L'article 17 TUE dans sa version

[927] Pour des précisions sur la pondération des voix dont dispose chaque Etat, voir P. Avgeri et M.-P. Magnillat (dir), *enjeux et rouages de l'Europe actuelle, culture et citoyenneté européennes*, édition Foucher, 7ème édition, p. 106 et 107.

Lisbonne précise qu'à compter du 1er novembre 2014, le nombre de commissaires sera des deux tiers du nombre d'Etats membres, sauf si le Conseil européen décide de modifier ce nombre à l'unanimité.

964. De même, le Parlement européen apparaît comme un exemple unique de coopération et d'intégration au sein d'une organisation internationale au concept inconnu jusqu'alors. Cette assemblée représentant les peuples européens joue un rôle central au sein des communautés européennes car elle constitue un lieu privilégié de réflexions et de débats. Cependant, le nombre d'eurodéputés est toujours établi par référence aux Etats membres, ce qui laisse à penser que l'Union ne peut durablement se détacher de la structure étatique qui en fait finalement intrinsèquement partie[928].
Le caractère étatique des institutions est d'ailleurs renforcé par les modalités décisionnelles au sein de l'Union puisque le Parlement européen ne dispose pas du même poids que le Conseil dans le processus décisionnel. En l'état, les pouvoirs donnés au Parlement plaident davantage en faveur d'une organisation internationale classique, d'autant que ce dernier souffre d'un déficit démocratique.
Le modèle communautaire actuel reste encore très loin d'une fédération.
Nul ne sait aujourd'hui si les Etats membres seront un jour en mesure de donner au Parlement européen des pouvoirs d'action renforcés, capables d'organiser une contestation de l'activité du Conseil, et donc des Etats souverains. Cette évolution pourrait cependant avoir des incidences sur la nature juridique de l'Union et sur sa capacité à devenir un Etat souverain.

965. D'autres institutions démontrent encore la volonté de donner à l'Union un caractère intégré. Il en est ainsi du ministre des affaires étrangères, à la fois représentant de la commission puisqu'il est le commissaire chargé des affaires extérieures, et représentant du conseil puisqu'il est le haut représentant à la PESC[929].
Cette mise en œuvre d'une fonction de ministre est une première dans l'Union européenne, qui conduit à donner à l'Union un début de structure étatique, le pouvoir exécutif étant personnalisé et identifié. Cet organe voulu par les rédacteurs de la constitution pour l'Europe a été confirmé dans le Traité de Lisbonne[930], ce qui tend à démontrer que la volonté des gouvernants de donner à l'Union des structures intégrées est toujours présente, malgré les épisodes des référendums négatifs.

[928] Pour des précisions sur le nombre de députés européens, voir P. Avgeri et M.-P. Magnillat (dir), *enjeux et rouages de l'Europe actuelle, culture et citoyenneté européennes*, édition Foucher, 7ème édition, p. 115.

[929] Pour des précisions sur cet organe, voir C. Bluman et L. Dubouis, *droit institutionnel de l'Union européenne*, édition Litec, 2004, p. 216.

[930] Article 18 TUE.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

966. Entre caractère interétatique et caractère intégré, les institutions de l'Union peuvent plaider tantôt pour une superstructure étatique de nature fédérale, tantôt pour une structure internationale classique suivant la part qui est accordée aux Etats membres dans chacune d'elle.

967. Cette dichotomie est confirmée par d'autres éléments qui permettent de dire que l'Union ne peut prétendre être entièrement libérée des choix des Etats. Ainsi, la procédure législative applicable au sein des communautés démontre clairement le rôle collectif des Etats. De même, il faut également noter qu'à l'échelle internationale, l'Union n'est pas reconnue comme un Etat européen mais comme une agrégation d'Etats et par conséquent, tout pouvoir souverain au sens politique du terme lui reste refusé.

968. Cette incapacité à se substituer aux Etats et donc à les déposséder entièrement de leur souveraineté résulte également de sa nature juridique ambiguë qui ne lui permet pas d'être un véritable Etat au sens où la doctrine juridique l'entend habituellement.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 2. L'Union : une nature juridique ambiguë qui l'empêche de se substituer aux Etats

969. L'incapacité de l'Union à se substituer aux Etats résulte d'abord d'une incertitude sur sa personnalité juridique qui parait désormais levée. En effet, la première bataille engagée par l'Union européenne dans sa lutte pour le partage et la prise de la souveraineté est celle de la personnalité juridique.

970. Dans les traités initiaux, seules les communautés disposaient de la personnalité juridique susceptible de leur donner qualité pour légiférer, contracter, lever l'impôt et connaître une existence indépendante sur la scène internationale… La personnalité juridique des communautés européennes présente trois aspects : une capacité juridique dans l'ordre interne des Etats membres, une compétence pour connaître des litiges nés des opérations qu'elles mettent en œuvre et une personnalité juridique d'ordre international[931].

971. L'Union européenne, en tant qu'elle englobe les communautés, était a priori naturellement appelée à disposer de la personnalité juridique mais de manière singulière, le Traité de Maastricht, instituant l'Union, n'a jamais évoqué la question de la personnalité juridique de l'Union, sous aucun de ses aspects.

[931] Ces facettes de la personnalité juridique des communautés européennes leur permettent d'agir comme le ferait toute personne morale de droit public, ce qui ne signifie pas pour autant que les communautés puissent prétendre au statut d'Etat, faute de Nation, et de Constitution.

Cette absence de mention dans les traités devait être entendue comme une absence de personnalité juridique de l'Union distincte de celle des communautés ce qui a d'ailleurs été la position majoritairement adoptée par la doctrine[932]. Le défaut de personnalité juridique imposait à l'Union d'agir uniquement par le biais des communautés et dans le cadre des deuxième et troisième piliers, ce qui pouvait fragiliser son activité dès lors qu'il s'agissait de domaines régaliens soumis à la coopération.
Pourtant des voies détournées ont été trouvées dans certaines matières afin de donner à l'Union la possibilité de contracter. Ainsi, la capacité juridique de l'Union s'est faite jour progressivement par l'utilisation de certains articles du Traité CE qui lui donnait la possibilité de conclure des accords avec les organisations internationales en matière de PESC ou de CJAI[933].

972. Le Traité portant constitution pour l'Europe donnait à l'Union les clefs de la victoire dans sa quête de personnalité juridique puisque l'article I 7 fusionnait les communautés et l'Union et attribuait à cette dernière la personnalité juridique[934]. Cette étape faisait de l'Union une personne morale de droit public qui disposait des attributs pour imposer un droit de négocier des accords… Si ce traité a été laissé de côté, il n'en reste pas moins que le Traité simplifié retient également cette formulation et avec son entrée en vigueur, l'Union a désormais une personnalité juridique pleine et entière[935].

973. Avec l'application du Traité de Lisbonne, la levée du doute sur la personnalité juridique est une étape essentielle pour l'Union vers ses prétentions au fédéralisme. Cette étape n'est pas pour autant déterminante à elle seule puisque, au-delà de la personnalité juridique, la nature juridique de l'Union continue à poser question.

974. Cette question de la nature juridique de l'Union reste un point central pour accepter d'accorder à l'Union un véritable statut de souverain. En doctrine, la question de la nature

[932] Voir en ce sens, A.-D. Pliakos, *la nature juridique de l'Union européenne*, RTD eur. 1993, pp. 187 et suiv. Voir également J. Raux, *la capacité internationale de la communauté et de l'Union européenne*, juris class Europe, fasc. 2200, n° 29.

[933] Il s'agit ici d'évoquer les articles 24 et 38 du Traité d'Amsterdam confirmés par le Traité de Nice et qui donnaient déjà à l'Union les attributs d'une personnalité juridique sur certains domaines indépendamment des communautés européennes. Voir J. Charpentier, *de la personnalité juridique de l'Union européenne*, in Mélanges Peiser, PUF, 1995, pp. 93 et suiv.

[934] Pour des précisions sur l'affirmation de la personnalité juridique de l'Union dans ce traité, voir F.-G. Bertrand, *la personnalité juridique de l'Union, in la nouvelle union européenne*, O. Gohin et A. Pécheul (dir), édition de Guibert, p. 91 et suiv.

[935] Voir V. Constantinesco et I. Petculescu, *la personnalité juridique de l'Union*, in *le traité établissant une constitution pour l'Europe, analyses et commentaires,* presses universitaires de Strasbourg 2005, pp. 65 et suiv. Voir également l'article 47 du TUE.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

juridique de l'Union a toujours fait particulièrement débat tant cette entité juridique, bientôt dotée d'une personnalité juridique propre, fait figure d'objet juridique non identifié.
A l'origine, le débat portait sur une interprétation classique des catégories juridiques existantes, les auteurs essayant de faire entrer l'Union soit dans les organisations internationales, soit dans les structures de type fédéral. Il a d'abord été tenté de démontrer que l'Union était une organisation internationale, mais on l'a vu, cette dernière comportait trop d'éléments qui l'empêchaient d'être qualifiée comme telle[936].

975. Face à la réalité, les auteurs ont été conduits à envisager d'autres formes juridiques telles que le fédéralisme ou la confédération, ce qui avait le mérite de prendre en compte le fonctionnement spécifique de l'Union mais qui en terme de souveraineté, ne correspondait pas à la réalité puisque l'Union ne pouvait s'apparenter à un Etat souverain. Les partisans du fédéralisme ne pouvaient que constater qu'il s'agissait plutôt d'un pré-fédéralisme ou d'un fédéralisme partiel, l'Union n'ayant pas les attributs de l'Etat fédéral[937].
Dans ces conditions, la comparaison avec la confédération a également été invoquée[938], ainsi que la notion nouvelle d'Union d'Etats évoquée initialement dans le plan Fouchet. Cette dernière présente toutefois un caractère intergouvernemental très marqué qui ne colle pas davantage à la réalité institutionnelle de l'Union.

976. Sur bien des aspects, l'Union européenne est une entité sui generis qui, si elle possède certaines caractéristiques de l'Etat, n'en a pas pour autant les caractéristiques essentielles et s'apparente à une organisation internationale[939], ce qui a poussé certains auteurs à indiquer que l'Union appartiendrait à une catégorie juridique entre la confédération d'Etats et l'Etat fédéral[940].

977. Dans la pratique également, la question de la nature juridique de l'Union s'est posée, mais les réponses apportées, tant par le droit que par la jurisprudence, sont beaucoup plus

[936] On peut citer ici de manière non exhaustive : la primauté du droit communautaire, les institutions telles que la CJUE ou la Commission, la répartition non égalitaire des sièges dans ces institutions, l'applicabilité directe, l'extension du vote à la majorité qualifiée, l'élargissement permanent de l'Union…

[937] *« l'Union européenne constitue une union partiellement fédérale ».* Voir en ce sens P. Reuter, *organisations européennes*, PUF, 1965, p. 208 et J.-C Piris*, l'Union européenne : vers une nouvelle forme de fédéralisme,* RTD eur. 2005, p. 243. Nous analyserons d'ailleurs les attributs de l'Union européenne aujourd'hui, à la suite de ce développement (n° 985 et suiv.)

[938] C'est ce qui a posé difficulté car il était d'abord nécessaire d'admettre que la confédération était une forme autonome et spécifique de l'Etat. Or, comme on l'a déjà indiqué, cela n'est pas chose aisée en raison du lien étroit qui existe entre la confédération et la fédération.

[939] Les qualificatifs retenus par les auteurs sont multiples, voir par exemple, C. Leben, *A propos de la nature juridique des communautés européennes »* revue droits, n° 14 p. 60 ; J.-M. Ferry, *« la question de l'Etat européen »,* Gallimard, 2000.

[940] Voir en ce sens, V. Constantinesco, *« Europe fédérale ou fédération d'Etats Nations »,* In *une constitution pour l'Europe* (dir. R. Dehousse), édition presses sciences po, 2002, pp. 115 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

nuancées et plus floues. Les droits nationaux ont tenté d'apporter leur propre réponse à cette question ce qui a notamment été le cas des juges français par exemple, à l'occasion des arrêts rendus sur la primauté du droit communautaire[941].

978. Les textes constitutifs du droit européen sont quant à eux parfaitement muets sur cette nature juridique de l'Union. Le Traité portant constitution pour l'Europe n'était d'ailleurs pas de nature à éclaircir cette problématique puisqu'il comportait à la fois des clauses en faveur de l'intégration et d'autres beaucoup plus nuancées, laissant une grande part aux Etats membres toujours souverains. Le Traité de Lisbonne ne va pas plus avant sur cette question même si la rédaction des articles concernant l'attribution des compétences, se rapproche d'un modèle fédéral.

979. Cette question de la nature juridique peut aussi être analysée au regard des orientations dégagées par la CJUE qui a défini deux théories qui peuvent expliciter la nature juridique de l'Union par rapport à d'autres concepts doctrinaux encore inexistants, sans pour autant apporter une véritable réponse à cette question. La CJUE utilise tout d'abord la notion de spécificité du droit communautaire qui repose sur l'arrêt Van Gend en Loos et l'arrêt Costa[942], qui font du droit communautaire un droit prédominant qui s'impose aux Etats membres, et qui font des communautés et de l'Union une structure autonome à mi chemin entre les concepts juridiques existants.

980. La CJUE utilise ensuite la notion de pouvoir public commun, notamment dans sa délibération relative à l'Euratom n° 1/78, où elle a qualifié la communauté de pouvoir public commun, ce qui a donné lieu à de multiples interprétations[943]. Cette thèse a cependant pour but de rapprocher les communautés européennes d'une structure étatique sans pour autant régler la question de cette nature juridique décidemment bien embarrassante.

981. Devant cette incapacité à faire entrer le processus de construction européenne dans une catégorie juridique connue, le politique a tenté d'intervenir partageant l'échiquier européen entre profédéralisme et souverainisme, ce qui incite la doctrine à se renouveler et à tenter de trouver de nouveaux concepts juridiques capables de traduire le fonctionnement et le développement du processus communautaire.

982. Le caractère ambigu et énigmatique de la nature juridique de l'Union conduit cependant à une certitude quant à la souveraineté. L'Union est incontestablement davantage qu'une

[941] Sur ce point, voir les arrêts de principe déjà cités : arrêt Vabre de la Cour de cassation, Nicolo et Sarran du Conseil d'Etat. (op.cit.).

[942] CJCE 7 février 1963, aff. 26/62 rec. p. 3 et CJCE 15 juillet 1964, aff. 6/64, rec. p. 1141.

[943] Délibération 1/78, du 14 novembre 1978, rec. p. 2178.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

organisation internationale, ce qui implique que les Etats n'ont plus totalement la maîtrise de sa construction et qu'en conséquence, une part de souveraineté est déjà transférée.

983. À ce stade, on constate que l'Union européenne est une organisation très particulière qui dispose de compétences de nature étatique, qui bénéficie d'un partage de souveraineté surtout juridique, et pourtant n'est pas un Etat et n'a pas une pleine souveraineté. L'Union européenne est désormais un pouvoir au milieu des Etats, qui parfois s'impose à eux mais qui reste intimement lié à ces derniers. Ce constat conduit naturellement à se demander si l'Union dispose d'une souveraineté de nature étatique qui pourrait être qualifiée comme telle même si elle n'est qu'embryonnaire.

984. Si l'Union dispose d'une souveraineté de nature étatique, alors elle doit pouvoir justifier qu'elle réunit à son profit les critères de l'Etat, quant à la Nation, aux signes extérieurs de l'Etat, et à la Constitution. Sur tous ces points, l'Union fait face à des fragilités qui conduisent à indiquer que si souveraineté embryonnaire il y a, il n'en reste pas moins que l'Union n'est pas en mesure d'absorber les Etats membres et de devenir elle-même un Etat. Elle n'est donc pas totalement souveraine, puisqu'il lui manque les attributs d'un Etat[944].
Ainsi, et si on reprend les réflexions sur le fédéralisme de R. Carré de Malberg et J. Wilson évoquées précédemment, il ressort que l'Union européenne pour être un Etat fédéral devrait pouvoir s'appuyer sur une Nation, ciment nécessaire d'un nouvel Etat politique.
Or, l'Union européenne n'est pas basée sur une Nation européenne, et elle ne repose pas davantage sur une Constitution et sur un territoire véritablement déterminé, ce qui contribue à l'empêcher de se substituer aux Etats, en obtenant une souveraineté politique.

Section 2 : La fragilité de la souveraineté embryonnaire de l'Union : des attributs étatiques incomplets

985. L'Union ne peut être en mesure de se détacher entièrement des Etats et elle ne peut prétendre les substituer, puisqu'elle n'en a pas tous les attributs. En effet, elle ne repose pas sur une Constitution et sur une Nation.

§ 1. L'Union : un organe loin de l'Etat souverain fondée sur une Nation

[944] C'est en ce sens que J. Combacau et S. Sur indiquaient : *« l'Union européenne se distingue autant de l'organisation internationale classique que d'un super Etat, et tend à aboutir à un type original de société politique qui dépasserait le cadre étatique traditionnel sans toutefois l'absorber ».* In *droit international public*, Montchrestien, 2001, p. 705.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

986. L'Union ne peut prétendre être une structure indépendante et égale des Etats puisqu'elle ne repose pas sur une Nation européenne et qu'en raison de cela, elle ne bénéficie pas de la souveraineté indépendance nécessaire pour prétendre à un exercice plein et entier de la souveraineté. Pour qu'il existe une Nation, il faut que les citoyens aient conscience d'avoir une communauté de valeurs et de destin, elle doit être *un plébiscite de tous les jours, sans cesse renouvelé*[945]. Cette conception de la Nation suppose que cette dernière ne s'impose pas comme une évidence mais se construise au fil du temps, et de la volonté des peuples.

987. Malgré l'existence de la citoyenneté, l'Union européenne ne peut aujourd'hui prétendre reposer sur une véritable Nation européenne, et ce pour plusieurs raisons, qui tiennent à la fois d'une résistance des Nations et d'une impossibilité pour l'Union de remplir réellement les critères d'une Nation.

988. Trop d'éléments permettent encore de dissocier les Nations au sein de l'Union et sont autant d'obstacles à l'émergence réelle et pratique d'une Nation européenne. La barrière de la langue est probablement l'indice le plus significatif de cette différence entre les peuples et de cette absence de Nation européenne. Les différences de cultures constituent un deuxième indice qui a tendance d'ailleurs à prendre de l'importance au gré des élargissements, les nouveaux entrants ayant de moins en moins de points communs tant historiques que culturels avec les premiers Etats membres.

989. Il reste enfin un élément bien gênant pour l'émergence d'une Nation européenne qui relève de l'impossibilité de mettre définitivement de côté le modèle de l'Etat Nation et les visions nationales qui ressurgissent périodiquement dans tous les Etats membres de l'Union[946]. Les Nations, parce qu'elles sont construites depuis longue date ne pourront cesser d'exister aussi rapidement que le processus juridique souhaiterait l'imposer.

990. Il est ainsi un fait que la construction européenne est très récente, un peu plus de cinquante ans, et que la construction d'une Nation exige un partage de valeur commune dans le temps. La Nation européenne ne saurait se construire en si peu de temps, d'autant qu'elle souffre d'un handicap lié à l'existence préalable des Nations européennes, sur lesquelles reposent les Etats membres[947].

[945] Selon l'expression utilisée par E. Renan dans ses réflexions sur la Nation et son origine.

[946] Il faut noter ici que les idées nationales sont d'ailleurs plus ou moins relayées suivant les Etats par des courants de pensée, des partis politiques ou plus rarement par les médias. Rappelons à titre d'exemple que les partis politiques au sein du Parlement européen regroupent des élus de tous les Etats membres mais aucun parti n'a véritablement un projet purement européen, au delà des clivages nationaux.

[947] Par comparaison, la Nation américaine s'est construite alors qu'il n'existait pas réellement de Nation sur le sol américain, et que tout au plus, ce territoire était peuplé d'un agrégat de communautés immigrées, fuyant plus ou moins leur Etat d'origine.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

La Nation européenne n'a pas d'existence pratique et juridique car pour fonder une Nation, il faut une existence commune, une forme de conscience d'avoir un destin commun, or entre les peuples européens, cette idée ne va pas de soi.
Cette communauté de destin fait défaut en raison d'une absence de peuple européen au plan historique, d'une absence d'échange et de mixage des peuples[948], d'une prise en compte assez faible des institutions de l'Union par les citoyens, et d'une absence de mouvements transnationaux…[949]

991. L'Union peine également à développer la citoyenneté européenne qui serait pourtant en facteur de l'émergence d'une Nation européenne. Ainsi, si cette citoyenneté est bien présente, et sans cesse réaffirmée[950], il n'en reste pas moins que les peuples européens n'ont pas réellement conscience à la fois de son existence et de son utilité, chacun étant avant tout citoyen de l'Etat membre auquel il appartient.

992. De plus, l'Union éprouve des difficultés à mettre totalement de côté les crises et conflits violents du passé même si, au fil des ans, cette contrainte se réduit. L'Histoire des peuples européens est commune mais pas toujours vécue de manière identique se qui pose manifestement une difficulté si on veut voir émerger une Nation. Il arrive parfois que les résurgences du passé conduisent naturellement les peuples européens à conserver une part d'altérité qui les empêchent de construire une véritable Nation européenne[951], ce qui est particulièrement vrai pour certains Etats d'Europe centrale[952].

993. Enfin, le caractère technocratique souvent reproché à l'Union ne favorise pas non plus l'émergence d'une Nation européenne. En effet, les institutions pourraient être un vecteur d'émergence de la Nation comme elles l'ont été dans chaque Etat au fil de l'histoire. Or dans le cadre de l'Union, les institutions ne sont pas suffisamment légitimes pour que les peuples

[948] Notamment parce que l'existence de nombreuses langues reste malgré tout un problème pour acclimater les peuples européens en une seule Nation même si des efforts sont faits par les Etats pour favoriser le plurilinguisme.

[949] Il existe peu de lobbying de nature européenne et il n'y a pas de parti politique à dimension réellement européenne, hormis les groupes au Parlement européen. Il est d'ailleurs intéressant de constater qu'il n'existe pas non plus de médias à dimension européenne, ayant vocation à évoquer non plus seulement un Etat-Nation mais l'Europe toute entière. Voir en ce sens, J.-M. Nobre-Correja, *« sauf exception, l'Europe n'est pas une priorité pour les médias européens »,* in *le nouvel état de l'Europe, les idées forces pour comprendre les nouveaux enjeux de l'Union*, édition la découverte, 2004, pp. 42 et suiv.

[950] Voir nos développements sur la citoyenneté européenne et sa conciliation avec les citoyennetés nationales, n° 549 à 554.

[951] Sur cette question, voir par exemple, G. Mink, *« les passés douloureux ou les difficultés à écrire à plusieurs l'histoire européenne »*, in *le nouvel état de l'Europe, les idées forces pour comprendre les nouveaux enjeux de l'Union,* édition la découverte, 2004, pp. 45 et suiv.

[952] La seconde guerre mondiale a laissé, dans ces Etats plus qu'ailleurs, des traces douloureuses qu'il est parfois difficile d'effacer même 60 ans après. L'histoire communiste continue également d'influencer les esprits.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

européens en oublient totalement les institutions nationales et la conscience collective nationale.

994. La Nation européenne ne semble finalement se dessiner qu'en de périodes assez rares où l'Europe se confronte à d'autres puissances et que les citoyens européens ont alors conscience de défendre une certaine idée commune, qui se confronte aux opinions des autres grands Etats, notamment au sein de l'ONU. Mais là encore, la conscience européenne n'est pas générale puisqu'il arrive qu'aucune position commune ne puisse être révélée, y compris dans la confrontation avec d'autres grandes puissances[953].

995. Cette absence de Nation européenne pèse largement sur l'incapacité de l'Union à supplanter les Etats malgré toutes les compétences dont elle dispose désormais et malgré une assise juridique particulièrement solide. Cette incapacité à supplanter les Etats apparaît aussi au regard de l'enracinement des signes distinctifs de l'Union et de la problématique constitutionnelle.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 2. L'attribution partielle d'attributs étatiques à l'Union

996. Dans sa quête vers la souveraineté de nature étatique, l'Union européenne a très tôt tenté de se doter des signes extérieurs de souveraineté comme n'importe quel Etat, un drapeau, un hymne, un territoire. Pourtant dans le contexte européen, ces signes distinctifs ne sont pas réellement de nature à asseoir le pouvoir de l'Union et à changer celle-ci en un Etat souverain. Dans les traités, la référence à des valeurs communes a d'ailleurs toujours posé des interrogations d'ordre juridique mais aussi politique. Les Etats européens ont eu des difficultés à tomber d'accord sur ces signes distinctifs dont certains d'ailleurs ne sont plus vraiment représentatifs de l'Union[954].

997. En ce qui concerne le territoire d'abord, il faut noter que l'espace européen n'est pas encore totalement stabilisé et qu'en tout état de cause, il a connu de nombreux élargissements qui l'ont rendu fluctuant. L'Union est encore en construction et prend en considération de nouveaux territoires, ce qui d'ailleurs fragilise un peu plus les chances de concevoir une Nation européenne fondée sur des valeurs communes.

[953] À titre d'exemple, on peut citer ici les événements qui ont conduit à la guerre en Irak et qui ont divisé l'Europe sur la conduite à tenir, entre les partisans et les opposants à la participation au conflit.

[954] Il est particulièrement polémique d'indiquer sur ce point que le drapeau européen contient toujours 12 étoiles alors que l'Europe compte désormais 27 Etats membres.

998. Les intégrations successives continuent d'ailleurs de poser question auprès des peuples européens notamment sur la légitimité d'intégrer tel ou tel Etat. Au sein de l'Union, les discussions sur les récentes adhésions ont contribué à développer deux axes majeurs relativement contradictoires dont l'un vise à accréditer la thèse d'un renforcement de la démocratie et de la sécurité en Europe, et l'autre, vise au contraire à justifier d'une forme de dilution des valeurs européennes dans un espace géographique de plus en plus large et dont les modes de vie, tant économiques que culturels sont très variés. Comme nous le verrons plus loin, les limites de l'Union et les frontières de cette dernière ne sont pas figées mais sont de plus en plus souvent le prétexte à débats houleux entre les Etats membres[955].

999. Le dernier point qui empêche l'Union de se substituer aux Etats, et non des moindres, est celui de la question constitutionnelle qui est en partie relancée par le processus indirect de constitutionnalisation tenté par la convention et ayant abouti au Traité portant constitution pour l'Europe. Ce texte encore aujourd'hui est utile à la réflexion sur la qualité réelle de l'Union et sur sa possibilité de prétendre à un statut d'Etat à part entière.
Le rejet de ce Traité qui portait le nom de constitution n'a pas pour autant stoppé toute idée de constitutionnaliser la construction européenne. Cette notion de constitution européenne continue de poser question en doctrine, or ce débat est particulièrement important puisque la Constitution est l'un des critères de l'existence de l'Etat, qui peut traduire un véritable transfert de souveraineté au profit de l'Union.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 3. La question de la Constitution européenne, son existence sa nature

1000. Il faut d'abord préciser que la notion de Constitution européenne fait en elle-même difficulté avant même qu'on essaie de discuter sur son existence puisque la Constitution est par nature un acte de droit interne alors que jusqu'à présent, les textes fondateurs de l'Union restent des traités, c'est-à-dire des actes de droit international. Ainsi, la discussion sur l'existence d'une constitution européenne est arrivée très tôt dans la doctrine[956] qui n'a cessé depuis de renouveler ses réflexions sur cette question.

1001. En doctrine, comme dans la pratique politique, la question est bien de savoir si l'Union européenne peut disposer d'une Constitution alors même que cet acte est par nature lié à l'Etat

[955] Nous verrons plus loin que la question de l'intégration turque notamment pose de grandes difficultés, tant sur le plan géographique que politique.

[956] On note déjà en 1964 des réflexions sur ce sujet, alors même que la construction européenne est très récente et qu'elle n'a pas encore la dimension actuelle qui permet de s'interroger sur l'exercice de la souveraineté. Voir M. Waelbroek, *« peut-on parler de droit constitutionnel européen »,* travaux de la faculté de droit de Bruxelles, 1964, II, p. 875.

puisqu'il en définit les principes autant que l'organisation juridique et institutionnelle garantissant la séparation des pouvoirs.

1002. Pour préciser si les textes fondateurs de l'Union peuvent être qualifiés de textes constitutionnels, la doctrine utilise les critères habituels qui permettent de qualifier une Constitution. Il s'agit de savoir si les textes fondateurs précisent le mode d'organisation de l'Union, s'ils garantissent une limitation du pouvoir politique et s'ils mettent en œuvre une conception générale de la société à dimension européenne[957].

1003. La distinction doctrinale effectuée en droit constitutionnel entre Constitution matérielle et Constitution formelle peut recevoir application dans le cas de la construction européenne. En effet, d'un point de vue matériel, l'Union dispose de traités constitutifs qui organisent de manière de plus en plus poussée son fonctionnement ; des traités qui ont un contenu de nature constitutionnelle parce que les Etats membres les ont souhaités comme tels[958]. Ainsi, les traités prévoient l'organisation institutionnelle quotidienne de l'Union, ils organisent la séparation des pouvoirs mais ils précisent surtout les compétences respectives de chacun, ce qui est apparu de plus en plus nettement au fil des traités[959].

1004. D'un point de vue formel, les textes fondateurs de l'Union ne peuvent pas prétendre à la qualité de Constitution parce que leur caractère conventionnel ne serait être négligé. En effet, les traités constitutifs des communautés puis de l'Union ont une nature internationale dans leur processus de rédaction mais également dans leur révision qui impose un accord de tous les Etats ainsi qu'une ratification[960].
Cette absence de Constitution formelle pourrait cependant se régler dans l'avenir avec le développement constant de l'Union et de ses prérogatives. L'idée d'une véritable Constitution, encore trop difficile à accepter pour les peuples européens, pourrait voir le jour et l'épisode du Traité portant constitution pour l'Europe en donnait déjà un premier aperçu.

1005. Ce traité portant constitution pour l'Europe aurait pu avoir un certain caractère de constitution formelle. Tout d'abord, le processus choisi pour élaborer ce texte reposait sur une

[957] Il s'agit ici des critères permettant de définir une Constitution ; critères notamment rappelés par G. Guillermin, *« quelques réflexions sur la notion de constitution européenne »,* mélanges Isaac, 2004, p. 527.

[958] C'est en ce sens que R. Monaco indique que : *« l'acte institutif des communautés revêt la forme d'un pacte mais possède la substance d'une Constitution ».* In « *le caractère constitutionnel des actes institutifs des organisations internationales »* Mélanges Rousseau, pédone, 1974, p. 154.

[959] C'est en ce sens que J. Boulouis indiquait à propos des dispositions institutionnelles des traités : *« leur nature matériellement constitutionnelle n'est pas discutable en ce qu'elles établissent un pouvoir commun dont elles désignent les détenteurs et dont elles règlent les conditions d'exercice ».*

[960] Même si certains auteurs comme R. Monaco ou J.-P. Jacque, ont pu parfois estimer que les traités ont été dépassés par leur cadre initial pour devenir une véritable Constitution formelle.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

convention constituée de personnes très diverses et chargées de rédiger le futur traité de l'Union, ce qui pouvait s'apparenter à un pouvoir constituant. Le premier obstacle à une constitution formelle était ainsi franchi[961]. De plus, la société civile a été partie prenante dans l'élaboration de ce texte ce qui remplit le second critère de la Constitution formelle qui est la participation et l'adhésion des opinions publiques au processus constitutionnel.
Il est d'ailleurs symptomatique que ce traité portait le nom de Constitution pour l'Europe, et indiquait ainsi lui-même les ambitions qu'il avait pour l'Union. Pour de nombreux auteurs, ce traité était bien une Constitution même si d'un point de vue formel, il présentait en partie l'aspect d'un traité[962].

1006. On a déjà indiqué le sort de ce texte, ce qui confirme en partie que l'Union ne peut prétendre au statut d'Etat ayant une Constitution établie. Cet échec a conduit les Etats à abandonner l'idée d'une Constitution formelle dans le cadre du Traité de Lisbonne, mais le processus constitutionnel se poursuit néanmoins largement d'un point de vue matériel, l'Union connaissant encore un approfondissement de ses compétences et de son organisation[963].

§ 4. L'Union européenne : un pouvoir de subraineté[964]

1007. L'Union européenne aujourd'hui est probablement à un carrefour de son existence, disposant d'éléments plaidant en faveur d'une souveraineté mais encore dans l'incapacité de porter réellement une souveraineté de nature étatique. Le pouvoir de l'Union européenne pourrait s'apparenter à une souveraineté embryonnaire qui porte en elle certains qualificatifs de la souveraineté sans pour autant être en mesure d'en assumer toutes les caractéristiques comme le ferait l'Etat.
Le pouvoir de l'Union européenne reste donc à qualifier, tant son originalité est grande et qu'il peut porter des qualificatifs et des incidences dont la variété aboutit à des conclusions discordantes. Il nous faut pourtant tenter d'éclairer la nature de ce pouvoir.

[961] Il faut noter en effet que la Constitution formelle exige qu'elle soit rédigée par un pouvoir constituant issu d'une volonté constituante et politique. Voir C. Frank, *« traité et constitution : les limites de l'analogie »,* in P. Magnette (dir.) *la constitution de l'Europe*, Bruxelles, 2000, pp. 37 et suiv.

[962] Voir O. Gohin, *la nature juridique de la nouvelle union européenne, in la nouvelle union européenne*, O. Gohin et A. Pécheul (dir), édition de Guibert, 2005, p. 78 et suiv.

[963] Il est utile de faire ici référence à la jurisprudence de la CJUE *« parti écologiste les verts »* du 23 avril 1986, qui consacrait déjà l'idée que les traités constituaient « la charte constitutionnelle » du droit communautaire. Autrement dit, peu importe la forme, pourvu que le contenu s'apparente à une véritable Constitution. Aff. 294/83, Rec. 1986, p. 1339.

[964] Selon un concept juridique développé par O. Dubos, *« l'Union européenne, sphinx ou énigme ? »* in étude en l'honneur de J.-L. Gautron, *les dynamiques du droit européen en début de siècle*, éditions Pédone, 2004, pp. 44 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1008. Nous avons détaillé le processus de construction progressive de l'Union qui conduit inévitablement à un enchevêtrement des compétences et à un partage complexe de la souveraineté juridique dans la pratique, alors même que le concept initialement est intrinsèquement absolu.
Nous avons également évoqué l'idée que l'Union voit son champ de compétences s'étendre, preuve qu'elle a de plus en plus la maîtrise de sa compétence au détriment des Etats. C'est en cela que l'Union dispose de certaines prérogatives habituellement confiées aux Etats, au dessus de ces derniers, ce qui en terme d'analyse fédérale s'apparente bien à une nouvelle entité étatique. Pourtant d'un point de vue politique et formel, les conditions de l'existence d'un Etat fédéral ne sont pas remplies.

1009. Un constat s'impose : l'Union dispose d'une forme de souveraineté matérielle et juridique très forte dépossédant ainsi les Etats, sans pour autant d'un point de vue formel et politique, se substituer à la souveraineté de l'Etat.
Ce constat ne peut que laisser perplexe quant à la qualification d'Etat souverain en ce qui concerne l'Union européenne, qui apparaît bien plutôt comme une entité subraine, c'est-à-dire comme une entité disposant de pouvoirs étatiques en parallèle d'autres Etats, mais de manière non uniforme.

1010. Ce qui est certain, c'est que confronté à la construction européenne, le concept de souveraineté absolue disparaît de manière accrue, voire irréversible. La notion même de souveraineté parait être en difficulté puisqu'elle ne permet plus totalement de qualifier le pouvoir de l'Etat et elle ne permet pas davantage de définir et d'englober les nouveaux pouvoirs confiés à l'Union.

1011. La notion de souveraineté connaît donc non seulement une modification de sa définition mais également une modification de son utilité. La subraineté permet alors, dans ce contexte, de traduire une répartition des pouvoirs qu'il est difficile de référencer nettement dans un ordre juridique traditionnellement conçu comme une pyramide. Ce concept permet de traduire le double mouvement qui régit les relations Etats et Union. Les Etats dirigent l'Union qui à son tour rétroagit sur les Etats. La subraineté pourrait donc traduire un pouvoir au dessus des Etats souverains, qu'ils acceptent volontairement, mais uniquement dans certaines matières et dans certaines circonstances.

1012. Dans cette dilution des concepts juridiques, l'Etat apparaît comme une entité repère dont le contour des pouvoirs n'est pas clairement établi. En effet, l'Etat reste à l'origine des deux mouvements qui perturbent sa souveraineté, la construction européenne et la décentralisation.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1013. Après avoir vu l'impact de la construction européenne sur la souveraineté nationale et sur la souveraineté de l'Etat, il faut désormais se pencher sur l'autre axe qui modifie les rapports de souveraineté, et qui est celui de la décentralisation. L'Etat est en effet contesté sur son territoire par des collectivités qu'il a lui-même créées.

Si l'Etat maîtrise davantage les conséquences de la décentralisation que celles de la construction européenne, il n'en reste pas moins que cette diversité interne de structures conduit l'Etat à se repositionner. La décentralisation a également des incidences sur le concept de souveraineté, même si ces dernières sont moindres.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

TITRE 2 :

L'Etat contesté sur son territoire : la résurgence d'un Etat suzerain

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1014. Historiquement, la souveraineté absolue de l'Etat est un concept juridique qui a été développé alors que l'Etat venait de mettre définitivement fin à la féodalité et que son caractère unitaire s'affirmait de plus en plus. La notion de souveraineté en France est fondée sur l'idée que le pouvoir de l'Etat ne se partage pas et ne saurait souffrir d'une concurrence.

1015. On l'a vu dans le cadre de l'Union européenne, le pouvoir souverain de l'Etat est déjà largement concurrencé sans pour autant être totalement supplanté. Le phénomène trouve son pendant à l'intérieur même de l'Etat. Ainsi, sur son territoire, l'Etat subit également une certaine confrontation avec les collectivités infra-étatiques, auxquelles il a lui-même donné un pouvoir de plus en plus accru, au fil du développement du processus de la décentralisation.

1016. À l'instar du processus communautaire, cette décentralisation trouve ses fondements dans une volonté des structures étatiques de distribuer une partie de leur pouvoir sur des échelons territoriaux plus restreints. L'Etat est à l'origine de la décentralisation mais la maîtrise de cette dernière conditionne là encore la maîtrise totale de la souveraineté, à tout point de vue.

1017. Les collectivités territoriales influencent la souveraineté de l'Etat de manière moindre que la construction européenne, mais elles contribuent à faire émerger une forme de contrepouvoirs qui s'apparentent à ce qu'on pourrait appeler une résurgence des modèles de suzeraineté. Le pouvoir des collectivités locales devient en effet un pouvoir distinct de celui de l'Etat, pouvoir constitutionnellement organisé, gagnant parfois en autonomie. Toutefois, ce pouvoir local à des difficultés à s'affirmer, puisqu'il est particulièrement polymorphe et fragmenté[965] et qu'il est soumis aux réformes perpétuelles imposées par l'Etat.

1018. Les incidences de la décentralisation doivent d'abord être mesurées au regard du degré d'autonomie des collectivités et de la protection institutionnelle et constitutionnelle qui leur est accordée (CHAPITRE 1).
Ces incidences s'évaluent encore par la description et l'analyse des relations que l'Etat entretient avec chacune des collectivités et par une résurgence d'une féodalisation du territoire, tant sur le plan juridique, que politique (CHAPITRE 2).

[965] Surtout parce que la tradition jacobine centralisatrice plaide en faveur d'un rôle restreint des collectivités territoriales, et que cette tradition reste très présente en droit français.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

CHAPITRE 1 :

La reconnaissance des collectivités locales comme institutions de la République : entre soumission à l'Etat et autonomie

1019. La décentralisation influence davantage les modalités d'exercice de la souveraineté que le contenu même de la souveraineté de l'Etat puisque fondamentalement, les collectivités locales ont un pouvoir limité et en tout état de cause plus ou moins conditionné par le pouvoir de l'Etat. Il n'en reste pas moins que ce phénomène de décentralisation produit des incidences sur la souveraineté, notamment du fait de la dilution du pouvoir politique, et d'une fragmentation de la souveraineté.

1020. La décentralisation influence l'exercice de la souveraineté et fait apparaître un nouveau mode de gestion des relations entre les citoyens. Ce pouvoir des collectivités locales, accordé au fil de la progression de l'idée décentralisatrice, ne peut prétendre au titre de pouvoir souverain, mais il modifie cependant la conception de la souveraineté, au gré de son accroissement[966].

1021. Les collectivités territoriales, notamment par leur reconnaissance explicite dans la Constitution ont désormais un statut plus institutionnalisé (Section 1). Dès lors, la question de leur rôle par rapport à l'Etat ressurgit de manière significative, autant que leur capacité à concurrencer ce dernier. L'autonomie des collectivités, et leur capacité à modifier l'exercice de la souveraineté s'analyse non seulement au regard de leur statut mais également des compétences et des capacités financières dont elles disposent[967] (Section 2).

[966] Il faut d'ailleurs noter, comme nous allons le développer que ce pouvoir local est fluctuant, qu'il dépend également de la personnalité des autorités locales élues, et qu'il peut varier suivant les périodes.

[967] Nous avons déjà analysé en première partie l'impact de l'émergence des collectivités locales sur l'indivisibilité de l'Etat, il s'agira ici d'envisager l'influence de cette décentralisation sur les autres caractères de la souveraineté absolue.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Section 1 : La lente émergence du statut des collectivités territoriales : des contrepouvoirs institutionnalisés

1022. Quant à son organisation interne, l'Etat français a toujours été situé depuis la Révolution dans un dualisme doctrinal dont il a beaucoup de difficultés à se défaire. Entre une volonté de centralisation toujours réaffirmée, notamment par le biais du principe d'égalité et une logique décentralisatrice permettant d'effacer le caractère contraignant d'un régime qui a de grandes difficultés à appréhender les particularismes, l'Etat français hésite encore[968].

1023. Dans ce dualisme doctrinal, l'Etat a pris le parti de mettre en œuvre une décentralisation très progressive. Initialement, l'existence des collectivités territoriales participait de la réalisation des objectifs centralisateurs de l'Etat, les collectivités locales n'ayant d'ailleurs aucune indépendance. Les collectivités territoriales ont d'abord eu un statut de fait, grâce à leur qualité d'échelons déconcentrés de l'Etat. Elles ont utilisé cette situation de fait pour démontrer toute leur utilité dans la pratique et ainsi assurer leur existence.

1024. Face à cette réalité nouvelle, le statut des collectivités ne pouvait rester une simple situation de fait. Les collectivités devaient trouver un cadre juridique capable de leur donner une existence stabilisée et les évolutions multiples qu'elles ont connu dans la pratique conduisaient d'ailleurs assez nettement à faire émerger un éventuel droit applicable. Confronté à ces changements, l'Etat ne pouvait laisser perdurer un système juridique qui donnait peu de satisfaction. Il a donc été naturellement conduit à mettre en œuvre des statuts légaux puis constitutionnels aboutissant à l'autonomie progressive des collectivités au cours des 25 dernières années.

§ 1. Le processus historique de l'autonomisation des échelons locaux : un processus de fait encadré par la loi

1025. À la Révolution, l'Etat recensait en son sein toute une série d'échelons territoriaux, tirés des pratiques de l'ancien Régime, plus ou moins autonomes, et plus ou moins dépendants de l'Etat. La France de 1789, héritière de l'ancien régime portait déjà en elle le dualisme révolutionnaire entre Girondins et Jacobins, entre la logique décentralisatrice et la logique

[968] Historiquement, cette crispation entre puissance de l'Etat et pouvoir local est récurrente. Au XVIIIe siècle, certains auteurs plaident déjà en faveur de la mise en place d'un pouvoir local, avec des revendications notamment pour « des libertés municipales », voir notamment les œuvres du Duc de St Simon (*histoire de l'ancien gouvernement de la France 1727*), et de Dupont de Nemours (*Mémoire sur les municipalités 1775*). Pour un ouvrage sur la période plus récente, voir Y. Meny, *centralisation et décentralisation dans le débat politique* (1945-1969), LGDJ, 1974.

centralisatrice. Entre les deux conceptions doctrinales, l'Etat souverain n'a jamais vraiment tranché.

1026. Un arbitrage doctrinal a finalement été réalisé dans la pratique ; les collectivités existantes ont été en partie conservées ce qui plaidait davantage en faveur de la décentralisation, mais ces collectivités n'ont eu qu'un rôle de relais vis-à-vis de l'Etat, sans véritable autonomie, ce qui a plaidé davantage en faveur d'une organisation centralisée. Les collectivités ont donc pendant longtemps servi de bras local à l'Etat[969], mais elles ont su utiliser cette compétence très restreinte pour démontrer qu'elles étaient indispensables au fonctionnement de l'Etat.

1027. Ce n'est en effet que près d'un siècle plus tard que l'Etat mettra en place un statut pour les collectivités qu'il avait décidé de maintenir à l'issue de la Révolution. En effet, c'est sous la III République, que seront adoptées deux chartes ayant pour but de mieux organiser le fonctionnement de ces deux échelons territoriaux : la loi départementale du 10 août 1871 et la loi municipale du 5 avril 1884[970].

1028. Ce statut prend donc forme sous la troisième République mais il participe là encore d'une logique assez contradictoire. En effet, les deux lois départementale et municipale, ont à la fois pour but de trouver un statut qui donne aux collectivités une série de droits à l'égard de l'Etat, tout autant qu'elles leur donnent une série de devoirs. Paradoxalement, l'organisation d'un statut pour les échelons territoriaux est à la fois source de liberté mais en même temps, permet aussi à l'Etat d'organiser et donc de surveiller un peu plus efficacement ce qui se fait dans les collectivités.

1029. Ce statut légal des collectivités territoriales a d'abord conduit à confirmer le rôle des collectivités comme organes déconcentrés de l'Etat, au même titre que des administrations d'Etat ayant leur siège dans les villes de France[971]. De même, le Département était un symbole d'une autorité déconcentrée puisque qu'il était présidé par le Préfet[972].

[969] Ce qui explique d'ailleurs pourquoi aujourd'hui le Maire reste également un agent de l'Etat pour tout ce qui relève notamment de l'état civil, et dans une certaine mesure, de la police.

[970] JO 29 août 1871, p. 3041 et JO 6 avril 1884, p. 1557.

[971] Le Maire avait notamment des fonctions de maintien de l'ordre, de gestion de l'état civil, de représentation de l'Etat dans les cérémonies officielles… Il était, au coté du préfet, l'autorité qui représentait l'Etat, ce dernier étant d'ailleurs le supérieur hiérarchique du Maire.

[972] En effet, même si le Département avait une assemblée élue, la loi du 10 août 1871 relative aux conseils généraux avait imposé que le préfet reste l'organe exécutif du conseil général, et ce par crainte des excès de la décentralisation.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1030. Les textes de la III République n'ont fait que poursuivre ce mouvement entrepris très tôt et qui visait à faire en sorte que les décisions soient davantage prises à l'échelon local plutôt que par la capitale.
Très imparfaits, ces statuts ont pourtant été appliqués sans modification essentielle pendant de nombreuses années, traversant les Républiques jusqu'en 1982. En examinant ainsi les quelques changements effectués, on ne relève sous la troisième République, que des aménagements de détails, excepté la loi sur les syndicats de commune du 22 mars 1890[973], première démarche en faveur de l'intercommunalité.
Les quelques autres modifications ont principalement eu lieu au sortir du second conflit mondial avec deux idées novatrices qui apparaissent en matière de gestion locale : l'intercommunalité et le régionalisme.
Notons que la principale réforme apportée à l'organisation locale française a eu lieu beaucoup plus tard avec la création des Régions en 1972, sur la forme juridique d'un établissement public. Cette qualification juridique impliquait d'ailleurs nécessairement une collectivité à l'autonomie fort réduite par rapport à l'Etat[974].

1031. D'un point de vue institutionnel, les collectivités n'ont jamais bénéficié d'une réelle autonomie semblable à ce qu'il peut être pratiqué dans un Etat fédéral. Les collectivités restaient, au contraire en droit français, des personnes morales de droit public distinctes de l'Etat mais encore largement soumises à son contrôle.
A ce titre d'ailleurs, l'analyse du régime juridique de contrôle des actes de collectivités, qui avait été mis en place par l'Etat jusqu'en 1982, conduisait inévitablement à une tutelle légale de ce dernier sur les collectivités.
En effet, le mécanisme juridique était fondé sur une tutelle a priori exercée sur les activités communales, départementales, puis régionales. C'est ainsi que le préfet disposait par exemple d'un pouvoir hiérarchique sur l'autorité communale qui lui permettait de vérifier avant l'entrée en vigueur des actes, leur validité juridique, mais également leur opportunité, ainsi que leur efficacité.
Ce système conduisait l'Etat à avoir toujours le dernier mot quant aux décisions prises. Ce constat à l'évidence ne pouvait plaider en faveur d'une réelle décentralisation au sein de l'Etat français, mais plutôt en faveur d'une déconcentration maximale[975].
1032. Cette logique démontre d'ailleurs combien le concept de souveraineté absolue en droit français a marqué les esprits et combien la logique centralisatrice, héritée de l'ancien régime, a perduré jusqu'à ce jour. Dans l'esprit du législateur, favoriser la décentralisation, c'est

[973] Loi « création de SIVU par les communes », JO 6 mars 1890, p. 91.

[974] Voir la loi du 5 juillet 1972 sur les établissements publics régionaux. JO 9 juillet 1972, p. 7176.

[975] Sur ce point d'ailleurs, il faut relever qu'il devenait parfois assez difficile de distinguer les services internes de l'Etat à l'échelon des départements et les services du département lui-même. Il était parfois également difficile de faire cette distinction à l'échelon communal.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

ouvrir une nouvelle brèche dans la conception absolue de la souveraineté. C'est d'ailleurs en cela que l'émergence d'un pouvoir local, autonome et décentralisé, peut avoir des incidences sur l'exercice de la souveraineté de l'Etat.

1033. Donner une autonomie, voire une indépendance au pouvoir local, c'est lui attribuer une part de la possibilité de régir la compétence de sa compétence, c'est aussi lui donner la possibilité de régir sa propre organisation, de créer des particularismes au sein de l'Etat et donc de s'opposer au principe d'égalité. Approfondir la décentralisation implique donc une forme de renoncement de l'Etat au concept de souveraineté absolue, puisqu'en fonction du degré d'autonomie du pouvoir local, l'Etat sera plus ou moins amené à renoncer à une part de sa compétence[976].

1034. Le processus de décentralisation implique des réflexions juridiques particulières dans un Etat qui par nature est réfractaire à la logique fédérale et qui a pour encrage juridique une centralisation extrême liée à une conception absolue de la souveraineté. Ce processus devait également s'inscrire dans le cadre très limitatif prévu par la Constitution qui on le verra, gardait une position très nuancée à l'égard du principe de décentralisation. Malgré cela, et l'évolution historique aidant là encore de manière déterminante, l'Etat a choisi en 1982 de poursuivre l'organisation légale du statut des collectivités territoriales en dépossédant l'Etat de son contrôle de tutelle et en donnant à tous les échelons un exécutif élu, à la tête du Conseil, et chargé d'administrer la collectivité.

1035. La loi du 2 mars 1982 portant droits et libertés des communes, des départements et des régions apporte d'abord un lot de réformes institutionnelles en donnant aux régions la qualité de collectivités territoriales à part entière[977] et en confiant au président du conseil général le pouvoir exécutif du département[978]. Ces deux apports ont des incidences majeures puisque la Région obtient un statut effectif, plus favorable que celui d'établissement public, et que le Département n'est plus géré par le Préfet ce qui lui donne une autonomie beaucoup plus grande.

[976] Il devra pour le moins respecter les pouvoirs qu'il a lui-même confié aux collectivités territoriales.

[977] Les régions sont devenues des collectivités locales à part entière dès lors qu'elles ont disposé d'un conseil élu. C'est pour cette raison que les mesures prévues en 1982 à propos de la Région, ont pris tout leur sens par la loi du 10 juillet 1985, n° 85-692, fixant le mode de scrutin pour l'élection des conseillers régionaux, et la loi du 6 janvier 1986, n° 86-16 fixant les modalités de fonctionnement des instances régionales. La région est donc officiellement une collectivité locale depuis les élections du 16 mars 1986. JO 11 juillet 1985, p. 7805 et JO 8 janvier 1986, p. 367.

[978] Cet apport est essentiel puisqu'il fait du Département une collectivité totalement distincte de l'Etat. Le président du conseil général perd ainsi le rôle simplement honorifique qui existait depuis le XIXe siècle, pour acquérir un rôle d'exécutif.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1036. La loi du 2 mars 1982 et celle du 22 juillet 1982 suppriment également le contrôle de tutelle sur toutes les collectivités, par un contrôle de légalité a posteriori[979]. Juridiquement, ce mécanisme a de grandes conséquences sur l'autonomie réelle des collectivités puisque leurs décisions deviennent exécutoires dès leur publication et transmission. Le Préfet ne peut plus désormais les mettre en cause sur la base de l'opportunité. Rappelons également que sur la légalité d'un acte, le Préfet peut exercer un contrôle et demander à la collectivité de revenir sur cet acte, mais il n'a aucun pouvoir pour prendre un acte contraire ou pour annuler l'acte. Si le désaccord persiste, le Préfet sera contraint de saisir le juge administratif par la voie du déféré préfectoral[980].

1037. Le statut légal issu des dispositions de 1982 permet donc à l'Etat français d'adopter un modèle de décentralisation réel, mais qui on le verra reste très tempéré, oscillant toujours entre puissance de l'Etat et volonté d'autonomie locale. Avec ce mécanisme, l'Etat français restait en effet un Etat unitaire où le droit des collectivités est prévu uniquement par la loi et a donc une portée limitée dans la hiérarchie des normes[981].

1038. L'organisation institutionnelle ainsi choisie en 1982 constitue un degré de décentralisation minimal qui correspond le plus a priori à la logique française de centralisation de l'Etat. Cependant, l'évolution de la société, la nécessité de favoriser une proximité à l'égard des citoyens, la difficulté de l'Etat à gérer l'ensemble de ses compétences, l'impossibilité matérielle de tout diriger depuis Paris, a conduit le processus de décentralisation vers de nouvelles étapes qui se sont rapidement enchaînées.

1039. L'évolution de ce processus législatif s'est ainsi considérablement accentuée ces 25 dernières années, ce qui conduira naturellement à la future reconnaissance constitutionnelle des collectivités.

Ainsi, entre 1982 et 1986, près de 40 lois et 300 décrets sont venus préciser les conditions dans lesquelles les collectivités locales étaient chargées d'administrer les affaires locales. Ces

[979] Rappelons simplement ici qu'il a été nécessaire de mettre en œuvre deux lois puisque au regard des dispositions constitutionnelles applicables, le préfet devait avoir connaissance des actes des collectivités avant qu'ils deviennent exécutoires. En conséquence, dans une décision 82-137, du 25 février 1982, *liberté des communes, départements et régions*, le Conseil constitutionnel avait retenu l'inconstitutionnalité de certaines dispositions de la loi du 2 mars 1982. La loi du 22 juillet 1982 a donc permis de préciser les modalités du mécanisme de contrôle de légalité afin que les dispositions ne soient plus contraires à la Constitution.

[980] Pour une approche complète de la notion de déféré préfectoral, voir par exemple, *manuel Litec LGDJ*, *droit public général*, sous la direction de M. De Villiers, 2003, pp. 249 et suiv. ; J. Morand Deviller, *droit administratif*, 10ème édition, Montchrestien, pp. 204 et 449.

[981] Il est utile de rappeler ici les différentes approches juridiques de la décentralisation. La première : l'Etat unitaire avec des droits locaux prévus uniquement par la loi (Finlande, Grèce, Danemark). La seconde qualifiée d'Etats unitaires décentralisés, où les droits des collectivités locales sont garantis par la Constitution (Royaume-Uni et Pays Bas). La troisième qui relève des Etats régionalisés avec une autonomie législative des collectivités (Espagne, et Italie). La quatrième : les Etats fédéraux où chaque état fédéré a sa propre Constitution (Allemagne et Autriche par exemple).

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

textes répondaient à deux enjeux majeurs : la répartition des compétences ainsi que la création de statuts spécifiques pour les fonctionnaires territoriaux et élus locaux. Puis de nouveau, à partir de 1988, d'autres éléments d'approfondissement du processus légal de décentralisation sont venus s'ajouter.

1040. L'évolution légale s'est orientée sur plusieurs aspects, multiples et sans cohérence affichée, entre modifications, révisions des statuts des élus, révisions des règles de cumul des mandats, création de nouvelles strates créées par l'intercommunalité, multiplication des aménagements juridiques pour les collectivités territoriales d'outre mer… Au fil des textes, le paysage local, tant institutionnel que matériel, est devenu complexe, et particulièrement développé[982].

1041. Cependant, cette évolution devait s'avérer encore insuffisante dans une société privilégiant une démocratie de proximité. La dimension légale de la décentralisation restait en tout état de cause limitée par la Constitution qui continuait naturellement à privilégier la logique centralisatrice de l'Etat héritée de la monarchie et de la Révolution. Le passage a une nouvelle dimension de la décentralisation et sa prise en compte par la Constitution devenait presque inéluctable pour l'Etat.

§ 2. Le processus de constitutionnalisation des collectivités territoriales : une nécessité pour poursuivre l'approfondissement de la décentralisation

1042. L'Etat français, bercé dans une tradition centralisatrice a toujours peu pris en compte la décentralisation dans sa Constitution. C'est principalement dans la Constitution de 1946, probablement la plus favorable à la décentralisation, que la reconnaissance d'une véritable existence des communes et des départements a été affirmée. Ainsi, ce texte contenait un titre spécifique consacré aux collectivités locales, ce qui était une grande nouveauté, dans la mesure où ce terme faisait finalement sortir les communes et les départements de leur statut de simples entités administratives. Le principe de la libre administration était également inscrit comme une autre innovation majeure, alors même que ce principe était strictement encadré puisqu'il ne pouvait s'exercer que dans le cadre de la loi nationale.

[982] Il serait fastidieux de reprendre l'ensemble des textes ayant apportés des modifications aux règles applicables par les collectivités, leurs élus et leurs agents. On citera néanmoins à titre d'exemples marquants, les lois du 10 juillet 1982 sur les chambres régionales des comptes (n° 82-594 et n° 82-595), les différentes lois modifiant les compétences : lois n° 83-8 du 7 janvier 1983, n° 83-663 du 22 juillet 1983, n° 85-97 du 25 janvier 1985, n° 86-17 du 6 janvier 1986, n° 88-13 du 5 janvier 1988, et n° 92-125 du 6 février 1992. Enfin, il faut citer également la loi fondatrice de l'intercommunalité dite loi Chevènement du 12 juillet 1999, n° 99-586 ; ainsi que la codification du droit des collectivités territoriales en 1996.

1043. Cette Constitution donnait une existence juridique propre aux collectivités territoriales, et ce, au sommet de la hiérarchie des normes, tout en maintenant bien évidemment la suprématie de l'Etat, sa tutelle et également sa prééminence. D'ailleurs, cette existence constitutionnelle des collectivités fut reprise de manière beaucoup moins nette dans la Constitution de 1958 qui consacrait aux collectivités un article 72 à portée très générale. En effet, si le principe de libre administration était repris dès 1958, il restait entièrement soumis à l'appréciation du législateur qui était libre d'organiser le fonctionnement et les règles applicables aux collectivités territoriales.

1044. Le texte constitutionnel de 1958 aboutissait à deux réalités juridiques. La première permettait d'affirmer que l'Etat n'était plus entièrement centralisateur et qu'il reconnaissait en chacun des échelons locaux une collectivité à part entière. La seconde conduisait à préciser que la catégorie commune et la catégorie département ne pouvaient plus être supprimées par la seule volonté du législateur comme c'était le cas auparavant, mais que désormais, une suppression de ces catégories devrait nécessairement passer par une modification préalable de la Constitution.

1045. À ce titre, l'article 72 de la Constitution, dans son ancienne rédaction[983], était particulièrement révélateur et comprenait trois alinéas. Le premier énumérait les collectivités territoriales existantes : communes, départements, régions et territoires d'outre mer. Le second et le troisième alinéas consacraient une définition du régime juridique applicable à l'ensemble des collectivités : la libre administration et le contrôle exercé par le représentant du gouvernement[984].

1046. Néanmoins, si cette reconnaissance constitutionnelle était indispensable, elle ne réglait pas pour autant toutes les difficultés, et la décentralisation comme mode d'organisation de l'Etat n'était pas acquise. Progressivement, le caractère limitatif des dispositions prévues dans la Constitution de 1958 empêcha le législateur d'aller plus avant dans la décentralisation, et une modification de la Constitution s'imposa sous la dénomination « d'acte II de la décentralisation ».

1047. C'est par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, n° 2003-276, relative à l'organisation décentralisée de la République que l'approfondissement du processus de décentralisation en France poursuivra son chemin. Cette réforme constitutionnelle a posé de nouveaux principes et réformé profondément le texte de la Constitution en modifiant entièrement les articles 72,

[983] Rédaction antérieure à la réforme constitutionnelle de la loi du 28 mars 2003, n° 2003-276, JO 29 mars 2003, p. 5568.

[984] Il faut cependant noter que les Régions ont été officiellement inscrites dans la Constitution et que les deux principes de libre administration et de contrôle du préfet ont vocation, comme dans les précédentes versions de la Constitution, à s'équilibrer.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

73 et 74 de la Constitution et en ajoutant plusieurs articles (72-1, 72-2, 72-3, 72-4, 74-1, et 75). L'ensemble de ces articles est désormais regroupé dans un titre XII exclusivement consacré aux collectivités territoriales de métropole et d'outre mer.

1048. L'article 72 de la Constitution reste l'article fondateur puisqu'il précise les catégories de collectivités et les conditions de leur création (alinéa 1)[985], le principe de subsidiarité et de libre administration (alinéa 2 et 3)[986], l'expérimentation législative (alinéa 4)[987], le principe d'interdiction de tutelle entre les collectivités (alinéa 5)[988], et le principe du contrôle de légalité (alinéa 6)[989]. Cet article fondateur est complété par l'article 72-1 qui prévoit la possibilité pour les collectivités territoriales de mettre en œuvre un référendum décisionnel, par l'article 72-2 relatif à l'autonomie financière des collectivités locales. Enfin, la réforme constitutionnelle consacre 4 articles aux collectivités d'Outre-mer (articles 72-3, 72-4, 73 et 74).

1049. Cependant, la réforme constitutionnelle, si elle implique une prise en compte officielle de la décentralisation et contient une valeur hautement symbolique, a surtout une incidence très concrète puisqu'elle permet au législateur de poursuivre le processus. Ainsi, cette réforme constitutionnelle n'a de portée réelle qu'autant qu'on l'associe aux textes organiques qui l'ont suivie.
La loi organique du 1er août 2003, n° 2003-704 relative à l'expérimentation par les collectivités locales, la loi du 1er août 2003, n° 2003-705 relative au référendum local et la loi du 13 août 2004, n° 2004-809 relative aux libertés et responsabilités locales, ont une portée novatoire aussi importante pour la décentralisation que le texte constitutionnel lui-même. Ces

[985] L'article 72 alinéa 1 de la Constitution est désormais ainsi rédigé : *« les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les Régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa ».*

[986] L'article 72 alinéa 2 de la Constitution est rédigé comme suit : *« les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mise en œuvre à leur échelon. Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leur compétence ».*

[987] L'alinéa 4 dispose : *« dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives et réglementaires qui régissent l'exercice de leur compétence ».*

[988] L'article 72 alinéa 5 dispose : *« aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune ».*

[989] L'alinéa 6 précise que *« dans les collectivités territoriales de la république, le représentant de l'Etat, représentant chacun des membres du gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois ».*

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

textes apportent une nouvelle dimension aux collectivités territoriales et à leur champ de compétences[990].

1050. Désormais devenues des institutions à l'intérieur de l'Etat, les collectivités territoriales gagnent en influence et en crédibilité mais cette nouvelle décentralisation est un concept qui ne cesse de poser des questions juridiques quant à ses incidences sur la souveraineté de l'Etat, sur la capacité des collectivités à être autonomes, sur leur légitimité, leurs compétences et leur efficacité, tant en terme de moyens humains que financiers[991].

1051. Ce statut constitutionnel largement renforcé par les dispositions légales récentes conduit à une oscillation permanente entre le pouvoir souverain de l'Etat et les libertés accordées aux collectivités locales. Cette reconnaissance de l'échelon local a inéluctablement des incidences sur l'exercice de la souveraineté, et en lui retirant sa dimension absolue. Ainsi, certains éléments du statut des collectivités incitent à penser que l'Etat n'a plus l'entière maîtrise, tant de ses compétences que de son territoire ; la dispersion des organes d'exécution conduisant d'ailleurs naturellement à l'abolition d'une République une et indivisible.

1052. La coexistence de l'Etat et des collectivités fait émerger deux axes contradictoires, l'un plaidant en faveur d'une soumission des collectivités à l'Etat, l'autre plaidant en faveur d'une autonomie qui s'accentue. Une analyse du droit applicable aboutit inévitablement à cette dichotomie qui laisse songeur quant à l'impact de la décentralisation sur la souveraineté de l'Etat français, bercé de centralisme.

1053. Cette contradiction est d'abord manifeste dans l'analyse des compétences attribuées aux collectivités, qui, sont tout autant un élément de reconnaissance des collectivités, une source d'autonomie mais également un facteur de soumission à l'Etat. Elle se manifeste également dans les modalités d'attribution des compétences et dans les moyens financiers accordés aux collectivités.

Section 2 : Les compétences des collectivités et leur capacité financière: entre soumission à l'Etat et autonomie

1054. L'organisation de la décentralisation en France repose traditionnellement sur le principe de compétence législative et sur la clause générale de compétence. Ces deux principes font

[990] Nous reviendrons par la suite dans l'analyse sur les incidences de ces textes, notamment au regard de la distribution des compétences effectuées.

[991] Tous ces enjeux sont présents dès le départ dans la réforme territoriale. Loi du 16 décembre 2010. JO 17 décembre 2010, p. 22289.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

l'objet de discussions doctrinales et politiques fréquentes sur l'étendue de ces principes et sur la logique juridique qui gouverne en France cette attribution de compétences.
Avant la réforme du 28 mars 2003, la doctrine n'avait d'ailleurs pas manqué de soulever des interrogations quant à l'incertitude que laissait planer le principe de libre administration, contenu dans la Constitution, en matière de répartition des compétences[992].
En effet, le système institutionnel français et les règles de la décentralisation ne permettent pas d'établir clairement les attributions de compétences et leur répartition. La seule certitude reste que les collectivités locales n'ont pas de pouvoirs législatifs au sens étatique du terme, capable de concurrencer le pouvoir souverain.

§ 1. L'absence de pouvoir législatif des collectivités : une souveraineté de l'Etat préservée

1055. Dans un Etat français unitaire, et compte tenu du principe d'indivisibilité de la République, l'attribution des compétences est fixée par la loi. Le législateur reste donc entièrement maître des compétences qu'il accorde aux collectivités locales. Le pouvoir accordé est donc de la seule volonté de l'Etat. En effet, l'idée de dresser dans la Constitution une liste des compétences attribuées à l'Etat, puis à chacune des collectivités, participe d'une logique fédérale totalement étrangère à la conception unitaire qui prévaut en droit français[993].

1056. Il était totalement impossible et inconcevable que d'autres organes que le législateur, puissent disposer d'un pouvoir normatif initial, et ce, dans quelque domaine que ce soit. En conséquence, aucun pouvoir normatif d'ordre législatif n'est attribué aux collectivités qui restent soumises, quant à leurs attributions, à la volonté du législateur et donc à l'Etat. Ce principe perdure et démontre que le processus de décentralisation n'aboutit pas en tout état de cause à une dépossession au profit des collectivités du pouvoir de déterminer la compétence de la compétence. En effet, si certains pouvoirs de nature législative ont été confiés avec plus ou moins de succès, en Nouvelle Calédonie[994], en Corse[995] et en Polynésie[996], à un parlement pour mettre en œuvre des spécificités législatives sous la forme de « lois du pays », il n'en

[992] C'est notamment J.-B. Auby qui relevait : *« l'incertitude dans laquelle le principe constitutionnel de libre administration nous laisse quant à la répartition des rôles de l'Etat et des collectivités locales, quant à la contribution respective que notre système prête à l'un et aux autres dans la définition et la mise en œuvre du bien public ».* J.-B. Auby, *la libre administration des collectivités locales, un principe à repenser ?, in quel avenir pour l'autonomie des collectivités locales*, édition l'Aube, 1999, p. 99.

[993] Rappelons ici qu'aucune des Constitutions en France n'a mis en place une définition des domaines de compétences. Les textes constitutionnels, comme nous l'avons déjà indiqué, ne consacrent que des articles généraux aux collectivités décentralisées.

[994] La loi organique n° 99-209, du 19 mars 1999 autorise l'assemblée délibérante à adopter des lois du pays qui peuvent porter sur une douzaine de matières (JO 21 mars 1999, p. 4197). Cette loi a été rendue possible après modification de la Constitution par la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998, n° 98-610, JO 21 juillet 1998, p. 11143. Voir sous la direction de J.-Y. Faberon et G. Agniel, *la souveraineté partagée en Nouvelle Calédonie et en droit comparé*, la documentation française, 2000.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

reste pas moins que ces actes restent limités par la loi organique qui les a rendu possible et limités par les textes constitutionnels et internationaux.

1057. Le mécanisme des lois du pays applicable en Nouvelle Calédonie laisse subsister des interrogations sur un partage possible de la souveraineté législative puisque l'assemblée délibérante de Nouvelle Calédonie peut adopter des textes ayant force de lois. Depuis la réforme constitutionnelle du 25 juin 1992 et la loi organique du 19 mars 1999[997], la Nouvelle Calédonie peut produire des normes réglementaires et législatives de la même manière que l'Etat, ce qui signifierait que l'Etat ne maîtrise plus totalement sa compétence législative et qu'il en découle nécessairement une souveraineté amoindrie. Ainsi, au terme de l'article 107 de la loi organique, les lois du pays ont force de loi[998], ce qui implique un partage du pouvoir législatif.

1058. Les lois du pays restent l'un des éléments les plus visibles de l'abandon d'une certaine part du pouvoir législatif au profit d'une collectivité infra étatique, ce qui a été l'objet de discussions doctrinales animées sur le point de savoir si la souveraineté pouvait désormais être considérée comme partagée[999].

1059. S'il est indéniable que les lois du pays ont une incidence sur les répartitions des organes susceptibles d'adopter un texte ayant force de lois, il n'en reste pas moins que la souveraineté n'est pas réellement en cause pour deux raisons majeures.
La première résulte du fait que ces lois du pays sont limitées à un champ d'application défini par l'article 99 de la loi organique. En conséquence, c'est l'Etat qui a déterminé le champ législatif attribué à l'assemblée délibérante de Nouvelle Calédonie. Dans l'hypothèse où la loi du pays porte sur une autre matière, elle est délégalisée et devient un simple acte administratif.

[995] En l'absence de révision constitutionnelle, le modèle prévu pour la Nouvelle Calédonie n'a pas pu être transposé en Corse. La loi n° 2002-92 du 22 janvier 2002 (JO 23 janvier 2002, p. 1503), prévoyant une possibilité d'expérimentation législative par l'assemblée de Corse a été censurée par le Conseil constitutionnel, dans une décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, revue du CC 2002, p. 49.

[996] Le statut de Polynésie s'est rapproché de celui existant en Nouvelle Calédonie puisque la loi organique 2004-192 du 27 février 2004, portant statut d'autonomie pour la Polynésie, prévoit la possibilité pour l'assemblée territoriale de voter des lois de pays dans certaines matières limitativement énumérées. JO 2 mars 2004, p. 4183.

[997] Loi organique n° 99-209 relative à la Nouvelle Calédonie, JO 21 mars 1999, p. 4197.

[998] La procédure suivie pour l'adoption du texte s'apparente d'ailleurs fortement à celle suivie par la loi notamment pour la saisine préalable à titre consultatif du Conseil d'Etat, l'obligation de désigner un rapporteur, l'adoption du texte avec une majorité qualifiée, le contrôle a priori du Conseil constitutionnel et une procédure de promulgation spécifique. Voir R. Fraisse, *la hiérarchie des normes applicables en Nouvelle Calédonie*, RFDA 2000, p. 81.

[999] Pour des analyses divergentes sur cette question, voir J.-Y. Faberon, *La nouvelle Calédonie, « pays à souveraineté partagée »,* RDP 1998, pp. 645 et suiv. et O. Gohin, *l'évolution institutionnelle de la nouvelle Calédonie,* AJDA 1999, pp. 500 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

La seconde justification au maintien d'une souveraineté exclusive de l'Etat réside dans le fait que les lois du pays sont en tout état de cause soumises aux dispositions constitutionnelles et internationales. La loi du pays ne peut porter atteinte aux droits et règles constitutionnellement garantis, ce qui implique nécessairement que le pouvoir constituant reste maître des dérogations législatives qu'il accorde. D'ailleurs le Conseil constitutionnel, saisi d'une loi de pays, exerce son contrôle de constitutionnalité de la même manière que pour une loi ordinaire, afin de faire respecter l'ordre constitutionnel[1000].

1060. L'analyse de la distribution du pouvoir législatif entre l'Etat et les collectivités permet d'indiquer d'ores et déjà que l'impact de la décentralisation sur la souveraineté est plus diffus, et relève peut-être davantage de l'ordre politique que juridique. En effet, le partage de la souveraineté reste une hypothèse plutôt qu'une réalité puisque le Parlement reste maître de sa compétence. Dès lors que l'Etat détient intégralement et à lui seul la compétence législative, les collectivités ne peuvent prétendre détenir une part de souveraineté[1001].

1061. Le principe de l'expérimentation législative n'est pas d'ailleurs de nature à remettre fondamentalement en cause l'Etat unitaire et l'exercice d'une souveraineté émanant uniquement de l'Etat. L'expérimentation législative est introduite par l'article 72 alinéa 4 dans sa rédaction constitutionnelle de 2003 mais elle n'est pas une idée entièrement novatrice puisqu'elle apparaissait déjà dans des lois spécifiques[1002] et que le Conseil constitutionnel en avait donné une définition[1003].

1062. L'expérimentation est désormais intégrée dans la Constitution, sous l'article 72 alinéa 4 et précisé par la loi organique du 1er août 2003 qui institutionnalise réellement cette possibilité d'expérimentation[1004].

[1000] Voir pour un exemple de contrôle, la décision du 27 janvier 2000, n° 2000-1 LP, à propos de la loi du pays du 7 décembre 1999 relative à l'institution d'une taxe générale sur les services. Voir F. Luchaire, *le Conseil constitutionnel devant la loi du pays en Nouvelle Calédonie,* RDP 2000, pp. 553 et suiv.

[1001] C'est d'ailleurs ce qui distingue principalement les lois du pays, des actes législatifs communautaires, en terme d'incidences sur la souveraineté.

[1002] On peut citer à titre d'exemple, la loi du 25 juillet 1994 relative à la sécurité sociale qui en son article 38 prévoyait des dispositifs expérimentaux pour la mise en œuvre de l'aide aux personnes âgées dépendantes (JO 27 juillet 1994, p. 10815). Plus récemment on peut citer la loi du 27 février 2002 dite « démocratie de proximité » mais qui n'avait pas abouti à des demandes d'expérimentation des collectivités (JO 28 février 2002, p. 3808). Voir pour des précisions sur les antécédents d'expérimentation : J.-M. Pontier, *la loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales,* AJDA 2003, p. 1716

[1003] C'est en ce sens que le Conseil constitutionnel a estimé que l'expérimentation était *« une dérogation au droit commun, limitée dans le temps, (et le cas échéant dans l'espace), en vue d'apprécier la pertinence d'une norme nouvelle, dans la perspective de sa généralisation, celle-ci ne pouvant être décidée qu'après avoir dûment évalué les résultats de l'expérience ainsi conduite »*. Décision n° 93-322 du 28 juillet 1993, rec. p. 204.

[1004] Cette loi a fait l'objet d'une codification aux articles LO 1113-1 à 1113-7 du Code général des collectivités territoriales.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Ce texte ouvre une possibilité pour les collectivités territoriales de déroger aux lois et règlements nationaux pour mettre en place de véritables règles de droit local, sous réserve cependant de ne pas porter atteinte à un droit ou une règle constitutionnellement garantis. C'est d'ailleurs en ce sens que l'expérimentation constitue une forme de délégation par le parlement de l'exercice du pouvoir législatif, qui pourrait amener à considérer que l'Etat n'est plus seul souverain.

1063. Mais davantage que la souveraineté étatique, c'est bien plutôt le principe d'égalité qui semble être remis en cause par l'expérimentation législative, d'autant d'ailleurs qu'elle n'est pas l'unique facteur d'affaiblissement de ce principe[1005]. En effet, les conditions de mise en œuvre de cette expérimentation permettent d'indiquer que si le constituant a souhaité déroger à l'égalité, il n'a pas pour autant souhaité remettre en question l'exercice de la souveraineté par l'Etat[1006].

1064. La lecture attentive de ce texte démontre en effet que la pratique de l'expérimentation reste à l'appréciation entière de l'Etat qui est libre de déterminer les dérogations possibles et les collectivités qui seront autorisées à les pratiquer. Ainsi, cette expérimentation législative est strictement encadrée par la loi organique du 1er août 2003 qui fixe les conditions pour mettre en place ce droit dérogatoire.
En effet, les dérogations ne sont pas possibles pour toutes les normes nationales, la dérogation doit faire l'objet d'une loi d'habilitation préalable, la dérogation est strictement limitée dans le temps[1007], la collectivité doit demander à bénéficier de l'expérimentation, la liste des collectivités habilitées à mettre en œuvre les dérogations sera fixée par décret[1008]. La dérogation ne doit pas davantage porter atteinte à une liberté publique ou un droit garanti par la Constitution.

1065. La consécration de l'expérimentation législative est donc une avancée supplémentaire dans le processus de décentralisation. Cette expérimentation illustre parfaitement toute l'ambiguïté actuelle de la décentralisation mise en place en droit français et notamment l'ambivalence du principe de libre administration. Ainsi avec l'expérimentation, la collectivité

[1005] Voir en ce sens, J.-M. Pontier, *la loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales,* AJDA 2003, pp. 1717 et suiv.

[1006] Dans sa décision n° 2003-478 DC (JO 2 août 2003, p. 13302), le Conseil constitutionnel a d'ailleurs considéré que le constituant était libre de créer des dispositions dans la Constitution dérogeant à d'autres dispositions constitutionnelles. En l'espèce, l'expérimentation reste dérogatoire aux dispositions de l'article 34 de la Constitution. Voir M. Verpeaux, *les deux premières lois organiques : expérimentation par les collectivités territoriales et référendum local*, JCP 2003, p. 2017.

[1007] L'article LO 1113-1 prévoit que la loi d'habilitation préalable à une expérimentation doit fixer la durée de cette dernière pour une période initiale maximale de 5 ans.

[1008] Règles prévues par l'article LO 1113-2 du CGCT.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

peut choisir d'administrer autrement, selon ses propres règles mais seulement si le législateur l'y autorise[1009]. La pratique qui sera faite de l'expérimentation déterminera probablement l'impact réel de ce nouveau mécanisme sur l'exercice de la souveraineté[1010].

1066. Au-delà du pouvoir naturel de légiférer, le législateur est également maître de la répartition des compétences et fixe le processus d'attribution des compétences qui a une influence sur la souveraineté. En France, le système choisi pour répartir les compétences, abouti plutôt à une fragilisation des collectivités vis-à-vis de l'Etat qui reste maître du jeu. Or sur ce point, l'attribution des compétences reste un domaine juridique complexe, dont il est souvent délicat de déterminer les lignes de partage, ce qui conduit à un morcellement des compétences et fragilise les collectivités.

1067. Dans les textes, le principe de libre administration est la clé de voûte de l'édifice de la décentralisation et il doit traduire l'autonomie des collectivités et donc leur possibilité de mettre en cause le pouvoir souverain de l'Etat. Ce principe suppose donc que les collectivités se voient attribuer des compétences propres, qui traduisent leur autonomie. Cependant, le principe de libre administration ne permet pas en tant que tel de démontrer que les collectivités sont devenues des structures autonomes, puisqu'il ne constitue qu'une affirmation de principe et qu'il ne fait pas apparaître de manière évidente un clé de répartition des compétences.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 2. Les modalités d'attribution de compétences : facteur d'autonomie ou de fragilisation des collectivités ?

1068. Dans le système juridique français, le législateur transfère les compétences au coup par coup, en fonction des priorités qu'il entend assigner, ou donner aux collectivités. Le plus souvent, le législateur se borne à faire mention des compétences transférées, sans d'ailleurs utiliser un texte spécifique et sans définir les domaines qui relèvent de la compétence de l'Etat[1011]. Le législateur en effet ne cherche pas à répartir les compétences même si dans

[1009] C'est en ce sens que certains auteurs ont indiqué à juste titre qu'il n'existait pas de droit à l'expérimentation pour les collectivités locales. Voir J.-F Brisson, *les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales,* AJDA 2003, pp. 529 et suiv.

[1010] Pour une première approche sur le bilan de l'expérimentation, voir par exemple P. Rrapi, *bilan de l'expérimentation prévues par la loi du 13 août 2004 : la difficile introduction du concept d'expérimentation en France,* JCP collectivités territoriales, 22 décembre 2008, p. 2290.

[1011] On peut ici prendre à titre d'exemple les lois du 7 janvier et du 22 juillet 1983 ayant opéré un transfert de compétences au profit des collectivités. Ces lois avaient pour objet un transfert de compétences mais elles contenaient également beaucoup d'autres principes et règles de droit qui n'avaient pas trait à une question de compétence. Par conséquent, son objet n'était pas unique et ne permettait pas de définir clairement le rôle attribué à l'Etat.

certains textes, il a tendance à préciser ce qui dans la nouvelle distribution des rôles relève de l'Etat[1012].

1069. Ce mode de fonctionnement reste d'ailleurs une particularité en Europe même si le droit français intègre par ailleurs des concepts juridiques liés à l'administration locale européenne. En effet, le standard européen d'administration locale a tendance à influencer le droit français dans le sens d'une plus grande autonomie locale, d'une application du principe de subsidiarité désormais inscrit dans la Constitution, et d'une intégration de la charte européenne sur l'autonomie locale[1013] qui a inspiré le constituant français en 2003.

1070. Le principe de la répartition des compétences a d'emblée été clairement posé dans la loi du 7 janvier 1983 qui créait la technique des blocs de compétences pour répartir les différentes matières, entre les collectivités et l'Etat, ainsi qu'entre les collectivités elles-mêmes.

1071. Initialement, le législateur a souhaité donner une identification globale des compétences attribuées aux collectivités. C'est d'ailleurs en ce sens qu'il est toujours possible malgré tout d'identifier une série de compétences relevant d'un échelon territorial.

Ainsi, la Région est surtout une collectivité chargée du développement économique puisqu'elle est compétente pour la planification économique, la formation professionnelle continue et l'apprentissage, les aides directes et indirectes aux entreprises, et la programmation des équipements. La Région a également reçu d'autres compétences plus éclatées notamment pour les lycées, et à titre expérimental, le transport ferroviaire régional, et le développement des ports et aéroports[1014].

En ce qui concerne les départements, ils sont conçus davantage comme une collectivité gestionnaire de services publics. Les compétences sont nombreuses et surtout très hétérogènes. En effet le département est compétent pour les actions de solidarité, d'aide à l'enfance et aux personnes âgées, pour les actions scolaires liées au collège, les transports scolaires. Le département assure aussi les services portuaires pêche et commerce, les routes départementales et nationales pour la plupart. Le département se voit aussi confier des compétences culturelles.

[1012] Voir en ce sens la loi du 13 août 2004, n°2004-809, JO 17 août 2004, p. 14545.

[1013] Charte européenne sur l'autonomie locale, adoptée par le conseil de l'Europe en 1985 et insérée dans notre système juridique par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. Cette charte impose un minimum standard, sans pour autant prévoir des compétences obligatoirement transférées aux collectivités. Il n'y a pas de précisions sur la répartition des compétences et sur une éventuelle organisation des régions. Sur ce point, voir M. Verpeaux, *le droit des collectivités locales*, PUF, 2008, pp. 118 et suiv.

[1014] Précisons d'ailleurs que les politiques d'expérimentation bénéficient à la Région qui hérite de compétences expérimentales également dans le domaine de l'environnement pour le classement des réserves naturelles régionales.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Les communes quant à elles, sont le lieu de l'administration et des services de proximité : urbanisme, bibliothèque ou musée, écoles, transports urbains, des compétences sanitaires et sociales…

1072. Cette technique de répartition par bloc de compétences partait d'une bonne initiative pour éviter les compétences partagées par plusieurs collectivités mais elle n'a jamais été respectée en raison du caractère complémentaire des collectivités, et de l'impossibilité matérielle de mettre en œuvre des séparations tranchées entre les compétences.

1073. Force est ainsi de constater que les textes de loi ont prévu un transfert des compétences de l'Etat vers les collectivités pas toujours limpide. Il faut d'emblée indiquer que même dans les matières transférées, l'Etat peut conserver des compétences propres, à titre exceptionnel et pour des raisons de circonstances spécifiques.
A titre d'exemple, il faut indiquer que les communes sont compétentes en matière d'autorisation d'urbanisme, mais en l'absence de plan local d'urbanisme, l'Etat reste compétent. Il en va de même pour l'enseignement, puisque, si la compétence a été transférée aux communes pour le primaire, aux départements pour les collèges et aux régions pour les lycées, il n'en reste pas moins que l'Etat est toujours compétent pour élaborer les programmes et recruter les professeurs[1015].

1074. Si les domaines généraux semblent pouvoir être globalement identifiés, il n'en reste pas moins que cette classification des compétences reste très approximative et notamment pour la Commune et le Département dont les compétences sont très vastes, dans des domaines très variés. De plus, les compétences transférées ont été de plus en plus difficiles à définir et circonscrire au fil des textes législatifs. Chaque loi relative aux compétences de l'Etat et des collectivités a ainsi apporté son lot de transferts, plus ou moins importants, et concernant plus ou moins les échelons locaux[1016]. Cette superposition des textes aboutit à un enchevêtrement de compétences et de collectivités pas toujours facile à pratiquer au quotidien.

1075. La répartition des compétences par le législateur a conduit à des difficultés pratiques pour déterminer les compétences de chacun, et ces difficultés sont d'ailleurs largement

[1015] De nombreux autres exemples pourraient être cités démontrant un morcellement très net des compétences et un maintien des compétences de l'Etat y compris dans des domaines qui ont normalement fait l'objet d'un transfert ; cette liste serait cependant trop longue et fastidieuse et n'apporterait pas à l'argumentation sur la souveraineté.

[1016] Depuis 1983, de nombreux textes sont intervenus pour modifier les répartitions des compétences. L'attribution des compétences transférées est variable quantitativement puisque les transferts n'ont pas tous la même importance. Cette attribution fait également parfois varier les collectivités titulaires de ces compétences. En effet, les différents textes de lois ne privilégient pas toujours la même collectivité, et suivant les textes, le Département, la Région ou les Communes se voient attribuer davantage de compétences.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

relayées et amplifiées par le mécanisme de la clause générale de compétences, qui a été instaurée dès 1982 et qui fait aujourd'hui l'objet d'une remise en cause[1017].

1076. Dans les lois de décentralisation de 1982, le législateur avait indiqué, dans une formule reprise de manière constante, que le conseil règle par ses délibérations les affaires de sa compétence. Cette formule constitue le socle de la clause générale de compétences qui permet aux collectivités d'agir dans toute une série de domaines dès lors que le territoire de la collectivité et l'intérêt public est concerné. Initialement, cette clause permettait de distinguer la collectivité de l'établissement public, soumis au principe de spécialité et également d'éviter les empiètements des compétences d'une collectivité par une autre ou par l'Etat.

1077. Cette clause générale de compétence a continué à perdurer jusqu'à présent, puisqu'elle a été codifiée dans le code général des collectivités territoriales, aux articles L 2121-29, L 3211-1 et L 4221-1 pour chacune des collectivités. Ce dernier article apportait cependant une particularité puisque, pour ce qui concerne la Région, il précisait l'étendue de la compétence régionale en indiquant que *« le conseil régional a compétence pour promouvoir le développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique de la Région, et l'aménagement de son territoire et pour assurer la préservation de son identité, dans le respect de l'autonomie et des attributions des départements et des communes »*[1018].

1078. La formulation du code général des collectivités territoriales a conduit la doctrine à s'interroger sur la pertinence du maintien d'une telle clause dans les textes législatifs. Pour certains auteurs, la clause générale de compétence n'était plus une réalité, surtout en ce qui concerne la Région, puisqu'un début de compétences d'attribution était indiqué dans les textes et donc donnait une forme de compétence spécialisée à la Région[1019]. Pour d'autres au contraire, cet article était rédigé de manière suffisamment large pour permettre de dire que la vocation régionale prévue dans ce texte comprenait en réalité presque tous les domaines dès lors qu'il s'agissait de développement et que donc le caractère général des compétences était entièrement préservé.

1079. Cette clause a de lourds inconvénients lorsqu'il s'agit de déterminer les compétences de chacun. Ainsi, cette règle générale du droit de la décentralisation repose entièrement dans son

[1017] Cette clause générale de compétence vit en effet ces dernières heures pour ce qui concerne les Régions, et les Départements. Voir notre développement n° 1014.

[1018] Cette clause générale de compétences devrait disparaître dès 2015 pour les Régions et les Départements, si l'ont s'en tient à la dernière réforme territoriale, votée en novembre. Loi n° 2010-1563, du 16 décembre 2010, *réforme des collectivités territoriales*, JO 17 décembre 2010, p. 22289.

[1019] On peut citer ici une expression de J. Moreau in mémento dalloz, *administration régionale, départementale, municipale,* 13ème édition, 2002, p 251 : *« la Région ne serait qu'une collectivité territoriale à vocation spécialisée ».*

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

application sur la notion d'intérêt public local, ou affaires locales, ce qui reste assez flou[1020]. La clause générale de compétence participe d'ailleurs, tout autant que les incertitudes de l'Etat, à installer une répartition très brouillon et indéterminée, des compétences.

1080. La délimitation géographique de l'intérêt public local sert de critère essentiel à la définition de l'intérêt local, mais en raison de la superposition des territoires, ce critère ne peut être retenu comme pertinent à lui seul. L'intérêt local peut aussi être défini par rapport à l'intérêt privé, ou par rapport aux compétences dévolues à d'autres collectivités. Cependant, ces distinctions ne sont pas toujours possibles car les rôles de chacun ne sont pas systématiquement identifiables.

1081. Selon que la définition de l'intérêt public local soit extensive ou non, la collectivité pourra élargir le champ de ses compétences, ce qui est tout autant un facteur d'autonomie qu'un facteur de limitation. Le caractère flou de cette notion ne conduit pas davantage à une autonomisation permanente et définitive des collectivités qui restent limitées dans leur domaine d'actions[1021].

1082. Entre la clause générale de compétence toujours réaffirmée jusqu'à une période très récente, la volonté du législateur de faire mention au gré des textes de certaines compétences d'attribution, et l'interprétation extensive de la notion d'intérêt local, la décentralisation des compétences en droit français s'exerce de manière totalement fragmentée, entre chevauchements des domaines d'intervention et répartition hasardeuse.

1083. Ce mode de répartition des compétences n'est pas sans incidence sur la souveraineté. Traditionnellement, le processus de décentralisation, matérialisé par un partage des compétences Etat/collectivités est de nature à conduire à une répartition des compétences, ce qui est le propre d'un Etat fédéral. Si ce processus est effectivement mené, et même s'il reste législatif et non constitutionnel, les incidences sur la souveraineté restent grandes car l'Etat se trouve dépossédé d'une partie de sa compétence, de sa propre volonté, au profit de collectivités infra-étatiques. Il ne peut plus intervenir dans les domaines transférés sauf à reprendre la compétence.

[1020] La collectivité ne peut certes pas tout faire, mais elle n'a aucun interdit clairement défini, puisqu'elle reste libre de définir elle-même l'intérêt public local.

[1021] Rappelons ici que cette notion d'intérêt public local peut aussi être utilisée a contrario. En effet, les collectivités ne peuvent intervenir que si cet intérêt est effectivement local. Une délibération qui serait prise sans justifier d'un intérêt local serait annulable pour illégalité. Voir par exemple, CE 16 juin 1997, Département de l'Oise, où le Conseil d'Etat a considéré qu'il n'existait pas d'intérêt départemental à attribuer une somme pour la restauration du village de Colombey les deux églises, situé dans le Département de la Haute Marne. Rec. p. 236 et RFDA 1997, p. 948.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Or dans le partage de compétences à la française, le manque de cohérence conduit à un affaiblissement de l'Etat quant à ses domaines de compétences sans pour autant renforcer réellement le champ de compétences de collectivités.
Ainsi, le morcellement et les chevauchements des compétences aboutissent dans la pratique quotidienne à une action simultanée de plusieurs collectivités dans un même domaine. On peut citer par exemple le domaine de l'action sociale, traditionnellement dévolu au Département mais pour lequel l'Etat et la commune interviennent également[1022]. De même, en matière culturelle, toutes les collectivités peuvent intervenir pour communiquer sur un événement, mettre en place un site culturel…

1084. Le système de répartition des compétences traduit toute l'ambivalence de la décentralisation française quant à ses incidences sur la souveraineté. On constate de manière simultanée que les collectivités sont titulaires de compétences qui leur permettent de conserver une certaine autonomie par rapport à l'Etat mais en même temps, elles tiennent ses compétences de l'Etat qui reste libre d'en modifier le contenu. L'Etat reste souverain car il continue à maîtriser la compétence de sa compétence.

1085. L'analyse de la fragmentation des compétences ne permet pas de se prononcer de manière définitive sur le point de savoir si cela conduit plutôt à une autonomie des collectivités ou au contraire, à une soumission à l'Etat. En tout état de cause, ce dualisme persiste et suivant les avancées du processus de décentralisation, il plaide en faveur de l'Etat ou des collectivités.

1086. Ce qui en certain en revanche, c'est que la souveraineté de l'Etat ne prétend plus s'exercer de manière unique et centrale sur tout le territoire national et qu'en tout état de cause, cette souveraineté qui pouvait conserver un caractère absolu dans le cadre d'un Etat unitaire, s'adapte progressivement à un Etat, plus perméable aux concepts autonomistes, voire fédéraux.

1087. Cette adaptation est toujours en œuvre, la réforme qui s'est achevée fin 2010 reste une preuve majeure volonté de modifier en permanence les modalités juridiques qui régissent la décentralisation.
L'avenir dira si la suppression de la clause générale de compétence à partir de 2015, pour les Départements et les Régions, renforcera les prérogatives de l'Etat et contribuera à

[1022] Par exemple, l'Etat définit les conditions d'application du RSA et se préoccupe de mettre en place le service de l'emploi via pole emploi. Le Département est chargé de mettre en œuvre le RSA, de vérifier que les bénéficiaires remplissent effectivement les critères d'obtention. La Commune quant à elle va gérer le service de proximité, l'information de ses habitants, parfois même elle aidera à réaliser les démarches via le service d'aide sociale.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

recentraliser la République[1023]. Toutefois, l'échec de la dernière réforme territoriale est d'ores et déjà annoncé pour ce qui concerne l'attribution des compétences, qui est reportée à une autre loi[1024].

1088. De même, l'analyse des modes de financements des collectivités locales, et particulièrement la récente réforme de la taxe professionnelle[1025], traduit cette volonté de recentralisation, tout en conservant la logique dualiste propre à la décentralisation en France et qui veut que l'Etat au nom de la souveraineté conserve la maîtrise des collectivités infra-étatiques tout en leur permettant de fonctionner de manière autonome.

§ 3. Les capacités de financements et l'autonomie des collectivités territoriales : nerfs du pouvoir.

1089. Le principe de libre administration des collectivités territoriales n'aurait aucune portée réelle si les collectivités, pour mettre en œuvre leurs compétences, ne disposaient d'aucun moyen financier. Afin de déterminer le degré d'autonomie des collectivités et leur capacité à mettre en œuvre des compétences et concurrencer l'Etat, il faut porter une analyse sur les capacités des collectivités à obtenir des financements indépendants et dont elles ont la maîtrise. En effet, le pouvoir de lever l'impôt et d'utiliser une partie de ce dernier pour gérer une activité d'intérêt général reste l'une des prérogatives d'un Etat souverain.

1090. Il faut indiquer que le financement des collectivités territoriales est un facteur d'indépendance car chaque collectivité dispose d'un budget propre, indépendant de celui de l'Etat, et qui va être utilisé par des organes élus, ayant eux-mêmes une indépendance vis à vis des autorités de l'Etat. Chaque collectivité, parce qu'elle a la personnalité juridique, dispose d'un budget qui lui est propre et qui lui permet de mettre en œuvre les compétences confiées par l'Etat. Cependant, ce budget subit des contraintes qui en réduisent l'autonomie à l'égard de l'Etat.

1091. Sur la question de recettes des collectivités, l'autonomie des collectivités territoriales a gagné en importance avec la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, complétée par la loi

[1023] On peut néanmoins avancer que les collectivités régionales ou départementales connaîtront une réduction majeure de leur activité, puisqu'elles ne pourront plus intervenir dans tous les domaines.

[1024] Le texte voté en novembre 2010 n'est pas à la hauteur de ses ambitions puisqu'il ne traite pas de la simplification des compétences décentralisées. Loi du 16 décembre 2010, n° 2010-1563, JO 17 décembre 2010, p. 22289.

[1025] Loi 2009-1673, du 30 décembre 2009, *loi de finances pour 2010.* JO 31 décembre 2009, p. 22856.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

organique du 29 juillet 2004, qui ajoute un article 72-2 dans la Constitution, qui proclame le principe de la libre disposition des ressources dans un alinéa 1 et précise dans son alinéa 3 que : *« les recettes fiscales et les autres ressources propres des collectivités territoriales représentent, pour chaque catégorie de collectivités, une part déterminante de l'ensemble de leurs ressources ».* Avec ces deux alinéas, le constituant a choisi de limiter le pouvoir du législateur et donc de l'Etat sur la fixation des ressources des collectivités, ce dernier ne pouvant plus aller jusqu'à supprimer une série de taxes bénéficiant aux collectivités territoriales.

Sur ce point, l'article 72-2 de la Constitution précise désormais les conditions dans lesquelles les collectivités exercent cette autonomie financière. Il traduit autant l'autonomie que la dépendance vis-à-vis de l'Etat[1026]. Cet article pose en effet un principe de libre disposition des ressources mais dans le respect de la loi, des principes de l'impôt[1027], ainsi que du principe selon lequel un transfert de compétences doit s'accompagner d'un transfert équivalent de moyens financiers[1028].

En effet, l'autonomie financière est l'un des critères qui permet d'établir une libre administration effective et ce critère se mesure tant du point de vue des dépenses que des recettes.

1092. D'ailleurs, dans des décisions récentes, le Conseil constitutionnel a été conduit à affirmer que l'autonomie financière était un élément de la libre administration. Cette reconnaissance s'est effectuée en plusieurs étapes puisque, dans un premier temps[1029], le Conseil constitutionnel a retenu que cette libre administration se mesurait essentiellement aux capacités de la collectivité à dépenser librement dans le champ de sa compétence, peu importe d'où proviennent les ressources. La provenance des recettes n'était pas un critère de libre administration sauf si l'Etat réduisait les recettes de manière telle que les collectivités ne puissent plus, à tout moment, conserver de crédits suffisants pour engager des dépenses.

[1026] Voir la chronique de R. Hertzog, *l'ambiguë constitutionnalisation des finances locales*, AJDA 2003, pp. 548 et suiv.

[1027] Sur ce point l'article 72-2 est désormais libellé comme suit : *« les collectivités territoriales bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement dans les conditions fixées par la loi. Elles peuvent recevoir tout ou partie du produit des impositions de toutes natures. La loi peut les autoriser à en fixer l'assiette et le taux dans les limites qu'elle détermine. Les recettes fiscales et les autres ressources propres des collectivités territoriales représentent, pour chaque catégorie de collectivités, une part déterminante de l'ensemble de leurs ressources. La loi organique fixe les conditions dans lesquelles cette règle est mise en œuvre ».*

[1028] Les deux derniers alinéas de l'article 72-2 dispose : *« tout transfert de compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice. Toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi. La loi prévoit les dispositifs de péréquation destiné à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales ».*

[1029] Décision du 24 juillet 1991, n° 91-298 DC, loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, JO 26 juillet 1991, p. 9920. Décision du 29 décembre 1998, n° 98-405 DC, loi de finances pour 1999, JO 31 décembre 1998, p. 20138.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1093. Puis, dans un second temps, dans une décision du 12 juillet 2000, le Conseil constitutionnel a été plus loin car, en retenant que la suppression de la part régionale de la taxe d'habitation provoque une nouvelle réduction des recettes fiscales, il a indirectement affirmé que la nature des recettes était une composante de la libre administration[1030]. Cette position a d'ailleurs été confirmée par une décision du 28 décembre 2000 concernant la suppression des vignettes automobiles[1031].

1094. L'article 72-2 comporte également un alinéa 2 qui est probablement le plus novateur et source de réelle autonomie pour les échelons territoriaux. Ainsi, il prévoit qu'une loi ordinaire peut autoriser les collectivités à fixer l'assiette de l'impôt, ce qui est parfaitement nouveau. Cependant, il s'agit là d'une prérogative du législateur, qui peut parfaitement continuer à déterminer l'assiette. Là encore, les collectivités sont soumises au pouvoir de l'Etat. Dans l'immédiat, il est difficile d'analyser la portée concrète de tels principes et leurs incidences sur l'autonomie des collectivités et leur capacité à concurrencer l'Etat. Désormais, l'Etat semble toutefois devoir trouver des compensations lorsqu'il supprime une recette mais il reste maître de son attribution[1032]. Toutefois, le propos reste à nuancer dans la mesure où il est délicat d'apprécier de manière exacte la notion de « part déterminante ». L'appréciation ne pourra se faire qu'au cas par cas.

1095. L'autonomie des collectivités reste très fragilisée dès lors que ces dernières sont pour une large part dépendantes du bon vouloir de l'Etat. Ainsi, il faut d'abord rappeler que 22% des recettes proviennent du concours de l'Etat, notamment par le biais de la dotation globale de fonctionnement (DGF) et par le biais du fonds de compensation de la TVA (FCTVA).
De plus, ces recettes sont principalement liées à l'impôt qui représente environ 40% des recettes totales des collectivités. Le système français de répartition du montant de l'impôt entre les collectivités reste très complexe et il ne permet que dans une certaine mesure d'avoir la maîtrise des recettes fiscales. En effet, il faut d'abord préciser que c'est l'Etat qui détermine par la loi, les impôts attribués aux collectivités, ce qui implique de leur part une marge de manœuvre relativement limitée[1033].

[1030] Décision du 12 juillet 2000, n° 2000-432 DC, JO 14 juillet 2000, p. 10821.

[1031] Voir la décision du 28 décembre 2000, n° 2000-442 DC concernant la loi de finances pour 2001. JO 31 décembre 2000, p. 21194.

[1032] À titre d'exemple, la récente réforme de la taxe professionnelle illustre à quel point les collectivités territoriales sont tributaires des choix étatiques. Dans ce contexte d'instabilité des ressources, le prévisionnel financier est particulièrement délicat à établir pour les exécutifs locaux

[1033] Historiquement, les collectivités locales bénéficient de montant de taxes qui leur est attribué sur les impôts directs : taxe d'habitation, taxe sur le foncier bâti et non bâti, taxe professionnelle (dites « 4 vieilles » parce qu'issues de la Révolution). Pour des précisions sur ces taxes, voir M. Klopfer, *gestion financière des collectivités locales, coll. Le courrier des maires et des élus locaux,* édition le Moniteur, 2006, pp. 118 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1096. Les collectivités n'ont qu'une influence sur les taux d'imposition[1034], et cette influence ne permet pas de déterminer le montant exact qui sera reçu. Ainsi, l'Etat perçoit l'impôt, il est aussi chargé de le recouvrer. D'un point de vue des recettes, si la tendance reste à une plus grande autonomie, il n'en reste pas moins que la complexité du système d'établissement, de calcul et de répartition de l'impôt favorise la subordination à l'Etat. Il fixe également les règles de péréquation qui seront applicables entre les collectivités et procède aux arbitrages qu'il estime nécessaire. Ce constat fait naître un doute sur l'autonomie réelle des collectivités à l'égard de l'Etat, tant les règles régissant les recettes locales sont liées à ce dernier.

1097. Enfin, même si les collectivités peuvent avoir recours à l'emprunt pour financer leur projet, et que ce choix est révélateur de la capacité des collectivités à assumer de manière autonome les compétences qui leur sont confiées, cette autonomie est limitée par les capacités de remboursement.

1098. En ce qui concerne les dépenses, l'analyse conduit a priori à une autonomie affirmée des collectivités qui sont libres de dépenser les fonds qui leur sont octroyés pour mettre en œuvre leurs compétences, sous réserves de l'intérêt public local. Toutefois, les contraintes budgétaires et celles de la comptabilité publique sont telles que la marge de manœuvre des collectivités est en réalité bien plus réduite qu'il n'y parait. Ainsi, comme toutes les personnes publiques, les collectivités locales sont soumises aux règles strictes des finances publiques[1035].

1099. Les collectivités doivent faire face à des règles procédurales souvent très complexes, nécessaires au bon usage des deniers publics, mais de nature à permettre à l'Etat de s'immiscer dans la gestion locale. En matière de dépenses d'ailleurs, les collectivités sont naturellement limitées par l'exigence d'équilibre budgétaire et par les risques de tutelle, qui pourraient découler du non respect de cette règle.

1100. Les collectivités doivent fréquemment justifier de leurs dépenses auprès des organismes de l'Etat. Ainsi, le pouvoir de l'Etat en la matière apparaît au travers des contrôles qu'il

[1034] Cependant, si la collectivité a le choix de la fixation des taux depuis 1980, le calcul de l'impôt est tel qu'elle ne peut évaluer précisément quelles seront les recettes en numéraire. L'Etat apporte de plus des modifications relativement fréquentes sur les autres recettes liées à l'impôt, ce qui nuit à la collectivité dans sa capacité à prévoir ses ressources.

[1035] Les principes d'annualité, d'universalité et d'unité s'appliquent. Les collectivités sont également soumises à une obligation réelle d'équilibre, ce qui n'est pas le cas de l'Etat. Sur ces principes, voir M. Klopfer, *gestion financière des collectivités locales, coll. Le courrier des maires et des élus locaux*, édition le Moniteur, 2006, pp. 54 et suiv. Les règles d'établissement du budget sont elles aussi très strictes avec des délais à respecter : le budget primitif doit être établi au plus tard le 31 mars, un débat général sur les orientations budgétaires doit avoir lieu. Le budget doit être adopté avant le 1er octobre. Un compte administratif doit être présenté. Voir également F. Labie, *Finances locales*, édition Dalloz, 1997.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

exerce sur les finances des collectivités, notamment par le biais des chambres régionales des comptes, et par la Cour des comptes. Ces contrôles sont également exercés par le Préfet, ce qui, on le verra, est de nature à réduire l'autonomie réelle des collectivités.

1101. Les règles définies par le législateur en matière de finances locales ne permettent pas aux collectivités de gagner définitivement leur autonomie, d'autant qu'il a souvent été rappelé que les moyens financiers des collectivités sont bien minces au regard des compétences chaque jour plus nombreuses confiées à ces dernières. L'Etat, parce qu'il ne peut plus faire face à toutes ses obligations, se décharge de certaines compétences au profit des collectivités, sans pour autant leur donner les moyens correspondants. Ce phénomène accentue d'ailleurs paradoxalement la dépendance des collectivités vis-à-vis de l'Etat alors même que ce dernier est toujours tenté de se désengager pour des raisons budgétaires et parce qu'il est confronté à des difficultés de financement.

1102. La constitutionnalisation des finances locales a permis d'accentuer la volonté politique de renforcement de l'autonomie financière des collectivités, cependant, juridiquement, cette constitutionnalisation ne modifie pas essentiellement la donne. En effet, la Constitution prévoit une part déterminante de ressources propres, mais cette notion, autant d'ailleurs que celle de collectivité territoriale est difficile à définir[1036], et entièrement soumise à l'appréciation du législateur.

1103. Si les collectivités locales ont gagné un statut constitutionnel qui leur permet de ne plus soumettre leur existence au bon vouloir du législateur, il n'en reste pas moins que leurs compétences et leurs moyens de financement restent très dépendants de ce dernier. Si certains droits liés à la libre administration sont désormais protégés par la Constitution, ils ne sont pourtant pas totalement affranchis de la volonté législative.

1104. Cette réalité conduit à penser que la souveraineté de l'Etat n'est que très partiellement remise en cause par cette décentralisation, qui au fond ne constitue pas un véritable partage des compétences. La souveraineté nationale n'est quant à elle pas touchée par ce processus, puisque le constituant, symbole de cette souveraineté nationale, a toujours la possibilité de modifier les règles applicables au profit de l'Etat ou des collectivités, suivant l'orientation qu'il entend choisir.

1105. Dans le processus de décentralisation, la souveraineté conçue comme la compétence de la compétence reste bien l'apanage de l'Etat mais on commence à concevoir un partage de compétences, qui dans le cas français s'opère systématiquement en faveur de l'Etat. La souveraineté juridique est exercée par plusieurs instances mais l'Etat reste l'ordonnateur de

[1036] Voir en ce sens, R. Hertzog, *l'ambiguë constitutionnalisation des finances locales*, AJDA 2003, p. 548.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

cette mise en œuvre. L'impact sur la souveraineté juridique grandira surtout avec la pratique qui sera faite des mécanismes prévus dans la Constitution[1037].

1106. L'analyse qui vient d'être faite doit se compléter par celle de l'influence des collectivités sur la souveraineté politique de l'Etat, et sur le rôle qu'il entend garder sur son territoire. En effet, le concept de souveraineté défini par J. Bodin supposait que l'Etat était la seule entité sur son territoire capable de régir la vie des sujets. Ce contexte avait d'ailleurs abouti à une abolition de la féodalité et du partage du pouvoir entre l'Etat et d'autres provinces, selon une logique hiérarchisée, répondant à une subordination des différents seigneurs et territoires.

1107. Si dans les textes, toute hiérarchie est interdite parce que étrangère à l'idée même de décentralisation, il faut relever dans la pratique de la décentralisation que la logique de hiérarchie entre l'Etat et les collectivités, qui devrait être exclue, n'est jamais très loin. L'ambivalence des rapports Etat/collectivités mais également des collectivités entre elles, conduit à affirmer qu'il n'existe pas de lien de subordination juridique mais que la réalité reste bien différente. Ce lien d'autorité avec l'Etat ne fait d'ailleurs plus l'unanimité, entre contrôles de l'Etat et volonté d'indépendance des collectivités.
De plus, l'interdiction d'établir un lien hiérarchique entre les collectivités est un concept constitutionnel qui a de plus en plus de difficulté à être compris dans un contexte économique très tendu. Enfin, et surtout, la logique de hiérarchisation et la contestation locale naissent également du rôle que l'Etat a souhaité donner aux élus locaux[1038].

1108. Ce constat aboutit à l'idée que l'Etat se trouve fragilisé dans sa souveraineté par le retour d'une forme de féodalisation diffuse, relativement anarchique dans son organisation.

[1037] L'interprétation qui sera faite de la technique des lois du pays, et de l'expérimentation aura en tout état de cause des incidences manifestes sur la souveraineté juridique, et sur la capacité des collectivités à entrer en concurrence avec le législateur, symbole de la souveraineté de l'Etat.

[1038] Les élections locales et l'administration locale par des conseils élus participent à l'exigence de démocratie mais cela n'est cependant pas sans incidence. Un retour de la personnification du pouvoir et des jeux de pouvoir s'établissent.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

CHAPITRE 2 :

Le retour de la féodalisation du territoire : un Etat fragilisé par le pouvoir local

1109. La souveraineté est un concept qui s'est construit en parallèle de la réalisation d'un Etat unitaire, débarrassé de ses velléités féodales et seigneuriales. Pourtant la logique centralisatrice de l'Etat présente de nombreux inconvénients, même dans un monde où les moyens de communication sont très développés et où il est aisé de transmettre rapidement des instructions. L'Etat rencontre en effet des difficultés à imposer des normes identiques à partir de la capitale.

1110. L'évolution démocratique impose d'ailleurs une concertation au plus proche. L'organisation territoriale répond à cette exigence de maintien d'un échelon de pouvoir au plus proche des citoyens mais largement contrôlé (Section 1).

1111. Toutefois, le maintien de ces contrôles étatiques ne suffit pas à éviter une forme de néo féodalisation reposant sur des rapports concurrentiels entre les collectivités et avec l'Etat (Section 2).

1112. Ce rôle politique des élus locaux reste déterminant même si le pouvoir juridique, notamment réglementaire, est limité (Section 3).

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Section 1 : L'Etat et le maintien du contrôle sur les structures locales

1113. Les contrôles de l'Etat ont subsisté à la décentralisation qui n'a jamais été synonyme de liberté totale pour les collectivités françaises. En effet, dans la rédaction constitutionnelle de 1958, il était affirmé que la libre administration ne pouvait s'exercer sans le contrôle de l'Etat, notamment par l'intermédiaire des préfets.
L'article 72 tel que rédigé aujourd'hui rappelle d'ailleurs cette contrainte, la libre administration s'exerce toujours *« dans les conditions prévues par la loi ». « Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'Etat, représentant chacun des membres du gouvernement, à la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif, et du respect des lois ».*

1114. Selon leur nature, les contrôles de l'Etat démontrent de manière implicite ou explicite que l'Etat n'entend pas laisser aux collectivités une marge de manœuvre telle qu'elles seraient en mesure de le concurrencer. La persistance des contrôles étatiques est là pour rappeler que l'Etat français n'est ni fédéral, ni même régionalisé, mais qu'il reste un Etat unitaire malgré la décentralisation. Les contrôles subsistent tant sur le plan administratif que financier, avec une efficacité qui n'est pas toujours uniforme.

§ 1. Les contrôles administratifs de l'Etat : une autonomie des collectivités mal assumée

1115. Les lois de décentralisation de 1982 et 1983 ont supprimé les contrôles de tutelle qui étaient exercés par le Préfet[1039] et qui lui donnaient un pouvoir d'annuler les actes pris par les collectivités locales, avant même leur entrée en vigueur, puisque le contrôle s'effectuait a priori. La philosophie générale suivie par le législateur en 1982 était de mettre en place un contrôle a posteriori des actes, par le juge administratif. Pour cette raison, le préfet n'avait plus qu'un contrôle administratif de légalité a posteriori et sans pouvoir hiérarchique.

1116. D'un certain point de vue, la disparition du contrôle de tutelle démontre que les collectivités sont devenues libres des choix qu'elles opèrent et que l'Etat n'est plus maître, ni de l'opportunité de ces choix, ni de leur bien fondé. Les actes des collectivités acquièrent une force exécutoire dès leur publication, et après transmission au préfet sans que ce dernier ait à donner son accord. En ce sens, le pouvoir donné aux collectivités territoriales a acquis son

[1039] Ce régime de tutelle obéissait à une logique totalement hiérarchique et avait été institué par les lois de 1871 et 1884. Modifié dans le sens d'un allégement, ce contrôle a pourtant perduré jusqu'en 1982. La loi du 31 décembre 1970 avait notamment réduit le nombre d'actes soumis au régime d'approbation préalable (loi n° 70-1297, JO 1er janvier 1971, p. 3).

autonomie, plus proche de la notion de libre administration. Pourtant cette autonomie reste limitée, ou du moins cantonnée a posteriori puisque le préfet continue à exercer un contrôle de légalité.

1117. L'obligation de transmission de certains actes au préfet est le premier indicateur de la réalité du contrôle de l'Etat. Initialement, l'ensemble des actes pris par les collectivités était soumis à l'obligation de transmission ce qui tendait à démontrer que l'Etat ne consentait pas à l'abandon de certains pouvoirs sans contreparties, et qu'il bénéficiait toujours d'un droit de regard sur l'ensemble des collectivités. Cette obligation de transmission conditionne l'entrée en vigueur des actes et permet à l'Etat d'exercer son contrôle.

1118. L'obligation de transmission perdure aujourd'hui[1040] mais peu à peu, cette obligation s'est assouplie, au bénéfice des collectivités locales. Ainsi, la loi du 13 août 2004, n° 2004-809 a réduit le nombre d'actes soumis à l'obligation de transmission, pour un contrôle qui se veut quantitativement moindre et qualitativement meilleur. Ce nouveau cadre juridique de l'obligation de transmission va plutôt dans le sens d'une plus grande autonomie des collectivités, l'Etat se réservant la possibilité de contrôler la légalité des actes les plus importants[1041].

1119. Au-delà de l'obligation de transmission, le contrôle de légalité est très ambivalent quant à sa portée, tant son effectivité et donc son caractère restrictif à l'égard des collectivités dépend surtout de la pratique qui en est fait. En effet, suivant que ce contrôle administratif est poussé ou non, il peut s'analyser soit comme une résurgence du contrôle systématique de l'Etat sur les échelons locaux, soit au contraire comme un contrôle formel, sans pouvoir réel de contrainte de l'Etat.

1120. Ce contrôle présente deux phases : il s'exerce d'abord par le biais d'une discussion entre le préfet et la collectivité auteur de l'acte qu'il estime illégal[1042]. Ce n'est que si le

[1040] En effet, cette obligation est reprise et organisée dans le CGCT. Les articles L 2131-1 à 9 pour les communes, les articles L 3131-1 à 5 et L 3132-1 à 3 pour les départements et les articles 4141-1 à 5 pour les régions, sont consacrés à cette obligation.

[1041] Il faut noter ici que l'allégement de l'obligation de transmission ne porte pas sur les actes les plus importants. Ainsi, sont toujours concernés par cette obligation, les délibérations, les arrêtés de délégation, les décisions de nomination et décisions relatives à la carrière des agents, les décisions relatives à l'exercice du pouvoir de police, les conventions relatives aux marchés publics, les emprunts, les concessions de service public, les autorisations d'urbanisme… Pour des précisions sur l'étendue du contrôle, voir M. Verpeaux, *droit des collectivités territoriales,* PUF, 2010, pp. 137 et suiv. Voir également *manuel de droit public général,* Litec, 2003, pp. 249 et suiv et R. Le Mestre, *droit des collectivités territoriales,* Gualino éditeur, 2004, pp. 456 et suiv.

[1042] Le Conseil d'Etat a estimé que cette phase de discussion constituait un véritable recours gracieux : CE 18 avril 1986 commissaire de la République d'Ille et Vilaine. Cette qualification implique nécessairement une prorogation du délai de recours contentieux dès lors que le Préfet a présenté des observations à la collectivité dans le délai de deux mois suivant la transmission. (Rec. Tables, 62470).

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

désaccord persiste que le préfet sera tenu de déférer l'acte. Ce contrôle n'est donc pas seulement un contrôle juridictionnel, mais il conserve en amont ses caractéristiques administratives puisque le préfet reste bien le principal acteur de ce contrôle auprès des collectivités.

Le préfet est d'ailleurs la seule autorité habilitée à exercer ce contrôle. Il dispose d'une faculté de déférer et ce n'est en rien une obligation[1043]. Ainsi, le rôle du préfet reste déterminant dans l'exercice du contrôle puisque chaque année, on recense près de 200.000 observations préfectorales pour moins de 2.000 déférés, ce qui tend à démontrer que le contrôle reste majoritairement administratif[1044].

Ainsi, le déféré préfectoral proprement dit ne s'exerce que si le Préfet n'obtient pas le retrait de l'acte dont la légalité est litigieuse. Le Préfet peut alors saisir le juge administratif soit de lui-même, soit sur demande d'un administré[1045].

Il ne lui appartient pas de procéder à l'annulation de l'acte, ce qui implique que l'autorité exécutive de l'Etat n'exerce plus un pouvoir hiérarchique. Cependant, cette pratique du déféré préfectoral ne remet pas totalement en cause l'autorité de l'Etat, et confirme au contraire que ce dernier a toujours le pouvoir souverain de vérifier que la loi est appliquée.

Par le déféré, c'est le juge qui sera amené à trancher la légalité d'un acte d'une collectivité locale, et non plus le pouvoir exécutif. Le mécanisme est différent, l'organe n'est plus le même, mais l'Etat est toujours là puisque le juge reste un organe de l'Etat, même s'il est indépendant des autres pouvoirs[1046].

1121. Le déféré préfectoral joue donc un rôle majeur dans la relation Etat/collectivités locales et démontre le maintien d'une surveillance. Ce contrôle ne s'arrête pas là puisqu'en dernier lieu, le rôle du préfet peut aussi s'exercer par l'usage de procédures classiques de contentieux administratif, et notamment les procédures de référé, qui peuvent parfois conduire à une véritable mise en cause des décisions locales[1047].

1122. L'Etat conserve donc les moyens juridiques d'exercer un contrôle sur les collectivités et donc de faire en sorte de ne pas subir de concurrence dans l'exercice de son pouvoir souverain. Cependant, nous l'avons dit, la portée du contrôle administratif reste à nuancer,

[1043] CE 16 juin 1989, commune de Belcodène, Rec tables, 103661.

[1044] Dans cette procédure, le préfet cherche le plus souvent à *« convaincre plutôt qu'à contraindre »,* selon une expression de J. Chevallier, in *la dimension symbolique du principe de légalité*, RDP 1990, p. 1666.

[1045] Sur le déféré préfectoral, et les distinctions entre le référé spontané, provoqué, et dans l'intérêt de la défense nationale, voir R. Le mestre, *droit des collectivités territoriales*, gualino éditeur, 2004, pp. 464 et suiv.

[1046] Ce rôle du juge a d'ailleurs tendance à se développer et à ouvrir de nouvelles voies de dialogues entre l'Etat et les collectivités territoriales, voir en ce sens, J.-C. Hélin, *la décentralisation et le juge*, LPA 1er août 1997, pp. 4 et suiv.

[1047] Les dispositions de la loi du 30 juin 2000, n° 2000-597, prévoyant les procédures d'urgence aujourd'hui codifiées au code de justice administrative, sont également ouvertes au Préfet. JO 1er juillet 2000, p. 9948.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tant ce contrôle dans la pratique reste aléatoire et diffus. En effet, l'Etat n'a ni les moyens techniques, ni financiers, pour contrôler réellement l'ensemble des actes des collectivités soumis à l'obligation de transmission et c'est d'ailleurs en ce sens que l'Etat n'est pas totalement centralisé ou omnipotent.

1123. En tout état de cause, l'Etat choisit désormais d'autres voies pour soumettre les collectivités à la loi et donc à l'Etat, en utilisant davantage le juge, plutôt que les organes exécutifs. Ce contrôle plus indirect est tout aussi efficace pour le maintien de la souveraineté de l'Etat mais il continue à s'accompagner d'un contrôle sur les exécutifs locaux.

1124. Aujourd'hui, le maintien du pouvoir de l'Etat sur les collectivités s'analyse particulièrement dans la possible mise en œuvre du contrôle de l'Etat sur les exécutifs locaux, par une forme de résurgence d'un contrôle sur les personnes, soit en raison de leur qualité d'agents d'Etat, soit en raison de règles spécifiques qui autorisent l'Etat à s'immiscer dans la vie locale. Dans les textes, il est par exemple prévu un pouvoir de dissolution des conseils municipaux, généraux et régionaux par décret en conseil de ministres[1048], ce qui participe de l'immixtion toutefois mesurée de l'Etat dans la gestion locale.

1125. Pour les communes, ce pouvoir est peu encadré par la loi qui ne précise pas les motifs qui pourraient conduire à une telle dissolution. Cela pourrait faire craindre à une toute puissance de l'Etat mais il n'en est rien puisque ce pouvoir est peu utilisé et de manière limitative, uniquement lorsque de graves dissensions empêchent un fonctionnement normal de l'assemblée communale et donc de la collectivité. De plus, le juge administratif exerce un contrôle poussé sur les faits et leur qualification juridique, ce qui en fait une garantie contre tout abus de l'exécutif étatique[1049].
Ce pouvoir de dissolution n'implique d'ailleurs pas que l'Etat retrouve toute prérogative dans la commune concernée. En effet, la gestion par une délégation nommée par le Préfet est temporaire, et de nouvelles élections doivent être organisées.

1126. Pour les Départements et les Régions, ce pouvoir est très restreint, ce qui conduit à penser que leur autonomie vis-à-vis de l'Etat est encore plus grande. Ainsi, l'Etat ne peut dissoudre en même temps l'ensemble des conseils régionaux et généraux. De plus, pour que la dissolution soit possible, il est nécessaire qu'une condition très restrictive soit remplie : le fonctionnement du conseil ou de la collectivité doit se révéler impossible. De fait, les

[1048] Pouvoir de dissolution prévu aux articles L 2121-6, L 3121-5 et L 4132-3 du CGCT.

[1049] Le décret de dissolution peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (CE 31 janvier 1902, Grazietti). Le juge vérifie l'exactitude matérielle des faits : CE 31 mai 1957 Rosan Girard ; l'absence de détournement de pouvoir : CE 24 décembre 1931 Martin ; et la qualification juridique des faits : CE 13 juillet 1968 Hell.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

dissolutions sont très rares[1050] mais lorsqu'elles se produisent, l'Etat redevient temporairement, pour une période de deux mois maximum[1051], une autorité de tutelle puisque le président de l'assemblée locale est chargé des affaires courantes mais que les actes sont soumis à accord préalable du Préfet.

1127. De ce point de vue encore, le pouvoir de l'Etat est démontré puisqu'il dispose des moyens juridiques pour contrôler même temporairement une collectivité locale, cependant, ce pouvoir est si peu utilisé que dans les faits, il ne traduit pas une réelle manifestation de la souveraineté. En effet, ce pouvoir de dissolution est davantage utilisé dans le cadre de l'obligation de l'Etat à veiller à la bonne administration du territoire, puisqu'il s'applique uniquement en circonstances de crise ou d'impossibilité de gérer une collectivité. Ce pouvoir d'ingérence dans le fonctionnement local reste un symbole du rôle régulateur que l'Etat entend jouer.

1128. Enfin, il a parfois été retenu une autre forme de contrôle administratif de l'Etat qui est un pouvoir de suspension ou de révocation du Maire et des adjoints. Cependant, ce pouvoir existe dans le cadre de la déconcentration, puisque ces autorités sont également agents de l'Etat. C'est d'ailleurs également pour cette raison que ce pouvoir ne s'applique pas aux exécutifs des départements et des régions. Ce contrôle est donc particulier et relève d'un contrôle de l'Etat souverain sur ses agents, sans que la relation collectivité/Etat n'entre en jeu. Ce contrôle reste une résurgence de l'époque où les échelons locaux étaient uniquement des autorités déconcentrées de la République.

1129. Les contrôles administratifs de l'Etat rappellent tout autant que l'Etat français reste un Etat unitaire, malgré la volonté de décentralisation, ce qui implique qu'il ait toujours le pouvoir de contrôler les échelons locaux[1052]. Ce contrôle dénote cependant dans la pratique, une incapacité de plus en plus fréquente de l'Etat à effectuer de réels contrôles. La marge de manœuvre des collectivités s'affirme de manière progressive, en parallèle de la réduction du contrôle préfectoral. Ces contrôles en droit français posent un paradoxe qui veut que l'Etat a les moyens juridiques du contrôle mais qu'il ne peut pas toujours les mettre en œuvre, faute de moyens financiers ou humains.

[1050] Deux dissolutions peuvent être recensées : le Conseil général des Bouches du Rhône, par décret du 26 mai 1874 (JO 27 mai 1874, p. 3530), et l'Assemblée régionale de Corse, par décret du 29 juin 1984 (JO 1er juillet 1984, p. 2076).

[1051] En effet, de nouvelles élections doivent être organisées dans un délai de deux mois à compter de la dissolution (article L 3121-6 et article L 4132-4 du CGCT).

[1052] C'est d'ailleurs en ce sens que M. Doat indique que si la notion de pouvoir hiérarchique en tant que telle a disparu, il n'en reste pas moins que la hiérarchie persiste et que l'Etat reste toujours au dessus des collectivités. Voir M. Doat, *recherche sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, LGDJ, 2003, p. 151.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1130. Les techniques juridiques qui permettent à l'Etat de conserver une influence déterminante sur les collectivités ne sont qu'incomplètes dans leur mise en œuvre, ce qui laisse parfois une autonomie aux collectivités, qu'elles ne savent pas toujours utiliser. Conscient de ses limites à contrôler entièrement l'activité locale, l'Etat adopte également d'autres chemins détournés, tels que le contrôle financier et les tutelles techniques.

§ 2. Les contrôles financiers : une résurgence polymorphe du lien hiérarchique Etat / collectivités

1131. Le contrôle en matière de finances publiques reste un contrôle traduisant parfaitement le maintien d'une supériorité de l'Etat par rapport aux collectivités. En effet, le budget des collectivités, à la différence de l'Etat, est soumis à un contrôle de légalité puisque ce budget est considéré comme un simple acte administratif.

1132. Le contrôle sur les actes financiers des collectivités locales passe d'abord par le contrôle de légalité de droit commun qui porte sur toutes les décisions financières des collectivités locales. Le préfet, s'il retient une illégalité doit saisir le juge administratif afin que ce dernier statue. Le contrôle du juge peut par exemple porter sur la régularité du vote de l'assemblée délibérante, et notamment le respect des principes budgétaires, la régularité de l'institution d'une taxe, la régularité de la fixation des tarifs de services publics locaux.

1133. Au delà du droit commun, un contrôle spécifique des actes budgétaires a été institué par les articles 7, 8, 9 et 11 de la loi du 2 mars 1982. Ce contrôle reste d'abord une réminiscence du contrôle de tutelle. Il n'est exercé que dans des domaines strictement définis par la loi. Ainsi, ce contrôle porte en premier lieu sur le budget primitif, les décisions modificatives, le budget supplémentaire et le compte administratif. Il ne s'applique pas aux autres actes qui, bien qu'ayant des incidences financières, ne sont pas des actes budgétaires stricto sensu[1053].

1134. Le contrôle budgétaire est également spécifique, parce que, contrairement au contrôle de droit commun, il ne s'effectue pas sur la totalité de l'acte mais sur des éléments bien précis. Le contrôle porte en effet uniquement sur des points limitativement énumérés par la loi, tels que les délais d'adoption du budget primitif, l'équilibre réel du budget, l'inscription des dépenses obligatoires, l'arrêté des comptes, et le déficit du compte administratif.

1135. Le contrôle budgétaire est aussi particulier quant à sa finalité, qui fait d'ailleurs ressortir clairement la notion de tutelle. En effet, contrairement au contrôle de légalité qui vise

[1053] Ce qui explique que les marchés publics, l'acte de recrutement d'un agent, ou encore la décision d'emprunter, ne sont pas assujettis à ce contrôle spécifique.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

l'annulation d'un acte par le juge administratif, le contrôle budgétaire vise à la suppression d'un acte et à son remplacement par un autre acte. Il va donc au delà du simple respect de la loi mais permet à l'Etat d'exiger que chaque collectivité soit dotée d'un budget satisfaisant, en utilisant la contrainte si nécessaire.

1136. Ce contrôle est donc une manifestation du pouvoir souverain de l'Etat et de l'autonomie limitée des collectivités territoriales qui se traduisait de manière parfaite avant 1982, puisqu'il était exercé par le Préfet seul, dans le cadre du contrôle de tutelle. Depuis les lois de décentralisation de 1982, ce contrôle s'affiche moins officiellement, puisque ce sont principalement les chambres régionales des comptes qui interviennent au côté du préfet, mais ce contrôle financier reste une résurgence forte du pouvoir souverain.
Ainsi, la procédure suivie aujourd'hui pour ce contrôle, ne dépend certes plus entièrement du Préfet, mais reste en tout état de cause l'apanage de l'Etat. Désormais, la chambre régionale des comptes intervient dans la procédure, saisie pour avis par le préfet, ce qui ne signifie pas pour autant que la procédure devienne juridictionnelle.
Ainsi, cette saisine de la chambre régionale des comptes s'apparente en réalité à la saisine d'une autorité administrative, dans le cadre d'une procédure contradictoire, la chambre régionale des comptes n'ayant pas une fonction juridictionnelle dans le cadre de ce contrôle[1054].

1137. Cependant, cette nouvelle procédure de saisine pour avis de la chambre régionale des comptes, dans le cadre du contrôle budgétaire, conduit nécessairement le Préfet à ne plus prendre la décision finale d'une manière purement discrétionnaire.

1138. En effet, pour ce qui concerne la non adoption du budget dans les délais légaux, la chambre régionale des comptes dispose d'un délai d'un mois pour rendre son avis et effectuer des propositions de règlement du budget[1055]. Dans un délai de 20 jours à compter de la notification des propositions de la chambre régionale des comptes, le Préfet doit régler le budget par voie d'arrêté, qui reste susceptible de recours. Cet arrêté démontre la tutelle de l'Etat puisqu'il constituera le budget primitif de la collectivité concernée, qui n'aura d'autre choix que de l'appliquer, à l'exception de quelques modifications possibles dès lors que l'équilibre n'est pas en cause.

[1054] Si l'article 84 de la loi du 2 mars 1982 institue la chambre régionale des comptes en tant que juridiction, il n'en reste pas moins que l'avis qu'elle émet dans le cadre du contrôle budgétaire est un avis administratif. Voir J. Raynaud, *les chambres régionales des comptes : analyse d'une pratique*, Doc fr. NED 1987, n° 4826.

[1055] Il faut rappeler ici à titre informatif que la chambre régionale des comptes établit ses propositions sur la base d'un « budget minimal », comprenant les dépenses obligatoires et les recettes nécessaires pour y faire face. Voir en ce sens, B. Varaine et D. Malingre, *l'activité des chambres régionales des comptes : budget tardif,* AJDA 1986, pp. 152 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1139. En second lieu, pour ce qui concerne le défaut d'équilibre réel du budget, là encore le contrôle démontre le large pouvoir d'action de l'Etat. Lorsque la collectivité ne respecte pas son obligation d'équilibre des budgets, une procédure visant à la contraindre à se mettre en conformité est prévue par la loi. Ainsi, lorsque le Préfet estime que le budget transmis n'est pas en équilibre réel, il saisit la chambre régionale des comptes dans un délai de 30 jours. Dès la saisine de la chambre régionale des comptes, l'exécution du budget est suspendue, ce qui traduit là encore un pouvoir spécifique de l'Etat[1056].
La chambre régionale des comptes, après avoir constaté le déséquilibre du budget, est amenée là encore à donner un avis sur les mesures de redressement nécessaires dans un délai de 30 jours à compter de la saisine. Ces mesures font cependant l'objet d'une discussion car elles sont transmises à la collectivité avant la décision finale du Préfet. Cette dernière dispose d'un délai d'un mois, soit pour prendre un nouveau budget conforme, soit pour prendre des mesures partielles répondant aux observations de la chambre régionale des comptes, ce qui dans les deux cas, indique que la collectivité s'incline devant les souhaits de l'Etat.
La collectivité peut également ne pas répondre à ces demandes, mais dans cette hypothèse, la chambre régionale des comptes demande au Préfet de régler le budget, ce qui revient naturellement à l'exercice d'un pouvoir de tutelle.

1140. En troisième lieu, pour ce qui concerne le déficit du compte administratif, l'Etat reste également maître des collectivités puisque le contrôle s'effectue en amont et peut avoir des répercussions extrêmement conséquentes sur le budget primitif suivant le constat du déficit du compte administratif. Le Préfet a notamment la possibilité de mettre en œuvre un véritable plan de redressement qui s'impose à la collectivité concernée.

1141. Enfin et en quatrième lieu, l'Etat a également la prérogative de faire inscrire aux budgets des collectivités locales les dépenses obligatoires qui n'auraient pas été inscrites, ou qui l'ont été de manière insuffisante[1057]. L'article 11 de la loi du 2 mars 1982 donne en effet au Préfet la possibilité de demander à la collectivité de faire inscrire une dépense obligatoire au budget. Si la mise en demeure reste sans effet, le Préfet règle le budget en inscrivant cette dépense à la demande de la chambre régionale des comptes.

1142. L'ensemble de ces contrôles constitue le cœur du contrôle budgétaire traduisant le pouvoir persistant de tutelle de l'Etat sur les collectivités. Les domaines sont certes limités par

[1056] Notons que cette suspension est particulièrement lourde de conséquences et démontre le fort pouvoir de l'Etat puisque par nature les actes administratifs bénéficient d'un privilège du préalable, et reçoivent exécution jusqu'à ce qu'une juridiction ait statué. Cette suspension de l'exécution s'apparente à un réel pouvoir de tutelle. Seules les dépenses de fonctionnement inscrites au précédent budget et les dépenses liées au remboursement en capital de l'annuité de la dette peuvent se poursuivre.

[1057] Rappelons ici que l'existence même de ces dépenses obligatoires constitue une limite à l'autonomie des collectivités puisqu'elles n'ont pas le choix de les inscrire et que l'Etat détermine ces compétences. Voir sur cette notion des dépenses obligatoires, F. Labie, *Finances locales*, Dalloz, 1997, pp. 36 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

la loi, les actes concernés sont limitatifs, mais le contrôle porte sur les actes budgétaires stricto sensu, qui restent la manifestation la plus évidente du pouvoir local.

1143. Ce contrôle budgétaire est par ailleurs renforcé également par un contrôle juridictionnel sur les comptables publics, et par une vérification des comptes sur les dépenses et les recettes engagées par les collectivités. Ce contrôle baptisé contrôle de la gestion des collectivités vérifie la régularité des dépenses et des recettes au regard du droit applicable. Ce contrôle est aussi l'occasion de la vérification de l'utilité des dépenses même si ce contrôle ne peut aller jusqu'à un contrôle d'opportunité supprimé depuis 1982.
Ce contrôle n'est d'ailleurs pas dénué d'une certaine ambiguïté puisque les limites de la vérification ne sont pas toujours aisées à déterminer et que l'Etat, par le biais du contrôle financier arrive parfois à s'immiscer dans les décisions locales perturbant ainsi le principe de libre administration et l'autonomie réelle des collectivités.
Le contrôle de la chambre régionale des comptes porte en effet sur le choix des moyens, le coût de l'opération, les résultats obtenus par rapport à un objectif politique déterminé. Le contrôle aboutit également de facto à ce que la chambre régionale des comptes porte une appréciation qualitative plus ou moins poussée sur la gestion de la collectivité et notamment sur l'état de la trésorerie, le niveau de fiscalité, les résultats en fin d'exercice, l'endettement…
Même si tous ces éléments n'ont ensuite qu'une valeur informative et qu'ils ne constituent pas une décision, il n'en reste pas moins que ces éléments restent connus de l'Etat et soumis à son appréciation.

1144. Les contrôles financiers restent donc le symbole manifeste d'une décentralisation limitée qui n'accorde qu'un pouvoir d'autonomie financière très relatif aux collectivités. Ce pouvoir de contrôle, bien que desserré depuis 1982, conserve son aspect tutélaire ce qui dénote parfois au regard des dispositions d'autonomie financière désormais prévues par la Constitution. Ces contrôles traduisent un pouvoir de l'Etat qui persiste à l'égard des collectivités même si les formes de ce contrôle sont plus souples et que par conséquent, l'Etat unitaire n'est plus aussi monolithique qu'il a pu l'être.

1145. La réforme constitutionnelle de 2003 n'a pas fondamentalement modifié ces contrôles financiers et n'a d'ailleurs pas apporté davantage d'autonomie pour les collectivités sur le plan de leur capacité à organiser leurs finances librement. Le principe de libre administration en matière financière n'exige rien de plus qu'une capacité à utiliser son budget selon les choix du Conseil élu, mais dans le respect des lois et sous le contrôle de l'Etat.
Ainsi, dès lors que la collectivité a des difficultés financières, le pouvoir local perd de sa capacité à opérer des choix politiques et à appliquer les priorités qu'il entend mener. Le

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

pouvoir local n'est donc autonome qu'autant qu'il est en mesure de financer, ce qui est un enjeu de plus en plus difficile pour les petites collectivités[1058].
Ainsi, si les collectivités locales ont gagné en autonomie depuis 1982 puisqu'elles disposent en principe de moyens financiers, matériels et humains pour gérer les compétences qui leur sont attribuées, la pratique démontre chaque jour que l'Etat reste présent dans l'action locale.

1146. Ce phénomène de maintien de la présence de l'Etat au niveau local reste possible car de nombreuses collectivités, et notamment les communes, n'ont en réalité pas les capacités pour assumer les missions qui leur sont confiées. L'Etat utilise alors cette faiblesse pour s'assurer d'un contrôle et d'une possibilité indirecte d'influer sur les collectivités.
Au-delà de la contrainte pratiquée lors du contrôle financier, l'Etat met en place une forme de relation hiérarchique plus consensuelle et parfois sollicitée par les collectivités.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 3. Un maintien indirect du lien hiérarchique par la tutelle technique et les dotations

1147. Si le texte constitutionnel précise désormais explicitement que les collectivités disposent de moyens humains et financiers pour assumer les compétences qui sont les leur, et que tout nouveau transfert de compétences doit s'accompagner des transferts équivalents en personnels et en moyens financiers, la pratique quotidienne démontre au contraire un affaiblissement des moyens des collectivités au regard des compétences qui leur sont transférées.

1148. Certaines collectivités ont du faire face à des difficultés majeures pour remplir les obligations définies par la loi et dans ce contexte, tous les conseils d'ordre juridique, financier, et technique ont été les bienvenus, même si ces derniers provenaient essentiellement des services de l'Etat. Ce besoin des collectivités a été d'ailleurs largement utilisé par l'Etat, qui a parfois mis sciemment à disposition ses agents pour apporter une aide aux collectivités.

1149. Malgré la fin du contrôle d'opportunité, l'Etat a ainsi trouvé d'autres moyens d'influence sur les collectivités en utilisant divers procédés ayant pour but d'apporter des aides aux collectivités, notamment par le biais de la tutelle technique, de l'instauration de recours à des commissions émettant des avis impératifs, ou encore par l'utilisation généralisée du subventionnement.

[1058] C'est d'ailleurs sous cet aspect que les exécutifs locaux contestent la réforme territoriale. L'argument majeur consiste à indiquer que la réduction des moyens financiers conduit naturellement à un pouvoir d'action limité, et donc à une perte d'autonomie et de liberté, au niveau local.

1150. Le premier procédé, la tutelle technique, fait apparaître la capacité de l'Etat à influer en amont sur le choix des collectivités en assurant une forme de fonction d'expertise, qui est officiellement bien moins contraignante que la tutelle, puisque la collectivité conserve la maîtrise décisionnelle. Toutefois, cette tutelle technique reste pourtant un droit de regard de l'Etat souverain, tant les indications fournies par l'Etat peuvent être gage de conformité, voire de sécurité juridique pour des élus locaux dont la formation juridique reste souvent réduite.

1151. L'exemple de l'urbanisme reste d'ailleurs particulièrement révélateur de cette forme de tutelle technique qui permet à l'Etat de maintenir son pouvoir sur les collectivités sans que ce dernier n'apparaisse de manière très nette. En effet, dans la plupart des communes, le droit de l'urbanisme est désormais une compétence de la commune, et notamment la délivrance des permis de construire.
Or pour de nombreuses communes, l'instruction des dossiers est très lourde à effectuer, faute de personnels qualifiés et suffisamment nombreux ; elle est aussi très technique parce que les règles de droit applicables sont toujours plus complexes et nombreuses[1059]. Cette réalité empêche les collectivités de mener à bien à elles seules cette compétence, qui leur est pourtant confiée et elles trouvent auprès des services de l'Etat, le secours nécessaire pour exercer leur compétence de manière efficace.
Ainsi, dans la pratique quotidienne, l'instruction des permis de construire est très souvent effectuée par les services de l'Etat qui sont chargés de vérifier que le dossier présenté à la commune, et le projet de construction est conforme aux règles d'urbanisme applicables, tant sur le plan local que national. La commune transmet donc les dossiers de permis construire aux services de l'Etat, sans en faire elle-même l'analyse et le plus souvent l'analyse qui sera réalisée par les services de l'Etat sera naturellement reprise par les collectivités.

1152. Cet exemple relatif aux autorisations d'urbanisme démontre combien l'Etat garde une influence sur les collectivités, influence non plus coercitive mais bien au contraire une influence liée à une fonction de conseil qui facilite l'exercice par les collectivités de leur compétences, tout autant qu'il conditionne leur exercice. L'Etat garde donc une maîtrise indirecte des choix des collectivités par les conseils qu'il peut donner, ce qui implique une nouvelle forme d'exercice du pouvoir dans le cadre de la décentralisation.

1153. Cette forme de tutelle technique qui s'exerce également dans beaucoup d'autres domaines comme par exemple, le domaine routier, le domaine environnemental[1060], le

[1059] La majorité des communes en France ne dispose que de quelques agents, voire d'une seule personne pour effectuer toutes les taches administratives incombant à une commune. Cette personne ne peut avoir les connaissances nécessaires pour instruire des questions pointues, alors même qu'elle n'a pas la formation juridique le lui permettant, et surtout alors même que le temps qui lui est imparti est si limité au regard de ces fonctions qu'elle ne peut évidemment se consacrer entièrement aux instructions des dossiers d'urbanisme.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

domaine financier[1061] et la gestion des ressources humaines, traduit le maintien d'un Etat central et unitaire puisque même au sein des collectivités qu'il a créé, l'Etat conserve un rôle administratif indirect en amont de la décision prise par l'autorité locale. Ce rôle est d'autant plus révélateur du pouvoir de l'Etat que ce dernier reste maître de l'interprétation de la norme, qu'il fait appliquer sans vraiment l'imposer[1062].

1154. Cette influence reste cependant à nuancer car elle n'est pas uniforme et dépend essentiellement des besoins des collectivités en la matière. Ainsi cette tutelle technique sera moins présente à l'égard d'une grande commune qui dispose de services suffisamment étoffés pour apporter une réponse rapide et efficace à un problème donné. C'est d'ailleurs pour cette raison que les Départements et les Régions sont beaucoup moins influencés par cette tutelle technique de l'Etat, et que leur autonomie décisionnelle s'en trouve donc accrue.

1155. Au-delà de la tutelle financière, l'Etat conserve la maîtrise des activités locales grâce à une pratique de subventionnement très implantée, qui conditionne parfois l'action locale. Tout d'abord, l'Etat utilise la pratique des dotations, qui, si elle n'est pas un subventionnement à proprement parler, reste un lien de dépendance très étroit des collectivités vis-à-vis de l'Etat. Ces dotations visent d'abord à concourir au financement du fonctionnement des collectivités sous la forme d'une dotation globale de fonctionnement (DGF) et elle vise également à favoriser l'investissement des collectivités territoriales, par le biais de la dotation générale d'équipement (DGE).

1156. L'objectif de la DGF est de compenser le manque à gagner fiscal et assurer une péréquation entre les collectivités les plus riches et les plus pauvres. Elle contribue également à faire respecter l'obligation de l'Etat de contribuer à donner les moyens aux collectivités d'exercer les compétences déjà transférées. Suivant les catégories de collectivités, la DGF n'a d'ailleurs pas tout à fait le même contenu, elle peut être uniquement forfaitaire, ou couplée d'une dotation de péréquation, de concours particuliers ou encore être complétée par une dotation d'aménagement pour ce qui concerne les communes[1063].

[1060] On pense ici notamment aux relations qu'entretiennent les collectivités avec des services de l'Etat comme l'agence de l'eau, l'ADEME, les services environnementaux des préfectures (DREAL)…

[1061] Il arrive fréquemment que les services de la préfecture chargés du contrôle financier soient également les services qui servent d'interlocuteurs pour conseiller les collectivités face à un problème lié par exemple à la comptabilité publique.

[1062] Voir en ce sens, M. Doat, *recherche sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, LGDJ, 2003, p. 162.

[1063] Pour des précisions sur ces points, voir R. Le mestre, *droit des collectivités territoriales,* Gualino éditeur, 2004, pp. 312 et 313.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1157. Le Code général des collectivités territoriales prévoit ainsi une longue série de dotations qui contribue à rendre opaque l'intervention de l'Etat auprès des collectivités, et qui contribue donc par conséquent à générer des moyens de pressions et de régulation essentiels à l'Etat dans sa volonté de conserver un pouvoir souverain. Cette complexité s'exerce donc davantage au profit de l'Etat car les collectivités ne savent pas toujours profiter de ces leviers pour garantir leur autonomie.

1158. La DGE a quant à elle pour objet d'aider les collectivités dans le cadre de leurs investissements[1064]. Cette dotation se substitue à toute une série de subventions spécifiques que l'Etat accordait au cas par cas, en fonction des projets présentés par les collectivités. Cette globalisation a donc eu au moins le mérite de clarifier les relations entre l'Etat et les collectivités sur le plan du financement des investissements. Cependant, la simplification, comme souvent en droit français, n'est pas totale et s'accompagne de diversité, puisque seules les communes de moins de 20000 habitants peuvent en bénéficier, ainsi que certains EPCI et que le Département a quant à lui une DGE spécifique[1065].

1159. L'Etat applique encore une autre forme de dotation qui répond à un objectif de financement des nouvelles compétences transférées, comme l'impose la Constitution. La dotation globale de décentralisation (DGD) a été créée pour répondre à cette nécessité avant même qu'elle ne devienne une obligation constitutionnelle[1066]. Comme les précédentes dotations, le DGD fonctionne sur des bases pas toujours claires et plusieurs fois modifiées, ce qui favorise de la même manière l'interventionnisme de l'Etat centralisateur dans les affaires locales[1067].

1160. Au delà des dotations globales, l'Etat utilise également plusieurs autres sources de financement qui dépendent des ministères et qui ont trait, tant au fonctionnement qu'à l'investissement des collectivités. Ce constat conduit nécessairement à conclure que le subventionnement de projets n'a pas disparu avec les mécanismes de dotation globale mais qu'il continue à coexister avec ces dernières.
L'Etat peut donc là encore utiliser les subventionnements ponctuels comme un moyen d'ingérence qui contribue à perturber l'autonomie des collectivités d'autant que

[1064] Rappelons ici que cette dotation a été instituée par la loi du 7 janvier 1983. JO 9 janvier 1983, p. 215.

[1065] Sur ces points, voir R. Le mestre, *droit des collectivités territoriales*, Gualino éditeur, 2004, p. 314.

[1066] La DGD a en effet été créée dès 1983, le législateur ayant déjà conscience, même sans obligations constitutionnelles, que les transferts de compétences devaient conduire à un transfert de moyens supplémentaires.

[1067] Elle fige également les montants de certaines taxes sous forme de dotation, ce qui peut constituer une perte de ressources, notamment quand le montant était annexé à des bases fiscales évolutives.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

paradoxalement, ces financements sont dans la plupart des cas absolument nécessaires à la survie de la collectivité territoriale, et à sa progression[1068].

1161. La pratique des financements d'Etat démontre que le lien de dépendance n'est pas rompu et que la subordination des collectivités reste souvent d'actualité. L'équilibre autonomie/soumission n'est jamais loin dans l'arbitrage opéré par l'Etat quant aux financements qu'il accorde.
Si les collectivités locales ont désormais un statut constitutionnel qui leur permet de songer à l'autonomie effective, il n'en reste pas moins que l'Etat garde un pouvoir de contrôle et un rôle influent sur l'activité locale. Ce pouvoir permet à l'Etat de démontrer qu'il continue à exercer les pouvoirs de souveraineté et que les collectivités ne tiennent leur indépendance que parce que l'Etat entend la leur accorder.

1162. Au-delà des moyens de l'Etat, ce dernier organise également un fonctionnement local multiforme qui contribue à fragiliser les collectivités territoriales et à les conduire à une forme de mise en concurrence, qui malgré l'interdiction des textes peut s'avérer particulièrement présente au quotidien. Cette fragilité locale est paradoxalement amplifiée par une volonté permanente de l'Etat de procéder à des réformes ayant trait à l'organisation territoriale de la République, qui perturbe le développement à long terme de velléités d'indépendance locale.

Section 2 : Les rapports concurrentiels entre collectivités locales : un facteur de fragilité face à l'Etat

1163. La fragmentation des échelons locaux existe tout particulièrement en France et constitue une forme de mise en concurrence des différentes collectivités. Ces collectivités bénéficient en droit français d'une stricte égalité mais l'enchevêtrement des compétences, les liens contractuels, les logiques de regroupements de collectivités et également la notion récente de collectivité chef de file aboutissent naturellement à instaurer des rapports, plus ou moins hiérarchiques entre les échelons locaux.

1164. Cette situation de mise en concurrence hiérarchique implique des conséquences ambivalentes dans le rapport des collectivités avec l'Etat, plutôt favorable à ce dernier, si l'on applique la logique *« diviser pour mieux régner »*.

[1068] L'intervention financière de l'Etat traduit une ambivalence qui se retrouve dans tout le droit de la décentralisation et qui consiste à indiquer que la collectivité n'a pas suffisamment de moyens pour assurer son autonomie sans le concours de l'Etat, qu'elle est donc contrainte d'accepter ce concours, en sachant qu'il limitera son autonomie.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

D'ailleurs, ces rapports locaux complexes et cette mise en concurrence ne sont qu'amplifiés par la volonté récurrente du législateur de modifier le statut des collectivités et leurs compétences.

§ 1. La complexité des relations hiérarchiques des collectivités : entre principe d'égalité et collectivité chef de file

1165. Dans le processus de décentralisation en droit français, la nature unitaire de l'Etat apparaît clairement puisque, contrairement à ce qui existe dans les Etats fédéraux, les collectivités n'ont pas de lien hiérarchique entre elles et il n'existe pas de grandes collectivités de forme régionale, ayant autorité sur les autres. De manière constante en effet, l'Etat français a toujours refusé de mettre en œuvre, tant dans la Constitution que dans la loi, la possibilité de tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre.

1166. Cette interdiction est d'abord légale puisqu'elle est issue de textes législatifs et notamment de la loi de décentralisation de 1983, qui a conduit à l'inscription de l'article L 1111-3 dans le Code général des collectivités territoriales, qui reprend explicitement cette obligation[1069]. Ce principe légal a connu une forme de consécration ou de légitimation plus importante lorsque le Conseil constitutionnel l'a reprise dans sa décision du 17 janvier 2002, relative au statut de la Corse, qui restait d'ailleurs la seule décision donnant une légitimité quasi constitutionnelle à ce principe[1070].

1167. Cette interdiction de tutelle entre collectivités a surtout été clairement affirmée lors de la modification de la Constitution par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003[1071]. En effet, et désormais, le principe d'interdiction de tutelle d'une collectivité sur une autre est affirmé dans la Constitution[1072]. Ce principe suppose donc une égalité constitutionnelle entre les collectivités quelle que soit leur taille, leur population et leur situation géographique. Il

[1069] Cet article dispose : *« la répartition des compétences entre communes, départements et régions ne peut autoriser une de ces collectivités à établir ou exercer une tutelle, sous quelque forme que ce soit, sur une autre d'entre elles ».*

[1070] Voir décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, revue du Conseil constitutionnel 2002, p. 49.

[1071] L'article 72 alinéa 5 dispose en effet : *« aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune »*

[1072] Ce principe est consacré dans la Constitution et correspond à un principe repris d'une manière générale par tous les Etats unitaires, sauf aux Pays Bas.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

suppose également l'absence de hiérarchie entre les collectivités et sur ce point, les juges, tant administratif[1073] que constitutionnel[1074], ont d'ailleurs veillé au respect de ce principe.
Depuis l'affirmation de ce principe constitutionnel, le Conseil constitutionnel en a déjà fait l'application dans sa décision du 12 février 2004, relative à la loi organique portant statut d'autonomie pour la Polynésie française[1075].

1168. Le principe d'interdiction de tutelle pourrait conduire à faire une analyse très positive sur le statut des collectivités locales puisque cette interdiction de tutelle aboutit d'abord à ce qu'il n'existe pas de concurrence juridique entre les collectivités et qu'aucune ne puisse avoir une autorité sur une autre. C'est d'ailleurs ce phénomène qui éloigne le processus de décentralisation des formes de féodalisation connues.
Cette nouveauté emporte deux conséquences majeures qui devraient aboutir en théorie à un renforcement des collectivités dans leur combat face à l'Etat. D'une part, les collectivités n'entrent pas en concurrence entre elles, ce qui implique qu'elles soient uniquement confrontées à l'Etat et d'autre part, l'attribution des compétences par bloc devrait s'en trouver renforcée.

1169. Une autre analyse conduit cependant à nuancer cet aspect positif puisque ce principe soulève deux paradoxes qui ne sont a priori pas de nature à permettre une autonomisation à l'égard de l'Etat. D'une part, cette absence de concurrence pousse les collectivités à lutter de manière permanente pour que leur utilité soit reconnue[1076]. D'autre part, cette interdiction de tutelle conduit aussi à l'abandon de la prise en compte de l'échelon régional comme une collectivité ayant autorité sur les autres, malgré l'insistance de l'Union européenne pour privilégier l'échelon régional, et malgré des exigences de rentabilité des échelons locaux toujours plus pressantes notamment sur le plan financier.
Or une résistance efficace à l'Etat suppose la mise en place d'une collectivité suffisamment importante quant à sa population, son territoire et ses capacités financières pour assurer un véritable contrepouvoir. C'est en ce sens que la fragilisation de la Région nuit à la lutte contre le pouvoir souverain de l'Etat[1077].

[1073] La juridiction administrative a eu à connaître de cette question avec plus ou moins de succès d'ailleurs. Voir CE 12 décembre 2003, Département des Landes, a propos d'une délibération qui permettait à la Région d'attribuer des aides aux départements et communes, sans pour autant imposer un contrôle ou une autorisation préalable à l'utilisation des fonds. (Site Internet Légifrance) Les Tribunaux administratifs admettaient une méconnaissance de l'article L 1111-3 du CGCT alors que le Conseil d'Etat au contraire a retenu l'absence de violation de cet article.

[1074] Il faut se référer ici à la décision précitée du 17 janvier 2002, n° 2001-454 DC, revue du Conseil constitutionnel 2002, p. 49.

[1075] Décision du 12 février 2004, n° 2004-290, loi organique pour la Polynésie, JO 2 mars 2004, p. 4220.

[1076] Utilité tant sur le plan de la collectivité elle-même que sur le plan des catégories de collectivités, dont le législateur discute fréquemment la pertinence.

[1077] Même si sur le plan politique, on note un réel rattrapage dans la contestation face à l'Etat.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1170. En tout état de cause, les conséquences de ce principe ne sont pas si nettes et évidentes, tant en pratique, l'interdiction d'une tutelle d'une collectivité sur une autre est difficile à respecter. Ainsi, là encore, la pratique démontre qu'on est loin des textes et que le lien de subordination entre les collectivités peut exister et s'établir au quotidien, ce qui perturbe le raisonnement sur la question de l'autonomie des collectivités locales.

1171. En premier lieu, le transfert par bloc de compétences a peu d'effectivité et comme nous l'avons déjà indiqué, ces transferts sont au contraire assez anarchiques et de nature à favoriser la superposition des échelons de compétences. Or la hiérarchie des collectivités naît nécessairement d'un chevauchement des compétences, et plus l'enchevêtrement des compétences sera important, et plus les risques de méconnaissance de l'interdiction de toute tutelle sont grands. C'est donc l'organisation même des compétences transférées qui contribue d'emblée à battre en brèche l'égalité entre les collectivités.

1172. En second lieu, le principe d'interdiction de la tutelle est aussi méconnu dans la pratique puisqu'il existe parfois une hiérarchie dans certains actes juridiques pris par les collectivités. Un exemple suffira ici à démontrer cette hiérarchie des textes juridiques, celui de l'allocation d'aides directes au développement économique prévue par l'article L 1511-2 du CGCT. Le régime juridique de ses aides est déterminé par délibération du conseil régional et pour en bénéficier, les communes et les départements doivent nécessairement être signataires d'une convention avec la région[1078].

1173. Au-delà de l'existence d'une hiérarchie des actes juridiques, il apparaît que la Constitution ne se contente pas d'affirmer le principe d'interdiction de tutelle mais elle organise également les conditions dans lesquelles il sera dérogé à ce principe en instaurant la possibilité de désigner une collectivité chef de file[1079].

1174. Cette idée de collectivité chef de file n'est pas nouvelle puisqu'elle avait déjà été retenue par le législateur qui prévoyait, dans l'article 65 de la loi du 4 février 1995[1080], qu'en attendant que les compétences soient clarifiées, les collectivités pouvaient par convention choisir l'une d'entre elles comme chef de file pour exercer une compétence déterminée.

[1078] Les actes des communes et des départements sont donc nécessairement soumis à la délibération de la Région qui prévoit dans quelles conditions l'allocation d'aides directes est rendue possible.

[1079] Si l'expression n'est pas utilisée formellement par le texte constitutionnel dans sa version issue de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, il n'en reste pas moins que c'est bien cette notion qui est explicitée. L'avant dernier alinéa de l'article 72 dispose en effet que lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leur groupement à organiser les modalités de l'action commune.

[1080] Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire du 4 février 1995. JO 5 février 1995, p. 1973.

L'idée de collectivités locales chefs de file était lancée, même si le Conseil constitutionnel avait censuré cette disposition estimant qu'il appartenait uniquement au législateur de déterminer les principes fondamentaux permettant la libre administration et l'exercice d'une compétence et non pas à une simple convention entre collectivités territoriales[1081].

1175. Désormais, la Constitution consacre le principe qui avait été posé par le Conseil constitutionnel et qui consiste à indiquer que le législateur peut décider, pour la mise en œuvre d'une compétence relevant de plusieurs collectivités, de désigner l'une d'entre elles en tant que chef de file. C'est d'ailleurs sur cette base que le législateur a confié à la Région le rôle de chef de file pour les aides économiques directes.

1176. Cette consécration de la notion de collectivité chef de file vient naturellement démontrer s'il le fallait que le transfert par bloc de compétences n'est pas une réalité, et qu'il faut bien faire face aux difficultés liées à l'enchevêtrement des compétences en favorisant une organisation plus rationnelle ou du moins avec un pilote unique. La possibilité de créer une collectivité chef de file répond donc à une exigence qui est celle de pallier les dysfonctionnements pouvant résulter d'un transfert imparfait des compétences.

1177. La collectivité désignée comme chef de file aura en effet pour mission, dans l'hypothèse d'une compétence exercée par plusieurs collectivités, d'orienter l'action de toutes les collectivités amenées à mettre en œuvre la même compétence. Il est encore trop tôt pour analyser dans quelle mesure cette règle constitutionnelle sera utilisée, et si sa portée sera déterminante dans l'évolution des liens entre les collectivités. Plusieurs scénarios peuvent en effet être retenus, allant de l'absence d'utilisation de ce mécanisme, au choix systématique d'une collectivité chef de file, en passant par un développement déjà pratiqué de la contractualisation[1082].

1178. Si les collectivités sont placées dans une situation d'égalité, il n'en reste pas moins que le fonctionnement institutionnel implique nécessairement des relations entre elles et donc une certaine classification qui impose une hiérarchie qui ne dit pas son nom. La notion de collectivité chef de file implique une prise en compte de cette situation de fait sans qu'on sache d'ailleurs qu'elles seront les conséquences de cette nouvelle règle de coopération entre les collectivités.

[1081] Décision du Conseil constitutionnel du 26 janvier 1995 à propos de la loi du 4 février 1995. Décision n° 94-358 DC, JO 1er février 1995, p. 1706.

[1082] Pour une analyse sur ce point, voir J.-F. Brisson, *les nouvelles clefs constitutionnelles de réparation matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales*, AJDA 2003, pp. 529 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

On l'a dit, seule l'utilisation qui sera faite de ces différentes méthodes visant à faire travailler ensemble les collectivités dans un objectif commun dira si la hiérarchisation des collectivités est plutôt bénéfique à l'Etat ou, au contraire, est facteur d'indépendance des velléités locales.

1179. Au-delà d'une volonté étatique de faire travailler ensemble les différents échelons de collectivités, l'ambition reste la diminution du nombre de collectivités et d'échelons. Sur ce point, la dernière loi de décentralisation votée le 17 novembre 2010 semble vouloir aller beaucoup plus loin en instaurant des mécanismes, renforcés ou créés, permettant la fusion entre les collectivités[1083].

1180. En tout état de cause, la question des relations entre les collectivités territoriales passe également par une pratique déjà en place, qui concerne les communes, et qui visent à favoriser leur regroupement. Cette volonté de grouper les communes comporte de multiples formes. Au-delà de l'utilisation de l'établissement public de coopération intercommunale qui va être évoqué, d'autres formes de coopérations ont d'ailleurs pu se mettre en place telles que la coopération contractuelle, ou la coopération par des structures de droit privé. La coopération entre les communes connaît d'ailleurs un essor particulier qui vient renforcer l'idée qu'une absence totale de hiérarchie entre les collectivités est impossible.

§ 2. La coopération entre les collectivités : un nouveau mécanisme de relations concurrentielles entre les collectivités.

1181. À tous les échelons, la coopération entre les collectivités a tendance à prospérer parce qu'il devient difficile, pour un nombre de plus en plus important de collectivités, de faire face aux compétences qui sont les leur. Cette coopération est de nature à favoriser le sentiment de concurrence parce que dans toute coopération, il faut un chef de file, et que toute relation aboutit nécessairement à un rapport de force qui ne peut être systématiquement égalitaire.

1182. Les coopérations sont parfois informelles, comme c'est le cas entre les départements ou entre les régions[1084] mais elles peuvent aussi revêtir des formes plus intégrées qui supposent la création d'une nouvelle personne publique.

[1083] La loi prévoit notamment des dispositions visant à créer des communes nouvelles par fusion de communes contiguës (dispositions modifiant le chapitre III, du titre I, du Livre I, de la deuxième partie du CGCT : articles L 2113-2 à L 2113-9). La loi prévoit également des dispositions visant à regrouper et modifier les limites territoriales des Départements ou des Régions (dispositions créant un chapitre IV, du titre I, du Livre I, de la troisième partie du CGCT : articles L 3114-1, L 4122-1 et L 4123-1). Cette loi prévoit encore la possibilité d'une fusion d'une région et des départements qui la composent (article L 4124-1 CGCT).

[1084] Elle passe alors le plus souvent par des ententes ou des contrats, voir en ce sens, R. Le mestre, *droit des collectivités territoriales*, Gualino éditeur, 2004, pp. 224 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1183. Le nombre de collectivités en France reste particulièrement impressionnant, notamment si on s'en réfère aux plus de 37000 communes. Ce phénomène de surnombre des échelons locaux a favorisé des mécanismes de coopération intercommunale qui ont conduit à des regroupements de communes, qui tout en continuant à conserver leur existence juridique propre, décidaient de se regrouper pour gérer des compétences en commun. Dans le dédale des méthodes de coopération créant un établissement public, c'est surtout la coopération intercommunale qui donne lieu à un fort regroupement, voulu par l'Etat.

1184. L'histoire de l'intercommunalité n'est pas uniforme puisqu'elle est a parfois pu être imposée par l'Etat qu'il l'a utilisée de manière pas toujours très harmonieuse[1085]. Elle est ancienne puisque les premiers syndicats datent de 1890[1086] mais elle a essentiellement pris son essor récemment au début des années 90, avec la loi ATR du 6 février 1992[1087] et la loi du 12 juillet 1999[1088]. La portée de ces lois est essentielle puisqu'elles ont apporté deux formes d'établissements publics de coopération intercommunale qui aujourd'hui sont utilisées sur la majorité du territoire national[1089].

1185. L'intercommunalité concerne aujourd'hui de très nombreuses communes qui ont choisi de se grouper au sein d'un EPCI pour exercer des compétences en commun. Les bilans des expériences d'intercommunalité démontrent que les communes ne maîtrisent pas réellement l'intercommunalité et que l'Etat reste « le pilote » dans ce processus. Le visage de l'intercommunalité reste complexe et moins enthousiaste qu'il n'a pu l'être par le passé[1090].

1186. En premier lieu, l'intercommunalité reste un facteur de concurrence entre les collectivités. Si l'intercommunalité aurait du conduire à une solidarisation des communes, et

[1085] On pense ici aux règles qui étaient applicables aux fusions de communes avant la dernière réforme territoriale, et qui ne constituaient d'ailleurs pas à proprement parler une forme de coopération intercommunale. Voir R. Le mestre, *droit des collectivités territoriales*, gualino éditeur, 2004, pp. 143 et suiv.

[1086] Loi du 22 mars 1890 permettant aux collectivités de créer des SIVU (syndicats intercommunaux à vocation unique) qui permettait aux communes de se regrouper pour gérer une seule compétence. JO 6 mars 1890, p. 91.

[1087] Rappelons cependant ici que l'ordonnance du 5 janvier 1959 avait autorisé les communes à se regrouper au sein d'un syndicat pour gérer plusieurs compétences en commun. Ce texte était en effet à l'origine des SIVOM, syndicat intercommunal à vocation multiple). Ordonnance n° 59-29, syndicat de communes, JO 6 janvier 1959, p. 313.

[1088] Dite loi Chevènement, JO 13 juillet 1999, p. 10361.

[1089] Il s'agit ici principalement d'évoquer les communautés de communes qui concernent une très large partie du territoire national.

[1090] Plusieurs rapports traduisent le caractère plus nuancé de l'intercommunalité et pointent notamment les difficultés de cette dernière quant aux compétences, aux moyens mais aussi à la pertinence du territoire. Voir *rapport du conseil économique et social du 29 juin 2005*, in gazette des communes, 25 juillet 2005, supp n° 2. Voir également le *rapport de la Cour des comptes du 23 novembre 2005*. Voir enfin le *rapport du Sénat d'octobre 2006*, in Ph. Dalier, *Bilan et perspectives de l'intercommunalité à fiscalité propre*, Sénat 30 octobre 2006, n° 193.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

donc à une plus grande puissance et marge de manœuvre à l'égard de l'Etat, il apparaît que ce mouvement ne s'est jamais réellement opéré. Elle a été un moyen de coordonner des actions sans pour autant fédérer les collectivités, et l'Etat a su utiliser ce processus pour éviter l'émergence de nouveaux pouvoirs locaux, plus organisés.
L'intercommunalité telle qu'elle existe aujourd'hui n'a pas l'ampleur que le législateur aurait souhaité lui donner. Elle reste un processus de regroupement de communes qui persistent à être juridiquement distinctes et démocratiquement plus légitimes. La création d'une nouvelle personne publique n'a pas engendré un projet unique et un échelon local uniformisé capable de concurrencer l'Etat.

1187. L'intercommunalité souffre ainsi de divers maux ce qui la conduit à mettre les communes en concurrence et à les fragiliser. Pour ne citer que quelques exemples, il suffira d'indiquer que les consensus sont souvent plus difficiles à trouver que dans les syndicats de communes, liés par un objectif précis et limité, que les disparités intercommunales augmentent, que les mêmes mécanismes juridiques s'appliquent aussi bien en milieu urbain que rural et quelques soient les moyens des collectivités, que les élus manquent parfois de volonté d'élargir l'intercommunalité… Dans ce contexte, l'intercommunalité constitue une source de mise en concurrence des communes, qui conduit à une absence de réaction contre l'Etat.

1188. Les rapports de force persistent au sein de l'intercommunalité et le principe du vote majoritaire au conseil communautaire suppose d'ailleurs que ces rapports soient évolutifs suivant les matières évoquées, et que certaines collectivités soient contraintes à davantage de concessions[1091].

1189. En second lieu, la fragilité de l'intercommunalité sert l'Etat puisque les établissements de coopération intercommunale n'ont pas de légitimité suffisante pour être capables de concurrencer l'Etat et les exemples en ce sens ne manquent pas. Il faut d'abord indiquer que le territoire des EPCI est souvent mis en cause comme étant trop restreint et ne permettant pas une organisation réelle des collectivités, tant d'un point de vue géographique que démographique[1092]. L'Etat n'a ainsi pas osé imposer des périmètres trop grands pour les EPCI,

[1091] L'intercommunalité permet de regrouper des collectivités de tailles très différentes ce qui implique que le plus souvent le nombre de délégués de chaque commune ne soit pas strictement identique. Ainsi, une commune dont la population est plus importante peut avoir plus du double de délégués, ce qui implique des pouvoirs plus importantes dans un système majoritaire. Pour citer un exemple, une communauté de communes comprenant neuf communes avec une commune centre de près de 7000 habitants et une petite commune de 600 habitants à la possibilité de donner dans les statuts 8 conseillers pour la grande commune et deux conseillers seulement pour la petite commune, sur un total de 26 conseillers. Exemple tiré de la Communauté de communes du Talmondais (85)

[1092] Voir en ce sens, C. Jebeili, *l'intercommunalité à la recherche du territoire pertinent,* JCP administration et collectivités territoriales, 3 novembre 2008, pp. 14 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

mais paradoxalement, cette situation lui est bénéfique aujourd'hui puisque les structures intercommunales ne sont pas en mesure d'assurer le moindre contrepouvoir, d'autant plus qu'elles ne sont pas dirigées par des conseils directement élus.

1190. Le déficit démocratique imputé à l'intercommunalité implique nécessairement un manque de légitimité de chaque EPCI et donc une impossibilité de concurrencer l'Etat, puisque en terme politique, l'intercommunalité garde un rôle limité. En effet, c'est avant tout sur le terrain politique que le processus de décentralisation se place pour assurer une forme de concurrence à l'égard de l'Etat.
Sans influence politique, et compte tenu de moyens juridiques limités d'un point de vue constitutionnel et législatif, l'intercommunalité n'est pas en mesure de faire ombrage à l'Etat. L'intercommunalité conduit à créer des liens entre les communes plus ou moins conflictuels et en tout état de cause, de nature à battre en brèche l'idée que les communes sont toutes sur un pied d'égalité.

1191. Cette situation implique d'une part un maintien des communes comme échelon pertinent d'un point de vue de la proximité et de la démocratie, et d'autre part, une nécessité de regroupement assumée de manière très diffuse sur le territoire. Entre ces deux axes, l'Etat continue de jouer un rôle prédominant sans réelle concurrence, tant d'un point de vue politique que juridique.

1192. Ce paysage de l'intercommunalité va peut-être toutefois se modifier. L'Etat semble en effet vouloir renforcer l'échelon intercommunal dans la dernière réforme territoriale[1093]. En premier lieu, il est prévu que les conseillers communautaires seront élus lors de l'élection municipale, de manière directe par un système de fléchage sur les listes électorales. En second lieu, les dispositifs étatiques visant à regrouper les communes, au besoin de manière forcée, sont étoffés[1094]. En dernier lieu, l'Etat a souhaité créé une nouvelle catégorie d'établissement de coopération intercommunale dotée de compétences très étendues : la métropole.

1193. Au terme de ce développement, on constate que la pratique de la décentralisation est désormais reconnue et que les échelons locaux ont obtenu d'être pris en considération par l'Etat, qui continue à utiliser la décentralisation même s'il n'en maîtrise pas toujours tous les

[1093] Loi n° 2010-1563, du 16 décembre 2010, *réforme des collectivités territoriales*, JO 17 décembre 2010, p. 22289.

[1094] On pense ici au schéma départemental de coopération intercommunale prévu par la réforme territoriale, qui doit être établi par le préfet et qui doit permettre d'achever et de rationaliser le découpage intercommunal pour le 31 décembre 2011 (article 35 de la loi n° 2010-1563, du 16 décembre 2010, *réforme des collectivités territoriales*, JO 17 décembre 2010, p. 22289).

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

aspects et que les contraintes financières prennent désormais une place très importante dans les choix effectués.

1194. La décentralisation à la française continue de présenter un visage fragmenté, tant d'un point de vue des échelons, que des compétences et des financements.

1195. Ce constat rapproche la décentralisation actuelle du modèle féodal, dont l'une des manifestations les plus emblématiques, reposait sur plusieurs échelons au sein de l'Etat, hiérarchiquement dépendants, mais toujours en opposition et luttant pour leur maintien. Ce qui change aujourd'hui, c'est que ce système repose sur le droit et sur les règles qui encadrent la décentralisation.

1196. Cependant, les vestiges d'une féodalisation reposant sur des liens politiques ne sont pas définitivement perdus, puisque aujourd'hui encore, le droit n'est pas tout et que les liens politiques donnent une autre dimension à l'analyse de la relation Etat/collectivités.
En effet, si les collectivités restent influentes, c'est davantage en raison du poids des élus locaux dans le système institutionnel et politique français, qu'en raison d'un statut juridique dont elles bénéficieraient. Ce poids électif et démocratique contribue à donner une dimension politique aux autorités locales qui participe de l'émergence d'une forme de pouvoir normatif local, facteur de résistance.

Section 3 : Les collectivités territoriales : un contrepouvoir électif et démocratique, source de résistance

1197. Si la décentralisation doit avoir une influence sur le pouvoir de l'Etat et sur l'exercice de la souveraineté, c'est surtout parce que les collectivités locales bénéficient d'une légitimité particulière reposant sur les élus locaux et que le pouvoir politique qu'ils peuvent exercer, même limité juridiquement, reste important.

1198. Ce rôle des élus locaux traduit un véritable contrepouvoir par rapport à l'Etat, qui prend son assise davantage sur les personnalités à la tête des collectivités que sur les moyens juridiques. Ce constat laisse parfois penser que la logique de féodalisation n'est pas toujours aussi lointaine que l'on peut le croire.

1199. Dans le contexte de la décentralisation à la française, l'élu local joue un rôle déterminant pour qualifier le pouvoir local de contrepouvoir et permettre d'envisager ce dernier comme un facteur de mise en cause de l'absolutisme de la souveraineté[1095]. Ainsi, le

[1095] Sans mettre obligatoirement en cause la souveraineté de l'Etat.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

processus de mise en cause de la souveraineté par la décentralisation est tout à fait distinct de celui qui prévaut dans le cadre de l'Union européenne. En effet, l'Union européenne compte sur ses moyens juridiques pour concurrencer les Etats notamment parce qu'elle a des difficultés à affirmer sa légitimité démocratique et politique. Au contraire, les échelons locaux comptent sur leur légitimité politique pour concurrencer l'Etat et ne pas se plier à toutes ses volontés.

1200. Le rôle des élus locaux est ambigu car il traduit une franche autonomie sans pour autant qu'il y ait indépendance. L'autonomie résulte du système électif et de la légitimité qu'il confère aux autorités locales, mais également du statut de l'élu local qui s'est construit au fil du temps. Pourtant cette autonomie n'est pas une indépendance en raison de la nature même des collectivités, qui ne permettent pas aux élus d'établir leurs propres règles mais aussi parce que la pratique des cumuls de mandat, et celle du cursus politique, favorisent un cumul des pouvoirs étatiques et locaux. On constate là encore qu'une même règle a des incidences totalement opposées sur le rapport Etat/collectivités locales.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 1. Le choix des élections locales : un facteur de contrepouvoir inconstant contre l'Etat

1201. La Constitution française lie expressément le principe de libre administration et l'élection des conseils, ce qui conduit d'abord à indiquer que l'élection est un principe constitutionnellement garanti, et que sans lui les collectivités n'auraient probablement pas d'existence propre. L'élection des conseils des collectivités locales n'est pas une évidence juridique mais plutôt une construction politique qui a mis plusieurs décennies à s'édifier, et qui n'a pas été uniforme dans son application. L'élection a en effet été acquise très tôt pour les conseillers municipaux, alors qu'elle l'a été plus tardivement pour d'autres comme les conseillers régionaux.

1202. Les élections ont d'abord été conçues comme des élections administratives ayant pour but de désigner des représentants administratifs[1096], et non pas comme de véritables élections politiques. De manière officielle, le caractère d'élection politique a seulement été reconnu en 1982 avec la décision « quotas par sexe » à propos des élections municipales[1097]. Cette appréciation sur le caractère politique des élections locales est d'ailleurs fort logique au regard

[1096] Ce qui explique pourquoi encore aujourd'hui le juge administratif est compétent pour les contentieux électoraux qui concerne les collectivités locales.

[1097] Dans sa décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions de la loi en affirmant que *« la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et d'éligibilité à toute personne qui n'en est pas exclu pour des raisons d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ou pour des raisons tendant à protéger la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu ».* Il a également précisé que ces principes s'opposent à toute division par catégories des électeurs et éligibles et *« il en est ainsi pour tout suffrage politique et notamment pour les élections municipales ».* Rec p. 66.

du rôle qui est confié aux élus locaux en tant que grand électeur pour désigner les membres du Sénat. En effet, il serait difficile de justifier, dans un pays où le suffrage universel est généralisé, que de simples administrateurs puissent désigner une partie du Parlement[1098].

1203. L'élection locale est donc politique dans sa nature. Elle donne une légitimité particulière aux élus locaux mais le contenu de cette légitimité reste à déterminer au regard des organes élus de l'Etat. En effet, et traditionnellement la légitimité de l'organe élu provient justement de son élection par les nationaux, et donc suppose que chaque élection ne soit accessible qu'aux personnes ayant la nationalité française. Or toutes les élections locales n'exigent pas cette condition de nationalité, et c'est notamment le cas pour les élections municipales. En effet, l'article 88-3 de la Constitution autorise désormais le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales pour les ressortissants des pays de l'Union, ce qui implique que l'élection ne soit plus seulement liée à la nationalité[1099].

1204. Cette nouveauté ne s'applique qu'aux conseillers municipaux, et non pas à l'ensemble des élus locaux ce qui peut conduire à penser qu'il existerait une légitimité particulière pour les conseillers municipaux.
1205. Cependant, tel n'est pas le cas puisqu'il n'y a pas de différences fondamentales entre la légitimité élective nationale et celle d'un conseiller municipal. L'adaptation des modalités de vote reste bien plutôt une disposition rendue nécessaire par l'Union ce qui n'implique pas que la légitimité des conseils municipaux soit différente. L'incidence porte davantage sur la qualité de citoyens et sur la qualité d'électeurs, comme nous l'avons déjà indiqué.

1206. L'élu local bénéficie donc d'une légitimité qui n'est pas réduite ou accrue en fonction des modalités d'élection prévues par la loi. En effet, les élus locaux ne sont pas désignés sur le même mode de scrutin, pour la même durée de mandat ou pour les mêmes fonctions, mais ils bénéficient tous de la légitimité élective.
En ce qui concerne la durée du mandat, il faut rappeler que les mandats des collectivités de droit commun sont d'une durée de six ans, mais le renouvellement n'est pas effectué en même temps[1100]. En ce qui concerne les modes de scrutin, les mécanismes sont aussi différents entre les collectivités, et parfois même au sein d'une même catégorie de collectivités comme c'est

[1098] Voir en ce sens la décision du Conseil constitutionnel du 9 avril 1992, n° 92-308, à propos du Traité de Maastricht.

[1099] Pour des précisions sur ce point, voir M. Verpeaux, *droit des collectivités locales*, PUF, 2010, pp. 150 et 151.

[1100] Ainsi, si les élections municipales renouvellent les conseillers intégralement, les élections cantonales renouvellent le conseil par moitié tous les 3 ans, et les élections régionales renouvelaient jusqu'à présent le conseil en totalité tous les six ans, Il faut toutefois noter que pour des raisons de réforme territoriale, le mandat régional a été limité à 4 ans pour la période 2010-2014, et ce après avoir connu de nombreux changements quant à la durée des mandats (loi de 1985 : 6 ans avec un renouvellement intégral ; loi de 1999 : mandat de 5 ans ; loi de 2003 : de nouveau un mandat de 6 ans).

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

le cas pour les communes[1101], ce qui n'implique pas pour autant une distinction dans la légitimité des conseils élus.

1207. L'élection est également devenue un principe en ce qui concerne les exécutifs locaux, ce qui accompagne naturellement le renforcement du caractère politique de l'élection locale. En effet, et on l'a dit, le Maire a toujours été élu et non pas désigné par l'Etat. De même, et depuis 1982, l'exécutif de la collectivité départementale n'est plus le préfet et l'exécutif de la région est également choisi par ces pairs. C'est d'ailleurs cette légitimité particulière des exécutifs locaux qui conduit à s'interroger sur une possible résurgence d'une féodalisation dans l'organisation institutionnelle française.
C'est ainsi que la personnification du pouvoir local contribue à installer une forme d'identification locale plus grande et capable de devenir un contrepouvoir. Toutefois, l'élection n'est pas a priori un facteur de féodalisation puisque par définition, le mandat n'est pas définitivement accordé à une personne en particulier, et qu'un renouvellement à vocation à s'appliquer.

1208. En revanche, l'évolution du statut de l'élu local, et les contraintes de plus en plus lourdes imposées aux élus locaux aboutissent à un renouvellement moins important qu'il n'y parait, ce qui là encore favorise une personnification du pouvoir à long terme, et donc une forme de féodalisation capable de concurrencer l'Etat. En effet, cette personnification est d'ailleurs d'autant plus grande que l'autorité élue accumule plusieurs années de mandat. La féodalisation du territoire ne peut ainsi émerger que sur la durée.

1209. La personnification du pouvoir local s'analyse en premier lieu d'un point de vue purement quantitatif puisque cette population d'élus locaux représentent environ 520000 personnes. En 2004, la France métropolitaine comptait 1829 conseillers régionaux auxquels s'ajoutaient les 51 membres de l'assemblée de Corse, 4054 conseillers généraux et 514519 conseillers municipaux élus en 2001. À ce nombre, il fallait bien évidemment ajouter les élus des collectivités d'outre mer.

1210. En second lieu, elle s'analyse aussi d'un point de vue qualitatif puisque le poids très important des élus locaux dans la société française a nécessairement imposé la mise en place de règles pour définir un statut de l'élu local et que celui-ci a globalement conduit à un début de professionnalisation des élus locaux, renforçant ainsi la personnification du pouvoir. Cette question de l'instauration d'un statut pour les élus locaux est apparue relativement tardivement en droit français, alors même que la décentralisation a pris son envol assez tôt

[1101] Jusqu'en 2014, la région répond à un scrutin de liste, le département à un scrutin uninominal majoritaire, avec un suppléant désigné, les communes à un scrutin de listes avec panachage possible suivant la taille de la commune.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

après la Révolution. En effet, les premières réflexions sur un éventuel statut datent de 1982 et la première loi sur ce thème date du 3 février 1992[1102].

1211. Dans les règles législatives organisant la fonction d'élu local, plusieurs aspects permettent de plaider en faveur d'une professionnalisation, et notamment l'indemnité élective, les régimes de protection sociale, les disponibilités et les crédits d'heure. L'élu local n'est plus seulement le titulaire d'un mandat honorifique même si le principe de la gratuité reste posé. En effet, les indemnités de fonctions permettent aux élus locaux d'obtenir une certaine compensation financière aux responsabilités qu'ils assument. La loi a également prévu des aménagements pour les élus locaux exerçant une activité professionnelle et leur permettant de concilier ainsi vie professionnelle et mandat[1103]. La loi prévoit enfin que les élus puissent bénéficier d'une formation qui renforce leur capacité à gérer les affaires locales et donc à mieux en percevoir les enjeux.

1212. Les élus locaux ont donc une légitimité sur laquelle s'appuyer pour justifier de leurs compétences face à l'Etat, ils bénéficient également de règles propres de nature à les aider à conserver une indépendance financière et professionnelle. Cette indépendance est acquise sur le plan de l'intérêt collectif, puisque l'élu local est plus impartial à l'égard des intérêts privés. Cependant, à l'égard de l'Etat, ce statut conduit parfois à une forme de dépendance paradoxale.

1213. L'élu local reste un organe au sein de l'Etat, avec une autonomie entièrement liée à la réglementation décidée par l'Etat. Il est contrepouvoir grâce à sa légitimité démocratique sans pour autant être en mesure de concurrencer les élus nationaux. Les rapports entre les élus locaux et les instances nationales restent d'ailleurs complexes et facteurs d'une forme de féodalisation, au regard des liens de pouvoirs pas toujours équilibrés créés par la décentralisation.

1214. Dans les rapports entre les élus locaux, il existe une complexité particulière qui peut s'apparenter à celle qui existe dans les relations entre les collectivités. On a déjà évoqué le principe d'interdiction de tutelle entre les collectivités locales et son application très partielle. Ce constat pourrait être transposé en ce qui concerne les relations des élus locaux sur le plan politique.

[1102] Loi n° 92-108 relative aux conditions d'exercice des mandats locaux, codifiée aux articles L 2123-1 et suiv., articles L 3123-1 et suiv. et L4135-1 et suiv. du CGCT.

[1103] Il s'agit ici de faire référence aux règles régissant les autorisations d'absence, le congé de campagne électorale, voir R. le mestre, *droit des collectivités territoriales*, Gualino éditeur, 2004, pp. 422 et suiv. Des progrès restent néanmoins à effectuer dans ce domaine.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

En effet, si les textes conduisent logiquement à une légitimité égale de chaque élu et à une absence de lien de subordination, il n'en reste pas moins que cette situation ne trouve pas de réelle application dans les faits.
Le premier élément a trait à une habitude française du cumul des mandats, qui a naturellement conduit à une concentration du pouvoir entre les mains d'une même personne ; cette pratique conduisant nécessairement à un mélange des intérêts locaux et nationaux[1104].
Le second élément résulte de l'immixtion du pouvoir politique dans l'organisation juridique, ce qui implique que les élus locaux n'agissent non pas seulement en fonction des intérêts des collectivités mais aussi en fonction de leur idéologie politique.

1215. La pratique du cumul des mandats d'abord puis l'interdiction partielle de ces cumuls ont été de nature à créer un manque de clarté dans les fonctions électives avec des phénomènes de subordination. Avant 1985, il n'existait pas de règles spécifiques de non cumul mais une même personne ne pouvait siéger dans plusieurs conseils locaux. En décembre 1985, une loi organique est venue réduire les possibilités d'exercer plus de deux mandats, mais l'exercice simultané d'un mandat local et national était très pratiqué.

1216. En 2000, de nouvelles règles visant à empêcher les cumuls de mandat ont été ajoutées mais elles ne simplifient pas pour autant le rapport Etat/collectivités locales. Pour ne citer que quelques exemples, il suffira d'indiquer que la fonction de maire peut être cumulée avec celle de député, que la fonction de conseiller régional ou général peut également être cumulée avec des fonctions de parlementaires, que les fonctions d'exécutif local peuvent être cumulées avec des fonctions gouvernementales[1105].

1217. L'analyse globale qui pourrait être faite sur les règles de non cumul des mandats conduirait à relever d'une part que les cumuls ne sont pas possibles entre plusieurs mandats d'exécutifs locaux, ce qui est somme toute logique au regard du principe d'interdiction de lien hiérarchique entre les collectivités ; et d'autre part, que les fonctions électives sont largement perméables entre les mandats locaux et nationaux. Cette analyse contribue également donc à démontrer que le lien Etat/collectivités s'établit également par les personnes titulaires des mandats.

1218. Au delà des liens juridiques, des procédés techniques et des réglementations limitatives, les collectivités peuvent parfois tenir leur dépendance de leurs élus. En fonction des

[1104] Mélange qui implique nécessairement que les intérêts de l'Etat soient mis en balance avec les intérêts locaux, et que l'arbitrage diverge suivant les priorités de l'élu.

[1105] En raison d'un très fort lobbying, il est très délicat de clarifier ces pratiques de cumul de fonctions. En tout état de cause, l'exercice simultané d'une fonction locale et d'une fonction nationale, par une même personne, ne peut qu'avoir des incidences sur les rapports que l'Etat entretient avec les collectivités.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

personnalités locales, le lien Etat/ échelons locaux peut varier, ce qui conduit parfois à rencontrer des situations très diversifiées avec des règles de droit pourtant identiques.

1219. Il faut d'ailleurs rappeler que ce lien Etat/collectivités n'a pas seulement une dimension juridique et qu'une analyse des règles de droit ne suffit pas à rendre compte de l'autonomie des collectivités locales. Cette relation est emprunte de politique ce qui perturbe le lien juridique qui devrait naturellement s'appliquer.
L'indépendance juridique entre les collectivités locales ne saurait occulter totalement que les élus locaux utilisent fréquemment leur réseau politique pour se renseigner sur les règles applicables, appliquer ou au contraire contester la réglementation nationale suivant qu'ils appartiennent à la majorité ou à l'opposition, solidariser ou non des financements et développer des projets en fonction d'affinités personnelles et ou géographiques.

1220. La dimension politique de la décentralisation influence les règles juridiques à tel point que les normes édictées par les collectivités, à l'origine entièrement soumises à la loi et uniquement utilisées pour appliquer cette dernière, sont devenues des instruments juridiques au service des orientations politiques locales. Le pouvoir réglementaire local ainsi que le pouvoir de délibération contiennent des potentialités essentielles pour aboutir à une plus grande autonomisation des échelons locaux, qui ne peut se faire que par la volonté déterminée des élus. C'est d'ailleurs sur ces deux domaines que se rejoignent le politique et le juridique pour venir affaiblir, sans l'abolir, la souveraineté de l'Etat, en tant qu'entité capable de régir entièrement ses sujets.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 2. La légitimité démocratique du pouvoir local : facteur d'autonomie potentielle

1221. On l'a dit, ce qui dans le processus de décentralisation est de nature à prêter une contestation aux pouvoirs de l'Etat réside dans la dimension politique du pouvoir local. En effet, les moyens techniques et juridiques de collectivités territoriales plaideraient en quasi totalité pour une subordination à l'Etat, s'ils n'étaient pas mis en œuvre par des autorités politiques dont la légitimité apporte de manière manifeste à l'existence d'un contrepouvoir.
Le pouvoir local est d'abord et avant tout un pouvoir démocratique fondé sur la représentation. Les élections locales sont de nature à donner aux représentants une légitimité qui s'apparente très largement à celle des élus nationaux. Le fonctionnement démocratique des instances locales ressort également clairement des textes[1106] et contribue à favoriser

[1106] On pense ici notamment à la loi ATR du 6 février 1992 accordant des droits institutionnalisés aux élus d'opposition et également à la loi du 27 février 2002 ayant pour but de faciliter l'accès aux fonctions électives. JO 8 février 1992, p. 2064 et JO 28 février 2002, p. 3808. Voir I. Muller-Quoy*, l'élu local, nouveau statut, nouveau droit*, AJDA 2002, pp. 270 et suiv.

l'effectivité de la représentation même si le phénomène majoritaire est très prégnant au niveau local.

1222. Le pouvoir local bénéficie donc d'une assise politique qui lui permet, dans un contexte de re-féodalisation, de défiance à l'égard de l'Etat et de fragmentation de la Nation, de peser sur les choix de l'Etat grâce au soutien de la population représentée. Le pouvoir n'est pas partagé mais il est diffusé et utilisé au bénéfice d'intérêts locaux toujours présents. D'ailleurs, cette assise locale peut parfois se trouver renforcée par les mécanismes récents de démocratie locale directe tels que les consultations et le référendum local décisionnel que nous avons déjà évoqués.

1223. Il faut insister sur le fait que plus cette démocratie locale fonctionnera efficacement et plus l'autorité locale élue disposera d'un pouvoir suffisant pour faire valoir ses choix auprès de l'Etat. Le mécanisme d'autonomisation et de mise en cause des pouvoirs de l'Etat se portera alors non plus sur le terrain strictement juridique mais bien davantage sur le terrain politique.
L'impact du rôle démocratique des instances locales ne peut être négligé en tant que contrepouvoir, et d'autant plus, dans un contexte d'assouplissement du principe d'égalité, de remise en cause d'un modèle unique applicable sur l'ensemble du territoire national, et de contestation à l'égard de la légitimité des députés.

1224. En revanche, il ne faut pas donner plus de portée à cette légitimité locale qu'elle n'en dispose réellement. En effet, l'Etat conserve une capacité à maîtriser la décentralisation et les représentations locales, notamment par une volonté quasi perpétuelle du constituant et du législateur de modifier l'organisation et les prérogatives des pouvoirs locaux. Cette incertitude qui plane sur le devenir des collectivités territoriales conduit naturellement ce pouvoir à s'inscrire dans une dynamique politique dont les structures étatiques ont encore largement la maîtrise.

1225. Les réformes successives que l'Etat met en œuvre ont une influence là encore assez paradoxale sur la répartition du pouvoir politique en France, et sur le rôle qu'entend maintenir l'Etat. D'un côté, l'Etat accorde une dimension politique aux collectivités qui leur permet une légitimité accrue dans leur rôle de contrepouvoirs ; de l'autre, il modifie fréquemment les règles électorales, les limites géographiques des territoires, les compétences et les financements, de sorte que le pouvoir local ne soit pas uniforme et unifié[1107].

1226. Cette tendance de l'Etat à vouloir « changer » la décentralisation s'accentue depuis 1982, et touche également au texte de la Constitution, comme on l'a déjà décrit. Cette forme

[1107] Au point qu'il est parfois difficile d'avoir une vision d'avenir à long terme.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

d'instabilité de la décentralisation en France apporte également sa contribution au processus de centralisation et de puissance de l'Etat[1108].
Le débat sur l'autonomie des collectivités territoriales se situe également sur le plan de l'élaboration des règles de droit, et sur la capacité à mettre en œuvre un pouvoir normatif distinct de celui de l'Etat.

§ 3. Un pouvoir électif source d'un pouvoir normatif local toujours discutable

1227. Dans la réflexion menée sur les rapports Etat/collectivités, il apparaît que ces liens sont complexes, de nature à faire évoluer l'exercice du pouvoir, mais sans pour autant modifier fondamentalement l'idée que la souveraineté est uniquement exercée par l'Etat. Cette décentralisation traduit pourtant une souveraineté qui n'est plus absolue, puisque l'Etat est divisible, que l'Etat n'exerce pas toutes les compétences et que sa représentation présente des visages très divers. Cependant, l'Etat conserve la maîtrise de sa compétence, ce qui reste le critère le plus pertinent de la souveraineté.

1228. Cette maîtrise de la compétence connaît pourtant des nuances dans le cadre du pouvoir réglementaire local et du pouvoir de délibération qui mérite d'être analysé pour expliciter plus avant un concept de suzeraineté qui a tendance à transparaître également dans les rapports de l'Etat avec les échelons locaux.

1229. Il a déjà été rappelé au cours de ce développement consacré à l'influence de la décentralisation sur la souveraineté de l'Etat que les collectivités locales détiennent un pouvoir normatif désormais inscrit dans un cadre constitutionnel et le plus souvent soumis au législateur. Pourtant la pratique de la décentralisation a incité la doctrine à mener une réflexion sur une autonomie du pouvoir normatif des collectivités locales, dans les années 1980[1109].

1230. En ce qui concerne le pouvoir législatif, on a déjà indiqué que seule l'expérimentation pourrait être de nature à confier à des collectivités de métropole, de manière temporaire et toujours sous le contrôle du législateur, un pouvoir législatif. De ce point de vue, les régimes

[1108] Sur ce point encore la réforme en cours de finalisation ne semble pas démentir cet aspect. La recentralisation est d'ailleurs manifeste par certains aspects et notamment en ce qui concerne le volet intercommunal avec la mise en œuvre d'un schéma visant à mettre en cohérence les différents groupements intercommunaux. Cette recentralisation est aussi manifeste sur le plan des finances locales.

[1109] Les premières réflexions du doyen Hauriou sur la théorie de l'institution évoquaient l'origine du pouvoir réglementaire, sans pour autant envisager à un moment quelconque l'existence d'un véritable pouvoir normatif local. Ce n'est que dans les années 1980 que la doctrine a commencé à s'intéresser à l'existence et l'étendue d'un tel pouvoir, notamment après les lois de décentralisation de 1982 et 1983.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

spéciaux applicables outre mer traduisent un pouvoir normatif local plus approfondi au regard des prérogatives très limitées accordées aux collectivités de métropole sur le plan législatif.

1231. C'est d'ailleurs principalement sous l'angle du pouvoir réglementaire que la question de l'autonomie des collectivités s'est posée. En effet, le pouvoir normatif autonome des collectivités par rapport à l'Etat serait d'abord mis en évidence dans le cadre réglementaire, les collectivités entrant alors directement en concurrence avec le pouvoir exécutif d'Etat. En effet, au regard des articles 21 et 37 de la Constitution, le pouvoir exécutif étatique est compétent pour mettre en œuvre les dispositions prévues par la loi, sur le plan de son exécution, et de son application[1110].

1232. En droit, la possibilité de mettre en œuvre un pouvoir normatif local provient davantage d'un silence du texte constitutionnel que d'une réelle affirmation d'un tel pouvoir. En effet, le pouvoir réglementaire de l'exécutif étatique est clairement mentionné dans les articles 21 et 37 par opposition au pouvoir du législateur. Pourtant, cet article n'indique en aucun cas que le pouvoir normatif du premier ministre est exclusif de tout pouvoir local. Ainsi, l'existence même d'un pouvoir normatif local fait l'unanimité en doctrine même si son étendue est largement discutée[1111].

1233. Le débat doctrinal sur la nature du pouvoir réglementaire étatique et son étendue pourrait être transposé en matière locale pour indiquer que la notion de pouvoir réglementaire local n'échappe pas en tout état de cause à l'idée que les collectivités, en édictant des textes, ne font qu'appliquer une norme décidée par le législateur. En termes de souveraineté donc, il n'existe pas de réel partage lorsqu'on évoque le pouvoir normatif réglementaire.
Cependant, une analyse de ce pouvoir réglementaire d'application conduit nécessairement à identifier un affranchissement des collectivités à l'égard de l'exécutif et donc à déterminer dans quelle mesure l'Etat est prêt à accorder une autonomie au pouvoir local[1112].

1234. Il faut d'abord rappeler que le champ d'application du pouvoir réglementaire local se limite nécessairement aux compétences qui ont été attribuées à chaque échelon par la Constitution ou par la loi. Une collectivité ne pourra donc agir par acte réglementaire que dans le cadre de ses compétences, ce qui constitue une première limite au pouvoir normatif

[1110] La notion de pouvoir réglementaire d'exécution a d'ailleurs fait l'objet de discussions doctrinales sur son étendue et sa portée. Deux typologies ont été présentées l'une par J.-M. Auby et l'autre par J.-C. Vénezia. Voir en ce sens M. Joyau, *de l'autonomie des collectivités territoriales françaises*, LGDJ, 1998, pp. 126 et suiv.

[1111] Voir B. Faure, *le régime indemnitaire de la fonction publique territoriale, à propos du pouvoir réglementaire local,* RFDA 1994, pp. 770 et suiv.

[1112] Cette autonomie constitue une première étape dans la place croissante que pourront avoir les collectivités territoriales au sein de l'Etat et donc dans l'analyse de la transformation de l'Etat, considéré non plus seulement comme un Etat unitaire.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

local. Ainsi, afin que le pouvoir normatif réglementaire local se développe véritablement comme une source juridique de contrepouvoir à l'exécutif, il serait nécessaire que les compétences attribuées à chaque collectivité soient parfaitement explicites[1113] ; or sur ce point, on l'a vu, beaucoup reste à faire.

1235. En fonction du caractère déterminé ou non des compétences des collectivités territoriales, le pouvoir local d'application des lois peut se trouver très réduit ou au contraire particulièrement large. Ce constat conduit à une analyse plutôt négative du pouvoir normatif local, tant en droit français, le partage des compétences reste complexe et que la clause générale de compétences à tendance à s'imposer jusqu'à aujourd'hui. En effet, l'imprécision de l'étendue des compétences locales conduit nécessairement à ce que le pouvoir normatif exercé pour l'application des compétences soit soumis à interprétation et donc à une protection juridique plus faible[1114].

1236. Le pouvoir réglementaire local, contrairement au pouvoir réglementaire national, a un champ d'application territorialement limité, et surtout est entièrement lié à la notion d'intérêt local. Le pouvoir normatif local n'est rien d'autre qu'un pouvoir réglementaire qui, s'il intéressait l'ensemble de la Nation, serait pris par le premier ministre. Comme l'indiquait justement F. Luchaire à propos des emplois publics, *« alors que d'après l'article 21 de la Constitution, le premier ministre nomme aux emplois civils et militaires, les autorités locales peuvent nommer aux emplois qui dépendent de la collectivité »*[1115].

1237. Le pouvoir réglementaire d'exécution donné aux autorités locales n'est pas de nature à conduire à un affaiblissement de la souveraineté de l'Etat, parce qu'il ne concurrence qu'une partie des organes de l'Etat, et que le législateur reste maître de la compétence. En revanche, ce pouvoir démontre simplement que l'Etat unitaire n'est plus et que la prise de décision à l'échelon national, par les organes de l'Etat seul n'existe plus.

1238. Davantage qu'une mise en cause générale de la souveraineté, ce pouvoir normatif local démontre une atteinte très nette à l'indivisibilité et l'unité de l'Etat, l'application de la loi

[1113] O. Jouanjan indiquait notamment que la détermination matérielle des compétences doit être suffisamment précise pour que l'autorité locale puisse faire respecter son domaine réglementaire d'application vis-à-vis du pouvoir exécutif national. Ainsi, seule une répartition précise permettrait au juge de sanctionner un règlement qui serait pris par les instances nationales, en méconnaissance des règles de compétences prévues par le législateur. L'autorité locale ne pourra cependant qu'exécuter la loi. Voir O. Jouanjan, *note à propos de l'avis CE 20 mars 1992, Préfet du Calvados,* JCP 1993, III, 22100.

[1114] La notion d'intérêt local, dont nous avons vu qu'elle gouvernait en grande partie l'étendue du champ d'action des collectivités, est difficile à interpréter. Le pouvoir réglementaire local, qui doit nécessairement s'appuyer sur cette notion est donc soumis à aléa.

[1115] Développement issu d'une analyse de F. Luchaire, in *les fondements constitutionnels de la décentralisation,* RDP 1982, p. 1554.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

pouvant être différente à l'intérieur de l'Etat. Plus que jamais là encore, c'est le juge qui conservera un rôle de gardien de l'unité de l'interprétation des textes et du principe d'égalité. Or on l'a déjà indiqué, l'atteinte à l'indivisibilité reste une manifestation première d'une souveraineté qui n'est plus absolue et qui perd de sa définition initiale, pour une qualification dichotomique entre le juridique et le politique.

1239. Cette émergence d'un pouvoir réglementaire ou plus généralement normatif au niveau local nous ramène une fois de plus à la notion de féodalisation du territoire, puisque l'application de la règle nationale est amenée à subir des aménagements. Ce contrepouvoir, qui n'est pas de nature à battre en brèche la souveraineté tant politique que juridique, est tout de même de nature à lui retirer toute forme d'absolutisme, notamment si on admet l'existence d'un pouvoir réglementaire autonome. En effet, si on admet l'existence d'un pouvoir réglementaire autonome au niveau local, il faut alors se résoudre à admettre un pouvoir local concurrent par rapport au pouvoir législatif.

1240. Sur ce point, les théories doctrinales s'opposent encore entre les défenseurs d'un pouvoir normatif local autonome[1116] et les défenseurs d'un pouvoir normatif local simplement résiduel. Cette controverse a des difficultés à trouver son application dans la réalité des faits puisque d'une part, l'existence d'un pouvoir normatif ne fait plus de doute à mesure que les compétences des collectivités s'élargissent, mais d'autre part, l'autonomie de ce pouvoir reste très limitée.

1241. Dans ce contexte de définition d'un pouvoir normatif local, et plus que jamais le juge a un rôle déterminant à jouer pour répartir les compétences réglementaires et assurer le respect des normes supérieures. C'est probablement ce rôle du juge qui distingue aujourd'hui clairement le phénomène de morcellement de l'Etat sur le plan juridique et politique, de celui qui a pu exister avant l'époque de Bodin et l'affirmation de l'Etat dans la pratique en France de la monarchie absolue.

1242. Juridiquement le pouvoir normatif local reste largement encadré par la Constitution et par la loi. En effet, si la Constitution affirme désormais l'existence d'un pouvoir normatif local, ce dernier reste un pouvoir résiduel qui ne peut être mis en œuvre qu'après le pouvoir réglementaire initial[1117]. Sa capacité à concurrencer le pouvoir normatif de l'Etat repose davantage sur une dimension politique.

[1116] Théorie soutenue principalement par M. Bourjol, *in essai sur la notion de réglementation*, LGDJ, 1977, p. 90

[1117] Comme le souligne P.-L. Frier, il n'existe pas de pouvoir réglementaire local ab initio et ce pouvoir reste soumis au pouvoir réglementaire du premier ministre : in *« le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ?* », AJDA 2003, p. 560.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

En effet, la portée de ce pouvoir normatif ne réside pas dans son contenu même mais dans l'usage qui en est fait et notamment sur son utilisation par des personnes élues et représentants une collectivité. Le droit français présente des difficultés à donner un véritable pouvoir normatif autonome aux échelons locaux mais il admet la légitimité des échelons locaux, ce qui est de nature à légitimer toute décision locale.

1243. Ce poids de la décision locale dans le système institutionnel français présente un autre aspect lié au pouvoir de délibération. En effet, cette décision, cadre juridique des enjeux locaux et des orientations politiques des collectivités, contribue à faire émerger un contrepouvoir local, sur des bases politiques qui ne demandent qu'à s'affirmer, notamment par le biais de la délibération.

1244. Sur le plan des principes en effet, et juridiquement, la délibération est un acte sui generis, qui n'est ni réglementaire, ni individuel[1118]. Cet acte reste pourtant le cœur de l'activité locale tant il détermine les choix de cette dernière, et correspond à la manifestation physique du droit de s'administrer librement par des conseils élus. En effet, ce pouvoir de délibération est d'autant plus important qu'on applique la clause générale de compétence et qu'en conséquence, les élus des différentes collectivités conservent un choix d'orientation déterminant dans les matières qui seront traitées et les axes choisis par délibération.

1245. Le principe de la clause générale de compétences, que nous avons développé, permet à chaque collectivité de prendre des délibérations afin de régler les affaires ayant un intérêt local. Les domaines de la délibération peuvent donc être très étendus même s'ils doivent nécessairement répondre à l'intérêt local. Les collectivités locales peuvent donc délibérer sur tout projet qui concerne des compétences qui seront les mieux mises en œuvre à cet échelon[1119].

1246. Juridiquement, ce pouvoir de délibération est encadré, par la notion d'intérêt local, par les compétences attribuées par le législateur, et par le principe de subsidiarité. Cependant, dans ce cadre qui parait restreint, il n'en reste pas moins que la marge de manœuvre politique des élus locaux reste importante, d'abord pour définir le cadre juridique et ensuite pour déterminer les besoins de la collectivité[1120].
En ce sens, la suppression de la clause générale de compétence, au bénéfice des départements et des régions, réduit considérablement leur autonomie. En effet, les départements et les

[1118] C'est ce qu'affirme le juge administratif de manière constante lorsqu'il lui est soumis un recours en annulation d'une délibération.

[1119] L'application du principe de subsidiarité devrait être amenée à jouer un rôle essentiel même s'il n'est pas clairement mentionné à l'article 72 alinéa 3 de la Constitution.

[1120] La suppression de la clause générale de compétences a donc également une incidence sur le plan juridique même si cet aspect est largement occulté.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

régions n'auront plus systématiquement la possibilité d'étendre leur champ d'action au motif de l'intérêt départemental ou régional.

1247. La dimension politique dans le droit de la décentralisation revêt une importance toute particulière qui ajoute encore à la complexité du lien Etat/collectivités. Elle est à la fois facteur d'indépendance et de soumission sans qu'on puisse déterminer de manière uniforme et globale, le rôle que la politique peut jouer dans la féodalisation du territoire. Ce processus n'est d'ailleurs pas totalement achevé et connaîtra probablement de nombreux développements tant la décentralisation a encore beaucoup d'évolutions devant elle.

1248. L'Etat n'est plus seul entité capable de régir des activités collectives, il n'est plus souverain absolu mais conserve un pouvoir original, que la doctrine tente aujourd'hui de requalifier. L'Union européenne et la décentralisation ont des incidences sur l'Etat et sur la nature de son pouvoir. L'entreprise de requalification des prérogatives et pouvoirs de l'Etat doit donc être tentée même si on en perçoit d'emblée la grande difficulté.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

TITRE 3 :

Le renouveau de l'Etat puissance : un pouvoir politique, juridique et historique sans partage, en l'absence de concurrents

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1249. Malgré toutes les évolutions juridiques et politiques qui se développent et parmi une liste de contrepouvoirs de plus en plus conséquente, et d'ailleurs non exhaustive, l'Etat reste un rouage central pour l'organisation des sociétés sur la planète.

1250. L'Etat change de pouvoir, la souveraineté comme critère de définition de l'Etat n'est plus à elle seule un concept pertinent pour expliciter la nature et l'étendue des pouvoirs de l'Etat. Il reste donc à tenter de préciser ce que pourrait être cette définition de l'Etat sans la souveraineté. Cette démarche est particulièrement délicate, et semble à première vue impossible tant la souveraineté a toujours été au cœur de l'Etat. Elle ne pourra que s'inscrire dans la lignée des tentatives déjà nombreuses pour qualifier l'Etat et son pouvoir dans toutes ses spécificités.

1251. Dans ce contexte de requalification, l'Etat se recentre sur sa puissance qui fait tout son particularisme. Cette notion de puissance redevient un concept central dans la définition de l'Etat, qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer de la souveraineté, tant les deux notions sont liées.
Pour évaluer la pertinence de l'utilisation de la puissance comme qualificatif de l'Etat, plusieurs étapes s'imposent. En premier lieu, il faut préciser la définition de ce que pourrait être juridiquement l'Etat puissance. En second lieu, il faut rechercher si cette qualification juridique correspond à l'Etat tel qu'il est aujourd'hui. Enfin en dernier lieu, il faut évaluer dans quelle mesure cet Etat puissance peut venir concurrencer l'Etat souverain, et dans quelle mesure il reste respecté.

1252. L'association de la puissance à l'Etat est relativement ancienne dans la doctrine, et se détache progressivement de la souveraineté, notamment par une prise en compte accrue de la limitation du pouvoir. Cette puissance de l'Etat possède des contours traditionnels, fondés sur la contrainte, l'armée et l'indépendance, et elle perdure jusqu'à aujourd'hui, sous une forme toutefois plus atténuée que celle qui avait été dégagée par Machiavel. (CHAPITRE 1)

1253. Dans une société démocratique, l'Etat puissance a pourtant une signification qui va bien au-delà de cette première définition. Il intègre alors d'autres contours tels que la régulation, les valeurs démocratiques, et la Nation. C'est dans ce contexte que l'Etat puissance est une réalité respectée qui vient concurrencer l'Etat souverain. (CHAPITRE 2)

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

CHAPITRE 1 :

Une définition traditionnelle de l'Etat puissance sous l'angle de la contrainte et de l'indépendance

1254. L'Etat conserve un pouvoir particulier qui ne s'apparente à aucun autre. En partant de ce constat, un rattachement de l'Etat à la puissance s'est imposé tant dans la doctrine que dans la pratique. La nature spécifique du pouvoir de l'Etat s'est traduite par la puissance dont aucune personne privée ne peut disposer. Cette puissance initialement reliée à la souveraineté, a progressivement acquis des contours autonomes, reposant sur la contrainte légitime et sur l'indépendance. Les contours originaires de l'Etat puissance étaient alors dessinés et ils conservent aujourd'hui encore une actualité.

1255. La notion d'Etat puissance trouve sa source, à la fois sur le plan doctrinal et pratique, dans le rattachement constant de la puissance à l'Etat (Section 1). Ce dernier se voit alors attribuer le monopole de la contrainte légitime (Section 2), et l'indépendance (Section 3).

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Section 1 : La puissance comme qualificatif de l'Etat : un rattachement naturel découlant du principe de souveraineté

1256. Le rattachement de la puissance à l'Etat trouve son origine dans la théorie, de façon relativement paradoxale. En effet, ce rattachement est à la fois ancien puisque les auteurs ont très tôt lié l'Etat à sa puissance et complexe puisqu'il trouve obligatoirement sur son chemin la souveraineté.
Ce rattachement passe donc d'abord par une distanciation souveraineté/puissance pas toujours aisée. Il devient en pratique une manifestation essentielle du pouvoir de l'Etat, au point que ce rattachement parait aller de soi.

§ 1. Un rattachement de l'Etat à la puissance sur le plan théorique

1257. Dans la théorie juridique, l'émergence de la notion de puissance comme caractéristique de l'Etat est apparue avec l'école de l'Isolerung que nous avons déjà évoquée au cours de nos développements. Historiquement, cette doctrine reste génitrice de l'idée que l'Etat peut être rattaché et défini par sa puissance même si dans l'esprit des théoriciens allemands, cette puissance restait l'une des composantes de la définition de la souveraineté de l'Etat. En ce sens, le rattachement de la puissance à l'Etat ne peut résulter intégralement de l'école de l'Isolierung puisque cette dernière s'attachait à qualifier l'Etat comme souverain et non pas l'Etat comme puissance[1121].

1258. L'Isolierung a pourtant conduit à la possibilité de dégager deux axes de réflexion sur la qualification de l'Etat. En premier lieu, cette théorie a offert une première approche du lien puissance publique et puissance qui permet d'appréhender d'ores et déjà le contenu de la notion d'Etat conçu comme puissance[1122]. En second lieu, en séparant la notion de puissance de la notion de souveraineté, cette théorie a rendu possible l'idée que l'Etat peut être qualifié autrement que par le concept de souveraineté absolue à la française[1123].

1259. Le rattachement de la puissance à l'Etat était opéré dans la doctrine mais l'Isolerung ne pouvait suffire à définir les pouvoirs de l'Etat sous le seul angle de la puissance. D'autres

[1121] L'école de l'Isolierung plaçait la puissance comme un des éléments qualifiant l'Etat, mais ce n'était pas le seul élément.

[1122] Cette première approche donne à la puissance l'un de ces premiers caractères qui est le monopole de la contrainte légitime, sur lequel nous reviendrons.

[1123] C'est à ce stade que la puissance acquiert un sens propre même si elle n'est toujours pas séparée de la souveraineté.

analyses doctrinales ont donc cherché à préciser ce lien Etat et puissance et à le systématiser en tentant d'intégrer la souveraineté dans cette réflexion.

1260. Les travaux de l'école allemande ont trouvé des développements importants dans la doctrine française par l'école de la puissance publique. En France, la puissance publique a trouvé son défenseur dans la personne du doyen Hauriou qui a su très tôt expliciter les raisons pour lesquelles la puissance publique fondait nécessairement l'Etat et était l'élément premier qui permettait d'organiser le droit[1124].

1261. En effet, dans la doctrine française, la puissance publique est une caractéristique de l'Etat qui traduit sa capacité à exercer un pouvoir coercitif à des fins de protection de l'intérêt général et de l'ordre public. Cette puissance publique est finalement la traduction de la puissance de l'Etat ; elle en est l'une de ses composantes puisqu'elle s'exerce principalement et de manière limitée dans le domaine de la police.

1262. Cette doctrine française a permis ainsi de préciser la distinction puissance, puissance publique et souveraineté en conservant les liens entre ces notions. Ces travaux de la doctrine française ont également conduit à expliquer en quoi la puissance publique reste un élément central de l'Etat conçu comme puissance. Ils ont également conduit à mieux percevoir l'importance de la puissance comme qualificatif des pouvoirs de l'Etat, ce qui a mené à une forme de systématisation du lien entre la puissance et l'Etat.

1263. Toutefois, pour associer l'Etat à la puissance, il fallait aller au-delà en faisant émerger la puissance en dehors de la souveraineté. Pourtant, cette autonomisation de la puissance par rapport à la souveraineté est délicate à mener en doctrine, tant sur le plan de la définition de la puissance, que sur sa capacité à concurrencer la souveraineté comme qualificatif de l'Etat.

§ 2. Une définition juridique de la puissance de l'Etat en perspective avec la souveraineté

1264. La notion de puissance conserve d'emblée une consistance qui doit être confrontée à la notion de souveraineté. Pour que la puissance soit un concept utile pour caractériser l'Etat, l'étape de la distinction puissance et souveraineté est nécessaire, même si ces deux termes sont largement associés dans la doctrine. Ainsi, en l'absence de distinction, la puissance n'apporterait rien de plus que la notion de souveraineté et son utilité ne pourrait donc qu'être écartée.

[1124] Le doyen Hauriou soutenait la thèse selon laquelle, le droit administratif a été fondé sur la puissance publique, d'abord parce que le principe de séparation des pouvoirs avait mis à nu l'assise du pouvoir exécutif et ensuite, parce qu'historiquement, les juristes situaient le domaine propre du droit dans les moyens et non dans les buts poursuivis.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1265. De prime abord, cette distinction reste délicate puisque la doctrine a toujours associé la notion de puissance à celle de souveraineté. La souveraineté et la puissance restent deux notions proches qui présentent en effet des aspects communs. Le premier est que l'Etat en est le titulaire dans la réalité des faits et dans la théorie juridique. Le second est que les deux notions font appel à l'idée de commandement et d'autorité. Le dernier est que souveraineté et puissance sont le fondement de l'existence de l'Etat. Sans elles, l'Etat n'aurait pas d'existence et de légitimité propre. Les similitudes ainsi posées, on constate toutefois en doctrine, qu'une différenciation des deux notions va s'opérer.

1266. Dans un premier temps, l'ébauche de cette différenciation souveraineté et puissance sera effectuée par l'Isolierung et conduira à une inclusion des deux notions. En effet, l'Isolierung avait retenu trois significations de la souveraineté, dont l'une d'elle, la signification concrète-matérielle se définissait comme la puissance de l'Etat[1125].
L'isolierung considérait donc que la puissance est une composante de la souveraineté, ce qui conduit à la fois, et de manière contradictoire, à distinguer les deux notions et à les inclure de manière irréversible.

1267. Comme nous l'avons déjà indiqué, pour H. Gerber, la puissance étatique se caractérise par son pouvoir de commandement et traduit un degré de puissance, alors que la souveraineté n'est qu'un synonyme de l'indépendance de la puissance publique. La souveraineté devient donc simplement l'indépendance alors que la puissance publique devient un élément déterminant qualifiant la puissance de l'Etat[1126], ce qui valorise la notion de puissance publique comme qualificatif de l'Etat[1127].

1268. Cette théorie est de nature à permettre d'envisager la puissance et la souveraineté comme deux notions distinctes qu'on peut définir différemment, mais dont l'une est intégrée dans l'autre.
1269. La souveraineté caractériserait alors le pouvoir suprême de l'Etat à l'égard de ses semblables, et donc se situe sur un plan externe ; alors que la puissance qualifierait un pouvoir suprême de commandement, et donc se situe sur un plan interne. En cela, la puissance et la souveraineté se distinguent déjà par leurs caractéristiques et leur signification mais elles ne sont pas séparables.

[1125] Voir sur ce point nos développements quant à la doctrine allemande de l'Isolierung, partie I.

[1126] C'est avec les travaux de Jellinek que la théorie allemande de la distinction entre la souveraineté et la puissance publique va atteindre sa maturité. Jellinek consacre une large partie de son œuvre à cette distinction, in *« l'Etat moderne et le droit »*. Édition Giard et Brière, 1911, pp. 73 à 125.

[1127] Nous verrons par la suite que l'indépendance est une autre caractéristique originaire de l'Etat puissance.

L'Ecole de l'Isolierung conduit donc à différencier souveraineté et puissance dans leur signification, sans pour autant les opposer. Cette première approche ne peut suffire à séparer les deux notions mais il s'agit d'une première étape.

1270. Au-delà, ce qui distingue souveraineté et puissance, ce sont leurs caractéristiques propres. Dans un second temps, il est en effet possible non seulement de dissocier puissance et souveraineté, mais surtout, d'en faire deux concepts parallèles, écartant toute inclusion de la puissance dans la souveraineté.
Cette différenciation est possible grâce à la notion de limitation du pouvoir et à l'idée que la puissance peut recevoir une limitation alors que la souveraineté l'exclut. La différenciation théorique de la puissance et la souveraineté conduira à une opposition et à une utilité intrinsèque de la notion de puissance[1128].

1271. Sous l'angle de la limitation des pouvoirs, on constate que la souveraineté caractérise un pouvoir suprême sans limite, alors que la puissance au contraire peut être cantonnée de diverses manières. La souveraineté possède une dimension absolue que la puissance n'a pas nécessairement.

1272. Au stade doctrinal, la limitation peut d'ores et déjà être éclairée par la théorie de l'institution de Hauriou, qui a apporté une réflexion sur la puissance publique, sa limitation et le rôle que peut avoir une organisation internationale, en tant qu'institution, sur la limitation de la puissance de l'Etat. Ainsi, dans sa préface écrite en 1927, M. Hauriou indiquera : *« l'autolimitation du pouvoir, ainsi corrigée par la théorie de l'institution, qui n'est au fond qu'une théorie d'autolimitation objective, mérite de reconquérir droit de cité dans l'empire du droit… cette autolimitation est objectivée dans des institutions diplomatiques ou internationales ou bien dans des institutions constitutionnelles »*[1129].

1273. La théorie de l'institution est l'une des premières étapes permettant de préciser en quoi la puissance publique peut être limitée[1130]. Par généralisation, et par référence parallèle à la séparation des pouvoirs, cette limitation peut s'appliquer à la puissance de l'Etat qui accepte de s'autolimiter. En effet, à la lumière de ces réflexions doctrinales, l'Etat est fondé sur une puissance dont l'autolimitation se situe dans ses structures internes ou dans les relations internationales.

[1128] Nous reviendrons sur l'importance de la limitation du pouvoir au stade de la définition de l'Etat puissance dans une société démocratique.

[1129] In *précis de droit administratif et de droit public*, édition Dalloz, préface : la puissance publique et le service public, pp. IX et suiv.

[1130] Nous reviendrons sur cette limitation de la puissance de l'Etat au stade de la qualification de l'Etat puissance dans une société démocratique.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1274. Au-delà de cette dimension institutionnelle, la limitation contient également une dimension juridique, l'Etat s'obligeant à se soumettre à des règles juridiques, et à appliquer strictement une hiérarchie des normes.
La limitation du pouvoir de l'Etat se concilie avec la notion de puissance et de commandement, puisqu'elle implique simplement que l'une et l'autre s'exercent dans un cadre défini par l'Etat. Or cette limitation ne peut être conciliable avec la souveraineté au sens premier du terme. C'est également cette dimension juridique qui permet de distinguer nettement souveraineté et puissance.

1275. La distinction entre puissance et souveraineté trouve encore son origine dans l'indivisibilité. En effet, la souveraineté est dans son sens premier un pouvoir indivisible[1131] alors que la puissance peut parfaitement se diviser, qu'elle a même vocation à se diviser et se confronter à d'autres puissances étatiques. Ce critère d'indivisibilité marque une distinction sauf à admettre une souveraineté divisible qui aurait changé de définition.

1276. La distinction peut enfin être éclairée et apparaître évidente sous l'angle de la Nation. Ainsi, la souveraineté peut être nationale[1132] alors que la puissance ne saurait qu'être étatique, comme nous l'évoquerons plus avant. Sur ce fondement, plus qu'une opposition, on constate que la souveraineté et la puissance ne se situe plus sur le même plan[1133].

1277. En s'appuyant sur les critères de définition de la souveraineté, et sauf à dire que cette définition de la souveraineté n'est plus exacte, il apparaît que la souveraineté et la puissance sont deux notions distinctes qui continuent pourtant en parallèle à être utilisées pour caractériser l'Etat dans la doctrine. La puissance est conçue comme un pouvoir de commandement détenu par l'Etat. Ce pouvoir se distingue dans sa dimension originelle par deux prérogatives : l'indépendance et l'utilisation de la contrainte.
1278. Dans la pratique et dans l'organisation mondiale actuelle, la puissance au sens originaire du terme se retrouve largement et son rattachement à l'Etat trouve toute sa portée concrète.

§ 3. Un rattachement de l'Etat à la puissance sur le plan pratique

1279. Sur le plan géopolitique, l'Etat est souvent ramené à l'étendue de sa puissance dans le cadre des relations internationales classiques, ou dans le cadre des relations économiques. Sur

[1131] En effet, au regard de la définition de J. Bodin, l'indivisibilité est indissociable de la souveraineté.

[1132] Ce qui d'ailleurs en France n'a jamais été réellement totalement mis en cause.

[1133] Il faut ici renvoyer à l'analyse de Carré de Malberg sur la souveraineté nationale et la puissance de l'Etat. Voir n° 210 à 217.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

la scène internationale en effet, le constat d'un rattachement naturel de la puissance et de l'Etat apparaît comme une évidence.
La notion d'Etat-puissance est d'ailleurs largement évoquée par les non juristes notamment pour comparer les Etats entre eux. En réalité, cette analyse, fréquemment évoquée dans une logique géographique et géostratégique, évoque plus volontiers la notion de « grandes puissances » plutôt que celle d'Etat-puissance mais l'approche reste identique tant il s'agit de ramener l'Etat à son degré de puissance.

1280. Cette analyse géopolitique ainsi qu'un regard sur une organisation mondiale fondée sur l'Etat, permettent de donner une première approche du lien naturel entre la puissance et l'Etat, qui ressort comme une évidence. Cette approche reste donc l'une des premières définitions concrètes données à l'Etat-puissance, qui recouvre alors un contenu pratique au-delà de la théorisation juridique sur laquelle nous reviendrons.

1281. La notion de « grandes puissances », qui constitue l'antichambre d'une conception d'Etat conçu comme puissance au sens politique et juridique, a des contours qui, de prime abord peuvent paraître assez flous. En effet, la notion de « grandes puissances » implique qu'on effectue une compilation de plusieurs critères pour aboutir à une définition globale permettant de mesurer le degré de puissance d'un Etat et de le classer ou non dans les grandes puissances. La puissance des différents Etats apparaît alors sous la forme d'une série de caractéristiques propres à l'Etat et qui en font une plus ou moins grande puissance sur le plan géopolitique.

1282. L'un des premiers critères retenus est celui de la production, et de la capacité des Etats à produire de manière massive dans plusieurs domaines. Le second critère relève d'une dimension financière qui permet de classifier les Etats[1134]. Ces deux premiers critères pourraient finalement se retrouver dans le concept de puissance économique[1135]. Cette notion de « grande puissance » comprend également une dimension démographique et territoriale qui traduit une forme humaine et géographique de la puissance de l'Etat. Cette notion a également une dimension militaire qui aboutit là encore à une classification des Etats dans l'échelle de la puissance. Cette notion a enfin une dimension politique qui concerne la capacité de chaque Etat à exercer une influence sur les relations internationales.

1283. Au regard de l'ensemble de ces critères, l'analyse géopolitique contribue à donner à l'Etat une définition fondée sur la puissance, dont le degré reste variable, qu'on a parfois des

[1134] On pense ici à la capacité de financement, la détention d'avoirs, la capacité d'investissement, et les placements à l'étranger.

[1135] Pour une approche intégrale de la dimension économique des grandes puissances, voir l'ouvrage en deux tomes de J. Chardonnet, *les grandes puissances : étude économique*, édition Dalloz, 1953.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

difficultés à cerner avec précision, mais dont on ne peut nier qu'elle est toujours présente. Cette analyse explique de manière relativement pertinente la tendance traditionnelle et toujours actuelle des Etats à vouloir se mesurer aux autres Etats, de manière conflictuelle ou pacifique suivant les zones de la planète.

1284. En ce sens, l'analyse géopolitique démontre la pertinence du qualificatif de puissance pour définir ce que peut être l'Etat, et elle doit inévitablement être mise en avant comme un constat, sans pour autant permettre à elle seule d'expliciter l'Etat-puissance qui, on le verra, a également une consistance juridique. Cette notion de « grandes puissances », utilisée sur le plan international pour mettre en œuvre une organisation mondiale fondée sur l'Etat, doit être combinée avec une analyse plus juridique pour préciser le contenu réel de l'Etat-puissance[1136].

1285. Le rattachement doctrinal de la puissance à l'Etat, déjà présent dans l'analyse de J. Bodin a su trouver son autonomie au regard de la souveraineté. Cette distinction entre puissance et souveraineté a naturellement conduit les auteurs à tenter de qualifier les pouvoirs de l'Etat uniquement sous l'angle de sa puissance. Ces prémisses juridiques du rattachement de la puissance à l'Etat ainsi que la notion géopolitique de grandes puissances, nous conduisent à repenser le pouvoir de l'Etat sous l'angle de sa puissance et en tout état de cause à accréditer la recherche sous cet angle.

1286. Néanmoins, à ce stade, si le qualificatif de puissance apparaît lié à l'Etat et semble correspondre à une définition relativement exacte de son pouvoir, il est nécessaire de dépasser ce constat. Cette puissance, que les auteurs ont rattachée à l'Etat, dispose de contours originaires, que Machiavel avait d'ailleurs clairement envisagés, et qui découlent du pouvoir de commandement : la contrainte et l'indépendance. Ces deux caractéristiques premières de la puissance de l'Etat, restent aujourd'hui la socle de la définition de l'Etat puissance.

Section 2 : La contrainte : caractéristique première de l'Etat puissance

1287. Le sens premier de l'Etat conçu comme puissance repose d'abord sur une caractéristique essentielle qui est, sur le plan interne, le monopole de la contrainte légitime, et sur le plan externe, la capacité militaire. Ces deux aspects ont très tôt été dégagés en doctrine et dans la pratique institutionnelle. Ils conservent aujourd'hui tout leur intérêt dans la définition du pouvoir de l'Etat, même si leur contenu évolue en raison de l'intégration d'une forme de limitation du pouvoir dans l'Etat puissance[1137].

[1136] Il ne s'agit ici que d'une première approche de définition qui sera complétée.

[1137] C'est aussi cela qui distingue l'Etat puissance de l'Etat souverain, nous aurons l'occasion d'y revenir.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 1. Les caractéristiques premières de la puissance dans la théorie juridique : la force et l'autorité

1288. La théorie de l'Isolierung et l'école de la puissance publique, outre qu'elles ont pu conduire à associer la puissance à l'Etat, donnent également des éléments de réflexion pour définir la puissance de l'Etat sous l'angle de la contrainte.

1289. La notion de puissance de l'Etat a d'abord trouvé un lien avec ce qui a parfois été dénommé par les auteurs : puissance publique[1138]. Elle reste l'un des éléments clefs définissant les particularités du pouvoir de l'Etat et passe essentiellement par le monopole de la contrainte légitime. Tant d'un point de vue militaire que policier, l'Etat affirme son pouvoir dans l'intérêt général et la protection de ses ressortissants. Ce pouvoir d'ailleurs est l'un des révélateurs du degré de puissance de l'Etat et permet d'illustrer la pertinence de la relation Etat et puissance, dans la pratique.

1290. La notion de puissance de l'Etat se définit par la puissance publique mais elle va au-delà et se compose également du pouvoir de commander[1139] qui suppose que l'Etat soit un donneur d'ordre et qu'il soit obéi. La puissance de l'Etat n'est donc pas seulement le pouvoir de police dans sa dimension coercitive, mais également le pouvoir de réglementer, de donner des orientations politiques, de diriger. La puissance de l'Etat a une dimension politique et normative essentielle.

1291. La puissance comprise comme un pouvoir de commandement, fondé sur des institutions bénéficiant de la puissance publique et mettant en œuvre des services, est une caractéristique fondamentale de l'Etat qui traduit à la fois son essence et la nature de son pouvoir. Le concept d'Etat puissance repose donc sur la contrainte légitime et sur la capacité de l'Etat à mettre en œuvre la sécurité et le respect des lois sur l'ensemble de son territoire.
Ainsi, quelque soit le régime politique de l'Etat, la notion d'autorité reste présente, qu'elle soit imposée dans les régimes dictatoriaux ou acceptée et encadrée dans les régimes démocratiques[1140].

1292. Dans la doctrine, l'Etat est avant tout caractérisé par le monopole spécifique dont il dispose pour assurer la sécurité de ses ressortissants, et préserver l'ordre public. L'Etat s'est

[1138] Même si nous verrons dans la dernière sous partie que les notions de puissance et de puissance publique ne se recoupent pas totalement.

[1139] Voir en ce sens G. Burdeau, *traité de science politique*, Tome II, p. 87.

[1140] Pour résumer ce lien, G. Burdeau indiquera dans son traité de science politique : *« il faut donc voir dans la puissance, au-delà de la force qui l'exprime, la raison d'être qui la rend, en fait, susceptible de servir une idée du droit ».*

en effet construit autour de cette nécessaire protection de l'ordre public[1141] Cette conception de l'Etat a naturellement conduit ce dernier à mettre en œuvre des moyens de contrainte qui ne connaissent aucun équivalent dans la sphère privative, et qui caractérisent l'Etat puissance[1142].

1293. Au-delà de la contrainte légitime, la doctrine a également traditionnellement associé la puissance à la capacité de défense sur le plan militaire. Historiquement d'ailleurs, le pouvoir militaire est lié à l'Etat. L'Etat assume ses capacités militaires parce qu'elles lui permettent de démontrer sa puissance et d'assurer la protection de ses ressortissants.
Elle joue donc un rôle tant sur le plan externe qu'interne. L'Etat puissance, comme l'Etat souverain, est caractérisé par le fait qu'il assume seul l'entretien des armées, le commandement et le choix des actions militaires menées[1143].

1294. Ces éléments historiques de la définition de l'Etat puissance trouvent encore aujourd'hui toute leur place, même si l'Etat exerce ses prérogatives de manière plus nuancée.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 2. La puissance militaire : un maintien du sens premier de l'Etat conçu comme puissance

1295. Dans un contexte international particulièrement tendu, les Etats démontrent qu'ils jouent un rôle déterminant pour le maintien de la sécurité publique mondiale et la préservation des intérêts de leurs ressortissants. De fait, l'armée a une dimension nationale qui n'est jamais totalement gommée et qui continue de s'imposer y compris en cas d'opérations militaires conjointes ou dans le cadre de l'ONU.
Parce qu'il doit garantir la protection à la Nation, l'Etat conserve un rôle clef dans le domaine de la puissance militaire, rôle qui a d'ailleurs initialement une portée historique déterminante.

1296. Ce rôle de l'Etat permet de traduire une des facettes principales de l'Etat puissance tant sur la scène internationale puisque la puissance militaire reste un facteur de détermination de l'importance d'un Etat par rapport à ses semblables, que sur le plan interne, car l'armée traduit la capacité de l'Etat à défendre ses ressortissants. Dans un contexte international où il

[1141] Naturellement défini par la trilogie « sécurité, salubrité et tranquillité publique », mais dont la définition peut désormais aller au-delà : voir en ce sens, CE Commune de Morsang sur Orge, 27 octobre 1995, AJDA 95, p. 878 et RFDA 1995, p. 1204.

[1142] Ces moyens sont : la contrainte légitime, la force militaire, et d'une manière générale, l'ensemble des pouvoirs de police et de justice.

[1143] Il s'agit ici d'une des caractéristiques majeures de l'Etat même si la limitation peut également être présente dans le domaine militaire.

devient difficile de définir les équilibres et les alliances sur le plan de la sécurité, où le terrorisme met en jeu de nouvelles formes de conflits qui bouleversent l'exercice par l'Etat de sa puissance militaire, l'Etat se doit de préserver ses capacités de défense. En ce sens, la puissance de l'Etat conserve un avenir manifeste tant il reste très inconcevable que l'Etat renonce à la recherche et la mise en œuvre de moyens dans le domaine militaire.

1297. Toutefois, l'Etat puissance ne signifie plus systématiquement l'exercice exclusif de la puissance militaire. Pour des raisons d'efficacité, et également de coût budgétaire, l'Etat exerce parfois cette prérogative en mutualisant les moyens avec ceux des autres Etats. En effet, l'Etat conserve le pouvoir de mettre en œuvre sa puissance militaire, puisqu'il en maîtrise toute l'opportunité mais il reste contraint, par des coûts financiers et par des règles de droit, qui ne trouvent d'ailleurs pas toujours à s'appliquer[1144]. Par ailleurs, l'évolution technique conduit également les Etats à se regrouper par jeux d'alliance sans toutefois impliquer automatiquement la disparition des Etats puissance[1145].

1298. Cette nouvelle forme de mise en commun des moyens est novatrice car elle dépasse, dans ses modalités, les simples coalitions militaires qui ont pu exister jusqu'à présent.

1299. À titre d'exemple, la coopération militaire mise en œuvre dans le cadre de la guerre froide et de l'opposition des blocs Est et Ouest, par la création de l'OTAN traduit à la fois la puissance militaire de chaque Etat membre et la puissance collective. Ainsi, cette puissance collective n'a jamais réellement masqué les rapports de puissance entre les Etats[1146] alors même que l'OTAN institue un commandement intégré.

1300. Sur de nombreux aspects organisationnels et décisionnels, l'OTAN traduit le maintien d'un Etat puissance qui ne peut plus agir seul en tant qu'Etat souverain absolu. L'OTAN est une forme de gestion collective de la sécurité de l'atlantique nord par les Etats. Cette gestion collective se traduit sur le plan opérationnel par le concept stratégique de l'alliance qui décrit les objectifs et les tâches de l'alliance en examinant les perspectives stratégiques en matière

[1144] On pense ici bien évidemment aux limites du droit international militaire qui ne permet pas d'empêcher les conflits et qui sanctionne au mieux à posteriori, une fois le conflit militaire achevé.

[1145] Pour des analyses sur ces questions de défense stratégique, voir *turbulences économiques et géopolitique planétaire*, édition Dunod, sous la direction de T. De Montbrial, pp. 72 et suiv.

[1146] Ainsi, s'il s'agissait de démontrer qu'un bloc était plus puissant que l'autre, cette logique n'en effaçait pas moins la puissance des Etats, qui continuait à s'affirmer de manière plus ou moins grande dans chacun des deux blocs. Dans chaque bloc, on pouvait ainsi continuer à classer les Etats en fonction de leur puissance.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

de sécurité[1147]. La gestion collective des enjeux de sécurité comprend encore des programmes définis par l'alliance sur les moyens militaires et d'information[1148].

1301. La gestion collective voulue par les Etats se traduit enfin par des budgets communs et des institutions civiles et militaires. Le budget de l'OTAN est à la fois civil et militaire, chaque Etat abonde au financement commun. Le budget traduit donc le maintien des structures étatiques dans l'OTAN même si les moyens sont mis en commun sous l'angle de la puissance puisqu'il faut noter que la part contributive de chaque Etat est fixée en fonction d'indicateurs économiques comme le PIB par exemple[1149].

1302. D'un point de vue institutionnel, l'OTAN révèle, comme toutes les organisations internationales, une structure qui conserve son socle étatique mais qui tend à conserver une existence propre et autonome. En effet, tant sur le plan civil que militaire, les institutions de l'OTAN reposent sur une distribution nationale des membres. L'Etat français est d'autant plus partie prenante à l'OTAN qu'il a réintégré tout récemment le commandement intégré, ce qui implique des conséquences tant en matière financière que décisionnelle[1150].

1303. Dans l'OTAN, le regroupement des moyens militaires ne s'opèrent que partiellement puisque les moyens militaires restent nationaux bien qu'ils opèrent de concert. Ces moyens militaires continuent donc de traduire à l'intérieur de l'organisation internationale la puissance des Etats[1151].

1304. Cette appartenance à l'OTAN a-t-elle les mêmes incidences sur la souveraineté et la puissance ? Il semble qu'une distinction puisse d'opérer.
Sur le plan de la souveraineté absolue, ce groupement des moyens et des décisions a une incidence irréversible puisque l'Etat ne peut plus décider seul de faire la guerre, selon son bon

[1147] Le concept stratégique comprend une vision commune de tous les Etats membres de l'alliance sur les éléments suivants : la préservation du lien transatlantique, le développement de l'identité européenne de sécurité et de défense au sein de l'alliance, le maintien de capacités militaires efficaces, le partenariat, la coopération, le dialogue, la prévention des conflits et la gestion des crises, la maîtrise de l'armement, le désarmement et la non prolifération.

[1148] Pour des précisions sur ces programmes, voir manuel OTAN, bureau de l'information et de la presse de l'OTAN, 2001.

[1149] Il faut rappeler ici que les modalités de calcul de la part contributive de chaque Etat ont été négociées pour la première fois dans les années 50 et qu'elles sont fréquemment réactualisées en fonction des valeurs économiques et de l'intégration de nouveaux membres. Pour un détail de ces quotes-parts, voir manuel OTAN, bureau de l'information et de la presse de l'OTAN, 2001, pp. 229 et suiv.

[1150] En effet, cette intégration dans un commandement international suppose que l'Etat se dépossède de la capacité de donner à lui seul les missions qu'il confie à ses forces militaires. L'Etat peut cependant se retirer à tout moment de ce commandement, ce qui traduit toute son indépendance.

[1151] D'ailleurs, au sein de l'organisation internationale, il est évident que les moyens matériels demandés dépendent essentiellement de la puissance et de la capacité de chaque Etat.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

vouloir, sans prendre en compte les positions retenues par les autres Etats membres de la coalition[1152]. La souveraineté est donc touchée de plein fouet par ce mouvement de mutualisation des moyens militaires, qui obligent à davantage de compromis et moins d'unilatéralisme. L'Etat perd donc de sa souveraineté dans les choix militaires car il n'est plus toujours seul à décider, et surtout, il ne le fait plus totalement selon ses propres règles[1153].
Sur le plan de l'Etat puissance, les incidences sont plus délicates à déterminer et la réflexion sur ce point est plus ambivalente puisque cette mise en commun des moyens et des décisions est à double vitesse suivant que l'Etat conserve ou non une capacité décisionnelle[1154].

1305. Le pouvoir militaire est un révélateur de la puissance de l'Etat mais son exercice plus collectif a, comme on l'a indiqué, une incidence sur la puissance, au-delà de la souveraineté. Ainsi, dans la mesure où l'Etat participe à des organisations internationales de défense qui limitent sa marge de manœuvre quant à l'utilisation des capacités militaires, la puissance de l'Etat peut s'en trouver limitée, ce qui ne signifie pas qu'elle a vocation à disparaître.
En effet, si dans la plupart des organisations internationales, l'Etat conserve l'entière maîtrise de sa puissance militaire puisqu'il n'est pas obligé de mettre ses moyens militaires à la disposition de l'entité internationale[1155], il existe pourtant des hypothèses où, pour des questions de sécurité et d'efficacité des moyens de défense, les Etats peuvent parfois aller jusqu'à transférer le commandement de leurs autorités militaires à un commandement international. Ce transfert comporte des incidences supplémentaires sur l'Etat qui n'est plus seul à décider de l'affectation de ses moyens militaires[1156].

1306. Au-delà de l'OTAN, ce sont surtout les projets européens de politique commune de défense qui impliquent des incidences sur la puissance de l'Etat au sens militaire du terme. En effet, la mise en place d'une politique commune de défense implique non plus seulement de mettre en commun les moyens et d'instaurer un commandement unique européen mais bien davantage de gommer à terme l'aspect national des moyens militaires mis en œuvre, en instituant une force militaire européenne[1157]. Avant le Traité de Lisbonne, les Etats membres

[1152] L'exemple de la guerre en Irak reste illustratif. Le choix pour l'Etat ne semble plus être celui de faire la guerre mais bien au contraire le choix de ne pas intervenir auprès de ses alliés.

[1153] On pense évidemment ici aux règles de droit international, élaborées notamment lors du procès de Nuremberg sur la notion de crime de guerre, de guerre d'agression et de crimes contre la paix. Ces règles n'ont cessé de se développer pour acquérir une importance majeure dans le droit international actuel, y compris par le biais de juridictions comme la Cour pénale internationale.

[1154] Les formes d'intégration militaire sont relativement diversifiées et chaque organisation peut avoir des incidences distinctes sur les Etats.

[1155] On pense ici notamment aux Nations Unies. Voir J. Verhoven, in *les aspects juridiques de la crise et de la guerre du golfe*, sous la direction de B. Stern, édition Montchrestien, 1991, p. 134.

[1156] Les incidences sur la souveraineté sont donc manifestes, mais elles sont aussi partielles en ce qui concerne la puissance.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

pouvaient constater que cette politique européenne de défense commune relevait davantage du ressort de la simple coopération plutôt que de l'intégration[1158].

1307. Toutefois, le Traité de Lisbonne semble vouloir dépasser ce stade. Le titre V du Traité de Lisbonne (TUE) apporte en effet des compléments majeurs dans ce domaine de la sécurité commune, en réintégrant la totalité de cette politique dans le champ communautaire[1159].

1308. C'est principalement l'article 42 TUE qui fixe le cadre général en matière de défense commune en prévoyant un rôle de l'Union en matière militaire. Cette politique doit en effet assurer à l'Union des capacités opérationnelles, qui pourront intervenir en son nom, y compris dans le cadre de l'ONU. Ces nouvelles dispositions doivent également aboutir à la définition progressive d'une politique de défense commune de l'Union. Enfin, il est créé une agence européenne de défense[1160], chargée de coordonner les différents moyens d'action militaire. L'ensemble de cette politique de défense n'est pas sans rappeler la Communauté européenne de défense (CED) qui a échoué en 1954 et qui semble revenir sur le devant de la scène, preuve du progrès de la construction européenne.
L'impact d'une telle politique est encore difficile à cerner dès lors que cette défense commune continue à se référer aux capacités militaires de chaque Etat membre, et que l'unanimité est encore imposée. Dans ce cadre, l'Etat puissance n'est pas menacé, mais le développement du rôle de l'agence européenne de défense pourrait venir modifier ce paysage.

1309. À ce jour, la puissance de l'Etat persiste puisque les moyens militaires restent propriété de l'Etat, que l'internationalisation n'est que limitée et que l'Etat reste en tout état de cause en situation de se désengager quand il le souhaite. La notion de puissance semble donc à la fois naître de cette capacité militaire et justifier cette dernière.

1310. Paradoxalement, cette appartenance à des organisations internationales comme la force de l'ONU ou l'OTAN traduit à la fois un affaiblissement de la souveraineté militaire de l'Etat tout autant qu'une affirmation de sa puissance. En tout état de cause, et qu'elle que soit

[1157] Le sujet de la mise en œuvre d'une défense commune est d'ailleurs particulièrement sensible en Europe tant il encourage des implications sur la structure de l'Etat. Cette question est apparue très tôt dans le processus communautaire avec le projet de CED (communauté européenne de défense) que la France a rejeté le 30 août 1954. Elle revient aujourd'hui en force sur la scène européenne, notamment avec de lourdes questions budgétaires en toile de fond, alors qu'elle avait été très longtemps mise de côté.

[1158] Ce qui était somme toute conforme à une position ancienne prise très tôt par les Etats membres après l'échec de la CED.

[1159] La disparition des piliers est d'ailleurs révélatrice d'une volonté de passer à l'étape suivante qui est l'intégration.

[1160] La mission de cette agence européenne de défense est prévue à l'article 45 TUE et reste largement étendue.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

l'intégration, la puissance se traduit en matière militaire par la possession des armes nucléaires dissuasives, dont l'Etat se sert pour afficher sa puissance[1161].

1311. Au-delà de ce pouvoir militaire, l'Etat démontre sa puissance par une prérogative qui lui est spécifique et qui repose sur le monopole de la contrainte légitime[1162]. Cette prérogative reste le second noyau de définition de l'Etat puissance qui perdure nettement comme caractéristique de l'Etat.

§ 3. Le monopole de la contrainte légitime : une démonstration concrète de la pertinence de l'Etat conçu comme puissance

1312. Dans son sens premier, cette fonction régalienne de l'Etat s'exerce dans le cadre de la souveraineté sans réelle limitation. Le monopole de la contrainte s'impose avant d'être légitime mais de plus en plus fréquemment, cette légitimité est recherchée par l'Etat.

1313. Cette fonction initiale de l'Etat perdure jusqu'à aujourd'hui et elle connaît même un renforcement après plusieurs années de triomphe de l'Etat providence. L'activité de police dans la doctrine française a toujours constitué un élément essentiel pour caractériser les pouvoirs de l'Etat, et a apporté à la théorie de la souveraineté de l'Etat. En droit français, cette défense de l'ordre public et cette mise en œuvre des pouvoirs de police a d'ailleurs en partie permis de faire émerger le droit administratif, droit spécifique applicable à l'Etat.

1314. Malgré la mise en place de l'Etat de droit, et malgré la soumission grandissante de l'Etat au droit, ce monopole ne s'est pas démenti, puisqu'il était de nature à assurer l'ordre public, mais aussi le respect des droits fondamentaux. L'Etat conserve donc le monopole de la contrainte légitime qui apparaît au quotidien soumise au droit de l'Etat et au droit international[1163].

1315. Le monopole de la contrainte légitime qui apparaît dans le fonctionnement normal de l'Etat largement encadré par le droit et les libertés individuelles, se trouve davantage encore mis en évidence en période de circonstances exceptionnelles. Dans ce contexte particulier

[1161] Sur ce point, la volonté notamment de l'Iran de poursuivre ses travaux sur la recherche nucléaire peut servir d'exemple pour démontrer en quoi la possession de l'arme nucléaire reste un enjeu prégnant pour la puissance des Etats.

[1162] Cette contrainte légitime reste un élément symbolique de la puissance de l'Etat, tant d'un point de vue juridique qu'historique.

[1163] Nous verrons que cette limitation du monopole de la contrainte légitime s'impose principalement dans les Etats démocratiques, et constitue également un élément de définition de la puissance.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

auquel l'Etat peut être confronté, la contrainte et la protection de l'ordre public réapparaissent nettement comme des caractéristiques majeures de l'Etat puissance.

1316. À ce titre d'ailleurs, la cinquième République ne déroge pas à la règle et dispose de moyens juridiques et institutionnels permettant, lors de circonstances exceptionnelles, de mettre en avant le rôle premier de l'Etat puissance, titulaire du monopole de la contrainte légitime.
En effet, conscients de la nécessité d'affranchir dans certaines circonstances les autorités administratives des règles qui régissent normalement leur action, le législateur et le juge ont mis en place une forme de pouvoirs de crise principalement au profit des autorités de police. Le principe de légalité s'adapte alors aux circonstances pour permettre l'action des pouvoirs publics, l'autorité administrative peut alors prendre des actes qui, en d'autres circonstances, seraient illégaux, voir constitutifs d'une voie de fait. Ces pouvoirs spécifiques traduisent combien l'Etat reste une puissance en matière de sécurité et de police et combien la dimension absolue peut parfois ressurgir.

1317. Dans un premier temps, le législateur a prévu des cas où cette légalité est aménagée avec les lois sur l'état de siège et sur l'état d'urgence[1164]. Ces deux régimes organisent des pouvoirs particuliers qui permettent à l'autorité de police de faire face à la situation de crise plus efficacement.

1318. L'état de siège et l'état d'urgence sont déclarés par un décret en Conseil d'Etat, mais au delà de douze jours, une loi doit intervenir pour en prolonger l'application. Leur domaine d'application est différent dans la mesure où l'état de siège ne peut être déclaré qu'en cas *« de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée »* alors que l'état d'urgence peut être décrété plus largement dès lors qu'il existe un *« péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, ou en cas d'événements ayant par leur gravité le caractère de calamités publiques ».*

1319. Une deuxième différence résulte du fait que l'état de siège est un régime militaire dans lequel l'autorité de police civile est largement dessaisie de sa compétence au profit de l'autorité militaire qui doit veiller au maintien de l'ordre. Dans cette circonstance, le législateur investit l'autorité militaire de pouvoirs particuliers alors que dans le cadre de l'état d'urgence, c'est l'autorité civile qui garde des pouvoirs exceptionnels, notamment les préfets

[1164] Lois sur l'état de siège du 9 août 1849 et du 3 avril 1878. Réf. Bull des lois, 10eS, B, 186, n°1511 et Bull des lois, 12eS, B, 338, n° 6827.
Loi sur l'état d'urgence du 3 avril 1955, n° 55-385, relative à la situation en Algérie. Réf. JO du 7 avril 1955.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

et la police[1165]. Enfin, dans le cas de l'état de siège, des juridictions militaires spéciales peuvent recevoir des compétences pour des faits qui concernent des personnes non militaires.

1320. L'état de siège et l'état d'urgence ont pour but d'éviter une inaction des pouvoirs publics qui serait préjudiciable à la Nation ; l'ordre public doit primer sur le respect des libertés car sans ordre public, elles sont de toute façon compromises[1166]. Les citoyens peuvent continuer à exercer toutes les libertés qui n'ont pas été mises en cause par la loi que se soit pour l'état de siège ou pour l'état d'urgence[1167].

1321. En l'état actuel du droit, le Conseil constitutionnel reconnaît au législateur le pouvoir de mettre en œuvre l'état d'urgence conformément aux dispositions de la loi du 3 avril 1955 alors que pour l'état de siège, seul le législateur constituant est compétent, conformément à l'article 36 de la Constitution de 1958[1168].

1322. Les restrictions apportées par le législateur sont importantes mais elles restent toujours soumises à un certain contrôle puisque les mesures administratives prises en application de la loi peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir[1169]. Par conséquent, l'assouplissement de la légalité est réel, mais il n'est pas absolu ; c'est au juge que reviendra le pouvoir d'apprécier, au cas par cas, si les circonstances sont vraiment exceptionnelles et justifient par la même, l'existence de mesures normalement illégales.

1323. Le Conseil d'Etat a également dégagé une théorie des circonstances exceptionnelles[1170] qui traduit des pouvoirs spécifiques de l'Etat, et une capacité de mise en œuvre accrue des pouvoirs de police et des administrations, au détriment des libertés, dès lors que les

[1165] Pour des précisions sur l'extension de la compétence des préfets dans le cadre de l'état d'urgence, voir une chronique de R. Drago : *« l'état d'urgence et les libertés publiques »,* RDP 1955, pp. 670 et suiv.

[1166] On peut ici évoquer les conclusions du commissaire du gouvernement Odent sous l'arrêt André et autres, du 8 janvier 1943, qui précisait à propos des libertés publiques, *« qu'il est vain d'espérer les préserver, si l'ordre public, qui prime tout, ne règne pas ».* Sirey 1943. 3. 20.

[1167] Pour une position doctrinale sur cette question, voir J. Barthélémy dans un article *« notes de droit public sur le droit public en temps de guerre »*, RDP 1915, pp. 134 et suiv.

[1168] Décision CC 25 janvier 1985, D 1985, p. 361.

[1169] Le Conseil d'état a remis en cause sa jurisprudence qui reconnaissait aux décisions applicables en vertu de la loi sur l'état de siège, le caractère d'acte de gouvernement. Voir CE 20 mai 1887, Duc D'Aumale, réf. rec. p. 409. Le Tribunal des conflits avait déjà statué en ce sens, voir TC 30 juillet 1873 Pelletier, D 1874. 3. 5 et GAJA, 12ème édition, n° 2 et TC 5 novembre 1880, Marquiny, D 1880. 3. 121.

On peut aussi citer l'arrêt CE 28 février 1919, Dol et Laurent. RDP 1919 p. 338 ou GAJA, 12ème édition, n° 36 dans lequel le juge administratif observe la situation de fait avant d'estimer que le décret est légal, il ne se contente pas de faire référence à l'état de siège.

[1170] Cette notion a été dégagée au cours de la première guerre mondiale pour faire face à une situation de crise et donner à l'autorité administrative les moyens d'agir en conséquence. Cette théorie est initialement apparue sous la formulation de *« théorie des pouvoirs de guerre ».*

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

circonstances l'exigent. Tout en apportant une solution aux litiges qui lui sont soumis, le juge fait œuvre créatrice en retenant les mêmes critères que ceux qui sont utilisés par le législateur pour déclarer l'état d'urgence ou l'état de siège.

1324. Dans un arrêt du 28 juin 1918, Heyriès[1171], le Conseil d'Etat pose trois conditions nécessaires à la mise en œuvre du régime spécifique des circonstances exceptionnelles[1172]. Tout d'abord, il faut que les mesures prises par l'autorité publique aient pour objet de répondre réellement à des situations exceptionnelles[1173].

Cette condition est appréciée au regard de l'espèce et le plus souvent, elle est admise en cas d'insurrection, de guerre mais aussi pour les catastrophes naturelles[1174]. Elle est également parfois admise en cas de grèves générales du service public qui créé une désorganisation excessive par son ampleur ou par sa durée[1175]. Ensuite, il faut que l'administration, du fait des circonstances, ait été dans l'impossibilité d'agir selon la légalité de droit commun[1176]. Enfin, il faut que l'utilisation de pouvoirs exceptionnels soit mise en œuvre pour protéger un intérêt particulièrement important[1177].

Dès lors que ces trois conditions sont remplies, les autorités administratives, d'une manière générale, peuvent prendre toutes les mesures qu'exigent les circonstances ; les règles de procédure et de compétences pourront alors s'en trouver modifiées[1178]. Leur application est toutefois limitée dans le temps et dans l'espace et le juge vérifie que les mesures prises s'inscrivent dans cette limite et qu'elles ne sont ni générales ni absolues[1179].

[1171] CE 28 juin 1918 Heyriès, GAJA, 12ème édition, n° 34 et Sirey 1922. 3. 49.

[1172] D'une manière générale, sur ces trois conditions, voir un article de A. Mathiot, *« la théorie des circonstances exceptionnelles »,* Mélanges Mestre, p. 413.

[1173] Cette notion est difficilement définissable car elle repose sur les faits. En ce sens, on peut citer la phrase du commissaire du gouvernement Letourneur dans ses conclusions sous l'arrêt Laugier du 16 avril 1948 : *« circonstance exceptionnelle ! Idée imprécise qui ne saurait être définie et varie avec chaque espèce ».* Sirey 1948. 3. 37.

[1174] L'admission de pouvoirs exceptionnels a été confirmée par le Conseil d'état pour une interdiction préfectorale qui empêchait la circulation des navires alors qu'il y avait un risque d'explosion du volcan la « Soufrière ». Voir l'arrêt du Conseil d'état, Rhodes, du 18 mai 1983, Rec. p. 199 ou AJ 1984 p. 44.

[1175] Le Conseil d'état a reconnu que l'autorité administrative peut avoir un pouvoir particulier dans le temps et les lieux où les circonstances sont vraiment exceptionnelles. Voir CE 18 avril 1947 Jarrigion, Sirey 1948. 3.33.

[1176] Ce critère sera principalement apprécié au regard de l'urgence, voir par exemple TA de Lille 5 février 1965, Cinquini (JCP 1965 II 14389) et CE 18 mai 1983 Rhodes (précité).

[1177] L'intérêt justifiant la dérogation à la légalité peut consister en la protection de l'ordre public, la continuité du service public ou la défense nationale. Il faut que la mesure prise soit nécessaire à la sauvegarde de cet intérêt, voir sur ce point les conclusions de commissaire du gouvernement Mosset sous l'arrêt CE 7 janvier 1955, Andriamisera, revue politique et juridique de l'union française 1955, p. 859.

[1178] La plupart des auteurs voient dans cette théorie un simple assouplissement de la légalité. Voir par exemple l'analyse de J. Rivero qui soutient cette idée dans une chronique intitulée : *« le juge administratif, un juge qui gouverne ».* D 1981, p. 21.

[1179] Le juge administratif prend soin de vérifier si la mesure est justifiée selon la logique du contrôle de proportionnalité résultant de l'arrêt CE Benjamin du 19 mai 1933 (GAJA, 12ème édition, n° 51). En cas de mesure

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1325. Cette théorie jurisprudentielle est une traduction de l'idée que la police administrative doit assurer le maintien de l'ordre en priorité et que pour cette raison, elle profite avant tout autre administration du bénéfice de l'urgence. Ainsi, dans ces circonstances, l'acte qui serait normalement illégal peut, en raison de l'urgence, être considéré comme conforme à la loi[1180].

1326. De même, la puissance de l'Etat s'affirme également par des dispositions constitutionnelles exceptionnelles comme l'article 16, qui traduit la particularité des pouvoirs de l'Etat lorsque l'ordre public, la Nation ou le fonctionnement des pouvoirs publics est menacé. Ce pouvoir traduit bien évidemment la situation de monopole dans laquelle se trouve l'Etat pour maintenir l'ordre public. Un tel pouvoir traduit toute la puissance de l'Etat, et aucune autre entité ne peut l'obtenir.

1327. Historiquement, l'article 16 de la Constitution de 1958 se justifie par une volonté d'éviter l'incapacité de l'exécutif à réagir à une situation de crise[1181]. Cet article octroie un pouvoir considérable au Président de la République qui peut prendre toute mesure de nature à faire face à une situation délicate, les prérogatives quasi illimitées dont il dispose ont pour but de préserver les institutions[1182].
L'article 16 est rédigé sous une forme très générale qui permet une interprétation tout aussi large et son application est d'autant plus dangereuse que les circonstances, et les conséquences juridiques de son application, sont mal définies. Cet article peut avoir des graves conséquences sur la responsabilité des autorités de police puisque le président est alors libre d'agir pour veiller à l'ordre public, quasiment comme il l'entend.

1328. Le seul rempart à l'application de l'article 16 de la Constitution réside dans l'existence de deux conditions cumulatives de mise en œuvre, qui ont été dégagées clairement lors de l'unique application de l'article effectuée à ce jour[1183].

excédant la nécessité des circonstances, il peut retenir une illégalité mais il retiendra rarement une voie de fait. Voir TC 27 mars 1952 Dame de la Murette, D 1954, p. 291.

[1180] Pour des exemples où l'urgence a été retenue par le juge administratif comme motif du non respect de la légalité : voir CE 19 février 1982, Pérez (rec. p. 83) ou CE 31 mai 1989, Société corse de pyrotechnie (DA 1989, n° 415). Pour un arrêt confrontant la notion d'urgence et la notion de voie de fait, voir TC 26 février 1948, Netter c/ Ribain. JCP 1948, p. 4298.

[1181] Les événements de juin 1940, qui avaient donné lieu au retrait du gouvernement et à son impuissance, étaient encore présents dans l'esprit des constituants de 1958, qui souhaitaient éviter que cette situation ne puisse se reproduire. Le général De Gaulle avait d'ailleurs reconnu cette idée dans une déclaration au comité consultatif du 8 août 1958.

[1182] Le président devient alors une sorte de « dictateur » à la manière du dictateur de la Rome antique qui avait des pouvoirs illimités pour défendre les institutions et non pas au sens péjoratif du terme. Voir sur ce point, l'ouvrage de Burdeau, Hamon, Troper, *droit constitutionnel,* LGDJ, 26ème édition, pp. 549 et suiv.

[1183] Il s'agit évidemment de l'application de l'article 16 de la Constitution dans le cadre des événements en Algérie, en avril 1961.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Tout d'abord, il faut que le fonctionnement des institutions, l'indépendance de la Nation, l'intégrité du territoire national ou l'exécution des engagements internationaux, soient menacés de manière grave et immédiate. Ensuite, il faut que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels soit interrompu. Cependant, ces conditions doivent être considérées comme une limite formelle puisque le président est libre de choisir en dernier ressort si elles sont remplies avant de mettre en œuvre l'article 16[1184] et de plus, l'interprétation qui est faite de ces conditions est relativement extensive[1185], ce qui élargit les cas où le recours à l'article 16 reste possible.

1329. L'article 16 peut, au-delà du pouvoir de police, être utilisé pour modifier les compétences dévolues à l'autorité de police, et également sa responsabilité, pour peu que le président en décide ainsi. Le Conseil constitutionnel sera simplement consulté et le parlement aura des difficultés à contrôler l'action du Président, surtout si les circonstances rendent impossible toute réunion des assemblées[1186].

Avec l'article 16 de la Constitution, le Président de la République dispose de pouvoirs considérables qui font de lui le garant des institutions, en période délicate pour l'Etat et la Nation. Il redevient alors le symbole de la puissance de l'Etat dans l'intérêt de la Nation, ce qui implique que l'Etat puissance soit valorisé en cas de circonstances exceptionnelles[1187].

1330. Cette caractéristique historique et essentielle de l'Etat puissance, qui ressort clairement en période de circonstances exceptionnelles, démontre que la définition de l'Etat par la contrainte légitime reste pertinente. Cette définition est historiquement complétée par la référence à l'indépendance, qui est également une caractéristique fondamentale de l'Etat puissance.

Section 3 : L'indépendance : caractéristique majeure de l'Etat puissance

[1184] Il faut préciser qu'aucune obligation de contreseing n'est exigée pour appliquer l'article 16 de la Constitution, le Président est entièrement souverain. Seules quelques consultations sont imposées au préalable, les avis du premier ministre, des présidents de chambres et du Conseil constitutionnel sont obligatoires mais ils ne sont que consultatifs. De plus, la doctrine s'accorde à dire que si le président est dans l'impossibilité d'obtenir les avis en raison de la force majeure, il peut passer outre et mettre en œuvre l'article 16 sans prendre les avis. Voir par exemple, un article de J. Lamarque, *la théorie de la nécessité et l'article 16 de la Constitution de 1958*, RDP 1961, p. 613 et un article de F. Saint Bonnet *« réflexion sur l'article 16 »,* RDP 1998, p. 1699.

[1185] Certes, la menace sur les institutions doit être actuelle mais il n'est pas pour autant nécessaire que toutes les institutions de la République soient paralysées, il suffit qu'une partie relativement importante du territoire ne puisse plus être contrôlée par les autorités légales. Voir l'avis du Conseil constitutionnel du 23 avril 1961, rec. CC. p. 69 et GDCC, n° 10.

[1186] L'article 16 précise que le parlement se réunit de plein droit, pourtant on peut douter de son contrôle, d'abord parce qu'en période de crise, les sièges des assemblées risquent d'être pris pour cible, mais surtout, parce que, plus juridiquement, la seule sanction que pourrait prendre le parlement en cas d'abus du Président, c'est la destitution pour haute trahison et ce qui n'est pas forcément facile à obtenir.

[1187] Y compris dans une conception plus absolue qui se rapproche alors du sens historique de la contrainte.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1331. En doctrine, et sur le plan externe, l'indépendance de l'Etat a toujours été reconnue comme l'une de ses caractéristiques majeures. Dans le cadre de l'Etat souverain, cette indépendance était inconditionnelle et sans limite. Dans l'Etat puissance, on retrouve l'indépendance qui reste également une caractéristique majeure, mais là encore, elle est emprunte de limitations.
L'indépendance de l'Etat a également une dimension interne qui suppose qu'il soit libre de s'organiser comme il le souhaite et de répartir ses pouvoirs sans qu'aucune autorité ne puisse interférer dans ses choix. Cette indépendance se retrouve aujourd'hui dans l'Etat même si elle évolue toujours, notamment au gré des règles internationales.

§ 1. L'indépendance interne de l'Etat : une traduction dans la décentralisation

1332. La décentralisation reste un exemple de la liberté de l'Etat d'organiser sur le plan interne, la répartition de ses pouvoirs. La décentralisation souhaitée par l'Etat, reste aujourd'hui, à la fois un vecteur de démocratie ainsi qu'une manière pour l'Etat d'assurer certaines de ses missions sans pour autant empiéter sur son budget.
La puissance de l'Etat se traduit ici par le pouvoir qu'a l'Etat de régir d'autres entités juridiques autonomes mais soumises au droit de l'Etat et surtout au principe d'égalité qui conduit à réduire les velléités d'indépendance et de morcellement de l'Etat. Le droit positif favorise d'ailleurs le dirigisme de l'Etat sur la décentralisation

1333. Si le processus de décentralisation en France a trouvé son essor comme nous l'avons décrit précédemment, il n'en reste pas moins que cette décentralisation reste largement plus limitée que celle qui peut exister dans d'autres Etats, notamment européens. La décentralisation est désormais reconnue par la Constitution mais les termes utilisés conservent toutefois une marge de manœuvre importante à l'Etat puisque les droits reconnus, notamment en matière financière, sont soumis à l'évolution législative. Le droit français, malgré la constitutionnalisation, laisse une large part de dirigisme au législateur et à l'exécutif, tant au niveau du statut des collectivités que de leurs modalités de fonctionnement.

1334. La décentralisation est un fait, elle implique des changements et notamment la fin de l'Etat centralisateur[1188]. Pour autant, ce mouvement n'est pas figé puisqu'il fait encore l'objet de nombreuses discussions, tant politiques que juridiques. Sur ce point, le rapport déposé par le comité Balladur concernant les propositions de réforme des collectivités locales démontrait

[1188] Les résistances de l'Etat centralisateur sont néanmoins plus fortes dans la période récente, notamment pour des raisons politiques, qui s'expriment de manière conflictuelle entre les Régions et l'Etat, et qui dépassent largement le simple contexte institutionnel.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

à la fois une volonté de l'Etat de ne pas perdre la maîtrise de la décentralisation, autant qu'une volonté d'autonomisation et de restructuration des échelons locaux[1189].

1335. Les propositions effectuées par le rapport de ce comité pour la réforme des collectivités territoriales retraçaient plusieurs axes qui sont en partie repris dans le texte de loi sur la décentralisation du 16 décembre 2010[1190]. Toutefois, les perspectives actuelles de la réforme sont multiples ; les objectifs tiennent davantage à la rationalisation financière et matérielle qu'à une réflexion profonde sur la souveraineté[1191].

1336. C'est surtout le principe d'égalité qui cantonne le processus de décentralisation et qui permet à l'Etat d'en conserver une maîtrise prégnante. En effet, ce principe d'égalité suppose que partout sur le territoire français, il soit appliqué la même réglementation avec les mêmes droits et obligations. Tout particularisme local a donc vocation à être gommé autant que possible au profit du principe d'égalité ce qui permet à l'Etat de veiller à une forme de suprématie législative. De plus, le principe d'égalité conduit également à une mise en œuvre constante des moyens de l'Etat sur l'ensemble du territoire national[1192].

1337. Ce principe d'égalité est largement utilisé par l'Etat pour maintenir ses prérogatives sur le territoire national. Toutefois, on note que depuis quelques années, les entorses au principe d'égalité deviennent possibles, notamment par voie législative, ce qui peut conduire à terme à une différenciation entre les collectivités[1193]. Dans ce domaine, et une fois de plus, la portée des dispositifs de mise en cause du principe d'égalité dépendra entièrement de la pratique qui en sera faite et déterminera les rapports entre l'Etat et les collectivités.

1338. Au-delà du principe d'égalité, l'ensemble du droit positif conduit à caractériser un Etat très présent dans le processus de décentralisation, qui en conserve la maîtrise et qui surtout impose sa puissance, tant d'un point de vue législatif que du point de vue de la puissance publique[1194].

[1189] Texte du rapport disponible sur http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/094000097/0000.pdf.

[1190] Loi n° 2010-1563, du 16 décembre 2010, *réforme des collectivités territoriales*, JO 17 décembre 2010, p. 22289.

[1191] En effet, l'approche quantitative tient une part déterminante dans le rapport du comité Balladur sur la réforme des collectivités : rationalisation du nombre d'élus, regroupement des communes voire des départements, simplification des procédures d'élection, systématisation de la pratique de la collectivité chef de file, modification des modalités de financement des collectivités avec le souci d'économie pour l'Etat…

[1192] Or, on l'a vu, l'Etat utilise ses moyens notamment financiers et techniques, pour continuer à exercer une influence sur les collectivités locales et à peser sur leurs choix.

[1193] On pense ici notamment au processus d'expérimentation que nous avons déjà décrit et qui permet à certaines collectivités d'appliquer une réglementation plus spécifique sur une période déterminée afin d'en évaluer l'efficacité.

[1194] La réforme territoriale qui s'achève démontre cette tendance à la recentralisation.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1339. Cette indépendance interne est toujours réaffirmée et s'illustre par la volonté constante de l'Etat de procéder à des réformes de la décentralisation. Ces réformes successives sont parfois difficiles à analyser en ce qui concerne la place de l'Etat mais elles traduisent une décentralisation en provenance du sommet, et dont l'Etat a la maîtrise.

1340. Dans le mouvement de décentralisation qu'il a lui-même créé, l'Etat n'arrive toutefois pas toujours à déterminer les enjeux et les conséquences des réformes successives qu'il entend mettre en place. La décentralisation a produit des impacts sur l'indivisibilité de la République, sur le principe d'égalité, sur l'équilibre des pouvoirs électifs, sur le degré de contrôle de l'Etat, sur la répartition des compétences et sur les aspects financiers. Toutefois, ces impacts ne sont pas toujours bien souhaités ou mesurés ce qui implique suivant les cas que l'Etat reste un maître œuvre ou qu'au contraire, il subisse davantage cette décentralisation.

1341. Une véritable maîtrise du processus de décentralisation par l'Etat impliquerait que ce dernier ait une ligne de conduite, qu'il détermine des choix à long terme afin de préserver ses compétences sans être excessivement centralisateur. Or les réformes actuelles démontrent que l'Etat dirige la décentralisation sans savoir où il doit la conduire, et sans en mesurer à long terme les impacts possibles sur la souveraineté.
En effet, les réformes de la décentralisation en France se sont toujours effectuées sans vision globale, traitant des enjeux de manière fragmentée, par compétence, par collectivité, par mode de financement… Il n'existe pas de réel fil conducteur dans le processus de décentralisation français, tant les textes successifs ont marqué le surajout des compétences plutôt que la simplification à long terme, la création de nouvelles structures sans suppression, l'ajout de moyens de financement ponctuels.

1342. Sur ce point, nous l'avons déjà indiqué, la réforme annonçait une volonté de revenir sur les habitudes passées en termes de décentralisation et promettait une réelle simplification, salutaire tant d'un point de vue des compétences que d'un point de vue du nombre de collectivités. Le texte final n'est probablement pas à la hauteur des enjeux affichés pour ce qui concerne les compétences et les financements[1195].

1343. Si l'indépendance a une traduction interne, elle prend toute sa dimension sur le plan externe.

§ 2. L'Etat : une puissance internationale indépendante

[1195] Loi n° 2010-1563, du 16 décembre 2010, *réforme des collectivités territoriales*, JO 17 décembre 2010, p. 22289.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1344. D'un point de vue externe, la notion de puissance semble qualifier de manière relativement précise la place et le rôle de l'Etat dans l'ordre mondial. Elle traduit un pouvoir qui n'est pas concurrencé mais qui pourtant est contesté, qui ne s'impose plus de lui-même et qui connaît surtout des variantes suivant le poids historique et économique de chaque Etat. La notion de puissance ne s'apprécie pas en effet de manière uniforme sur le plan international, ce qui permet de rendre compte d'une diversité étatique que la notion de souveraineté ignorait, du moins dans sa conception initiale et française.

1345. Sur le plan externe, la notion de puissance permet également de qualifier l'Etat par rapport aux autres entités internationales, au-delà de ses semblables, et surtout de préciser en quoi son pouvoir est distinct des entités de droit privé de nature internationale. Cette notion illustre également la capacité de l'Etat à résister aux divers processus juridiques qui fragmentent les compétences.

1346. De fait, le rôle historique de l'Etat persiste et ce dernier conserve sa vocation à organiser les activités collectives et à structurer les sociétés. Désormais, suivant ses capacités intrinsèques, l'Etat est une puissance dont l'importance est évolutive. Dans le cadre des organisations internationales, l'Etat conserve toute sa place même s'il n'est plus seul à décider et qu'il doit trouver des alliés. On assiste désormais à un retour de l'Etat tant sur le plan politique qu'économique, alors même qu'on avait pu penser que la mondialisation abolirait le rôle prédominant de l'Etat.

1347. L'Etat-puissance est en effet un concept qui n'est pas une nouveauté juridique mais qui prend une consistance nouvelle qui reste aux prémisses de son évolution. Dans ce contexte, l'Etat conserve toute son importance et n'a probablement pas vocation à disparaître comme certains ont pu l'affirmer. Un constat s'impose, l'Etat reste une puissance sans précédent sur la scène internationale pour deux raisons majeures, dont la première est l'absence d'entité capable de le concurrencer et dont la seconde tient à la force de l'histoire dans l'organisation mondiale.

1348. L'Etat reste une puissance parce qu'il n'existe aucune structure dans le monde capable de le concurrencer. Si l'Etat conserve un pouvoir spécifique et plus important que tout autre, c'est parce qu'il n'a pas d'équivalent et que le contenu de son pouvoir révèle sans nul doute des compétences et des capacités bien au-delà de tout autre.

1349. Cette puissance indépendance passe également par la puissance diplomatique, qui fait de l'Etat une entité au service de ses ressortissants chargée de défendre leurs vues sur la scène internationale. La dimension diplomatique du rôle de l'Etat reste majeure si l'on s'en tient aux

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

structures permanentes des Etats à l'étranger et notamment au nombre d'ambassades et de consulats, symboles de l'Etat dans les Etats tiers. L'Etat conserve tous ses signes extérieurs d'existence, sans véritable concurrence à ce jour, et qui traduisent au-delà du symbole, les pouvoirs de l'Etat à l'étranger.

1350. D'un point de vue territorial également, il est tout à fait évident que les Etats conservent leur indépendance en préservant leurs limites territoriales, même si ces dernières font parfois l'objet de conflits, et qu'elles sont source de contentieux[1196]. Ces limites territoriales marquent en tout état de cause une existence indépendante de l'Etat, qui n'est pas remise en question. Il est d'ailleurs symptomatique de voir que les frontières à l'intérieur de l'Union européenne continuent d'exister même si elles ne font plus l'objet d'une surveillance systématique et qu'elles ne représentent plus une barrière infranchissable.

1351. De plus, si les relations internationales, les organisations internationales, les traités et le droit international se sont développés, il n'en reste pas moins qu'ils ne peuvent être mis en œuvre sans l'assise initiale des Etats. Dans le cadre des organisations internationales, l'Etat conserve un rôle central.
Ainsi, aucune organisation internationale n'est structurée autrement que sur des fondements étatiques. L'Etat révèle sa puissance au sein des structures internationales dans la mesure où ces dernières ne peuvent poursuivre leur fonctionnement sans référence à l'Etat qui reste une puissance historique et politique sans concurrent. L'Etat reste un élément central et incontournable qui structure l'ensemble de la vie internationale.

1352. Les modalités de vote, le nombre de siège, les temps de parole, sont entièrement soumis à cette référence étatique. Sans l'Etat, l'organisation internationale ne peut exister car elle ne trouve pas son équilibre en dehors des structures étatiques. À titre d'exemple, on peut rappeler qu'au sein de l'ONU, chaque Etat est représenté, qu'il n'y a aucun siège partagé entre plusieurs Etats, que cette organisation constitue un agglomérat d'Etats sans pour autant dépasser réellement ses derniers[1197]. Cette approche de la puissance repose essentiellement sur l'indépendance de l'Etat, qui reste l'une de ses caractéristiques majeures au-delà de la notion de souveraineté.

1353. Ce principe de l'indépendance des Etats est essentiellement issu de la doctrine de Grotius que nous avons déjà évoquée. Il repose sur une égalité entre les Etats. Dans les organisations internationales, elle se traduit par la règle un Etat = une voix. Cette

[1196] Ces contentieux et conflits démontrent d'ailleurs, toute la pertinence et la prégnance de la notion de frontière dans l'esprit des peuples. Si les frontières n'avaient plus de sens et n'existaient plus, elles ne feraient pas l'objet d'une telle volonté de protection.

[1197] On pourrait citer ici de nombreuses organisations internationales reposant sur des structures étatiques, l'OMC, l'OTAN… toutes ses structures supposent qu'un Etat dispose d'une voix délibérative.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

indépendance suppose naturellement que l'Etat reste maître de ses choix et qu'aucune intervention étrangère ne puisse interférer. En ce sens, le droit international condamne de manière générale toute intervention d'un Etat dans les affaires d'un autre au nom du principe de souveraineté.

1354. Le respect de l'Etat puissance se retrouve donc également dans les organisations internationales puisque le principe d'indépendance des Etats, d'égalité entre les Etats, et de non ingérence, restent globalement largement appliqués. L'Etat puissance est respecté en tant que personne morale. Les organisations internationales privilégient d'ailleurs en premier lieu le dialogue avec les Etats pour régler des situations conflictuelles ou dangereuses pour l'ordre international[1198].

1355. L'indépendance est donc encore aujourd'hui l'un des éléments de définition de l'Etat puissance, qui reste incontournable, en raison du poids historique de l'Etat et de l'impossibilité pour les autres structures juridiques publiques de le concurrencer. Toutefois, cet élément de définition s'intègre également dans un contexte de mondialisation où l'absolutisme n'a plus réellement sa place.

1356. Le phénomène de mondialisation, qu'il soit de nature économique, politique, qu'il soit intergouvernemental ou non gouvernemental ne peut se développer sans référence à l'Etat. L'internationalisation et la mondialisation mettent en évidence des potentialités de mise en cause de la pertinence de l'échelon étatique mais ne peuvent se résoudre à dépasser l'Etat.

1357. La mise en cause de l'Etat résulte du fait que la mondialisation rend incertaine la notion de frontières, qu'elle réduit les zones d'emprise des Etats, qu'elle conduit à des échanges et des interactions accrues mais paradoxalement, elle ne supprime pas pour autant ces derniers. L'Etat n'est plus seul à jouer un rôle mais il est souvent placé aujourd'hui dans une situation d'arbitrage et de jeux d'influence avec ses semblables.
L'Etat aborde donc une mutation qui l'oblige à repenser ses structures, le contenu de son pouvoir, et les relations qu'il entretient avec les autres Etats au sein des structures internationales.

§ 3. L'indépendance : une caractéristique relative dans l'Etat puissance

[1198] Il est constant qu'une organisation internationale telle que l'ONU préfère avant toute sanction, tenter de trouver une voie d'entente avec l'Etat. C'est le cas par exemple pour le Nucléaire Iranien, pour le conflit Israélo-palestinien, ou pour d'autres conflits en Afrique.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1358. Les Etats peuvent tous être qualifiés par leur puissance mais cette dernière n'a pas la même nature ni la même étendue suivant l'Etat évoqué. Ce qui domine désormais sur la scène internationale, c'est davantage des enjeux et des rapports de force qu'une véritable coopération d'égal à égal[1199].

1359. Sur le plan des différenciations entre les Etats, le droit d'ingérence est particulièrement révélateur du caractère adapté de la notion d'Etat conçu comme puissance pour qualifier ce que peut être aujourd'hui le pouvoir de l'Etat. La notion d'Etat souverain suppose qu'aucun autre Etat ne puisse intervenir dans les affaires intérieures d'un Etat et qu'en conséquence, quelle que soit la doctrine politique de l'Etat, quelle que soit sa situation économique ou militaire, aucune intervention extérieure ne devrait être possible.
1360. Or, le droit d'ingérence vient clairement remettre en cause cette conception de l'Etat pour adopter une conception davantage fondée sur la puissance ; chaque Etat n'ayant la possibilité de récuser l'intervention des autres que si sa puissance le lui permet[1200].

1361. Ce droit d'ingérence repose sur une idée d'ordre philosophique qui veut que chaque personne en vaut une autre et qu'en conséquence peu importe l'Etat auquel l'individu appartient, il a toujours le droit d'être traité de la même manière au regard de ses droits et libertés fondamentales[1201]. Le droit d'ingérence repose également naturellement sur la notion de bien commun et sur l'idée que dans tous les Etats, il est nécessaire de favoriser l'intérêt de tous et le respect de chaque individu. Ces deux fondements du droit d'ingérence justifient un caractère transcendant de ce droit et surtout ils permettent aux Etats de légitimer une éventuelle intervention dans un autre Etat qui ne respecterait pas ces droits.

1362. Le droit d'ingérence comporte d'abord un volet humanitaire, relayé par de nombreuses organisations non gouvernementales et reposant sur l'idée que chaque homme doit pouvoir faire respecter ses droits fondamentaux, et donc le droit pour toute personne ou groupe de personne d'assurer la défense de la liberté, de la vie, et des droits, même en contradiction avec le droit des Etats.

1363. Le droit d'ingérence comporte un volet politique en ce qu'il dépasse la notion de frontière et de Nation pour traiter l'humanité toute entière selon un principe d'égalité. Le

[1199] L'institutionnalisation du G20 a consacré l'idée que certains Etats de la planète avaient des caractéristiques particulières et une puissance suffisante pour appartenir à une forme de groupe d'Etats décideurs à l'échelle mondiale. La généralisation du G20, à terme, en lieu et place du G8, traduit pourtant l'idée qu'un plus grand nombre d'Etats est reconnu comme suffisamment puissants pour peser sur les discussions internationales.

[1200] Cette conception est pourtant de nature à remettre en question l'égalité entre tous les Etats qui prévaut traditionnellement dans les organisations internationales. On comprend alors pourquoi aujourd'hui on se situe probablement à la charnière entre l'Etat souverain et l'Etat puissance.

[1201] Le principe théologique de dignité humaine trouve ici son application modernisée affirmant qu'un homme en vaut un autre, quelle que soit sa situation personnelle et matérielle.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

travail des ONG caractérise d'ailleurs une vocation transnationale portée par l'universalisme. Le droit d'ingérence créé des incidences sur la légitimité de l'Etat, notamment parce qu'il traduit une incapacité des Etats à protéger les droits de l'Homme et à garantir la liberté et l'intégrité physique de tous[1202] et parce qu'il réduit les liens entre les Etats et les Nations.

1364. Ce droit d'ingérence a donc une existence pratique indéniable qui pose des principes juridiques nouveaux. Le droit d'ingérence pose en effet des difficultés en terme de fondements juridiques alors même que les bases éthiques et humanistes de ce droit ne font pas difficultés. En effet, le droit d'ingérence s'oppose naturellement à la souveraineté, ce qui fragilise sa légitimité en droit. Il est souvent perçu comme une menace par les Etats, qui ont l'impression d'être dépossédés de leur rôle de protection de leurs ressortissants.
1365. Ce droit d'ingérence comporte nécessairement des incidences sur les prérogatives de l'Etat, et plus ce droit sera consacré et pratiqué dans les faits et plus la notion même de souveraineté connaîtra une abolition.

1366. Ce droit reste de plus contraire aux principes de droit international public car il suppose de permettre une intervention unilatérale sur le territoire d'un Etat tiers. Le droit international public et notamment l'ONU, tente d'intégrer ce nouveau concept d'ingérence, sans remettre en cause la souveraineté des Etats, dans une logique d'arbitrage à l'équilibre fragile. L'ONU met ainsi en place de manière ponctuelle et limitative une reconnaissance de l'intervention extérieure dans un Etat, au travers de résolutions qui permettent l'intervention encadrée des ONG sans méconnaître la souveraineté des Etats[1203]. Il faut rappeler de plus que l'ONU a tendance à prendre en considération les questions d'ingérence humanitaire au cas par cas, en fonction des difficultés et des catastrophes humanitaires qui peuvent survenir[1204].

1367. Au regard de ces développements, le droit d'ingérence est donc plus spécifiquement un potentiel de remise en cause de l'indépendance de l'Etat plutôt qu'une réelle atteinte[1205]. Toutefois, comme de nombreux principes juridiques déjà évoqués, il contribue à terme à une mise en cause du principe de souveraineté, cantonnant le pouvoir de l'Etat à un rôle de puissance, s'imposant de manière diffuse suivant l'étendue de la puissance des Etats. En effet,

[1202] Si d'autres organisations ont vocation à exercer leurs compétences techniques et organisationnelles, c'est bien parce qu'il existe des carences de l'Etat. Toute intervention deviendrait inutile dans le cas contraire.

[1203] On pense ici à deux résolutions de l'ONU. La résolution 43/131 sur l'assistance humanitaire aux victimes de catastrophes naturelles et autres situations du même ordre, et la résolution 45/100 sur les « couloirs d'urgence ». Sur la portée restreinte de ces résolutions, M.-C. Delpal, *le droit d'ingérence humanitaire en question*, édition fondation pour les études de défense nationale (FEDN), pp. 71 et suiv.

[1204] On peut citer ici la résolution 688 concernant l'exode kurde en 1991 mais qui s'est toujours appliquée dans le respect des souverainetés.

[1205] Le droit d'assistance humanitaire par exemple s'exerce bien plus aujourd'hui en fonction de l'acceptation tacite des Etats qu'en raison d'une reconnaissance générale de ce droit par la communauté internationale. Voir en ce sens, M. Bettati, *un droit d'ingérence humanitaire ? in le devoir d'ingérence*, édition le seuil, pp. 23 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

la capacité des Etats à empêcher toute ingérence d'un autre Etat ou d'une autre entité repose davantage sur ses moyens financiers et répressifs que sur le droit et la souveraineté[1206].

1368. À ce stade, la puissance est une notion s'imposant dans les faits et caractérisant le pouvoir de l'Etat. Cette pertinence de la puissance et son rattachement systématique à l'Etat ont conduit à l'émergence d'un nouveau concept : celui d'Etat puissance. Cet Etat puissance acquiert des contours de définition reposant sur l'indépendance, et la contrainte légitime. Le sens historique de l'Etat puissance semble donc conserver toute sa pertinence aujourd'hui. Si la pratique, ainsi que de nombreux faits révèlent et démontrent que l'Etat pourrait trouver sa définition dans cette notion de puissance, le constat reste à nuancer. En effet, ce cadre de définition possède un contenu variable suivant que l'on intègre ou non la limitation du pouvoir et les valeurs démocratiques.

1369. Une question reste en effet posée et largement ouverte : la démocratie et le respect de l'idéal démocratique est-il un élément de définition de l'Etat-puissance ? La réponse à cette question implique deux définitions distinctes de l'Etat puissance et donc une forme de dichotomie entre les Etats démocratiques ou non. Dans un cadre démocratique, la définition de l'Etat puissance pourrait alors prendre un contour beaucoup plus étoffé, de nature à s'intégrer dans le contexte international, bien davantage que la souveraineté.

[1206] A titre d'exemple, il est manifestement clair que l'ingérence des Etats occidentaux ne s'exerce pas de la même manière en Afrique, qu'en Chine ; que la réflexion préalable à toute intervention sera beaucoup plus longue s'il est question d'intervenir en Iran ou en Afghanistan.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

CHAPITRE 2 :

Une définition plus nuancée de l'Etat puissance dans une société démocratique : un concept pertinent ?

1370. Bien qu'elle ne concerne pas tous les Etats du monde, la prise en considération des exigences démocratiques est une étape essentielle dans la définition de l'Etat puissance puisqu'elle contribue à étoffer le sens de cette dernière.

1371. Dans l'Etat démocratique, la puissance prend une consistance plus dense, ajoutant d'autres éléments, telle que la régulation, la limitation du pouvoir, la Nation (Section 1).
Ces caractères de l'Etat puissance reçoivent une traduction sur le plan juridique en terme de compétences et d'identité constitutionnelle. Les influences de la construction communautaire et des juridictions internationales apparaissent d'ailleurs dans ce cadre. (Section 2).
Cet Etat puissance qui semble coller à une réalité juridique et pratique est confronté à la souveraineté, et c'est sur ce dernier échelon que la pertinence de l'Etat puissance doit s'analyser (Section 3).

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Section 1 : L'intégration des exigences démocratiques : une définition évolutive de l'Etat puissance

1372. L'intégration des exigences démocratiques ne semblent pas se retrouver dans tous les Etats, au point qu'il apparaît une forme de dichotomie entre les Etats démocratiques ou non. Toutefois, compte tenu de l'avancée grandissante de l'idéal démocratique, la notion d'Etat puissance doit l'intégrer. Elle prend alors une définition beaucoup plus étoffée.

§ 1. L'Etat puissance, un sens distinct suivant l'adoption ou non d'un régime démocratique

1373. Malgré cette capacité et cette pertinence dans les faits, cette puissance telle qu'elle a été définie, et envisagée, ne semble pas pouvoir décrire à elle seule les pouvoirs de l'Etat. Deux hypothèses semblent se distinguer : celle de l'Etat non démocratique et celle de l'Etat démocratique.

1374. Dans le cadre d'un Etat non démocratique, la souveraineté telle que définie par J. Bodin, ne semble plus avoir totalement sa place, notamment parce que sa dimension externe n'est plus absolue. L'Etat même non démocratique est confronté aux règles internationales[1207].

1375. En revanche, dans ce cadre, la puissance semble s'adapter parfaitement aux contours du pouvoir et parait concurrencer totalement la souveraineté. En effet, la notion de puissance, telle que nous l'avons explicitée, ne connaît pas d'autres limites que les contraintes internationales et la confrontation avec les autres Etats. Dans ce contexte donc, la validation de la pertinence de la puissance comme qualificatif de l'Etat semble acquise.

1376. À l'opposé, dans un Etat démocratique, la puissance est soumise comme on l'a indiqué à des contingences tant sur le plan interne qu'externe. Pour ce qui concerne les Etats démocratiques, la puissance accepte d'être limitée à la fois par la confrontation avec les autres puissances étatiques et par le respect des droits et libertés. Cette puissance est également au service de la Nation et non pas seulement au service de l'Etat et des gouvernants. La puissance ne peut revêtir le seul sens de la force mais doit prendre en compte le respect du droit et la dimension nationale.

[1207] Ce respect des règles internationales s'impose même sous forme atténuée. L'exemple du Nucléaire en Iran est d'ailleurs illustratif, entre gestes d'apaisement et poursuite du programme malgré les demandes de la communauté internationale.

1377. Il serait donc relevé un Etat-puissance au sens de Machiavel, ayant l'ensemble des caractéristiques évoquées précédemment, et un Etat puissance au sens démocratique, dont la définition serait plus complexe[1208]. Ainsi, dans l'Etat démocratique, la puissance aurait une signification plus étoffée, avec d'autres éléments de définition.

1378. Cette dichotomie semble s'imposer aujourd'hui mais il n'est pas certain qu'elle perdurera. En effet, il faut préciser que, si on recense aujourd'hui plusieurs catégories d'Etats avec des avancées très diverses en matière de droits de l'homme, il n'en reste pas moins que l'essentiel des Etats qualifiés de puissance repose sur un modèle démocratique affirmé, qu'ils essaient de mettre en œuvre de la façon la plus complète possible.

1379. La dichotomie a donc nécessairement vocation à s'estomper tant il est vrai que tous les Etats connaissent aujourd'hui des limitations à leurs pouvoirs, et que les enjeux démocratiques prennent une importance considérable. Ainsi la plupart des Etats puissance semble se préoccuper de plus en plus des droits et libertés, en faisant pour le moins de cette question un enjeu même si elle n'est pas toujours une réalité absolue.

1380. C'est dans ce contexte que la notion de puissance ne saurait suffire à elle-seule et qu'elle doit être combinée avec d'autres réalités caractéristiques de l'Etat. La puissance est l'une des caractéristiques majeures du pouvoir de l'Etat qui doit intégrer à la fois le respect des droits et la dimension nationale.
L'Etat-puissance prend une certaine consistance juridique qui reste toutefois distincte de ce que les auteurs comme Machiavel avaient pu mettre en évidence : l'Etat tout puissant, Léviathan. En effet, cet Etat-puissance est fondé non pas sur un pouvoir sans limite et sans altérité, mais tout au contraire sur un pouvoir qui traduit bien davantage un certain degré de puissance. L'insertion de l'Etat dans une mondialisation, placée au centre des droits de l'homme, conduit à une qualification plus nuancée de l'Etat puissance, dont on peut tenter de donner une définition.

1381. En conséquence, dans le cadre des Etats démocratiques, la puissance doit être complétée par d'autres qualificatifs pour avoir une chance de supplanter la souveraineté.
En effet, la qualification d'Etat-puissance parait pertinente à long terme dans les sociétés démocratiques seulement si l'Etat met sa puissance au service des idées démocratiques et de la protection des droits fondamentaux au profit de ses ressortissants.

1382. Cet Etat puissance, dans une société démocratique ne correspond plus à un souverain absolu mais fait face à des contingences, notamment normatives, qui le conduisent à modifier

[1208] La distinction faite entre Etats démocratiques et Etats non démocratiques, au stade de la définition de la puissance en tant que telle, reste valide pour dégager une définition de l'Etat puissance.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

ses activités. Au-delà du monopole de la contrainte légitime et de l'indépendance, l'Etat puissance reçoit une définition qui s'inscrit dans un cadre démocratique, et sur une assise nationale, source de légitimité.

1383. En droit français, la notion d'Etat-puissance ne peut être utilisée et avoir une pertinence que dans un contexte où il est admis que l'Etat n'utilise pas sa puissance au détriment du fonctionnement démocratique et de la Nation. L'Etat puissance n'est alors pas l'Etat totalitaire, car il ne bénéficie du pouvoir de commandement et des prérogatives exorbitantes de droit commun que dans la mesure où il accepte de se soumettre au droit[1209]. Il est un Etat emprunt de démocratie.

§ 2. La limitation du pouvoir et le respect de droits : cœur de définition de l'Etat puissance

1384. L'Etat français trouve son inspiration et la légitimité de sa puissance dans la démocratie même s'il n'est pas toujours évident d'affirmer de manière permanente cette dernière. En effet, l'Etat garantit la démocratie par ses institutions et par les représentants, dont on a déjà dit que ces derniers étaient aujourd'hui largement contestés. L'Etat garantit également la démocratie par la mise en œuvre systématique de la règle de la majorité qui peut toutefois comprendre des effets pervers lorsqu'elle est utilisée à mauvais escient[1210]. Enfin, l'Etat garantit la démocratie par le système judiciaire qui fait respecter le droit avec toutes les difficultés et les subjectivités que la fonction de juger comporte naturellement.

1385. L'appui constitutionnel de l'Etat en fait également un garant des structures démocratiques. En effet, et pour ce qui concerne l'Etat français, la Constitution garantit la séparation des pouvoirs, le pluralisme, la forme républicaine du gouvernement… L'Etat n'exerce donc sa puissance que dans ce cadre constitutionnel, ce qui en limite son étendue. Pour l'exemple de l'Etat français, le texte de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ainsi que les textes de la convention européenne des droits de l'Homme imposent le respect des droits fondamentaux avec des normes au sommet de l'ordonnancement juridique et qui ne peuvent donc être remise en cause que par la Nation elle-même.

1386. L'Etat-puissance s'affirme en fondant son pouvoir sur le respect des droits fondamentaux, notamment par la prise en compte, dans la norme hiérarchiquement la plus

[1209] Nous l'avons évoqué dans le cadre du développement sur la contrainte légitime et c'est d'ailleurs cela qui rend la puissance plus pertinente que la souveraineté pour qualifier l'Etat.

[1210] On pense ici à des régimes dictatoriaux instaurés au départ par le biais d'élections libres et issus de majorités réelles.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

élevée, la Constitution. En effet, cette Constitution permet à l'Etat d'assurer, par la soumission du pouvoir législatif au droit et par le contrôle du juge constitutionnel, la préservation des droits fondamentaux. Cette prise en compte des droits s'effectue également par le respect des textes internationaux, qui s'intègrent d'ailleurs de plus en plus souvent aux textes d'origine nationale[1211].

1387. Cet Etat-puissance défend encore l'idéal démocratique sur la scène internationale et cherche à privilégier le pluralisme, l'élection libre, ainsi que la séparation des pouvoirs. En effet, d'un point de vue diplomatique, l'Etat-puissance tente de convaincre les autres Etats de l'importance de ces enjeux pour que l'Etat perdure au-delà de la souveraineté. L'Etat-puissance correspondrait donc à une phase d'évolution nécessaire de l'Etat construit sur les fondements d'une société démocratique.

1388. Il semble donc que l'idéal démocratique fasse en tout point partie intégrante des cadres initiaux respectés par l'Etat. Ainsi, dans les Etats démocratiques, et la limitation de la puissance de l'Etat étant particulièrement élaborée, cette notion d'Etat-puissance est débarrassée d'une conception qui aurait pu intrinsèquement être absolutiste, voire totalitaire. En effet, l'Etat peut être qualifié de puissance uniquement parce que la contrainte qu'il exerce est légitime, et que son essence même ne peut-être démocratiquement contestée par d'autres entités publiques ou privées. L'Etat ne peut mettre en œuvre sa puissance que dans l'hypothèse où le recours à la contrainte est nécessaire pour assurer le respect des règles approuvées par tous ou du moins par le plus grand nombre.

1389. L'Etat-puissance connaîtrait donc l'altérité et la limitation du pouvoir, ce qui traduirait la relativité de ce dernier. La notion d'Etat-puissance est ainsi bornée par la limitation du pouvoir par le droit et par les autres Etats. L'Etat-puissance est donc caractérisé sur le plan de la norme juridique par une volonté d'autolimitation de ses pouvoirs, par une acceptation de la règle juridique internationale comme source de limitation et par un exercice mesuré de la contrainte légitime. Ce degré de limitation que l'Etat s'impose est d'ailleurs l'indicateur du régime politique qu'il met en œuvre.

1390. La soumission de l'Etat au droit et la séparation des pouvoirs contribuent à l'organisation démocratique, qui reste un élément potentiel de définition de l'Etat puissance. Cette notion de puissance a ainsi un sens constitutionnel et administratif qui s'appuie nécessairement sur cette limitation du pouvoir.

[1211] L'exemple de l'intégration du droit international directement dans le corpus de droit français illustre cette idée que les droits fondamentaux dégagés dans les textes internationaux ont une portée majeure dans l'Etat-puissance. Voir en ce sens, J. Dhommeaux, *le Conseil constitutionnel et la tentation de l'internationalisation de la constitution,* pp. 89 et suiv, in que *reste-t-il de la Nation dans la Constitution ?* Colloque et travaux du centre de recherches ICES, édition cujas.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Au sens constitutionnel, la puissance conduit à favoriser le pouvoir exécutif sur le pouvoir législatif et à organiser une autolimitation du pouvoir[1212]. Au sens administratif, la puissance conduit à légitimer l'utilisation de la contrainte et la mise en œuvre du principe du « privilège du préalable » au bénéfice des institutions administratives[1213]. D'un point de vue politique, la puissance de l'Etat se mesure sur le plan interne par la capacité de l'Etat à mettre en œuvre les prérogatives de puissance publique[1214].

1391. Pour assurer sa pertinence dans un cadre démocratique, la qualification par la puissance doit intégrer d'autres règles. Ces éléments complémentaires de définition doivent être précisés pour donner à l'Etat puissance une signification adaptée dans un cadre démocratique. L'Etat puissance intègre alors la notion de régulation, et d'assise nationale.

§ 3. L'Etat démocratique : une puissance régulatrice légitimée par une assise nationale

1392. Dans le domaine économique d'abord, l'Etat puissance est réaffirmé par un pouvoir de régulation et de réglementation qui ressurgit dès lors que les acteurs privés et les mécanismes de droit privé ont démontré leurs limites. Les Etats redeviennent régulateurs, c'est-à-dire qu'ils exercent une forme de supervision de l'activité économique qui implique d'établir des règles de fonctionnement, et d'amortir les tensions et les conflits[1215]. Cette régulation est essentielle car l'autorégulation, longtemps prônée comme un palliatif de l'intervention de l'Etat, reste largement battue en brèche.

1393. On a pu penser que la constitution de personnes morales internationales de droit privé, pouvaient venir concurrencer l'Etat mais il n'en est rien tant ce dernier parait de manière toute récente confirmer son caractère incontournable. Ainsi, l'idée même d'une organisation mondiale des individus sans l'Etat a montré toutes ses limites dans la crise financière de 2008, puis économique de 2009 et 2010, les Etats ayant alors recouvré tout leur rôle pour faire face aux difficultés internationales.

[1212] C'est en ce sens que Hauriou reconnaissait qu'au-delà de la puissance publique, les institutions avaient nécessairement un rôle de limitation du pouvoir. Il prenait notamment pour exemple la juridiction administrative.

[1213] Voir L. Sfez, *essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, librairie générale de droit et de jurisprudence, bibliothèque de droit public T LXXI, pp. 81 et suiv.

[1214] D'un point de vue matériel en effet, l'Etat manifeste son autorité par la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, qui sont en général des actes accomplis par les administrations dans des conditions exorbitantes du droit commun.

[1215] À ce titre, le rôle que joue l'Etat dans la régulation du marché se matérialise par exemple en France, dans le fait que l'Etat intervient pour faciliter les négociations dans le cadre des plans de licenciement, ou des entreprises en difficulté. On pense ici notamment à l'actualité du mois d'avril 2008 concernant de grandes entreprises telles que Continental et Catterpillar.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1394. Désormais, dans le champ économique, il y a probablement davantage d'Etat qu'au début du XXe siècle, et les dépenses des Etats ainsi que leurs domaines d'action démontrent chaque jour que l'intervention de l'Etat reste très présente et que l'activité privée ne pourrait se passer de l'Etat[1216]. Pourtant cette présence de l'Etat, on l'a dit n'est pas uniforme et suprême, elle prend plutôt le visage d'un Etat acteur parmi d'autres de la mondialisation et de la complexification des relations économiques.

1395. La notion de puissance régulatrice se mesure également à la capacité de l'Etat à mettre en œuvre des services et exercer des activités d'intérêt général, qui caractérisent son aptitude à répondre aux besoins de tous[1217].

1396. L'Etat puissance, contrairement à l'Etat souverain a d'ailleurs tendance à utiliser plus fréquemment des modes conventionnels pour aboutir à une décision qui satisfait la plus large partie de ses ressortissants. Dans l'Etat puissance, le concept de bonne gouvernance prend également une part essentielle. L'Etat recherche le moyen le plus approprié pour justifier de son action, tant d'un point de vue de l'échelon compétent, que d'un point de vue de la règle de droit applicable.

1397. L'Etat intègre aussi de plus en plus souvent la notion de bonne gouvernance comme clef de lecture d'un renouvellement de son fonctionnement. La définition de ce que peut-être la bonne gouvernance reste encore assez floue[1218], néanmoins cette notion recoupe une réalité qui est celle du déclin du Parlement, du recours à la participation directe des citoyens, et surtout, d'une tendance au développement de l'administration davantage que du politique.
Dans cette logique, l'Etat recherche l'échelon le plus apte à mettre en œuvre son action. Cette bonne gouvernance s'inscrit dans une logique démocratique, comme une méthode à la disposition de l'Etat puissance, mais elle n'en traduit pas sa définition.

1398. À ce titre, le droit de la décentralisation pourrait donner une seconde illustration de cet Etat régulateur, au travers d'une forme de subsidiarité que l'Etat tente de mettre en place, dans son rapport avec les collectivités, notamment par la subsidiarité.

[1216] On pense ici aux multiples interventions de l'Etat au titre de la régulation économique mais aussi comme prestataire de service, comme financeur d'entreprises publiques ou encore comme gestionnaire d'organismes de sécurité sociale.

[1217] Sur ce point, la théorie de L. Duguit, dite du service public, apporte également son lot d'éléments pour préciser la notion d'Etat conçu comme puissance, alors même que cette théorie était dans un premier temps en opposition frontale avec la théorie de la puissance publique. Voir pour illustration du propos : J. Morand Deviller, *droit administratif*, édition Montchrestien, p. 18.

[1218] La doctrine commence en effet tout juste à faire émerger cette nouvelle notion juridique, qui, à ce jour, correspond davantage à une pratique de l'Etat.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1399. À priori, le lien entre la notion de subsidiarité et la décentralisation n'apparaît dans aucun texte alors même que sa nature l'approche fort logiquement de la décentralisation[1219]. Ce principe de subsidiarité fortement utilisé dans les Etats fédéraux a été largement occulté en France mais voit aujourd'hui son utilisation envisagée pour expliciter la relation de l'Etat avec les collectivités territoriales. La doctrine française importe davantage ce concept des théories étrangères pour expliciter les rapports entre les collectivités.

1400. Le principe de subsidiarité en effet, qui n'a pourtant aucune tradition juridique en droit français, retrouve un regain d'intérêt dans un contexte d'autonomisation des collectivités territoriales, suivant ainsi le mouvement imprimé en droit communautaire[1220]. D'ailleurs, il est avant tout un principe que la pratique oblige à utiliser, plutôt qu'un principe juridiquement établi. Ce principe reçoit donc une application indirecte, qui ne dit pas son nom parce qu'elle reste encore un concept juridique fragile en droit français[1221].

1401. L'introduction de la subsidiarité dans l'ordre juridique interne pourrait présenter une utilité majeure pour expliciter en quoi l'Etat peut être toujours considéré comme un maître d'œuvre de la décentralisation même s'il ne dirige plus les collectivités de manière directe. Ce principe pourrait permettre d'affecter des compétences plus claires aux collectivités puisqu'il conviendrait de rechercher, avec une clef de lecture fondée sur la subsidiarité, l'échelon naturellement le plus efficace pour exercer une compétence.
Pour autant, ce principe a des contours flous qui ne permettent pas toujours de déterminer avec précision l'échelon le plus compétent, notamment parce que cet échelon n'est pas forcément le même suivant les critères choisis[1222].

1402. Paradoxalement, et à l'inverse, le principe de subsidiarité peut également favoriser l'autonomie des collectivités décentralisées dans la mesure où il pourrait renforcer un statut constitutionnel existant mais encore incertain. L'utilisation du principe de subsidiarité en droit français pourrait donc présenter des avancées contradictoires mais elle pourrait donner une première approche de la conception de l'Etat à l'égard de la décentralisation.

[1219] Il convient de faire référence ici à l'analyse de J. Rivero, in *colloque Aix en Provence*, annuaire européen d'administration publique, tome III, pp. 282 et suiv.

[1220] Il faut rappeler que la notion de subsidiarité est avant tout une notion de droit communautaire qui trouve à s'appliquer en droit interne et qui malgré son imprécision connaît un intérêt en terme de réflexion juridique, particulièrement depuis la modification constitutionnelle de 2008. Voir A. Delcamp, *droit constitutionnel et droit administratif, principe de subsidiarité et décentralisation*, RFDC 1995, pp. 609 et suiv.

[1221] Malgré son insertion dans le texte constitutionnel.

[1222] C'est en ce sens que la notion peut s'avérer intéressante d'un point de vue juridique mais qu'elle doit être largement précisée pour être utilisée de manière satisfaisante et efficace.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1403. La définition de l'Etat-puissance ne saurait être complète sans la dimension nationale, particulièrement prégnante et indissociable de l'Etat. En effet, ce lien Etat/Nation conditionne largement la légitimité des actions, et donc le degré de puissance[1223].

1404. L'Etat-puissance est caractérisé par ses institutions et par un lien Etat/Nation qui perdure même s'il n'existe pas d'assimilation parfaite entre l'Etat et la Nation. L'Etat-puissance se fonde, dans la plupart des cas, sur une assise démocratique et sur la Nation. Sa puissance n'est plus intrinsèquement liée à un pouvoir total et arbitraire mais bien au contraire, à un pouvoir exceptionnel soumis à la Nation. L'Etat-puissance est donc une entité juridique qui a naturellement vocation, si elle veut continuer à exister, à défendre l'intérêt général et à faire primer l'idée de démocratie.

1405. Cet Etat doit aussi être le garant du droit et des droits fondamentaux, ce qui implique qu'il a lui-même des droits et des obligations tant à l'égard de la Nation que des autres entités étatiques ou internationales. La puissance ne qualifie donc l'Etat que dans la mesure où ce dernier prend en considération ces enjeux de manière indéfectible et inconditionnelle.

1406. L'Etat souverain bénéficie traditionnellement d'un pouvoir suprême qui ne peut souffrir de contestation mais c'est son assise nationale qui légitime son action tant sur le plan interne qu'externe. En effet, l'Etat reste en lien avec la Nation. Même s'il devient une entité distincte de cette dernière, et qu'il est personnalisé par ses institutions, il conserve sa puissance, et régit ses compétences au nom de la Nation. L'Etat puissance utilise son assise nationale pour mettre en œuvre les pouvoirs qui lui sont conférés.
Ainsi, il faut d'abord rappeler que si l'Etat est parfois contesté sur son territoire, qu'il lui est souvent reproché d'être trop bureaucratique, trop répressif, et d'avoir trop recours à l'impôt, il n'en reste pas moins que l'Etat conserve toutefois l'intégralité de sa légitimité aux yeux des nationaux. D'ailleurs, le droit de l'Etat à mettre en œuvre l'impôt, à assurer la justice, et à veiller à l'ordre public n'a jamais été contesté majoritairement. Personne n'envisagerait le fonctionnement d'une Nation et d'une société sans l'Etat et l'idée marxiste de la fin de l'Etat reste aujourd'hui très largement marginalisée[1224].

1407. On a déjà pu indiquer que le lien Etat/Nation subissait des modifications conséquentes et qu'on assistait à une dissension entre les deux notions. Toutefois, le lien Etat/Nation n'a jamais été réellement totalement aboli car l'Etat y trouve toujours son assise[1225].

[1223] C'est aussi pour cela que la souveraineté a encore un avantage. Son lien avec la Nation est essentiel de ce point de vue, pour assurer sa pérennité.

[1224] Il ne reste peut-être qu'une fraction d'extrême gauche anarchiste qui envisage une fin définitive de l'Etat, sans autre entité nécessaire pour le remplacer. L'ensemble des autres courants politiques, de droite comme de gauche, fondent leur réflexion sur la conquête du pouvoir dans l'Etat pour mettre en œuvre leurs idées.

[1225] Notamment par le biais de la citoyenneté qui reste l'un des vecteurs essentiels de légitimation du pouvoir.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Chaque Etat repose donc sur la Nation malgré une conscience relativement altérée de ce lien entre l'Etat et la Nation.

1408. L'Etat puissance doit mettre en œuvre son pouvoir au nom de la Nation, dans son intégralité et non pas seulement au nom de la majorité. Cette utilisation du pouvoir n'est toutefois pas aisée dans la pratique puisque l'Etat aura des difficultés à identifier la volonté de la Nation au-delà de la majorité, notamment parce que les institutions comme le Parlement sont fondés sur une logique majoritaire. Toutefois, on constate dans les faits que l'Etat tente de plus en plus souvent de prendre en compte la minorité[1226] même s'il continue bien évidemment à se déterminer en fonction de la majorité.

1409. De ce point de vue, la décentralisation sert également la notion d'Etat-puissance puisqu'elle met en œuvre d'autres majorités politiques, qui sont autant de facteurs pouvant permettre d'atteindre au plus prêt l'intérêt général et l'accord du plus grand nombre. En effet, et on l'a dit, les acteurs locaux fondent leur légitimité sur l'élection et donc sur l'une des formes les plus évidentes de la démocratie. C'est en ce sens que le processus de décentralisation n'est pas de nature à porter atteinte à l'Etat considéré comme une puissance puisqu'il participe au contraire à son niveau à la mise en place de l'Etat-puissance.

1410. En tout état de cause, la Nation n'a jamais réellement contesté ce qui fait l'essence même de l'Etat, et sa puissance, c'est-à-dire sa place sur la scène internationale pour représenter la Nation, son rôle pour organiser la vie collective sur le plan interne, pour assurer la continuité des institutions, et pour bénéficier du monopole de la contrainte légitime. Sur ce plan, et pour la Nation, il existe donc une série de prérogatives qui sont l'apanage de l'Etat et qui ne pourront pas être modifiées.

1411. La Nation permet encore à l'Etat de conserver une certaine avance à l'égard du processus communautaire. Dans le maintien du rôle de l'Etat conçu comme une puissance, la Nation conserve effectivement un rôle déterminant. Toutefois, il ne faut pas oublier que la Nation est un être abstrait à qui il est difficile de donner une réelle volonté permanente et clairement établie, d'autant qu'elle n'a pas toutes les clefs pour se poser en arbitre.

1412. On a déjà indiqué que la souveraineté de la Nation est moins touchée que la souveraineté de l'Etat. En effet, en ce qui concerne la souveraineté nationale, la Nation n'est pas systématiquement encline à déléguer cette dernière à l'Union. La délégation donnée par la Nation à ses représentants privilégie le national plutôt que l'Union européenne. Ainsi, les

[1226] À titre d'exemple, le développement de la pratique de la concertation, des comités de réflexions, ou de groupes de travail, constituent l'une des manières de faire participer le plus grand nombre à l'élaboration de la norme, en tenant toujours compte de la majorité en dernier ressort.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

dernières élections au Parlement européen témoignent une fois de plus d'une forme d'éloignement des citoyens européens par rapport à leurs représentants communautaires, bien davantage que pour les représentants nationaux[1227].

1413. L'ajout de la Nation et de la limitation des pouvoirs dans la définition de l'Etat puissance conduit à nuancer le sens premier donné à ce dernier. La signification du pouvoir de l'Etat acquiert alors un contenu plus dense.

1414. L'Etat-puissance a donc des caractéristiques propres qui permettent de dégager une définition du concept, au-delà de la dimension profane, trop souvent utilisée sans qu'on sache exactement ce qu'elle recouvre. L'Etat-puissance peut ainsi se définir comme une entité suprême, une personne morale de droit public, matérialisée par ses institutions, reposant sur une Nation, dont les pouvoirs et les compétences sont sans équivalent dans la sphère privée, mais qui peuvent être canalisés par le droit et l'Etat lui-même, y compris dans le domaine régalien.

1415. L'inscription de l'Etat dans un cadre démocratique aboutit à deux axes de réflexion sur l'Etat puissance. En premier lieu, l'Etat puissance, qui s'intègre dans un cadre démocratique a une définition bien au-delà de la force publique et la contrainte, qui trouve également sa signification dans la régulation, la Nation et la limitation du pouvoir. En second lieu, l'Etat puissance utilise ses compétences et une assise constitutionnelle, qui restent des éléments essentiels.

Section 2 : La traduction constitutionnelle de l'Etat puissance : identité spécifique et noyau dur de compétences

1416. Cet Etat-puissance se définit aussi par des compétences ayant vocation à traduire le degré de puissance. L'Etat-puissance se caractérise en effet par une série de compétences dont l'étendue peut être variable suivant les choix de chaque Etat. Cette caractéristique permet d'effectuer une distinction entre l'Etat-puissance et l'Etat souverain puisque le second ne saurait accepter réellement des abandons ou des transferts de compétences sans renier une partie de sa qualification juridique.

[1227] Les taux de participation aux élections européennes de juin 2009 restent édifiants : 40,63 % en France et 43,1 % sur l'ensemble de l'Union européenne.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1417. L'essentiel pour l'Etat-puissance en termes de compétences est toujours de préserver un pouvoir de décision ainsi que sa capacité à choisir les compétences et les prérogatives qu'il entend conserver. En d'autres termes, l'Etat-puissance ne repose pas sur une conservation plénière de toutes ses compétences mais sur sa capacité intrinsèque à choisir de les exercer ou de les confier à d'autres entités[1228], quitte à les reprendre lorsqu'il l'estime nécessaire.

§ 1. Le contenu matériel du pouvoir de l'Etat : une analyse en terme de compétences.

1418. La pertinence de l'Etat puissance s'analyse sous l'angle des fondements constitutionnels, avec l'établissement d'un noyau dur de compétences, que l'Etat met en place et fait respecter, au besoin par la négociation. Ces droits prennent une dimension particulière, qui s'évalue notamment au regard de la construction européenne, de la position des juridictions internationales en ce qui concerne les droits fondamentaux, de l'ordre public et de l'acquis constitutionnel de chaque Etat[1229].

1419. En droit français, l'Etat puissance repose sur des fondements constitutionnels qui ont été dans un premier temps mis en avant sous le qualificatif de *« conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté »*. Ce qualificatif retenu par le Conseil constitutionnel, dans sa jurisprudence, notamment lors du Traité de Maastricht[1230], indique que certains éléments du pouvoir de l'Etat le caractérisent plus spécifiquement et ne peuvent être aliénés. Cette analyse du Conseil constitutionnel sur cette notion pourrait être utilisée dans le cadre de la réflexion sur les compétences de l'Etat puissance.

1420. De prime abord, ce qualificatif rattache clairement les pouvoirs de l'Etat à la souveraineté et laisse de côté toute idée de puissance. Or, il n'en est rien puisque nous avons déjà pu dire que le Conseil constitutionnel s'attache d'abord à défendre un noyau dur de compétences dans le cadre de son contrôle de la constitutionnalité des engagements communautaires, sans pouvoir véritablement défendre le concept de souveraineté dans son sens originel.

[1228] C'est d'ailleurs dans cette fonction que toute la particularité de l'Etat se fait jour. En effet, cette fonction révèle l'ambivalence dans laquelle se trouve l'Etat, à la fois entité qui ne connaît aucun pouvoir équivalent, mais qui se heurte également à des contraintes qu'il n'avait pas auparavant.

[1229] Cette indépendance est d'ailleurs largement relevée et illustrée par la Cour constitutionnelle allemande, dans sa décision du 30 juin 2009, lorsqu'elle relève, pour le droit allemand : *« l'obligation du droit européen de respecter le pouvoir constituant des Etats membres en tant que maîtres des traités correspond à l'identité constitutionnelle non transférable et soustraite à l'intégration »*. Cour constitutionnelle allemande, 30 juin 2009, Ratification du Traité de Lisbonne, RTD eur. Oct.dec 2009, p. 823.

[1230] Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, Maastricht I, JO 11 avril 1992, p. 5354 et Rec. p. 55. Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, Maastricht II, JO 3 septembre 1992, p. 12095. Décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, Maastricht III, JO 25 septembre 1992, p. 13337.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1421. Ce constat plaide donc au contraire en faveur de l'Etat-puissance qui ne serait plus contraint constitutionnellement de conserver l'ensemble de ses compétences mais seulement un noyau dur de compétences qui constituerait l'essence même de la puissance de l'Etat. Ainsi, l'Etat-puissance, pour mériter cette qualification, serait uniquement contraint de ne pas abandonner la totalité de sa compétence et de la vider totalement de son contenu. Il serait également contraint de garder sa capacité décisionnelle quant à l'exercice de ses compétences.

1422. Cette première approche du noyau dur de compétences débouche sur une analyse qui consiste à indiquer que l'Etat puissance se retrouve en partie dans les conditions essentielles de la souveraineté. Si l'Etat conçu comme puissance accepte une forme plus partagée du pouvoir, il n'en reste pas moins un noyau dur de prérogatives constitutionnelles.

1423. Le noyau dur de compétences de l'Etat puissance est pourtant difficile à définir, puisque ni les textes, ni les juridictions n'ont pu dire quel est le contenu de ce noyau dur. Ce qui est certain, et qui plaide en faveur d'une mise à l'écart de la souveraineté, c'est que ce qui compte désormais, ce n'est pas en tant que tel le transfert de compétences mais bien plutôt l'étendue des matières transférées.

1424. La jurisprudence récente du Conseil constitutionnel semble confirmer cette analyse. En effet, dans cette jurisprudence récente, le Conseil constitutionnel accepte les transferts de compétences comme possibles, dès lors que l'Etat garde un pouvoir d'action dans les matières transférées[1231]. La dimension absolutiste des pouvoirs de l'Etat a totalement disparu. L'Etat puissance se caractérise par sa capacité à conserver un choix dans le transfert de compétences et dans les matières transférées.

1425. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs fait référence dans sa jurisprudence à la notion de principes inhérents à l'identité constitutionnelle des Etats membres[1232]. L'origine de cette notion d'identité constitutionnelle provient paradoxalement d'une anticipation du texte du Traité portant constitution pour l'Union, dans lequel on trouvait cette référence. Cette expression a pour but de définir un ensemble de règles et de principes qui peuvent être

[1231] On a déjà indiqué sur ce point que le Conseil constitutionnel avait clairement sanctionné le passage à la majorité qualifiée, comme une atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté. De même pour les clauses passerelles, voir la décision du 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC, Traité portant constitution pour l'Europe, JO 24 novembre 2004, p. 19885.

[1232] Décision 206-540 DC, du 27 juillet 2006 relative à la loi de transposition de la directive du 22 mai 2001 relative au droit d'auteur et aux droits voisins : le Conseil rappelle qu'il se réserve de censurer une loi de transposition d'une directive si cette dernière allait *« (...) à l'encontre d'un règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ».* Voir aussi : CC, décision n° 2006-540 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie* ; CC, décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés.*

invoqués par l'Etat et prévaloir sur le droit communautaire. Le sens de cette nouvelle notion juridique reste toutefois difficile à définir[1233].

1426. Une première définition pourrait être apportée sous l'angle de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui retient que ces principes sont spécifiques à l'ordre juridique français, et qu'ils ne pourraient recevoir une protection dans l'ordre juridique communautaire[1234].
Une seconde définition pourrait à l'inverse reposer sur l'interprétation, que ne manquera pas de faire la CJUE, sur les articles 3 et 4 TUE dans sa version Lisbonne[1235].
Une troisième définition pourrait rejoindre la notion de supraconstitutionnalité, et regrouperait ainsi l'ensemble des principes constitutionnels auxquels nul ne peut déroger en raison de leur importance[1236].

1427. En tout état de cause, au-delà de la définition, la liste de ces prérogatives constitutionnelles est pourtant délicate à effectuer de manière exhaustive. S'il est certain que cette notion contient le noyau dur des compétences constitutionnelles, il reste difficile d'en déterminer le contenu concret. On y retrouve très certainement le régime démocratique, la forme républicaine du gouvernement, et l'organisation institutionnelle de manière générale[1237].

1428. Sur ce point, et dans un autre contexte que celui de l'Etat français, l'analyse récente de la Cour constitutionnelle Allemande, dans son arrêt du 30 juin 2009, apporte également des précisions sur le sens de l'identité constitutionnelle d'un Etat et sur les compétences dont il ne peut se dessaisir sans porter atteinte au cœur de son pouvoir.

[1233] La doctrine s'est d'ores et déjà interrogée sur le contenu de cette notion. B. Mathieu, *le droit communautaire fait son entrée au Conseil constitutionnel,* LPA 22 août 2006, p. 167. M. Verpeaux, *rappel des normes de références dans le contrôle effectué par le Conseil sur la loi « droit d'auteur »,* JCP 2007, pp. 34 et suiv. M. Troper, *« identité constitutionnelle »,* in B. Mathieu (dir.) *« 1958-2008, cinquantième anniversaire de la constitution française »*, Dalloz, 2008, p. 130.

[1234] Voir sur ce point la jurisprudence du Conseil d'Etat, 8 février 2007, société Arcelor Lorraine, RFDA 2007, p. 384.

[1235] Ces articles renvoient très clairement la notion d'identité constitutionnelle des Etats membres.

[1236] Cette thèse est notamment soutenue par E. Dubout, in *les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une supraconstitutionnalité ?,* RFDC 2010, pp. 451 et suiv. La doctrine majoritaire reste toutefois globalement réservé sur cette supraconstitutionnalité. Voir nos développements n° 659 à 663.

[1237] Pour des références à cette notion d'identité constitutionnelle, voir par exemple : M. Troper, *« Identité constitutionnelle »,* in B. Mathieu (dir.) *« 1958-2008, Cinquantième anniversaire de la Constitution française »,* Paris, Dalloz, 2008, pp. 123-131. A. Levade, *« Identité constitutionnelle et exigence existentielle : comment concilier l'inconciliable ? »,* Mél. Ph. Manin, Pédone 2010, p. 109 ; J.-D. Mouton, *« Vers la reconnaissance d'un droit au respect de l'identité nationale pour les Etats membres de l'Union ? »,* Mélanges Charpentier, Pédone 2009, pp. 409 et ss. ; J.-D. Mouton, *« Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des Etats membres de l'Union européenne »,* Mélanges Ph. Manin, Pédone 2010, pp. 145 et ss.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1429. Ainsi, les juges allemands définissent ce noyau dur de compétences dans le cadre de la construction communautaire : *« l'unification de l'Europe sur la base d'une Union conventionnelle d'Etats souverains régie par des traités ne sauraient 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 ou sociale. »*.
Les juges allemands précisent encore : *« la loi fondamentale habilite certes le législateur à procéder à un transfert étendu des droits de souveraineté à l'Union européenne, mais cette habilitation est liée à la condition que soit, d'une part, respectée la qualité d'Etat constitutionnel souverain sur le fondement d'un programme d'intégration régi par le principe d'attribution, et respectant l'identité constitutionnelle des Etats membres et d'autre part, conservée la capacité des Etats membres d'aménager politiquement et socialement, sous leur propre responsabilité les conditions de vie »*

1430. L'ensemble des éléments ainsi décrits peuvent se retrouver dans chaque Etat membre sous des formes différentes[1238], mais toujours en constituant le cœur de l'Etat. Cet arrêt rappelle également l'importance de la dimension nationale de l'Etat qui reste l'assise de l'identité constitutionnelle de l'Etat, tout autant que le principe de démocratie[1239].

1431. Toutefois, il ne s'agit pas de se contenter d'indiquer que l'Etat dispose de fondements constitutionnels comme socle de sa puissance. Ce constat trouve tout son sens dans la réalité pratique, à la fois dans le cadre de l'Union européenne et dans les jurisprudences de la CJUE et de la CEDH.

§ 2. L'identité constitutionnelle et les compétences de l'Etat dans l'Union européenne

1432. On l'a dit, l'Union se refuse encore à porter une atteinte définitive à l'Etat. En effet, les institutions étatiques restent le socle de l'Union, notamment les Présidents et chefs de l'exécutif, qui jouent un rôle majeur d'impulsion. La présidence permanente de l'Union, prévue par le Traité de Lisbonne, n'est d'ailleurs qu'une émanation des votes des membres du Conseil européen, à la majorité qualifiée[1240].

1433. L'Union européenne ne pourrait en effet exister sans la volonté des Etats européens de se regrouper pour exercer en commun des compétences et apporter des réponses aux enjeux

[1238] La cour suprême italienne utilise d'ailleurs une expression assez proche des principes inhérents à l'identité constitutionnelle. Voir l'arrêt n° 232 du 13 avril 1989, *Société FRAGD,* RUDH 1989, p. 258.

[1239] Les juges précisent *: « sous l'angle du principe de démocratie, une violation de l'identité constitutionnelle protégée par l'article 79 alinéa 3 CG est en même temps une atteinte au pouvoir constituant du peuple ».*

[1240] Article 15 §5° du Traité sur l'Union.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

de plus en plus souvent transnationaux. L'Etat est devenu un maître d'œuvre de la construction européenne, tant il est à la fois le concepteur, l'organisateur mais aussi parfois celui qui subi cette construction européenne[1241].
L'Etat est aussi respecté dans sa dimension nationale puisque l'Union a encore des difficultés à prétendre reposer sur une véritable Nation européenne.

1434. Dans le domaine des compétences, la fragilisation de l'Etat puissance est plus visible mais tant que l'unanimité persistera dans des domaines essentiels, ce dernier ne devrait pas changer de nature. Sur tous ces points, l'Etat puissance reste respecté même si l'arbitrage pour conserver ses fondements constitutionnels ainsi que ses compétences est parfois délicat à mener.

1435. On a suffisamment détaillé les mécanismes du droit communautaire pour pouvoir se contenter de rappeler ici l'ambivalence des relations Etat/Union, notamment en ce que le processus communautaire ne se construit jamais totalement au profit de l'une ou l'autre des entités[1242]. Les principes de subsidiarité, et de proportionnalité traduisent cette ambivalence dans les relations entre les Etats et l'Union européenne, donnant tantôt à l'un ou à l'autre le pouvoir d'imposer des normes[1243].

1436. Cette ambivalence des relations Etats membres / Union européenne, conduit à se demander si l'Etat puissance, comme l'Etat souverain, n'est pas menacé dans son identité et dans ses compétences. Ainsi, le noyau dur de l'Etat puissance est confronté, comme la souveraineté, à une fragilisation par le développement de l'Union européenne. Cette fragilisation tient à la fois à la mise en place d'institutions concurrentes de celles de l'Etat et également à une extension toujours plus grande des compétences de l'Union.

1437. En premier lieu, et pour prendre l'exemple de l'Etat français, on constate que l'Union s'intègre à part entière dans les politiques et le droit national, y compris au stade de la Constitution[1244], ce qui traduit là encore une maîtrise ambivalente de l'Etat sur la construction européenne.

[1241] L'article 4 du Traité de Lisbonne est révélateur de ces liens ambivalents entre l'Etat et l'Union puisqu'il précise tout à la fois les limites dans lesquelles l'Union doit agir, et les obligations des Etats membres à l'égard de l'Union.

[1242] Rappelons ici le partage complexe des compétences et les règles de majorité.

[1243] Ces principes sont largement repris dans le Traité de Lisbonne, voir article 5 TUE.

[1244] Articles 88 et suivants de la Constitution.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1438. Cette intégration directe du droit communautaire apparaît de manière de plus en plus précise dans les Constitutions des Etats membres. En effet, et de manière récente[1245], il apparaît que l'Etat tente d'intégrer directement dans sa Constitution le droit de l'Union et son existence même. L'intégration de l'Union européenne dans la Constitution connaît d'ailleurs une nouvelle phase en ce sens depuis la signature du Traité de Lisbonne et notamment avec la révision constitutionnelle du 4 février 2008 et celle du 23 juillet 2008[1246].

1439. Ces révisions indiquaient en effet que dans l'attente d'une ratification du Traité de Lisbonne, des dispositions transitoires devaient d'ores et déjà être inscrites dans la Constitution pour permettre l'intégration du traité. Ces dispositions sont devenues définitives après ratification du traité. Par ces dispositions, le constituant n'a pas avancé la date d'application du traité mais anticipe tout de même le renforcement de l'intégration européenne et mettant en place en droit interne toutes les normes nécessaires à l'application du futur traité.

1440. En intégrant ainsi l'Union européenne dans sa Constitution, l'Etat français adopte une norme suprême qui par certains aspects devient une norme duale, parfois antinomique puisque la Constitution est à la fois garante de la souveraineté et de l'indivisibilité tout autant que du processus communautaire par nature plus fédéraliste[1247]. Ce constat conduit à conclure que la Constitution n'est plus seulement un texte de nature nationale mais que ce texte prend également en compte la transformation de l'Etat, son appartenance à l'Union et le caractère plus partagé de la souveraineté.

1441. Toutefois, la norme juridique suprême reste protectrice à l'égard de l'Etat puisqu'elle lui permet en tout état de cause de conserver le monopole de la puissance et de la contrainte légitime, notamment dans la traduction juridique puisque les révisions ne peuvent porter atteinte à la forme républicaine du gouvernement et d'une manière générale à la République française[1248].
Dans ce sens, le processus communautaire ne se heurte plus véritablement à l'Etat, dans sa forme républicaine et intangible, il a uniquement des incidences sur l'organisation des pouvoirs et des compétences. L'Union européenne reste donc comme on l'a déjà indiqué,

[1245] Essentiellement depuis le Traité de Maastricht pour ce qui concerne l'Etat français.

[1246] Loi constitutionnelle du 4 février 2008, n° 2008-103, JO 5 février 2008, p. 2202 et Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, n° 2008-276, JO 24 juillet 2008, p. 11890.

[1247] Voir en ce sens L. Favoreu, *constitution Bis ou constitution révisée*, le figaro 21 avril 1992 ou *le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht et le développement du droit constitutionnel international,* RIDP 1993, n° 97, p. 49. Voir également F. Chaltiel qui évoque le changement de nature progressif de la Constitution, in *« la Constitution française et l'Union européenne »,* RMC 1999, pp. 228 et suiv.

[1248] Voir en ce sens, L. Guilloud, *révision constitutionnelle et intégration européenne, l'insoutenable légèreté de la constitution,* RDP 2000, pp. 414 et suiv.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

dans l'incapacité de mettre fin à l'existence même de l'Etat qui reste une puissance sans équivalent.

1442. En second lieu, le Traité de Lisbonne semble apporter des éléments nouveaux accréditants la thèse de l'Etat puissance reposant sur l'identité constitutionnelle ainsi qu'un noyau dur de compétences. Cet apport est néanmoins largement ambivalent, entre reconnaissance manifeste de la spécificité du pouvoir de l'Etat, et cantonnement de ce dernier.

1443. C'est l'article 4 TUE qui révèle particulièrement cette ambivalence de l'Union en précisant : *« 1. toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux Etats membres ; 2. l'Union respecte l'égalité des Etats membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leur structures fondamentales politiques constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'Etat, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale… »*

1444. Ce libellé paraît clair, l'Etat puissance tel que nous l'avons défini est parfaitement respecté par l'Union, mais rien n'est moins sûr si on rappelle ici les éléments que nous avons déjà développés, quant à l'extension des domaines de compétences de l'Union, et l'application des clauses passerelles.

1445. L'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande, du 30 juin 2009, que nous avons déjà cité, semble déjà indiquer que seule l'interprétation du Traité de Lisbonne, et sa mise en œuvre pratique pourra permettre de dire si ce sont les stipulations intégratives du traité qui l'emporteront ou si au contraire, l'article 4 TUE sera interprété extensivement en faveur des Etats puissance[1249]. Les incidences du Traité de Lisbonne sur l'Etat puissance ne peuvent donc aujourd'hui n'être que pressenties, sans être encore confirmées[1250].

1446. Ce qui est certain, c'est que les juges nationaux, et notamment les juges constitutionnels joueront un rôle essentiel dans l'évolution du rôle de l'Etat au sein de l'Union et que les Nations seront au centre de cet arbitrage.

1447. Les incidences de la construction communautaire sur le contenu constitutionnel de l'Etat puissance et sur son identité doivent être nécessairement couplés avec le rôle des juridictions internationales, et plus particulièrement les juridictions européennes.

[1249] En effet, la Cour retient une conformité du Traité à la loi fondamentale, sous réserves de toutes les interprétations qu'elle pose.

[1250] Nous verrons au stade de la comparaison Etat souverain / Etat puissance en quoi l'Union a des impacts différents sur l'Etat.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 3. L'Etat dans l'ordre juridictionnel international : une puissance encadrée

1448. Toujours au regard du droit communautaire, on constate que la Cour de justice prend également en compte la dimension d'Etat puissance, tant sur le plan constitutionnel que sur le plan de la puissance publique. Ainsi, s'il est vrai que la Cour de Luxembourg privilégie l'intégration, il n'en reste pas moins que dans sa jurisprudence, on voit apparaître un certain nombre de règles protégeant l'essence même de l'Etat qui conserve toute sa puissance[1251]. La Cour de justice est amenée à respecter une forme d'identité constitutionnelle et culturelle.
À titre d'exemple, la Cour a notamment pris en compte la notion de service public d'intérêt général, démontrant que l'activité étatique n'était pas une activité marchande comme les autres[1252].

1449. En tout état de cause, la jurisprudence de la Cour va être amenée à évoluer avec le Traité de Lisbonne et particulièrement l'article 4 du TUE qui, comme nous l'avons indiqué, aura des incidences sur la relation Etats membres/Union européenne. Sous cet angle, la Cour de justice devrait être amenée à prendre davantage en considération les Etats membres, et renoncer à son interprétation systématique en faveur de la construction communautaire. Mais rien n'est moins sûr car elle peut parfaitement continuer à privilégier sa fonction intégrative, qui perdure y compris dans le Traité de Lisbonne[1253].

1450. Les Etats quant à eux pourront utiliser cet article 4 dans le cadre des recours juridictionnels pour mettre en avant leur spécificité, et assurer la protection d'une forme de puissance. La question est de savoir s'ils le feront avec succès.

1451. Ce respect de l'Etat apparaît également plus spécifiquement dans le cadre du droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, on retrouve également dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg des décisions qui révèlent une forme de respect des droits de l'Etat et qui tend à démontrer que l'Etat en tant que puissance n'est pas frontalement remis en question lorsqu'il est confronté aux droits des individus et au droit conventionnel.

[1251] La notion de principes généraux issus du droit des Etats membres peut être intéressante à évoquer autant que la notion de *« réserves constitutionnelles »*. Il faut également rappeler que la CJUE n'est saisie que des litiges relevant des politiques communautaires, et qu'à cet égard, les domaines d'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme sont certainement tout aussi étoffés, voire davantage.

[1252] CJCE Altmark du 24 juillet 2003, C280/00, JOUE 29 septembre 2003. Cette notion est surtout utilisée à propos des aides d'Etat. La Commission a d'ailleurs pris un ensemble de trois textes, le 13 juillet 2005, dits « paquet Monti », qui encadrent le régime de ces aides d'État.

[1253] Voir d'ores et déjà l'arrêt CJCE 16 décembre 2008, Michaniki, aff. C 213/07.

1452. La Cour européenne des droits de l'homme, en appliquant le texte de la convention, prend garde de ne pas méconnaître certains droits des Etats, en tant que personne morale. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme prend en compte les intérêts et obligations des Etats en utilisant la notion de restriction nécessaire dans une société démocratique.

1453. La Cour applique un principe de proportionnalité qui la conduit à effectuer un arbitrage systématique entre l'intérêt général défendu par l'Etat et l'intérêt particulier. Elle veille à assurer un juste équilibre dans ses arrêts comme par exemple dans un arrêt du 23 septembre 1982, Sporrong et Lonnroth[1254] ou encore un arrêt du 6 septembre 1978 Klass/ RFA[1255]. Par cette prérogative, la Cour accorde une marge de manœuvre nationale sur laquelle elle exerce un contrôle.
Ce principe de « juste équilibre » sert notamment à mettre en œuvre les dispositions des articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention qui prévoit que l'Etat peut limiter certaines libertés si cela est prévu par la loi nationale et rendu nécessaire dans une société démocratique pour la défense nationale, la sécurité publique, et le maintien de l'ordre public[1256].
La Cour reconnaît ainsi les particularités des pouvoirs de l'Etat dans de nombreux arrêts mettant en avant les libertés défendues par la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, dans un arrêt du 7 septembre 1976, Handyside c/ Royaume Uni, la Cour a vérifié que les mesures mise en place par l'Etat restait nécessaire dans une société démocratique[1257].

1454. Dans ce cadre, c'est principalement la fonction de puissance publique qui est respectée lorsqu'elle est utilisée dans le respect des droits de l'Homme. Cette fonction essentielle de l'Etat puissance est donc particulièrement respectée par la Cour européenne des droits de l'Homme qui admet dans certaines circonstances l'action de l'Etat, même si elle ne favorise pas entièrement les droits de l'homme[1258].

1455. La jurisprudence de la Cour traduit également un respect à l'égard de la dimension nationale de l'Etat. En effet, la Nation n'est pas ignorée par les instances européennes qui par l'affirmation de droits politiques assurent une existence permanente à cette dernière[1259]. La

[1254] Arrêt du 23 septembre 1982 Sporrong et Lonnroth, série n° 52, p. 30.

[1255] Req. N° 5029/71. (http://cmiskp.echr.coe.int).

[1256] Pour des précisions sur cette appréciation, voir P. Lambert, *marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité,* in *l'interprétation de la convention européenne des droits de l'homme* (dir F Sudre) Bruylant, 1998, pp. 63 et suiv.

[1257] CEDH, Handyside c/ Royaume Uni, série A 24.

[1258] CEDH Dupuis c/ France, 7 juin 2007, § 40 ; CEDH Brasilier c/ France, 11 avril 2006 et CEDH Zdanocka, 16 mars 2006, § 108.

[1259] On pense ici aux dispositions de l'article 3 du protocole n°1 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

citoyenneté a d'ailleurs un sens aussi fort, que se soit en droit national, communautaire ou international.

1456. On a dit que le droit international, et notamment le droit communautaire, mettait en cause la souveraineté de l'Etat en portant atteinte au caractère absolu et suprême du pouvoir. Ces règles imposent en effet une relativité du pouvoir que l'Etat souverain a des difficultés à intégrer même s'il consent volontiers aux transferts de ses compétences. Cette évolution juridique, et le maintien de l'Etat comme interlocuteur privilégié et respecté, conduit en réalité à justifier du maintien dans la pratique de la structure étatique. L'Etat puissance n'est plus réellement menacé, mais il entre alors en concurrence avec l'Etat souverain.

1457. Dans ce contexte de fragmentation des pouvoirs, l'Etat se cherche d'autres qualificatifs, au-delà de la souveraineté qui peuvent être éclairant sur la nature de son pouvoir. Ces qualificatifs reposent sur des fondamentaux classiques et démocratiques de l'Etat, tels que la Nation, l'identité constitutionnelle, le respect des droits… Ces notions entrent en concurrence avec l'idée de souveraineté, au sens absolu, et sont naturellement de nature à en réduire l'utilité.

1458. L'Etat puissance s'impose donc comme une réalité respectée, au point qu'une interrogation subsiste sur l'utilité de la conception d'Etat souverain, puisque la concurrence entre les deux notions est de plus en plus prégnante, au fil de l'évolution des Etats.
1459. Au-delà de la distinction souveraineté/puissance, et de la différence de définition, il reste à savoir si cette puissance est de nature à supplanter la souveraineté, si elle permet davantage de qualifier l'Etat et si cette notion se suffit à elle-même. Cette distinction ne peut que conduire à terme à une confrontation entre la souveraineté et la puissance et à une concurrence quant à leur capacité à qualifier les pouvoirs de l'Etat.

1460. Plusieurs questions restent alors en suspens : cette analyse de l'Etat en terme de puissance pourrait-elle être amenée à supplanter la suprématie de la souveraineté comme qualificatif de l'Etat ? Conduit-elle pour autant nécessairement à l'idée que la souveraineté est un concept dépassé ? L'Etat puissance a-t-il un avenir ?

Section 3 : L'Etat puissance en perspective avec la souveraineté : dessin d'un avenir possible

1461. On l'a dit, il existe des traits communs entre la souveraineté et la puissance, qui sont notamment liés à la présence dans les deux cas, du monopole de la contrainte légitime, de

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

l'indépendance, et de la force armée. L'Etat puissance est donc caractérisé comme l'Etat souverain, par le fait d'être une personne morale de droit public, sans autorité supérieure, et disposant de prérogatives spécifiques.

1462. Toutefois, la distinction entre puissance et souveraineté est possible comme nous l'avons démontré. Elle repose principalement sur la limitation du pouvoir et sur l'usage de la régulation. L'Etat puissance, au contraire de l'Etat souverain accepterait donc le cantonnement de son pouvoir, et l'altérité.

1463. La dimension nationale, considérée a priori comme un élément commun de définition de la souveraineté et de la puissance, n'a pourtant pas la même portée. L'Etat puissance utilise la Nation comme assise de son pouvoir, alors que l'Etat souverain se confond largement avec la Nation.

1464. Entre similitudes et différenciations, les tentatives de définition des deux notions n'ont pu que conduire à un comparatif mettant en balance les deux qualificatifs potentiels de l'Etat. A terme, cette confrontation conduit naturellement à un questionnement sur la capacité de la souveraineté et de la puissance à qualifier l'Etat.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 1. La souveraineté : un concept qui continue à démontrer son utilité

1465. D'abord un constat s'impose, la souveraineté n'a pas dit son dernier mot. En effet, le droit et la pratique se refusent d'une manière générale à abandonner la souveraineté comme qualificatif des pouvoirs de l'Etat en raison d'une certaine difficulté à trouver un autre qualificatif pertinent. La souveraineté reste utilisée comme une nécessité pour qualifier la particularité du pouvoir de l'Etat.

1466. La notion d'Etat-puissance, reste encore aujourd'hui fortement masquée par le concept de souveraineté de l'Etat, dont le juriste, d'une manière générale, préfère la qualification historiquement construite et rassurante. Cette souveraineté ne disparaît donc pas malgré l'évolution de cette notion dont on a déjà longuement exposé qu'elle n'avait plus le sens établi par J. Bodin, mais qu'elle était remplacée par une notion de souveraineté plus édulcorée qu'on hésitait à qualifier de souveraineté.

1467. En premier lieu, le maintien de l'utilisation de la souveraineté résulterait donc de l'admission d'une version édulcorée de la souveraineté dans laquelle l'absolu n'est plus un

élément de sa définition. Mais nous avons déjà pu indiqué que ce changement de définition de la souveraineté n'allait pas de soi.

1468. En second lieu, si sur le plan des pouvoirs de l'Etat, la souveraineté n'est plus aussi nécessaire qu'elle a pu l'être à l'époque de J. Bodin, elle reste toutefois indispensable dans la qualification de la Nation. Ce constat peut d'ailleurs être de nature à renforcer l'idée que la souveraineté nationale est au demeurant mise en cause de manière bien moindre que la souveraineté de l'Etat et que la Nation et l'Etat ne doivent pas être placés sur le même plan. De cette réflexion, il apparaît que la notion de souveraineté permettrait alors de qualifier la Nation et la notion de puissance serait de nature à qualifier l'Etat[1260].
En effet, la pertinence du concept d'Etat-puissance trouve une limite dans l'idée que la puissance ne pourra en tout état de cause jamais caractériser le pouvoir de la Nation et qu'il faudra bien continuer à évoquer la notion de souveraineté nationale, sauf à dire que la Nation n'a aucun pouvoir spécifique, ce qui est manifestement contraire à la réalité.

1469. En troisième lieu, et pour une large partie, la souveraineté reste utilisée, faute d'autres qualificatifs à transmettre à l'Etat. L'usage du terme de souveraineté est donc davantage employé par nécessité et non plus parce qu'elle correspond à une qualification juste du pouvoir de l'Etat.

1470. Ces trois manifestations du maintien de l'utilisation de la souveraineté dans le langage juridique font croire à la persistance de l'usage du terme Etat souverain. Pour ce qui concerne la Nation, la souveraineté semble même avoir encore un large avenir devant elle tant que les Nations ne seront pas supprimées.

1471. Toutefois, sur le plan de la qualification du pouvoir de l'Etat, la souveraineté peut s'avérer rapidement désuète dès lors qu'un nouveau qualificatif pourrait être donné aux pouvoirs de l'Etat.

1472. De plus, la complexité de la souveraineté et l'impossibilité d'en définir exactement les contours dans un monde très changeant, laisse une place importante à la possible redéfinition de l'Etat sans elle. C'est en ce sens que la réflexion sur l'Etat-puissance n'en est qu'aux prémisses mais révèle déjà une potentialité réelle de redéfinition de l'Etat.

1473. Il reste à savoir si la puissance, telle que nous l'avons définie, peut constituer ce qualificatif et conduire ainsi à la disparition progressive de la souveraineté, du moins comme

[1260] Nous revenons ici à la distinction qu'avait pu faire les auteurs français du XIXe siècle et début XXe en distinguant le pouvoir de l'Etat et celui de la Nation.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

qualificatif de l'Etat. Sur ce plan, les changements subis par les pouvoirs de l'Etat méritent qu'on s'y attarde, pour évaluer en quoi la puissance peut être plus adaptée que la souveraineté.

§ 2. La qualification par le puissance : une source d'obsolescence de la souveraineté

1474. La puissance a l'avantage, sur bien des aspects, de s'adapter à la réalité concrète de ce qu'est devenu l'Etat, et dépasse ainsi le cadre étriqué de la souveraineté, dans un monde en mouvement.

1475. En ce qui concerne l'usage de la force et la contrainte, la puissance a l'avantage de maintenir ses prérogatives essentielles de manière pleine et entière mais en y intégrant des limitations d'ordre politique et juridique. Ainsi, dans l'Etat puissance, le pouvoir de police, tel qu'il était présent dans l'Etat souverain, est conservé puisqu'il constitue toujours un monopole de l'Etat, un pouvoir qu'il ne se délègue pas. Toutefois, il s'exerce dans un cadre légal et respectueux des droits.

1476. Sous le prisme de la puissance militaire, le même constat peut être effectué. Le rôle de l'Etat peut s'analyser désormais en termes de puissance et non plus réellement de souveraineté au sens premier du terme puisque la force militaire peut parfois être exercée par des moyens communs.

1477. L'Etat puissance a également l'avantage d'accepter la limitation du pouvoir comme un élément essentiel. Contrairement à la souveraineté qui dans son sens originel, n'acceptait aucun dessaisissement de compétences, l'Etat-puissance peut le tolérer. Autrement dit, l'Etat n'est plus réellement le souverain qui doit impérativement tout conserver de son pouvoir, mais il devient l'Etat-puissance qui choisit de déléguer certains pouvoirs décisionnels, autant qu'il a le pouvoir de ne pas en perdre totalement la maîtrise.

1478. Cet Etat puissance dont les contours se dessinent assez précisément, acquiert une forme juridique plus souple, et plus conciliante, qui prend en compte des éléments de souveraineté nationale et de respect des droits. Contrairement à l'Etat souverain, l'Etat-puissance peut accepter de céder certaines de ses compétences sans prendre le risque de perdre sa spécificité. Tout au plus, et ce faisant, il peut réduire son degré de puissance s'il n'a plus aucun pouvoir d'action sur la compétence transférée et que sa capacité de décision est altérée[1261]. L'illustration de cette adaptation de l'Etat puissance s'effectue notamment par la tendance actuelle à l'adaptation de la Constitution au processus de la construction européenne

[1261] On pense ici notamment aux règles de majorité applicables dans certaines organisations internationales comme l'Union européenne, et qui laissent une marge de manœuvre plus ou moins grande aux Etats.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1479. L'Etat puissance a encore l'avantage d'accepter l'altérité tout en conservant des pouvoirs sans équivalents, ce qui peut expliquer la persistance du rôle de l'Etat dans l'ordre mondial alors même que la souveraineté est menacée.
Ainsi, si l'Etat puissance continue d'imposer et de régir des compétences de manière effective, sans comparaison possible avec d'autres pouvoirs politiques ou économiques, il le fait selon des formes plus souples.

1480. À titre d'exemple, et contrairement à l'Etat-souverain qui met en œuvre le pouvoir dès lors que la majorité l'admet, l'Etat puissance tient compte des contrepouvoirs et du fait que la majorité ne peut cependant dicter entièrement la conduite de l'action de l'Etat[1262]. Il utilise aussi fréquemment des mécanismes conventionnels, au détriment de méthodes unilatérales. Cette utilisation du pouvoir n'est toutefois pas aisée dans la pratique puisque l'Etat aura des difficultés à identifier la volonté de la Nation au-delà de la majorité[1263].
1481. On constate encore dans les faits que l'Etat tente de plus en plus souvent de prendre en compte la minorité même s'il continue bien évidemment de se déterminer en fonction de la majorité[1264]. Ainsi, les méthodes de négociation et la bonne gouvernance jouent également un rôle pour distinguer l'Etat puissance.

1482. Dans sa volonté de privilégier la démocratie, même imparfaitement, et de prendre en compte au-delà de la majorité, l'intérêt général, l'Etat impose une puissance qui devient plus mesurée et qui la distingue nettement de la souveraineté, du moins dans son sens de souveraineté populaire. Contrairement à la conception d'un pouvoir illimité, soutenue par la souveraineté, qui conduit naturellement à une prise en considération exclusive de la volonté de la majorité et à l'écrasement des minorités, la conception d'un Etat-puissance repose en revanche sur les droits et libertés et exclut ce pouvoir absolu.

1483. Sur la scène internationale enfin, l'Etat puissance trouve également une traduction concrète et correspond à la traduction mondiale de la notion de « grandes puissances ». Dans cette conception, l'Etat puissance n'est pas uniquement une réalité juridique mais bien plutôt une réalité à dimension économique et sociale au-delà du monopole de la contrainte légitime, et des théories initiales de Hobbes et Machiavel sur la nature de l'Etat.

[1262] La pratique de plus en plus fréquente de la concertation, tant au niveau national que local, illustre assez bien cette idée que l'Etat choisit d'abord de prendre des avis, de trouver l'assentiment du plus grand nombre avant de prendre une décision qui restera toutefois l'expression du vote majoritaire.

[1263] Notamment parce que les parlements sont largement organisés autour d'une logique majoritaire.

[1264] Les étapes suivies pour voter un nouveau texte de loi révèlent en effet une réflexion gouvernementale élargie en amont du texte, avec une prise en compte de différents intérêts publics ou privés, avant que le texte soit rédigé, et soumis aux assemblées. À titre d'exemple on peut citer, la réforme des retraites, la réforme de certains professions, comme la réflexion actuelle sur la profession du droit, ou encore les discussions sur la taxe carbone…

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1484. Contrairement à la notion de souveraineté, la notion de puissance étatique suppose des différences qualitatives entre les Etats et une hiérarchie qui reste normalement étrangère à l'ordre international mais qui reçoit pourtant une traduction dans les faits[1265].

1485. La qualification d'Etat puissance contient donc bien des avantages et parait conduire à une forme de désuétude de la souveraineté, avec les limites que nous avons indiqué. Cette qualification d'Etat puissance, qui parait si bien s'adapter au rôle de l'Etat dans nos sociétés contemporaines, a-t-elle pourtant un réel avenir dans un contexte où les mots « d'Etat et de Nation » sont largement décriés ?

§ 3. L'Etat puissance a-t-il un avenir ?

1486. L'Etat aujourd'hui conserve une puissance qui résulte comme on l'a vu d'un héritage historique et d'une construction juridique créée au fil des siècles[1266], qu'il est impossible d'effacer et sur laquelle l'Etat continue de s'appuyer pour asseoir sa légitimité. Cet héritage historique implique des institutions solides mais également un socle national, qui malgré les nombreuses remises en cause que nous avons développées, reste toujours présent.

1487. L'évolution historique de l'Etat a contribué à renforcer l'idée que ce dernier dispose d'un pouvoir spécifique que la notion de souveraineté telle que définie par J. Bodin ne permet plus de préciser intégralement, notamment parce que l'absolutisme ne peut se maintenir, y compris même dans les Etats qui ne partagent pas les idées démocratiques.
Fort de cette légitimité, l'Etat peut affirmer son existence et sa puissance sur la base de critères non plus seulement juridiques et absolus mais bien davantage sur des compétences et une capacité à faire valoir ses prises de position à l'échelon mondial. La conception d'Etat-puissance permet de tenter de retrouver une définition de l'Etat qui corresponde à ce qu'il est devenu.

1488. L'Etat puissance reste une notion juridique qui caractérise au plus proche l'Etat. Toutefois, la pertinence de cette conception de l'Etat-puissance n'est pas figée dès lors que l'évolution historique reste à construire. La disparition d'une souveraineté absolue comme

[1265] L'actualité ne voit le plus souvent l'Etat que comme une puissance, les termes *« grandes puissances, puissance économique majeure, puissance militaire… »* étant usés et galvaudés à chaque bulletin d'informations. La hiérarchie entre les Etats sur la base de cette puissance avérée ou supposée peut notamment se retrouver dans des organisations comme le conseil de sécurité de l'ONU qui n'accepte que quelques Etats en fonction de leur puissance ou encore et surtout au sein du G7, G8, et G20, sensés regrouper les Etats les plus puissants du monde.

[1266] Le poids historique de l'Etat et la durée plus au moins importante de son existence contribue inévitablement à rendre légitime ce dernier aux yeux de ses semblables et des populations.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

qualificatif du pouvoir de l'Etat ne signifie pas pour autant la fin de l'Etat contrairement à ce que certains auteurs ont affirmé.

1489. De fait, l'Etat cherche à retrouver son rôle central. Le constat d'un désengagement de l'Etat, incapable de maintenir l'ensemble de ses activités suprêmes présente à la fois le visage d'un Etat en perte de vitesse mais également, en revers, un facteur permettant de qualifier le pouvoir de l'Etat de puissance. En effet, l'Etat se recentre aujourd'hui sur ses compétences premières, et tente d'exercer pleinement son rôle dans ses dernières[1267].
En recentrant ses activités, l'Etat tente de trouver davantage d'efficacité dans l'exercice de ses compétences afin d'asseoir sa légitimité dans un monde de plus en plus critique à son égard. L'Etat intervient non plus désormais comme un acteur omniscient mais comme un acteur incontournable dont le rôle premier est d'assurer des fondements solides à la société qu'il est chargé de diriger et qui fonde son existence[1268].

1490. L'Etat a résisté aux tendances et mouvements qui tendaient à sa suppression trouvant dans ses activités et dans sa légitimité élective des moyens de subsistance. Paradoxalement, en se recentrant, l'Etat va favoriser son développement et son maintien même si la qualification de ses pouvoirs prend alors une toute autre forme que la souveraineté envisagée par J. Bodin.
Le pouvoir de l'Etat au regard des activités qu'il mène et donc au regard de ses compétences présente des aspects multiformes puisque d'un côté, le pouvoir de l'Etat est désormais la plupart du temps dépourvu d'absolu mais que dans le même temps, ce pouvoir est incomparable au regard des pouvoirs attribués aux personnes privées ou aux autres personnes publiques identifiables dans l'ordre mondial.

1491. L'existence de l'Etat n'est pas fondamentalement en cause, car cela supposerait de le remplacer par une autre entité juridique qui aujourd'hui n'existe pas. Si ce n'est pas l'Etat qui est en cause, c'est davantage son pouvoir et l'étendue de ce dernier. Le monde ne peut poursuivre sa route sans l'Etat. Toutefois ce rôle perd son caractère unique tant au plan interne, qu'externe.

1492. L'impact de l'évolution du processus de construction européenne et les perspectives d'avenir de l'Union européenne sont encore indéterminées et difficilement prévisibles. Tout comme les conséquences de cette construction européenne sur la souveraineté ne pouvaient être envisagées en 1957, les conséquences sur l'Etat, en tant que tel, et sur sa puissance, ne peuvent être totalement mesurées aujourd'hui.

[1267] On pense ici aux fonctions régaliennes de l'Etat mais également à l'éducation, la régulation économique et la protection sociale.

[1268] C'est en ce sens que l'Etat se doit d'abord d'assurer un Etat de droit, une régulation économique, une prise en compte des plus démunis, un respect de l'environnement

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

1493. Si désormais on peut mesurer l'influence de cette construction communautaire sur la souveraineté, il reste difficile de savoir si à terme, l'Etat sera menacé en tant que puissance, et si les structures internationales, telles que l'Union, finiront par se substituer à l'Etat. Autrement dit, la fin du dogme de la souveraineté absolue de l'Etat se constate aujourd'hui mais ce n'est peut-être qu'une étape supplémentaire dans l'organisation institutionnelle mondiale, reposant davantage sur des Etats puissance ou sur une souveraineté édulcorée.

1494. L'évolution de l'Union européenne n'a pas terminé d'avoir des incidences.
Ainsi, dans l'hypothèse d'une Union européenne dotée d'une personnalité juridique, d'un parlement européen constituant à lui seul un pouvoir législatif, d'une Constitution et d'une force militaire et policière pour devenir une Union puissance, il pourrait être envisagé qu'elle supplante les Etats, ce qui transformerait définitivement l'organisation mondiale. Faute de disposer de l'ensemble de ces moyens, l'Union ne peut être en mesure de concurrencer l'Etat ce qui implique nécessairement un maintien de l'Etat puissance ainsi qu'un maintien du rôle central de l'Etat, qui reste l'auteur de la construction européenne[1269].

1495. L'avenir de l'Etat est donc en partie lié aux avancées de cette construction européenne dont il ne maîtrise pas totalement les enjeux.

1496. L'avenir de l'Etat peut également venir de lui-même. Il parfaitement poursuivre le recentrage qu'il effectue actuellement sur ses pouvoirs régaliens, sur l'affirmation de l'intérêt général et la tendance à l'internationalisation mais il peut tout au contraire choisir une toute autre voie, ce qui impliquerait que le mouvement actuel n'est qu'une étape qui ne saurait perdurer.

[1269] L'arrêt de la Cour allemande rappelle d'ailleurs ce rôle central de l'Etat dans le cadre de la construction communautaire.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Conclusion 2nde Partie :

La souveraineté nationale et le droit : fondements de l'Etat puissance

1497. Nous sommes partis d'un constat qui consistait à indiquer que la qualification du pouvoir de l'Etat ne pouvait plus entrer totalement dans les critères absolus dégagés par J. Bodin. Ce pouvoir de l'Etat conservait pourtant toute sa particularité dans les faits, lorsqu'il s'agissait de le comparer à tout autre pouvoir.
La notion de souveraineté conservait donc son utilité comme qualificatif des pouvoirs de l'Etat même si sa dimension absolue n'avait plus réellement de pertinence.

1498. L'abandon de la souveraineté absolue sur le plan théorique est largement confirmé dans le cadre d'une analyse de la construction européenne et de la décentralisation.

1499. La construction européenne apporte une expérimentation véritable de souveraineté partagée. Elle met en œuvre un partage des compétences de souveraineté entre les Etats et l'Union, qui au fil du temps, prend une importance de plus en plus grande, allant jusqu'à toucher les compétences régaliennes des Etats.
Par certains aspects, « la méthode des petits pas » conduit les Etats membres à se déposséder eux-mêmes d'une part déterminante de leur souveraineté. Le maintien du pouvoir de l'Etat doit alors son salut à la Nation mais également à une certaine retenue de l'Union, confrontée à un déficit démocratique toujours marqué.

1500. Le processus de décentralisation apporte quant à lui une diffusion du pouvoir dans l'Etat. Il ne remet pas en cause la souveraineté en tant que telle, mais bien plutôt sa définition absolue. Il traduit donc là encore dans la pratique, un constat que nous avions déjà relevé en première partie.

1501. L'analyse des impacts de la construction européenne et de la décentralisation sur l'Etat conduit nécessairement à se demander si la souveraineté a encore un sens en tant que telle, si sa définition doit changer, ou si elle doit laisser la place à un autre concept.

1502. C'est dans ce contexte que la puissance de l'Etat peut retrouver tout son intérêt, combinée avec le respect des droits et la souveraineté nationale.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Conclusion générale

1503. Non l'Etat n'est pas mort…
Oui les Nations conservent un sens…
Mais nous devons cesser de les idéaliser tant sur le plan juridique que politique.
Telle est la conclusion qui peut ressortir des différents éléments que nous avons relevés et explicités lors de cette thèse.

1504. Les grands concepts post révolutionnaire de l'Etat-Nation indivisible, unitaire, et reposant sur le dogme du législateur infaillible ne peuvent plus continuer à s'appliquer aujourd'hui.

La Nation et l'Etat s'intègrent dans un monde fragmenté, sur fond de mondialisation, de difficultés économiques, et environnementales.

1505. La Nation perdure malgré les crises, les tensions et les communautarismes. Si sur le plan interne, elle reste souvent confrontée à des contestations, elle retrouve tout son intérêt sur le plan externe, lorsqu'il s'agit d'être comparée aux autres Nations. Au demeurant, c'est essentiellement sous l'angle national que la souveraineté peut conserver un sens, même si ce dernier est moins absolu.

1506. L'Etat s'adapte sur le plan interne en mettant en œuvre la décentralisation pour être plus proche de ses ressortissants, et sur le plan externe, en participant à la construction européenne, pour mutualiser son action.
L'enjeu restera pour lui la conservation de sa place dans l'ordre mondial, principalement sous l'angle de la puissance démocratique, reposant sur la souveraineté nationale.

BIBLIOGRAPHIE

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

I. MANUELS et OUVRAGES GENERAUX

ANDRAU (R.)
- *la dérive multiculturaliste*, Bruno Leprince éditeur, 2001.

ANDRÉANI (J.-L.)
- *comprendre la Corse*, Gallimard, folio actuel, 2004.

ARDANT (P.)
- *institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ, 20ème édition, 2008.

ARNE (S.)
- *cours de droit constitutionnel et institutions politiques*, édition université de Pau et de l'Adour, 5ème édition, 1990.

AUBIN (E.) et Roche (C.)
- *l'essentiel du nouveau droit de la décentralisation*, Gualino éditeur, 2006.

AUBRY (F.-X.)
- *la décentralisation contre l'Etat, l'Etat semi centralisé*, LGDJ, Montchrestien, 1998.

AUBY (J.-B.)
- *la libre administration des collectivités locales, un principe à repenser ?, in quel avenir pour l'autonomie des collectivités locales*, édition l'Aube, 1999.

AVGERI (P.) et MAGNILLAT (M.-P.) (dir)
- *enjeux et rouages de l'Europe actuelle, culture et citoyenneté européennes,* édition Foucher, coll LMD, 7ème édition, 2009.

BACOT (G.)
- *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, édition CNRS, 1985.

BAKER (K.-M.)
- *littératures, idéologies et représentation au XVIIIème siècle*, édition Duranton, institut français de presse, 1999.

BAKOUNINE (M.)
- *La liberté*, édition Pauvert, 1969.

BARRET-KRIEGEL (B.)
- *Etat de droit, dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992.

BARTHELEMY (J.) et DUEZ (P.)
- *Traité de droit constitutionnel*, Economica, 1985.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

BEAUD (O.)
- *la puissance de l'Etat*, Léviathan PUF, 1994.

BEER (S.)
- *pour faire une Nation*, Harvard University Press, 1993

BERRAMDANE (A.), et ROSSETTO (J.)
- *droit institutionnel de l'Union européenne,* Montchrestien, 2005.

BERTRAND (F.-G.)
- *la personnalité juridique de l'Union, in la nouvelle union européenne*, O. Gohin et A. Pécheul (dir), édition de Guibert, 2005.

BETTATI (M.)
- *un droit d'ingérence humanitaire ? in le devoir d'ingérence*, édition du seuil, 1987.

BIHR (A.)
- *le crépuscule des Etats Nations*, édition Page deux, 2000.

BLONDIAUX (L.)
- *l'idée de démocratie participative : enjeux, impensés et questions récurrentes*, in *gestion de proximité et démocratie participative,* édition la découverte, coll. Recherches, M. H. Bacqué, H. Rey et Y. Sintomer (dir.), 2005.

BLUMAN (C.) et DUBOUIS (L.)
- *droit institutionnel de l'Union européenne*, édition Litec, 2004.

BODIN (J.)
- *les six livres de la République*, édition Fayard, collection corpus œuvres philosophiques, 1986. (Texte revu par C. Fremont, M.-D. Couzinet, et H. Rochais)

BOREL (E.)
- *la souveraineté et l'état fédératif*, imprimerie Staemfli, Berne, 1886.

BOURDON (J.), PONTIER (J.-M.) et RICCI (J.-C.)
- *droit des collectivités territoriales*, PUF, 1998.

BOURJOL (M.)
- *essai sur la notion de réglementation*, LGDJ, 1977.

BOYER (A.)
- *le droit des religions en France,* PUF, 1993.

BRAUD (P.)
- *le jardin des délices démocratiques*, presses FNSP, 1990.

BRECHON (P.), LAURENT (A.), et PERRINEAU (P.)
- *la culture politique des français*, presses de science po, 2000.

BRIE (S.)
- *theorie der staatenverbindungen*, éditeur W. Friedrich, 1886.

BURDEAU (G.)
- *l'Etat*, édition le seuil, coll. Point essai, 1992.
- *traité de science politique*, LGDJ, 1950.

BURDEAU (G.), HAMON (F.), TROPER (M.)
- *droit constitutionnel*, LGDJ, 26ème édition, 2001.

BURDY (J.-P.)
- *« la Turquie est-elle Européenne ? »,* édition Turquoise, 2004.

CADART (J.)
- *institutions politiques et droit constitutionnel*, 3ème édition, Economica, 1999.

CADOUX (C.)
- *droit constitutionnel et institutions politiques*, Cujas, 1988.

CALHOUN (J.-C.)
- *la bataille américaine du fédéralisme*, PUF léviathan, 2004.

CARRE DE MALBERG (R.)
- *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 1922. Réédition CNRS, 1962. Dalloz, 2003.

CASTALDO (A.)
- *introduction historique au droit,* précis dalloz, 3ème édition, 2006.

CHALTIEL (F.)
- *la souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français, recherche sur la souveraineté de l'Etat membre*, Paris, LGDJ, 2000.

CHANTEBOUT (B.)
- *droit constitutionnel et institutions politiques*, Dalloz, 23ème édition, 2006.

CHARDONNET (J.)
- *les grandes puissances : étude économique*, Dalloz, 1953.

CHARLOT (J.)
- *la politique en France*, livre de poche références, 1994.

CHEVALLIER (J.)
- *l'Etat de droit*, Montchrestien, 4ème édition, 2003.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

CHEVALLIER (J.)
- *l'Etat post moderne*, LGDJ, 2ème édition, 2004.

CLAPIE (M.)
- *la nouvelle Union européenne, approches critiques de la Constitution européenne*, O. Gohin et A.Pécheul (dir), édition F.-X. De Guibert, 2005.

CLERGERIE (J.-L.)
- *le principe de subsidiarité,* édition ellipses, 1997.

COHEN TANUGI (L.)
- *la métamorphose de la démocratie*, édition O Jacob, 1989.

COLLOT (C.)
- *l'école doctrinale de droit public de Pont-à-mousson : Pierre Grégoire de Toulouse et Guillaume Barclay, fin du XVIème siècle.* Edition librairie générale de droit et de jurisprudence impr. R. Vançon, 1965.

COMBACAU (J.)
- *droit international public*, Montchrestien, 2001.

COMTE (A.)
- *système de politique positive*, PUF, Coll. SUP les grands textes, 1969.

CONSTANTINESCO (V.) et PETCULESCU (I.)
- *la personnalité juridique de l'Union*, in *le traité établissant une constitution pour l'Europe, analyses et commentaires*, presses universitaires de Strasbourg, 2005.

CONSTANTINESCO (V.)
- *« Europe fédérale ou fédération d'Etats Nations », In une constitution pour l'Europe* (dir. R. Dehousse), édition presses sciences po, 2002.

CONSTANTINESCO (V.)
- *compétences et pouvoirs dans les communautés européennes*, LGDJ, 1974.

CORNU (G.)
- *vocabulaire juridique*, PUF, 2002.

CRETTIEZ (X.) et SOMMIER (I.)
- *La France rebelle*, éditions Michalon, 2006.

CROZIER (M.)
- *le préfet, distributeur des autorisations publiques individuelles,* in B. Larvaron, *le préfet face au XXIème siècle*, économica, 2001.

DAILLIER (P.) et PELLET (A.)
- *droit international public*, LGDJ, 8ème édition, 2009.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

DAVID (M.)
- *la souveraineté du peuple*, PUF, 1996.

DAVID (M.)
- *la souveraineté et les limites juridiques du pouvoir monarchique en France du IXe au XVe siècle*, Dalloz, 1954.

DE BEAUMANOIR (P.)
- *coutumes de Beauvaisis*, 1823, éditions Beugnot, Paris 1835 et édition Salmon, 2 vol., 1899-1900.

DE BERRANGER (T.)
- *constitutions nationales et construction communautaire*, LGDJ, Tome 178, 1995.

DE BERRANGER (T.)
- *droit public général*, M. De Villiers (dir.), LITEC, 2ème édition, 2003.

DE MONTBRIAL (T.)
- *turbulences économiques et géopolitique planétaire*, édition Dunod, 2008.

DE VILLIERS (M.)
- dictionnaire de droit constitutionnel, Dalloz, 7ème édition, 2009.

DEBBASCH (C.)
- *droit constitutionnel et institutions politiques*, Economica, 4ème édition, 2001.

DEBBASCH (R.)
- *Etats, régions, et droits locaux*, Economica, 1997.

DEBBASCH (R.)
- *unité et indivisibilité*, Economica, 1988.

DEBRE (M.)
- *la mort de l'Etat républicain*, Gallimard, 1947.

DEHOUSSE (R.)
- *la fin de l'Europe*, édition Flammarion, 2005.

DELBO (R.)
- *la décentralisation depuis 1945*, LGDJ, 2005.

DE SAINT SIMON (L. De Rouvroy)
- *mémoires*, éditeur Willey, 1936.

DESWARTES (M.-P.)
- *essai sur la nature juridique de la République*, l'Harmattan, 2003.

DIJON (X.)
- *le droit naturel*, édition PUF, 1998.

DOAT (M.)
- *recherche sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2003.

DUGUIT (L.)
- *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz, 2003.
- *traité de droit constitutionnel*, édition de Bocard, 5 volumes, 1921-1925.

DUMONT (GF.)
- *les régions et la régionalisation en France*, édition ellipses, 2004.

DUPONT DE NEMOURS (P.-S.)
- *Mémoire sur les municipalités*, 1775.

EISENMANN (C.)
- *centralisation et décentralisation, esquisse d'une théorie générale,* LGDJ, 1948.
- *la justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica, 1986.

ESMEIN (A.)
- *éléments de droit constitutionnel français et comparé,* Sirey 1914 et édition Panthéon Assas, sept 2001.

FAVOREU (L.)
- *droit constitutionnel,* précis Dalloz, 9ème édition, 2006.

FAVOREU (L.) et PHILIP (L.)
- *les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. Dalloz Sirey 15ème édition, sept 2009.

FENET (A.)
- *essai sur la notion de minorité nationale*, publications de la Faculté d'Amiens, 1976.

FERRY (J.-M.)
- *« la question de l'Etat européen »,* Gallimard, 2000.

FOURNIS (Y.)
- *les régionalismes en Bretagne*, édition Peter Lang, 2006.

FRANK (C.)
- *« traité et constitution : les limites de l'analogie »,* P. Magnette (dir.), *la constitution de l'Europe*, Bruxelles, 2000.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

FRANKLIN (J.)
- *Jean Bodin et la naissance de la théorie absolutiste*, PUF, 1993.

FURET (F.) et OZOUF (M.)
- *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Flammarion, 1992.

GAIA (P.)
- *le Conseil constitutionnel et l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne*, économica, 1991.

GAXIE (D.)
- *la démocratie représentative*, Montchrestien, 1996.

GENTOT (M.)
- *les autorités administratives indépendantes*, LGDJ/Montchrestien, 2ème édition, 1994.

GHERARDI (E.)
- droit public général, M. De Villiers (dir), LITEC, 2ème édition, 2003.

GOBIN (C.) et RIHOUX (B.)
- *la démocratie dans tous ses états. Systèmes politiques entre crise et renouveau*, Bruylant, 2000.

GOHIN (O.)
- *la nature juridique de la nouvelle union européenne, in la nouvelle union européenne,* O. Gohin et A. Pécheul (dir), édition de Guibert, 2005.

GONOT (P.)
- *citoyenneté, souveraineté et société civile*, Dubois et Azimi (dir), Dalloz, 2003.

GOUTAL-ARNAL (V.)
- *l'intendant, « l'homme de main » du gouvernement, brocardé par les français, in préfet et développement local,* Dalloz, 2002.

GOYARD FABRE (S.)
- *Jean Bodin et le droit de la République*, PUF, 1989.

GRASSAILLE (C. de)
- *Regalium Franciae*…, 1538, cité par J. Barbey, *Etre roi – le roi et son gouvernement en France de Clovis à Louis XVI*, Fayard, 1992.

GROTIUS (H.)
- *le droit de la guerre et de la paix,* édition PUF, Coll. Léviathan, 1999.

GRUNBERG (G.)
- *la démocratie à l'épreuve, une nouvelle approche de l'opinion des français,* presses de sciences po, 2002.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

GUENAIRE (M.)
- *déclin et renaissance du pouvoir*, Gallimard, 2002.

HAMON (F.)
- *le référendum*, *étude comparative,* LGDJ, 2ème édition, 1999.

HAMILTON (A.), JAY (J.) et MADISON (J.)
- Le Federalist, réédition économica, 1988.

HAQUET (A.)
- *le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, PUF, coll. Grandes thèses du droit, 2004.

HAURIOU (A.)
- *droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 1970.

HAURIOU (M.)
- *précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929.
- *précis de droit administratif et de droit public,* Sirey 1919. Réédition Dalloz, 2002.

HERMET (G.)
- *le peuple et la démocratie*, Fayard, 1989.

HOBBES (T.)
- De Cive (du citoyen), édition Maresq, 1891.

ICARD (P.)
- *droit matériel et politiques communautaires*, éditions Eska, 2001.

JACQUE (J.-P.)
- *droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 5ème édition, 2010.

JAUME (L.)
- *Echec au libéralisme, Les Jacobins et l'Etat*, Paris, 1990.

JELLINEK (G.)
- Allgemeine Staatslehre. Cité in *Contribution à la théorie générale de l'Etat TII, p. 147.*
- *l'Etat moderne et son droit*, édition Giard et Brière, Paris, 1911, T1 et 2.
- *die lehre von den Staatenverbindungen*. Éditeur A. Holder, 1882.

JHERING (R.-V.)
- *l'évolution du droit,* Paris, Giard et Brière, 1911.

JOYAU (M.)
- *de l'autonomie des collectivités territoriales françaises*, LGDJ, Coll. Thèses, 1998.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

KANT (E.)
- *projet de paix perpétuelle*, 1795, collection Mille et Une Nuits, n°327, traduction de Karin Rizet, Paris, 2001.

KELSEN (H.)
- *Théorie pure de droit*, 1929. Dalloz, 2ème édition, 1962.

KOVAR (R.)
- *l'évolution de l'article 177 CE, la réforme du système juridictionnel communautaire*, G. Vandersanden (dir.), université de Bruxelles, 1994.

LABAND (E.)
- *le droit public de l'Empire allemand*, édition Giard et Brière, 1900.

LABIE (F.)
- *Finances locales*, Dalloz, 1997.

LAFERRIERE (J.)
- *Manuel élémentaire de droit constitutionnel,* Domat, 2ème édition, 1947.

LAFERRIERE (J.)
- *le nouveau gouvernement de la France,* Sirey, 1941.

LARVARON (B.)
- *le préfet face au XXIe siècle*, économica, 2001.

LE FUR (L.)
- *état fédéral et confédération d'états*, édition Panthéon Assas, 2000.

LE MESTRE (R.)
- *droit des collectivités territoriales*, gualino éditeur, 2004.

LECLERCQ (C.)
- *droit constitutionnel et institutions politiques*, Litec, 10ème édition, 1999.

LECOURT (R.)
- *l'Europe des juges*, Bruylant, 1976.

LENINE (V. Ilitch Oulianov)
- *l'Etat et la Révolution*, édition La dispute, coll. Bibliothèque du Marxisme, 1976.

LOCKE (J.)
- *traité du gouvernement civil*, Flammarion, 2009.

LOUIS (J.-V.) et RONSE (Th.)
- *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruylant, 2005.

LUCHAIRE (F.)
- *le statut constitutionnel de la Polynésie française*, économica, 2005.

LUCHAIRE (Y.) et (F.)
- *le droit de la décentralisation*, PUF, 1998.

MAGNETTE (P.)
- *Au nom des peuples, le malentendu constitutionnel européen*, édition cerf, 2006.

MAIRET (G.)
- *le principe de souveraineté, histoire et fondements du pouvoir moderne,* Gallimard, coll. folio essais, 1996.

MANIN (B.)
- *principes du gouvernement représentatif*, Flammarion, 1996.

MARTINIELLO (M.)
- *de l'étranger au citoyen, construire la citoyenneté européenne, les ressortissants communautaires et la pratique de la citoyenneté de l'Union*, De Boeck Université, 1997.

MAULIN (E.)
- *la théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, PUF Léviathan, 2003.

MAZERES (J.-A.)
- *les régions : espace du pouvoir ou espace de pouvoir*, PUF, 1978.

MENY (Y.)
- *centralisation et décentralisation dans le débat politique (1945-1969),* LGDJ, 1974.

MINK (G.)
- *« les passés douloureux ou les difficultés à écrire à plusieurs l'histoire européenne »,* In *le nouvel état de l'Europe, les idées forces pour comprendre les nouveaux enjeux de l'Union*, (Dir. M. Dehove), édition la découverte, 2004.

MONNET (J.)
- *Mémoires,* Fayard, 1976.

MORAND DEVILLER (J.)
- *droit administratif*, Montchrestien, 11ème édition, 2009.

MOREAU DEFARGES (P.)
- *Où va l'Europe ?* édition Eyrolles, 2006.

MOREAU (J.)
- *administration régionale, départementale, municipale,* mémento Dalloz, 13ème édition, 2002.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

MOREAU (F.)
- *précis élémentaire de droit constitutionnel, organisation des pouvoirs publics,* édition Larose et Forcel, Paris, 1892.

NICOLET (C.)
- *l'idée républicaine de la France,* Gallimard, 1982.

NOBRE-CORREJA (J.-M.)
- *le nouvel état de l'Europe, les idées forces pour comprendre les nouveaux enjeux de l'Union*, édition la découverte, 2004.

OBERDORFF (H.)
- *l'Union européenne*, collection Europa, PUG, 2007.

ORTOLAN (J.)
- *de la souveraineté du peuple et des principes de gouvernement républicain moderne*, Edition Joubert, 1848.

OST (F.)
- de *la pyramide au réseau, pour une théorie dialectique du droit,* in Ost et Van de Kerchove, faculté de droit de st Louis, 2002.

PACTET (P.) et MELIN-SOUCRAMANIEN (F.)
- *droit constitutionnel*, Sirey Université, 25ème édition, 2006.

PACTET (P.)
- *institutions politiques et droit constitutionnel*, Armand Colin, 23ème édition, 2004.

PANDELON (G.)
- *esquisse d'une théorie politique du mensonge*, LGDJ Thèse, Tome 107, 2002.

PEGUY (C.)
- *le préfet responsable de l'ordre public,* in B. Larvaron, *le préfet face au XXIe siècle.* Economica, 2001.

PICQ (J.)
- *histoire et droits des Etats : la souveraineté dans le temps et l'espace européens,* presses de science po, 2005.

REDOR (M.-J.)
- *de l'Etat légal à l'Etat de droit, l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française*, Economica, 1992.

RENAN (E.)
- *« qu'est ce qu'une nation », conférence du 11 mars 1882*, édition presses pocket, 1992.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

REUTER (P.)
- *organisations européennes*, PUF, 1965.

REVEL (J.-F.)
- *le regain démocratique*, Fayard, 1992.

RIDEAU (J.)
- *droit institutionnel de l'UE et des communautés*, LGDJ, 5ème édition, 2006.

RIGAUDIERE (A.)
- *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions,* Economica, 3ème édition, 2006.

ROSANVALLON (P.)
- *le peuple introuvable, histoire de la démocratie*, Gallimard, 1998.

ROSENVALLON (P.)
- *la démocratie inachevée, histoire de la souveraineté des peuples en France,* Gallimard, 2002.

ROULAND (N.)
- *l'Etat français et le pluralisme,* éditions O. Jacob, 1995.

ROUSSEAU (D.)
- *droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 8ème édition, 2008.

ROUSSEAU (J.-J.)
- *du contrat social*, 1762. Réédition Flammarion, 2001.

SAINT BONNET (F.) et SASSIER (Y.)
- *Histoire des institutions avant 1789*, Montchrestien Domat droit public, 3ème édition, 2008.

SAURON (J.-L.)
- *comprendre le traité de Lisbonne*, gualino éditeur, 2007.

SCHMITT (C.)
- *théologie politique : quatre chapitres sur la théorie de la souveraineté,* Gallimard, 1988.

SCHMITT (C.)
- *théorie de la Constitution*, Léviathan PUF, 1993.

SFEZ (L.)
- *essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français,* Paris, LGDJ, bibliothèque de droit public T LXXI. Et Revue internationale de droit comparé 1968, n°3, p. 598.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

SIEYES (E.-J.)
- *qu'est ce que le Tiers Etat*, Flammarion, 1988.

SLAMA (A.-G.)
- *la régression démocratique*, Seuil, 1992.

TAGUIEFF (P.-A.)
- *mondialisation marchande et fragmentation ethnonationaliste du monde, la fin de l'optimisme historique*, in *l'Europe des particularismes régionaux : dérives communautaires ou intérêts légitimes,* (G. Galice Dir.), édition Mario Mella, 2000.

TOCQUEVILLE (A. de)
- *De la démocratie en Amérique*, coll. GF, T1. http://classiques.ucaq.ca.

TOURAINE (A.)
- *qu'est ce que la démocratie*, Fayard, 1994.

TOURARD (H.)
- *l'internationalisation des constitutions nationales*, édition LGDJ, 2000.

TROPER (M.)
- *« Identité constitutionnelle »,* in B. Mathieu (dir.) *« 1958-2008, Cinquantième anniversaire de la Constitution française »,* Paris, Dalloz, 2008.

TRUYOL SERRA (A.)
- *souveraineté,* Archives de philosophie du droit, T 3, Sirey, 1990.

VEDEL (G.), CARCASSONNE (G.), DUHAMEL (O.)
- *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Dalloz, 2002.

VERHOVEN (J.)
- *les aspects juridiques de la crise et de la guerre du golfe,* sous la direction de B. STERN, édition Montchrestien, 1991.

VERPEAUX (M.)
- *le droit des collectivités locales,* PUF, 2008.

VERPEAUX (M.)
- *les collectivités territoriales en France,* Dalloz connaissance du droit, 3ème édition, 2010.

VERTHOFSTAD (G.)
- *Les Etats-Unis d'europe*, édition Luc Piris, 2006.

VIOLA (A.)
- *la notion de République dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ Thèse, 2002.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

VON IHERING (R.)
- *l'évolution du droit*, Paris, 1901.

VONGLIS (B.)
- *l'Etat c'était bien lui, essai sur la monarchie absolue*, éditions Cujas, 1997.

VOLTAIRE (F.-M. Arouet)
- essai sur les mœurs et l'esprit de la Nation.
http://classiques.uqac.ca/classiques/Voltaire/essai_moeurs_esprit_nations/essai_moeurs.pdf.

ZOGG (S.)
- *la démocratie directe en Europe de l'Ouest*, centre européen de la culture, actes sud, 1999.

ZORGBIBE (C.)
- *histoire de la construction européenne*, PUF, 2ème édition, 1993.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

II. <u>OUVRAGES SPECIAUX</u> (thèses, documents institutionnels, rapports, actes de colloques, cours…)

BASTID (P.)
- débats lors de l'assemblée constituante en 1945 et 1946. JO séance du 3 septembre 1946, p. 3478.

BOREL (E.)
- *étude sur la souveraineté et l'Etat fédératif*, thèse doctorale, édition imprimerie de Staempfli, 1886.

BOUTIN (C.)
- *le président de la République, homme de la Nation*, in *que reste-t-il de la Nation dans la Constitution*, édition Cujas, actes du colloque du centre de recherche Hannah Arendt, ICES, 2007.

Cevipof, Cidps, Cecop, *le vote de tous les refus*, presses de sciences po, 2003.

COLLOQUE ICES
- *« Proudhon, l'ordre dans l'anarchie ? »,* éditions Cujas, 2009.

DEBRE (M.)
- questions écrites n° 479, JO 28 avril 1959, p. 351.

DE GASPERI (A.)
- discours du 10 décembre 1951, conseil de l'Europe, Strasbourg.

DELPAL (M.-C.)
- *politique extérieure et diplomatie morale : le droit d'ingérence humanitaire en question*, édition fondation pour les études de défense nationale (FEDN), 1993, p. 127.

DHOMMEAUX (J.)
- *le Conseil constitutionnel et la tentation de l'internationalisation de la Constitution,* in *que reste-t-il de la Nation dans la Constitution* ? Colloque et travaux du centre de recherches ICES, édition cujas.

HERVOUET (F.)
- *démarche communautaire et construction européenne,* documentation française, 2000.

KLOPFER (M.)
- *gestion financière des collectivités locales, coll. Le courrier des maires et des élus locaux,* édition le Moniteur, 2006.

LABOULAYE (E.)
- *Questions constitutionnelles*, Paris, 1872.

LEGAL (P.)
- cours d'histoire du droit première année, ICES, 2000.

LEMAIRE (A.)
- *les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'ancien régime.* Thèse, Edition Fontemoing, 1907.

MAZEAUD (P.),
- *l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les lois de transposition des directives*, colloque Venise, 16 décembre 2006. http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/20061215.pdf.

OTAN
- manuel : bureau de l'information et de la presse de l'OTAN, 2001.

SARKOZY (N.)
- discours de Bruxelles, 8 septembre 2006.

RAYNAUD (J.)
- les chambres régionales des comptes : analyse d'une pratique, Doc fr. NED 1987, n° 4826.

RIVERO (J.)
- colloque Aix en Provence, annuaire européen d'administration publique, tome III.

ROBESPIERRE (M. de)
- *discours à la convention*, archives parlementaires, 25 septembre 1792.

ROUX (A.)
- *les implications du principe d'indivisibilité de la République dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in Actes du colloque, *la République en droit français*, sous la direction de B. Mathieu et M. Verpeaux, économica, 1996.

VIOLA (A.)
- *la notion de République dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ thèse Tome 105, 2002.

WAELBROEK (M.)
- *« peut-on parler de droit constitutionnel européen »,* travaux de la faculté de droit de Bruxelles, II, 1964.

Rapport de la Cour des comptes du 23 novembre 2005.

Rapport Assemblée nationale, 1990-1991, n° 1076, p. 10.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Rapport du Conseil économique et social du 29 juin 2005, gazette des communes, 25 juillet 2005, supp n° 2.

Rapport du Sénat, octobre 2006, Ph. Dalier, *Bilan et perspectives de l'intercommunalité à fiscalité propre,* Sénat 30 octobre 2006, n° 193.

Rapport du comité Balladur pour la réforme des collectivités territoriales : http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/094000097/0000.pdf.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

III. MELANGES

BOULOUIS (J.)
- *remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la CJCE,* Mélanges Walline*, le juge et le droit public*, LGDJ, 1974.

BURDEAU (F.)
- *affaires locales et décentralisation : évolution d'un couple de la fin de l'ancien régime à la restauration*, Mélanges Burdeau*, le pouvoir*, LGDJ, 1977.

CHALTIEL (F.)
- *l'application du droit communautaire par le juge national*, Mélanges Isaac, *50 ans de droit communautaire*, presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2004.

CHARPENTIER (J.)
- *de la personnalité juridique de l'Union européenne*, Mélanges Peiser, *droit public*, PUF, 1995.

CHEVALLIER (J.)
- *la crise de la démocratie, mythe ou réalité ?,* Mélanges Jeanneau, *les mutations contemporaines du droit public,* Dalloz, 2002.

COMBACAU (M.)
- *sur une définition restrictive du droit international,* Mélanges Burdeau, *le pouvoir*, LGDJ, 1977.

DELPEREE (F.)
- *la complexité fédérale*, Mélanges Pactet, *l'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2003.

DUBOS (O.)
- *« l'Union européenne, sphinx ou énigme ? »,* étude en l'honneur de J.-L. Gautron, *les dynamiques du droit européen en début de siècle*, éditions Pédone, 2004.

DURAND (C.)
- *de l'Etat fédéral à l'Etat unitaire décentralisé*, Mélanges Mestre*, l'évolution du droit public*, Sirey, 1956.

FAVOREU (L.)
- *la prise en compte du droit international et communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Mélanges Plantey, *l'internationalité du droit et des institutions,* économica, 1995.

GREVISSE (F.) et BONICHOT (J.-C.)
- *les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres,* Mélanges Boulouis, *l'Europe et le droit,* Dalloz, 1991.

GUILLERMIN (G.)
- *« quelques réflexions sur la notion de constitution européenne »,* Mélanges Isaac, *50 ans de droit communautaire*, presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2004.

ISIDORO (C.)
- *le pouvoir constituant peut-il tout faire,* Mélanges Pactet, *l'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz, 2003.

LEVADE (A.)
- *« Identité constitutionnelle et exigence existentielle : comment concilier l'inconciliable ? »,* Mélanges. Ph. Manin, *l'Union européenne, union de droit, union des droits,* Pédone, 2010.

MATHIOT (A.)
- *« la théorie des circonstances exceptionnelles »*, Mélanges Mestre, *l'évolution du droit public,* Sirey, 1956.

MELIN-SOUCRAMANIEN (F.)
- *la différenciation du statut des DOM,* Mélanges Pactet, *l'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs,* Dalloz, 2003.

MONACO (R.)
- *« le caractère constitutionnel des actes institutifs des organisations internationales »,* Mélanges Rousseau, *la communauté internationale,* pédone, 1974.

MOUTON (J.-D.)
- *« Vers la reconnaissance d'un droit au respect de l'identité nationale pour les Etats membres de l'Union ? »,* Mélanges Charpentier, *La France, l'Europe, et le monde*, Pédone, 2009.
- *« Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des Etats membres de l'Union européenne »,* Mélanges Ph. Manin, *l'Union européenne, union de droit, union des droits,* Pédone, 2010.

PACTET (M.)
- *« a propos de la marge de liberté du Conseil constitutionnel »,* Mélanges Robert, *libertés,* Montchrestien, 1998.

TROPER (M.)
- *la logique de la justification du contrôle de constitutionnalité des lois,* Mélanges Pactet, *l'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs,* Dalloz, 2003.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

IV. ARTICLES

AGLAE (M.-J.)
- *la souveraineté transfigurée*, RRJ 1995, p. 925.

AROMATORIO (S.)
- *Debré M et la décentralisation*, Pouvoirs locaux 2005, n° 65, p. 133.

BARTHELEMY (J.)
- *« notes de droit public sur le droit public en temps de guerre »,* RDP 1915, p. 134.

BEAUD (O.)
- *la souveraineté dans la contribution à la théorie générale de l'Etat de Carré de Malberg,* RDP 1994, p. 1259.
- *le souverain*, Pouvoirs 1993, n° 67, p. 37.
- *fédéralisme et souveraineté : notes pour une théorie de la fédération*, RDP 1998, p. 86.

BERNARD (P.)
- *la décentralisation à la française,* revue administrative 2004, n° 334, p. 376.

BLACHER (P.) et PROTIERE (G.)
- *le Conseil constitutionnel, gardien de la Constitution face aux directives communautaires,* RFDC 2007, p. 123.

BLUMANN (C.)
- *l'article 54 de la Constitution et le contrôle de la constitutionnalité des traités en France.* RGDIP 1978, p. 537.

BONNARD (R.)
- *les actes constitutionnels de 1940*, RDP 1942, p. 46.

BONICHOT (J.-C.)
- *« loin des théories : le refus de la cour de justice d'imposer un modèle juridictionnel européen »,* RDP 2008, n° 3, p. 746.

BRECHON (P.)
- *l'abstentionnisme électoral en France depuis 1988*, regard sur l'actualité, sept. Oct. 1990, p. 11.

BREHIER (T.)
- *la République et ses territoires*, Le Monde, 14 avril 1996, p. 7.

BRISSON (J.-F.)
- *la France est une République indivisible, son organisation est décentralisée*, RDP 2003, p. 112.
- *les nouvelles clefs constitutionnelles de réparation matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales*, AJDA 2003, p. 529.

CAMBY (J.-P.)
- *supraconstitutionnalité : la fin d'un mythe*, RDP 2003, p. 683.

CARCASSONNE (G.) et MOLFESSIS (N.)
- *la Cour de cassation à l'assaut de la question prioritaire de constitutionnalité*, Journal Le Monde, 23 avril 2010, p. 15.

CARRILLO SALCEDO (J.-A.), CONDORELLI (L.), et SUR (S.)
- *la cour pénale internationale en débat,* RGDIP 1999, p. 5.

CASSIA (P.)
- *note sur la décision 2006-540 DC*, revue droit administratif, octobre 2006, p. 31.
- *l'article I 6 du traité établissant une constitution pour l'Europe, et la hiérarchie des normes,* Revue Europe décembre 2004, p. 6.

CHALTIEL (F.)
- *la constitution française et l'Union européenne,* RMC 1999, p. 228.
- *une première pour le Conseil constitutionnel, juger un traité établissant une constitution,* revue du marché commun et de l'UE, janvier 2005, n° 484, p. 5.
- *le régime juridique de la garde à vue est inconstitutionnel*, Gaz. Pal 9 novembre 2010, p. 3.

CHAMUSSY (D.)
- *le traité constitutionnel face à la constitution française,* les cahiers du Conseil constitutionnel, 2005, n° 18, p. 169.

CHENG (B.)
- *la jurimétrie : sens et mesure de la souveraineté juridique et de la compétence nationale*, Journal du droit international (JDI) 1991, p. 583.

CHEVALIER (J.)
- *l'état de droit*, RDP 1988, p. 318.
- *la dimension symbolique du principe de légalité,* RDP 1990, p. 1666.
- *l'Etat Nation*, RDP 1980, p. 1273.

COLLAS (P.)
- *souveraineté des Etats et entreprises supranationales*, RRJ 1993, p. 520.

COMBOTHECRA (X.-S.)
- *la conception de la souveraineté*, RDP 1897, T VIII, p. 242.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

CUBERTAFOND (B.)
- *la souveraineté en crise,* RDP 1989, p. 1277.

DEBBASCH (C.)
- *l'indivisibilité de la République et l'existence de statuts particuliers en France,* RFDC 1997, p. 359.

DEHOUSSE (R.)
- *les fausses conséquences du référendum*, revue politique et parlementaire 2005, n° 1036, p. 132.

DELCAMP (A.)
- *droit constitutionnel et droit administratif, principe de subsidiarité et décentralisation,* RFDC 1995, p. 609.

DELVOLVE (P.)
- *déclin ou renouveau de la loi, l'été des ordonnances*, RFDA 2005, p. 909.

DIEMERT (S.)
- *le référendum législatif d'initiative minoritaire dans l'article 11 révisé de la Constitution*, RFDC 2009, n° 77, p. 51.

DOAT (M.)
- *vers une conception a centralisée de l'organisation de la France*, RDP 2003, p. 115.

DOLLAT (P.)
- *le principe d'indivisibilité et la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République française : de l'Etat unitaire à l'Etat uni,* RFDA 2003, p. 673.

DORD (O.)
- *vers un rééquilibrage des pouvoirs publics en faveur du parlement*, RFDC 2009, p. 103.

DOUENCE (J.-C.)
- *le statut constitutionnel des collectivités territoriales d'outre-mer*, RFDA 1992, p. 466.

DRAGO (R.)
- *« l'état d'urgence et les libertés publiques »,* RDP 1955, p. 670.

DUBOUT (E.)
- *les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une supraconstitutionnalité ?,* RFDC 2010, pp. 451 et suiv.

DU CHAFFAUT (G.)
- *il faut sauver l'Etat local,* Pouvoirs locaux 2005, n° 67, p. 10.

DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.)
- *le traité de Lisbonne,* la documentation Française, regards sur l'actualité juillet 2008, n° 342, p. 59.

ETIEN (B.)
- *l'indivisibilité du peuple français et le nouveau statut de la Corse*, Revue administrative 1991, p. 236.

FABERON (J.-Y.)
- *la nouvelle Calédonie, pays à souveraineté partagée*, RDP 1998, p. 645.

FABERON (J.-Y.) et Agniel (G.)
- *la souveraineté partagée en Nouvelle Calédonie et en droit comparé,* la documentation française, 2000.

FABRE (M.-H.)
- *l'unité et l'indivisibilité de la République, réalité ou fiction ?,* RDP 1982, p. 608.

FAURE (B.)
- *le régime indemnitaire de la fonction publique territoriale, à propos du pouvoir réglementaire local*, RFDA 1994, p. 770.
- *réforme constitutionnelle et décentralisation, des slogans font lois*, RDP 2003, p. 120.

FAVOREU (L.)
- *la décision du Conseil constitutionnel du 30 décembre 1975*, RDP 1976, p. 566.
- *le contrôle de constitutionnalité du traité de Maastricht et le développement du droit constitutionnel international*, RIDP 1993, n° 97, p. 49.
-*souveraineté et supraconstitutionnalité*, Pouvoirs 1993, n° 67, p. 76.
- *constitution Bis ou constitution révisée*, le figaro, 21 avril 1992.

FELTIN (M.)
- *le peuple corse hors la loi*, journal la Croix, 11 mai 1991, p. 2.

FOURNIE (F.)
- *nouvelles considérations « huroniques »,* JCP 20 septembre 2010, p. 1714.

FOYER (J.)
- *apologie pour l'Etat jacobin*, revue administrative 2004, n° 332, p. 168.

FRAISSE (R.)
- *la hiérarchie des normes applicables en Nouvelle Calédonie*, RFDA 2000, p. 81.

FRIER (P.-L.)
- *« le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ? »* AJDA 2003, p. 560.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

GAIA (P.)
- *les interactions entre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel*, RFDC 1996, p. 725.

GENEVOIS (B.)
- *les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant*, RFDA 1998, p. 909.

GESLOT (C.)
- *la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République devant le Conseil constitutionnel*, RDP 2003, p. 793.

GISCARD D'ESTAING (V.)
- « *la boite à outils du Traité de Lisbonne* », Le Monde, 26 octobre 2007. http://www.lemonde.fr/.

GOHIN (O.)
- *l'évolution institutionnelle de la Nouvelle Calédonie*, AJDA 1999, p. 500.
- *l'adoption en terme identique du projet de réforme constitutionnelle de la décentralisation,* LPA 3 janvier 2003, n° 3, p. 7.
- *la nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France*, AJDA 2003, p. 522.

GREWE (C.)
- *la révision constitutionnelle en vue de la ratification du traité de Maastricht,* RFDC 1992, n° 11, p. 413.

GUIHEUX (G.)
- *la loi organique sur le référendum local : une avancée en trompe-l'œil*, Pouvoirs locaux 2003, n°59, p. 58.

GUILLOUD (L.)
- *révision constitutionnelle et intégration européenne, l'insoutenable légèreté de la constitution*, RDP 2000, p. 414.

HELIN (J.-C.)
- *la décentralisation et le juge*, LPA 1er août 1997, p. 4.

HERTZOG (R.)
- *l'ambiguë constitutionnalisation des finances locales*, AJDA 2003, p. 548.

HERZOG (P.)
-*après le référendum, relancer une dynamique d'Union politique,* revue du marché commun et de l'UE, juillet août 2005, n° 490, p. 424.

HEYMANN (J.)
- *de la citoyenneté de l'Union comme révélateur de la nature de l'Union européenne*, revue Europe, juin 2010, p. 5.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

HOUTEER (C.)
- *le Conseil constitutionnel et la notion de peuple corse*, LPA 21 juin 1991, n° 74, p. 17.
- *le Conseil constitutionnel et la nouvelle collectivité territoriale de Corse,* LPA 5/07/1991, n° 80, p. 21.

IMBERT (P.-H.)
- *de l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH*, revue droits fondamentaux, n°2, p. 11.

IRONDELLE (B.)
- *« l'horizon européen de l'armée française »,* revue pouvoirs 2008, p. 125.

JACQUE (J.-P.)
- *droit constitutionnel national, droit communautaire, CEDH, charte des nations unies, l'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques,* RFDC 2007, p. 3.
- *du traité constitutionnel au traité de Lisbonne*, RDP 2008, n° 3, p. 822.

JEBEILI (C.)
- *l'intercommunalité à la recherche du territoire pertinent,* JCP administration et collectivités territoriales, 3 novembre 2008, p. 14.

JOUANJAN (O.)
- note à propos de *l'avis CE 20 mars 1992, Préfet du Calvados,* JCP 1993, III, 22100.

KADA (N.)
- *l'Etat face à sa régionalisation*, Pouvoirs locaux 2004, n° 61, p. 6.

KELSEN (H.)
- *la garantie juridictionnelle de la Constitution*, RDP 1928, p. 253.

KLEIN (J.-S.)
- *le statut particulier de la région corse*, annuaire des collectivités locales 1983, p. 227.

LABAYLE (H.)
- *« l'espace de liberté, sécurité et justice, la nouvelle frontière ? »* revue Europe juillet 2008, p. 58.

LAMARQUE (J.)
- *la théorie de la nécessité et l'article 16 de la Constitution de 1958*, RDP 1961, p. 613.

LANTERO (C.)
- *l'impact de la reconnaissance institutionnelle des minorités sur la discrimination*, RDP 2009, p. 817.

LAURENT (S.)
- *le droit d'initiative citoyenne,* revue du marché commun et de l'Union européenne 2006, n° 497, p. 221.

LEBEN (C.)
- *A propos de la nature juridique des communautés européennes »,* revue française de théorie, philosophie et de culture juridique, revue « droits », 1991, n° 14.

LE BRIS (C.)
- *les langues régionales dans la Constitution*, RDP 2009, p. 786.

LEPAGE (C.)
- *l'exception d'inconstitutionnalité au regard de la pratique judiciaire et des rapports de pouvoir*, les petites affiches, 19 septembre 2008, p. 3.

LIET VEAUX (G.)
- *la fraude à la Constitution*, RDP 1943, p. 116.

LUCHAIRE (F.)
- *les fondements constitutionnels de la décentralisation*, RDP 1982, p. 1554.
- *l'autonomie de la Polynésie française devant le Conseil constitutionnel,* RDP 1996, p. 954.
- *le Conseil constitutionnel devant la loi du pays en Nouvelle Calédonie,* RDP 2000, p. 553.

MADDALON (P.)
- *l'action extérieure de l'UE,* revue Europe, juillet 2008, p. 61.

MAESTRE (J.-C.)
- *l'indivisibilité de la République française et l'exercice du droit à l'autodétermination*, RDP 1976, p. 432.

MAGER (W.)
- *Res publica :* APD 1990, T 35, p. 264.

MAGNON (X.)
- *le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire.* Revue Europe, août septembre 2004, p. 6.
- *la QPC, beaucoup de bruit pour quoi ?* AJDA 2010, p. 1673.

MAILLARD (S.)
- *« l'Allemagne obtient un futur changement du Traité européen »*, journal La croix, du 29 octobre 2010.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

MATHIEU (B.)
- *la supraconstitutionnalité existe-elle,* petites affiches, 8 mars 1995, n°29, p. 12.
- *le droit communautaire fait son entrée au Conseil constitutionnel,* LPA 22 août 2006, p. 167.

MAZEAUD (P.)
- *la Nation est un tout*, Le Monde 12 et 13 mai 1991, p. 8.

MICHALON (T.)
- *la République française, une fédération qui s'ignore,* RDP 1982, p. 655.

MICHEL (V.)
- *« les compétences : les mots, les choses »,* revue Europe, juillet 2008, p. 43.

MOUTON (J.-D.)
- *L'évolution de l'Union européenne, quelles perspectives pour ses relations avec l'autre Europe ?* RDP 2008, n° 3, p. 754.

MULLER-QUOY (I.)
- *l'élu local, nouveau statut, nouveau droit,* AJDA 2002, p. 270.

NICOLAIEFF (B.)
- *heure de vérité pour l'Etat territorial,* Pouvoirs locaux 2005, n° 65, p. 40.

OBERDORFF (H.)
- *« le traité de Lisbonne, une sortie de crise pour l'UE ou plus ? »* RDP 2008, n° 3, p. 775.

PICOD (F.)
- *le contrôle de constitutionnalité des actes de droit dérivé de l'Union européenne,* cahiers de droit constitutionnel 2005, n° 18, p. 144.

PIRIS (J.-C.)
- *après Maastricht, les institutions communautaires sont-elles plus efficaces, plus démocratiques et plus transparentes ?* RTD Eur. Janv. mars 1994, p. 1.
- *l'Union européenne, vers une nouvelle forme de fédéralisme*, RTD eur. 2005, p. 243.

PLIAKOS (A.-D.)
- *la nature juridique de l'Union européenne*, RTD eur. 1993, p. 187.

PONTIER (J.-M.)
- *la République décentralisée de J.-P Raffarin*, revue administrative 2004, n° 332, p. 188.
- *la loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales,* AJDA 2003, p. 1716.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

PRETOT (X.)
- *note sur l'arrêt Fraisse*, RDP 2000, p. 1037.

RAUX (J.)
- *la capacité internationale de la communauté et de l'Union européenne, juris class Europe*, fasc.2200, n° 29.

RAYNAUD (F.)
- *Europe, citoyens et démocratie,* cahiers français, sept, oct 2000, n° 298, p. 90.

RIGAUDIERE (A.)
- *l'invention de la souveraineté*, revue Pouvoirs 1993, n° 67, p. 16.

RIGAUX (A.) et SIMON (D.)
- *droit communautaire et Constitution française : une avancée significative de la Cour de Cassation,* revue Europe, août septembre 2000, chronique, n° 8.

RIGAUX (A.)
- *l'écriture du traité : le discours de la méthode,* revue Europe, juillet 2008, p. 27.

RIVERO (J.)
- *« le juge administratif, un juge qui gouverne ».* D 1981, p. 21.

ROBERT (J.)
- *l'intégrité du territoire*, le Monde, 16 février 1982, p. 9.

RODRIGUES (S.)
- *quelles marges de manœuvres pour le pouvoir national*, RPP 2005, n° 1034, p. 36.

ROUSSEAU (D.)
- *le traité constitutionnel*, le Monde, 22 octobre 2002.

ROUX (J.)
- *le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution*, RDP 2004, p. 912.

RRAPI (P.)
- *bilan de l'expérimentation prévues par la loi du 13 août 2004 : la difficile introduction du concept d'expérimentation en France,* JCP collectivités territoriales, 22 décembre 2008, 2290.

SADRAN (P.)
- *la République des proximités contre la démocratie participative*, Pouvoirs locaux 2003, n° 59, p. 55.

SAINT BONNET (F.)
- *« réflexion sur l'article 16 »,* RDP 1998, p. 1699.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

SCHOETTL (J.-E.)
- *le nouveau régime juridique de la communication en ligne devant le conseil constitutionnel*, LPA 18 juin 2004, n° 122, p. 18.

SIMON (D.)
- *« les fondations, l'Europe modeste : symbole, valeur objectifs »,* revue Europe, juillet 2008, p. 32.

SIMON (D.) et RIGAUX (A.)
- *la question prioritaire de constitutionnalité : drôle de drame, quai des brumes, le jour se lève ?,* Revue Europe, mai 2010, n° 5.

SPERDUTI (G.)
- *le principe de souveraineté et le problème des rapports entre droit international et droit interne*, RCADI 1976, p. 378.

TERRE (F.)
- *la République indivisible*, le Figaro 10 mai 1991, p. 10.

THIELLAY (J.-P.)
- *l'adoption en termes identiques du projet de réforme constitutionnelle de la décentralisation*, LPA 3 janvier 2003, p. 7.
- *les outres mers dans la réforme de la constitution*, AJDA 2003, p. 567.

TURGEON (C.)
- *une définition de l'Etat et de la souveraineté*, RDP 1899, p. 74.

TURP (P.)
- *la souveraineté au XXIe siècle,* cahiers du CDRE, 1987, p. 78.

TURPIN (D.)
- *République et démocratie aujourd'hui : le juridique et le politique*, LPA 19 février 1993, p. 7.

VALHAS (A.)
- *souveraineté et droit de retrait au sein de l'Union européenne*, RDP 2005, n° 6, p. 1565.

VARAINE (B.) et MALINGRE (D.)
- *l'activité des chambres régionales des comptes : budget tardif,* AJDA 1986, p. 152.

VEDEL (G.)
- *« Schengen et Maastricht »,* RFDA 1992, p. 179.
- *souveraineté et supraconstitutionnalité*, revue Pouvoirs, n° 67, p. 83.
- *abrégé de l'histoire des droits de l'homme en France depuis 1789*, revue commentaires 1992, n° 59, p. 639.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

VERPEAUX (M.)
- *les deux premières lois organiques : expérimentation par les collectivités territoriales et référendum local*, JCP 2003, p. 2017.
- *référendum local, consultations locales et constitution*, AJDA 2003, p. 540.
- *rappel des normes de références dans le contrôle effectué par le Conseil sur la loi « droit d'auteur »,* JCP 2007, pp. 34 et suiv.

VIGUIER (J.)
- *de la mauvaise utilisation du terme référendum au plan local*, LPA 25 février 1998, p. 12.

VILLEY (E.)
- *la souveraineté nationale, son fondement, sa nature, ses limites*, RDP 1904, p. 5.

VIRALLY (M.)
- *panorama de droit international contemporain*, RCADI 1983, T 18-5, p. 77.

WECKEL (P.)
- *la cour pénale internationale, présentation générale*, RGDIP 1998, p. 983.

WEINSTEIN (K.-R.)
- *l'Europe fille de la France,* journal La croix, 27 mai 2005.

ZORGBIBE (C.)
- *quel avenir pour l'Union européenne*, revue politique et parlementaire 2005, n° 1036, p. 138.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

V. JURISPRUDENCE

Conseil constitutionnel

Décision n° AR 16 du 23 avril 1961, « *article 16 de la Constitution* », rec. CC. p. 69, JO 24 avril 1961 p. 3876, et GDCC, n° 10.

Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, « *élection du président au suffrage universel direct* », JO 7 novembre 1962, p. 10778.

Décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, « *traités de Luxembourg »,* Rec. p. 15 et JO 21 juin 1970, p. 5806.

Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *« liberté d'association »,* J. Rivero, AJDA 1971, p. 537.

Décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, *« taxation d'office »,* JO 28 décembre 1973, p. 14004.

Décision n° 74-54 DC, du 15 janvier 1975, « *IVG* », RDP 1975, p. 185.

Décision n° 75-59 DC du 30 décembre 1975, « *autodétermination des îles Comores* », JO 3 janvier 1976, p. 182 et RDP 1976, p. 566.

Décision n° 76-71 DC du 30 décembre 1976, « *élection au parlement européen* », JO 31 décembre 1976, p. 7651 et Rec p. 15.

Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, « *sécurité et liberté des personnes* », JO 22 janvier 1981, p. 308.

Décision n° 82-137 DC du 25 février 1982, « *liberté des communes, départements et régions »,* JO du 3 mars 1982, p. 759.

Décision n° 82-138 DC du 25 février 1982, « *statut particulier de Corse* », JO du 27 février 1982, p. 697.

Décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982*, « quotas par sexe »*, Rec. p. 66.

Décision n° 82-147 DC du 2 décembre 1982, *« assemblée unique »,* F. Luchaire, AJDA 1983, p. 120.

Décision n° 82-149 DC du 28 décembre 1982, *« Paris, Lyon, Marseille »,* JO 29 décembre 1982, p. 3914.

Décision n° 84-174 DC du 25 juillet 1984, « *compétences Guadeloupe, Martinique Guyane, et Réunion* », JO 28 juillet 1984, p. 2493.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Décision n° 84-177 DC du 30 août 1984, « *statut de la Polynésie Française* », JO 4 septembre 1984, p. 2803.

Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, « *état d'urgence en Nouvelle Calédonie* », JO 26 janvier 1985, p. 1137 et D 1985, p. 361.

Décision n° 87-226 DC, du 2 juin 1987, *« consultations des populations calédoniennes »*, RJC I, p. 309 et revue administrative 1988, p. 440.

Décisions n° 89-260 DC et 89-261 DC, du 28 juillet 1989, « *loi relative à la sécurité et la transparence des marchés financiers »,* JO 1er août 1989, p. 9676 et 9679.

Décision n° 91-290 DC, du 9 mai 1991, *« statut de la Corse »,* JO 14 mai 1991, p. 6350 ; GDCC p. 758 et RJC 1991, I, p. 438.

Décision n° 91-298 DC, du 24 juillet 1991, « *loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier* », JO 26 juillet 1991, p. 9920.

Décision 91-294 DC du 25 juillet 1991, « *Schengen* », JO 27 juillet 1991 p. 10001, RDP 1992, p. 37 et RFDA 1992, p. 173.

Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, « *Maastricht I »,* JO 11 avril 1992, p. 5354 et Rec. p. 55.

Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, « *Maastricht II* », JO 3 septembre 1992, p. 12095.

Décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, « *Maastricht III* », JO 25 septembre 1992, p. 13337.

Décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, « *Etablissement public à caractère scientifique, culturel ou professionnel* », JO 30 juillet 1993, p. 10750 et rec. p. 204.

Décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, « *loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire* », JO 1er février 1995, p. 1706.

Décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, « *Traité d'Amsterdam* », JO 3 janvier 1998, p. 165 et rec p. 344.

Décision n° 98-408 DC, du 22 janvier 1999, « *cour pénale internationale* », JO 24 janvier 1999, p. 1317.

Décision n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, « *loi de finances pour 1999* », JO 31 décembre 1998, p. 20138.

Décision n° 2000-1 LP du 27 janvier 2000, « *loi de pays sur la taxe régionale de services* », JO 29 janvier 2000, p. 1536.

Décision n° 2000-428 DC du 4 mai 2000, *« consultation de Mayotte »*, JO 10 mai 2000, p. 6976.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Décision n° 2000-432 DC du 12 juillet 2000, « *Loi de finances rectificative pour 2000 »*, JO 14 juillet 2000, p. 10821.

Décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *« loi d'orientation pour l'outre-mer »,* JO 14 décembre 2000, p. 19830.

Décision n° 2000-442 DC du 28 décembre 2000, « *loi de finances pour 2001 »*, JO 31 décembre 2000, p. 21194.

Décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, « *loi relative à la Corse »*, JO 23 janvier 2002, p. 1526 et revue du Conseil constitutionnel 2002, p. 49.

Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, « *révision constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République »*, JO 29 mars 2003, p. 5570 et RDP 2003, p. 359.

Décision n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003, « *loi organique sur l'expérimentation par les collectivités territoriales »*, JO 2 août 2003, p. 13302.

Décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, « *loi organique pour la Polynésie »*, JO 2 mars 2004, p. 4220.

Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, « *loi pour la confiance dans l'économie numérique » »*, JO 22 juin 2004, p. 11182.

Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, « *Traité portant constitution pour l'Europe »,* JO 24 novembre 2004, p. 19885.

Décision n° 2005-524/525 DC du 13 octobre 2005, *« abolition de la peine de mort »,* JO 20 octobre 2005, p. 16609.

Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, « *loi relative à la loi de transposition de la directive du 22 mai 2001 sur les droits d'auteurs »,* JO 3 août 2006, p. 11541. RFDC 2007, p. 123.

Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, « *secteur de l'énergie »*, JO 8 décembre 2006, p. 18544 et RFDA 2007, p. 564.

Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, « *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés ».* JO 26 juin 2008, p. 10228.

Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, « *loi organique relative à l'application de l'article 61-1 »*, JO 11 décembre 2009, p. 21381.

Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, « *ouverture à la concurrence et régulation des jeux d'argent »*, JO 13 mai 2010, p. 8897.

Décision n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010, *« loi de réforme des collectivités territoriales »*, JO 17 décembre 2010, p. 22181.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Conseil d'Etat

CE 20 mai 1887, *Duc D'Aumale*, rec. p. 409.

CE 31 janvier 1902, *Grazietti*, rec 1902, n° 01919.

CE 6 février 1903, *Terrier*, rec. p. 97.

CE 28 juin 1918, *Heyriès*, GAJA, 12ème édition, n° 34 et Sirey 1922.3.49.

CE 28 février 1919, *Dol et Laurent*. RDP 1919 p. 338 ou GAJA, 12ème édition, n° 36.

CE 4 décembre 1931 Martin (a pririo 4 août 1905 ??

CE 19 mai 1933, *Benjamin,* GAJA, 12ème édition, n° 51.

CE 8 janvier 1943, *André et autres*, Sirey 1943.3.20.

CE 18 avril 1947, *Jarrigion,* Sirey 1948.3.33.

CE 16 avril 1948, *Laugier*, Sirey 1948.3.37.

CE 7 janvier 1955, *Andriamisera*, revue politique et juridique de l'union française 1955, p. 859.

CE 9 novembre 1959 Rosan Girard

CE 13 juillet 1968 Hell.

CE 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, Dalloz 1975, p. 393 et RDP 1974, p. 467.

CE 22 décembre 1978, *Cohn Bendit*, rec. p. 524.

CE 19 février 1982, *Pérez*, rec. p. 83.

CE 9 février 1983, *Esdras*, RDP 1983, p. 830.

CE, 18 mai 1983, *Rhodes*, Rec. p. 199 ou AJ 1984, p. 44.

CE 18 avril 1986, *commissaire de la République d'Ille et Vilaine*, Rec. Tables, 62470.

CE 31 mai 1989, *Société corse de pyrotechnie*, D 1989, n° 415.

CE 16 juin 1989, *commune de Belcodène*, Rec tables, 103661.

CE 20 octobre 1989, *Nicolo*, rec. p. 190.

CE 20 mars 1992, *Préfet du Calvados*, JCP 1993, III, 22100.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

CE 27 octobre 1995, *Commune de Morsang sur Orge*, AJDA 1995, p. 878 et RFDA 1995, p. 1204.

CE 30 octobre 1996, *SA Cabinet Revert et Badelon*, RFDA 1997, p. 1056.

CE 3 juillet 1996, *Koné*, RFDA 1996, p. 870.

CE 16 juin 1997, *Département de l'Oise, village de Colombey*, rec p. 236 et RFDA 1997, p. 948.

CE 20 février 1998, *Ville de Vacresson et autres*, RFDA 1998, p. 430.

CE 30 octobre 1998*, Sarran Levacher*, RFDA 1998, p. 1081 ou AJDA 1998, p. 962.

CE 10 janvier 2001, *France nature environnement,* revue Europe mai 2001, n° 152, p. 11.

CE 3 décembre 2001, *syndicat des industries pharmaceutiques*, revue Europe, avril 2002, p. 6.

CE 12 décembre 2003, *Département des Landes*, n° 236442, www.legifrance.gouv.fr

CE 8 février 2007, *Arcelor*, RFDA 2007, p. 384.

CE, 30 octobre 2009, *Perreux*, revue Europe, mars 2010, p. 10, AJDA 2009, p. 2385 et RFDA 2010, p. 126.

CE 14 mai 2010, *Rukovic*, RFDA 2010, p. 709.

CE 16 juin 2010, *Assetou*, RFDA 2010, p. 855.

TA de Lille 5 février 1965, *Cinquini*, JCP 1965 II 14389.

Tribunal des conflits

TC 30 juillet 1873, *Pelletier,* D 1874. 3. 5 et GAJA, 12ème édition, n° 2.

TC 5 novembre 1880, *Marquiny,* D1880.3.121.

TC 26 février 1948, *Netter c/ Ribain*, JCP 1948, p. 4298.

TC 27 mars 1952, *Dame de la Murette*, D 1954, p. 291.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Cour de cassation

Cass. civ. 24 mai 1975*, Vabre,* D 1975, p. 497.

Cass. Civ. 1ère, 11 décembre 1984, *Bureau central français c/ fonds de garantie automobile et autres*, Bull I p. 281.

Cass. AP. 2 juin 2000, *Fraisse*, RDP 2000, p. 1037.

Cass civ 16 avril 2010, *Selim Abdeli*, revue Europe 2010, n°5 et les Petites affiches mai 2010.

Cass. AP, 29 juin 2010, *Melki,* revue Europe août septembre 2010, p. 1.

Juridictions internationales et étrangères

Avis consultatif sur le régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, 1931, CPJI, série A/B, n° 41, p. 57.

Cour constitutionnelle italienne 18 décembre 1973, *Frontini et Pozzani,* arrêt n° 183.

Cour constitutionnelle Allemande 29 mai 1974, *Solange I*.

Cour constitutionnelle Allemande 22 octobre 1986, *« Solange II »*, RTD eur. 1987, p. 537.

Cour constitutionnelle italienne 13 avril 1989, *Fragd,* RUDH 1989, p. 258.

Cour constitutionnelle Allemande 7 juin 2000, *« Solange III »*, www.rtdh.eu/pdf/20011186.pdf.

Arrêt Assanidzé c/ Géorgie, n° 71503/01 du 8 avril 2004 et Arrêt Ilasçu et autres c/ Moldova et Russie, n° 48787/99 du 8 juillet 2004. www.rtdh.eu/pdf/2005767.pdf.

Arrêt Broniowski c/ Pologne n° 31443/96 du 22 juin 2004. www.rtdh.eu/pdf/20040622.pdf.

Cour constitutionnelle polonaise, 11 mai 2005, relatif à l'adhésion de la Pologne à l'UE. Trybuna Konstytucyjny, K 18/04, X..., 2005.86.744. http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2006_28/no_637_2075/jurisprudence_2079/

Cour constitutionnelle allemande, 30 juin 2009, Ratification du Traité de Lisbonne, RTD eur. Oct.dec 2009, p. 823.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Cour européenne des droits de l'Homme

CEDH 7 septembre 1976, Handyside c/ Royaume Uni, série A n° 24.

CEDH 23 juin 1993, Ruiz Mateos, Série A, n° 262.

CEDH 13 février 2003, Refah Partisi, n° 41340/98, n° 41342/98, n° 41343/98, n° 41344/98

CEDH Zdanocka c/ Lettonie et Lituanie, 16 mars 2006, n° 58278/00, CEDH/ECHR 2006 IV.

CEDH Brasilier c/ France, 11 avril 2006, n° 71343/01.

CEDH Dupuis c/ France, 7 juin 2007, n° 1914/02, CEDH/ ECHR 2007-VII.

Cour de justice de l'Union européenne

CJCE 16 décembre 1960, *Humblet c/ Belgique*, aff 6/60 rec. p. 1125.

CJCE 7 février 1963, *Van gend en loos*, aff. 26/62 rec. p. 3.

CJCE 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, rec. p. 1141.

CJCE, 15 juillet 1970, *Chemiefarma*, aff. 41/69, rec. p. 661.

CJCE 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, affaire 11/70, rec. p. 1125.

CJCE 31 mars 1971, *ATER*, aff. 22/70, rec. p. 263.

CJCE 14 décembre 1971, *Politi,* aff. 43/71 rec. p. 1039.

CJCE 13 juillet 1972, *Commission c/ Italie*, Aff. 48/71. Rec. p. 529.

CJCE 11 décembre 1973, *Lorenz*, aff. 120/73, rec. p. 1471.

CJCE, avis 1/75 du 11 novembre 1975. rec. p. 1355.

CJCE, 3 février 1976, *Manghera*, aff. 59/75, rec. p. 91.

CJCE 27 octobre 1977, *Regina*, aff. 30/77, rec. p. 199.

CJCE 11 avril 1978, C*ommission c/ Italie*, aff 100/77, rec. p. 879.

CJCE Avis du 4 octobre 1979, rec. p. 2871.

CJCE 7 juillet 1981, *Rewe*, aff. 158/80, rec. p. 1805.

CJCE 19 janvier 1982, *Becker*, aff. 8/81, rec. p. 53.

CJCE 23 avril 1986, *parti écologiste les verts*, Aff. 294/83, Rec. 1986, p.1339.

CJCE 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, rec p. 1651.

CJCE 24 mars 1988, *Commission c/ Italie*, Aff. 104/86, rec. p. 1799.

CJCE 17 avril 1988, *Commission c/ Italie*, Aff. 225/86, rec. p. 2271.

CJCE 13 juillet 1989, *Wachauf,* aff. 5/88, rec. p. 1439.

CJCE 19 juin 1990, *Factortame*, aff. 213/89, rec. p. 2433.

CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci,* aff. 6/90 et 9/90, rec. p. 5357.

CJCE Avis 1/94 du 15 novembre 1994, rec, p. I-5267.

CJCE 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. 415/93, rec. p. 4921.

CJCE, 11 novembre 1997, *Eurotunnel*, aff. 408/95, rec. p. 6315.

CJCE 11 janvier 2000, *Tanja Kreil*, aff 285/98, rec. p. 69.

CJCE 4 juillet 2000, *Commission c/ Grèce,* aff 387/97, rec. p. 5047.

CJCE 24 juillet 2003, *Altmark*, aff. 280/00, JOUE 29 septembre 2003. http://eur-lex.europa.eu.

CJCE 30 septembre 2003, *Kobler*, aff 224/01, rec. p. 10239.

CJCE 25 novembre 2003, *Commission c/ Espagne*, aff. 278/01, JO C 7, 10 janvier 2004, p. 7.

CJCE 14 octobre 2004, *Omega*, Aff. 36/02, rec. p. 9609.

CJCE, gde Ch. 16 décembre 2008, *Michaniki,* aff. 213/07. AJDA 2010, p. 1023.

CJUE 2 mars 2010, *Rottmann*, aff. 135/08, revue Europe, juin 2010, p.5.

CJUE 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, aff. C 188/10 et 189/10. Revue Europe juillet 2010, p. 1.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

VI. TEXTES

Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 1789.

Loi du 22 décembre 1789, *« constitution des assemblées primaires et administratives »*, JO 20 août 1944, p. 86.

Loi de 8 janvier 1790, *« formation des assemblées représentatives et corps administratifs »*, JO 25 septembre 1943, p. 92.

Loi des 16 et 24 août 1790, *« organisation judiciaire »,* JO 20 août 1944, p. 361.

Constitution du 3 septembre 1791.

Constitution du 24 juin 1793.

Constitution du 5 fructidor An III (1795).

Loi du 28 pluviôse An VIII (17 février 1800), *« division territoriale de la France et administration »*, JO 20 août 1944, p. 88.

Constitution de l'an XII (1804).

Loi du 18 juillet 1837*, « administration communale »*, JO 20 août 1944, p. 227.

Constitution de 1848. (Votée le 4 novembre)

Lois du 9 août 1849, « *état de siège »,* Réf. Bull des lois, 10eS, B, 186, n°1511. JO 20 août 1944.

Constitution du 14 janvier 1852.

Loi du 10 août 1871*, « conseils généraux »,* JO 29 août 1871, p. 3041.

Décret du 26 mai 1874, *« dissolution du conseil général des Bouches du Rhône »,* JO 27 mai 1874, p. 3530.

Loi constitutionnelle du 24 février 1875, *« organisation du sénat »,* JO 28 février 1875, p. 1522.

Loi constitutionnelle du 25 février 1875, *« organisation des pouvoirs publics »,* JO 28 février 1875, p. 1521.

Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, *« rapport des pouvoirs publics »*, JO 18 juillet 1875, p. 5489.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Loi du 3 avril 1878, « *état de siège* », Bull des lois, 12eS, B, 338, n° 6827, JO 20 août 1944.

Loi du 5 avril 1884, *« organisation municipale »,* JO 6 avril 1884, p. 1557.

Loi du 22 mars 1890, *« création de SIVU par les communes »,* JO 6 mars 1890, p. 91.

Charte des Nations Unies du 26 juin 1945.

Constitution du 27 octobre 1946.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950.

Loi n° 55-385 du 3 avril 1955, *« état d'urgence, situation en Algérie »*. JO du 7 avril 1955, p. 3479.

Décret n° 55-873 du 30 juin 1955, *« établissements de programmes d'action régionale »*, JO 2 juillet 1955, p. 6638.

Constitution du 4 octobre 1958.

Ordonnance n° 59-29, du 5 janvier 1959, « *relative aux syndicats de communes* », JO 6 janvier 1959, p. 313.

Pacte international sur les droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

Loi n° 70-1297 du 31 décembre 1970, « *gestion municipale et libertés communales* », JO 1er janvier 1971, p. 3.

Loi n° 71-588 du 16 juillet 1971, « *fusion et regroupements de communes* », JO 18 juillet 1971, p. 7091.

Loi n° 72-619 du 5 juillet 1972, « *création et organisation des régions »,* JO 9 juillet 1972, p. 7176.

Décision européenne du 20 septembre 1976 (NOR 376D0787), « *élection directe du Parlement européen »,* JO 8 octobre 1976, p. 1.

Loi n° 76-1212 du 24 décembre 1976, « *organisation de Mayotte* », JO 28 décembre 1976, p. 7493.

Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, « *informatique et libertés »,* JO 7 janvier 1978, p. 227.

Délibération 1/78 du 14 novembre 1978, rec. p. 2178.

Loi n° 82-213 du 2 mars 1982, « *droits et libertés des communes, des départements et des régions »,* JO 3 mars 1982, p. 730.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Décret n° 82-390 du 10 mai 1982, « *pouvoirs des commissaires de la République de région »,* JO 11 mai 1982, p. 1337.

Lois n° 82-594 et n° 82-595 du 10 juillet 1982*, « chambres régionales des comptes »*, JO 13 juillet 1982, p. 2199 et 2201.

Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983, « *répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat »*, JO 9 janvier 1983, p. 215.

Loi n° 83-663 du 22 juillet 1983, « *répartition des compétences, communes, départements, régions, Etat »*, JO 23 juillet 1983, p. 2286.

Décret du 29 juin 1984, « *dissolution de l'assemblée de Corse »*, JO 1er juillet 1984, p. 2076.

Loi n° 84-820 du 6 septembre 1984, *« statut du territoire de la Polynésie Française »,* JO 7 septembre 1984, p. 2831.

Loi n° 85-97 du 25 janvier 1985, « *loi Chevènement portant dispositions diverses relatives aux rapports Etat et collectivités territoriales »*, JO 26 janvier 1985, p. 1088.

Loi n° 85-595 du 11 juin 1985, « *statut de l'archipel de St Pierre et Miquelon »,* JO 14 juin 1985, p. 6551.

Loi n° 85-692 du 10 juillet 1985, « *mode de scrutin pour l'élection des conseillers régionaux »,* JO 11 juillet 1985, p. 7805.

Charte européenne de l'autonomie locale, 15 octobre 1985.

Loi n° 86-16 du 6 janvier 1986, « *organisation des régions et modalités de fonctionnement des conseils généraux »*, JO 8 janvier 1986, p. 367.

Loi n° 86-17 du 6 janvier 1986, « *transfert de compétences en matière d'aides sociales et de santé »*, JO 8 janvier 1986, p. 372.

Loi 88-13 du 5 janvier 1988, « *amélioration de la décentralisation »*, JO 6 janvier 1988, p. 208.

Résolution ONU 43/131 du 8 décembre 1988, *« assistance humanitaire aux victimes de catastrophes naturelles et autres situations d'urgence du même ordre »,* www.un.org.

Résolution ONU 45/100 du 14 décembre 1990*, « couloirs d'urgence »,* www.un.org.

Loi n° 91-428 du 13 mai 1991, « *statut de la collectivité territoriale de Corse »*, JO 14 mai 1991, p. 6318.

Loi n° 92-108 du 3 février 1992, *« conditions d'exercice des mandats locaux »*, codifiée aux articles L 2123-1 et suiv., articles L 3123-1 et suiv. et L4135-1 et suiv. du CGCT.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Loi n° 92-125 du 6 février 1992, « *administration territoriale de la République »*, JO 8 février 1992, p. 2064.

Loi n° 94-637 du 25 juillet 1994, « *relative à la sécurité sociale »*, JO 27 juillet 1994, p. 10815.

Loi n° 95-115 du 4 février 1995, « *loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire »*, JO 5 février 1995, p. 1973.

Loi n° 95-173 du 20 février 1995, modifiant la loi du 9 novembre 1988, « *portant dispositions statutaires et dérogatoires pour l'autodétermination de la nouvelle Calédonie »,* JO 21 février 1995, p. 2751.

Loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995, *« portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire unique, modifiant la régime de l'inviolabilité parlementaire, et abrogeant les dispositions relatives à la communauté »*, JO 5 août 1995, p. 11744.

Loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996, « *portant statut d'autonomie de la Polynésie Française »*, JO 13 avril 1996, p. 5695.

Loi n° 96-313 du 12 avril 1996, « *complétant le statut d'autonomie de la Polynésie Française »*, JO 13 avril 1996, p. 5705.

Règlement n° 1103/9 du 17 juin 1997, JOCE, L162, du 19 juin 1997, et résolution n° 97/236 , JOCE du 2 août 1997, n° C 236.

Accord de Nouméa, 5 mai 1998, JO 27 mai 1998, p.8039.

Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998, « *relative à la Nouvelle Calédonie »*, JO 21 juillet 1998, p. 11143.

Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, « *relative à la Nouvelle Calédonie »*, JO 21 mars 1999, p. 4197.

Loi n° 99-586 du 12 juillet 1999, « *loi Chevènement sur le renforcement et la simplification de la coopération intercommunale »*, JO 13 juillet 1999, p. 10361.

Loi du pays n° 99-003 du 7 décembre 1999, *« relative à l'institution d'une taxe générale sur les services en Nouvelle Calédonie ».*

Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000, « *référés devant la juridiction administrative »*, JO 1er juillet 2000, p. 9948.

Loi n° 2002-92 du 22 janvier 2002, « *relative à l'expérimentation législative par l'assemblée de Corse »,* JO 23 janvier 2002, p. 1503.

Loi n° 2002-276 du 27 février 2002, *« démocratie de proximité »,* JO 28 février 2002, p. 3808.

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, *« organisation décentralisée de la République »*, JO 29 mars 2003, p. 5568. RFDA 2003, p. 661.

Loi organique n° 2003-705 du 1er août 2003, *« référendum local »,* JO 2 août 2003, p. 13218 et codification dans le code électoral aux articles LO 1112-1 et suiv.

Loi organique 2004-192 du 27 février 2004, « *portant statut d'autonomie pour la Polynésie »,* JO 2 mars 2004, p. 4183.

Décret n° 2004-374 du 29 avril 2004, « *pouvoirs des préfets »*, JO 30 avril 2004, p. 7755.

Directive communautaire du 29 avril 2004, n° 2004/38/CE, JOUE, L 158, p. 77.

Circulaire du 16 juin 2004, *« relative à l'application du décret 2004-374 »,* JO 13 juillet 2004, p. 12644.

Loi n°2004-809 du 13 août 2004, « *libertés et responsabilités locales »,* JO 17 août 2004, p. 14545.

Loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1er mars 2005, *« modifiant le titre XV de la Constitution »*, JO 2 mars 2005, p. 3696.

Loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008, *« modifiant le titre XV de la Constitution »* JO 5 février 2008, p. 2202.

Loi n° 2008-125 du 13 février 2008, « *ratification du Traité de Lisbonne »*, JO 14 février 2008, p. 2712.

Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, *« modernisation des institutions de la Ve République »,* JO 24 juillet 2008, p. 11890.

Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, *« relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution »,* JO 11 décembre 2009, p. 21379.

Loi 2009-1673, du 30 décembre 2009, « *loi de finances pour 2010 ».* JO 31 décembre 2009, p. 22856.

Décret n° 2010-148 du 16 février 2010, *« portant application de la loi organique n° 2009-1523 »,* JO 18 février 2010, p. 2969.

Décret n° 2010-149 du 16 février 2010, *« relatif à la continuité de laide juridictionnelle en cas d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité »,* JO 18 février 2010, p. 2973.

Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010, « *réforme des collectivités territoriales »*, JO 17 décembre 2010, p. 22289.

TABLE DES MATIERES

Les chiffres renvoient aux numéros de pages

INTRODUCTION....1
PARTIE I....20
La mise en cause du mythe de la souveraineté absolue : 20
un affaiblissement dans la Nation, ...20
une disparition dans l'Etat....20
TITRE 1 :....22
L'atteinte progressive au lien Nation/Etat : 22
une conception unitaire de la souveraineté absolue menacée....22
CHAPITRE 1 : 24
La souveraineté absolue, une conception française fondée sur un lien indéfectible entre le Souverain et l'Etat 24
Section 1 : Le triomphe de la souveraineté absolue avant 1789....25
§ 1. De l'existence d'une souveraineté antérieure au concept juridique....25
§ 2. La souveraineté absolue selon Jean Bodin....26
§ 3. De la confirmation de la théorie de la souveraineté absolue : la pratique institutionnelle française avant 1789....31
§ 4. L'affirmation d'une souveraineté externe absolue....34
Section 2 : La souveraineté absolue confrontée à la question de son titulaire : la mise en avant du souverain....35
§ 1. L'émergence d'un nouveau souverain dans la théorie du XVII siècle : le peuple 35
§ 2. Montesquieu et la souveraineté du peuple représenté....37
§ 3. La naissance de la souveraineté populaire absolue....37
§ 4. La naissance de la souveraineté nationale absolue....38
§ 5. L'impact du changement de souverain dans la pratique institutionnelle française après 1789....40
Section 3 : La souveraineté nationale et le lien avec l'Etat : confirmation d'une souveraineté absolue....42
§ 1. La prééminence de la souveraineté nationale en droit français....42
§ 2. L'absolutisme contemporain de la souveraineté....45
§ 3. L'existence d'un lien indéfectible entre la souveraineté nationale et l'Etat....48
CHAPITRE 2 : 51
La souveraineté absolue, une mise en cause du lien Nation/Etat par les conceptions théoriques et l'existence d'Etats fédéraux 51
Section 1 : La contestation de l'absolutisme de la souveraineté fondée sur l'Etat et la Nation....52
§ 1. L'Ecole de l'Isolierung : une redéfinition de la souveraineté de l'Etat....52
§ 2. La doctrine française et l'intégration des théories allemandes : une fragmentation des titulaires de la souveraineté 55
§ 3. La permanence des critères de la souveraineté absolue malgré l'influence des doctrines allemandes....59
Section 2 : La souveraineté juridique et la remise en cause de l'absolutisme 63
§ 1. La mise en cause de l'existence même du concept de souveraineté politique...63

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 2. L'affirmation théorique d'une souveraineté compétence et l'émergence de la souveraineté juridique....64
§ 3. Les incidences de la souveraineté juridique : un potentiel sans précédent de fragmentation de la souveraineté....66
Section 3 : L'Etat fédéral et la contestation institutionnelle de la souveraineté absolue 70
§ 1. Les théories du fédéralisme issues de la souveraineté juridique....70
§ 2. L'apparition dans les faits d'Etats fédéraux....74
§ 3. Fédéralisme et absolutisme : une impossible conciliation ?....76
CHAPITRE 3 : 80
L'échec de la souveraineté absolue à la française : une fracture entre la souveraineté de l'Etat et la souveraineté nationale....80
Section 1 : L'atteinte au lien Etat/Nation : une fragilisation de la souveraineté absolue 81
§ 1. Le couple Etat/Nation : le divorce est-il juridiquement et politiquement possible ?....81
§ 2. L'impact de la rupture Etat/Nation sur le concept de souveraineté....84
§ 3. L'analyse du lien Etat/Nation dans l'organisation institutionnelle à compter de 1958....86
Section 2 : Le déclin de la démocratie représentative et l'unité de la souveraineté menacée 88
§ 1. La crise de la représentation : une désaffection majeure de la fonction politique 88
§ 2. La crise de la participation : désaffection des urnes et recul du militantisme....90
§ 3. L'essor de la démocratie participative....92
§ 3. Entre crise du modèle représentatif et atteinte à la souveraineté 97
Section 3 : Le renouveau du lien Etat/Nation : un équilibre délicat sans le Parlement 99
§ 1. Le renforcement de l'exécutif sous la cinquième République : un nouveau lien Etat / Nation....99
§ 2. Le juge constitutionnel : un nouvel acteur dans le lien Etat/Nation 102
§ 3. La modification du lien Etat/Nation par les instances européennes....105
§ 4. La fragilisation du lien Etat/Nation : une reconstruction impossible de l'unité 107
TITRE 2 :....109
Un absolu en cause : 109
la fin de l'indivisibilité de l'Etat républicain et de la Nation....109
CHAPITRE 1 : 111
De l'Etat indivisible à l'Etat décomposé : la fin du mythe de l'Etat unitaire 111
Section 1 : La division administrative de l'Etat : un sommet déstabilisé 112
§ 1. L'Etat sommet fondé sur le mythe de l'indivisibilité....112
§ 2. La fiction de la personnalité morale : l'Etat sommet....114
§ 3. L'Etat et sa division administrative : un sommet polymorphe....116
§ 4. L'Etat déconcentré : précurseur d'une atteinte au principe d'indivisibilité ?..119
Section 2 : L'Etat décentralisé : un centre juridiquement concurrencé....121
§ 1. La reconnaissance administrative des collectivités locales : l'Etat, une institution politique divisible 122
§ 2. Le statut législatif de décentralisation (1982-2004) : vers une division politique des pouvoirs ?....125
§ 3. La consécration constitutionnelle des collectivités locales : l'Etat concurrencé 128

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 4. Le renouveau des revendications fédérales en France.....130
Section 3 : L'Etat décomposé : un centre débordé par ses extérieurs.....132
§ 1. La fin de la colonisation et l'admission d'un droit de sécession 133
§ 2. L'évolution vers de nombreux statuts particuliers pour les territoires d'outre mer.....136
§ 3. Le recentrage de la réforme constitutionnelle : la nouvelle diversité des statuts d'outre-mer 139
§ 4. La généralisation des statuts particuliers : vers un fédéralisme potentiel.....141
CHAPITRE 2 : 145
La mise en cause de l'indivisibilité de la Nation.....145
Section 1 : L'unité et l'indivisibilité du peuple français : des principes contestés.....146
§ 1. Le principe d'indivisibilité du peuple français, conçu comme Nation.....146
§ 2. Une première brèche dans l'unité et l'indivisibilité : le débat sur la notion de peuple corse.....147
§ 3. L'unité du peuple français et la reconnaissance des peuples d'outre mer.....149
§ 4. La consécration de la notion de populations d'outre-mer : l'apparente préservation de l'unité du peuple français.....151
§ 5. L'atteinte au principe d'unicité du peuple français par la remise en cause de l'égalité 153
Section 2 : L'unité du peuple français par la citoyenneté : une conception affaiblie. 156
§ 1. La citoyenneté : un lien nécessaire entre Nation et souveraineté.....156
§ 2. Des atteintes croissantes à l'unicité de la citoyenneté.....158
§ 3. Les doubles citoyennetés et l'affaiblissement de la souveraineté nationale....159
§ 4. L'affaiblissement de l'identité nationale : le communautarisme et l'influence anglo saxonne.....162
TITRE 3 :.....166
Un absolu en cause : 166
la fin d'un pouvoir omniscient et suprême.....166
CHAPITRE 1 : 168
L'absolutisme de l'Etat face à l'Etat de droit.....168
Section 1 : L'Etat souverain absolu et la difficile conciliation avec les théories de l'Etat de droit.....169
§ 1. La souveraineté royale : un pouvoir absolu ignorant la soumission au droit malgré les lois fondamentales.....169
§ 2. L'affirmation de l'existence de droits naturels et l'émergence d'une limitation du pouvoir souverain.....172
§ 3. L'impact des théories de l'Etat de droit sur la conception de la souveraineté de l'Etat : la soumission par le droit et le triomphe de la souveraineté juridique.....174
§ 4. La soumission des organes de l'Etat au droit : le contrôle strict de la hiérarchie des normes.....180
Section 2 : L'impossible soumission de la souveraineté nationale au droit.....184
§ 1. La Nation : un symbole du pouvoir constituant non soumis au droit.....184
§ 2. Les tentations de modifier la Constitution et la marge de manoeuvre du pouvoir constituant.....186
§ 3. L'émergence de théories de la supraconstitutionnalité : une reprise moderne de la théorie des droits naturels par l'affirmation d'une portée intangible de certains droits constitutionnels.....188
CHAPITRE 2 : 191
L'absolutisme de la souveraineté de l'Etat français confronté aux engagements internationaux.....191

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Section 1 : L'influence croissante de la doctrine internationaliste et du droit international sur le droit interne : vers une relativité de la souveraineté compétence 192
§ 1. La souveraineté internationale : une conception non absolue du pouvoir.....192
§ 2. L'intégration du droit international classique par l'article 55 de la Constitution 195
Section 2 : L'intégration du droit communautaire primaire dans la Constitution : un rapport hiérarchique défavorable à la souveraineté de l'Etat 200
§ 1. L'usage du contrôle de constitutionnalité pour une protection incertaine de la primauté de la Constitution.....200
§ 2. L'intégration directe du droit communautaire primaire par la modification de la Constitution : la souveraineté nationale contre la souveraineté de l'Etat.....203
§ 3. Vers l'abandon forcé de la souveraineté absolue en raison du droit communautaire dérivé.....205
Section 3 : La souveraineté face aux pouvoirs des juges : l'interprétation des textes au service d'une internationalisation croissante.....213
§ 1. L'Etat soumis à la CEDH et à la CJUE : une souveraineté étatique diluée.....213
§ 2. La tentation des cours européennes d'exercer un contrôle sur les juges nationaux : vers une uniformisation des systèmes judiciaires.....219
§ 3. Le juge national, un juge qui n'est plus au service de la norme étatique mais qui devient un juge communautaire.....221
Conclusion 1ère partie : 225
L'absolutisme de la souveraineté nationale : vers un nouveau mode d'exercice des souverainetés.....225
PARTIE II.....227
L'Etat français : entre souveraineté relative et puissance sans concurrence, un pouvoir à qualifier.....227
TITRE 1 : 229
L'Etat dépassé par la construction européenne : 229
l'émergence d'une souveraineté relative ?.....229
CHAPITRE 1 : 231
Le morcellement de la souveraineté matérielle de l'Etat par la construction communautaire : l'indivisibilité abolie.....231
Section 1 : Le processus de transferts de compétences et le partage de la souveraineté 232
§ 1. Les traités fondateurs de l'Union : l'acceptation du principe de transferts de compétences étatiques et de l'intégration européenne.....232
§ 2. Le développement de la construction européenne : un partage des compétences entériné mais particulièrement complexe.....233
Section 2 : Le développement des politiques européennes intégrées et l'ancienne pratique des piliers : une intégration définitive 238
§ 1. L'Union européenne de Maastricht et les piliers : une intégration qui ne dit pas son nom.....238
§ 2. Le renforcement et l'extension des politiques communautaires.....242
§ 3. L'impossible retour à la souveraineté absolue, et l'intégration définitive des Etats.....245
CHAPITRE 2 : 251
L'Etat acteur de l'atteinte communautaire à la souveraineté puissance.....251
Section 1 : La participation des instances politiques nationales au morcellement de la souveraineté de l'Etat.....252

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 1. L'épisode du Traité portant constitution pour l'Europe : un renonciation des Etats, une résistance des Nations....252
§ 2. L'épisode du Traité de Lisbonne et la poursuite de la contradiction Etat/ Nation 257
§ 3. La question de l'élargissement de l'Union, un symptôme du clivage Etat/Nation quant à la souveraineté....262
Section 2 : Le maintien de la souveraineté politique de l'Etat, faute de concurrence 265
§ 1. Le maintien de la souveraineté de l'Etat grâce à l'autolimitation de l'Union 265
§ 2. L'Etat, acteur incontournable et central : un pouvoir politique majeur défenseur indirect de la souveraineté politique....270
CHAPITRE 3 : 273
L'Union européenne : entre organisation internationale et Etat, une souveraineté embryonnaire ?....273
Section 1 : L'Union : entre organisation internationale et Etat, une structure mal définie 274
§ 1. La structure interétatique de l'Union : des Etats toujours en toile de fond 274
§ 2. L'Union : une nature juridique ambiguë qui l'empêche de se substituer aux Etats....276
Section 2 : La fragilité de la souveraineté embryonnaire de l'Union : des attributs étatiques incomplets 280
§ 1. L'Union : un organe loin de l'Etat souverain fondée sur une Nation....280
§ 2. L'attribution partielle d'attributs étatiques à l'Union....283
§ 3. La question de la Constitution européenne, son existence sa nature....284
§ 4. L'Union européenne : un pouvoir de subraineté....286
TITRE 2 : 289
L'Etat contesté sur son territoire : 289
la résurgence d'un Etat suzerain....289
CHAPITRE 1 : 291
La reconnaissance des collectivités locales comme institutions de la République : entre soumission à l'Etat et autonomie....291
Section 1 : La lente émergence du statut des collectivités territoriales : des contrepouvoirs institutionnalisés....292
§ 1. Le processus historique de l'autonomisation des échelons locaux : un processus de fait encadré par la loi....292
§ 2. Le processus de constitutionnalisation des collectivités territoriales : une nécessité pour poursuivre l'approfondissement de la décentralisation....297
Section 2 : Les compétences des collectivités et leur capacité financière: entre soumission à l'Etat et autonomie....300
§ 1. L'absence de pouvoir législatif des collectivités : une souveraineté de l'Etat préservée....301
§ 2. Les modalités d'attribution de compétences : facteur d'autonomie ou de fragilisation des collectivités ?....305
§ 3. Les capacités de financements et l'autonomie des collectivités territoriales : nerfs du pouvoir....311
CHAPITRE 2 : 317
Le retour de la féodalisation du territoire : un Etat fragilisé par le pouvoir local....317
Section 1 : L'Etat et le maintien du contrôle sur les structures locales....318
§ 1. Les contrôles administratifs de l'Etat : une autonomie des collectivités mal assumée....318

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 2. Les contrôles financiers : une résurgence polymorphe du lien hiérarchique Etat / collectivités....323
§ 3. Un maintien indirect du lien hiérarchique par la tutelle technique et les dotations....327
Section 2 : Les rapports concurrentiels entre collectivités locales : un facteur de fragilité face à l'Etat....331
§ 1. La complexité des relations hiérarchiques des collectivités : entre principe d'égalité et collectivité chef de file....332
§ 2. La coopération entre les collectivités : un nouveau mécanisme de relations concurrentielles entre les collectivités. 336
Section 3 : Les collectivités territoriales : un contrepouvoir électif et démocratique, source de résistance 340
§ 1. Le choix des élections locales : un facteur de contrepouvoir inconstant contre l'Etat....341
§ 2. La légitimité démocratique du pouvoir local : facteur d'autonomie potentielle 346
§ 3. Un pouvoir électif source d'un pouvoir normatif local toujours discutable....348
TITRE 3 :....354
Le renouveau de l'Etat puissance : 354
un pouvoir politique, juridique et historique sans partage, ...354
en l'absence de concurrents....354
CHAPITRE 1 : 356
Une définition traditionnelle de l'Etat puissance sous l'angle de la contrainte et de l'indépendance....356
Section 1 : La puissance comme qualificatif de l'Etat : un rattachement naturel découlant du principe de souveraineté....357
§ 1. Un rattachement de l'Etat à la puissance sur le plan théorique 357
§ 2. Une définition juridique de la puissance de l'Etat en perspective avec la souveraineté....358
§ 3. Un rattachement de l'Etat à la puissance sur le plan pratique 361
Section 2 : La contrainte : caractéristique première de l'Etat puissance....363
§ 1. Les caractéristiques premières de la puissance dans la théorie juridique : la force et l'autorité....364
§ 2. La puissance militaire : un maintien du sens premier de l'Etat conçu comme puissance....365
§ 3. Le monopole de la contrainte légitime : une démonstration concrète de la pertinence de l'Etat conçu comme puissance....370
Section 3 : L'indépendance : caractéristique majeure de l'Etat puissance....375
§ 1. L'indépendance interne de l'Etat : une traduction dans la décentralisation 376
§ 2. L'Etat : une puissance internationale indépendante....378
§ 3. L'indépendance : une caractéristique relative dans l'Etat puissance....381
CHAPITRE 2 : 385
Une définition plus nuancée de l'Etat puissance dans une société démocratique : un concept pertinent ?....385
Section 1 : L'intégration des exigences démocratiques : une définition évolutive de l'Etat puissance 386
§ 1. L'Etat puissance, un sens distinct suivant l'adoption ou non d'un régime démocratique....386
§ 2. La limitation du pouvoir et le respect de droits : cœur de définition de l'Etat puissance....388

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

§ 3. L'Etat démocratique : une puissance régulatrice légitimée par une assise nationale....390
Section 2 : La traduction constitutionnelle de l'Etat puissance : identité spécifique et noyau dur de compétences....395
§ 1. Le contenu matériel du pouvoir de l'Etat : une analyse en terme de compétences....396
§ 2. L'identité constitutionnelle et les compétences de l'Etat dans l'Union européenne....399
§ 3. L'Etat dans l'ordre juridictionnel international : une puissance encadrée....403
Section 3 : L'Etat puissance en perspective avec la souveraineté : dessin d'un avenir possible....405
§ 1. La souveraineté : un concept qui continue à démontrer son utilité....406
§ 2. La qualification par le puissance : une source d'obsolescence de la souveraineté....408
§ 3. L'Etat puissance a-t-il un avenir ?....410
Conclusion 2nde Partie :....413
La souveraineté nationale et le droit : fondements de l'Etat puissance....413
Conclusion générale....414

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

INDEX

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

Autorités administratives indépendantes : 422 à 426

Carré de Malberg : 210 à 217

CEDH :
- rôle : 750 à 753 ; 757
- pouvoir de sanction : 754 à 756
- contrôle sur le droit constitutionnel : 770 et 771
- prise en compte des Etats : 1451 à 1455

Circonstances exceptionnelles :
- sens général : 1316
- état de siège et état d'urgence : 1317 à 1322
- théorie jurisprudentielle : 1323 à 1325
- article 16 de la Constitution : 1326 à 1329

Citoyenneté
- locale : 543 et 544
- active et passive : 545 à 547
- double citoyenneté : 549 à 555

CJUE :
- fonction intégrative : 758 à 764 ; 961
- action en manquement : 765
- action en responsabilité : 766
- utilisation du droit des Etats membres : 772
- renvoi préjudiciel : 773 à 775
- prise en compte des Etats membres : 1448 à 1450

Compétences dans l'UE
- Répartition des compétences : 725 ; 814 à 821
- Compétences partagées : 822 à 824
- Compétences exclusives : 825
- Compétences d'appui : 826
- Compétences police et justice : 932
- Compétences fiscales : 933 et 934
- Compétences militaires : 936
- Rôle CJUE dans la réparation des compétences : 827 et 828

Compétences des collectivités territoriales
- subsidiarité : 1069
- répartition des compétences et incidence sur souveraineté : 1083 à 1087
- principe d'attribution et bloc de compétences : 1068 ; 1070 à 1075 ; 1171
- clause générale de compétence : 1076 à 1082

Constitution européenne :
- Signes distinctifs : 996
- Notion juridique : 1000 à 1002
- Existence : 1003 à 1006

Construction communautaire
- Origine : 808 à 811
- Traité de Rome : 812 et 813

Contrainte légitime : 1292 et 1293 ; 1312 à 1315

Contrôle de constitutionnalité
- historique : 369 et 370 ; 633
- Conseil constitutionnel : 371 à 373
- rôle dans l'Etat-Nation : 374 et 375
- contenu : 634 et 635
- modalités d'exercice : 636
- sur les traités communautaires : 715 ; 737

Contrôles sur les collectivités territoriales
- tutelle : 434 à 436 ; 1034 ; 1036
- contrôle de légalité : 1116 à 1122
- contrôle sur les agents de l'Etat : 1124 ; 1128
- dissolution des assemblées : 1125 à 1127
- contrôles financiers : 1131 à 1145
- tutelle technique : 1150 et 1154

Coopération avec l'OTAN : 1299 à 1305

Coopération intercommunale :
- historique : 1183 à 1185
- fragilité : 1186 à 1190
- renforcement : 1192

Déficit démocratique de l'Union : 380

Démocratie directe
- référendum : 339 à 344
- consultations locales et référendum local : 345 à 347
- référendum législatif d'initiative minoritaire : 348
- participation des citoyens : 331 et 332

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Dialogue des juges : 783 et 784

Droit dérivé :
- unanimité : 727 ; 845
- Majorité qualifiée : 728 à 730
- primauté : 732 à 734

Droits fondamentaux : 1383 à 1391

Droits naturels
- historique : 592 à 595
- théories : 596 à 600

Elargissement de l'Union : 917 à 928 ; 997 et 998

Etat :
- définition : 5 à 9
- personne morale : 256 et 257 ; 405

Etat de droit
- théorie allemande : 603 ; 606 ; 608 à 611
- théorie française : 616 à 618
- état de police : 607
- définition : 620 et 621
- dogme de la loi : 628

Etat fédéral : 281 à 283

Etat puissance
- Etat démocratique ou non : 1374 à 1382
- rôle de l'Etat dans l'UE : 1432 à 1446
- définition concrète : 1392 à 1415

Fédéralisme :
- théories : 267 à 269
- répartition des pouvoirs : 273 à 275
- national : 286 à 288

Financement des collectivités territoriales
- budget : 1090
- recettes fiscales : 1091 à 1096
- emprunt : 1097
- dépenses : 1098 à 1100
- insuffisance des moyens : 1101
- dotations d'Etat : 1095 ; 1155 à 1159
- subvention : 1160 et 1161

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Fusion de collectivités : 1179

Hiérarchie des normes et réseau : 745 et 746

Identité constitutionnelle :
- réserves de constitutionnalité : 738 à 740
- notion : 714 ; 741 ; 1425 à 1430

Identité nationale

Indépendance :
- interne : 1332 à 1342
- externe : 1344 à 1355
- droit d'ingérence : 1360 à 1367

Indivisibilité
- de l'Etat (définition) : 42 et 43 ; 396 à 404 ; 474
- théorie de l'organe : 206 ; 221 à 226 ; 408 ; 411 et 412
- atteinte : 489 et 490 ; 495
- théorie de l'institution : 1272 et 1273

Institutions européennes
- Parlements nationaux : 378 et 379
- Parlement européen : 947 à 950 ; 964
- Commission : 951 ; 963
- Conseil européen : 960
- Ministre des affaires étrangères : 965
- BCE : 855
- Rôle du juge national : 776 à 779 ; 782

Intangibilité du territoire
- Principe : 464
- Sécession : 465 à 473

Intégration du droit communautaire :
- dans la Constitution : 707 ; 718 à 720
- primauté de la Constitution : 704 ; 706 ; 735 ; 780 et 781

Intégration du droit international :
- dans la Constitution : 690 et 691
- réciprocité : 693 à 700
- réserves : 701
- primauté de la Constitution: 692

Isolierung : 203 à 207 ; 1257 à 1259

Juge administratif : 627 ; 629 et 630

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Lien Nation/citoyenneté : 538 à 541

Lien Nation et Etat : 24 à 30 ; 191 à 195 ; 298 à 301 ; 308 à 310 ; 351 ; 382 à 384

Lien souveraineté Etat / souveraineté nationale : 228 à 230 ; 312 à 314 ; 804 ; 874

Lois fondamentales du Royaume
- principes : 583 ; 589 et 590
- accession au trône : 584 et 585
- catholicité : 586
- intangibilité du domaine : 587 et 588

Nation
- définition : 171 à 176
- pertinence : 305 ; 565
- identité nationale : 557 et 558 ; 563
- européenne (absence) : 986 à 995

Nature juridique de l'Union européenne : 974 à 983

Personnalité juridique de l'Union européenne : 969 à 973

Peuple français
- principe d'unicité (du peuple français) : 503 à 507
- peuple corse : 508 à 513
- peuples d'outre mer : 516 à 518
- populations d'outre mer : 514 et 515 ; 519 à 523 ; 531
- peuple kanak : 524 et 524

Piliers :
- Pratique des piliers : 835 à 839 ; 842 à 844
- PESC : 840 ; 938 et 939
- CJAI : 841

Politiques communautaires
- Généralités : 848 à 852
- Politique commune de sécurité et de défense : 940
- Politique en matière monétaire : 830 ; 854 ; 856 et 857 ; 935
- Marché unique : 853

Pouvoir constituant :
- lien avec la Nation : 186 à 190
- limites (procédures de révision) : 652 à 656
- distinction originaire et dérivé : 644 à 648 ; 657
- révision de la Constitution : 649 à 651 ; 721 à 723
- modalités d'exercice : 658

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Pouvoir électif local
- élections : 1201 à 1207
- élus locaux : 1199 et 1200 ; 1206
- personnification du pouvoir local : 1209 à 1212
- féodalisation : 1195 et 1196 ; 1221 à 1223
- cumul des mandats : 1215 à 1217

Pouvoir exécutif :
- Président : 366 et 367
- Gouvernement : 367

Pouvoir législatif :
- domaine de la loi : 360
- parlementarisme rationalisé : 361 et 362
- ordonnance : 363
- amendement : 364

Pouvoir normatif des collectivités territoriales
- absence de pouvoir législatif : 1055 et 1056 ; 1060
- loi de pays : 1057 à 1059
- expérimentation législative : 1049 ; 1061 et 1062 ; 1064 à 1066 ; 1230
- pouvoir réglementaire : 1231 à 1242
- pouvoir de délibération : 1243 à 1246

Préfets et Préfets de Région :
- historique : 413
- missions : 414 à 419

Principes de décentralisation
- absence de tutelle entre collectivités : 1165 à 1170 ; 1172
- collectivité chef de file : 1173 à 1178
- libre administration : 1067
- principe d'égalité : 461 ; 1063

Principe d'égalité
- place des minorités : 529 et 530
- discrimination positive : 533
- modèle pluraliste : 534 et 535 ; 559 et 560

Puissance
- notion de puissance : 86 à 88 ; 1257 à 1263
- distinction avec la souveraineté : 1264 à 1277 ; 1474 et suiv.
- sens géopolitique : 1279 à 1284
- puissance publique : 1289 à 1291
- puissance militaire : 1295 à 1298

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Question prioritaire de constitutionnalité : 743

Régionalisme :
- définition : 456 et 457
- identité régionale : 459

Représentation :
- souveraineté (de la): 182 à 184 ; 316 et 317
- affaiblissement : 318 à 319 ; 324 à 330 ; 353 et 354

Retrait des Etats membres :
- Origine de la question : 859 et 860
- En doctrine : 861
- CJUE : 862
- Dans les traités : 864 à 867
- Portée de ce droit : 868 à 872

Souveraineté
- historique : 12 ; 13 ; 23 ; 102 à 106
- absolue : 18 à 21 ; 33 à 35 ; 180 ; 181 ; 232 à 236
- royale : 123 à 134 ; 581 et 582
- définition de J. Bodin : 14-16 ; 108 à 115 ; 137 à 139
- critères : 121 ; 122
- internationale : 674 ; 675 ; 677 à 680 ; 684
- nationale : 148 à 151 ; 155 à 159 ; 171 à 179 ; 873
- populaire : 143 à 147 ; 152 à 154
- souveraineté compétence : 247 à 249 ; 251 à 253 ; 258 ; 259
- titulaires : 53 ; 119 ; 160 et 161 ; 163 à 169 ; 237
- pertinence de la notion : 66 à 68 ; 79 à 81 ; 242 ; 952 à 955 ; 1465 à 1470
- Compétence de la compétence : 254 et 255
- Transferts et conditions essentielles d'exercice : 708 à 711 ; 1419 à 1424
- De l'UE (absence) : 943 et 944 ; 984

Statut des collectivités territoriales
- existence historique : 430 à 433 ; 1025 et 1027
- personnalité morale : 437
- statut législatif : 439 à 447 ; 1028 à 1032 ; 1037 ; 1039 et 1040
- statut constitutionnel : 448 à 451 ; 453 et 454 ; 1042 à 1049 ; 1102 et 1103
- statut de la Corse : 493 et 494

Statuts d'Outre mer
- Communauté : 476
- Statuts DOM et TOM : 477 à 480
- Catégories sui generis : 481
- Statuts DOM et ROM : 483 à 486
- Nouvelle Calédonie : 487 ;
- Polynésie française : 488

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012

Subraineté : 1007 et 1011

Supraconstitutionnalité : 659 à 663

Traité portant constitution pour l'UE : 881 à 889
- Vision intégrative : 882 et 883
- Contenu : 884 à 888
- Ratification parlementaire : 889
- Référendums négatifs: 890 à 894 ; 897

Traité de Lisbonne
- Genèse du Traité de Lisbonne : 896 ; 898 à 902
- Volonté des Etats membres : 903 à 904
- Contenu : 905 à 908 ; 910
- Clauses passerelles : 909
- Rejet irlandais : 913 et 914
- droits des minorités : 532
- défense européenne : 1306 à 1308

tel-00689320, version 1 - 19 Apr 2012