

POUVOIRS

puf

PUBLIÉ AVEC LE CONCOURS DU CNRS

67

la souveraineté

invention

albert rigaudière

aspiration

joseph krulic

le souverain

olivier beaud

international

jean combacau

ingérence

philippe bretton

**débat : souveraineté
et supra-constitutionnalité**

louis favoreu
georges vedel

en son absence

rené-jean dupuy

pour un Britannique

john bell

COMITÉ DE RÉDACTION

Philippe Ardat
Pierre Avril
Guy Carcassonne
Olivier Duhamel
Georges Dupuis
Jean Gicquel
Yves Mény
Hugues Portelli
Marc Sadoun

CHRONIQUES

Pierre Astié
Repères étrangers
Pierre Avril
V^e République
Dominique Breillat
Repères étrangers
Elisabeth Dupoirier
Gérard Grunberg
Opinion publique
Luc Ferry
Idées
Jean Gicquel
V^e République
Jérôme Jaffré
Elections en France
G. W. Jones
Royaume-Uni
John Keeler
Etats-Unis
Adolf Kimmel
Allemagne
Andrea Manzella
Italie
Marie Mendras
CEI
Yves Mény
Politiques
Jacques Rupnik
Pays de l'Est
Pere Vilanova
Espagne

SECRÉTAIRE DE RÉDACTION

Monique Mathieu-Tinet

DIRECTION

Philippe Ardat
Olivier Duhamel

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Josette Alia, Robert Badinter,
Michel Bouissou,
Monique Chemillier-Gendreau,
Olivier Chevillon, Michèle Cotta,
Jean-Louis Cremieux-Brilhac,
Pierre Dabezies, Charles Debbasch,
Francine Demichel, Francis Doré,
Michel Durupty, Jacques Geörgel,
Stanley Hoffmann, Benoît Jeanneau,
Catherine Lalumière, Alain Lancelot,
Jean Leca, Rémy Leveau,
Jean-Luc Parodi, Jean Raes,
René Rémond, Jacques Rigaud,
Jacques Robert, Jean-L. Samson,
Roger-Gérard Schwartzberg,
Dusan Sidjanski,
Jean-Marie Vincent.

VENTES ET ABONNEMENTS

Presses Universitaires de France
Département des Revues
14, avenue du Bois-de-l'Épine
BP 90, 01003 Evry Cedex
Tél. (1) 60 77 82 05
Télécopie (1) 60 79 20 45
Télex : PUF 600 474 F
CCP 1302 69 C Paris

ABONNEMENTS

(4 numéros de 200 pages)

	<i>France</i>	<i>Etranger</i>
1 an (1993)	325 F	415 F

REVUE TRIMESTRIELLE
PUBLIÉE AVEC LE CONCOURS DU CNRS

P O U V O I R S

REVUE FRANÇAISE D'ÉTUDES CONSTITUTIONNELLES ET POLITIQUES

67

La souveraineté

Albert RIGAUDIÈRE. — L'invention de la souveraineté	5
Joseph KRULIC. — La revendication de la souveraineté	21
Olivier BEAUD. — Le Souverain	33
Jean COMBACAU. — Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État	47
Philippe BRETON. — Ingérence humanitaire et souveraineté	59
<i>Pouvoirs - débat :</i>	
Louis FAVOREU. — Souveraineté et supraconstitutionnalité	71
Georges VEDEL. — Souveraineté et supraconstitutionnalité	79
René-Jean DUPUY. — Les espaces hors souveraineté	99
John BELL. — Que représente la souveraineté pour un Britannique ?	107

Alain WERNER. — Le Conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant	117
Chronique politique. Les ambiguïtés politiques de l'évaluation, Patrice DURAN	137
Chronique de l'étranger. Lettre d'Espagne : les élections de 1993, Pere VILANOVA	151
Repères étrangers (1^{er} mai - 15 juillet 1993), Pierre ASTIÉ et Dominique BREILLAT	159
Chronique constitutionnelle française (1^{er} mai - 30 juin 1993), Pierre AVRIL et Jean GICQUEL	167
Summaries	195

ISBN 2 13 045435 6

ISSN 0152-0768

Dépôt légal — 1^{re} édition : 1993, novembre

© Presses Universitaires de France, 1993
108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris

LA SOUVERAINETÉ EST ÉTUDIÉE PAR

Olivier Beaud, membre de l'Institut universitaire de France, professeur de droit public à l'Université de Lille II, directeur de la revue *Droits* (PUF).

John Bell, professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Leeds (Grande-Bretagne).

Philippe Bretton, professeur à la faculté de droit de l'Université d'Orléans ; *Les relations internationales contemporaines*, Paris, Litec, 1993.

René-Jean Dupuy, membre de l'Institut, professeur honoraire au Collège de France.

Jean Combacau, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) ; avec Serge Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 1993.

Louis Favoreu, professeur à l'Université d'Aix-Marseille III, directeur de la *Revue française de droit constitutionnel* ; avec Loïc Philip : *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, 1993, 7^e éd.

Joseph Krulic, agrégé d'histoire, ancien élève de l'ENA.

Histoire de la Yougoslavie de 1945 à nos jours, Complexe diffusion PUF, Bruxelles, 1993.

Albert Rigaudière, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) ; *Gouverner la ville au Moyen Age*, Paris, Economica, 1993.

Georges Vedel, doyen honoraire de la faculté de droit et des sciences économiques de Paris.

ALBERT RIGAUDIÈRE¹

L'invention de la souveraineté

Le long cheminement de la notion de souveraineté — cette autorité suprême dans le corps politique — est étroitement lié à la construction de l'État. Plus il renforce son assise et précise ses contours, mieux il fonde la légitimité et la continuité de son pouvoir. Mieux aussi il assure la suprématie de ceux qui sont appelés à gouverner. Ainsi, dans tout système politique institutionnalisé, pour que les gouvernements puissent imposer leur volonté, ils doivent toujours prendre grand soin d'agir au nom de cet attribut supérieur qu'est la souveraineté dont il est indispensable qu'ils puissent, à tout moment, justifier l'origine, qu'elle soit divine ou humaine. Alors, leur monopole de commandement, la généralité de leur compétence et la primauté de leur fonction supposent un État construit, un État de droit aussi qui rejette systématiquement tout autre élément justificatif — la force en particulier — pour servir de base à leur action et faire en sorte qu'elle soit perçue comme légitime.

Dans cette optique, la souveraineté devient tout à la fois fondatrice, créatrice et justificatrice du pouvoir. Autant de qualités subtiles acquises lentement qui font qu'elle est le fruit d'une longue invention où la philosophie le dispute au droit, le rationnel à l'insolite, le pensé au vécu et l'intuitif au raisonné. Ponctuée de remarquables avancées, mais aussi de difficiles temps de recul, la genèse de la souveraineté fait corps avec l'histoire de l'Occident, plus encore avec celle de ses États que libère la lente agonie de l'Empire dans l'Europe médiévale et que stimulent les prétentions universa-

1. Professeur à l'Université Panthéon-Assas ; *Gouverner la ville au Moyen Age*, Paris, Anthropos, Economica, 1993.

listes de la papauté. Ce fut alors une compétition effrénée qui s'engagea entre ces jeunes Etats, dès les premières décennies du XIII^e siècle, chacun voulant retrouver à son profit la totalité des pouvoirs jadis dévolus à l'empereur. Dans ce contexte, inventer la souveraineté n'avait d'autre objet que d'opposer une fin de non-recevoir catégorique à sa volonté affichée de toujours maintenir sous sa tutelle les nouveaux monarques d'Occident aussi empressés de s'affranchir de la papauté que de contrôler, dans l'ordre interne, seigneurs et princes qui leur avaient ravi l'essentiel de leur autorité. S'imposait à eux une première et rude étape, affirmer leur souveraineté, avant même de la construire, puis de la gérer.

I — AFFIRMER LA SOUVERAINETÉ

Aussi longtemps que subsiste, pendant les premiers siècles du Moyen Age, l'idée d'un peuple chrétien d'Occident soumis à la seule *potestas* de l'empereur et à l'unique *auctoritas* du pape, le problème de la souveraineté ne se pose pas. Mais aussitôt que s'amorce le déclin de l'Empire, après que Frédéric Barberousse (1155-1190) en eut restauré le prestige, alors s'affirment dans tout l'Occident médiéval royaumes et cités qui revendiquent avec force leur autonomie. C'est la fin d'un dogme, celui de la toute-puissance impériale et — à s'en tenir au seul exemple français — la naissance d'un mythe, celui du roi empereur en son royaume qui, pour s'assurer le pouvoir qu'il revendique, doit emprunter les chemins d'une longue reconquête.

La fin d'un dogme

A partir des années 1200, royaumes et cités qui accèdent progressivement à la vie politique se heurtent encore à la fiction de l'unité impériale qui faisait de l'empereur le seul titulaire de l'*imperium mundi* auquel ils avaient été soumis jusque-là. Mais cette image unitaire d'un pouvoir dominant ne cesse de s'estomper, faiblement entretenue qu'elle est par l'idée d'appartenir toujours à un monde latin dans lequel régnerait encore, en maître, le droit de Justinien et ses lois. Puis voilà que canonistes et romanistes prennent acte de la naissance de ces jeunes monarchies dont la vitalité fait tour à tour reculer l'autorité de l'empereur et celle du pape. L'heure est désormais à la réflexion, entièrement axée autour des pouvoirs qui doivent être reconnus à ces nouvelles entités politiques. L'exis-

tence de leur territoire, la vitalité de leur *populus* et le dynamisme de leur gouvernement conduisent à constater qu'elles sont bien des royaumes, au moins *de facto* constitués.

Passé les années 1200, la situation politique leur est favorable et tout concourt pour que soit reconnue, à des pays comme la France, l'Angleterre ou l'Espagne, une existence véritablement autonome. Un système étatique s'y met lentement en place. Totalement indépendant par rapport à l'Empire, sa mise en marche progressive contribue à ébranler, s'il en était encore besoin, les convictions de ceux qui croyaient toujours conciliable le principe de l'*unus imperator in orbe* avec la *divisio regnorum*. Pareille faille ouverte dans le dogme de l'unité impériale ne pouvait que favoriser l'essor des *regna* dont les canonistes ne manquent pas de faire l'apologie en vue d'affaiblir l'autorité impériale pour mieux renforcer celle du pape. A la traditionnelle unité et universalité de l'empire fondées sur l'*antiquum jus gentium* est substitué le principe destructeur de la *divisio regnorum*. Il postule un nouveau *jus gentium* que le pape appelle de ses vœux. A condition, toutefois, que ces nouveaux royaumes s'intègrent parfaitement dans le *corpus* de l'Eglise.

Désormais, leur territoire, même s'il est diversement qualifié, est toujours perçu comme un élément constitutif essentiel de leur existence. Il vient, à point nommé, consacrer définitivement l'éclatement de l'unité matérielle de l'Empire et faciliter leur reconnaissance sur la scène internationale. Et cette consécration est d'autant plus aisée que chacun de ces royaumes a à sa tête un roi dont le pouvoir ne dépend ni de l'empereur, ni du pape. Alors, empereur unique et universalité de l'Empire ne sont plus en Occident qu'une fiction face à la diversité des *regna* dont les chefs s'efforcent d'assurer *de jure* leur existence dans un nouveau système de relations politiques. Mais un long cheminement restait nécessaire pour que s'expriment aussi clairement individualité et indépendance de ces jeunes monarques. Le pas décisif est franchi avec le canoniste Huguccio de Pise († 1210) qui, tout en attribuant *plena et absoluta potestas* à l'empereur, constate qu'il doit exister, au sein de chaque royaume, une *suprema potestas principalis et major* dévolue sans le moindre partage à un roi autonome. C'était entièrement renouveler les principes de droit public jusque-là admis. Les jeunes Etats étaient désormais traités comme des entités capables d'exister en dehors de tout autre pouvoir. Cette *potestas regia*, désormais concurrente d'une *potestas* impériale vacillante face à l'irrésistible processus de nationalisation de l'Europe, ne pouvait que stimuler la naissance d'Etats souverains. Mais elle fut difficile, souvent plus proche du mythe que de la réalité.

La naissance d'un mythe

Pour rendre crédible leur pouvoir et l'engager sur les voies de la souveraineté face aux légistes impériaux qui revendiquent universalité et suprématie de l'Empire, les rois d'Occident sont contraints, dans un premier temps, de tout faire pour affirmer leur indépendance sur la scène internationale et écarter toute ingérence dans l'ordre interne.

En France, Philippe Auguste (1180-1223) est le premier à relever le défi qui lui était ainsi lancé. Qu'il ait été qualifié d'*Augustus*, dès 1204, par son biographe officiel est déjà significatif d'une volonté affichée de se mesurer à l'empereur et de revendiquer, à son compte, toutes les prérogatives de la puissance impériale. Et comme pour saper les principes qui en sous-tendaient l'existence, il obtient du pape, en 1219, que le droit romain ne soit plus enseigné à l'Université de Paris. Les légistes royaux, conscients de l'inefficacité d'une telle mesure, s'efforcent d'exploiter au maximum tous les éléments qu'ils peuvent relever à l'encontre de la prééminence impériale. Une décrétale de 1202 du pape Innocent III, de pure circonstance et dans laquelle le souverain pontife déclarait de manière tout à fait incidente que « le roi de France ne reconnaît absolument pas de supérieur au temporel », devient le fer de lance de leur argumentation. C'était assez, à leurs yeux, pour démontrer que le roi de France ne tenait ni son pouvoir ni son royaume de qui que ce soit. Pareil raisonnement trouve son aboutissement dans les *Etablissements de Saint Louis* (vers 1272) qui érigent en principe la règle d'après laquelle le roi n'a point de supérieur dans le domaine temporel et qu'en conséquence il ne tient son pouvoir que de Dieu et de lui-même. Roi et souverain, personne n'a donc compétence pour lui conférer son pouvoir. C'était affirmer avec vigueur que toute ingérence impériale dans les affaires du royaume était sans fondement.

De là à soutenir que « Le roi est empereur en son royaume », il n'y avait qu'un pas qui fut vite franchi. Et il le fut d'autant mieux que, depuis 1250, avait débuté le grand interrègne qui devait, pour longtemps, priver l'Empire de son empereur. Cette maxime dont on discute l'origine — française ou italienne ? — est en tout cas bien connue des juristes français du milieu du XIII^e siècle. Elle avait le grand mérite de faire éclater l'*imperium* de l'empereur germanique dont une partie, au moins, revenait au roi lui aussi qualifié de *princeps* et pareillement investi du pouvoir d'agir seul, au nom de la *res-publica*, à l'intérieur des limites de son royaume. Belle construction théorique et montage savamment balancé de juristes qu'un règne

comme celui de Philippe le Bel (1285-1314), pourtant si caractéristique du triomphe de l'Etat, a bien du mal à faire triompher comme en témoignent les conflits qui l'opposent à une papauté peu convertie à l'idée d'une totale souveraineté du roi de France. Et que dire des chemins si rudes que dut emprunter la royauté, à l'intérieur même de son pré carré national, pour récupérer l'essentiel des pouvoirs que lui avaient ravés les féodaux ?

Les chemins d'une reconquête

Quand Beaumanoir écrit, dans ses *Coutumes de Beauvaisis* (1283), « chaque baron est souverain en sa baronnie mais le roi est souverain par-dessus tous », il se place en quelque sorte à mi-parcours de la reconstruction d'une souveraineté au bénéfice du roi de France. Souverain par-dessus tous, il butte encore sur la souveraineté des barons et ne peut, comme il le voudrait, commander seul aux hommes de leur baronnie.

Pour conquérir l'entière souveraineté que se partageaient princes, barons et seigneurs, la royauté et ses conseillers avaient imaginé, depuis longtemps déjà, un schéma de répartition et d'exercice du pouvoir qui devait, à terme, inverser une évolution jusque-là défavorable à l'institution royale. Déjà Suger, sage conseiller de Louis VI (1108-1137), puis de Louis VII (1137-1180), s'était fait le théoricien d'un roi placé au sommet de la hiérarchie féodale et qui, pour cette seule raison, ne devait hommage à personne. Ce point de doctrine, jamais remis en cause, est présenté par tous les coutumiers du XIII^e siècle comme définitivement acquis. L'atteste le *Livre de Justice et de Plet* (vers 1260) dont l'auteur écrit sans la moindre réserve que « Li rois ne doit tenir de nul ». Mais cette suprématie incontestable du monarque à la tête de la hiérarchie féodo-vassalique suffisait-elle à lui donner prise sur tous ses arrière-vassaux et sa position de suzerain lui permettait-elle de faire oublier la vieille règle qui stipulait, dans sa simplicité si destructrice du pouvoir souverain, que « le vassal de mon vassal n'est pas mon vassal » ?

Pour parvenir à renverser ce principe aussi profondément enraciné dans les esprits que dans la pratique, le monarque suzerain dut biaiser constamment. Multipliant le nombre de ses vassaux directs chaque fois qu'il réunit à son domaine principautés et seigneuries qui en avaient été distraites, il leur demande systématiquement un hommage prioritaire dans le cas très fréquent où ils sont déjà vassaux d'un autre seigneur. C'était ainsi, à travers cette ligesse, non

seulement s'assurer leur concours direct mais, aussi, faire pénétrer en force son pouvoir sur les territoires qu'ils contrôlaient. C'était en même temps aplanir la hiérarchie féodo-vassalique sans toutefois la nier, mais en affirmant que tous ceux qui la constituaient devaient désormais se trouver placés sous la même emprise du prince. Le *Livre de Justice et de Plet* rend parfaitement compte de cette évolution quand il évoque ces duc, comte, vicomte et baron qui « peuvent bien tenir les uns des autres et devenir homme » mais qui doivent en toute hypothèse sauvegarder une fidélité prioritaire au roi « contre qui hommage ne vaut rien ». Et d'ajouter que châtelains et vavasseurs, même s'ils leur sont soumis, « sont tous sous la main du roi ». La notion du vassal dépendant directement de son seigneur s'effaçait lentement au profit de celle du sujet directement rattaché au roi.

Ainsi naissait progressivement, en cette seconde moitié du XIII^e siècle, la souveraineté royale qui stipulait une supériorité du roi sur l'ensemble du royaume et à l'encontre de tous ceux qui y résidaient, fussent-ils déjà engagés dans des liens de vassalité. Un glissement s'opère, insensible mais irrésistible, de la notion de suzeraineté — qui implique une simple position de supérieur dans la hiérarchie féodo-vassalique — à celle de souveraineté qui fait de celui qui en est investi le maître direct de tous ceux qui structurent cette même hiérarchie. Dans les deux cas, s'exprime une idée de supériorité que confirme la même origine sémantique des deux termes suzerain et souverain. Tous deux sont formés à partir du même mot du latin populaire *superanus* ou *supremus*, lui-même dérivé du latin classique *super*. Mais tandis que *susserain* ou *sousserrain* sert simplement à qualifier celui qui est le plus élevé dans une hiérarchie, *suverain* ou *soverain* n'est utilisé que pour désigner, à l'image de Dieu qui détient l'autorité suprême, celui qui dans son genre se trouve placé au-dessus des autres et les dépasse. C'est ainsi qu'est régulièrement qualifié et reconnu le roi de France à la fin du XIII^e siècle. Souverain, il l'était. Mais, drapé dans les toges de ce nouveau titre, que lui apportait-il, concrètement, dans l'exercice du pouvoir ? Imaginée, la souveraineté restait encore à construire.

II — CONSTRUIRE LA SOUVERAINETÉ

Amorcée dès les années 1250, la réflexion qui s'amorce autour de la notion de souveraineté n'a jamais cessé de stimuler la curiosité des juristes, des théoriciens et des hommes de pouvoir. Tout au

long des trois derniers siècles du Moyen Âge, le droit romain retrouvé et l'habile utilisation qu'en font les légistes leur permet de dégager, en se fondant sur le concept d'*imperium*, la notion d'une souveraineté une, indivisible et perpétuelle. Ils la dotent, progressivement, de tous les attributs qui avaient fait la force de l'empereur romain. Leur construction, reprise et perfectionnée par les publicistes de la Renaissance, puis ceux de l'époque classique, devient alors parfaitement opératoire. C'est sûrement à Jean Bodin (1530-1596) que revient le mérite d'avoir le plus clairement énuméré ce qu'il appelle « les vraies marques de la souveraineté ». Mais, il innove moins qu'il ne systématise, en une liste à l'emporte-pièce, les éléments constitutifs d'une souveraineté que théorie et pratique avaient lentement figés tout au long des siècles précédents et que les théoriciens appelés à prendre sa suite, tels Loyseau (1564-1627), Coquille (1523-1603) ou Le Bret (1558-1655), ne cesseront de perfectionner. Juger et légiférer, battre monnaie et lever des impôts, faire la paix et la guerre, tels sont les points d'ancrage d'une vision globale du pouvoir souverain.

De la justice à la loi

La première image du roi souverain est celle du roi justicier dont le profil domine toute l'histoire de l'institution royale. Jusqu'au XIII^e siècle, tous les auteurs s'accordent à reconnaître que rendre la justice constitue la fonction essentielle du ministère royal. Tant la royauté que son entourage en tirent argument pour asseoir le principe de base qui devait devenir l'axe structurant de l'organisation judiciaire de l'ancienne France : « Toute justice émane du roi. » Source de toute justice et souverain justicier — Loyseau n'assimile-t-il pas justice en dernier ressort et souveraineté ? —, le monarque est censé avoir concédé à l'origine aux seigneurs leur pouvoir judiciaire, à supposer qu'il ne l'ait pas usurpé. En conséquence, pouvoir lui est reconnu d'exercer sur eux un contrôle constant, tout comme sur les sentences rendues par les tribunaux royaux dont il maîtrise seule création, organisation et compétence. Les techniques sont multiples qui s'offrent au souverain pour affirmer sa puissance au sommet de la hiérarchie des tribunaux et inscrire ainsi, dans la pratique quotidienne, sa souveraineté en matière de justice : prévention à l'encontre des juges seigneuriaux, cas royaux et cas privilégiés exclusivement réservés à la compétence de ses juges et, surtout, possibilité constante de contrôler l'action des tribunaux tant seigneuriaux que royaux au moyen de l'appel. Ce

droit de ressort, ces « appellations... venues en style si commun qu'on y est tout accoutumé » dont nous parle Loyseau, tel est le pilier de la souveraineté judiciaire du roi.

Mais il ne constitue plus, depuis longtemps, la pierre angulaire de la souveraineté. Dès la première moitié du XIV^e siècle, l'image du roi justicier s'efface lentement derrière celle du roi législateur. Tout simplement parce que, en ce siècle si vital pour la genèse de l'Etat, le roi et son entourage comprennent parfaitement que la mainmise progressive sur l'ordre juridique et sur les processus qui le génèrent constitue une condition indispensable pour faire accéder au rang d'Etat la société politique dont ils ont la charge. Alors, tout au long des deux derniers siècles du Moyen Age, théoriciens et auteurs coutumiers martèlent à l'envi quelques formules bien ciselées propres à fonder le pouvoir normatif du souverain. Voici l'auteur du *Songe du Vergier* (1376) pour qui « le Roy peut faire loys ou constitutions toutes nouvelles » et voilà Pierre Bouteiller († 1395) qui lui fait écho en clamant haut et fort que « le Roy de France qui est empereur en son royaume, peut faire ordonnances qui tiennent et vailent loy, ordonner et constituer toutes constitutions ». Mais ne nous y trompons point. Il y a davantage là pétition de principe que pouvoir normatif effectif, même si les légistes veulent faire du roi de France l'héritier des principes les plus absolutistes du droit romain en matière normative.

On est encore loin dans les faits, à cette époque, du *Quod principi placuit legis habet vigorem* et du *Princeps legibus solutus est*. Et d'ailleurs, les retrouvera-t-on jamais ? En réalité, jusqu'à la fin du Moyen Age, la capacité édictale du roi se limite principalement à abolir les mauvaises coutumes, à rendre obligatoire celles qu'il juge bonnes, à limiter ou étendre leur champ d'application, à veiller à leur mise par écrit et à assurer la sanction des règles existantes. Le temps n'est pas encore venu des grandes ordonnances et la mission normative confiée au prince en fait davantage le protecteur d'un ordre juridique existant que le créateur d'un ordre juridique nouveau. Ce n'est pas avant le XVI^e siècle que s'affirment les contours définitifs d'un roi souverain législateur. Bodin l'a bien compris quand il écrit : « J'ay mis a bon droit, pour le premier acte de souveraineté, celui de faire loi. » A ses yeux, toutes les autres « vraies marques de souveraineté » sont comprises dans celle de « donner et casser loi », pouvoir dont le souverain apparaît désormais comme le seul titulaire. Et comment mieux saisir cette évolution qu'en évoquant la formule lapidaire de Loisel (1536-1617): « Qui veut le roy, si veut la loy » ? Prenant acte de ce pouvoir englobant désormais

source de tous les autres, Loyseau en tire conclusion habile quant à la mainmise obligée du souverain sur ceux qui exercent en son nom la puissance souveraine. Ne constate-t-il pas que, « comme il n'appartient qu'au souverain de faire les lois qui sont les magistrats muets, aussi il n'appartient qu'à lui d'établir les magistrats qui sont les lois vivantes et parlantes » ? Ainsi, édicter la loi et nommer ceux qui sont chargés de l'appliquer ne constituent que deux aspects d'une même puissance unique et souveraine dont le champ s'étend à tous les secteurs vitaux de l'Etat.

De la monnaie à l'impôt

Aux barons qui battaient librement monnaie au royaume de France, Saint Louis (1226-1270) oppose des règles rigoureuses. Non qu'il prétende faire du droit de battre monnaie un droit exclusivement régalien. Les ateliers monétaires seigneuriaux étaient encore trop nombreux et trop puissants. Mais sa législation, sans cesse répétée, tend à imposer la primauté de la monnaie royale sur le monnayage des barons. Seule à avoir cours dans le domaine, elle doit aussi être acceptée dans l'ensemble du royaume. Se fondant sur cette double règle, une longue série d'ordonnances se succèdent qui permettent à Philippe VI (1328-1350) d'ériger en principe qu'« à notre Majesté royale appartient le métier, le fait, la provision et toute l'ordonnance de la monnaie ». Certes, le monnayage baronial avait encore de beaux jours devant lui, mais le monopole royal de battre monnaie officiellement consacré par une ordonnance n'en prenait pas moins rang dans la liste des prérogatives reconnues à la puissance souveraine, situation que se plaisent à souligner avec force Bodin ou Loyseau et bien d'autres après eux pour qui « le droit de forger la monnaie dépend de la souveraineté ».

Mais ce pouvoir du roi en matière monétaire lui ouvre-t-il la voie de lever librement des impôts ? A question aussi sensible, réponses modulées depuis la fin du XIII^e siècle. Jusqu'à cette époque, le droit souverain d'imposer ne pouvait être reconnu tant il se heurtait à l'autonomie des barons. En aucun cas le roi ne pouvait intervenir hors de son domaine pour imposer des sujets qui ne relevaient pas directement de lui. La règle féodale demeure bien ancrée qui lui impose de trouver, à l'intérieur de son seul domaine, toutes les ressources dont il a besoin. Mais parce que le ministère royal assigne au souverain une mission générale de paix et en fait le protecteur du royaume tant à l'intérieur qu'à l'extérieur, des besoins nouveaux en hommes et en moyens se profilent qui justifient, progressivement, une extension de

l'aide demandée à l'ensemble des sujets du royaume chaque fois que nécessité s'en fait sentir. Tant la guerre de Cent ans que la lente naissance d'un sentiment national et l'affirmation progressive de la capacité du roi à intervenir de plus en plus directement dans l'ensemble des seigneuries conduisent à la création d'une armée permanente composée de professionnels de la guerre directement soldés par le pouvoir central.

Cette évolution qui arrive à son terme en 1439 se traduit, en même temps, par l'instauration d'une taille royale permanente et fonde ainsi le droit royal d'imposer. Mais les états généraux et provinciaux ne renoncent pas, pour autant, au droit qu'ils avaient jusque-là si jalousement exercé de discuter le montant de l'impôt et d'autoriser le monarque à le lever. Ceux de 1484 réunis à Tours ne s'en privent pas en proclamant, à propos de ce même impôt royal, que « nul prince ne le peut autrement lever que par octroy... ». Bodin, pourtant peu suspect de timidité à l'égard de la puissance souveraine, emboîte le pas et estime, lui aussi, que l'impôt doit être consenti. Mais les profonds bouleversements qui s'opèrent tout au long du XVI^e siècle, tant dans les esprits que dans la pratique en faveur d'un absolutisme naissant, ne pouvaient qu'inverser la tendance. Loyseau en prend acte. Estimant que le souverain a désormais prescrit le droit d'imposer, il en fait, encore timidement il est vrai, un cas de souveraineté. En la matière, le souverain doit user discrètement de sa puissance, « tenu qu'il est de mesurer et proportionner ses levées selon les forces et le pouvoir de ses peuples ». Le Bret n'a plus la moindre hésitation, estimant que « les monarques absolus » peuvent, « sans le consentement de leurs sujets, imposer des tailles et lever des subsides lorsqu'ils le jugent être nécessaire pour le bien de leurs affaires ». Cette justification fondamentale, cette nécessité, c'est la plupart du temps la guerre.

De la guerre à la paix

Avant même d'apparaître comme un souverain justicier puis législateur, le roi est d'abord perçu comme un guerrier. Déclarer la guerre, puis conduire ses troupes au combat, voilà bien un des premiers pouvoirs que nul ne lui conteste tout au long des siècles médiévaux. Attribut de la souveraineté par excellence, ce droit de déclarer et faire la guerre s'affirme comme la manifestation la plus éclatante de la souveraineté sur la scène internationale, mais aussi dans l'ordre interne. Faisant du seul titulaire de la souveraineté le dépositaire de ce droit, il postule l'interdiction de toute guerre privée, obstacle si

rude à la lente genèse de la souveraineté. Du même coup, lutter contre les guerres privées et ramener les belligérants à raison devenait une des missions fondamentales reconnues au souverain.

Maître de la guerre, il devait aussi être maître de la paix. Mais, en ce domaine, les progrès furent timides et la paix du roi ne relaya que lentement, à partir du XII^e siècle, les spectaculaires initiatives de l'Eglise. Néanmoins, un tournant est pris et il est piquant de relever qu'en plein milieu du XIII^e siècle, à un moment où les théoriciens proches de la monarchie dégagent les premiers contours de la souveraineté royale, saint Louis interdit, par une ordonnance de 1258, toutes les guerres privées dans le royaume. Mesure symbolique, d'application lente et difficile, elle n'en marque pas moins une étape importante dans la disparition des guerres privées et la consécration du rôle de premier plan reconnu au monarque souverain pour assurer la paix dans le royaume. Cette même compétence doit pouvoir aussi s'exercer au niveau international. Souverain pour déclarer la guerre, il l'est aussi pour conclure la paix, double attribut de la souveraineté que Loyseau souligne d'une plume alerte. A ses yeux, il ne fait aucun doute que « ce droit de guerre comprend les traités de paix, d'alliance et les trêves ». Mais en ce domaine, comme dans tous les autres, cette souveraineté reconstruite pouvait-elle être l'apanage d'un seul ?

III — GÉRER LA SOUVERAINETÉ

Plus la notion de souveraineté se précise, plus se pose en termes aigus la question de savoir qui doit l'exercer. Tout au long de la période médiévale, l'idée qui se dégage lentement d'un roi souverain en fait le titulaire obligé. Puis, au fur et à mesure que s'affirme l'Etat, un lent transfert s'opère en sa faveur. On assiste alors à un véritable partage au niveau de l'exercice du pouvoir souverain dans l'Etat. Mais ce partage mal équilibré provoque, dans la dernière décennie de l'Ancien Régime, une véritable contestation.

Du roi souverain à la souveraineté de l'Etat

L'idée de souveraineté de l'Etat est étrangère au Moyen Age, au moins avant la renaissance de la philosophie aristotélicienne. L'Etat, alors qualifié de *respublica*, est davantage conçu comme une chose que comme une personne morale. Fréquent chez tous les auteurs politiques à partir du IX^e siècle, le terme de *respublica* a perdu son sens

romain. Il ne sert plus à désigner la personnification de la nation mais, simplement, une sorte de *corpus* qui regroupe tout à la fois l'ensemble des intérêts collectifs qui le composent et la structure politique qui les prend en charge. Ce *corpus* a en quelque sorte perdu son âme, sa souveraineté qui, parce qu'elle est considérée comme un élément doté de capacité, de volonté, d'intelligence et de pouvoir de contrainte, ne peut appartenir qu'à celui qui, pour l'heure, incarne ce que sera l'Etat et s'identifie totalement à lui, le roi. Il n'est pas et ne peut pas être dans la pensée des théoriciens médiévaux, jusqu'à ce qu'ils aient redécouvert la philosophie d'Aristote, ce souverain impersonnel, cette abstraction qu'il commence à devenir seulement à partir du XIII^e siècle, capable alors de représenter, mais sans s'identifier à elle, l'entité étatique en voie d'élaboration.

Alors, à travers la théorie scolastique de la souveraineté qui voit en elle capacité pour l'Etat d'exister et de commander, émerge la notion d'Etat souverain. Désormais, la souveraineté perçue comme impersonnelle a pour sujet la multitude. Tout en étant confiée au prince pour son exercice, elle s'identifie de moins en moins à lui. Ce n'est pas pour lui-même qu'il en est investi, mais pour le plus grand bien de la nation dont il a la charge. A partir de là, la voie était ouverte à la construction de l'Etat souverain titulaire d'un pouvoir abstrait et indifférencié de contrainte légitime. C'est bien ainsi que Bodin pense et définit la souveraineté. Cette vision nouvelle est significative quant au changement de son titulaire. Jusque-là principalement définie comme un faisceau de droits spécifiques reconnus au prince souverain, elle est désormais davantage analysée comme un pouvoir global, comme une « pure essence » qui donne sa forme à l'Etat. Et Bodin de conclure que « si la souveraineté gît en un seul prince » l'Etat est monarchique, que si « tout le peuple y a part » l'Etat est populaire et, qu'enfin, « s'il n'y a que la moindre partie du peuple qui y participe », l'Etat est aristocratique. Cette vision bodinienne traduit une évolution profonde. La souveraineté n'est plus nécessairement royale, mais elle n'est pas encore tout à fait étatique. Elle contribue seulement, en fonction de ceux qui en sont titulaires, à déterminer la forme que prend l'Etat.

Ce cheminement vers la définition progressive d'une souveraineté étatique s'achève avec Loyseau. Pour lui, la souveraineté est « la propre seigneurie de l'Etat » ou, encore, « le comble et période de puissance où il faut que l'Etat s'arrête ». Ajoutant à cela que la seigneurie est une « puissance en propriété », tout laisse dès l'abord à penser que Loyseau tend à faire de la souveraineté une puissance dont l'Etat serait propriétaire. Conclure aussi rapidement serait ne

point suivre jusqu'au bout la subtilité de son raisonnement. Il est, nous dit-il, à côté des seigneuries privées qui donnent « vraie propriété », des seigneuries publiques qui induisent simplement « supériorité et autorité » sur les personnes et les choses. Bien sûr, la souveraineté relève de ce second type, ne conférant à son titulaire qu'autorité et pouvoir de commandement. Mais un pouvoir plein, « une puissance absolue, c'est-à-dire parfaite et entière de tout point ». Voilà qui postule que « la souveraineté *in abstracto* est attachée à l'Etat » et que « l'Etat et la souveraineté prise *in concreto* sont synonymes ». Mais cette souveraineté qui fait désormais corps avec l'Etat, qui lui est en quelque sorte attachée, qui donc allait en assurer l'exercice ?

De la souveraineté indivisible à la souveraineté partagée

Jusqu'à Bodin, on parle davantage de droits royaux et de droits de souveraineté que de souveraineté, ce qui n'excluait pas, *a priori*, un partage de ces droits. Pour Bodin, au contraire, la souveraineté ne peut qu'être indivisible et absolue. Cette double caractéristique donnait à l'Etat souverain sa pleine expression tout en le faisant glisser, naturellement, vers l'absolutisme dans la mesure où « il faut tout rapporter à ceux qui ont la souveraineté ». Il en résultait aussi la négation de tout pouvoir susceptible d'exercer un contrôle sur l'Etat souverain. C'eût été, obligatoirement, faire échec à la règle d'indivisibilité. Ainsi se trouvait condamnée toute forme d'Etat mixte et exclue toute possibilité de représentation. Bodin prend très nettement parti sur ce point. Analysant les écrits de ceux qui ont voulu faire croire que « lestat de la France était composé de trois républiques et que le Parlement de Paris tenait une forme d'aristocratie, les trois états tenaient la démocratie et le roi représentait l'Etat royal », il rétorque que c'est « une opinion absurde... car c'est un crime de lèse-majesté de faire les sujets compagnons du prince souverain ». La cause est entendue. La souveraineté n'est pas « non plus divisible que le point en la géométrie », s'exclame Le Bret.

Mais cette image mathématique ou encore ce cliché de Bodin — « la majesté souveraine perd sa grandeur si on y fait ouverture pour empiéter en quelque endroit d'icelle » — pouvaient-ils convenir en politique ? Assurément pas. Pareille confusion de la souveraineté et de l'indivisibilité en entraînait une autre, fort dommageable pour la marche de l'Etat. Elle tendait à assimiler la souveraineté considérée *in habitu*, c'est-à-dire comme forme de l'Etat, à la souve-

raineté *in actu*, c'est-à-dire celle qu'exercent en son nom les organes qui en ont la charge. Ce fut sûrement là l'erreur de Bodin qui accrédita l'idée d'un effondrement inéluctable de l'Etat à partir du moment où la souveraineté serait partagée entre plusieurs organes. Ainsi conçue, la souveraineté apparaît davantage comme un instrument de combat que comme un principe d'organisation constitutionnelle. Pareille vision conduit Le Bret à soutenir que tout ce qui concerne le gouvernement et l'administration de l'Etat doit être réservé à la seule connaissance du roi. Voilà qui suffit sans doute à expliquer son goût immodéré pour un gouvernement et une administration exclusivement confiés à des commissaires et à estimer qu'une séparation des fonctions aboutit obligatoirement à une division de la souveraineté.

Néanmoins, en dépit de leurs positions aussi tranchées, tant Bodin que Le Bret prennent conscience des inconvénients de l'indivisibilité et de l'incommunicabilité. Bodin n'accepte-t-il pas, en définitive, à travers la distinction subtile qu'il opère entre « Etat » et « gouvernement » un certain partage dans la pratique ? A l'Etat revient tout ce qui est incommunicable dans la souveraineté et tout spécialement le pouvoir de « donner et casser loi » ; au gouvernement, le reste. C'était bien admettre, dans la pratique, un partage nécessaire que Le Bret en définitive ne conteste pas davantage quand il reconnaît qu'à côté des droits du roi, les plus importants, la connaissance des autres appartient aux officiers « selon l'attribution qui leur est faite par les édits et les ordonnances ». C'était admettre qu'à côté de la seule administration procédant de la souveraineté royale, il en était une autre qui reposait sur la loi. C'était aussi donner de solides arguments à ceux qui voulaient aller plus loin dans le partage.

Du partage à la contestation

Au fur et à mesure que commence à se dégager la notion de souveraineté avec son attribut essentiel de « donner et casser loi », se profilent face au roi et à l'Etat de sérieux concurrents pour en revendiquer tout à la fois l'origine et l'exercice. A l'origine divine de la souveraineté, les états généraux opposent très tôt celle d'une origine populaire. Dans son discours devant les états généraux de Tours de 1484, Philippe Pot ne soutient pas autre chose quand il affirme que « des flatteurs attribuent la souveraineté au prince qui n'existe que par le peuple ». Les rois ne sont autres, à ses yeux, que des délégués créés par « le peuple souverain » et les états dressent

face à lui un « dépôt de puissance ». Dans ces conditions, « le roi ne peut disposer lui-même de la chose publique » et « il est nécessaire qu'elle soit régie par le soin et par le ministère d'autres personnes ». C'était faire des états généraux les vrais dépositaires de la souveraineté et leur reconnaître, sans la moindre hésitation, le pouvoir de voter la loi dans la mesure où Philippe Pot soutient que « tout ce qui s'est passé n'acquiert de force... que quand les états l'ont sanctionné ». L'histoire postérieure des états, malgré leurs rapports souvent houleux avec la monarchie jusqu'en 1614, date de leur dernière réunion avant 1789, n'apporte que démenti à cette doctrine. Jamais ils ne furent considérés ni comme les dépositaires de la souveraineté, ni comme des assemblées auxquelles aurait pu être confié le pouvoir de l'exercer.

Après que les Monarchomaques eurent à leur tour largement usé, eux aussi, de la notion de souveraineté populaire, ce fut aux parlements que revint le soin de prendre, avec plus de succès même s'ils furent mitigés, le relais de cette revendication. En l'absence d'états généraux, ils prétendaient être les seuls corps habilités à représenter la nation, tout spécialement dans le domaine de l'élaboration de la loi à laquelle ils avaient toujours participé, tant par le biais des remontrances que de l'enregistrement. Exploitant au maximum l'idée d'une monarchie qui devait être tempérée par des « puissances secondes », ils constatent que les états généraux n'étant plus convoqués, ils sont désormais les seuls à représenter ces puissances. Sur ce plan, leur argumentation n'était pas sans valeur. Associés depuis toujours à l'élaboration de la loi, ils demeuraient bien le principal contre-poids face à un pouvoir monarchique omniprésent. Mais l'étaient-ils aussi en fonction d'une souveraineté dont ils seraient également les dépositaires ? A les écouter, tout le laissait supposer puisqu'ils prétendent être non seulement des organes de la nation, mais aussi ses représentants dont l'origine se confond avec celle de la monarchie. Le Parlement de Dijon va jusqu'à soutenir que tous les parlements sont inhérents à la constitution de l'Etat, qu'ils sont nés avec lui et qu'en conséquence ils ne peuvent qu'être intimement liés à son essence. Dépositaires des lois et associés à leur élaboration, ils se considèrent au même titre que le roi investis d'une souveraineté identique. Ainsi construite, la doctrine parlementaire débouche sur un véritable partage de souveraineté qu'encourage Montesquieu et que condamne sévèrement Rousseau pour qui il ne saurait y avoir d'autre souveraineté légitime que celle du corps social.

Ce partage était conçu de manière à conférer à la nation et non pas au roi le rôle décisif. Au roi était réservé l'initiative des lois,

mais la nation, que les parlements prétendaient représenter, exerçait par leur intermédiaire et en dernier ressort un droit d'amendement et un droit de veto. Le premier les autorisait à obliger le roi à faire la loi comme ils l'entendaient, tandis que le second leur permettait d'interdire au roi de faire la loi qu'il souhaitait. On sait la tension qui naquit ainsi entre le roi et ses parlements et comment elle conduisit Louis XV, dans la fameuse séance de la Flagellation du 3 mars 1766, à les rappeler à ce qu'il considérait être l'ordre constitutionnel de tout temps observé. Quand il leur dit « c'est en ma personne seule que réside la puissance souveraine » et que la plénitude de cette autorité demeure toujours en lui, il ne fait que tenter de restaurer en sa faveur une prépondérance bien compromise. Une ère nouvelle, irréversiblement, s'ouvrait. En réclamant pour eux et la nation la souveraineté, les parlements scellaient la première pierre sur laquelle allait se construire la théorie de la souveraineté nationale. Et en soutenant sans faille l'opposition irrésolue des magistrats à la souveraineté royale, ils précipitaient les événements qui allaient consacrer le triomphe de cette doctrine.

Plus vécue qu'inventée, plus subie que pensée, la notion de souveraineté a connu, depuis les premiers siècles médiévaux, une genèse semée d'écueils. Notion théorique et abstraite, elle ne pouvait acquérir valeur opératoire qu'à travers la réflexion des théoriciens, la sagacité des juristes et l'alchimie des constituants. Les uns et les autres se sont attachés depuis la fin de l'Ancien Régime — non sans quelque difficulté — à en donner une définition, à lui trouver un titulaire et à en déterminer les modalités d'exercice. A cette triple question les réponses demeurent, toujours, très largement ouvertes.

RÉSUMÉ. — *La notion de souveraineté se dégage lentement à partir du XIII^e siècle, à un moment où s'affirment les Etats d'Occident face à l'Empire décadent et à la Papauté en plein essor. A la vision d'un univers exclusivement soumis à l'auctoritas pontificale et à la potestas impériale, ils substituent celle d'un monde éclaté au sein duquel chaque entité politique nouvelle doit assurer son indépendance, non seulement en affirmant sa souveraineté, mais aussi en la construisant et en la gérant, tout autant sur la scène internationale que dans l'ordre interne.*

JOSEPH KRULIC

La revendication de la souveraineté

Depuis la révolte des « gueux » en 1566 jusqu'aux récentes dislocations de l'URSS, de la Yougoslavie et de la Tchécoslovaquie, sans compter l'admission de l'Érythrée à l'ONU, en passant par la Déclaration d'indépendance des États-Unis en 1776 et l'insertion de l'article 3 dans la Déclaration des droits de l'homme du 26 août 1789 (« Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément »), la revendication de la souveraineté est un des fils d'Ariane, inséparablement théorique et pratique de la modernité politique.

On peut soutenir que la revendication de souveraineté, dans ses diverses facettes, manifeste une substitution de la « légitimité horizontale » du pouvoir politique à la « légitimité verticale » des empires ou idéocraties des « religions séculières », que sa rationalité, du point de vue économique ou dans la sociologie des relations internationales, est certes discutable et discutée, mais que sa persistance et même sa récente accélération manifestent à la fois une survivance du problème théologico-politique de la légitimité politique et une constante redéfinition du lien social.

1 / Une montée continue de la légitimité horizontale

De 1566 à 1993, la persistance de la revendication de souveraineté aboutit à une substitution continue de la légitimité verticale sur la légitimité horizontale. La revendication de souveraineté présente deux faces : une face interne d'autodéfinition ou d'auto-fondation, la souveraineté dans l'État, qui concerne la détermina-

tion de l'autorité disposant à l'intérieur des frontières d'un pouvoir initial et une face externe, qui définit la souveraineté de l'État dans ses rapports avec les autres puissances ; mais cette dualité logique, ou juridique, soulignée par le doyen Pacteau¹ dans son manuel classique, n'exclut pas une corrélation étroite du point de vue sociologique et historique dans la nature de la revendication de souveraineté.

Lorsque la population des Pays-Bas se révolte contre l'empire de Philippe II, lorsque l'Assemblée constituante de 1789 redéfinit le sujet de la souveraineté, pouvoir inconditionné et initial de l'État qui détermine la compétence des compétences selon la théorie de Jellinek, lorsque la Slovénie ou les Pays baltes organisent un référendum sur la « souveraineté », mot qui dans toutes les langues européennes est distinct de l' « indépendance » (par exemple, en slovène, « souveraineté » se dit *samostojnost* et indépendance *neodvisnost*, en serbo-croate *samoostalnost* que l'on distingue de *nezavisnost*), ils posent ou reposent le problème de la légitimité politique.

Dans tous ces cas, ce qui est visé ou atteint est la légitimité « verticale » ou sa face moderne, la légitimité idéocratique du pouvoir. Dans la conception que nous appelons « verticale » de la légitimité politique², le titulaire éminent du pouvoir et de la légitimité est Dieu ou les dieux. En pratique, il est représenté par le roi ou l'empereur, titulaire de la légitimité comme l'empereur des empires classiques³ ou de la souveraineté théorisée par Jean Bodin, définie comme un pouvoir indivisible et absolu de faire des lois générales, qui théorise le cas idéal du roi d'un État baroque ou classique⁴. Dans la conception idéocratique du pouvoir, dont la version communiste est la plus représentative au XX^e siècle, une philosophie déterminée de l'histoire qui se présente comme « science » nie en pratique la souveraineté du ou des peuples qui sont gouvernés ; cela explique à la fois que cette conception nie l'élection libre comme source du pouvoir dans l'État et qu'elle permet de regrouper des peuples divers dans un substitut d'Empire (cas de l'URSS ou de la Yougoslavie communiste) sans vérifier si cette inclusion correspond à la volonté actuelle desdits peuples.

Le désenchantement du monde au sens weberien permet d'expliquer de manière convaincante cette substitution et ses diverses

1. *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Masson, 1989.

2. Jean Pluymène, *Les nations romantiques*, Fayard, 1979.

3. Voir *Le concept d'empire*, colloque de 1977 à Paris I, édité en 1980 aux PUF.

4. Jean Bodin, *La République*, édition originale en 1576.

étapes¹. L'Empire, multinational, universaliste et universel par définition, est lui-même guetté par sa disparition du fait des monarchies nationales qui constituent une étape dans ce processus de désenchantement du monde ; les historiens s'accordent généralement pour dire que les monarchies nationales d'Europe occidentale comme la France ou l'Angleterre après le XIV^e siècle constituent les premiers Etats au sens moderne, qui se caractérisent notamment par une territorialisation : la « souveraineté territoriale », comme l'a montré Louis Dumont dans son œuvre, signale l'apparition de l'Etat et de l'individualisme, couple inséparable depuis la fin du Moyen Age ; il n'est pas fortuit que le problème théorique de la souveraineté ait été clairement posé à leur sujet par des penseurs de l'époque dont Bodin constitue une étape marquante ; le processus de rationalisation qui constitue la principale forme du « désenchantement du monde » s'y poursuivait de manière évidente ; la brisure de l'unité religieuse de la chrétienté occidentale que constitue la Réforme a accéléré et explicité cette évolution : la révolte des Pays-Bas en 1566, la publication du livre de Bodin en 1576, l'avènement des monarchies dites « absolues » en France et en Espagne, alors que l'Angleterre connaît les révolutions de 1649 et 1689, montrent que le problème de la souveraineté et de la revendication de son titulaire est bien, sur le long terme, un processus de substitution de la légitimité politique horizontale à la légitimité verticale. La Révolution française et ses conséquences montrent bien le lien entre les deux faces, internes et externes, de la revendication de souveraineté.

Superficiellement, la déclaration du 26 août 1789 se présente comme une reformulation purement interne du sujet de la souveraineté dans l'Etat. Mais il n'est pas fortuit que les gouvernements révolutionnaires aient déclaré et fait la guerre à l'Europe des rois et des empereurs ; cela ne tient pas à des circonstances tactiques. Le thème de la « Nation », la menace que la proclamation de la souveraineté « nationale » créait pour l'existence même des systèmes politiques basés sur une légitimité verticale, la naissance d'un système international « hétérogène », au sens de Raymond Aron², que créait le seul Etat qui niait explicitement l'origine hétéronome et divine du pouvoir politique, menait directement à la guerre, comme l'ont fait la naissance de la Russie

1. Marcel Gauchet, *Le désenchantement du monde*, Gallimard, 1986, mais aussi *Protestantisme et modernité*, trad. franç. par Ernest Troeltsch, chez Gallimard en 1991 sur un texte de 1911.

2. *Paix et guerres entre les nations*, 1962, réédition 1984, Calmann-Lévy.

soviétique en 1917 ou la révolution iranienne en 1979 au Moyen-Orient.

Après 1815, cela aboutit à un conflit de principe entre la « légitimité » (sans adjectif, mais il s'agissait de ce que nous appelons la légitimité verticale) et les mouvements des nationalités, qui représentait une revendication de souveraineté, dans son double aspect interne et externe. Depuis, en dépit de beaucoup d'apparences et de complexités, cette opposition n'a en réalité pas cessé. Cela devient clair, si l'on admet que le marxisme-léninisme a constitué une recomposition laïcisée de la légitimité « verticale » qui descend sur terre, mais par son universalisme, sa négation pratique de la souveraineté des peuples subordonnée à un sens global de l'histoire où le parti, représentant l'avant-garde de la classe ouvrière, elle-même titulaire d'un droit de faire la révolution qui achèverait la « préhistoire », cet empire recomposé se substitue à la Nation particulière. De ce point de vue, la doctrine Brejnev de « souveraineté limitée » exprime la vérité profonde du système, beaucoup plus qu'on ne l'a vu ou cru en 1968.

Certes, le caractère de « religion séculière » du communisme, affirmé par Raymond Aron dès 1943, a été nié par certains auteurs dont Hannah Arendt ne constitue pas le moindre. Mais, sans pouvoir ici aborder ce débat, Hannah Arendt a montré elle-même comment l'idéologie, logique d'une idée, niait la souveraineté des peuples qui avaient laissé accéder au pouvoir un pouvoir totalitaire.

De ce point de vue, la chute des régimes marxistes-léninistes repose le problème de 1789-1806, de 1848-1849 et de 1918-1922 : quel monde rationnel et vivable, du point de vue de l'organisation économique et du système des relations internationales, est possible avec la revendication démultipliée des souverainetés ?

2 / Rationalité et irrationalité de la revendication de souveraineté

La rationalité de la revendication de souveraineté est généralement suspectée d'un double point de vue : économique et politique.

Economiquement, dans un monde d'une économie de grands espaces et de mondialisation, il semble avéré que la souveraineté est largement fictive ou illusoire ; fractionner un grand espace intégré paraît un défi à l'entendement économique ; l'éclatement de l'Autriche-Hongrie a fragmenté un espace où le chemin de fer, une monnaie unique et un dense réseau bancaire avaient constitué un marché unique. L'intégration économique de l'URSS était très large. La Yougoslavie de 1991 avait certes cessé d'être depuis 1976 un marché

unique, mais il est reconnu que, depuis 1991, le chômage a quadruplé en Slovénie pour diverses raisons dont la fermeture de fait du marché de la plupart des républiques voisines, Croatie comprise, est une des principales. Il est vrai qu'en juillet 1991 l'exhortation du ministre luxembourgeois des Affaires étrangères, membre de la « troïka » européenne a fait sourire en Slovénie : un pays de 2 600 km² et de 400 000 habitants pouvait-il faire la leçon à un futur Etat de 20 000 km² et de 2 millions d'habitants ? Mais la comparaison avec le Luxembourg est riche d'enseignements ; le grand-duché tire certes de réels avantages de sa petite taille, mais dans le cadre d'une intégration économique et humaine dans la Communauté européenne et d'une intégration stratégique sans faille dans l'Alliance atlantique. Sa souveraineté est d'autant plus bénéfique qu'elle accepte d'être limitée ; mais il est vrai que les autres Etats acceptent certaines particularités fiscales à Luxembourg, de même que Monaco et Andorre, comme le Liechstentein, profitent de leur souveraineté dans un environnement international très particulier.

La revendication de souveraineté peut toutefois coïncider avec un vrai projet économique ; le *Zollverein* allemand du XIX^e siècle entrainait dans ce cas de figure. Mais, dans l'ensemble, la revendication de souveraineté paraît, à vue humaine, défier la raison raisonnable de l'*homo economicus*.

Toutefois, ce paradigme de l'économie néo-classique, où tous les facteurs de production sont supposés mobiles, travail inclus, ce qui suppose de fortes migrations de main-d'œuvre, nie en réalité toutes les souverainetés, actuelles comme potentielles. Elle suppose l'adhésion directe de l'individu, atome détaché de tous les liens sociaux, sans ethnicité propre, à une économie-monde au sens où l'entendent Wallerstein et Fernand Braudel, laquelle aurait par hypothèse conquis tous les espaces, montagnes et déserts compris, alors même que les historiens de l'école braudelienne ont montré que cette réalité s'accroche historiquement à de minces lisérés, très étendus dans l'espace, mais périphériques comme le fut la République de Venise et à qui manque généralement l'*imperium* des espaces continentaux. La *Mare liberum* au sens de Grotius, plus que la ferme domination du *limes* romain, est le terrain d'élection de ce modèle. Cet idéal type au sens weberien nécessite d'ailleurs des ancrages tribaux et ethniques : grandes dynasties capitalistes, souvent recrutés dans des diasporas multinationales, solidarités professionnelles des banquiers et des marchands.

Mais la revendication de souveraineté paraît également défier la raison politique, au sens où elle tend à créer une sociologie des rela-

tions internationales qui ne peut plus se prêter à une gestion rationnelle et prévisible du système des relations internationales. Comme l'a montré Henry Kissinger, avec son collaborateur Helmut Sonnenfeldt, après Metternich, l'accroissement du nombre d'acteurs, qui multiplie les séries causales, rend plus difficiles la gestion et la stabilité du monde interétatique. Idéalement, un monde bipolaire rend possible le « linkage » global entre toutes les crises potentielles et permet la négociation continue. Le « concert des nations » d'avant 1914 se limitait à cinq acteurs qui reconnaissaient la stabilité comme idéal régulateur et qui se reconnaissaient mutuellement le droit à l'existence dans un même monde d'origine chrétienne, en voie d'industrialisation. Tout au contraire, les relations entre les Empires islamiques et les Etats chrétiens, les relations du monde communiste et le reste depuis 1917, entre les Palestiniens et Israël, entre Serbie et Croatie depuis 1991 sont des relations de « guerre » froide ou chaude, suivant les enjeux et les conjonctures, mais la mort de l'autre est l'objectif de chacun des deux protagonistes. Or, la multiplication des revendications de souveraineté multiplie ce type de situations de dénégations. Une terre pour au moins deux peuples : telle est l'équation structurelle de la revendication de souveraineté. Cela est vrai dans une terre que certains appellent « Palestine », d'autres *Eretz israel*, tandis que le *Kosovo* devient *Kosovo-Metohija* pour les Serbes (*Metohija* évoquant le monachisme orthodoxe) ; « Alger » des Français et pieds-noirs n'est pas exactement « Al-Djazair » de la République algérienne, sans même parler des multiples querelles visant la « Macédoine ».

Il faut le dire très clairement : un monde où toutes les revendications de souveraineté seraient acceptées serait un monde invivable, du point de vue de la sociologie du système international. Comme le montre Ernest Gellner dans son livre¹, plus de 8 000 populations, parlant une langue souvent distincte, peuvent théoriquement devenir des nations et revendiquer la souveraineté de l'Etat-nation. Le miracle actuel est que la plupart n'ont pas abouti dans cette voie, et beaucoup n'ont pas essayé. Imagine-t-on un monde composé de milliers d'Etats ? La prévisibilité de ce monde, sa sécurité dans tous les sens du mot seraient menacées. La « balkanisation du monde » reviendrait à se rapprocher de « état de nature », de la « guerre de tous contre tous » évoquée par les philosophes classiques depuis Hobbes. Il faut reconnaître au sys-

1. *Nations et nationalismes*, Payot, 1989.

tème international actuel qui associe l'ONU avec des sous-systèmes plus intégrés comme la Communauté européenne qu'il assure la « socialisation » des acteurs de la scène internationale. Cette « socialisation » est certes une violence, même symbolique, mais c'est le cas de toute « socialisation ». Le monopole de la violence légitime diminue la violence dans les relations entre individus et la réduit dans les relations interétatiques. Le système international, tel qu'il a fonctionné entre 1945 et 1991, caractérisé par une concertation entre acteurs rendue nécessaire par la dissuasion nucléaire, a évité les quiproquos de la crise de juillet 1914, laquelle avait entraîné l'implosion du système international entre 1914 et 1945, les « guerres en chaîne » entre Sarajevo et Hiroshima. La multiplication des revendications de souveraineté de Sarajevo à Timor peut renouer avec cette atomisation du monde, que la prolifération nucléaire peut faire passer de la métaphore à la brûlante réalité.

Il existe donc bien une forme d'irrationalité de la revendication de souveraineté que ne peuvent admettre ceux qui la revendiquent. Mais il est vrai qu'il est impossible, dans un monde démocratique désenchanté des dieux, de trouver un fondement au refus de cette revendication. Implicitement, les Européens que nous sommes croient, ou feignent de croire, que l'histoire politique de la formation des Etats s'est arrêtée en 1945 ou 1962, après la fin de la seconde guerre mondiale ou de la décolonisation ; la décommunisation de 1989 nous pose un problème déstabilisant : nous nous félicitons de la liberté politique dans l'ordre interne de ces Etats, mais nous sommes déconcertés par la multiplication du nombre des Etats et des revendications de souveraineté. Mais refuser la souveraineté, au nom de quoi ? Le ricanement slovène devant les sympathiques invitations à la patience d'un prospère ministre luxembourgeois a quelque chose de typique ; c'est un choix cornélien ou une insoluble aporie politique. Pendant plus de mille ans, faut-il le rappeler, le grand-duché de Luxembourg et la Slovénie ont fait partie du même ensemble politique que constituait, en théorie, dans l'ordre de la légitimité, le Saint Empire germanique jusqu'en 1806. La langue de l'élite en Slovénie et celle du peuple au Luxembourg étaient la langue allemande ou une de ses formes parlées. La revendication de souveraineté luxembourgeoise entre 1815 et 1867 répondait certes à une revendication d'une partie de la population, mais elle a été politiquement permise par les relations très particulières de Napoléon III avec l'ensemble des Etats allemands, dont la Prusse, et à sa conception des nationalités. Inversement, la Slovénie, qui n'a pas connu d'Etat avant la proclamation

de la République en 1945 dans un cadre fédéral yougoslave, n'a survécu comme ensemble séparé que parce que les paysans ont continué à parler une langue slave unique en son genre, archaïque du point de vue grammatical. Après 1840, dans le cadre du mouvement romantique, les poètes ont définitivement élevé cette langue au rang de langue littéraire et l'indépendance de 1991 a couronné un processus que le duo Marx-Engels eût jugé absurde, au rebours du sens de l'histoire : pour eux, les « nations historiques » étaient celles qui avaient eu une forme étatique affermie au Moyen Age. Ils excluaient les Tchèques et les Slaves du Sud de ce groupe, tandis que les Irlandais et les Polonais étaient reconnus comme « peuples historiques ». Dans la conception marxienne, très influencée par Hegel pour qui la raison dans l'histoire prend la forme de l'Etat, la Slovénie a moins de légitimité à revendiquer la souveraineté que la Bretagne, laquelle a connu une forme de duché médiéval qui a pu espérer revendiquer la souveraineté : le parlement de Bretagne se voulait une « cour souveraine », qualification juridique qui cristallisait une possible revendication de souveraineté. Mais, à l'âge démocratique, fondé sur l'individu dans l'ordre de la société civile et la « souveraineté du peuple » dans l'ordre politique, la « raison » ou la « rationalité » ne peuvent fonder un refus de la revendication de la souveraineté.

D'une part, il faudrait s'assurer que l'on puisse fonder philosophiquement la raison elle-même ; rien n'est moins sûr, comme l'ont montré, notamment, les controverses de ces dernières années entre Jurgen Habermas et le philosophe analytique et pragmatique américain Richard Rorty. D'autre part, entre la raison économique de l'*homo economicus* des économistes libéraux, la raison d'Etat qui veut pacifier le système interétatique de Metternich, Kissinger et Helmut Sonnenfeldt, qui puise en France sa référence majeure dans la figure historique du cardinal Richelieu et sa pratique mineure dans celle de l'évêque détroqué prince de Talleyrand, et la raison hégélienne qui voit dans l'Etat et le droit la raison chevauchant une histoire divinisée, les contradictions et les dissentiments ne manquent pas. La raison politique admet un nombre limité d'Etats, la raison hégélienne admet le fait accompli tout en préférant les vastes ensembles, la raison économique se déclare théoriquement compatible avec une absence d'Etat, bien qu'historiquement, comme l'a montré Jean Baechler¹, la naissance du capitalisme ait été facilitée par la fragmentation étatique de l'Eu-

1. *Les origines du capitalisme*, Gallimard, coll. « Idées », 1974.

rope occidentale. Mais cette « raison » des élites intellectuelles, politiques ou économiques ne peut décider des formes politiques et du lien social pour l'âge démocratique. La persistance, voire la recrudescence de la revendication de souveraineté, a une signification politique et sociologique que la raison peut analyser, mais non abolir.

3 / *Revendication de souveraineté et paradoxes sociopolitiques de l'âge démocratique*

La revendication de souveraineté manifeste la permanence d'un problème que l'on peut appeler théologico-politique de la légitimité politique. La théorisation de Carl Schmitt est, à cet égard, éclairante, sur plus d'un point.

Comme le dit Schmitt : « Est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle. »¹ Si l'on admet cette définition, la revendication de souveraineté voit son irrationalité, apparente ou réelle, diminuer. Ceux qui revendiquent la souveraineté ne s'illusionnent pas toujours sur les marges de manœuvre réelles de leur actuel ou futur Etat. On peut, par hypothèse, soutenir que depuis 1983 la France comme Etat n'a pris que deux décisions souveraines : en mars 1983, le choix de rester dans le SME et le référendum du 20 septembre 1992 sur le traité de Maastricht. Mais cela suffit pour admettre que la France est un Etat souverain, malgré les contraintes très réelles que la situation internationale, notamment économique, impose à la France. Dans les républiques de l'ex-Yougoslavie, comme dans la Yougoslavie titiste, le « mark » est la seule monnaie qui joue un rôle de référence ; les transactions d'une certaine importance se font en marks. Les prix croates sont d'abord fixés en marks. La souveraineté de ces nouveaux Etats paraît donc limitée. La « dollarisation » de l'économie israélienne est très réelle et a failli devenir officielle et définitive à la fin des années 1970.

Mais il n'est pas niable que ces Etats récents ont une certaine capacité de décider de la guerre et de la paix, de défendre leur existence, de provoquer ou d'aggraver des « situations exceptionnelles » dans le sens banal de l'expression ou dans le sens que l'expression a dans l'article 16 de la Constitution française. Cet article a été écrit, on le sait, en souvenir de l'effondrement de juin 1940 ; il arrive dans la vie des peuples, ou des groupes qui veulent se consi-

1. Voir *Théologie politique*, Gallimard, coll. « Sciences humaines », trad. Jean-Louis Schlegel, 1988, p. 15.

dérer comme des peuples, que leur existence soit en jeu. Revendiquer la souveraineté signifie d'abord qu'un peuple qui veut maintenir ou fonder un Etat veut assumer ces moments de solitude extrême, où la mort, individuelle ou collective, est en face, seul pour lui-même. Lorsque les blindés syriens ont dévalé le Golan, en octobre 1973, Israël a connu un de ces moments de « situation exceptionnelle » qu'il n'aurait été sans doute au pouvoir d'aucun autre Etat d'assumer à la place des Israéliens. Le vouloir-vivre ensemble que constitue une nation selon Renan (v. conférence à la Sorbonne du 11 mars 1882) se noue ou se dénoue en de telles « situations exceptionnelles ».

La revendication de souveraineté signifie également que la question de la légitimité politique demeure, que le théologico-politique, certes partiellement désenchanté, résiste à son absorption par l'économie. Comme le dit encore Carl Schmitt : « Tous les concepts prégnants de la théorie moderne de l'Etat sont des concepts théologiques sécularisés. Et c'est vrai non seulement de leur développement historique, parce qu'ils ont été transférés de la théologie à la théorie de l'Etat, du fait, par exemple, que le Dieu tout-puissant est devenu le législateur omnipotent, mais aussi de leur structure systématique, dont la connaissance est nécessaire pour une analyse sociologique de ces concepts. La situation exceptionnelle a pour la jurisprudence la même signification que le miracle pour la théologie. »¹ Inversement, une théorie formaliste comme celle de Kelsen écarte formellement le problème de la souveraineté : seule la hiérarchie des normes, sans situation exceptionnelle, y est analysée.

En effet, la généalogie weberienne de la modernité est insuffisante pour comprendre celle-ci. Comme le suggère Jean-Louis Schlegel : « Il n'est pas exagéré de dire que ce que Max Weber a voulu démontrer sur le terrain économique à partir du protestantisme, Schmitt le tente sur la sphère politique à partir du catholicisme. »² En effet, une genèse weberienne pourrait suggérer que le désenchantement du monde aboutit à la victoire de la rationalité bureaucratique-capitaliste dans la sphère de l'économie, déterminante dans l'ensemble de la société civile au terme du processus.

On pourrait ainsi imaginer, dans une « uchronie » au sens de Georges Vedel, que l'armée allemande ayant gagné à l'automne 1914 la bataille de la Marne aurait évité une longue guerre, le communisme, le nazisme et la seconde guerre mondiale, la

1. Voir *Théorie politique*, op. cit., p. 47.

2. Dans l'introduction à sa traduction de *Théologie politique*.

« guerre froide » ; la monnaie unique aurait existé dès 1914, ce qui aurait évité le traité de Maastricht et les crises monétaires de 1992-1993. Accessoirement, les Slaves du Sud germanisés n'auraient pas eu à inventer la Yougoslavie et l'actuelle crise yougoslave nous eût été épargnée. Une monnaie unique, une langue de culture dominante, l'allemand, aurait assuré une unification de fait de l'Europe, partagée peut-être avec une Russie maintenue. Mais cela ne s'est pas passé ainsi, et cela ne tient pas uniquement aux circonstances de la bataille de 1914. L'attachement à la souveraineté dans le cadre politique de l'Etat-nation, laïcisation du concept de Dieu, dont elle emprunte les principales caractéristiques logiques (caractère initial et suprême, autonomie et transcendance : Laferrière, vice-président du Conseil d'Etat de la fin du XIX^e siècle, dit : « Le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous sans qu'on puisse réclamer d'elle aucune compensation »), caractérise autant que le progrès économique la modernité. La revendication de souveraineté signifie donc, dans le cadre d'un désenchantement partiel du monde corrélé à un économisme croissant sur le long terme, que le problème de la légitimité politique, largement théologico-politique, si l'on veut faire une sociologie historique des concepts juridiques, ne cesse de se poser au cœur de la modernité apparemment la plus « économiste » : le paradigme de l'*homo economicus* rencontre une limite partielle dans la revendication de groupes humains à la souveraineté. Beaucoup d'Israéliens vivraient de manière plus prospère aux Etats-Unis, dont ils sont parfois originaires, mais ont préféré la revendication d'un Etat-nation juif : la revendication de la souveraineté est la face politique de la modernité.

On peut présenter le problème de manière différente. L'émergence de la nation comme forme sociopolitique est un fait dominant de l'histoire politique de ces deux derniers siècles. Du point de vue sociologique, il nous paraît possible de dire, dans la continuité des travaux d'Ernest Gellner¹, que la nation est un cas singulier d'acculturation à la modernité. D'une part, la nation déracine l'individu scolarisé et urbanisé des communautés (*Gemeinschaften* dans la terminologie des sociologues allemands classiques) locales et l'intègre dans un groupe plus global dont les idéologies d'intégration nationales, voire nationalistes, le persuadent qu'elle constitue une communauté naturelle, matricielle. Cet ensemble sociologique de rebricolage idéologique organiciste que constitue la nation inter-

1. Ernest Gellner, *op. cit.*

pose, ou veut interposer, entre le marché international, l'économie-monde et l'individu atomisé, une communauté de substitution, d'autant plus nécessaire que les autres cadres (religions, idéologies, familles) se trouvent érodés. Dans ce contexte général, la revendication de souveraineté est la transposition juridique du rebricolage sociologique que constitue la nation. La revendication de souveraineté est la rencontre, historiquement, entre un désenchantement rapide du monde dans le champ socio-économique (atomisation des individus, progrès techniques rapides) et un désenchantement seulement partiel dans le champ sociopolitique dont l'enracinement dans le théologico-politique est plus visible : la genèse weberienne et la genèse schmittienne de la modernité se rencontrent dans la revendication de la souveraineté.

La revendication de souveraineté constitue ainsi une acculturation à la modernité, au carrefour de la démocratisation, du désenchantement du monde et d'une persistance voilée du théologico-politique. Archaïque aux yeux de beaucoup, elle n'est cependant pensable que dans le cadre moderne de la culture politique de l'Etat-nation. N'oublions pas que Theodore Herzl est plus proche de nous dans le temps que Karl Marx (et s'agit-il seulement de chronologie ?), et que le Sarajevo de 1914 n'a pas empêché le Sarajevo de 1992.

RÉSUMÉ. — *La revendication de souveraineté traduit, chronologiquement et logiquement, la substitution de la « légitimité horizontale » du peuple souverain sur la « légitimité verticale » des régimes rattachés à la souveraineté divine.*

La raison ou la rationalité ne peut la fonder ou l'invalider. Elle est la transposition juridique du fait sociologique revendiqué et perçu que constitue la nation. Elle se situe au carrefour de la genèse weberienne de la modernité, où la société et l'économie sont le produit du « désenchantement du monde », et de la genèse schmittienne, où le théologico-politique, plus théologique qu'on le croit ou le veut, continue de structurer l'Etat et le politique.

OLIVIER BEAUD

*Le Souverain*¹

Le troisième volume de la biographie du général de Gaulle par Jean Lacouture qui portait sur les années de la V^e République fut sobrement intitulé *Le Souverain*. Le « Souverain » serait donc le chef d'un régime (la « Monarchie républicaine ») dont l'esprit plus monarchique que démocratique aurait été marqué par la personnalité et la pratique politique de son fondateur et lui aurait survécu. Mais la question que l'on se posera ici est la suivante : peut-on dire que le général de Gaulle, ou plus généralement le Président de la V^e République ou tout autre pouvoir de la V^e, serait le Souverain au sens *juridique* de ce terme ? Pourquoi dira-t-on invoquer ici le droit ? Tout simplement parce que le mot de Souverain a d'abord une signification juridique, même s'il a été ensuite transposé dans le domaine de la théologie ou dans le langage ordinaire.

I — LE SOUVERAIN EN GÉNÉRAL

La signification juridique du terme de Souverain est loin d'être univoque. Nous ferons même grâce au lecteur des innombrables définitions existantes du Souverain et procéderons de manière fort

1. Dans ce texte, nous avançons à la fois des hypothèses (§ III) et des thèses (v. les § I et II), thèses forcément non démontrées ici faute de place, mais dont la démonstration est faite dans notre ouvrage *La puissance de l'État* (PUF, coll. « Léviathan », sous presse). On trouvera une critique de ces « thèses » d'un point de vue de théorie du droit dans l'ouvrage de O. Cayla, *La théorie de la signification en droit* (à paraître dans la même collection et tiré de sa thèse de doctorat, Paris II, 1992).

peu « scientifique » en proposant la définition dogmatique suivante : « Le Souverain est la personne qui détient et exerce le pouvoir *suprême*, c'est-à-dire la personne qui, sans être contrôlée, crée librement le droit positif. » Le Souverain détient donc un pouvoir *absolu* au sens juridique du terme. Exposons alors les présupposés que contient une telle définition, tirée des auteurs les plus compétents en la matière (Bodin, Hobbes et Rousseau).

Selon le premier de ces présupposés, il faut admettre que le Souverain est un homme qui détient un pouvoir d'ordre essentiellement *politique*. Plus exactement, il gouverne *l'Etat*. Toutes les autres utilisations de ce terme dans d'autres contextes sont purement métaphoriques et négligeables pour notre propos. On éliminera donc de cet exposé toutes les autorités qui prétendent être le « Souverain » par un abus de langage. Par exemple, bien que disposant d'une autorité infaillible et incontrôlable en matière de dogmes, le « Souverain pontife » n'est pas un véritable Souverain. Ce dernier, se rapportant nécessairement à l'Etat, est une autorité laïque qui a su concurrencer victorieusement le représentant de l'Eglise. Par là même, on écarte de la catégorie du Souverain non seulement toutes les autorités religieuses, mais aussi toutes les autorités (césaro-papistes ou autres) qui cumulent le pouvoir civil et le pouvoir religieux. De même, on écarte tous les chefs politiques qui gouvernent non pas des Etats, mais des entités politiques d'une autre nature (Cité, Empire, Fédération, tribus, etc.).

Le second de ces présupposés porte sur la notion de *personne* souveraine incluse dans notre définition liminaire. De quelle personne s'agit-il ? Très souvent, on lit que le Souverain n'est autre que l'Etat. Une telle assertion implique le plus souvent d'opposer le Souverain *in abstracto* (l'Etat) au Souverain *in concreto* (la personne physique). Cette imputation de la qualité de Souverain à l'Etat est très utile en droit international où l'on envisage l'Etat dans sa relation avec autrui, comme un individu face à un autre individu. Elle permet d'envisager deux Etats comme deux sujets de droit en postulant ainsi une volonté de la part de chacun de ces deux Etats. Mais cette définition extensive du Souverain n'est pas satisfaisante selon nous.

C'est ici que se situe *le nœud du problème*. Dire que le Souverain crée librement du droit, c'est dire qu'il exerce un pouvoir qui s'exprime principalement par des normes juridiques. Or, là où il y a un pouvoir et des normes juridiques, il y a une instance douée de *volonté* qui exerce ce pouvoir. Cette volonté ne peut jamais être le fait d'une entité impersonnelle, mais elle est toujours une décision

prise par un individu ou un groupe d'individus doués de volonté, et donc capables de prendre des décisions. Plus exactement, le pouvoir n'est jamais exercé abstraitement, mais concrètement. De même, le conflit de pouvoir n'est pas un conflit de personnes ou de normes abstraites, mais un conflit de personnes qui exercent ce pouvoir.

Il faut donc conclure sur ce point essentiel en disant que l'exercice du pouvoir implique une volonté qui l'exerce (et des volontés qui y sont soumises) et qu'une telle volonté appelle une instance concrète. Ainsi, le Souverain est une *instance* (soit une personne, soit plusieurs personnes physiques) qui exerce le pouvoir. En d'autres termes, il existe un lien indissociable entre, d'un côté, le pouvoir et le droit, et, de l'autre, la « personne concrète » qui l'exerce et sa volonté.

Une fois acceptée cette prémisse, on peut alors expliquer plus facilement pourquoi ni l'Etat ni le droit ne peuvent être le « Souverain » dont on essaie ici de parler. L'Etat n'a pas de volonté, car, comme aiment à le rappeler les juristes avec un peu d'humour, personne n'a jamais ni serré la main de l'Etat, ni dîné avec lui. De même que le Souverain au sens strict du terme n'est pas l'Etat, il ne peut pas plus être *le droit* ou *la norme* située au sommet de la hiérarchie des normes. Cette norme suprême (aujourd'hui la Constitution, hier la loi du Souverain) ne peut pas être qualifiée de souverain sans un abus de langage, car elle n'est pas douée de volonté. Elle est un produit de l'action d'un homme ou d'un groupe d'hommes. Ainsi se trouve éliminée l'hypothèse de la « souveraineté de la Constitution » ou de la Constitution comme Souverain ; une telle expression n'a pas de sens. Enfin, on n'acceptera pas davantage la thèse fort à la mode de la souveraineté démocratique comme « lieu vide du pouvoir » qui ne fait d'ailleurs que reprendre sous un nouvel habillage le vieux *topos* de la « souveraineté de la Raison » chère aux doctrinaires et à Guizot. Comme celle-ci, elle méconnaît la donnée fondamentale ci-dessus exposée de la dimension concrète de l'exercice du pouvoir.

Pourtant, dira-t-on, la volonté du Souverain *doit* être imputée à l'Etat, c'est-à-dire attribuée à une personne abstraite qui est son support. Le Souverain est le « Souverain représentant », comme Hobbes écrit parfois. Et il est indéniable que souveraineté et représentation ont partie liée, non pas tant à cause de la question de la démocratie qu'en raison de ce que le Souverain agit toujours « au nom de l'Etat ». Ainsi, et il faut souligner ce point, l'existence du Souverain comme instance concrète est indissociable de l'Etat qui

est le support et le bénéficiaire de son action. Mais, quoique liées, ces deux notions d'Etat (d'Etat « représentatif ») et de Souverain sont distinctes. Le Souverain relève de l'ordre de la volonté, du synchronique (du réel ?), tandis que l'Etat est de l'ordre de l'institution (de l'intemporel et de l'impersonnel) et de la représentation (de la fiction ?). L'Etat est le lieu d'imputation de l'action, mais il n'est jamais le moteur de cette action. Quand on dit qu'il est une « unité d'action et de décision », on veut dire par là qu'on lui attribue le bénéfice des actions et décisions du Souverain. Et le droit est le conducteur, le vecteur ou le transformateur, qui fait passer la volonté du Souverain en ordre de l'Etat. Mais, de ce que le droit joue cette fonction de médiateur, on ne peut pas déduire qu'il (ou l'ordre juridique) est le Souverain.

Enfin, le dernier présupposé contenu dans la notion de Souverain tient à l'existence d'un pouvoir absolu. Ce pouvoir absolu n'est pas un pouvoir « arbitraire » ou « totalitaire », mais il est en droit, un pouvoir incontrôlable. Autrement dit, les normes issues de sa volonté sont incontestables et définitives. Une telle conception exclut l'intervention d'un tiers, que ce soit en amont ou en aval de la décision : en amont, parce que le Souverain ne reconnaît aucun droit de veto ou de codécision à une autorité politique tierce, en aval parce qu'il ne reconnaît pas davantage à une autorité juridictionnelle le soin de contrôler sa décision. En termes plus communs, il n'y a jamais deux Souverains dans le même Etat : il y a unicité du Souverain. Par conséquent, le Souverain concentre le pouvoir de décision de sorte que son existence exclut l'idée de véritable séparation des pouvoirs, même s'il existe une possible distinction de fonctions.

De cette explicitation de la définition initiale, il ressort cette idée finalement commune d'après laquelle *le Souverain exerce seul le pouvoir dans l'Etat*. Mais, si les diverses précisions ci-dessus apportées éliminent de faux problèmes, elles soulèvent immédiatement de vrais problèmes. Le plus grand d'entre eux, celui sur lequel on s'arrêtera, est évidemment de concilier cette définition du Souverain avec l'Etat constitutionnel. Un tel Etat semble être la parfaite négation de l'idée même du Souverain conformément à l'opposition entre la vision libérale et la vision « absolutiste » du pouvoir. D'abord, l'idée du constitutionnalisme selon laquelle aucune autorité politique n'est soustraite au respect du droit et de la Constitution semble radicalement contraire à l'idée du pouvoir « absolu » d'un Souverain qui refuse tout contrôle et toute limitation de son pouvoir (objet même d'une constitution). Ensuite

parce que le principe de séparation des pouvoirs s'oppose diamétralement à la concentration des pouvoirs manifestée et revendiquée par l'expression du Souverain. Pour ces deux raisons, il n'y aurait pas de place pour un Souverain dans un Etat constitutionnel, et il serait donc déplacé d'évoquer la question d'un Souverain sous la V^e République (qui est bien l'objet de notre propos). Pourtant, il semble nécessaire de nuancer cette affirmation en énonçant une double thèse à propos de la V^e République : il existe un Souverain qui est « au-dessus de la Constitution » et il peut exister un pseudo-Souverain qui agirait « hors-la-Constitution ». Le premier est le peuple souverain, et le second, un magistrat constitutionnel.

II — LE SOUVERAIN « AU-DESSUS DE LA CONSTITUTION »

S'il ne peut pas y avoir en théorie constitutionnelle de Souverain « dans la Constitution », il existe en revanche un Souverain « au-dessus de la Constitution ». Ce Souverain, c'est le détenteur du pouvoir qui fait et défait les constitutions, c'est-à-dire le titulaire du *pouvoir constituant*. La charte coloniale du Massachusetts énonce que le pouvoir constituant est un « pouvoir suprême, souverain, absolu et incontrôlable ». Une telle formule met immédiatement sur la voie d'une idée capitale : le Souverain se situe *au-dessus de la Constitution*, comme le Souverain classique était au-dessus de la loi. Le Souverain constituant est *constitutione solutus*, comme le Prince souverain était *legibus solutus*. Il est libre d'abroger ou d'abolir les constitutions existantes.

On pourrait donc conclure, comme beaucoup l'ont fait, à une simple *continuité* entre la souveraineté monarchique et la souveraineté démocratique. Certes, la souveraineté constituante du peuple emprunte sa forme à la souveraineté du Prince ; la Constitution est un commandement de l'Etat comme la loi et, de l'autre, elle est libre d'abroger les constitutions existantes. Mais il existe des différences sur lesquelles il faut tout de suite insister pour ne pas laisser croire à une identité des deux souverainetés. D'une part, la Constitution-norme rend compte de l'irruption du peuple comme acteur juridique dans un monde dont il avait été, jusque-là, écarté. Elle témoigne du lien étroit entre le pouvoir constituant et la démocratie moderne, lien par ailleurs attesté par l'exemple des deux grandes révolutions, américaine et française, fondatrices de l'ordre constitutionnel moderne. D'autre part, le

contenu et l'objet de la Constitution n'ont rien à voir avec celui de la loi du Prince. Alors que la souveraineté monarchique est un instrument de concentration du pouvoir, la Constitution comme expression du pouvoir constituant du peuple vise à limiter la puissance publique. Cette nature libérale de la Constitution se traduit en droit notamment par l'impossibilité d'assimiler le pouvoir absolu de la puissance constituante à un pouvoir d'abrogation de la Constitution.

Toutefois, la comparaison entre le Prince souverain et le Constituant souverain n'a pas pour seul mérite de découvrir une symétrie formelle, elle permet surtout de rendre compte d'un processus souvent négligé ou passé sous silence : *la souveraineté constituante du peuple*. En d'autres termes, si la démocratie a un sens juridique, c'est d'abord parce que le peuple intervient comme titulaire du pouvoir constituant, c'est-à-dire celui qui *détient et exerce* le pouvoir constituant. Dans un premier temps, le peuple constituant fut « représenté » par une Assemblée constituante, avant de devenir progressivement (fin XIX^e et XX^e siècle) son propre maître en étant l'auteur même de l'œuvre constituante.

Le problème est qu'on peut difficilement découvrir cette souveraineté du peuple constituant en lisant la Constitution. En effet, l'auteur de la Constitution disparaît derrière son œuvre, de même que l'artiste derrière son œuvre d'art. Pour découvrir cette souveraineté cachée, il faut aller la chercher dans les préambules ou dans les formules de promulgation de la Constitution. C'est là que s'affiche l'autoproclamation de sa souveraineté par le Souverain. En revanche, la souveraineté qui s'affiche, celle qui est citée par les dispositions du texte constitutionnel (art. 3 Const. 1958), est en réalité une *pseudo-souveraineté*, car elle est inscrite « dans la Constitution », c'est-à-dire limitée par la Constitution. Or, le gouvernant hétéro-limité par le droit n'est plus le Souverain, mais un simple magistrat constitutionnel. Dès lors, le peuple en tant qu'autorité « constituée » ne peut jamais être qualifié de Souverain, et pas même dans son activité de « révision constitutionnelle » (art. 89 ou art. 11) où il est une autorité qui doit respecter les conditions de forme et surtout de fond posées à toute révision constitutionnelle par la Constitution elle-même.

Cette thèse du peuple souverain uniquement en matière constituante se heurte au moins à deux objections de nature différente. Selon la première, défendue par les tenants de la conception « néo-absolutiste » de la souveraineté, le peuple est toujours Souverain, quelle que soit la Constitution. Une telle conception

voudrait faire du peuple le Souverain dès qu'il est sollicité (« appelé ») par les gouvernants pour trancher un problème constitutionnel. Elle a été notamment défendue par le général de Gaulle en 1962 et pendant tout son mandat. Mais elle méconnaît le fait capital que la démocratie n'exclut pas le constitutionnalisme, mais au contraire s'appuie sur lui. La seconde objection est de théorie du droit. On dira que cette construction du peuple comme Souverain méconnaît la condition posée au départ selon laquelle le Souverain doit être une instance concrète. Le peuple ne serait pas une personne au sens physique du terme, mais une personne aussi abstraite que l'Etat. Toutefois, le peuple dont on parle ici n'est pas une pure et vaine abstraction. Il s'agit du peuple comme corps électoral qui s'exprime sous la forme d'un référendum, *référendum constituant*, par lequel il prend en main son destin politique. C'est donc bien un groupe d'individus qui prend une décision constituante, et, en tant que tel, ce peuple n'a rien à voir avec l'Etat, lieu d'imputation de son action. Certes, c'est le droit qui organise l'imputation de la majorité électorale à l'ensemble des électeurs et au « peuple » ou à la « nation », et c'est également le droit qui organise la procédure grâce à laquelle le peuple concret pourra s'exprimer lors de la votation constituante. Mais, comme plus haut, le droit est ici un médiateur, un vecteur, le canal par lequel s'exprime le Souverain qui peut créer librement le droit et se donner la Constitution qu'il veut. On peut donc conclure sur ce point en disant que le peuple souverain, en sa qualité de corps collectif, n'est pas moins concret que l'Assemblée constituante, organe aussi délibératif. Il n'y a pas de différence de nature entre l'imputation de la majorité des voix parlementaires à l'Assemblée constituante qu'entre l'imputation de la majorité électorale au corps des citoyens.

S'il fallait absolument souligner des différences entre le Souverain-peuple et le Souverain-Prince, il faudrait alors en invoquer deux. La première, d'ordre procédural, porte sur l'absence de pouvoir d'initiative du peuple qui le distingue du Prince souverain dans une matière essentielle si l'on admet avec Hauriou que le pouvoir d'initiative est le premier des pouvoirs. Sauf les rares cas où le peuple peut enclencher la procédure constituante (en 1945 en France ou en Suisse), il est le plus souvent contraint de ratifier ou non un projet ou une proposition de Constitution (1958). C'est donc sur la détermination intellectuelle du contenu de la Constitution que se manifestent les limites du pouvoir du peuple. Le Souverain constituant a pour essentielle prérogative de « sanc-

tionner » ou de ratifier la Constitution. La seconde différence porte cette fois sur la finalité du Souverain. Le contenu et l'objet de la Constitution ratifiée par le peuple n'ont rien à voir avec ceux de l'ordre du Souverain monarche. La Constitution comme expression du pouvoir constituant du peuple vise à limiter la pouvoir. Le seul véritable conflit possible tient au conflit potentiel entre l'idée libérale de la Constitution, acte juridique encadrant l'action de l'Etat, et la décision toujours possible d'un peuple qui suivrait un despote (un « usurpateur ») plutôt qu'un législateur à la Rousseau.

III — LE SOUVERAIN « HORS-LA-CONSTITUTION » : LE MAGISTRAT SOUVERAIN

On a vu que le Souverain, dans l'acception ici retenue, ne peut exister « dans la Constitution » puisque le pouvoir constituant est seul souverain et les pouvoirs constitués sont non souverains. Ceux-ci sont des *magistrats constitutionnels* (des pouvoirs publics) soumis à la Constitution. L'Etat constitutionnel serait donc l'Etat dans lequel un gouvernant serait toujours magistrat et jamais souverain. Il y a *usurpation de la souveraineté* seulement lorsque l'un des pouvoirs constitués s'arroe le pouvoir constituant. Ce fait est très rare et ne survient que lors des changements de régime. La pratique courante connaît moins cette usurpation de souveraineté « constituante » que la concentration du pouvoir ordinaire de Gouvernement aux mains d'un seul homme ou d'un groupe d'hommes. Nous appelons ce phénomène la « souveraineté de Gouvernement » et la personne titulaire de ce pouvoir, le *magistrat souverain* (et non pas le Souverain gouvernant qui laisserait penser à l'existence de deux Souverains). Cette formule du magistrat souverain désigne la situation paradoxale d'un pouvoir situé au-dessus des autres pouvoirs publics — pouvoir suprême — mais théoriquement limité et donc hétéro-limité par la Constitution — idée du magistrat. Son existence ne résulte pas d'une violation de la Constitution, mais de la pratique constitutionnelle créatrice du droit. En revanche, elle est une négation de l'*idée constitutionnelle*, car un des pouvoirs constitués tend à concentrer tous les pouvoirs sans la responsabilité qui devrait accompagner. C'est pour spécifier le caractère anormal de cette hypothèse que l'on propose de dire d'un tel magistrat souverain qu'il est *hors-la-Constitution*. Une telle notion a une double signification. Selon la première, le magistrat constitutionnel (une

autorité constituée) se serait *arrogé* le droit de devenir le pouvoir suprême de Gouvernement, et il l'est devenu, *malgré* la Constitution. Dans un autre cas, il serait le magistrat souverain *en vertu* de la Constitution ; c'est le cas particulier de la suspension de la Constitution, des circonstances exceptionnelles.

Le magistrat souverain malgré la Constitution. — Sous la V^e République, la question d'un potentiel Souverain en marge de la Constitution ne se pose que pour le Président de la République, et le cas échéant pour le juge. Le Parlement est en effet hors de course. On sait que sous la III^e et la IV^e il pouvait prétendre à ce titre de magistrat souverain puisqu'il édictait librement des lois qui étaient suprêmes car incontestables, et gouvernait de fait par l'étroit contrôle qu'il faisait peser sur un Gouvernement ligoté. Depuis 1958, la situation a diamétralement changé. Il n'a d'ailleurs pas fallu attendre les décisions du Conseil constitutionnel des années 70 et 80 (notamment celle sur les nationalisations et sur la Nouvelle-Calédonie) pour savoir que le Parlement avait perdu sa souveraineté. Dès 1958, le Parlement n'était plus le Souverain car son domaine d'activité était circonscrit (art. 34 et 37), son travail législatif minutieusement réglementé (art. constitutionnels sur la procédure législative et également contrôle du « règlement intérieur ») et son activité contrôlée par un organe spécialement créé pour le surveiller (le Conseil constitutionnel).

On nous pardonnera donc d'abandonner si vite le Parlement et de le laisser au triste sort que lui réserve la Constitution de la V^e. Allons donc droit au but, c'est-à-dire au Président de la V^e République. Le Président qui mérite notre attention est celui qui domine la pratique constitutionnelle depuis que de Gaulle l'a fixée : c'est le Président, arbitre actif ou même super-actif de l'Etat. Il ne sera donc pas tenu compte ici ni des différentes intentions du constituant sur l'organisation des pouvoirs, ni de la cohabitation, simple « round d'observation » (Vedel) entre deux tours électoraux. Seul compte le Président tel qu'il apparaît dans la réalité politico-constitutionnelle ; lui seul peut revendiquer le titre de Souverain ou de « monarque républicanisé » tant il correspond au type de l'homme exerçant l'intégralité du pouvoir. Pour le démontrer, nous nous appuierons sur les trois prérogatives que nous qualifions de « prérogatives de souveraineté », qu'il détient et exerce seul et sans contrôle.

La première de ces prérogatives est le *pouvoir d'évocation* dont s'est emparé le Président. Celui-ci a la faculté de se saisir de toute affaire qu'il juge importante. Il peut aussi bien s'occuper de « l'ave-

nir de la France dans le monde » que de l'avancement de tel ou tel fonctionnaire ou de tel ou tel plan d'architecture. Le Président a donc la « compétence de sa compétence », un pouvoir d'autodétermination de sa compétence. La prérogative régaliennne d'évocation nous invite à oublier la fable du « domaine réservé » présidentiel qui laisserait supposer une répartition matérielle des compétences entre Président et Premier ministre. Nous sommes donc bien loin des articles 20 et 21 du texte constitutionnel. La pratique constitutionnelle nous enseigne la complète subordination du Premier ministre au Président. Un tel pouvoir d'évocation peut se manifester juridiquement sous diverses formes : soit le plus classiquement par l'exercice du pouvoir réglementaire présidentiel, avec les aménagements qu'on connaît, reconnus par la jurisprudence du Conseil d'Etat, soit par un pouvoir d'instruction ou de réformation dont l'expression est le plus souvent officieuse ou plus exactement coutumière.

La seconde des « prérogatives de souveraineté » du Président est son *pouvoir de nomination* (art. 13). Cette faculté de nommer est souvent passée sous silence, car elle n'est pas un pouvoir normatif et n'entre pas dans les notions canoniques du droit constitutionnel qui sont dominées (sinon paralysées) par les idées de hiérarchie des normes et de trilogie des fonctions juridiques. Or, quoique non normatif, ce pouvoir de nomination est un pouvoir politiquement capital grâce auquel le Président décide de pourvoir seul aux postes importants de l'Etat en les réservant à ses fidèles (« les hommes du Président »), et se constitue des clientèles (chose assez facile) et les garde (chose plus difficile). Le pouvoir de nomination est un « pouvoir de patronage » (Hauriou). Centralisé entre les mains d'un seul homme, un tel pouvoir autorise une confusion entre, d'un côté, le pouvoir politique et, de l'autre, le pouvoir administratif ou le pouvoir économique. Bref, il est un fantastique instrument de concentration des pouvoirs au profit du chef de l'Etat.

Enfin, la troisième prérogative de souveraineté est incontestablement le droit du Président de solliciter le peuple à tout moment (art. 11, art. 12, art. 89). Par cet appel au peuple, le Souverain *hors-la-Constitution* qu'est le Président sollicite le Souverain *au-dessus de la Constitution*. Il collabore avec le peuple non seulement pour court-circuiter d'autres pouvoirs, mais éventuellement pour passer par-dessus la Constitution. C'est cette collaboration entre un Président solliciteur et un peuple « ratificateur » qui constitue le pilier de la démocratie plébiscitaire de la V^e République.

Mais si ces trois prérogatives sont des « prérogatives de souve-

raineté », c'est parce qu'elles s'exercent sans contrôle, ou plutôt sans véritable contrôle d'un tiers. Il n'y a pas d'abord de responsabilité politique en raison de l'irresponsabilité présidentielle (art. 68), scorie des régimes parlementaires précédents. Depuis la fin de la démocratie plébiscitaire gaullienne, cette irresponsabilité politique, que l'actuel Président n'a pas craint de justifier au nom de la « tradition républicaine », domine le schéma constitutionnel français et déséquilibre encore plus notre système institutionnel, renforçant la magistrature souveraine du Président. A cette irresponsabilité politique s'ajoute une sorte d'immunité juridique des actes du Président. Laissant ici de côté la justice politique (Haute Cour), on notera d'abord que le juge constitutionnel ne contrôle aucune de ces trois prérogatives, soit parce qu'il est constitutionnellement incompétent pour le faire, soit parce qu'il s'est lui-même reconnu incompétent (3^e prérogative). Le juge administratif est peut-être mieux placé pour ce qui concerne les deux premières prérogatives, mais, celles-ci mettant en œuvre un pouvoir largement discrétionnaire du Président, il est souvent impuissant à le contrôler. En outre, tout juge se trouve mal à l'aise face à des prérogatives qui prennent souvent des formes « coutumières », faiblement normatives et donc difficilement contrôlables par l'office du juge.

Il n'aura pas échappé au lecteur qu'une telle présentation tranche par avance la question d'une éventuelle souveraineté *juridictionnelle*. Le développement impressionnant de la jurisprudence constitutionnelle lors de ces dernières années a conduit certains juristes à soutenir non seulement que le Conseil constitutionnel serait un « colégislateur » du fait de sa participation à l'édiction du contenu des lois ordinaires, mais encore qu'il serait un « coconstituant » en créant des « règles » à valeur constitutionnelle pour contrôler les lois du Parlement. Il disposerait donc d'une souveraineté ou d'une « quasi-souveraineté » en raison de son pouvoir de « dernier ressort » en matière de contrôle des lois. Toutefois, sans même évoquer les lacunes inévitables du contrôle du Conseil (incompétence matérielle et concurrence avec les autres juridictions), on se contentera d'objecter à cette idée qu'un juge ne peut jamais être le Souverain : d'abord parce qu'il ne peut jamais se saisir lui-même d'une affaire, et ensuite et surtout parce que sa mission est non pas de « gouverner » ou d'agir, mais de trancher des litiges.

Il existe donc des éléments en faveur de la thèse selon laquelle le Président serait le magistrat souverain dans le cadre de la

Constitution française de 1958. En désignant néanmoins ce Souverain de *hors-la-Constitution*, nous souhaitons marquer que cette transformation du Président, simple magistrat constitutionnel en magistrat souverain, était contraire à l'idée constitutionnaliste de limitation et de séparation des pouvoirs. Le danger à terme est celui de l'*usurpation de souveraineté*, c'est-à-dire l'usurpation de la souveraineté du peuple. Si la Constitution n'était plus du tout respectée, le peuple serait demain à la merci de son Président représentant, tout comme il était hier à la merci de « son » Parlement souverain. Ainsi, la France serait vouée à la malédiction de voir encore un Souverain *de facto* se substituer à un Souverain *de jure* (le peuple).

Le magistrat souverain en vertu de la Constitution. — Il faut distinguer le pouvoir selon les périodes en opposant le droit constitutionnel normal d'un droit constitutionnel de crise. On sait que, dans cette dernière situation, tout concourt à une concentration des pouvoirs très proche de celle dont bénéficie le Souverain. On sait que la Constitution de 1958 contient avec son article 16 sur les circonstances exceptionnelles, une sorte de « Constitution de réserve ». Le fait d'abroger cet article ne changerait d'ailleurs absolument rien au problème, car toute Constitution risque un jour ou l'autre d'être suspendue, s'il faut la sauver en cas de péril. Une telle suspension de la Constitution peut se faire « sans texte » tant il est vrai qu'un principe général de droit constitutionnel n'a pas besoin d'une norme pour s'appliquer. L'article 16 a donc pour seule particularité d'être inscrit dans la Constitution. Tout semble indiquer qu'il instaure un Souverain d'exception ou attribue une « réserve de souveraineté » à une personne — le Président — qui détient, pendant un laps de temps déterminé, l'intégralité des pouvoirs afin de sauver la République.

On a l'habitude de scruter le sens et la portée des limites prévues par cette habilitation (alinéas 2, 3 et 4). Certes un tel contrôle juridictionnel des « mesures » prises dans le cadre de l'habilitation de l'article 16 peut réparer des « injustices » commises par le pouvoir. Mais ce contrôle nécessairement *a posteriori* s'avère fondamentalement inadapté et insuffisant, car il ne peut pas faire revivre certains faits passés sous l'empire d'un tel article. Le véritable problème juridique consiste à qualifier correctement la position de la personne investie des « pleins pouvoirs ». Une telle personne n'est pas un *Souverain*, mais un *dictateur* conformément à une distinction que Rousseau, toujours aussi perspicace, avait pris soin de faire (*Contrat social*, IV, 6). Le dictateur est un magistrat constitu-

tionnel d'un type particulier chargé de suspendre la Constitution pour mieux la protéger. Il est un « commissaire » au sens juridique du terme puisqu'il est mandaté pour exercer une charge exceptionnelle pour un temps limité. A cet effet, il détient et exerce un pouvoir absolu, mais il l'exerce de manière purement temporaire, et il en use seulement pour appliquer ses « mesures » non pas à tous les individus, mais seulement à ceux qui menacent la Constitution.

Traditionnellement, le dictateur est un pouvoir neutre, un mandataire du peuple, indépendant des pouvoirs publics ordinaires. Sous la V^e République, la difficulté naît de ce que le dictateur constitué est en même temps le Président de la République, un magistrat constitutionnel ordinaire. Dès lors, le danger vient du *cumul* au profit un même gouvernant d'un pouvoir ordinaire important (v. *supra*) avec ce pouvoir extraordinaire. Ce Président est à la fois le magistrat souverain en temps normal et aussi ce magistrat souverain exceptionnel en temps de crise. Ce n'est donc pas l'idée de dictature constitutionnelle qui est par nature dangereuse, c'est son organisation combinée avec une présidence forte.

Comme on espère l'avoir montré, la V^e République connaît une tension très forte entre, d'une part, l'idée constitutionnaliste selon laquelle il n'y a de Souverain qu'« au-dessus de la Constitution » et jamais « dans la Constitution » et, d'autre part, la pratique constitutionnelle qui tend à conférer au Président un pouvoir qui normalement ne devrait appartenir qu'au peuple dans sa formation constituante. Pour exprimer cette tension, il vaut mieux selon nous ne pas distinguer deux types de Souverain (constituant et de Gouvernement), mais opposer conceptuellement le Souverain-peuple et le magistrat souverain pour faire droit à la distinction essentielle entre pouvoir constituant et pouvoir constitué.

RÉSUMÉ. — *Le Souverain est la personne qui exerce seule le pouvoir politique dans un Etat. Dans les démocraties constitutionnelles, et sous la V^e République, le Souverain est le peuple comme détenteur du pouvoir constituant, et les gouvernants ne sont que des magistrats constitutionnels.*

JEAN COMBACAU

*Pas une puissance,
une liberté :*
*la souveraineté internationale
de l'Etat*

— Je voudrais faire le poids de la souveraineté.

— Ecris un traité de droit international.

Roger Vailland, *La fête*,
Gallimard, 1960, p. 25.

Quand, dans un ouvrage destiné à fournir de fermes appuis conceptuels — c'est ce qu'on attend en premier lieu d'un dictionnaire spécialisé —, vous lisez dès l'abord de la rubrique « Souveraineté » qu'elle est « un principe abstrait désignant l'instance détentrice de l'autorité légitime »¹, énoncé certainement exact mais certainement partiel, vous êtes tenté de vous demander s'il était bien utile que, voilà quatre-vingts ans, Carré de Malberg se donnât la peine de dégager la multiplicité des sens revêtus par le mot de souveraineté dans la pratique constitutionnelle et dans l'usage savant. Les voici, tels que lui-même les énonçait après les avoir soigneusement distingués : « Dans son sens originare, il désigne le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante, et en particulier de la puissance étatique. Dans une seconde acception, il désigne l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'Etat, et il est par suite synonyme de

1. P. Bouretz, in *Dictionnaire constitutionnel*, sous la dir. d'O. Duhamel et Y. Mény, PUF, 1992, p. 989 ; v° « Souveraineté ». On notera que cette définition est la reprise de l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation », dans un énoncé qui en rend possible la généralisation au-delà du cas particulier de la « souveraineté nationale ».

cette dernière. Enfin il sert à caractériser la position qu'occupe dans l'Etat le titulaire suprême de la puissance étatique, et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe.»¹

Voilà trois définitions nominales, et qui ne prétendent à aucune réalité : elles ne disent pas ce qu'est la souveraineté mais ce que l'usage désigne de ce nom, et du reste, en droit, il n'y a pas de choses, il n'y a que des noms de choses. Par conséquent, elles ne sont vraies ou fausses que par rapport à un fait social, c'est-à-dire rendent compte ou non de ce que la pratique appelle souveraineté ; nulle signification essentielle ne peut être attribuée au mot, par la vertu naturelle de son étymologie ou par la force historique d'un premier usage qui disqualifierait comme déviants tous les usages ultérieurs ; ce qui peut arriver toutefois, c'est que l'ignorance, l'oubli ou le mépris d'un de ses sens, qui sont les seules causes des malheurs des concepts et de la corruption des mots qui les expriment, brouillent l'intelligence du mythe politique, interne et international, auquel renvoie l'usage de ce mot fabuleux.

Dans la définition citée dès l'abord, le dernier de ces sens apparaîtrait seul, et c'est de tous le plus étroitement tributaire de la tradition constitutionnelle française. Contrairement aux deux autres, l'attribut auquel il se rapporte n'est pas celui de l'Etat mais du titulaire de la puissance qui lui est reconnue : ce qui est souverain ici, c'est le roi, ou la nation, ou le peuple, qui ne se confondent ni avec l'Etat ni avec ses organes ordinaires. En effet, et c'est là la contradiction fondatrice de notre théorie constitutionnelle, le titulaire de la souveraineté est originaire, antérieur à la Constitution et à l'Etat qu'elle consacre, et c'est cette qualité plus que toute autre qui lui vaut d'être dit souverain en tant qu'il ne dérive de rien ni de personne dans l'ordre du droit : une fois éliminée l'hypothèse de la transcendance du pouvoir, il n'est la création de quiconque si ce n'est de lui-même, procédant par auto-institution. Dans cette perspective, qualifier de souverain le peuple ou la nation, c'est à la fois exprimer le mythe français de la constitution du corps politique et désigner l'« organe » qui, fût-ce pour en déléguer le plus souvent l'exercice, jouit de la puissance étatique.

Mais, en déclarant que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum », l'article 3 alinéa 1^{er} de la Constitution de 1958 évoque la souveraineté dans deux sens à la fois. Dans le sens 3 certes, puis-

1. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1920, t. I, p. 79, au n° 30 ; sur la souveraineté, v. plus généralement les p. 69 à 88.

qu'il désigne le titulaire du pouvoir suprême dans l'Etat, que la Constitution n'institue pas et dont tout au plus elle consacre l'existence par un acte reconnaissant, et de qui les organes constitutionnellement institués procèdent par dérivation. Mais en même temps dans le sens 2, puisqu'il ne voit pas dans la souveraineté la qualité ou la quantité d'une substance mais cette substance même ; non pas un degré de la puissance mais des compétences, des pouvoirs, des droits..., des attributs juridiques quels qu'ils soient, dont quelqu'un peut être titulaire et que quelqu'un peut exercer, une chose enfin, qu'exprime un nom plutôt qu'un adjectif et qui peut « appartenir » à un sujet au lieu de lui être attribuée en tant que prédicat.

Or, c'est à une tout autre idée que se rapporte le mot de souveraineté pris dans son sens 1 et, sans qu'on puisse le dire meilleur ou plus vrai que les deux autres, il rend compte d'un usage qu'il faut identifier et distinguer de ses rivaux si on veut voir clair dans l'utilisation qui en est faite dans l'ordre international et si, quant à son articulation avec l'ordre interne, on entend rendre compte de la jurisprudence constitutionnelle relative aux « limitations de souveraineté » auxquelles la France consent selon l'alinéa 15 du préambule de la Constitution de 1946.

LA SOUVERAINETÉ COMME QUALITÉ DE LA PUISSANCE ÉTATIQUE

Dans ce sens, le seul qui nous retiendra désormais, la souveraineté est un degré de la puissance d'Etat, et ce degré est le plus élevé de tous. Il s'agit donc d'une qualité attachée à la souveraineté-substance, et qui en détermine le poids : elle qualifie les pouvoirs, les compétences, etc., qui deviennent compétences souveraines, pouvoirs souverains et ainsi de suite, affectés d'un degré superlatif qui exclut que soit attribué à un sujet autre que l'Etat souverain (sens 2) ou à un porteur de la puissance d'Etat autre que le titulaire de la souveraineté (sens 3) un titre à l'exercice sur lui d'une puissance légale.

Pour s'en tenir à l'Etat lui-même, la souveraineté au sens 1 comporte deux aspects, dans lesquels la doctrine publiciste classique a clairement vu les deux faces du même objet-Etat, placé dans le plan où l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international entrent en contact¹. Au regard du premier, l'Etat souverain est plus puissant

1. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, p. 71 au n° 26 ; J. Laferrrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Domat-Montchrestien, 1947, p. 359 ; L. Le Fur, *Etat fédéral et confédération d'Etats*, Marchal & Billard, 1896, p. 444, etc.

en droit qu'aucune des collectivités publiques secondaires qu'il inclut et qu'aucun de ses sujets et des leurs ; la souveraineté désigne ici une puissance suprême prise dans son aspect positif, comportant le pouvoir de briser la résistance des sujets et des rivaux potentiels ; elle s'apprécie par comparaison avec tout ce qui est intérieur à la sphère de l'État et inférieur à lui. Au regard du second au contraire, on dit de l'État qu'il est souverain après avoir recherché hors de lui et au-dessus de lui une autorité légale et n'en avoir pas trouvé ; suprématie encore, mais qui se définit cette fois négativement comme le fait de n'être le sujet de personne, qualité purement privative de la puissance d'État, qui ne comporte ni même n'implique par elle-même aucun pouvoir et qui, à la limite, pourrait être reconnue à un être qui en serait totalement dépourvu : est souverain le sujet sans sujets à assujettir, s'il n'est l'assujetti d'aucun sujet...

On le voit, la puissance d'État prise en tant que substance n'a rien à faire ici, où il ne s'agit que de sa qualité, et on ne peut attacher aucune signification à des propositions qui utilisent le vocabulaire de la souveraineté pour exprimer des pouvoirs positifs de l'État. Ainsi de la « souveraineté territoriale », si l'on entend par là la puissance de l'État spatialement compétent plutôt que l'impuissance de tous les autres ; ou inversement l'absence de souveraineté dans un espace, qui est une expression totalement dépourvue de sens. Est de même infondée la confrontation traditionnelle entre souveraineté et propriété ; on voit bien ce qu'elle veut suggérer, le pouvoir sur des personnes d'un côté, le pouvoir à raison d'un bien de l'autre, c'est-à-dire en réalité l'*imperium* et le *dominium*, dont l'un ne peut appartenir qu'à une personne publique quand l'autre n'est le privilège d'aucun sujet de droit ; mais quelle comparaison est possible entre deux termes qui appartiennent à des ordres différents ? la propriété est en elle-même un pouvoir, quand la souveraineté n'est que la qualité découlant pour un être de son statut d'État tel qu'il résulte du droit international, et attachée aux pouvoirs qui y sont inclus mais non confondue avec ces pouvoirs mêmes. Au bout du compte, le français et les racines qui le lient au latin médiéval (*superanus*) rendent mieux compte de l'institution internationale de la souveraineté que l'équivalent latin classique auquel ont recouru les premiers théoriciens modernes de l'État souverain¹ : celui-ci ne saurait tirer de cette qualité même une *summa potestas*, car la souveraineté n'est pas la puissance suprême mais la suprématie de la puissance.

1. A. Truyol y Serra, *Souveraineté*, *Arch. Philo. Dr.*, t. 35, 1990, 313-326, p. 314.

LA LIBERTÉ LÉGALE DE L'ÉTAT

Si, comme on vient de le dire, la souveraineté internationale n'est pas un pouvoir, mais une qualité du pouvoir que le droit international reconnaît par ailleurs à l'Etat, et si cette qualité est de n'être pas soumise à un pouvoir supérieur, alors elle s'analyse comme une liberté, la liberté qu'a l'Etat de faire ce qui est en son pouvoir. Le sens d'une telle liberté doit être précisé, si l'on veut percevoir la signification juridique de la souveraineté internationale prise comme institution légale et non comme pur fait.

Dans l'état de nature, chacun fait ce qu'il veut, absolument, dans les seules limites de ses possibilités naturelles ; les comportements des individus ne sont pas « réglés » mais décidés par chacun cas par cas en considération de ses intérêts et en pure opportunité ; la légalité y est inconcevable, faute même de la clef de voûte qui validerait en droit les promesses que se feraient les individus relativement à leurs conduites futures. A cette anomie de l'état de nature s'oppose l'autonomie des êtres qui en sont sortis pour reconnaître entre eux un mode légal de régulation des comportements ; il veut d'une part que ceux-ci soient, sinon déterminés de façon complète, du moins encadrés par des règles limitant la possibilité pour les sujets d'agir en pure opportunité (c'est l'autonomie) ; d'autre part qu'elles n'émanent pas de l'extérieur mais (et c'est l'autonomie) qu'ils en soient eux-mêmes les auteurs ou qu'au moins ils aient eux-mêmes individuellement consenti à se les rendre opposables. C'est dans ce cadre-là que doit se comprendre la souveraineté, institution de la liberté légale des Etats distinguée de la liberté naturelle dont jouissent hors du droit les êtres qu'il n'a pas constitués en « sujets » ; il rend concevable le paradoxe du souverain obéissant qui, « autolimité » par des règles qu'il a consenti à tenir pour obligatoires à son égard, n'obéit qu'à lui-même en s'y conformant.

Mais, dira-t-on, comment prendre au sérieux une limitation qui ne procède que du sujet limité, et le souverain ne peut-il invoquer sa qualité même pour se délier d'une règle par laquelle il a une fois contraint ses comportements futurs, le jour où cette contrainte vient à lui peser ? Cela dépend de ce qu'on entend par ce verbe « pouvoir ». Qu'il le puisse matériellement, cela ne fait pas de doute, comme on peut toujours manquer à une prescription, les normes légales n'ordonnant que ce que les lois physiques ne déterminent pas elles-mêmes ; et c'est bien pour cela qu'il faut mettre en place les mécanismes qui l'empêchent de le faire (distingués des normes qui ne

peuvent que le lui interdire) ou qui l'en dissuadent. Mais les moyens que, une fois sorti de l'état de nature, l'Etat conserve de faire dévier sa conduite des règles qu'il s'est données, ces moyens-là n'ont pas plus à voir avec sa souveraineté que les moyens de frauder le fisc avec la liberté du contribuable. Si on définit la liberté légale, distinguée de la liberté naturelle, comme la faculté d'agir comme on l'entend dans les limites du droit — et on ne croit pas qu'il y ait d'autre façon de le faire, sauf à confondre l'univers du devoir-être avec celui de l'être —, le fait pour l'Etat de se soumettre à des règles, en tant qu'il est non pas une collectivité de fait naturellement libre mais un être ayant internationalement accédé au statut légal d'Etat souverain, est une limitation réelle de sa liberté légale.

A lui dès lors de décider librement de l'usage qu'il fera de cette liberté initiale, inhérente à son statut. Passé ce qui s'impose à lui en tant que donné statutaire, l'Etat est originairement libre d'agir sans règles ou de se donner dans son ordre juridique interne des règles que ne détermine aucune prescription propre à l'ordre international. Pour des raisons de fait qui tiennent principalement à ce qu'il ne peut obtenir des autres qu'ils règlent leur conduite envers lui qu'en acceptant de régler sa conduite envers eux, il renonce largement à cette liberté initiale pour souscrire des engagements internationaux, dont l'ensemble dessine les limites de sa liberté résiduelle. Elles diffèrent d'un moment à l'autre et d'un Etat à l'autre selon l'usage qu'il a fait de sa liberté actuelle de renoncer à sa liberté future : le droit international n'est pour chaque Etat que la somme de ces limitations de sa liberté légale primitive. Partout où il l'a laissé intervenir, il a consenti à voir les autres Etats s'intéresser licitement à son comportement, même le plus intime en apparence ; dès lors qu'un Etat s'est engagé internationalement envers un ou plusieurs autres, fût-ce sur un objet aussi interne que le traitement de ses propres sujets sur son propre territoire ou l'organisation de ses pouvoirs publics constitutionnels, ses partenaires sont aussi parfaitement fondés à lui demander des comptes sur la façon dont il s'en acquitte qu'il l'est de son côté dans ses relations avec eux : rien dans ces regards réciproques ne heurte la souveraineté. Mais qu'un autre Etat s'inquiète de l'usage qu'il fait de sa liberté dans un domaine où il se l'est réservée, ou plus encore qu'il cherche à l'infléchir, il s'« ingère » alors dans une affaire intérieure, intérieure non par nature mais parce que l'Etat visé l'inclut encore dans l'enceinte de sa liberté résiduelle¹.

1. V. *infra* l'article de Ph. Bretton.

Particulièrement typique du mécanisme de la souveraineté internationale est la présomption de liberté qu'elle consacre nécessairement au profit de l'Etat. Celui-ci n'est pas, comme les organisations internationales par exemple, une créature dérivée tenant son existence en droit, sa personnalité légale, sa capacité et ses pouvoirs d'une communauté internationale qui les lui attribuerait, mais un sujet initial à qui elle peut tout au plus les reconnaître comme résultant de son existence de fait ; et du coup sa liberté aussi est originaire, inhérente à son statut, déjà là lorsque l'Etat apparaît en droit et là toujours dans son intégralité aussi longtemps qu'il n'en a pas entamé le capital. Si d'autres Etats invoquent contre lui une règle d'où résulterait qu'il ne peut pas faire une certaine chose, c'est à eux qu'il incombe de prouver à la fois qu'elle existe comme règle et qu'elle fait droit dans leur relation de sujet à sujet. Les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument pas, telle est en effet l'affirmation péremptoire de la Cour de La Haye¹ d'où résulte le caractère essentiellement second du droit international : au commencement était le droit interne, comme expression de la liberté qu'a l'Etat d'agir unilatéralement, par ses règles comme par ses prescriptions individuelles, jusqu'à ce qu'il renonce à sa glorieuse liberté de principe pour se *civiliser*, mais se civiliser en souverain, sans assujettissement, en réglant sa conduite de pair à pair. Il renonce alors soit à la régir seul pour partager un pouvoir naguère exclusif, soit à la régir discrétionnairement pour en encadrer l'exercice dans les limites d'autres règles élaborées en commun et désormais tenues pour supérieures à ses règles propres.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL :
SOVERAINETÉ EXTÉRIEURE OU « SOVERAINETÉ NATIONALE » ?

Cette vision de la souveraineté, c'est sans aucun doute celle qu'offre le droit international ; mais il n'est pas douteux non plus qu'elle est presque entièrement étrangère à celle qui résulte du droit constitutionnel français. Elle ne rend évidemment pas compte des sens 2 et 3, pour les raisons qu'on a dites, et ce n'est donc pas de cette souveraineté-là que l'article 3, alinéa 1^{er} détermine le titulaire : la souveraineté 1 n'est pas un ensemble de pouvoirs dont le peuple jouirait et qu'il exercerait lui-même ou par représentation,

1. Cour permanente de Justice internationale, arrêt du 7 septembre 1927, *Affaire du « Lotus »*, série A, n° 10, p. 18.

c'est la suprématie de ce pouvoir en tant qu'il appartient à l'Etat. Par conséquent, il devrait être inutile de chercher dans cette disposition des éclaircissements sur une conception française de la souveraineté externe, car ce n'est pas d'elle qu'elle traite ni que traite l'ensemble du titre I^{er} de la Constitution sous la formule « De la souveraineté ». C'est pourtant ce que fait ou paraît faire le Conseil constitutionnel lorsque, confronté dans le cadre de l'article 54 (ou dans celui de l'article 61 parfois) à la question de savoir si la souveraineté de la France serait mise en péril par la conclusion d'un engagement international, il s'interroge sur sa compatibilité avec la souveraineté « nationale », se référant ainsi à l'article 3. Ainsi, pour s'en tenir aux décisions les plus connues, en va-t-il dans celles qui ont conclu à la compatibilité avec la Constitution des dispositions relatives au budget des Communautés et aux ressources propres (n° 70-39 DC, 19 juin 1970) et à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct (n° 76-71 DC, 29-30 décembre 1976), du protocole n° 6 additionnel à la convention de sauvegarde des droits de l'homme (n° 85-188 DC, 22 mai 1985) et de la convention d'application de l'accord de Schengen (n° 91-294 DC, 25 juillet 1991) ou à l'incompatibilité partielle du traité sur l'Union européenne (n° 92-308 DC, 9 avril 1992). La plupart se rapportent au contenu des pouvoirs de l'Etat, dont le Conseil détermine s'ils sont altérés par l'engagement, en ce qu'il comporterait un « transfert de souveraineté » (n° 76-71) ou porterait atteinte aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » (n° 85-188 mais aussi, bien avant elle, n° 70-39), ou ferait l'un et l'autre à la fois (n° 91-294)¹ et, comme l'ont justement remarqué des commentateurs², le mot de souveraineté ne peut désigner dans un tel contexte que la somme des compétences et des pouvoirs inclus dans la puissance étatique et pas leur degré, qui est impropre à toute opération de division ou de transfert.

Pourtant, même si cette représentation substantialiste de la souveraineté domine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, elle laisse une place à la représentation rivale, celle qui met l'accent sur l'exclusivité de la puissance étatique ; c'est qu'elle seule

1. Sur le rapport alternatif ou cumulatif des deux qualifications, v. la mise au point de M. Genevois dans son commentaire de la décision n° 92-308, *Rev. fr. Dr. adm.*, 1992, 373-403, p. 382 s.

2. P. Gaïa, *Le Conseil constitutionnel et l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne*, Economica & Pr. Univ. Aix-Marseille, 1991, p. 316-317 ; v. a. L. Favoreu et L. Philip, Election au suffrage universel direct des membres de l'Assemblée européenne, *Rev. Dr. publ.*, 1977, 129-166, p. 160.

est compatible avec l'alinéa 15 du préambule de la Constitution de 1946¹, auquel une place doit nécessairement être faite, mais qui semble toujours devoir payer tribut à l'envahissant article 3, alinéa 1^{er}. Elle apparaît par exemple, sans référence précise mais contradictoirement encombrée d'un hommage au principe de « souveraineté nationale », dans la décision concernant la convention d'entraide judiciaire franco-allemande (n° 80-116 DC, 17 juillet 1980), où le passage que voici n'est compréhensible que par rapport au préambule et n'aurait aucun sens dans la perspective de l'article 3 : la convention « n'apporte aucune atteinte à la règle qui découle du principe de la souveraineté nationale, selon laquelle les autorités judiciaires françaises, telles qu'elles sont définies par la loi française, sont seules compétentes pour accomplir en France, dans les formes prescrites par cette loi, les actes qui peuvent être demandés par une autorité étrangère au titre de l'entraide judiciaire en matière pénale (...) » ; autrement dit : la convention respecte la souveraineté française pour autant qu'elle ne permet ni aux autorités étrangères de mener des opérations d'exécution matérielle sur le territoire français ni aux autorités françaises de substituer l'application d'une loi étrangère à une loi française d'ordre public, ce qui est un bon résumé du principe d'exclusivité de l'Etat sur son territoire, tel qu'il se formule en droit international comme corollaire de sa souveraineté ; du reste, les autorités judiciaires n'ayant pas le statut de « représentants » au sens du droit constitutionnel français, aucun titulaire de la souveraineté nationale n'est ici en cause, et c'est donc bien celle de l'Etat qu'on redoutait de voir entamée par la conclusion du traité.

Même dans cette formulation cependant, la vision française de la souveraineté est encore bien éloignée de celle du droit international. Sans doute, dans sa jurisprudence relative aux « conditions d'exercice de la souveraineté nationale », le Conseil a admis la constitutionnalité de certains engagements sous des conditions de réciprocité dans la conclusion (n° 70-39 et 92-308)² et de réver-

1. « Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix. » Rappelons que la pratique n'a pas tenu compte de la restriction matérielle qui résulte de ces derniers mots, et que c'est sur cette base que repose l'appartenance de la France aux Communautés.

2. En réalité, il ne s'agit pas d'engagements proprement réciproques, mais de ce qu'on appelle en droit international des engagements interdépendants, où le consentement de chacun a pour cause juridique celui de tous les autres et où celui-ci est donc la condition de celui-là ; c'est bien de cela qu'il s'agit dans le traité sur l'Union européenne.

sibilité (n° 85-188 et 91-294) ; faire ainsi des circonstances de l'engagement et de la présence ou non dans le traité de clauses de dénonciation ou de modification une condition de sa compatibilité avec la souveraineté de l'État, comme plus manifestement encore subordonner sa validité à la garantie que l'État gardera le pouvoir d'empêcher qu'une décision ne soit prise ultérieurement contre son gré au sein d'une organisation internationale (n° 92-308), c'est certainement se situer dans le droit fil de la conception internationaliste. Mais c'est là une tendance minoritaire, et ce qui domine dans les décisions du Conseil, c'est l'examen du fond des traités, dont il lui importe de savoir s'il entame la souveraineté française.

INDISPONIBILITÉ DES ATTRIBUTS ÉTATIQUES ?

Or, poser ainsi la question, c'est — et on ne verra pas dans cette assertion un jugement de valeur — se tenir à l'écart du critère qui, en droit international, permet de déterminer si un engagement est ou non compatible avec la souveraineté de l'État. Malgré l'apparition de mécanismes qui, tel celui du *jus cogens*, tendent à subordonner la validité des traités au respect d'un ordre public international, le principe d'autonomie de la volonté règne encore en maître dans un monde où aucun super-État n'a qualité pour déterminer ce que les États peuvent vouloir conventionnellement, et où la validité des stipulations et des promesses ne dépend à peu près jamais de la licéité de ce qui est promis et stipulé mais de la régularité formelle des actes qui les incorporent, c'est-à-dire pratiquement de la réalité du consentement de celui qui promet. L'état du droit a-t-il fondamentalement changé depuis que la Cour de La Haye a déclaré en 1923 « se refuse[r] à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un État s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté »¹ ? Certes, ajoutait-elle, « toute convention engendrant une obligation de ce genre apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'État, en ce qu'elle imprime à cet exercice une direction déterminée. Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'État ». Si on prend soin de remarquer que

1. *Affaire du vapeur « Wimbledon »*, arrêt du 17 août 1923, CPJ, série A, n° 1, p. 25.

ce *dictum* n'a trait qu'à l'exercice du pouvoir de l'Etat et paraît ainsi limiter sa portée aux cas où il ne l'aliène pas irréversiblement, ce qui recoupe les précautions du Conseil constitutionnel qu'on vient de rappeler, il en ressort que l'Etat peut brider autant qu'il le juge bon sa liberté future, pourvu qu'il le fasse dans le plein exercice de sa liberté actuelle.

Existe-t-il cependant en droit international des libertés indisponibles, et l'Etat peut-il réduire indéfiniment la sphère de sa liberté résiduelle ? Qu'il puisse valablement s'anéantir comme Etat, par exemple en se fondant avec d'autres dans un Etat fédératif nouveau ou, comme l'a fait la RDA, en s'abîmant dans un Etat existant, cela ne fait aucun doute ; mais la réponse n'est peut-être pas aussi manifeste à la question suivante, qui est toute différente : peut-il renoncer à n'importe laquelle de ses compétences et contraindre ses pouvoirs quels qu'ils soient, et persister néanmoins dans sa qualité d'Etat au sens international, dont la souveraineté est un élément statutaire ? On n'accorde plus guère d'attention à la doctrine des « droits fondamentaux de l'Etat », qui était un lieu commun de la littérature internationaliste à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e encore, et son défaut de rigueur justifie certainement pour partie le discrédit où elle est tombée¹ ; on aurait tort en revanche de négliger ceci : il peut y avoir, dans ce qui constitue la puissance actuelle de l'Etat, des éléments qui feraient partie de son concept même, et desquels il ne pourrait se dessaisir, que ce soit par aliénation ou par suspension même momentanée ou, si ces mots ont une signification quelconque, par limitation ou par transfert. Leur indisponibilité ne tiendrait pas à un choix politique qui dessinerait quelque part une frontière entre ce qui est permis et ce qui ne l'est pas au regard de la souveraineté, mais à une impossibilité logique de persister dans la qualité d'Etat en ayant renoncé à certains éléments qui en composent le statut, tel qu'il est objectivement établi par le droit international. Ce qui interdirait alors à l'Etat de se conserver, ce n'est pas tant que ces pouvoirs lui manquent, car, contrairement à l'artichaut sénatorial², l'Etat se laisse sans

1. V. la remarquable mise au point de F. Poirat, La doctrine des droits fondamentaux de l'Etat, *Droits*, n° 16, 1992, 83-91, aux conclusions de laquelle on se rallie pour l'essentiel. V. a. S. Rials, La puissance étatique et le droit dans l'ordre international. Eléments d'une critique de la notion usuelle de « souveraineté externe », *Arch. Philo. Dr.*, t. 32, 1987, 189-218, spéc. p. 208 s.

2. Mémoire du 13 août 1992 à l'appui de la saisine relative au traité sur l'Union européenne, *JORF*, 3 septembre 1992, 12104 s., au point XXIII.

obstacle majeur dépouiller de ses feuilles une à une ; c'est qu'ils appartiennent à un autre sujet — organisation internationale ou Etat, peu importe — qui, en les exerçant à son égard, lui ferait perdre sa position suprême et le rabaisserait d'un degré dans l'échelle des sujets. Privation de liberté et non privation de puissance, c'est sans doute sous cet angle-là qu'il convient de s'interroger sur la position de la France comme Etat au sein de l'ensemble fédéral auquel elle appartient désormais.

RÉSUMÉ. — *La souveraineté de l'Etat telle que l'entend le droit international n'est pas un ensemble de pouvoirs sur des sujets, c'est le fait purement négatif de n'être pas soi-même sujet. Une liberté par conséquent, et que n'altèrent pas dans son principe les engagements par lesquels un Etat restreint de son plein gré son pouvoir d'agir suivant ses règles propres.*

PHILIPPE BRETTON

Ingérence humanitaire et souveraineté

Ingérence : Si l'on se réfère à un ouvrage faisant particulièrement autorité en matière de définition des termes juridiques, le *Vocabulaire juridique*, publié sous la direction du doyen Cornu (PUF, 1990, p. 425), on constate que ce mot a deux sens différents en droit interne : soit il désigne une immixtion sans titre dans la gestion des affaires d'autrui, soit il vise une infraction consistant pour un fonctionnaire public à s'immiscer dans des affaires incompatibles avec son statut... Ce n'est évidemment pas dans de tels sens à connotation nettement péjorative que les promoteurs de l'ingérence humanitaire ont entendu se placer lorsqu'ils ont entrepris d'obtenir sa reconnaissance. Il est vrai que le droit international public étant apparu postérieurement aux droits nationaux, les emprunts de l'un aux autres en matière de vocabulaire ont été fréquents, avec les réserves d'usage sur la pertinence de la transposition des mots recouvrant des situations ou des concepts différents : mandat et tutelle en sont un bon exemple.

Il n'en demeure pas moins que les tenants de cette notion ont bien conscience des critiques que la qualification de ce nouveau concept juridique suscite, ce qui explique certainement que M. Kouchner ait récemment proposé « droit d'urgence humanitaire » (La guerre à la guerre, in *Le Monde* du 16 juin 1993). Encore que cette tentative de substitution ne soit pas pleinement convaincante non plus, car la référence à l'urgence ne vise que les circonstances devant justifier une éventuelle intervention animée par des mobiles purement humanitaires, elle ne met pas en évi-

dence le « noyau dur » de cette nouvelle institution, l'élément essentiel qui la fait entrer en conflit avec la souveraineté nationale de l'Etat, c'est-à-dire le fait que des éléments étrangers, relevant d'un Etat, d'une organisation intergouvernementale ou d'une organisation non gouvernementale pénètrent sur le territoire d'un Etat tiers pour venir en aide à une population se trouvant dans un état particulièrement critique, alors que les autorités locales s'avèrent dans l'incapacité de l'assister, quand elles ne sont pas responsables de cette situation, et à supposer qu'il existe encore un appareil étatique digne de ce nom ; ce qui n'est pas le cas partout comme le tragique exemple de la Somalie le montre.

Il est vrai qu'il y a des mots qui sont chargés d'un tel poids que leur utilisation est de nature à réveiller des querelles anciennes et des passions non éteintes. Il s'agit évidemment du mot « intervention », au sujet duquel on ne peut que citer un passage célèbre de l'arrêt rendu par la CIJ en 1949, dans l'affaire du canal de Corfou opposant le Royaume-Uni et l'Albanie, dans lequel la Cour, pour stigmatiser le comportement de la marine britannique qui après avoir perdu deux navires de guerre ayant sauté sur des mines dans des eaux préalablement déminées pour les débarrasser des restes de la seconde guerre mondiale, avait unilatéralement procédé à un nouveau déminage, pour saisir des pièces à conviction, en vue de demander à l'Albanie la réparation des préjudices subis.

Ce passage est le suivant : « Le prétendu droit d'intervention ne peut être envisagé que comme la manifestation d'une politique de force, politique qui, dans le passé, a donné lieu aux abus les plus graves et qui ne saurait, quelles que soient les déficiences présentes de l'organisation internationale, trouver aucune place dans le droit international » (*Recueil*, 1949, p. 35).

Si les interventions politiques, notamment de la part des deux grandes puissances, ont été fréquentes à partir de 1945, tant dans leur sphère d'influence directe qu'en dehors, on peut relever que dans un certain nombre de cas, l'Etat intervenant a cherché à légitimer son action militaire en invoquant une institution internationale ancienne, l'intervention d'humanité. A ce sujet également, une simple citation vaut quelque fois mieux qu'un long commentaire. Elle est empruntée à un auteur du début du siècle, Rougier, qui dans un article paru dans la *RGDIP*, 1910, p. 52, écrivait ceci : « Toutes les fois qu'une puissance interviendrait dans la sphère de compétence d'une puissance, elle ne fera jamais

qu'opposer sa conception du juste et du bien social à la conception de cette dernière, en la sanctionnant au besoin par la force. Son action tendra en définitive à englober un Etat dans sa sphère d'influence morale et sociale, en attendant de l'englober dans sa sphère d'influence politique. Elle le contrôlera pour se préparer à le dominer. Ainsi l'intervention d'humanité apparaît comme un moyen ingénieux d'entamer peu à peu l'indépendance d'un Etat pour l'incliner progressivement vers la mi-souveraineté. » Toute l'ambiguïté de nombre d'interventions dites d'humanité était ainsi parfaitement exposée.

Un peu moins d'un siècle plus tard, ayant l'occasion de se prononcer sur la notion d'intervention humanitaire dans le litige opposant le Nicaragua et les Etats-Unis, la CIJ, dans l'arrêt sur le fond rendu le 27 juin 1986, devait énoncer une conception restrictive de ce genre d'intervention en ces termes : « Pour ne pas avoir le caractère d'une intervention condamnable dans les affaires intérieures d'un autre Etat, non seulement l'assistance doit se limiter aux fins consacrées par la pratique de la Croix-Rouge, à savoir "prévenir et alléger les souffrances des hommes" et "protéger la vie et la santé et faire respecter la personne humaine" ; elle doit aussi, et surtout, être prodiguée sans discrimination à toute personne dans le besoin au Nicaragua, et pas seulement aux contras et à leurs proches. »

On voit donc très bien quelle atteinte une telle intervention, à supposer que sa finalité soit effectivement inspirée par des mobiles purement humanitaires, peut représenter pour la souveraineté d'un Etat. Certes, la souveraineté étatique n'est plus, en cette fin du XX^e siècle, un absolu, et nombreuses sont ses limitations, tant conventionnelles et consenties qu'unilatérales et imposées (voir Bretton, *Relations internationales contemporaines*, LITEC, 1993, p. 73 et s.). Mais de là à admettre qu'un Etat ou un groupe d'Etats, une organisation interétatique ou une organisation non gouvernementale puisse décider d'intervenir sur le territoire d'un autre Etat à des fins humanitaires, en présentant cette action tantôt comme un véritable droit, tantôt même comme une obligation, un devoir, il y avait un pas malaisé à franchir. C'est pourtant ce qui a été récemment fait et que l'on peut considérer comme une étape dans l'entreprise de moralisation du droit international public et des relations internationales (I), mais qui n'évite pas le risque d'une politisation de l'humanitaire avec tous les aléas qui peuvent en découler (II).

I — L'INGÉRENCE HUMANITAIRE : ÉTAPE DANS L'ENTREPRISE
DE MORALISATION DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC
ET DES RELATIONS INTERNATIONALES

Il convient d'exposer d'une part les origines et les fondements de l'ingérence humanitaire (A) et d'autre part ses principales manifestations (B).

A / *Origines et fondements de l'ingérence humanitaire*

Le point de départ « doctrinal » de cette notion nouvelle peut être très précisément situé, il s'agit d'une initiative conjointe prise par un professeur de droit, M. Bettati, et un médecin, M. Kouchner, qui organisèrent en 1987 à Paris un colloque sur le thème *Droit et morale humanitaire*, qui devait ensuite faire l'objet d'une publication aux Editions Denoël sous le titre *Le devoir d'ingérence*. De nombreuses personnalités participèrent à cette rencontre, venant des horizons professionnels les plus différents, mais il convient de noter qu'y prirent la parole tant le Président de la République, M. Mitterrand, que le Premier ministre (de l'époque), M. Chirac.

Il semble que l'origine lointaine de cette entreprise puisse être liée directement à la guerre du Biafra, c'est-à-dire à la tentative de sécession d'une partie du Nigeria, qui entre 1967 et 1970 donna lieu à une guerre civile particulièrement sanglante, finalement remportée par le pouvoir central, le dogme de l'intégrité territoriale dans les frontières héritées de la colonisation l'emportant sur le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, car dans l'optique des Etats du Tiers Monde, ce dernier ne saurait être invoqué que contre une puissance coloniale ou « raciste » pour s'affranchir de sa domination.

L'affaire du Bangladesh, en 1971, fut considérée comme un précédent regrettable dont il était préférable qu'il ne se reproduisît point. Au cours de la guerre du Biafra, la Croix-Rouge internationale, qui était intervenue pour apporter une aide humanitaire à la population biafraise encerclée et assiégée, fit l'objet d'actions hostiles de la part des forces armées nigérianes, se traduisant notamment par des attaques délibérées contre les hôpitaux. Un groupe de médecins français, parmi lesquels figurait M. Kouchner, estima à partir de ce moment-là qu'une aide humanitaire impartiale apportée sans discrimination, comme celle de la Croix-Rouge, était dépassée, dès lors que l'une des parties, le pouvoir central en l'espèce, se livrait à un massacre des populations adverses dans des

conditions susceptibles de tomber sous le coup de l'accusation de génocide. Il fut le fondateur de l'ONG, Médecins sans frontières en 1971, et huit ans plus tard, suite à des divergences entre ses membres sur l'opportunité d'intervenir en mer de Chine pour recueillir des *boat-people*, M. Kouchner créa une autre ONG, Médecins du Monde. L'exemple fut suivi *ratione personae* avec la création d'autres ONG, comme Pharmaciens sans frontières, Marins sans frontières, Vétérinaires sans frontières, sans que naturellement les Français aient le monopole de ce genre d'initiative que l'on retrouve dans nombre d'Etats occidentaux, en Europe et aux Etats-Unis.

L'accession en France à des fonctions ministérielles de deux médecins se réclamant de l'ingérence humanitaire, le D^r Malhuret à l'époque de la première cohabitation, puis le D^r Kouchner, allait avoir une incidence directe sur l'officialisation de telles activités, notamment en 1988 lorsque fut créé le secrétariat d'Etat à l'action humanitaire, placé auprès du Premier ministre mais sous la tutelle « gestionnaire » du ministère des affaires étrangères (voir en particulier le récent ouvrage de Marie-Christine Delpal, *Politique extérieure et diplomatie morale, le droit d'ingérence humanitaire en question*, avec une préface de Pierre Dabczies, Fondation pour les études de défense nationale, 1993, p. 48 et s.).

Quant au fondement de l'ingérence humanitaire, il est très facile à dégager : c'est tout simplement le droit à la vie, tel qu'énoncé par différents textes internationaux, depuis la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (art. 3), en passant essentiellement par les deux pactes des Nations Unies de 1966 sur les droits civils et politiques (art. 6) et les droits économiques et sociaux (art. 12). En effet l'ingérence humanitaire peut être considérée comme le prolongement naturel du droit à la vie face à toutes les formes d'atteintes qui peuvent lui être portées, qu'il s'agisse de meurtre, de famine, de manque de nourriture, de manque de soins, quelles qu'en soient les origines, volonté humaine (dans le cas du meurtre) ou de phénomènes naturels (tremblement de terre, raz de marée, éruption volcanique). Voir à ce sujet l'article de Marie-José Domestici-Met, Aspects juridiques récents de l'assistance humanitaire, *AFDI*, 1989, p. 117, et surtout celui de Mario Bettati, Un droit d'ingérence ?, *RGDIP*, 1991, p. 639, qui insiste bien sur la volonté des promoteurs de l'ingérence humanitaire de vouloir faire consacrer dans l'ordre juridique international le droit de secourir les victimes de toutes les « catastrophes », tant naturelles que politiques, à travers les frontières étatiques.

B / *Les principales manifestations de l'ingérence humanitaire*

La formalisation juridique de l'ingérence humanitaire passe naturellement par l'ONU afin d'obtenir sa reconnaissance par l'ensemble de la société internationale. On peut opérer une distinction fondée sur la nature de l'organe qui a eu à en connaître, à savoir l'AG d'abord, le CS ensuite.

— S'agissant en premier lieu de l'AG, c'est à l'initiative de la France qu'elle a adopté à ce sujet deux résolutions successives, en 1988 et en 1990. La première, la 43/131 du 8 décembre 1988, intitulée « Assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles ou autres situations du même ordre », repose en grande partie sur la notion d'urgence qui impose de ne pas laisser sans assistance les victimes en leur reconnaissant un droit à être secourues sans entraves, étant entendu que l'Etat concerné conserve un rôle premier dans l'initiative, l'organisation, la coordination et la mise en œuvre de l'assistance humanitaire, les autres Etats et les organisations humanitaires n'intervenant que si cet Etat n'est pas en mesure de le faire. La partie la plus importante de ce texte était la proclamation du principe du libre accès aux victimes qui ne devrait être entravé ni par l'Etat en cause ni par les Etats voisins. Le hasard fit que cette résolution eut l'occasion d'être appliquée au lendemain même de son adoption, lorsqu'un important séisme ravagea l'Arménie (alors encore soviétique) et que l'URSS, manifestement dépassée par l'ampleur du sinistre, accepta l'envoi sur son territoire de nombreux médecins, sapeurs-pompiers, logisticiens et même journalistes français sans visa. La seconde, la 45/100 en date du 14 décembre 1990, porte sur les couloirs d'urgence humanitaire. Empruntant au droit de la mer la notion de droit de passage inoffensif reconnu aux navires de guerre dans la mer territoriale, elle se présente comme une consécration du principe du libre accès aux victimes en instituant à leur profit « un droit de passage sanitaire », limité dans l'espace, le temps, l'objet, l'exercice. Elle comprend également des dispositions relatives à l'évaluation de l'ampleur des catastrophes afin d'adapter les secours aux besoins des victimes. Deux applications subséquentes allaient avoir lieu, l'une au Sud-Soudan, affecté gravement par la famine, l'autre au nord de l'Irak, suite à la guerre du Golfe, pour venir en aide aux populations kurdes, l'une et l'autre en 1991.

Ces deux résolutions furent adoptées selon la procédure de non-objection, c'est-à-dire par consensus, sans vote, donc sans opposition formelle de quelque délégation que ce soit, ce qui représentait un

incontestable succès pour la diplomatie française. Mais nombre d'États, du Tiers Monde en particulier, ne cachèrent pas leurs réticences devant les notions de secours immédiat et d'accès aux victimes de crainte qu'elles ne légitiment des atteintes à leur souveraineté nationale. (Œuvre de l'AG, ces résolutions n'ont que la valeur de recommandation, ne mettant pas de véritables obligations à la charge des États. Une authentique consécration juridique passerait par la conclusion d'un traité en bonne et due forme, ce qui a été fait dans le cadre interaméricain par une convention adoptée par l'OEA le 12 juin 1991 pour faciliter l'assistance en cas de désastres naturels, encore qu'elle subordonne l'intervention des organisations humanitaires à l'accord de l'État intéressé. Il est vrai que les États latino-américains sont extrêmement sourcilleux sur le chapitre du respect de la souveraineté nationale comme vient de le montrer l'adoption par l'OEA fin juin 1993 à Managua d'une Déclaration pour la promotion de la démocratie et du développement qui est d'une grande « orthodoxie » de ce point de vue (*Le Monde* des 20-21 juin 1993).

— S'agissant en second lieu du CS, c'est dans des circonstances tout à fait particulières qu'il a été conduit à adopter la résolution 688 du 5 avril 1988 à l'issue de la guerre du Golfe, également à l'initiative de la France (voir Delpal, *op. cit.*, p. 76, et Chantal Carpentier, la résolution 688 (1991) du Conseil de Sécurité : quel devoir d'ingérence ?, in *Études internationales*, juin 1992, p. 279). Alors que les textes précités avaient été adoptés par l'organe délibérant, l'AG, sans être dotés d'une force obligatoire, quand bien même l'adoption par consensus reflétait sinon l'adhésion de tous les États membres de l'ONU, tout au moins l'absence d'opposition déclarée de l'un d'entre eux (encore qu'il soit politiquement inopportun pour un État de faire obstacle à la procédure de non-objection) cette résolution était l'œuvre de l'organe décisionnel, le CS. Deux parties de la population de l'Irak, les Kurdes au nord et au nord-est du pays, les Chiites au sud, se soulevèrent contre le régime au pouvoir à Bagdad (encouragées à le faire par certaines déclarations américaines) ce qui provoqua une répression armée sévère de la part du pouvoir central, d'où un exode massif des populations décimées tant vers la Turquie que vers l'Iran. L'impact médiatique de la situation dramatique dans laquelle des centaines de milliers de réfugiés se trouvèrent fut considérable, encore que l'Iran ayant interdit aux journalistes étrangers l'accès de son territoire, les seules images reçues provenaient de la frontière avec la Turquie. Les États membres de la coalition contre l'Irak ne pouvaient demeurer passifs, et c'est dans ces conditions que le projet de résolution d'ori-

gine française, parrainé par les Etats-Unis, le Royaume-Uni et la Belgique, fut adopté le 5 avril 1991 par dix voix pour, trois contre (Cuba, Yémen, Zimbabwe) et deux abstentions (Chine et Inde). Cette résolution ayant été abondamment citée et commentée, on peut se contenter d'en rappeler l'essentiel. D'abord il faut relever qu'elle prend soin (est-ce un hommage rendu par le vice à la vertu ?) de se référer à l'article 2, § 7, de la charte, qui interdit à l'ONU de s'immiscer dans les affaires intérieures des Etats membres. Ensuite le CS ne manque pas de se justifier en rappelant les obligations qui sont les siennes en vertu de la charte, à savoir le maintien de la paix et de la sécurité internationales. Mais ce qui était nouveau et à souligner, c'était que pour la première fois un problème réellement humanitaire, le sort de certains réfugiés irakiens, était considéré comme internationalisé dans la mesure où, entraînant des violations de frontières avec des Etats voisins de l'Irak, il y avait une menace contre la paix et la sécurité internationales dans la région, ce qui permettait l'intervention du CS sur la base du chapitre VII de la charte. Après avoir exigé que l'Irak mette fin à la répression, le CS insistait pour que l'Irak permette un accès immédiat des organisations humanitaires internationales à tous ceux qui ont besoin d'assistance dans toutes les parties de l'Irak, et qu'il mette à leur disposition tous les moyens nécessaires à leur action.

Pour s'en tenir à l'action des Etats, les Etats-Unis, le Royaume-Uni et la France installèrent en territoire irakien des « centres humanitaires », et des « relais humanitaires » pour permettre le retour des populations kurdes déplacées, sous la supervision de quelques centaines de « gardes bleus » de l'ONU, suite à un accord du 23 mai 1991 entre l'ONU et l'Irak. L'assistance humanitaire se concrétisa par des parachutages de vivres, de médicaments, de matériel de survie et l'organisation sur place d'une présence humanitaire conformément à un accord du 18 avril 1991 entre l'ONU et l'Irak.

La place manque ici pour traiter des événements qui se déroulent en ce moment dans deux cadres géographiques aussi différents que l'ex-Yougoslavie, notamment la Bosnie-Herzégovine, et la Somalie, sous l'angle de l'intervention de l'ONU, de certaines organisations régionales (CEE, OTAN, UEO) ainsi que de certains Etats (Etats-Unis, France notamment), en faveur des populations civiles victimes des conflits armés et des troubles intérieurs qui y ont éclaté, il suffit d'en rappeler l'existence.

De telles initiatives et de telles actions de grande ampleur, s'accompagnant d'un déploiement de forces armées strictement nationales (Somalie d'abord), ou sous pavillon onusien, dans le cadre

d'opérations que l'on hésite encore à qualifier de maintien de la paix tant elles diffèrent des précédentes interventions onusiennes sous cette appellation, n'ont pas manqué de faire naître un certain nombre de questions, au point de se demander s'il n'y a pas un risque de politisation de l'humanitaire peu compatible avec le respect de la souveraineté nationale.

II – LES RISQUES DE POLITISATION
DE L'INGÉRENCE HUMANITAIRE
DANS UN SENS PEU COMPATIBLE AVEC LE RESPECT
DE LA SOUVERAINETÉ NATIONALE

En laissant de côté les inévitables controverses liées aux divergences d'appréciation qui peuvent apparaître quant aux motivations de telle ou telle personnalité de premier plan directement engagée dans de telles opérations, on songe ici au livre de Michel Floquet et Bertrand Coq, *Les tribulations de Bernard K. en Yougoslavie*, Albin Michel, 1993, pour qui l'étalage médiatique de bons sentiments dissimule en réalité le cynisme de la raison d'Etat désireux de ne pas s'engager militairement dans une expédition militaire aléatoire et coûteuse en vies humaines, on peut se poser quelques questions portant sur le point de savoir qui peut intervenir (A), comment intervenir (B).

A / *Qui peut intervenir ?*

Quelle que soit l'évolution récente du droit international qui tend à reconnaître aux personnes privées le statut de sujet de ce droit, à travers la protection internationale des droits de l'homme, les droits de l'homme ayant cessé d'appartenir à la catégorie des affaires relevant essentiellement de la compétence nationale des Etats (voir l'*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1990, vol. 63-11, p. 338), il n'en demeure pas moins que l'Etat demeure l'acteur principal des relations internationales, directement ou indirectement dans le cadre des organisations internationales. Or une première question fondamentale se pose, au sujet de laquelle règne encore une certaine ambiguïté, l'ingérence humanitaire correspond-elle à un droit ou à un devoir pour les Etats ? Si c'est un droit, c'est certes une faculté que ses titulaires sont libres d'utiliser ou non, mais ils ont un titre pour le faire, tandis que si l'on en fait un devoir, comme il est arrivé que certains tenants de l'ingérence humanitaire la présentent, on va très

loin. Pour reprendre un concept du droit administratif, on va ainsi lier la compétence des Etats, car dès lors qu'aura été dûment constaté que dans un Etat tout ou partie de la population se trouve dans un état de détresse telle qu'une intervention extérieure s'impose pour la sauver, les Etats tiers se verront obligés d'agir, restreignant ainsi leur souveraineté, leur appréciation de l'opportunité d'une intervention, avec le risque, non négligeable sur le plan juridique international, de voir leur responsabilité éventuellement mise en cause pour ne pas l'avoir fait.

Quant à l'Etat sur le territoire duquel l'intervention aurait lieu, de deux choses l'une : ou bien il sollicite ou donne son consentement à une intervention extérieure proposée ou sollicitée, et en ce cas sa souveraineté est ménagée, ou bien on considère que « l'humanité devant primer la souveraineté », il est des situations où les violations des droits de la personne humaine sont tellement graves et massives qu'une intervention extérieure s'impose pour y mettre un terme, et il est bien évident qu'à ce moment-là la souveraineté de cet Etat sera fortement entamée, à supposer qu'il y ait encore une entité étatique, comme le montre bien l'exemple de la Somalie.

Il convient de rappeler que le principe de l'égalité souveraine des Etats a été consacré par la charte de l'ONU, c'est l'un des piliers du droit international contemporain dont le corollaire est le principe de l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des Etats, affirmée par de nombreux textes internationaux dont la Déclaration de 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la charte des Nations Unies.

Par ailleurs, en dehors des cas où une telle ingérence humanitaire serait décidée unilatéralement par un Etat, il est clair que sa légitimité ne sera réellement fondée que si elle est décidée par l'ONU, c'est-à-dire par le CS. Cela suppose l'accord non seulement de ses quinze membres, mais surtout celui des cinq membres permanents, ou tout au moins l'absence d'opposition formelle de l'un d'entre eux, se traduisant au mieux par une abstention. Cela signifie que s'il s'agit d'une situation affectant directement l'un d'entre eux ou l'un de ses alliés, amis ou clients, point n'est besoin d'être grand clerc pour deviner qu'il y mettra son veto.

Imagine-t-on le CS envisageant d'intervenir au Tibet au nom de l'ingérence humanitaire, le Gouvernement de Pékin ne manquerait pas d'utiliser son pouvoir de veto pour y faire obstacle. *Quoniam nominor leo* est un adage encore transposable dans les relations internationales contemporaines...

B / Comment intervenir ?

Si l'intervention humanitaire est relativement peu « traumatisante » pour la souveraineté étatique lorsqu'elle se limite à la fourniture de vivres, de médicaments, voire à l'envoi de personnels civils compétents pour faire face à certaines situations de détresse précitées, il en va très différemment si elle se traduit par un véritable recours à la force armée pour faire cesser des violations graves et massives des droits de l'homme dont un Etat se rendrait coupable vis-à-vis de sa population. L'atteinte à la souveraineté nationale sera alors flagrante, à supposer une fois de plus qu'il y ait un Etat, le cas de la Somalie étant mis à part, encore qu'il y ait de par le monde, et pas seulement en Afrique, quelques exemples où les luttes internes soient telles que l'unité nationale relève de la fiction (Afghanistan)... Là encore de deux choses l'une : ou bien le rapport des forces sera tel que l'intervention militaire de certains Etats ayant à la fois la volonté politique et les moyens matériels de le faire sera rendue possible parce qu'ils sauront ou se douteront qu'ils ne risqueront guère de se heurter à une résistance militaire organisée digne de ce nom, si ce n'est à quelques formes sporadiques de guérilla urbaine ou rurale (toujours l'exemple de la Somalie), ou bien ces mêmes Etats ne voudront pas prendre un tel risque parce qu'ils craindront de se heurter à l'une des parties en présence disposant d'un arsenal suffisant pour leur infliger des pertes sérieuses en hommes et en matériel, comme le montre bien l'actuel exemple de la Bosnie-Herzégovine. En d'autres termes, le recours à la force armée sera tributaire, une fois de plus, de considérations politiques dans lesquelles, quels que soient le poids et le bien-fondé des aspects humanitaires, nombre d'Etats auront le sentiment qu'il y a vraiment « deux poids deux mesures » dans l'attitude des Etats capables d'intervenir. Comme le rappelait récemment le président du CICR, M. Sommaruga (Faut-il repenser l'action humanitaire ?, *Le Monde* du 19 février 1993) : « L'action humanitaire ne peut être ni négociée ni conduite par des personnalités politiques sans qu'elle devienne captive des enjeux qui opposent les parties en conflit. » Peut-être n'est-il pas inutile de rappeler ici un article du protocole II du 10 juin 1977, additionnel aux Conventions de Genève de 1949 sur la protection des victimes des guerres, protocole relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, singulièrement édulcoré à l'initiative du Tiers Monde (Pakistan, Nigeria, Irak, ce n'est pas un hasard), intitulé précisément non-intervention, et qui affirme, dans ses deux paragraphes, qu'aucune

disposition de ce traité ne peut être invoquée pour porter atteinte à la souveraineté d'un Etat ou pour justifier une intervention directe ou indirecte, pour quelque raison que ce soit. Les Etats du Tiers Monde ont en effet le sentiment que ce sont eux qui risquent le plus de faire les frais de telles opérations, encore que le cas de la Yougoslavie, Etat géographiquement européen, montre bien que le pire peut parfois survenir là où on ne l'attend pas.

Notre propos était de faire le point, en ce milieu de l'année 1993, sur un problème d'actualité, en ayant bien conscience qu'il fait partie de ce que Bertrand de Jouvenel avait appelé, dans *De la politique pure* (1963, p. 284), les problèmes politiques difficilement solubles du fait de la contradiction des données, mais en revanche pouvant, le cas échéant, être réglés par voie de concessions mutuelles et de compromis, encore que contrairement à la célèbre maxime de Guillaume le Taciturne, dans un domaine aussi sensible et vital que celui du respect des droits de l'homme : « Il est nécessaire d'espérer pour entreprendre et de réussir pour persévérer. »

RÉSUMÉ. — *L'ingérence humanitaire est un nouveau concept en cours d'insertion dans le droit international contemporain, à l'initiative de la France, qui s'inscrit dans une vaste tendance allant dans le sens de la moralisation de ce droit et des relations internationales, mais qui, à partir du moment où l'on veut en faire non seulement un droit mais même un devoir permettant le recours à la force armée, entre fatalement en conflit avec le « sacro-saint » principe de la non-immixtion dans les affaires intérieures des Etats, corollaire de leur souveraineté nationale, et n'échappe pas au risque de politisation.*

Pouvoirs-débat :

LOUIS FAVOREU

Souveraineté et supraconstitutionnalité

I – La question a été posée sous un angle particulier — qui ne sera pas exactement le nôtre — lors du débat sur la ratification du traité de Maastricht : il a été soutenu, notamment par Léo Hamon¹, que les accords de Maastricht auraient pour conséquence de remettre en cause le principe de souveraineté nationale ; or en 1958 comme en 1946 le constituant a proclamé son attachement aux principes de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et à la souveraineté nationale qui constituent ce que l'on peut appeler la supraconstitutionnalité ; il en résulte que même le constituant ne peut y porter atteinte, notamment pour permettre la ratification d'un traité.

Le doyen Georges Vedel a contesté la validité d'un raisonnement de cette nature au nom de la souveraineté du pouvoir constituant (même dérivé) : « L'idée simple et seule vraie (à moins qu'on ne recoure au droit naturel) est que... le pouvoir constituant dérivé est l'expression de la souveraineté dans toute sa plénitude... » Et cette dernière analyse semble avoir été confirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 2 septembre 1992 : « Considérant que... le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle. »

On pourrait alors penser que la question a été tranchée et que la conception traditionnelle l'a emporté. Mais ce n'est pas si sûr car la

1. In *La Constitution de l'Europe*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 221, 279.

décision précitée du Conseil constitutionnel comporte d'autres aspects qui peuvent conduire à une autre interprétation ; en outre, la question n'a été posée que d'une seule manière ou sous un angle du droit international ; enfin, le contexte dans lequel se situe le débat n'est plus le même aujourd'hui qu'il y a vingt ou trente ans.

I — LE CONTEXTE DANS LEQUEL SE POSE LE PROBLÈME

2 — Les temps ont changé : la querelle entre jusnaturalistes et juspositivistes n'a plus qu'un intérêt historique et y faire appel aujourd'hui pour répondre à la question posée n'a plus de sens car le contexte n'est plus le même.

Lorsque Duguit ou Hauriou affirmaient la supraconstitutionnalité de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen — se comportant d'ailleurs beaucoup plus en jusnaturalistes qu'en juspositivistes¹ — il n'existait pas de justice constitutionnelle, les révisions constitutionnelles étaient extrêmement rares (notamment en France) et les normes supranationales, de type communautaire, n'avaient pas encore été inventées. Duguit et Hauriou ne pouvaient s'appuyer sur une véritable pratique de la révision puisque deux lois constitutionnelles seulement — au surplus à portée très limitée — étaient intervenues en une cinquantaine d'années. Quant à la justice constitutionnelle, ils ne la connaissaient qu'à travers l'exemple américain par ailleurs intransposable en France. Ils pouvaient donc difficilement imaginer ou préfigurer la problématique de la supraconstitutionnalité telle qu'elle s'est développée aujourd'hui en droit constitutionnel comparé européen.

3 — En effet, les éléments suivants — totalement inenvisageables du temps de Duguit et Hauriou — fournissant la clé d'explication du problème actuel de la supraconstitutionnalité.

Tout d'abord, *la banalisation de la révision constitutionnelle* ou plus exactement des interventions du pouvoir constituant dérivé sous forme de lois constitutionnelles venant modifier la Constitution ou bien la compléter. Alors qu'en France, la révision constitu-

1. Voir en ce sens, Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, 1928 (réédit., Economica, 1986), p. 99 ; voir aussi S. Rials, *Supraconstitutionnalité et systématisme du droit*, *Archives de philosophie du droit*, 1986, t. 31, p. 58-59.

tionnelle est longtemps restée une institution dont on parlait toujours mais dont on ne se servait jamais, l'intervention du pouvoir constituant est fréquente dans les pays tels que l'Autriche, l'Allemagne, l'Italie, la Belgique ou le Portugal. Comme l'a montré un récent colloque de l'Association française des constitutionnalistes¹, la doctrine française n'a jamais eu que très peu de matériaux à sa disposition car on ne compte qu'une vingtaine de révisions en deux siècles² ; alors que, dans d'autres pays européens, elle a eu très largement de quoi alimenter sa réflexion. En conséquence, les mêmes affirmations — mettant l'accent sur la souveraineté sans limites du pouvoir constituant — sont reprises traditionnellement, depuis le XIX^e siècle, par les auteurs français ; et là s'arrête la problématique. En fait, les choses vont changer certainement à partir du moment où la révision constitutionnelle perd son caractère quelque peu mythique pour entrer dans un univers beaucoup plus concret, qui est celui de la procédure de vote des lois constitutionnelles, de leur contenu et de leur éventuel contrôle.

La deuxième différence fondamentale avec la situation d'avant-guerre est que désormais existe un juge constitutionnel qui exerce un véritable contrôle sur les lois votées par le Parlement. La sanction de la supraconstitutionnalité n'est donc pas totalement utopique — comment elle l'était au début du XX^e siècle — car sont en place l'institution et les circonstances qui permettent d'assurer ce contrôle au niveau inférieur. Qui plus est, certains États ont franchi le pas en autorisant le contrôle des lois constitutionnelles elles-mêmes par le juge constitutionnel : il en est ainsi en Allemagne. Dans d'autres pays comme l'Autriche ou l'Italie le juge constitutionnel s'est reconnu cette possibilité. Dès lors, à la banalisation de la révision constitutionnelle s'ajoute la banalisation du contrôle des lois constitutionnelles. Et de cela découle l'idée de plus en plus admise et elle aussi banalisée³ d'une hiérarchie entre les normes constitutionnelles, certaines d'entre elles constituant le noyau intangible qui ne peut être atteint même par des lois votées en la forme constitutionnelle. Ceci ne faisant qu'illustrer, en réalité, la tendance observée dans les pays dotés d'une justice constitutionnelle (y compris la France) et selon laquelle il y a une élévation

1. Journée d'études du 20 mars 1992, in *La révision de la Constitution*, Paris, Economica et PUAM, 1993.

2. Cf. Ph. Ardant, *op. cit.*, p. 81.

3. Voir, pour une série d'exemples, les actes de la V^e Conférence des cours constitutionnelles, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, VI, 1990, p. 15 et s.

constante du niveau auquel doivent être prises les décisions : la voie réglementaire est délaissée au profit de la voie législative, laquelle à son tour est considérée comme insuffisante dès lors que sont en cause certains droits et libertés ; et même la voie constitutionnelle n'est pas plus jugée praticable lorsqu'il est touché aux bases mêmes du système juridique et de la société dans un pays donné. L'aiguilleur suprême qu'est le juge constitutionnel doit désormais tenir compte des normes supraconstitutionnelles pour déterminer la voie à suivre pour réaliser telle ou telle réforme.

Enfin, le troisième élément de différenciation tient au contenu de la supraconstitutionnalité : en effet, jusqu'à l'après-guerre, on ne pouvait mettre dans la supraconstitutionnalité que du droit naturel, voire surnaturel ; tandis que depuis les années cinquante, et de plus en plus, on peut y mettre des normes de droit positif tirées du droit international ou du droit communautaire et européen et que l'on peut dénommer — faute de mieux — des normes internationales ou supranationales supraconstitutionnelles. On peut même considérer que des jurisprudences concordantes des cours constitutionnelles découlent une série de principes communs à l'ordre constitutionnel des divers pays européens, et que l'on peut appeler des « normes transnationales supraconstitutionnelles »¹.

II — LES DEUX ASPECTS DE LA SUPRACONSTITUTIONNALITÉ

4 — Bien évidemment les considérations qui précèdent ne permettent pas, à elles seules, de résoudre le problème posé par le doyen Vedel (à savoir : peut-il y avoir une supraconstitutionnalité et une soumission du pouvoir constituant à son respect ?) ; mais elles y contribuent en clarifiant la manière dont le problème doit être posé.

En fait, celui-ci est à envisager sous un double angle, selon que l'on considère la supraconstitutionnalité interne ou la supraconstitutionnalité externe.

A) *Souveraineté et supraconstitutionnalité interne*

5 — La question est de savoir si les lois constitutionnelles adoptées par le pouvoir constituant dérivé peuvent se voir imposer le

1. Déjà en 1981 Mauro Cappelletti annonçait la naissance d'une justice et d'un droit constitutionnel transnationaux (in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica et PUAM, 1982, p. 484 et s.).

respect de normes supraconstitutionnelles *nationales*, c'est-à-dire issues de la Constitution elle-même ou déduites de celle-ci, et protégeant notamment la souveraineté nationale.

Pour le doyen Vedel, ceci est exclu pour trois raisons : 1° le pouvoir constituant dérivé est l'expression de la souveraineté dans toute sa plénitude et la souveraineté n'a pas de limites ; 2° la supraconstitutionnalité « emprunte au droit naturel sa commode plasticité » ; 3° le contrôle des lois constitutionnelles par le Conseil constitutionnel « mettrait en cause, à plus ou moins long terme, l'équilibre démocratique et le contrôle de constitutionnalité » parce que celui-ci n'a de légitimité que dans la mesure où il n'a pas le dernier mot en ce sens que le pouvoir constituant peut toujours venir démentir ou corriger les décisions et la jurisprudence du juge constitutionnel¹.

Il paraît difficile de ne pas se rallier à ce raisonnement. Cependant, on ne peut y adhérer totalement du fait — ainsi qu'il a été dit plus haut — du changement qu'a connu le droit public au cours des dernières années. Tout d'abord, la supraconstitutionnalité n'a pas aujourd'hui besoin d'emprunter au droit naturel car il y a désormais un fonds commun de principes transnationaux qui peuvent — s'il en est besoin — compléter ou conforter son interprétation de la Constitution. Ensuite, s'il est vrai que le juge constitutionnel peut difficilement censurer le législateur sans que ses décisions soient susceptibles d'appel devant le pouvoir constituant, on conçoit tout aussi difficilement qu'il refuse de sanctionner des vices de procédure entachant la révision constitutionnelle ou même des changements fondamentaux tels que l'abrogation de l'interdiction des discriminations raciales ou religieuses. Alors surtout que dans sa décision du 2 septembre 1992 il a bien souligné que le pouvoir constituant est souverain, mais... dans le respect de certaines limites fixées par la Constitution.

6 — Il est vrai que, comme le remarque le doyen Vedel, les limites procédurales ou de fond inscrites dans la Constitution peuvent être modifiées par le pouvoir constituant lui-même dans un premier temps, afin de pouvoir, dans un second temps, réaliser la révision prévue sans aucune limite. Et c'est en ce sens que l'on s'est demandé parfois si la supraconstitutionnalité interne était une vraie supraconstitutionnalité².

1. G. Vedel, *op. cit.*, *RFDA*, 1922, p. 178-179.

2. Voir en ce sens les remarques de P. Wachsmann au Colloque de Strasbourg (17-18 juin 1993).

On remarquera tout d'abord qu'une telle démarche, s'apparentant à un détournement de procédure, ne serait sans doute pas acceptée par les juges constitutionnels allemand, autrichien, italien ou espagnol. Même en France, il paraît difficile, politiquement, de procéder ainsi, dès lors que le recours aux lois constitutionnelles tend à se banaliser : ce qui a été fait en 1958, dans une situation exceptionnelle et à l'occasion d'un changement complet de Constitution, est difficilement envisageable en période normale et pour une révision partielle alors surtout que le contexte juridique et l'environnement international ont été profondément modifiés.

En définitive donc, le Conseil constitutionnel n'oserait sans doute pas, en *période normale*, censurer la démarche ci-dessus décrite ; mais, en *période normale*, le pouvoir constituant n'oserait pas y procéder.

B) *Souveraineté et supraconstitutionnalité externe*

7 – Il s'agit ici de savoir si les normes constitutionnelles peuvent être soumises au respect de normes internationales ou supranationales, et donc bien évidemment si la souveraineté nationale ne doit pas être considérée comme atteinte au cas de réponse positive.

8 – Un certain nombre de constitutions européennes ont contenu des dispositions faisant obligation aux Etats concernés de respecter des limitations imposées par des textes internationaux.

De manière plus récente, les Etats membres de la Communauté européenne et du Conseil de l'Europe ont incontestablement à se conformer à de très nombreuses normes et prescriptions, dont certaines peuvent être en désaccord avec leur Constitution. Et il est considéré que même les normes constitutionnelles doivent s'incliner devant les normes communautaires ou européennes.

Il semble qu'il n'y ait jamais eu, jusqu'ici, de contrôle de conformité des lois constitutionnelles aux normes internationales ou supranationales opéré par un *juge constitutionnel national*. Encore qu'en France, les dispositions de l'article 54 de la Constitution puissent être interprétées comme permettant un tel contrôle, du moins lorsqu'il s'agit d'autoriser l'insertion d'un nouvel engagement international dans l'ordre juridique interne.

Mais on peut aussi envisager la question sous l'angle du contrôle par un *juge international ou supranational*, de la conformité des normes constitutionnelles nationales aux normes internationales ou supranationales. Et ceci n'est pas une hypothèse d'école. En effet,

récemment, la Cour européenne des droits de l'homme a indirectement mais certainement mis en échec les dispositions de la Constitution irlandaise relatives à la prohibition de l'avortement, en s'appuyant sur la Convention européenne des droits de l'homme¹. D'autres cas du même type seront sans doute relevés au cours des prochaines années. D'ores et déjà d'ailleurs, dès lors que, comme en Espagne les dispositions constitutionnelles doivent être appliquées à la lumière des prescriptions de la Convention européenne (telles qu'interprétées par la Cour européenne) la supraconstitutionnalité externe est en voie d'installation.

9 – On peut estimer de manière générale que toute loi constitutionnelle qui, par exemple, établirait des discriminations à raison de la race ou de la religion provoquerait de la part de la Cour de Strasbourg, mais aussi sans doute de celle de Luxembourg, une déclaration de non-conformité à la Convention européenne des droits de l'homme ou aux principes proclamés par le traité de Maastricht, notamment en matière de protection des droits fondamentaux.

Sur ce dernier point, on peut renvoyer aux observations d'un spécialiste : « ... l'expérience communautaire montre que les problèmes de respect des droits fondamentaux sont présents dans tous les aspects de l'activité communautaire, qu'il s'agisse de la conformité des réglementations communautaires avec les droits fondamentaux ou qu'il s'agisse du *conflit entre l'une des quatre libertés établies par le traité et un droit garanti par une Constitution nationale* »².

Les dispositions constitutionnelles nationales ne sont donc pas à l'abri d'un contrôle supranational de supraconstitutionnalité.

En définitive, le paradoxe est que la supraconstitutionnalité interne ne protège pas la souveraineté nationale, puisque, comme l'a montré l'affaire du contrôle du traité de Maastricht par le Conseil constitutionnel, le pouvoir constituant même dérivé ne peut se voir opposer, en droit français, des normes supérieures tirées de la Constitution et protégeant cette souveraineté. Et la supraconstitutionnalité externe peut permettre quant à elle de porter atteinte à la souveraineté nationale en soumettant les lois constitutionnelles à un contrôle de supraconstitutionnalité.

1. Cf. les observations de F. Sudre sur l'arrêt du 29 octobre 1992, *Open door* c/ Irlande, *RFDC*, 13-1993, p. 217 et s.

2. J.-P. Jacque, in *Rev. trim. Dr. europ.*, 1992, p. 257.

GEORGES VEDEL

*Souveraineté
et supraconstitutionnalité¹*

1 – Le thème de la souveraineté et celui de la supraconstitutionnalité s'entrecroisent sur plusieurs points. On en retiendra ici deux, les plus importants.

Le premier met en cause la question de savoir qui est titulaire de la souveraineté, car s'il existe des normes supraconstitutionnelles l'autorité qui pose ces normes ou peut les ahroger ou les modifier est nécessairement ce titulaire.

Le second — par une sorte d'inversion de la question — intéresse l'utilisation, encore récemment tentée, du concept de supraconstitutionnalité pour mettre hors de toute atteinte le principe de la souveraineté nationale qui interdit de placer la souveraineté hors du cadre politico-géographique de la nation.

Dans ce qui suit on ne traitera pas ces deux questions séparément car si, comme nous voudrions le montrer, la notion de supraconstitutionnalité doit être écartée en tant qu'elle implique qu'il existe un corps de normes juridiques de droit interne supérieures à la Constitution, le point de savoir si la souveraineté nationale appartient à ce corps n'a évidemment pas de sens.

2 – Avant d'exposer à la contradiction une opinion hostile à la notion de supraconstitutionnalité, il n'est pas inutile de débayer le terrain et de circonscrire le débat.

1. En raison de circonstances dont le détail serait sans intérêt pour le lecteur, l'auteur, loin de toute bibliothèque, n'a pu pourvoir son étude de l'appareil de références jurisprudentielles et bibliographiques de rigueur. Il demande qu'on veuille bien l'excuser et s'engage à combler cette lacune si l'occasion lui en est un jour donnée.

Bien entendu, il n'y a aucun inconvénient, sinon pour la clarté du langage, à nommer supraconstitutionnelles des normes de caractère éthique ou des principes faisant partie d'un *credo* politique. La discussion ne commence que si le contradicteur supposé leur attribue la nature de règles de droit. Cette attribution, en elle-même abstraite, a un effet opératoire qui est double et qui lui donne un sens : l'autorité (abrégé) investie du pouvoir constituant ne peut ni abroger ni modifier une norme supraconstitutionnelle ; le juge constitutionnel (abrégé encore) en cas de conflit entre une norme supraconstitutionnelle et une norme constitutionnelle doit appliquer celle-là et écarter celle-ci.

De ces deux assertions, la seconde est d'ailleurs seule décisive. Car s'il n'existe pas de juge pouvant déclarer inopérante une disposition constitutionnelle contraire à une norme supraconstitutionnelle, le caractère juridique de cette dernière demeure platonique.

La pierre de touche finale se trouve dans une alternative passée au rang de banalité : si le juge ne croit pas à la supraconstitutionnalité comme à un corps de règles de droit et si sa conscience est révoltée par la norme constitutionnelle contraire, en homme de devoir il refuse de l'appliquer mais en démissionnant. S'il croit à un droit supraconstitutionnel, il demeure sur son siège et invalide la norme constitutionnelle. Il ne lui restera plus qu'à expliquer de quelle nuée il a reçu la révélation des Tables de la Loi.

3 – Pour la pleine intelligence de ce qui va suivre, précisons qu'il n'y a pas, à nos yeux, d'objection véritable à ce que certaines règles de droit international soient supérieures à la Constitution nationale. Il en est ainsi notamment quand cette supériorité découle de la Constitution, soit selon le texte originaire de celle-ci, soit en vertu d'une révision constitutionnelle *ad hoc* (comme ce fut le cas pour permettre la ratification du traité de Maastricht). Que cette supériorité de la norme internationale sur la norme nationale soit regardée comme relevant du concept de « supraconstitutionnalité » est grammaticalement acceptable. Mais dans cette acception la supraconstitutionnalité découle d'un agencement hiérarchique de règles de droit positif, généralement écrites, que l'on peut, sur le terrain politique, approuver ou condamner, mais qui n'appelle pas le même examen ni, à nos yeux, le même refus que la supraconstitutionnalité fondée sur la simple affirmation du locuteur.

Notre position est inverse de celle des tenants de la valeur supraconstitutionnelle de la souveraineté nationale. Pour nous, la souveraineté nationale ne peut, au regard de la Constitution, béné-

ficier d'aucun statut de supériorité. Elle est l'une des normes de valeur constitutionnelle avec d'autres et peut être tenue en échec par une révision constitutionnelle autorisant à y déroger ou en limitant les effets. Et c'est justement de cette position que dérive la possibilité d'une supraconstitutionnalité de caractère international. Pour ceux qui, au contraire, dotent la souveraineté nationale d'un statut de supraconstitutionnalité, il s'ensuit qu'il ne peut exister de supraconstitutionnalité internationale puisque celle-ci à l'instant même où elle prendrait naissance se heurterait à la souveraineté nationale en possession d'état de la supraconstitutionnalité.

4 — Le champ du débat contradictoire est ainsi délimité : on ne contestera pas la possibilité de qualifier de supraconstitutionnelles des règles non juridiques de caractère éthique ou politique ; on ne contestera pas davantage que, sous le même nom, quoique dans un sens très différent, on puisse désigner des règles de droit international que le droit national, même de rang constitutionnel, doit respecter (sans, pour faire bref, entrer ici dans l'examen des conditions et des effets de cet agencement hiérarchique).

Le problème est ainsi ramené à une formulation simple que l'on a déjà esquissée. L'ensemble des règles de valeur constitutionnelle de l'Etat français est identifié par la référence au texte constitutionnel de 1958, de la Déclaration de 1789, du Préambule de 1946 et, par renvoi de ce dernier, aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Peut-on concevoir que, soit au sein de cet ensemble, soit en dehors de lui, il existe des normes juridiques d'un rang plus élevé, ce qui, en termes opératoires, voudrait dire qu'elles seraient hors de la compétence du pouvoir constituant, et que le juge constitutionnel devrait les faire prévaloir sur les autres règles de rang constitutionnel ?

Notre réponse est résolument négative et ceci pour trois raisons :

- le droit positif français ou, si l'on préfère, notre pratique juridique ne connaissent pas de règles juridiques de rang supraconstitutionnel ;
- le concept de normes juridiques supraconstitutionnelles est logiquement inconstructible ;
- la supraconstitutionnalité est dangereuse pour l'ordre juridique démocratique.

On va s'efforcer d'explicitier ces trois propositions.

I — IL N'EXISTE PAS, EN DROIT POSITIF FRANÇAIS,
DE NORMES JURIDIQUES D'UN RANG SUPÉRIEUR
A CELUI DE LA CONSTITUTION

5 — La démonstration de cette première assertion tient en deux points :

- tout d'abord le Conseil constitutionnel n'a jamais reçu comme juridiques des normes non formulées par les textes constitutionnels ou n'en découlant pas, ce qui exclut l'existence de normes supraconstitutionnelles ayant une origine extraconstitutionnelle ;
- en second lieu, il ne reconnaît pas davantage, dans l'ensemble des dispositions de valeur constitutionnelle, une hiérarchie permettant de faire apparaître une sorte de para-supraconstitutionnalité (avec toutes nos excuses pour cette formulation barbare mais, nous l'espérons, claire).

6 — Le Conseil constitutionnel est mal récompensé de la rigueur avec laquelle il réserve au pouvoir constituant la « puissance initiale » et avec laquelle il s'interdit de reconnaître comme norme juridique de valeur constitutionnelle toute règle qui ne résulterait pas d'un texte de façon directe ou dérivée. Or, il existe, assez largement répandue dans le monde de la politique et des médias et, à un moindre degré, des juristes, une opinion contraire. Il est soutenu, non seulement que, sous couvert d'interprétation des textes le Conseil peut être amené à une véritable création de règles nouvelles — ce qui est une chose — mais encore que, même sans cette couverture, le Conseil énonce des normes que, délibérément, il s'abstient de rattacher à un texte — ce qui est autre chose.

L'erreur ainsi commise s'explique mais ce n'est pas moins une erreur.

Elle trouve sa première source dans le fait qu'au moins pendant un certain temps, le Conseil a négligé de mentionner expressément la source textuelle de telle règle à laquelle il reconnaissait valeur constitutionnelle. Il en a été par exemple ainsi pour le principe de continuité des services publics. Mais on peut sans effort d'imagination trouver, et même avec surabondance, les fondements textuels du principe : par exemple l'article 5 de la Constitution ou, tout bonnement, les lois de la République qui ont tenu pour « fondamental » le principe en question.

Une autre source d'erreur tient aux emplois divers que reçoit

dans le langage juridique le terme de « principe » avec, dans beaucoup de cas, l'épithète « général ». Le rapprochement se fait de façon quasi automatique avec les « principes généraux du droit » qui sont la manifestation la plus éclatante du pouvoir normatif du juge administratif. De là l'opinion selon laquelle, à l'instar de ce dernier, le juge constitutionnel disposerait d'une puissance normative initiale.

Mais — outre ce qui pourrait être dit de la nature exacte des principes généraux du droit car le Conseil d'Etat les « découvre » plus qu'il ne les « invente » — le « principe » ou « principe général » dans le langage du Conseil constitutionnel est un terme sémantique non juridique. Il s'agit de sommer des règles comme les autres, prenant comme les autres leur racine dans un ou plusieurs textes, mais ayant des applications très diverses. Quand le Conseil constitutionnel invoque le « principe » d'égalité, il n'entend pas renier les textes constitutionnels qui en sont la source. Mais *brevitatis causa*, il en unifie l'expression de la façon la plus générale.

Enfin, troisième source d'erreur : une mauvaise compréhension de ce que sont les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Ici encore la reconnaissance de tels principes par le Conseil constitutionnel renvoie à des textes, d'ailleurs enserrés entre certaines dates et la sélection entre ces textes, selon qu'on peut ou non en déduire le caractère fondamental des principes qui les inspire, si elle comporte une indéniable liberté d'interprétation, n'est pas arbitraire.

7 — Dans ce qui précède nous avons voulu montrer que le Conseil constitutionnel ne reconnaît comme règles de droit de valeur constitutionnelle que celles qui ont un fondement direct ou dérivé dans un texte de valeur constitutionnelle. La porte est ainsi close à une supraconstitutionnalité qui se glisserait à la faveur d'une pratique contraire qui, selon nous, n'a jamais eu cours.

Mais il faut se demander si, dans l'ensemble des normes ayant leur source dans des textes constitutionnels, le juge constitutionnel n'admet pas une certaine hiérarchie, s'il n'y a pas pour lui des normes de premier rang et des normes de second ou troisième rang. Parodiant la boutade fameuse selon laquelle « tous les hommes sont égaux, mais certains sont plus égaux que les autres » ne pourrait-on pas dire que « toutes les règles écrites dans la Constitution sont constitutionnelles, mais certaines le sont plus que les autres » ?

A entrer dans cette voie, on ne reconnaîtrait certes pas une

supraconstitutionnalité, mais ce que l'on a appelé plus haut une « para-supraconstitutionnalité » ou, si l'on préfère, une « supraconstitutionnalité incomplète ». En effet, la thèse en elle-même n'implique pas que les normes de premier rang tout comme celles de degré inférieur échappent à toute tentative de révision constitutionnelle, c'est-à-dire au pouvoir constituant ; elles ne sont donc pas à la lettre « supraconstitutionnelles ». Le juge, pourtant, serait tenu de leur donner la préférence en cas de conflit avec d'autres règles de valeur constitutionnelle, mais de rang inférieur, ce qui est partiellement un « effet équivalent » à celui de la supraconstitutionnalité.

Mais, pour qui croit à cette hiérarchie des règles à l'intérieur de la Constitution, il peut y avoir une sorte de tremplin pour s'élever à la pleine supranationalité. C'est de soutenir que telle ou telle règle de premier rang — la souveraineté nationale par exemple — est, en vertu d'une argumentation que l'on retrouvera plus loin — hors de l'atteinte du pouvoir constituant lui-même.

8 — Pour l'instant, c'est de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu'il s'agit. Sur la supraconstitutionnalité « incomplète » ou « complète » qui s'attacherait, au sein de l'ensemble des normes constitutionnelles, à certaines d'entre elles, qu'en est-il exactement ?

Un premier point doit être clair. Il est certain que toutes les dispositions de valeur constitutionnelle n'ont pas la même importance ni la même dignité morale ou politique. Mais la question ici posée est celle d'une hiérarchie juridique qui ne ressort pas de la lecture même des textes constitutionnels. La révision de telle disposition que l'on peut juger essentielle n'exige pas une procédure différente de celle qui présiderait à la retouche de telle autre disposition de caractère anodin.

Cependant, dira-t-on, le Conseil constitutionnel admet dans sa jurisprudence, notamment en matière de protection des droits et libertés, une hiérarchie qui n'est pas purement morale ou politique mais juridique, puisqu'elle le conduit en cas de conflit entre droits, libertés, principes, objectifs de valeur constitutionnelle, à faire prévaloir certaines normes sur d'autres. La liberté individuelle, la liberté de communication seraient au premier rang ; le droit de propriété ou la liberté d'entreprendre au second.

Cette affirmation mériterait d'être examinée méthodiquement, décision par décision. On ne peut le faire dans le cadre de cet article. Est-il permis de dire cependant qu'elle correspond plus à une impression de lecture qu'à une analyse ?

Sur ce point il faut faire deux observations.

La première est que, pour assigner à deux règles différentes leurs rangs respectifs, l'expérience cruciale est celle d'un conflit entre ces règles. Si elles sont de rang différent, l'une d'elles est totalement préférée à l'autre. Si elles sont de même rang, il convient, après vérification de la réalité du conflit, de les concilier, c'est-à-dire de rechercher la solution qui permettra le meilleur équilibre possible. Or, dans les conflits entre droits, libertés, principes, objectifs de valeur constitutionnelle, le Conseil ne sacrifie jamais totalement l'un ou plusieurs d'entre eux à l'un ou à plusieurs des autres, ce qui normalement devrait être fait s'ils étaient d'un rang différent.

La seconde observation est que cette conciliation s'opère non par une préférence systématique donnée à tel droit, liberté, principe, objectif de valeur constitutionnelle sur tel autre, mais par une pesée concrète, le plus souvent à la lumière du principe de proportionnalité. Par exemple, le Conseil constitutionnel ne se demande pas si le droit de grève doit juridiquement prévaloir sur le droit de propriété, sur le droit au travail, sur la sécurité des personnes et des biens, sur la continuité des services publics. Mais dans les cas où il doit juger de la constitutionnalité d'une loi à propos de laquelle ce droit entre en conflit avec un autre droit, principe ou objectif de valeur constitutionnelle, il examinera concrètement si, dans telle perspective envisagée par la loi qui lui est soumise, le sacrifice imposé au droit de grève au nom par exemple de la continuité des services publics ou de la sécurité des personnes et des biens est nécessaire ou au contraire excessif. Et il n'aboutira pas à la même solution si le législateur a voulu réglementer le droit de grève à la télévision ou dans les installations nucléaires. Cette pesée (qui est tout autre chose que de « couper la poire en deux ») comporte évidemment une part de subjectivité incompressible. A partir de quelle durée la garde à vue, légitimée par les nécessités de la répression pénale, est-elle une mesure excessive, c'est-à-dire disproportionnée par rapport aux exigences de la liberté individuelle ? La réponse n'est évidemment pas soustraite à la subjectivité individuelle que, précisément, tend à atténuer la délibération collégiale.

Sans doute, l'expression « droits fondamentaux » ou toute autre équivalente est-elle fréquemment employée dans certains pays et suggère une hiérarchie. Le projet de révision tendant à admettre en France l'exception d'inconstitutionnalité l'avait reprise. L'expérience aurait été intéressante car, pour apprécier la recevabilité des exceptions d'inconstitutionnalité, le juge aurait dû dire quels sont, en France, ces droits fondamentaux. S'il était per-

mis de faire un pari sur une institution supposée, ce qui est doublement hypothétique, nous gagerions volontiers qu'aucun des droits ou libertés constitutionnellement garantis ne se serait vu dénier la qualité de droit fondamental.

9 – C'est donc, à notre avis, par une lecture quelque peu imaginative de la jurisprudence constitutionnelle que l'on y décèlerait soit l'admission de principes proprement supraconstitutionnels soit celle d'une hiérarchie juridique au sein des normes constitutionnelles.

Comme le rappelle d'ailleurs Louis Favoreu, le Conseil a eu l'occasion, avec le traité de Maastricht, de refuser très clairement l'idée que certains principes constitutionnels (dans le cas particulier, la souveraineté nationale), seraient au-dessus des autres règles constitutionnelles et que, dès lors, on ne saurait, par la voie de la révision, y déroger. C'est une négation directe par le juge constitutionnel de la supraconstitutionnalité.

10 – Pour tenir en échec ces constatations, on pourrait, il est vrai, objecter que, si la supraconstitutionnalité ouverte, « officielle », est exclue de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il n'existe pas moins une supraconstitutionnalité cachée, que l'on pourrait nommer « incluse » dans l'institution même du contrôle juridictionnel de constitutionnalité.

Ce contrôle étant confié à un juge doté de larges pouvoirs d'interprétation et l'interprétation, selon des théories bien connues, étant acte de volonté et non de simple cognition, le juge recevrait le pouvoir de créer des normes constitutionnelles et même supraconstitutionnelles puisqu'elles pourraient entrer en conflit avec d'autres règles formellement écrites.

Ce n'est pas le lieu de traiter de ce qu'il y a de fondé ou de non-fondé dans les théories de l'interprétation. On fera simplement observer que leur impact sur le problème de la supraconstitutionnalité est très faible sinon inexistant.

En effet, dans son travail d'interprétation, le juge est tout de même soumis à certaines contraintes. Or, il en est une que le juge constitutionnel français non seulement admet, mais respecte en fait, c'est de se refuser la « puissance initiale », c'est-à-dire le pouvoir de s'abstraire de tout fondement textuel. Admettons qu'il « crée », par voie d'interprétation, des règles constitutionnelles. Mais, par construction, elles ne sont pas supraconstitutionnelles puisque leur rang ne saurait être plus élevé que celui du texte invoqué pour les légitimer.

De plus, personne ne pense qu'en présence d'une révision constitutionnelle en bonne et due forme qui serait contraire à sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel refuserait de faire droit au nouveau texte et aux contraintes d'interprétation qui en découleraient.

Concluons donc sur la première partie de cette étude : la supraconstitutionnalité n'est pas reçue dans la jurisprudence constitutionnelle française.

Il faut s'en féliciter car, comme on va le dire, la solution contraire serait théoriquement peu cohérente et pratiquement désastreuse.

II — LE CONCEPT DE NORMES JURIDIQUES SUPRACONSTITUTIONNELLES EST LOGIQUEMENT INCONSTRUCTIBLE

11 — La supraconstitutionnalité, à l'état pur, supposerait qu'il existe des règles supérieures à la Constitution et non formulées par celle-ci. En ce cas, il leur faut un minimum d'existence objective permettant de les « lire » quelque part, de connaître leur contenu.

Dira-t-on qu'il appartiendra à une juridiction suprême de les découvrir et de les mettre en œuvre ? En ce cas ne serait-il pas plus simple de dire que le juge reçoit le pouvoir constituant ? Il y aurait moins une supraconstitutionnalité de certaines règles qu'une infraconstitutionnalité du droit constitutionnel écrit. Ceci revient à une subversion du vocabulaire doublée d'une inacceptable construction de l'Etat.

La subversion du vocabulaire consisterait en ce que l'on continuerait à désigner d'un terme applicable aux organes de la fonction juridictionnelle un organe ayant le pouvoir de décider du contenu de règles supérieures à toutes autres et détenant donc le vrai pouvoir constituant.

Cette subversion de vocabulaire correspondrait dans la réalité à donner la puissance initiale à un corps à qui, selon la pratique universelle, le mode de désignation et le statut ne légitiment pas l'attribution d'une telle puissance.

Quoi qu'en dise Louis Favoreu, si l'on veut donner à la supraconstitutionnalité une signification acceptable, il faut donc placer le juge sous l'empire, de quelque théorie qu'on l'assortisse et de quelque nom qu'on lui donne, du droit naturel. Mais le recours est purement verbal en tant qu'il n'existerait pas une objectivité saisissable de ce droit. Faute de quoi le droit supraconstitutionnel serait

l'expression de la subjectivité du juge et l'on serait ramené au cas précédent.

12 – Ne rappelons pas toutes les pistes, anciennes ou modernes, par lesquelles on a tenté de trouver l'introuvable : un droit objectivement saisissable non posé, non formulé, non contrôlé par une autorité sociale.

Peut-on reprendre avec succès cette fois une telle tentative en recourant à l'idée que la supraconstitutionnalité pourrait trouver, hors des frontières de l'Etat, son fondement et sa formulation dans la société internationale ?

On a déjà dit que, si l'on veut employer le terme de supraconstitutionnalité pour désigner un effet possible de la primauté du droit international, principalement conventionnel, sur le droit interne, même constitutionnel, il s'agit d'un pur problème de vocabulaire. Nous avons ajouté d'ailleurs qu'il serait bien difficile d'inclure dans l'ensemble supraconstitutionnel ainsi dénommé le principe de la souveraineté nationale.

Mais, à la faveur d'un glissement, certains suggèrent que l'on pourrait trouver dans la convergence incontestablement réelle et fréquente des Constitutions démocratiques et des jurisprudences nationales correspondantes une sorte de « corpus » qui, en dehors de toute convention formelle, aurait acquis force juridique et qui s'imposerait comme exprimant le consensus de « la masse des hommes vivant en société (internationale) ». Ces convergences, particulièrement sensibles dans la matière des droits et des libertés, devraient être regardées comme des normes supraconstitutionnelles.

Ici encore la logique ne trouve pas son compte. Par hypothèse, on n'est pas devant des règles conventionnelles ; on n'est pas davantage en présence de règles coutumières, car la convergence de comportements étrangers à des relations réciproques ne suffirait pas à leur donner naissance. En vertu de quoi le fait que deux Etats se comportent de la même manière, chacun dans sa sphère propre, sans un assentiment réciproque, exprès ou tacite, manifesté dans une pratique commune, peut-il être créateur d'une règle de droit ?

En somme l'on prétendrait, d'une constatation de droit comparé, déduire une norme internationale. Ce serait une confusion des genres.

13 – Dès lors, pour tenter une construction logique de la supraconstitutionnalité, il faut explorer une autre solution en apparence paradoxale, celle où la supraconstitutionnalité trouverait son fondement et son contenu dans la Constitution elle-même. N'est-il pas

possible au pouvoir constituant de se lier lui-même en proclamant l'immutabilité de certaines de ses dispositions ? La supraconstitutionnalité serait ainsi attachée à l'ensemble des normes que le pouvoir constituant originaire a soustrait tacitement ou expressément à toute révision.

Avant d'essayer de répondre à cette question, commentons brièvement le terme « tacitement » que l'on vient d'employer.

Il se peut en effet qu'à défaut pour la Constitution de déclarer expressément que telle disposition est insusceptible de révision constitutionnelle, on soutienne qu'elle est cependant tellement fondamentale que le pouvoir constituant a nécessairement dû lui conférer l'immutabilité, car son altération priverait la Constitution de toute base.

C'est ce qui est en substance soutenu lorsque l'on veut mettre le principe de la souveraineté nationale et ses corollaires essentiels hors de la compétence du pouvoir constituant dérivé.

Cette version de la supraconstitutionnalité par « détermination de la Constitution » n'appelle pas une discussion de fond essentiellement différente de celle qui s'attacherait à l'hypothèse où l'immutabilité d'une norme constitutionnelle serait prononcée en termes exprès par la Constitution.

Notons seulement que cette version présente une difficulté supplémentaire, celle de déterminer selon quelle méthode on reconnaîtra le caractère fondamental qui justifie la supraconstitutionnalité d'une règle déterminée. Mais c'est une difficulté secondaire car, si elle porte sur le mode d'expression — explicite ou implicite — de la supraconstitutionnalité, elle ne pose pas quant au fond, c'est-à-dire quant à la possibilité d'enfermer le pouvoir constituant dérivé dans des limites infranchissables, de problème particulier.

14 — Car c'est bien de cela qu'il s'agit. Fondamentalement une norme supraconstitutionnelle (qu'il serait difficile d'opposer, on l'a vu, sinon comme droit naturel, au pouvoir constituant originaire) pourrait trouver sa source dans une limitation du pouvoir constituant dérivé. Toute Constitution comporte des règles qui définissent les conditions auxquelles elle peut être révisée ainsi que le statut du pouvoir constituant dérivé. Quelles sont ces limites ?

Il n'en existe qu'une à vrai dire infranchissable : c'est que la révision ne peut s'opérer que selon les règles de compétence et de procédure inscrites dans la Constitution. Si cette exigence n'est pas remplie, la prétendue révision, quel que soit son contenu, est impossible en droit.

Mais la révision, compétemment opérée, ne saurait être enfermée dans des limites. Comme l'a récemment dit le Conseil constitutionnel, le pouvoir constituant (en l'espèce « dérivé ») est souverain. Il n'est dérivé que sous l'aspect organique et formel ; il est l'égal du pouvoir constituant originaire du point de vue matériel, c'est-à-dire pour ce qui regarde le contenu de la révision.

A quoi l'on objectera que la Constitution peut proscrire la révision de certaines de ses dispositions. Pour prendre un exemple banal, selon la tradition républicaine le dernier alinéa de l'article 89 de la Constitution dispose : « La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision. » Mais cette formulation ne fait pas obstacle, en bonne logique, à ce que soit opérée la révision du dernier alinéa de l'article 89, ce qui, dans le temps suivant, permettrait de remettre en cause la forme républicaine du Gouvernement.

En réalité, l'on est ici devant une des difficultés classiques auxquelles se heurtent les théories de l'autolimitation. Le souverain ne peut se lier lui-même. En vertu de sa souveraineté, il peut changer à tout moment la norme qui interdit de changer.

15 — Ne peut-on cependant par un usage adroit de procédés de technique juridique contourner l'obstacle que l'on vient d'apercevoir ?

La loi constitutionnelle du 3 juin 1958 avait, « par dérogation » à la procédure de révision inscrite dans la Constitution de 1946, organisé une autre procédure de révision confiant au Gouvernement la mission d'établir un projet de Constitution qui devrait être soumis à un référendum. Mais il avait imposé la conformité du projet à cinq principes (suffrage universel, séparation des pouvoirs, responsabilité du Gouvernement devant le Parlement, etc.). Ainsi, ayant adroitement lié la validité de la procédure au respect de principes de fond, il avait conféré à ceux-ci le caractère incontournable des règles de compétence et de forme.

L'exemple ainsi donné est instructif. Les limitations apportées à l'exercice du pouvoir constituant n'étaient impératives que parce que la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 était la première phase d'une opération complexe dont il lui appartenait de déterminer le déroulement. Mais elles ne valaient pas et ne pouvaient pas valoir pour les autres opérations de révision. Personne ne soutiendrait aujourd'hui qu'une révision de la Constitution de 1958 ne pourrait pas juridiquement supprimer la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement au nom d'une supraconstitutionnalité venue de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958.

16 – Au cœur de la discussion de logique juridique n’y a-t-il pas tout simplement le problème de la possibilité d’existence de normes juridiques immuables ? On imagine mal que l’immuabilité puisse s’étendre à un ensemble constitutionnel, mais ne peut-elle pas être attachée à telle ou telle norme, d’origine constitutionnelle sur le plan juridique, mais pourvue d’un statut de supraconstitutionnalité : par exemple la souveraineté nationale, les droits « fondamentaux » ?

Pour tenir en échec l’idée que le souverain ne peut se lier, il n’existe que deux voies : la première conduit à admettre qu’*il n’y a jamais eu de souverain*, la seconde qu’*il n’y a plus de souverain*.

17 – Il n’y a jamais eu de souverain si l’on admet qu’il existe une transcendance de certaines normes. L’insertion de celles-ci dans la Constitution est une proclamation, plus prosaïquement un enregistrement et leur supraconstitutionnalité est de droit. C’est au moins l’une des conceptions des droits de l’homme dans la Déclaration de 1789.

Ne revenons pas sur les deux difficiles points de passage obligés de cette voie : au nom de quoi la transcendance ? Peut-on l’intégrer dans une construction juridique ?

Moins théoriques sont d’autres interrogations : comment concilier la transcendance prétendue avec la mutabilité historique et géographique, trop souvent pieusement occultée, des normes transcendantes ? Et encore : peut-on encore croire aux horizons indépassables par un refoulement de tout ce que nous savons réellement de l’homme passé et présent et de ce que nous supputons de l’homme futur ?

18 – Les fondements de l’immuabilité peuvent être recherchés dans une autre voie : il y a eu un souverain, mais il n’y en a plus.

Le cheminement est le suivant : la société est née d’un pacte sous condition. Ce pacte a engendré un souverain, mais qui ne l’est demeuré qu’un instant de raison puisque l’exercice de sa souveraineté est enfermé dans le respect des conditions qui lui ont donné naissance. Dans les approches multiples de la Déclaration, celle-ci aussi trouve sa place : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme. » Au-dessus du souverain il y a donc l’immuabilité des droits dont la conservation commande la légitimité.

Le caractère supraconstitutionnel attribué à la souveraineté nationale a un fondement analogue. Le pouvoir de décision

reconnu par la minorité à la majorité est originairement et à jamais consenti par chaque Français éventuellement minoritaire aux autres Français éventuellement majoritaires. Mais s'il s'agit de confronter majorité et minorité hors du cadre national, la première perd tout titre à décider. Ici aussi, la souveraineté est conditionnée par les termes d'un pacte et ne survit pas un instant à son exercice puisque celui-ci est enfermé dans les frontières qui l'ont engendré.

On sait depuis longtemps que ces variations sur le thème du contrat social ne prétendent pas à un récit historique, mais sont une figure géométrique illustrant au tableau noir un théorème. Il ne s'agit pas de raconter ce qui se serait un jour passé, mais d'illustrer le seul raisonnement possible pour justifier que des hommes « naturellement » libres et égaux aient pu se plier à des contraintes venant d'autrui.

Voire... Mais une opération fondatrice du droit ne peut se passer d'un minimum d'insertion dans l'histoire vécue par les hommes. La saga des Robinsons fédérant leurs îles personnelles pour en faire un archipel n'est qu'une production poétique fascinante.

Dans cette dernière conception de la supraconstitutionnalité, c'est moins la logique interne qui serait en défaut (en dépit d'un certain nombre de tours de passe-passe et de coups de pouce) que le soubassement historique du récit fondateur.

Au fond, la contradiction fondamentale commune à toutes les constructions possibles de la supraconstitutionnalité se trouve dans l'idée qu'il est possible de construire un ordre juridique démocratique à la condition que le peuple souverain demeure sous surveillance.

Si l'on passe maintenant de la raison pure à la raison pratique, on va voir que les différentes écoles de la supraconstitutionnalité mettent en péril le principe et l'agencement des institutions démocratiques.

III — LA SUPRACONSTITUTIONNALITÉ EST DANGEREUSE POUR L'ORDRE JURIDIQUE DÉMOCRATIQUE

19 — Périodiquement, à l'occasion de la censure d'une loi portant sur un objet politiquement sensible, revient une accusation rituelle : le juge constitutionnel, qui ne peut se prévaloir d'aucune investiture démocratique sinon très indirecte, s'oppose à la volonté générale exprimée dans une loi votée par les authentiques représen-

tants du peuple. Non moins périodiquement les juristes répondent que, comme le Conseil l'a dit, « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ». Ils y ajoutent la glose nécessaire à l'information des profanes : seul le pouvoir constituant détient dans sa totalité et dans son unité la souveraineté originaire ; les pouvoirs constitués y compris le législateur n'en ont qu'un exercice partiel et conditionné. C'est donc à juste titre que le Conseil constitutionnel fait prévaloir la Constitution, c'est-à-dire la volonté du peuple s'exprimant en souverain sur celle du législateur qui, même sans mettre en cause l'authenticité de la représentation des élus, ne saurait aller contre cette volonté.

20 – Cette construction, essentielle pour le constitutionnalisme démocratique, est à la fois réaliste et équilibrée.

Sans doute l'idée de la suprématie de la Constitution est-elle souvent présentée comme liée à l'idée d'un pacte social. La suprématie de la Constitution exprimerait le fait que le pacte fondateur, de nature quasi contractuelle, ne peut être modifié que par un assentiment de tous les contractants.

En fait, sous prétexte d'approximation de cet idéal théorique, la pratique constitutionnelle a organisé un système réaliste, qui renonce à l'idée que l'établissement ou la révision d'une Constitution ne pourrait procéder que de l'unanimité. Sous des formes diverses elle a substitué à une telle exigence un ensemble de règles variables selon les pays et les moments, mais qui tendent à vérifier que la volonté du souverain est constante, résolue et réfléchie. De plus en plus, d'ailleurs, le dernier mot pour l'établissement ou la révision de la Constitution appartient aux citoyens s'exprimant par référendum.

Ce système est, en outre, équilibré au moins quand certaines conditions sont réalisées. Le ralentissement de la prise de décision dans des domaines mettant en jeu des principes essentiels qui, en général, résulte des procédures de révision favorise la réflexion. Et surtout l'exigence de majorités renforcées dans les Assemblées, plus encore le recours au référendum, préservent autant qu'il se peut contre ce qui est sans doute le plus grand abus du système représentatif joint à un système de partis à la fois disciplinés et autocontrôlés : la confusion entre la volonté de la majorité des électeurs et celle des appareils de parti.

Mais l'authenticité de sa décision étant aussi préservée, le peuple est et demeure souverain dès lors qu'il s'exprime comme pouvoir originaire, comme Constituant.

Ce n'est pas seulement la légitimité du législateur qui trouve son fondement dans cette construction. C'est aussi celle du juge constitutionnel. Comme on l'a déjà écrit, cette légitimité tient à ce qu'il est aussi un pouvoir constitué et qu'il n'est pas maître des normes qu'il doit faire respecter. Ses décisions, pour transposer un langage emprunté à René Chapus, ont valeur supralégislative mais infraconstitutionnelle. Le pouvoir constituant peut modifier telle ou telle norme ou imposer une interprétation qui n'a pas été celle du juge. Le peuple est le seul souverain. Il est vrai que cet équilibre n'est réalisé que si l'accès à la révision constitutionnelle est lui-même démocratiquement organisé. C'est un point sur lequel on reviendra.

21 – Dans cette construction, répétons-le, réaliste et équilibrée, l'introduction du mythe de la supraconstitutionnalité introduirait un dérèglement total.

En détrônant le souverain, elle livrerait les institutions à l'alternative entre l'oligarchie et le Gouvernement de juges. Encore meilleurs si cette alternative n'engendrerait pas un cumul.

22 – Le souverain est détrôné ou, si l'on préfère, escamoté. Que l'on considère qu'il n'y a jamais eu ou qu'il n'y a plus de souverain, selon les versions évoquées plus haut, le pouvoir constituant n'est plus un pouvoir initial. Il est lui-même soumis à des normes non purement procédurales, à des conditions de légitimité alors que c'est lui qui devrait incarner ou définir la légitimité.

Que la supraconstitutionnalité soit une machine à détruire le pouvoir constituant est attesté par une remarque de Louis Favoreu, selon qui elle devrait interdire la banalisation des révisions constitutionnelles, comme un conseil judiciaire empêche les folies d'un prodigue.

La supraconstitutionnalité, en tant qu'elle est conçue comme un corps de règles juridiques, repose sur l'illusion qu'à un certain moment de l'histoire (généralement celui où l'on se trouve), celle-ci a pris fin. L'humanité a établi un système de valeurs définitif auquel il n'est plus possible de toucher.

Le plus étonnant est que ce fixisme prenne racine dans des sociétés juridiquement laïques et psychologiquement agnostiques. Logiquement, bien que le passage de l'ordre du religieux à l'ordre du droit fasse question, on pourrait concevoir que, dans un système de croyances assignant à l'homme un statut de créature, il existe un corps de règles imposé par le Créateur. Mais si l'homme

est l'enfant d'une nature sans visage, dont il est la partie la plus consciente, il est son propre créateur au fil des millénaires et il n'a pas de modèle à suivre sinon celui qu'il dessine lui-même. La construction et l'évolution d'un système de valeurs résultent d'un grand et incessant combat politique, mais non d'un *a priori juridique* soustrait à la volonté. Le droit ne peut être rien d'autre que lui-même et il est de sa nature de n'être ni un conservatoire ni un laboratoire, mais un espace de cohabitation pacifique accueillant l'un et l'autre.

23 – La supraconstitutionnalité ouvre une alternative entre l'oligarchie et le gouvernement des juges.

Le renvoi à l'oligarchie résulterait de ce que le législateur opposerait à des dispositions constitutionnelles de prétendus principes supraconstitutionnels en déniait d'ailleurs compétence au juge constitutionnel pour statuer sur ce conflit. En ce sens, le pouvoir souverain, supérieur au pouvoir constituant lui-même, serait transféré à la majorité parlementaire sans possibilité de contrôle par voie référendaire ou sans l'exigence des procédures et des conditions de vote renforcées prévues en cas de révision constitutionnelle. La volonté générale serait exprimée au plus haut niveau par une majorité de représentants soustraite à toute procédure de ratification dans des matières que, précisément, la Constitution avait entendu faire échapper à la procédure législative ordinaire. Il s'agirait bien d'une oligarchie née d'un usage illégitime du concept de représentation.

Mais, pour des raisons de procédure, l'autre branche de l'alternative — le gouvernement des juges — serait beaucoup plus vraisemblable. En effet, si la majorité parlementaire refuse de voter une loi, voire une révision constitutionnelle, au motif que ce vote porterait atteinte à une prétendue norme supraconstitutionnelle, ce refus qui se justifierait d'autre part sur le terrain des choix politiques ne pose aucun problème juridique. Si, en revanche, l'argument de la supraconstitutionnalité est invoqué par une minorité parlementaire pour justifier une saisine du Conseil constitutionnel, son sort dépend du seul Conseil constitutionnel puisque la loi ne peut être promulguée si le Conseil se range à l'argumentation tirée de la supraconstitutionnalité.

24 – On a déjà dit que le Conseil constitutionnel s'est jusqu'ici gardé d'écouter les sirènes de la supraconstitutionnalité. Céder à la séduction lui ferait perdre sa légitimité. Comme, de quelque

artifice que l'on use, la norme prétendument supraconstitutionnelle n'est écrite ou saisissable nulle part et n'est qu'une représentation de la psychologie individuelle, la loi pourrait être approuvée ou condamnée au nom d'opinions personnelles, drapées il est vrai d'une phraséologie majestueuse. Le juge se ferait source primaire du droit, puissance normative initiale, usurpateur de la souveraineté. On lui fait grief, à tort, d'user de la nécessité où il est d'interpréter les textes écrits qui sont la base de ses décisions. Mais combien serait plus fondé et délégitimant celui d'inventer des normes sans le moindre rattachement à une volonté qui ne soit pas la sienne !

Que le droit comparé soit invoqué au secours de la supraconstitutionnalité ne doit pas ébranler la conviction qui, jusqu'ici, a été celle du Conseil constitutionnel pour qui le législateur ne peut être approuvé ou censuré en droit que par référence à une disposition constitutionnelle écrite. Il faut se défaire de l'idée que telle ou telle théorie, telle ou telle pratique adoptée par une Cour constitutionnelle étrangère dans une démocratie parfois juvénile s'impose comme le dernier cri de la mode féminine lancé dans les collections de printemps.

Que l'on ne vienne pas davantage faire valoir qu'un recours à la supraconstitutionnalité permettrait de combler des lacunes constitutionnelles. Une Constitution n'est jamais lacunaire quand, comme la nôtre, elle investit d'un pouvoir normatif des autorités déterminées. La prétendue lacune dénoncée dans le silence de la Constitution sur un point déterminé est tout simplement un renvoi, selon le cas, au pouvoir législatif ou au pouvoir réglementaire pour traiter la question en cause.

25 – Un dernier mot : notre Constitution se rapprocherait beaucoup plus sensiblement du système réaliste et équilibré présenté plus haut en ce qui concerne les relations du pouvoir constituant, du pouvoir législatif et de la juridiction constitutionnelle, si elle faisait place à une procédure de révision elle-même plus réaliste et plus équilibrée. Il ne s'agit pas de rendre la révision plus facile ou plus fréquente. Il s'agit de la débarrasser de blocages abusifs et de l'ouvrir plus largement à l'arbitrage direct des citoyens.

De toutes les récentes propositions du « Comité consultatif pour une révision de la Constitution », la plus importante pour l'avenir était probablement celle qui portait sur l'article 89 de la Constitution. Elle permettait au chef de l'Etat de soumettre au

référendum un projet ou une proposition de révision si l'une des deux chambres l'avait adopté à la majorité des trois cinquièmes. Elle avait un double mérite. D'abord celui de terminer la querelle sur l'utilisation du référendum direct de l'article 11 comme moyen de secours pour réaliser une révision peut-être désirée par les citoyens, mais bloquée par l'opposition d'une des deux assemblées. Ensuite celui de permettre au Souverain d'être un peu moins invisible et un peu plus présent.

RENÉ-JEAN DUPUY

Les espaces hors souveraineté

Il y a une soixantaine d'années, Valéry déclarait close l'ère des espaces qui ne sont à personne. Plus de terre qui ne porte un drapeau. Seule la haute mer demeurerait hors des souverainetés. Au damier qu'elles forment sur les terres, on oppose les vastes espaces maritimes ouverts à la liberté de la navigation et son corollaire, le monopole du pavillon. Chaque Etat n'exerce ses compétences et spécialement la contrainte que sur les navires qui arborent ses couleurs.

On sait comment, consacrant un vaste mouvement de revendication des Etats côtiers du Tiers Monde, la III^e Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer a reconnu une extension considérable des souverainetés riveraines. Non seulement la zone économique exclusive est venue étendre à 200 milles nautiques le fond, la colonne d'eau et la surface appartenant désormais à l'Etat côtier, mais le concept d'Etat archipelagique a accru dans des dimensions exponentielles l'espace océanique couvert par la souveraineté. Le plateau continental qui relève aujourd'hui d'une évaluation forfaitaire (les 200 milles de la zone économique) peut, lorsque la géologie le prolonge au-delà de cette limite, atteindre des distances considérables, dans les conditions prévues à l'article 76 de la Convention de Montego-Bay qui, le 10 décembre 1982, a clôturé la III^e Conférence. Les souverainetés se sont embarquées vers le large. Aujourd'hui les horizons baignent dans des eaux côtières. Le drapeau l'a emporté sur le pavillon.

Sans doute, compte tenu du fait que les mers et les océans couvrent 70 % du globe, la haute mer et la liberté de navigation conservent-elles une valeur politique et économique indiscutables, mais il est très remarquable que la Convention, portée par l'attraction des souverainetés, en fait une notion résiduelle : l'article 86 de la

Convention la définit comme constituée de toutes les parties de la mer qui ne sont comprises ni dans la zone économique, la mer territoriale ou les eaux intérieures, ni dans les eaux archipellagiques d'un État archipel.

On doit observer que la haute mer dont le régime juridique exclut toute souveraineté et pose la règle de sa libre utilisation et exploitation par tous ne fait pas référence à une affectation à l'humanité. Il s'agit d'un régime coutumier remontant à Grotius. A l'époque on voyait le monde à travers sa structure interétatique. L'ère westphalienne a duré jusqu'à une époque très récente. La mise en procès du principe de la liberté des mers par les pays en recherche de développement s'explique par leur volonté de dénoncer dans ce principe les avantages qu'en tiraient de grandes puissances navigantes dont la maîtrise des mers s'auroilait d'une norme prestigieuse : le vent de la liberté ne soufflait que pour les puissants.

Ce procès a coïncidé avec l'extension prodigieuse des technologies qui permettent aujourd'hui aux États de gagner des espaces qui, en dépit de l'observation de Valéry, demeuraient sans drapeau.

RÉFLEXIONS SUR LE PATRIMOINE COMMUN DE L'HUMANITÉ

Les progrès de la technique permettent aux hommes d'envoyer des satellites dans l'espace extra-atmosphérique et des sondes sur des corps célestes, ou de marcher sur la Lune, comme de collecter les richesses qui jonchent les profondeurs abyssales. On pouvait dès lors s'attendre à ce que les souverainetés étatiques, poussées par l'instinct de possession, veuillent s'étendre jusqu'à ces nouveaux domaines. Or, au lieu de cette course à l'avoir, on a vu émerger des délibérations des Nations Unies le concept de patrimoine commun de l'humanité. Comment expliquer un fait aussi insolite ?

Il n'a pu se produire qu'à l'initiative des États eux-mêmes, en dépit de leur tendance obsessionnelle à dilater leur territoire. Le sacrifice n'est réel que pour ceux qui, en fait, détiennent les moyens financiers, scientifiques et techniques permettant d'atteindre ces espaces et ces ressources jusqu'ici inaccessibles. Ils n'ont pu s'y résoudre que sous la pression de la masse de ceux qui en sont dépourvus, pays en recherche de développement qui constituent la majorité des Nations Unies et peuvent donc faire voter sans difficulté des résolutions exprimant leur vision du monde et ce qu'ils en attendent. Mais on trouve aussi, à leur côté, des puissances moyennes. Tous ont le même objectif : éviter de nouveaux motifs à

l'affrontement des grandes puissances et conserver leurs propres droits sur des richesses qu'il faut soustraire à l'appréhension des premiers occupants et affecter aux intérêts de la « communauté internationale dans son ensemble ».

La fréquente référence à cette notion d'un plus grand nombre, qui se voudrait la totalité, sur la minorité, constituée par les grandes puissances industrielles, est particulièrement apparue durant les neuf années de la III^e Conférence sur le droit de la mer, au cours des débats portant sur la définition du régime des grands fonds marins internationaux.

UN CONCEPT MESSIANIQUE

On pourrait s'en étonner : ces fonds ayant été déclarés patrimoine commun de l'humanité, l'expression semble établir la réconciliation générale sur la communauté des biens. En réalité, il était plus facile d'avoir un océan partagé qu'un océan en partage. L'exploitation, dans l'intérêt de tous, des nodules plurimétalliques qui parsèment dans des conditions fabuleuses le lit du Pacifique et certains fonds de l'Atlantique soulève des difficultés techniques plus aisément surmontables, aussi sérieuses soient-elles, que les affrontements entre les pays du Sud et ceux du Nord. Le départ de la Conférence, en 1974, coïncidait d'ailleurs avec celui des négociations sur le nouvel ordre économique international dont le régime des fonds marins devait, pour le Tiers Monde, être une application particulièrement poussée. Il a été conçu selon un schéma d'un admirable logique : non-appropriation et utilisation exclusivement pacifique du patrimoine commun de l'humanité dont les ressources doivent être gérées de façon rationnelle grâce à un mécanisme international.

L'argument fourni par le thème communautaire aux plaintes du Tiers Monde s'est épanoui dans le concept d'humanité. Ce concept est plus vaste que celui de communauté : celle-ci ne rassemble que les contemporains, tandis que celui-là se pense au-delà des vivants, étant déjà porteur de ceux qui viendront. C'est bien parce qu'il englobe à la fois le présent et l'avenir de l'espèce que le concept d'humanité a une valeur prospective qui lui vaut l'attachement de ceux qui espèrent en des lendemains moins misérables. Le mythe de l'humanité prend ainsi le relais de celui de la communauté. Pour l'humanité, l'avoir aura été la première condition de l'être. Entendons-nous, de l'être aux Nations Unies où les 77 ont voulu que

l'humanité accède à la propriété de ressources jusque-là non affectées, afin que celles-ci échappent à l'appropriation par les Grands.

Déclarer la propriété commune, c'est rejeter un autre modèle, celui qui avait été appliqué, en 1959, à l'Antarctique. Avait prévalu alors une forme oligarchique, réservant à un petit nombre d'Etats ayant donné des preuves de capacités technologiques et financières l'entrée dans une manière d'indivision. Sans doute, les parties au traité de Washington de 1959 se sont-elles engagées dans cet instrument à agir dans le continent austral dans l'intérêt de l'humanité, mais si leurs compétences sont ainsi finalisées, l'Antarctique n'est pas déclaré patrimoine commun de l'humanité. Au contraire, ce dernier concept qui participe à l'idée de la destination universelle des biens a une signification démocratique, puisqu'elle tend à regrouper l'universalité des peuples, pour les associer à la gestion d'une richesse. Or celle-ci ne se limite pas aux fonds marins.

Encore qu'ils ne soient, pour l'heure, guère plus capables de lancer des engins dans l'espace que de prospecter les abysses, les pays du sous-développement ont obtenu que le concept de patrimoine commun s'applique à la Lune et aux corps célestes, comme également à l'orbite des satellites géostationnaires et au spectre des fréquences — toutes ressources dont l'accès suppose des techniques de pointe. Mais l'humanité est un concept messianique ; elle annonce dès maintenant que ses ressources, non susceptibles d'appropriation, doivent être exploitées dans l'intérêt de tous et qu'un temps viendra où les pauvres d'aujourd'hui devront accéder à la technologie. Ils ne seront pas nécessairement détenteurs de ces matériels, mais ils les utiliseront par le biais d'organismes spécialisés rassemblant les membres de la Cité de la Terre pour une exploitation sans exclusive du patrimoine commun. Le mécanisme imaginé pour les fonds marins préfigure de ce point de vue ce qui se passera pour la Lune : le traité de 1979 prévoit pour elle, à la suite de l'insistance du groupe des 77, un système assez analogue à l'autorité décrite par la Convention sur la mer de 1982. L'humanité intègre les divers pays dans un système organisé chargé de gérer le patrimoine selon une programmation rationnelle. S'inscrivant dans une vision de l'histoire-promesse, elle appelle à cette préparation du futur.

Il en résulte que les générations présentes n'agissent que comme des intendantes, qu'elles exploitent ces ressources elles-mêmes en ordre dispersé ou en participant à une institution qui les intègre à cette fin. Cette seconde formule est évidemment la plus satisfaisante pour la mise sur pied d'une exploitation programmée, fondée sur la concertation de tous. Le patrimoine n'est-il pas promis,

comme son titulaire, l'humanité, au développement ? Une telle annonce prend évidemment tout son sens pour ceux qui, aujourd'hui, stagnent dans des économies rétives. Ainsi la règle qui proscrit l'appropriation des ressources de l'humanité a-t-elle bien une portée conservatoire pour ces pays.

Cette finalité du concept de patrimoine commun apparaît nettement à l'égard de l'orbite géostationnaire et du spectre des fréquences radioélectriques. Si les Etats en attente de développement veillent à écarter de ces ressources limitées la règle du « premier arrivé, premier servi », et insistent pour que les allocations qui en sont faites n'aient qu'un caractère provisoire, c'est bien pour que la conservation de leurs droits leur soit ainsi garantie. Agissant comme des intendants pour le compte de ceux qui viendront, les utilisateurs actuels sont des comptables dont la gestion sera jugée : au long des cheminements de la Cité terrestre dans l'histoire, la communauté des nations de ce temps est responsable, à l'égard de l'humanité, de la préservation du patrimoine contre les pollutions ou dégradations qui le menacent.

Il est surprenant que les diplomates, essentiellement préoccupés du quotidien et du court terme, aient, presque à leur insu, conçu un système prospectif animé d'un certain souffle. C'est qu'on ne touche pas à l'humanité sans se grandir, même si l'on ne croit négocier que sur des nodules et des codes miniers. En réalité, l'humanité est un concept ouvert parce qu'elle est en marche vers un avenir qui durera aussi longtemps qu'elle et à la suite duquel les Nations et les hommes doivent participer à partir de normes qu'ils auront toujours à découvrir ensemble.

L'HUMANITÉ : UN ENJEU

L'avènement de l'humanité dans la conscience politico-juridique des Nations n'a pas pour effet de les dissoudre dans un concept globalisateur. L'humanité demeure transparente et laisse apparaître les disparités économiques et sociales qui séparent les peuples. Dès lors, élaborer une Constitution pour les fonds marins soulève des affrontements comparables à ceux que rencontrent les constituants à l'intérieur d'un Etat.

C'est parce qu'il a fait l'objet, pour les fonds marins, d'une élaboration très complexe et détaillée à l'extrême, que le concept de patrimoine commun s'est heurté, à leur sujet, à des difficultés heau-

coup plus sérieuses que celles rencontrées dans les autres domaines où il s'applique.

Il s'agissait, en effet, d'ériger un pouvoir sur les abysses. Rompant radicalement avec le libéralisme, il mettait en œuvre un dirigisme économique essentiellement orienté sur le développement. Dès lors qu'on instituait cette structure, baptisée Autorité, il était inévitable que s'affrontassent ceux qui ont pour eux le nombre et ceux qui disposent de capitaux et de la technologie. D'où des débats longs et compliqués pour déterminer comment seraient prises les décisions de l'Autorité et quelles seraient ses attributions. A cet égard, les pays du Tiers Monde entendaient contrôler l'accès des Etats et des sociétés transnationales aux sites miniers et le soumettre à des conditions rigoureuses, comme celle de transférer la technologie et de participer à des *joint-venture* avec l'Entreprise, organe de l'Autorité dominé par eux.

Enfin, étant pour la plupart producteurs terrestres des minéraux contenus dans les nodules, les pays de développement manifestaient des tendances antiproductivistes, de crainte qu'une exploitation intensive n'entraînaît une chute des cours. Sur tous ces points ils ont fait prévaloir leurs vues. Mais, pour ce faire, il a fallu recourir à un vote en fin de Conférence. La règle d'or du consensus primitivement prévue ayant ainsi été écartée, la ratification de la Convention du 10 décembre 1982 s'est trouvée retardée par le refus des Etats-Unis, du Royaume-Uni, de l'Allemagne fédérale et de quelques autres pays industriels de la signer. De plus, l'Union soviétique, la France, le Japon, comme les trois premiers, ont, par des législations unilatérales, autorisé leurs entreprises à aller prospecter les champs de nodules. La Convention a-t-elle rejoint sur les bas-fonds les épaves béantes aux trésors dispersés ? L'humanité, hâtivement globalisée autour de l'idée du patrimoine commun, retourne-t-elle à son fractionnement séculaire ? Perdue dans l'immensité du cosmos, elle ne prend pas pour autant en main son destin dans le contour de sa planète. Elle n'est perçue qu'à travers le prisme étatique. Ainsi les fonds marins sont-ils amputés d'une part importante de leur superficie par l'extension des zones absorbées par les Etats côtiers et, pour la masse restante, l'esprit se détourne de la vision du futur du monde pour l'appât immédiat du bien saisissable. Les gouvernements étant plus enclins au partage qu'à l'indivision s'ingénient, lors même que celle-ci est proclamée, à s'y tailler la place du maître.

Harmoniste dans son principe, la notion de patrimoine commun est conflictuelle dans sa mise en œuvre. C'est que l'humanité est elle-même un enjeu. Les forces politiques qui s'affrontent dans le

monde tentent chacune de la capturer et de se présenter comme la meilleure de ses incarnations.

L'orientation que prend l'utilisation de l'espace en fournit une illustration inquiétante. A première vue, le juriste retire des textes qui concernent l'espace des images rassurantes et même encourageantes. Le traité du 27 janvier 1967 entend le vouer à la science et à la paix. La qualificatif d' « apanage de l'humanité », formule contestable d'un point de vue copernicien, mais justifiée par la récupération scientifique et humaniste qu'elle veut appliquer à la création, a mis la Lune et les corps célestes hors d'atteinte des souverainetés, et cela deux ans avant l'exploit de Neil Armstrong. Il n'est pas si fréquent que le droit précède le fait. Le traité affirme que l'espace « peut être exploité et utilisé librement par tous les Etats, sans aucune discrimination », avec pour finalité le bien et l'intérêt de tous les pays, « la paix et la sécurité, la coopération et la compréhension internationale ». Ici encore, éclate l'écart entre, d'un côté, l'inscription dans le droit des notions qui manifestent un progrès normatif indéniable par la noblesse des objectifs choisis et, de l'autre, les conduites des Etats que les progrès de la technologie et la hantise d'une perte de dissuasion ont acculés durant la guerre froide à la course à un équilibre d'armement toujours remis en cause. Le traité de 1967, s'il a décidé la complète non-militarisation de la Lune, n'a en revanche édicté que partiellement celle de l'espace. Il interdit seulement de placer sur orbite, d'installer sur les corps célestes ou de faire stationner dans l'espace des armes nucléaires ou des armes de destruction massive. Il se contente d'exiger des consultations internationales si une activité peut être nuisible à la paix.

Il résulte de ce régime que des satellites peuvent être placés sur orbite pour se livrer à des surveillances de mouvements de troupes, constater une attaque comme tout aussi bien évaluer des dommages, contrôler la navigation militaire, situer et identifier un objectif, vérifier les respects des accords sur le contrôle des armements. Ces activités sont considérées comme ayant un effet stabilisant entre les puissances. Mais comment écarter la course aux armements dans l'espace ?

Durant la compétition américano-soviétique, deux lancements spatiaux sur trois s'inspiraient de préoccupations militaires. L'écroulement de l'Union soviétique n'a pas entraîné la disparition de ses moyens spatiaux, civils ou militaires. De surcroît, on assiste à une dissémination des armements nucléaires qui se double d'une multiplication des Etats à capacité spatiale.

La marque de l'homme dans l'espace a une signification évi-

dente. On parle couramment de conquête, voire de colonisation de l'espace. On ne saurait mieux dire que celui-ci n'est pas perçu pour lui-même mais pour la Terre.

Lors même qu'on cherche à étendre la connaissance qu'on a de l'espace extra-atmosphérique, on ne résiste pas à la tendance à le voir par rapport à notre planète. Toute connaissance est un accaparement. Dans un premier temps, connaître c'est intégrer l'inconnu dans le connu. Ce n'est que dans un second temps que la science remet en question cette tendance réductrice de l'esprit humain.

Or les pouvoirs restent attachés à la première attitude. Ils projettent donc dans l'espace leurs enjeux terrestres. Telle est la contradiction à laquelle est condamné le patrimoine commun de l'humanité. Sa vertu normative est d'inciter les Etats à le gérer pour le bien de tous. Cette démarche supposerait qu'ils fissent le « saut qualitatif » qui, selon Bergson, s'impose pour accéder au concept d'humanité. Faute de pouvoir le faire, empêtrés qu'ils sont dans les conflits de la Terre, ils les projettent dans l'espace circumterrestre comme dans les fonds marins et déchirent le patrimoine commun. Ce constat n'incite guère aux conclusions optimistes. Pourtant, l'appel à l'humanité participe d'une utopie au sens le plus élevé du terme. Non d'une utopie des moyens, propre à ceux qui croient avoir trouvé la recette d'un système parfait, mais d'une utopie des fins, celle qui assigne aux hommes des objectifs qui les dépassent, utopie sans modèle définitif, toujours ouverte sur des révisions successives qui la rapprochent de son objet. Telle est bien la démarche du traité sur les fonds marins et de celui sur la Lune, qui prévoient des étapes et des réexamens périodiques des résultats que devraient obtenir leurs institutions dans l'intérêt de tous.

Le drame se situe dans cette tension entre la créativité du mythe et les détériorations que lui inflige l'Histoire.

RÉSUMÉ. — *Le concept de patrimoine commun de l'humanité porte sur le lit de la mer au-delà de la juridiction nationale sur la Lune et les corps célestes. Groupant tous les êtres humains, il tend à réconcilier tous les peuples dans la propriété commune d'un domaine et de ses richesses. Ce concept apparaît comme fondamentalement harmoniste. En fait, la compétition et les conflits entre Etats sont inévitables. Pendant et après la III^e Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, de sérieux affrontements se sont produits. Dès qu'une notion transcendante est établie, les forces sociales s'efforcent de la capturer.*

JOHN BELL

Que représente la souveraineté pour un Britannique ?

« Le transfert le plus formel de la souveraineté britannique et de la démocratie parlementaire de notre histoire a eu lieu en janvier 1972, quand M. Heath signa le traité d'accession, lequel liait la Grande-Bretagne au traité de Rome et soumettait nos pouvoirs les plus importants pour voter les lois et décider les impôts au Marché commun » (Tony Benn)¹.

Cette opinion d'un ancien ministre est typique d'un courant d'opinion qui s'exprime aujourd'hui autour de l'adhésion du Royaume-Uni au traité de Maastricht. Mais l'idée de souveraineté à laquelle il fait allusion est une notion floue et multiforme.

En effet, la notion de souveraineté recouvre trois acceptions distinctes auxquelles on fait appel avec des différences de conséquence. Il y a tout d'abord la notion politique de la souveraineté du peuple. Mais, d'autre part, dans un système de démocratie parlementaire, c'est plutôt au Parlement que l'on fait référence avec la notion de souveraineté. Sur le plan politique, la souveraineté du Parlement a pour but de fonder la capacité de cette institution à prendre toute décision importante relative au pays. Sur le plan juridique, cette notion a une portée plus vaste et inclut la capacité de voter des lois en toute matière. Enfin, il y a la souveraineté nationale de portée moins claire, mais souvent sous-entendue comme condition de base pour l'exercice des deux autres formes de souveraineté.

1. Tony Benn, *Arguments for Democracy*, Londres, 1981 p. 14.

Il faut admettre que, comme dans la citation de Tony Benn, la référence à la notion de souveraineté a souvent une force plus rhétorique que normative. Nous avons une longue tradition de la théorie constitutionnelle, mais la pratique soit politique, soit juridique relève beaucoup plus de l'autre tradition, celle du pragmatisme. Au cours des années récentes, on constate une évolution pragmatique des institutions constitutionnelles qui ne tient pas beaucoup compte des doctrines théoriques comme la souveraineté¹.

LA SOUVERAINÉTÉ DU PARLEMENT

La souveraineté du Parlement est l'élément essentiel de la notion de souveraineté dans la tradition constitutionnelle britannique. La souveraineté du Parlement recouvre deux idées distinctes². En premier lieu, elle exprime l'idée que le Parlement peut édicter n'importe quelle loi sans qu'une autre instance, par exemple les tribunaux, puisse le contrôler. Sur le plan juridique, le Parlement est omnicompétent. En second lieu, elle affirme que le Parlement, élu du peuple, peut contrôler l'exercice de tout pouvoir gouvernemental. Sur le plan politique, le Gouvernement est responsable devant le Parlement. Le transfert de la souveraineté aux institutions communautaires a pour conséquence une limitation à la compétence du Parlement et l'exercice sur le territoire britannique d'un pouvoir gouvernemental, qui n'est pas responsable devant le Parlement britannique.

La conception juridique

Du point de vue juridique, le souverain du Royaume-Uni est la reine en son Parlement, c'est-à-dire les institutions de la Couronne et les deux Chambres du Parlement de Westminster. Comme la reine ne joue qu'un rôle symbolique à l'intérieur de ce processus, nous pouvons parler de la souveraineté du Parlement tout court. Cette répartition des compétences entre les organes du Gouvernement remonte au XVII^e siècle³. Ainsi les tribunaux ne peuvent mettre en cause la légalité d'une loi votée par le Parlement. Dicey

1. M. Loughin, *Public Law and Political Theory*, Oxford, 1992.

2. M. Elliott dans R. Holme et M. Elliott, *1688-1988. Time for a New Constitution*, Londres, 1988, p. 31.

3. Le roi ne peut édicter des ordonnances de valeur législative sans consulter le Parlement, *Case of Proclamations*, 1611, 12 Co. Rep. 74.

définit la notion de souveraineté du Parlement ainsi : ... sous la Constitution anglaise le Parlement a le droit de voter ou d'abroger toute loi quelconque ; et, de plus, nulle personne ou institution n'est dotée par la loi anglaise du pouvoir de contredire ou d'annuler les lois votées par le Parlement¹.

Mais un tel absolutisme juridique met à l'écart le rôle d'autres institutions formelles et informelles sur le plan politique². D'une part, le Gouvernement contrôle l'ordre du jour du Parlement et, à travers la discipline du parti au pouvoir, limite la contribution réelle des parlementaires aux décisions législatives. D'autre part, il faut tenir compte de l'influence importante des groupes de pression soit sur le Gouvernement, soit sur les parlementaires³. Dicey reconnaissait en partie le problème en faisant la distinction entre la souveraineté en tant que notion juridique et en tant que notion politique. La nécessité de recueillir un consensus politique autour du Gouvernement pour réussir aux élections impose des limites externes et pratiques au pouvoir réel du Parlement. Mais, pour Dicey, le Parlement reste l'institution clé de la Constitution à la compétence théoriquement illimitée.

L'idée juridique de la souveraineté comme pouvoir illimité remonte à une tradition politique et juridique assez ancienne. Le positivisme juridique rejette les limites suprajuridiques — ainsi le droit naturel —, sur le pouvoir du souverain. Selon Hobbes, le contrat social donne tout pouvoir sans réserve au souverain pour protéger les citoyens⁴. Ce souverain a ainsi l'autorité nécessaire pour imposer l'ordre et la paix dans la société civile. L'idée est reprise par les autres pères du positivisme, Bentham et Austin, et traduite sur le plan constitutionnel par Dicey. Le positivisme juridique présente trois éléments à cet égard : le caractère purement humain du droit, la localisation de la source des normes juridiques dans les actes de personnes déterminées, et le rejet de toute norme supérieure à caractère moral. Les trois thèmes sont étroitement liés.

Selon Bentham, le droit est la volonté du souverain. Ce que le souverain édicte a force de droit sans référence à d'autres normes,

1. A. V. Dicey, *The Law of the Constitution*, 10^e éd. par E. C. S. Wade, Londres, 1959, p. 40.

2. Voir, en particulier, C. Harlow, dans P. McAuslan et J. F. McEldowney, *Law, Legitimacy, and the Constitution*, Londres, 1985, chap. 3.

3. J. J. Richardson et A. G. Jordan, *Governing under Pressure*, Oxford, 1979. Voir aussi T. R. S. Allan, *The Limits of Parliamentary Sovereignty* [1985], *Public Law*, 614.

4. *Leviathan*, Londres, 1951, II^e partie, chap. 17 et 18.

surtout celles du droit naturel. Pour Bentham, ce souverain humain est « toute personne ou groupe de personnes auxquelles la communauté politique doit obéir (pour n'importe quelle raison) »¹. Le fait de l'obéissance établit l'existence de la souveraineté sans recours à d'autres sources de légitimité.

Selon Austin, le souverain est une personne concrète avec un pouvoir illimité. Pour Bentham, il suffit que le souverain ne soit pas soumis à une quelconque norme non humaine, et que n'existe pas une répartition de compétences entre plusieurs souverains chacun compétent dans son propre domaine². Austin, lui, considérait l'existence de limites ou d'une subordination comme incompatibles avec la notion de souverain. Il dit : « Les notions de souveraineté et de société politiquement indépendante peuvent être conçues ainsi : si un homme supérieur et déterminé, qui n'a pas l'habitude d'obéir à un supérieur, reçoit l'obéissance habituelle de la grande masse d'une société déterminée, ce supérieur est le souverain de cette société, et la société est une société politique et indépendante. »³

Ce souverain peut ainsi exercer l'autorité suprême à l'intérieur du pays.

Pour Dicey aussi, l'idée d'une « souveraineté limitée » est une notion incohérente. Il écrit : « Un pouvoir souverain ne peut limiter ses propres pouvoirs par un acte législatif tout en voulant préserver son caractère souverain. »⁴ Ceci résulte de la nature même du souverain.

Cette notion d'un souverain juridiquement absolu, dominante dans la doctrine et la jurisprudence depuis Dicey, est souvent critiquée. On prétend qu'un tel souverain est nécessaire pour garantir la paix civile. Mais en fait, on n'a besoin ni d'un seul souverain omni-compétent dans le pays, ni d'institutions formelles pour résoudre tout conflit entre les citoyens⁵. Il y a d'autres formes d'institutions de Gouvernement qui peuvent réussir à établir la paix civile. Cependant, sur le plan de la théorie constitutionnelle cette idée du souverain illimité a une importance durable. Les thèmes de l'absence de limite et de l'absence de subordination à d'autres institu-

1. *Of Laws in General*, Londres, Ed. de Burns & Hart, 1970, p. 18.

2. Voir H. L. A. Hart, Bentham on Sovereignty, *Irish Jurist*, 1967, 327.

3. J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 5^e éd., Londres, 1885, p. 221. Dans une société fédérale, le souverain est l'ensemble des Etats (p. 261). Sur un plan juridique, une telle idée est plus facile à accepter que sur le plan politique.

4. Dicey, *op. cit.*, p. 68 à 69.

5. Voir J. Lucas, *The Principles of Politics*, Oxford, 1967, p. 29 à 34.

tions politiques ont une grande importance dans la conception de la souveraineté du Parlement britannique. Le lien étroit entre l'idée d'une société politiquement indépendante et le pouvoir de tout contrôler à l'intérieur du pays sont devenus des thèmes de débat juridique et politique autour du traité de Maastricht.

L'ABSENCE DE LIMITES

Selon cette tradition importante et juridiquement dominante, le Parlement peut tout faire. Selon la formulation de Sir Ivor Jennings, « le Parlement peut voter les lois pour toute personne et tout lieu. S'il crée une interdiction de fumer dans les rue de Paris, l'infraction ainsi définie est valable »¹. En effet, la loi sur le piratage aérien et plus récemment la loi sur les crimes de guerre créent des infractions que l'on commet en dehors du territoire, même si le criminel n'est pas citoyen du Royaume-Uni². Les limites sont d'ordre pratique, non pas d'ordre juridique. Même si un territoire devient indépendant de fait, comme la Rhodésie, rien n'empêche que le Parlement continue à exercer son autorité, ou bien la reprenne³.

Les juges anglais de nos jours se refusent à mettre en cause la validité d'une loi votée par le Parlement⁴. Comme l'a dit Blackstone au XVIII^e siècle : « Le pouvoir et la compétence du Parlement sont si transcendants et absolus qu'ils ne peuvent être limités... Ce que le Parlement fait ne peut être défait par aucune autorité humaine. »⁵

Bien sûr on exige le respect des formes. Une loi qui n'est pas votée par le Parlement ou qui n'a pas l'assentiment de la reine n'est pas une loi⁶. Mais les juges ne vont pas très loin pour s'assurer du respect des règles de formes. S'il ressort des comptes rendus parlementaires que les formes ont été respectées, les juges ne peuvent

1. *The Law and the Constitution*, 5^e éd., Londres, 1959, p. 170.

2. Hijacking Act 1971, War Crimes Act 1991, aussi Genocide Act 1949.

3. *Madzimbamuto vs Lardner-Burke* [1969], 1 AC 645.

4. Certains juges au début du XVII^e siècle ont prétendu que le juge avait autorité pour annuler des lois élaborées en contravention des principes du droit naturel (*Dr Bonham's Case*, 1610, 8 Co. Rep. 114). Mais l'existence d'un tel pouvoir n'était pas admis de manière universelle à cette époque : S. Thorne, *LQR*, 1938, 54 ; T. Plucknett, *Harv. L. Rev.*, 1926, 30.

5. *Commentaries on the Laws of England*, 1765, p. 160-161.

6. *Prince's Case, Stockdale vs Hansard*. Selon F. Pollock, le pouvoir souverain est toujours limité par ses règles de compétence et de composition : *History of the Science of Politics*, Londres, 1890, p. 107.

faire une enquête pour contredire ces affirmations¹. D'un point de vue pratique les contrôles juridictionnels sur la constitutionnalité des lois sont infimes afin d'assurer la subordination des juges à la démocratie parlementaire.

Mais il y a un grand débat depuis la guerre de 1939-1945 sur le caractère de ces limites au pouvoir du juge. Est-ce que ces limites sont sur le plan constitutionnel d'ordre si fondamental qu'on ne puisse les changer sans une révolution constitutionnelle ? Ou bien, est-ce qu'elles ne sont que d'ordre traditionnel et que l'on peut les changer sans problème ? Une abondante littérature a été écrite sur cette question. Une doctrine importante reconnaît au Parlement non seulement une compétence de législateur, mais aussi un pouvoir constituant tel qu'il peut modifier la Constitution par le vote d'une loi (comme d'ailleurs le pouvait — en pratique — le Parlement de la III^e République). Selon cette théorie, le Parlement a un pouvoir d'autolimitation pour l'avenir, une souveraineté touchant à sa propre existence et à ses pouvoirs². Ainsi, le Parlement a voté les Parliament Acts de 1911 et de 1949, lesquels limitent le pouvoir de la Chambre des Lords d'empêcher l'adoption d'un projet de loi. Il a aussi cédé des territoires, et en 1706, les Parlements anglais et écossais ont voté leur fusion dans un Parlement britannique. Au moins sur les conditions de forme, une opinion très répandue de la doctrine reconnaît au Parlement une souveraineté sur soi-même, mais laquelle est limitée par les règles de formes imposées par ces précédents³.

Il faut se souvenir aussi que, sur la question des limites à la compétence du Parlement, les doctrines anglaises, écossaises et nord-irlandaises sont divergentes. La tradition dominante et anglaise ne reconnaît aucune limite à la compétence du Parlement quant au contenu de sa législation. Mais le traité d'union de 1706 (*Act of Union*) entre l'Écosse et l'Angleterre impose au Parlement de l'union le respect de l'Église, du droit et des universités écossais. De même, le *Government of Ireland Act 1949* affirme que l'Irlande

1. *Pickin vs British Railways Board* [1794], AC 765 ; *Manuel vs Attorney-General* [1983], chap. 77, p. 86.

2. Voir I. Jennings, *The Law and the Constitution*, 5^e éd., Cambridge, 1959, p. 156 et s. ; J. Mitchell, *Constitutional Law*, Londres, 1964, chap. 4 ; G. Marshall, *Constitutional Theory*, Oxford, 1967, chap. 3 ; A. W. B. Bradley, *The Sovereignty of Parliament in Perpetuity ?*, dans J. Jowell et D. Oliver, *The Changing Constitution*, 2^e éd., Oxford, 1989, ehap. 2.

3. C'est un exemple de *self-embracing sovereignty* au lieu du *continuing sovereignty* auquel réclamait Dicey : H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, p. 146.

du Nord reste partie du Royaume-Uni aussi longtemps que le peuple nord-irlandais le souhaite. Ces deux lois constitutionnelles sont considérées comme imposant des limites fondamentales au Parlement¹. Cette deuxième tradition est beaucoup invoquée par ceux qui veulent introduire une charte des droits de l'homme dans la Constitution britannique, mais elle s'applique aussi aux limites imposées par la participation aux Communautés européennes. En effet, il faut choisir entre une notion de la souveraineté comme un pouvoir de faire n'importe quoi, et la souveraineté comme un pouvoir de réaliser les buts fondamentaux de la société. La tradition positiviste et utilitariste de Bentham et d'Austin est profondément sceptique en ce qui concerne l'idée des buts de la société. Mais l'opinion récente (dite « fonctionnaliste »)² peut concilier le positivisme juridique avec une souveraineté limitée, soit sur le fond, soit par voie d'une répartition de compétences entre plusieurs institutions au niveau national et supranational.

L'entrée dans le Marché commun comme la cession des colonies ont pour but de définir la société de demain. L'arrêt *Factortame*³ marque un tournant décisif dans la théorie diceyenne de l'omnicompétence du Parlement. Dans un esprit pragmatique et sans discuter les complications de la théorie, la Chambre des Lords admit que la souveraineté du Parlement est limitée en droit interne par le droit communautaire et que les juges ne peuvent appliquer une loi contraire à ce dernier.

LA SOUVERAINÉTÉ DU PEUPLE

La souveraineté du peuple n'a pas de conséquences très précises sur le plan des institutions du Gouvernement. Comme l'a dit M. Asbdown, chef du Parti libéral-démocrate, le peuple peut confier sa souveraineté à toute entité dont il lui est profitable de la faire⁴. Mais cette référence à la souveraineté du peuple n'est à vrai dire qu'une notion très moderne et sans conséquences détermi-

1. Voir *MacCormick vs Lord Advocate*, 1953, sc 396 ; H. Calvert, *Constitutional Law in Northern Ireland*, Belfast, 1968, p. 21.

2. M. Loughlin, *Political Theory and Public Law*, Oxford, 1992.

3. *Ex parte Factortame* [1990], 2 AC 85 ; H. W. R. Wade, *What has happened to the Sovereignty of Parliament* ; *LQR*, 1991, 107, 1 ; Bell, *Rfda*, 1990, 920 ; Bell, *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, n° 43, p. 309 à 311.

4. Débat parlementaire, *Hansard*, 208 HC, col. 292 (20 mai 1992). Voir aussi dans le même débat Mr. C. Betts au col. 413.

nées. L'Etat britannique a été créé par un coup d'Etat politique et militaire en 1688, et des décisions des Parlements écossais et anglais en 1706 et irlandais de 1801. Seulement en 1975 et 1979 a-t-on demandé au peuple de statuer par voie de référendum sur les institutions constitutionnelles du pays. En 1975, on a demandé au peuple de confirmer une adhésion aux Communautés européennes déjà approuvée par le Parlement en 1972. En 1979, les peuples de l'Écosse et du pays de Galles ont rejeté les propositions d'assemblées parlementaires pour leurs pays. En effet, le référendum sert pour confirmer la situation actuelle dans des situations importantes¹. La souveraineté populaire se trouve exprimée par voie de la souveraineté du Parlement. L'idée que le peuple a confié sa souveraineté à des institutions du Gouvernement n'est pas une affirmation de vérité historique, mais une affirmation de raisonnement philosophique. De Hobbes jusqu'à Rawls, les philosophes ont justifié le caractère légitime des institutions politiques par le raisonnement contre-historique du contrat social. Ils affirment que les institutions du Gouvernement sont légitimes si les citoyens les ont choisies sans contrainte. Mais le raisonnement est difficile à établir de manière convaincante, et il a une force morale contestable devant la volonté réelle du peuple.

Il faut aussi souligner que le Royaume-Uni se compose de plusieurs peuples. Les référendums de 1974 et 1979 concernaient les institutions du Gouvernement relatives aux peuples nord-irlandais, écossais et gallois. Même à l'intérieur de ces peuples, il y a des différences énormes, non seulement en Irlande du Nord, comme cela est bien connu, mais aussi entre ceux qui parlent la langue galloise et ceux qui sont plutôt anglophones. Dans un pays comme l'Angleterre, lequel a accueilli ces dernières années beaucoup de cultures différentes, l'idée d'un peuple unique soulève beaucoup de difficultés.

La souveraineté du peuple a pour pierre angulaire un pouvoir d'autogestion qui reconnaît sa spécificité. Au Royaume-Uni, la souveraineté sert dans la tradition de Dicey de force centralisatrice à l'intérieur du pays. C'est une souveraineté récusée par les Écossais et les Irlandais en ce que cette doctrine leur nie une identité nationale².

1. Voir aussi la proposition de loi portant sur le référendum dans les matières constitutionnelles (surtout la réforme de la Chambre des Lords, *Hansard*, 415, HL, Deb. 590 et s., 8 décembre 1980), et la proposition d'un référendum sur le traité de Maastricht.

2. N. MacCormick, *Legal Right and Social Democracy*, Oxford, 1982, chap. 13 ; B. Crick, *Political Thoughts and Polemics*, Edinburgh, 1990, p. 69.

LA SOUVERAINETÉ NATIONALE

Comme on peut le constater à partir des opinions d'Austin et de Dicey, pour une grande partie de la doctrine juridique et politique, la souveraineté du Parlement est symbole de la souveraineté nationale. On ne peut concevoir une société indépendante qui ne soit pas omnisciente à l'intérieur de ses frontières. Une société limitée n'est qu'une partie d'une société plus grande¹. D'une manière plus large, la souveraineté nationale recouvre la souveraineté de l'État britannique comme on la reconnaît en droit international, bref une personnalité morale et indépendante. Mais, comme le dit justement Ian Harden, « l'usage courant de la notion "la souveraineté nationale" n'a pour conséquence aucune structure constitutionnelle. "La souveraineté nationale" n'a aucune portée juridique ou constitutionnelle qui la distingue de "la souveraineté du Parlement" ou de "la souveraineté de l'État" »².

Dans les débats parlementaires sur le traité de Maastricht, c'était la limitation possible du contrôle du Parlement britannique sur la politique étrangère et la défense, aussi bien que sur la politique monétaire qui soulevait la plupart des objections³. L'augmentation des pouvoirs des institutions supranationales diminue la capacité du Parlement britannique de poursuivre une politique totalement indépendante et autonome.

Mais, à vrai dire, le Parlement se trouve depuis longtemps sans pouvoir de contrôle sur des éléments importants de la politique monétaire, tels que les taux de change et l'endettement national⁴. Comme État souverain, le Royaume-Uni peut exercer ses pouvoirs autonomes à travers des institutions communautaires. La mise en commun de la souveraineté ne nie pas l'existence d'une souveraineté nationale. Pourtant, c'est l'absence de contrôle démocratique exercé par le Parlement national qui est au fond des critiques portant sur l'élargissement des pouvoirs des institutions communautaires. En effet, même si le système des comités parlementaires a été amélioré en 1991, le contrôle du Parlement sur les décisions au niveau communautaire reste très limité.

1. *Province of Jurisprudence Determined*, p. 195.

2. Sovereignty and the Eurofed, *Political Quarterly*, 1990, 61, 402.

3. Sir Teddy Taylor, 208, HC, Deb., col. 561, Mr. A. Mitchell, col. 360. Voir aussi Treasury and Civil Service Committee, Fourth Report, 1988/9, HC 341, § 27.

4. *Ibid.*

CONCLUSION

Au fond, dans la tradition britannique, c'est la souveraineté du Parlement qui exprime de manière concrète la souveraineté et du peuple et de la Nation. C'est la seule notion qui soit bien développée sur le plan théorique. Mais la tradition constitutionnelle est beaucoup plus pragmatique que dogmatique et normative. Avec une tradition qui repose beaucoup plus sur une moralité constitutionnelle que sur un système de normes légalistes, des notions comme la souveraineté sont très flexibles et capables de s'adapter à de nouvelles circonstances comme la fin de l'Empire, l'adhésion à la Communauté européenne et, sans doute à l'avenir, à la soumission des lois parlementaires à un contrôle fondé sur la Convention européenne des droits de l'homme. On pourrait même concevoir des parlements pour les différentes nations du Royaume-Uni.

Cependant la tradition dominante jusqu'ici offre une vision absolutiste de la souveraineté du Parlement, laquelle n'a pas cessé d'exercer d'influence sur les débats politiques et juridiques. Si elle ne reflète plus la réalité ni politique ni juridique, elle offre un idéal net et clair, face à un pragmatisme qui n'offre à son tour qu'une notion floue et sans orientation précise. Nous savons ce que la souveraineté n'est plus, nous ne savons pas encore ce qu'elle va nous offrir. Avec Newman nous disons : « Nous ne prions pas pour voir la scène lointaine, un pas en avant, ça suffit. »

RÉSUMÉ. — *La souveraineté recouvre trois notions : la souveraineté du Parlement, la souveraineté du peuple et la souveraineté nationale. Du point de vue politique et juridique, la souveraineté du Parlement est la plus importante. Mais le pouvoir illimité du Parlement est fort critiqué. Face aux demandes pour une charte des libertés et pour la décentralisation du pouvoir face à l'évolution des normes européennes, les notions traditionnelles de la souveraineté doivent être révisées.*

ALAIN WERNER*

Le Conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant

L'opinion des juristes vis-à-vis du rôle joué par le Conseil constitutionnel n'est pas aussi assurée qu'on voudrait nous le faire penser. Le non-aboutissement, au printemps 1990, de la réforme portant élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel paraît à cet égard significatif et l'on ne saurait s'arrêter aux maladroites répétées du Gouvernement refusant d'associer sérieusement l'opposition à une réforme constitutionnelle présentée, rapidement, comme la suite inévitable et raisonnable de la réforme libérale d'octobre 1974.

On s'étonnera d'abord du peu d'empressement manifesté, en 1990 et aujourd'hui, par les responsables politiques, visiblement très peu informés, à soutenir, voire à contester, une réforme aux effets juridiques et institutionnels aussi importants. D. Maus¹ reconnaîtra lors d'une journée d'études consacrée à ce sujet que les forces politiques ne sont pas prêtes à en débattre et que leurs prises de positions sont « creuses, ambiguës et floues ».

Les commentateurs politiques habituels étant démobilisés ce sont les juristes qui ont accaparé le débat, le simplifiant souvent à l'extrême. Comment s'opposer sérieusement à une réforme dont l'objet est d'assurer une meilleure défense des droits de l'homme ? Comment contester un renforcement de l'Etat de droit ? Les juristes eux-mêmes semblant anesthésiés après les commentaires bienveillants des juristes les plus observés². On tiendra pour acquis le principe de l'institution d'un contrôle de constitu-

* Maître de conférences à l'Université de Bourgogne, vice-doyen.

1. D. Maus, Les forces politiques face à l'exception, in *L'exception d'inconstitutionnalité*, STH, p. 91.

2. O. Duhamel reconnaîtra « qu'il n'y a pas l'exposé de grandes prises de positions flamboyantes pour la réforme » (*L'exception d'inconstitutionnalité, op. cit.*, p. 131).

tionnalité par voie d'exception¹, seuls seront discutés les problèmes juridiques et techniques liés à l'établissement d'un contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*.

La résistance la plus sérieuse à la réforme viendra du Sénat et plus précisément du président et rapporteur, en cette occasion, de la Commission des lois. J. Larché². Alors que le Parlement souffre régulièrement d'impuissance, il n'est guère judicieux pour les sénateurs de remettre en cause ce fragile équilibre institutionnel au profit des juridictions et du Conseil constitutionnel.

L'opposition sénatoriale conduira à une interruption de la procédure de révision constitutionnelle après le dernier vote de cette assemblée le 28 juin 1990. Visiblement, comme le remarque Louis Favoreu, lui-même très partagé sur l'opportunité de la réforme, les parlementaires légistes formés dans les magistratures judiciaires ou administratives ont peu apprécié « la montée en puissance du Conseil constitutionnel qu'ils considèrent toujours comme une non-juridiction »³. De plus, selon cet auteur, les juristes responsables de l'élaboration du projet de loi auprès du Gouvernement « n'étaient pas nécessairement favorables à l'ascension du Conseil constitutionnel et à l'accroissement de son rôle et de son influence dans l'ordre juridique »⁴. Pourtant, dans son rapport remis au chef de l'Etat le 15 février 1993, le Comité consultatif pour la révision de la Constitution reprend l'essentiel du dispositif présenté au Parlement en 1990.

Le malaise est donc réel et pèse sur l'institution elle-même. On se surprend à reprendre les questions posées par J. Foyer⁵ en 1974. Quel est le droit que doit appliquer le Conseil constitutionnel ? Qui doit déterminer le contenu du bloc de constitutionnalité. Aujourd'hui, ces questions sont toujours sans réponse et cette « juridicisation », souhaitée et soutenue par certains juristes et accélérée par l'ingérence du droit communautaire, n'est guère exaltante et surtout rassurante sur le plan démocratique. La loi française étant désormais inapplicable lorsqu'elle est contraire à des engagements internationaux, faut-il y ajouter un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*⁶ ? Mesure-t-on, enfin, les conséquences institutionnelles et politiques d'un tel bouleversement ?

LE DÉTOURNEMENT DE POUVOIR DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Il est presque banal de constater que le Conseil constitutionnel a très largement dépassé le rôle qui lui était imparti. On découvre d'abord que

1. B. Genevois, *L'exception d'inconstitutionnalité*, *op. cit.*, p. 97.
2. Sénat n° 351 et n° 435, juin 1990.
3. L. Favoreu, *L'exception d'inconstitutionnalité*, *op. cit.*, p. 131.
4. L. Favoreu, L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel, *RFDC*, 1990, p. 612.
5. Voir L. Hamon, *Les juges de la loi*, Fayard, p. 176-177.
6. Voir Y. Gaudemet, Éviter la chicane, *Le Monde*, 3 juin 1993.

cette institution prend peu de place dans les débats parlementaires et politiques liés à l'élaboration de la Constitution. C'est devant le Comité consultatif constitutionnel qu'il en sera question, et encore de manière détournée, puisqu'on n'évoquera son rôle qu'à propos d'une proposition des assemblées visant à saisir le Conseil constitutionnel par un tiers des parlementaires. Fr. Luchaire faisant valoir les limites de la saisine du Conseil constitutionnel constate que « le Conseil ne sera pas en réalité le gardien de la Constitution, mais permettra de régler certains litiges d'ordre juridique opposant les grands organes de l'Etat »¹. On attend du Conseil constitutionnel qu'il ne soit que le juge régulateur des pouvoirs publics constitutionnels et surtout qu'il empêche le Parlement de dépasser le cadre de ses compétences nouvelles. P.-H. Teitgen, au nom du MRP, soulignera le danger d'une saisine systématique du Conseil constitutionnel, qui pourrait être aggravée par l'appréciation par le juge de la conformité de la loi vis-à-vis du préambule de la Constitution : « Si vous admettez que le contrôle de constitutionnalité porte sur la conformité avec le préambule, vous aboutissez à donner au Conseil constitutionnel un pouvoir considérable. »² Déjà, R. Janot, commissaire du Gouvernement auprès du Comité consultatif constitutionnel, faisait remarquer que si l'on accorde valeur constitutionnelle à la déclaration des droits de 1789 et au préambule de 1946 on va au devant de difficultés considérables³. Pour le conseiller d'Etat, si le préambule lie le Gouvernement, il n'oblige pas le Parlement. Prenant l'exemple de la loi relative aux pouvoirs spéciaux en Algérie, si l'on prête au préambule une valeur constitutionnelle, on ne peut que conclure à l'inconstitutionnalité de cette loi : ce qui ne saurait être accepté à cette époque. L'intention du constituant d'exclure du texte constitutionnel le préambule est tellement évidente qu'à plusieurs reprises le Gouvernement et la majorité des membres du Comité consultatif constitutionnel s'opposent à ce que l'on « constitutionnalise » les dispositions contenues dans le préambule⁴. Sous la IV^e République, la Constitution n'admettait pas la révision du préambule et l'article 90 portant sur la procédure de révision de la Constitution avait exclu le préambule de la compétence du Comité constitutionnel. Ainsi, il est clair qu'en 1958, comme l'admet D. Maus⁵, « le juge n'appliquerait pas le préambule » et cela n'avait pas commandé d'adjonction comme en 1945 dans la Constitution.

Quant à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen beaucoup s'accordent à considérer que ses auteurs n'ont voulu établir qu'un texte purement indicatif et déclaratif. En réalité, la Déclaration consacre plus la loi qu'elle ne la réduit, elle établit des principes qui ne peuvent être définis

1. *Documents pour servir à l'élaboration de la Constitution de 1958*, vol. I, Doc. française, 1978, p. 382.

2. Vol. II, p. 179.

3. Vol. II, p. 104.

4. Vol. II, p. 447 à 452.

5. D. Maus, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, op. cit., p. 29.

et précisés que par le législateur. Pour R. Chapus¹, « toute la déclaration est tournée contre l'exécutif, mais sans défense contre la loi ». Ainsi la Déclaration renvoie régulièrement au droit positif pour établir le contenu et les limites des principes généraux évoqués². P. Wachsmann, considère que cette référence constante au droit naturel serait « un simple camouflage, une imposture de l'Assemblée, un moyen habile de donner à l'œuvre constituante sa légitimité, d'éviter de paraître déployer une volonté libre et forcément arbitraire »³. Prenant appui logiquement sur l'article 2 de la Déclaration qui énumère strictement les droits naturels et imprescriptibles de l'homme qui sont « la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression », il en déduit qu'il n'y a pas en réalité de droit naturel et « qu'il n'y a de droits que ceux qui sont énumérés dans le texte ».

Dans le même sens, J. Rivero reconnaît que les formules du préambule sont trop vagues pour fonder un contentieux de l'inconstitutionnalité : « La déclaration de 1789, catéchisme d'un ordre nouveau, exposé d'ensemble d'une théorie des cités libres autant et plus encore que catalogue des libertés n'a pas été considérée par ses auteurs comme un texte de droit positif, mais bien comme un rappel du droit naturel... dont le contenu est pour beaucoup périmé. »⁴

S'il appartient au juge administratif ou au juge judiciaire de créer une règle de droit en l'absence de prescription législative, puisque le législateur peut toujours revenir sur cette jurisprudence, il est difficile d'admettre que le juge constitutionnel puisse créer une règle de droit constitutionnel non établie ou insuffisamment précisée. N'étant pas un organe politique légitimé, comment justifier une telle usurpation du pouvoir constituant, alors que le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement, depuis la décision du 15 janvier 1975, que l'article 61 ne lui « confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement ».

Il est encore plus difficile d'admettre, avec M. Troper⁵, que les déclarations sont des droits naturels qui existent pas essence et donc objectivement en dehors du temps. Pour l'auteur, ces droits, proclamés depuis fort longtemps, s'imposent non pas en raison d'une « volonté historique et contingente mais par rapport à une vérité éternelle ». On retrouve finalement L. Duguit⁶ qui soutient que la Déclaration de 1789 s'impose même au pouvoir constituant ou R. Badinter qui estime « qu'il y a des libertés

1. R. Chapus, *Les fondements de l'organisation de l'Etat*, Colloque du 26 mai 1989, PUF, p. 188.

2. On pourrait prendre comme exemple les articles 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 14, 17 de la Déclaration.

3. P. Wachsmann, 1789 et l'invention de la Constitution, in *La Déclaration des droits de l'homme...*, op. cit., p. 16 et s.

4. J. Rivero, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, 2^e éd., Presses Universitaires Aix-Marseille, p. 20.

5. M. Troper, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Colloque 25 et 26 mai 1989, PUF, p. 13 et s.

6. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, 1928, p. 183 et s.

intangibles que le constituant même ne pourrait supprimer. Seraient seuls modifiables les droits qui n'appartiennent pas à ce noyau sacré »¹.

On est bien entendu très loin des réserves de Montesquieu qui affirme « que les jugements doivent être fixes à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge on vivrait dans la société sans savoir précisément les engagements qu'on y contracte »².

LE COUP D'ÉTAT DU 16 JUILLET 1971

Le débat sur la jurisprudence, source de droit, semble ne plus avoir de sens depuis la « révolution » du 16 juillet 1971. Comme le fait remarquer J. Rivero, la Constitution française, en une seule décision, « a doublé de volume »³ !

Dès lors que le Conseil s'est prononcé le débat est clos, définitivement. Cela rappelle la « justice immanente »⁴ ! Le référendum constituant devient alors l'ultime recours, mais cette voie est difficilement accessible, sinon impossible, sauf dans l'hypothèse d'une opposition conjuguée des pouvoirs constitués. En l'absence de normes précises de référence, certains arrivent à soutenir que l'action du législateur doit se limiter à des problèmes de gestion, le juge assumant ainsi les pulsions de la conscience collective ! D'autres, heureusement, s'émeuvent de la légitimité d'un Etat de droit qui aboutit trop souvent à confier aux juges la mission de prendre les décisions essentielles. Pour Y. Gaudement, « ne doit-on pas craindre que trop de droit ne tue le droit ? »⁵. M. Guénaire estime que neuf juges « à la manière d'un aéroplane affirment souverainement les limites de l'action politique ».

Ainsi, tous les juristes ne sont pas aussi impressionnés par les « audaces » jurisprudentielles du Conseil constitutionnel. J.-M. Garrigou-Lagrange se demande « si ne naît pas en France une nouvelle religion de la Constitution dont le Conseil constitutionnel serait le grand prêtre, oracle de vérités mystérieuses devant lesquelles acteurs institutionnels et commentateurs n'auraient qu'à s'incliner »⁶. J. Chevallier constate que le Conseil oscille constamment « entre l'audace et la prudence et fait preuve d'une vigilance à éclipses »⁷.

Le dissident le plus appliqué est, sans conteste, R. de Lacharrière.

1. R. Badinter, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, op. cit., p. 32-33.

2. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, liv. VI, chap. III et liv. XI, chap. VI.

3. J. Rivero, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, p. 182.

4. M. Guénaire, L'urgence de la politique, *Politiques*, n° 6, 1993.

5. Yves Gaudement, Eviter la chicane, *Le Monde*, 3 juin 1993.

6. J.-M. Garrigou-Lagrange, Les partenaires du Conseil constitutionnel, *RDP*, 1986, p. 680.

7. J. Chevallier, L'Etat de droit, *RDP*, 1, 1988, p. 344.

Reprenant la formule gaullienne : « En France, la Cour suprême, c'est le peuple »¹, il rejette cet « extravagant veto du Conseil constitutionnel » et dénonce ce véritable culte du droit qui constitue une menace pour la démocratie. S'inscrivant trop profondément dans les rapports de forces politiques, le Conseil ne peut disposer de cette sérénité nécessaire pour satisfaire aux obligations de la fonction juridictionnelle.

On en arrive, aujourd'hui, de manière surprenante, à considérer que le Conseil constitutionnel est la conscience de la République en appliquant la technique américaine du « standard »² où le juge confronte en permanence la compatibilité des règles de droit avec les intérêts sociaux dont il se veut l'interprète. Le juge devient un sage et l'image qui prévaut est celle du « Grand Commandeur » !

Dans un contexte aussi favorable et quasiment angélique, il n'est pas surprenant de voir des commentateurs, pourtant avisés, soutenir que le Conseil constitutionnel, par sa jurisprudence, exprime la volonté générale. Pour M. Troper, le Parlement « statue en opportunité » alors que le juge constitutionnel statue le plus souvent au « terme d'un raisonnement juridique et subit les contraintes liées à ce raisonnement »³. Dans le même sens, D. Rousseau prétend qu'avant l'intervention du Conseil constitutionnel « la volonté des représentants prévalait sur celle du peuple, du fait de la confusion, de l'identification et donc de la substitution de ceux-là à celui-ci » et qu'aujourd'hui et avec lui, « la souveraineté populaire est en position de prévaloir, car elle dispose d'un moyen, le Conseil précisément, lui permettant d'exprimer, contre les prétentions des représentants, sa volonté »⁴ !

Les modes de désignation des membres du Conseil constitutionnel nous feraient plutôt douter de sa représentativité ! L. Favoreu est encore plus explicite lorsqu'il constate, ingénument, que les sensibilités de gauche sont largement représentées au Conseil depuis 1992, et que ce rapport de forces ne pourra s'inverser en 1998 que si la gauche perd les élections législatives et l'élection présidentielle de 1995⁵. Tout projet d'élargissement des compétences du Conseil constitutionnel qui ne remet pas en cause sa composition, ce que ne fait pas le Comité consultatif de février 1993, n'est donc pas innocent !

Dans un contexte aussi peu favorable au Parlement, le Conseil constitutionnel qui se pose, selon G. Vedel, en défenseur ultime de « la transcendance des droits de l'homme »⁶ ne peut connaître qu'un dépassement de ses compétences, qui confine à l'abus de pouvoir. Peut-on se réjouir, avec

1. R. de Lacharrière, *La V^e République, quelle République*, PUF, 1983.

2. Le standard est une mesure moyenne de conduite sociale correcte, voir Stéphane Riols, *Le juge administratif et la technique du standard*, LGDJ, 1980.

3. M. Troper, *Justice constitutionnelle et démocratie*, *RFDC*, 1990, 1, p. 47.

4. D. Rousseau, *Une résurrection : la notion de Constitution*, *RDP*, 1990, p. 9.

5. L. Favoreu, *L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel*, *RFDC*, 1990, 4.

6. G. Vedel, *revue Pouvoirs*, n° 44, 1988, p. 159.

D. Rousseau et d'autres auteurs, que « le Conseil constitutionnel par son pouvoir d'interprétation recrée sans cesse la Constitution et inaugure ainsi un espace vivant de création indéfinie du Droit » ? N'y a-t-il pas, bien au contraire, une dénaturation de la règle constitutionnelle et de la notion de Constitution ? G. Vedel, concédant que « l'on est plus dans le monde de l'esprit de finesse que dans celui de géométrie »¹, reconnaît que la prise en considération de l'opinion dominante par le Conseil constitutionnel conduit à un risque inévitable de subjectivité limitée par le fait que le juge se « trouve au carrefour de la logique et de la foi » !... Le danger est d'autant plus grand et évident lorsque le Conseil constitutionnel se réserve de concilier des principes de valeur constitutionnelle non concordants.

Dans une décision du 2 septembre 1992, le Conseil constitutionnel, saisi pour la première fois par les parlementaires au titre de l'article 54, écarte l'idée selon laquelle il existerait un bloc de grands principes que le pouvoir constituant lui-même devrait respecter. D'une manière beureuse, le juge considère que « le pouvoir constituant est souverain : qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée »². Cette jurisprudence paraît se détourner des suggestions émises à plusieurs reprises par B. Genevois³ portant sur l'établissement d'une hiérarchie matérielle des libertés publiques qui seraient de premier, second ou troisième rang. Mais l'opposition n'est, malheureusement, qu'apparente puisque régulièrement le Conseil constitutionnel privilégie des principes de valeur constitutionnelle par rapport à d'autres principes pourtant de nature équivalente⁴, mais surtout le juge, dans la décision du 2 septembre 1992, admet d'exercer un contrôle des lois constitutionnelles adoptées par le Congrès, vis-à-vis notamment de l'article 89, alinéa 5, qui pour certains auteurs inclut les valeurs fondamentales de la République⁵ !

Le risque de détournement de pouvoir n'échappe pas à G. Vedel, pourtant peu suspect de positivisme, qui admet « à notre sentiment, la vraie pierre de touche du Gouvernement des juges se trouve dans la liberté que le juge constitutionnel s'octroie non d'appliquer la Constitution ou de l'interpréter même de façon constructive, mais sous quelque

1. G. Vedel, Colloque des 25-26 mai 1988, PUF, p. 60.

2. Déc. 92-312 du 2 septembre 1992, *RFDC*, n° 11, Co. L. Favoreu-P. Gaïa.

3. Également S. Arné qui prétend que si le pouvoir constituant est souverain il ne peut porter atteinte à ce qui est supraconstitutionnel, *RDP*, n° 2, 1993, p. 460.

4. Par exemple, dans la décision du 16 janvier 1991 (n° 90-287, *JO*, 18 janvier 1991, p. 924) le Conseil opère une conciliation entre le droit de propriété et la liberté d'entreprendre et un « objectif d'intérêt général, la maîtrise de l'évolution des dépenses de santé », un droit social, ce qui est légitime sur le fond, peut donc l'emporter sur un principe pourtant fondamental : le droit de propriété !

5. L. Favoreu, *RFDC*, n° 12, 1992.

nom que ce soit de la compléter sinon de la corriger par des règles qui sont sa propre création, fussent-elles débordantes de bonnes intentions »¹.

Si le Conseil constitutionnel dans un premier temps consacre des principes constitutionnels déduits directement ou indirectement de textes, il lui arrive régulièrement de ne prendre aucune précaution pour rattacher le principe découvert à un texte particulier. Ainsi, dans une décision du 29 mai 1990², il n'hésite pas à considérer que « la promotion au logement des personnes défavorisées répond à une exigence d'intérêt national ». Le droit au logement des individus et de leur famille serait-il un principe de valeur constitutionnelle ? Précédemment, dans une décision du 27 juillet 1982, relative à la communication audiovisuelle, c'est la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels qui sont propulsés au rang d'objectifs de valeur constitutionnelle. Enfin, dans une décision du 20 janvier 1993³ touchant la loi relative à la prévention de la corruption, c'est le principe « de liberté personnelle » qui se voit consacré, quoique non écrit.

L'évolution du Conseil constitutionnel est d'autant plus discutable qu'il n'explique pas les raisons qui l'ont conduit à soulever, en opportunité, les moyens touchant l'ordre public constitutionnel et nous savons qu'il n'a plus de scrupules à se saisir d'office des dispositions qui n'ont pas été précisément critiquées⁴. Les conclusions du rapporteur ne sont pas publiées, de même que les débats en séance plénière. « Il profère la vérité sans contestation possible. »⁵ Il n'y a pas, enfin, comme au Conseil d'État, de Commissaire du Gouvernement dont on connaît le rôle capital dans la construction de la jurisprudence administrative.

Tout conduit au secret de l'élaboration de la décision du Conseil constitutionnel. L'opinion et les pouvoirs publics n'ont plus qu'à s'incliner et à s'exécuter. Contestant cette procédure rudimentaire et le secret constitutionnel, D. Rousseau suggère qu'il soit satisfait « à l'exigence première du débat démocratique : son caractère public et transparent »⁶.

1. G. Vedel, La place de la Déclaration..., *op. cit.*, p. 64.

2. Déc. n° 90-274, 29 mai 1990, *Rec.*, p. 61 ; X. Pretot, *RFSS*, 1990, p. 711 ; L. Favoreu, *RFDC*, 1990, p. 497. On pourrait admettre comme Xavier Pretot (*Droit social*, mars 1991, p. 198) « qu'on ne saurait s'en remettre à une juridiction, qu'elle qu'en soit la qualité, du soin de déterminer, dans le domaine social comme en d'autres matières, la politique nationale, pour des raisons qui tiennent, en définitive, moins à la complexité et à la technicité des problèmes en cause qu'au nécessaire équilibre qui doit présider au partage du pouvoir dans une démocratie normalement tempérée ».

3. N° 92-316, *Les Petite Affiches*, 2 juin 1993, M. Verpeaux-B. Mathieu.

4. La plus discutée est celle du 18 novembre 1982, n° 82-146, sur l'égalité des sexes en matière électorale.

5. M. Guénaire, *op. cit.*

6. D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Précis Domat, 2^e éd., p. 32.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LES DROITS FONDAMENTAUX

L'action principale et même la raison d'être essentielle du Conseil constitutionnel portent, depuis la décision du 16 juillet 1971, sur la protection des libertés et des droits fondamentaux¹. Inattendue, cette décision a été différemment appréciée, beaucoup, dans le prolongement des idées développées en 1968 contre l'Etat gaulliste, y voyant un avertissement, sans précédent, à l'adresse d'un pouvoir omniprésent et supposé autocratique. L'intérêt de la décision, on le sait aujourd'hui, ne résidait pas tant dans une défense ultime de la liberté d'association, si peu menacée par le législateur, mais dans la volonté d'intégrer dans la Constitution le préambule de 1958 et donc son contenu.

Alors que des libertés aussi fondamentales que la liberté de la presse et la liberté de réunion supportent depuis longtemps des régimes d'autorisations administratives préalables, régulièrement légitimées par le juge administratif, il n'est guère intelligible de voir en quoi le régime de contrôle *a priori* assuré par le tribunal de grande instance, tel que prévu par la loi du 30 juin 1971 et accueilli favorablement par le Conseil d'Etat, était contraire à la liberté d'association. Alors que le rapporteur, Fr. Goguel², était partisan de déclarer l'article litigieux conforme, c'est G. Palewski, gaulliste parmi les gaullistes, qui fera pencher la balance en faveur des partisans de l'inconstitutionnalité³.

Préparée déjà par plusieurs décisions, cette jurisprudence était inévitable étant donné les limites et l'inefficacité d'un contrôle de constitutionnalité ne reposant que sur la Constitution. Depuis 1971, l'activisme du Conseil constitutionnel vis-à-vis de la protection des libertés publiques ne s'est jamais démenti et les avertissements de J. Rivero sont, à tous égards, prémonitoires. Tout en se félicitant du libéralisme militant du juge, il constate, en substance, que lorsque le Conseil constitutionnel, par une interprétation nécessairement subjective, vu l'imprécision du texte constitutionnel, s'écarte de l'interprétation du Parlement « reflet de la volonté nationale, le conflit est inéluctable... et il risque de ne pas tourner à l'avantage du juge »⁴.

Dans une approche plus bérétique, D. Loschak porte le doute sur ce qui semblait définitivement établi, à savoir que le Conseil constitutionnel

1. L. Favoreu, *in* L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel, *RFDC*, 1990, 4, p. 529, constate que de 1958 à 1987 le cas d'invalidation pour violation des droits fondamentaux représentent 40 % des cas. Entre 1981 et 1986, le pourcentage des décisions d'annulation est passé de 29 % (1974 à 1981) à 51 %.

2. On remarquera que le Conseil constitutionnel réservera dans sa décision du 16 juillet 1971 le cas des associations étrangères, sans en préciser les raisons !

3. *Le Monde*, 6 septembre 1986.

4. J. Rivero, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, *op. cit.*, p. 23 et 163.

est bien le protecteur le plus vigilant des libertés¹. L'auteur confirme que les principes utilisés par le juge sont insaisissables et derrière ces principes régulièrement « retrouvés » se manifeste la même technique d'interprétation « constructive » utilisée par le juge administratif dans sa découverte des principes généraux du droit, « technique qui dissimule juridiquement l'arbitraire du juge derrière la volonté présumée du constituant ou du législateur ». Ainsi, dans la décision du 15 janvier 1975, le Conseil constitutionnel rejette le droit à l'avortement en limitant les interruptions volontaires de grossesse aux seuls cas de nécessité, lorsque la mère voit sa santé menacée. L'évocation d'un droit à la santé n'étant pas suffisante, il justifie sa réserve par rapport au « principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie », énoncé dans l'article 1 de la loi déferée. La référence n'est pas fortuite et paraît très largement inspirée par l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme aux termes desquels « le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi »². Si la liberté de participer à une interruption de grossesse est confirmée, la liberté pour la femme d'avorter est loin d'être assurée. Dans cette perspective, il sera permis de douter de la constitutionnalité de la loi du 31 décembre 1982 relative à la couverture des frais afférents à l'interruption volontaire de grossesse, non thérapeutique, qui insère l'avortement légal dans la nomenclature des actes remboursables. Autres temps, autres réactions, dans une décision du 21 janvier 1993³, le Conseil, sans justification particulière, soutient que la suppression du délit d'auto-avortement ne prive pas de garanties légales un principe constitutionnel !

Ceux qui s'inquiètent de l'accroissement des pouvoirs du Conseil constitutionnel et de ce risque prévisible « de fausser le fonctionnement de notre système en mettant en cause le pouvoir d'appréciation des autres pouvoirs publics »⁴ prennent régulièrement l'exemple des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. On sait que, pour quelques auteurs, ces principes ont été inscrits dans le préambule de 1946 à l'initiative du MRP qui craignait de voir méconnaître la liberté de l'enseignement en raison de l'établissement du principe de laïcité. Ce qui paraît difficile à imaginer dans le contexte de l'époque et par le fait qu'il n'y a dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 aucun renvoi à la liberté de l'enseignement, bien au contraire !

Si l'on s'en tient pour l'essentiel aux lois de la III^e République, puisque le constituant de 1946 ne pouvait faire référence qu'aux principes déjà consacrés, encore ne faut-il retenir que celles qui développent un

1. D. Loschak, Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés, revue *Pouvoirs*, n° 13, éd. 1986, p. 41 et s.

2. L'intention du Conseil constitutionnel est-elle d'intégrer la Convention de sauvegarde dans le bloc de constitutionnalité ?

3. N° 92-317.

4. L. Philip, Le développement du contrôle de constitutionnalité, *RDP*, 1983, 1, p. 410.

principe fondamental libéral et républicain. Ensuite, il convient de savoir si ce principe, tel celui de la liberté d'association fixé par la loi du 1^{er} juillet 1901, peut ou non souffrir d'aménagements et d'adaptations.

La référence aux PFRLR ne devait être que supplétive, mais depuis la décision du 16 juillet 1971 d'autres principes s'y sont ajoutés : celui des droits de la défense¹, de la liberté individuelle², de la liberté de l'enseignement et la liberté de conscience³, de l'indépendance de la juridiction administrative⁴, de l'indépendance des enseignants de l'enseignement supérieur⁵, de la compétence de la juridiction administrative pour connaître des actes de la puissance publique⁶ et enfin du principe qui établit que seul le juge judiciaire est compétent pour fixer les indemnités dues en raison d'expropriations⁷. Par rapport à ce dernier PFRLR on remarquera que le Conseil constitutionnel ne prendra même pas le soin de le rattacher à un texte particulier.

Ainsi pour établir le principe de la liberté de l'enseignement, entendu comme un enseignement « libre » ou « privé », le Conseil constitutionnel n'hésitera pas à exhumer de la loi de finances du 31 mai 1931 l'article 91 qui fait état d'un PFRLR, ce qui tient véritablement du miracle !

La décision du 20 janvier 1984 qui établit le principe d'indépendance des professeurs et des autres enseignants-chercheurs de l'enseignement supérieur mérite, à notre sens, quelques détours. On remarquera déjà, comme de nombreux observateurs⁸ que cette décision a été très largement inspirée des réflexions déjà anciennes, puis à l'évidence des analyses du rapporteur de la loi devant le Conseil, G. Vedel⁹.

Pour cet auteur et contrairement à cette jurisprudence¹⁰ du Conseil qui répugne à admettre une tradition républicaine comme source de droit constitutionnel, « la liberté universitaire est consacrée par une tradition constitutionnelle... l'indépendance du corps universitaire, l'autogestion de l'enseignement supérieur reposent bien autant sur une tradition et sur des mœurs que sur des textes »¹¹. Ceci paraît se vérifier dans la décision,

1. N° 76-70, 2 décembre 1976, *Rec.*, p. 39.

2. N° 76-75, 12 janvier 1977, *Rec.*, p. 33, CD, 26.

3. N° 77-87, 23 novembre 1977, *Rec.*, p. 42, CD, 27.

4. N° 80-119, 22 juillet 1980, *Rec.*, p. 42.

5. N° 83-165, 20 janvier 1984, *Rec.*, p. 30, CD, 37.

6. N° 86-224, 23 janvier 1987, *Rec.*, p. 8, CD, 43.

7. N° 89-256, 25 juillet 1989, *Rec.*, p. 53, voir note P. Bon, *RFDA*, 1989, p. 1009.

8. L. Favoreu-L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, p. 581 et s. ; L. Favoreu, *Les libertés universitaires*, *RDP*, 1984, p. 702 ; Y. Gaudement, *D.*, 1984, chr. p. 125 ; J. Boulouis, *AJDA*, 20 mars 1984, p. 163.

9. Michel Kajman, *La longue vue du doyen G. Vedel*, *Le Monde*, 21 février 1989, note que « Georges Vedel succombe sans doute au moins une fois à ce péché mignon, de jouer une partition pour sa propre satisfaction ».

10. Décision du 20 juillet 1988, *Rec.*, p. 119.

11. G. Vedel, note dans *la Revue de l'enseignement supérieur*, 1960, n° 3, p. 134 et s.

puisque les textes visés pour établir ce nouveau PFRLR ne concernent pas directement la garantie de l'indépendance des professeurs, mais des exceptions à la réglementation des incompatibilités entre le mandat parlementaire et les fonctions publiques. Si cette compatibilité conduit logiquement à estimer que les professeurs d'université sont indépendants de l'autorité administrative, cela n'amène pas nécessairement à tenir ce principe d'indépendance, pour un PFRLR. Il est enfin curieux de constater, que pour rassurer la communauté universitaire, parfois choquée¹, le conseil confère également cette indépendance aux autres catégories d'enseignants-chercheurs, sans prendre, cette fois, le soin d'en trouver le fondement dans une disposition de valeur constitutionnelle !

Si l'établissement d'un collège électoral unique, bien maladroitement prévu dans la loi contestée, était inacceptable parce qu'il n'assurerait plus aux professeurs une représentation authentique, il peut paraître excessif de ranger dans les libertés publiques, particulièrement fondamentales, le principe de l'indépendance des professeurs d'université. Interprétée et appliquée strictement, la décision du 20 janvier 1984 risque de figer pour longtemps l'institution universitaire en renvoyant, en particulier, aux calendes grecques la création d'un corps unique d'enseignants-chercheurs. Enfin, pour le Conseil constitutionnel ce qui serait accepté pour les magistrats ne le serait pas pour les enseignants-chercheurs ! Le statut de la magistrature, pourtant approuvé par le Conseil constitutionnel dans une décision du 21 février 1992 confirme bien l'unité du corps judiciaire. Ce qui a pour concrète conséquence d'associer au sein d'une même carrière et dans un collège unique, pour l'élection des membres d'une commission d'avancement commune, les magistrats du parquet et les magistrats du siège.

Est-il acceptable qu'un corps, aussi prestigieux soit-il, soit à ce point irresponsable et à l'abri de toute procédure de contrôle, notamment vis-à-vis de son activité pédagogique ? Le principe d'indépendance ne paraît guère s'accorder avec ces propositions répétées et pressantes, relatives à une évaluation, même générale, notamment par les étudiants, des enseignements dispensés ; pas davantage, semble-t-il, vis-à-vis de ces propositions, liées à une autonomie développée des universités. Enfin, appliqué strictement, ce principe devrait interdire toute action du pouvoir réglementaire dans l'édiction des statuts des enseignants-chercheurs. Position qui n'est pas acceptable pour le Conseil d'État, comme en atteste un arrêt du 2 mars 1988².

D'autres décisions témoignent de la liberté que s'accorde le juge constitutionnel pour découvrir des PFRLR... Ainsi, dans une décision du 28 juillet 1989, le juge constitutionnel qui jusque-là prenait l'habitude

1. J. Boulouis note sous Déc. 20 janvier 1984, *AJDA*, mars 1984, p. 161, relève « que la décision ne pouvait guère n'être pas accueillie par des réactions mélangées où le dépit de quelques-uns l'a disputé à la satisfaction des autres ».

2. CE, 2 mars 1988, *RFDA*, p. 629, conclusions Laroque.

de découvrir des principes fondamentaux consacrés à plusieurs reprises par la loi, n'hésite pas à s'appuyer sur le principe de la séparation des pouvoirs, que l'on peut qualifier de principe républicain, pour considérer, comme PFRLR, le principe selon lequel à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises dans l'exercice des prérogatives de puissance publique par les autorités exerçant le pouvoir exécutif. Ainsi le Conseil constitutionnel ne craint pas, à propos des décisions de reconduite aux frontières touchant incontestablement les libertés individuelles, d'écarter l'application de l'article 66 de la Constitution au profit d'une théorie purement jurisprudentielle. Pour X. Pretot, très critique, « le recours sans frein à des principes fondamentaux n'a d'autre objet que de subordonner le législateur à des règles dont la suprématie naît de la volonté non du pouvoir constituant mais d'un juge ayant cédé depuis longtemps aux démons de ce qu'il faut bien appeler, en termes juridiques, une usurpation du pouvoir constituant »¹. Il n'est pas inutile de remarquer pour compléter cette observation que le législateur corrigeant les dispositions de la loi incriminée a prévu par la loi du 10 janvier 1990, non censurée par le Conseil constitutionnel², une procédure de jugement d'urgence, par un juge unique, le président du tribunal administratif, sans commissaire du Gouvernement. L'appel est possible devant le président de la section du contentieux et ce dernier ou un conseiller d'Etat statuent également comme juge unique. Le principe de collégialité n'est pas vraiment d'actualité, même s'agissant d'une liberté fondamentale ! On ajoutera enfin, ce qui peut paraître inconséquent, qu'à propos des zones de transit³ et alors que le législateur avait envisagé une compétence du juge administratif, le Conseil constitutionnel tranchera en faveur de la compétence judiciaire. En matière d'organisation juridictionnelle, c'est bien le Conseil constitutionnel qui est le souverain !

Ainsi, le Conseil constitutionnel est le seul à pouvoir conférer à une règle issue de la législation républicaine le caractère d'un PFRLR. Cette compétence normative est d'autant plus forte qu'il n'est pas indispensable que la « loi support » soit en vigueur pour que l'on puisse observer l'existence d'un PFRLR. Certains peuvent considérer que les PFRLR ne sont que « des éléments marginaux du bloc de constitutionnalité »⁴ et si sur les 9 cas répertoriés, 6 concernent précisément la protection des libertés et droits fondamentaux, ces principes, plutôt à géométrie variable, ne sont pas sans conséquences et rien n'établit, bien au contraire, que la liste dres-

1. X. Pretot note sous décision cc, 28 juillet 1989, *R. Dalloz*, 1990, p. 161.

2. Déc., 9 janvier 1990, *JO*, 11 janvier, p. 464.

3. N° 92-307, dc, 25 février 1992, *Zones de transit*, *RFDC*, 10, 1992, p. 31, note Gaïa.

4. L. favoreu, colloque *La République en droit français*, Dijon, 10-11 décembre 1992.

sée par le Conseil soit exhaustive ! Enfin, si le recours à un PFRLR n'est pas praticable, la voie « des principes particulièrement nécessaires à notre temps » paraît plus accessible et surtout prometteuse.

UNE CONSTITUTION EN MOUVEMENT PERMANENT

Alors que l'on sait les juridictions judiciaires et administratives très réservées pour admettre, en dehors des prescriptions explicites, les dispositions très égalitaristes voire utopistes¹, contenues dans le préambule de la Constitution de 1946, le Conseil constitutionnel ne paraît pas marquer d'hésitation à annexer dans le bloc de constitutionnalité, tous les principes particulièrement nécessaires à notre temps qui lui sont présentés.

Reconnaissant, pour la première fois dans la décision du 15 janvier 1975, une valeur constitutionnelle aux principes très nombreux énumérés dans le préambule de 1946, le Conseil constitutionnel s'octroie un pouvoir d'interprétation considérable des droits économiques et sociaux qui doivent nécessairement s'accorder avec les droits fondamentaux. Dans une période où les pouvoirs publics sont confrontés à une crise sans précédent qui affecte le droit au travail, le droit au logement, le droit de la famille, le droit à la santé, le droit d'asile, le droit de grève, le droit à la formation... l'exercice est bien périlleux !

La décision du 20 juillet 1988 atteste des pouvoirs impressionnants du juge constitutionnel. Alors que la Haute Juridiction n'avait pas cru bon devoir sanctionner les mesures d'amnistie prévues par la loi du 2 mars 1982², portant statut particulier de la Région de Corse et liées aux infractions, même les plus graves en rapport avec la détermination du statut particulier de l'Île, le Conseil constitutionnel a rejeté la réintégration des représentants du personnel, licenciés pour faute lourde, prévue par la loi portant amnistie. Cette décision³ est étonnante à plus d'un titre. Alors que l'amnistie, mesure de sauvegarde de l'ordre public, a pour objet justement de favoriser l'unité sociale et d'assurer l'intégration dans la communauté nationale, constituant ainsi un objectif de valeur constitutionnelle⁴, il est malaisément concevable d'écarter du bénéfice de la loi ces salariés, aussi lourdes soient leurs fautes. Le renvoi par le Conseil constitutionnel à une erreur manifeste d'appréciation cache en réalité une incertitude quant

1. L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit. relèvent, p. 307, que le « président de la Commission de la Constitution de la deuxième Constituante affirmait en 1946 son espoir d'une révolution à la fois socialiste et personnaliste faisant la synthèse entre les réalisations sociales de l'URSS et le respect des libertés qui caractérisent si profondément les pays anglo-saxons » !

2. Art. 50, loi 2 mars 1982, *JO*, p. 748.

3. Déc. n° 88-244 du 20 juillet 1988, *AJDA*, décembre 1988, note Patrick Waschmann.

4. Déc. cc, 27 juillet 1982, Déc. cc, 25 janvier 1985.

aux règles constitutionnelles qui n'ont pas été observées dans la loi. Le fait que le Conseil constitutionnel s'appuie sur l'irrespect du principe d'égalité devant les charges publiques montre, comme le note B. Jeanneau¹, « à quel point il a fallu étirer le principe de la juste répartition de l'impôt entre les contribuables » issu de l'article 13 de la Déclaration des droits de 1789 ! Enfin, il est loin d'être établi que la réintégration de représentants du personnel licenciés pour faute lourde aurait fait peser « sur l'employeur victime de cet abus une contrainte excédant manifestement les sacrifices d'ordre personnel ou patrimonial qui peuvent être demandés aux individus dans l'intérêt général ». Il aurait été, nous semble-t-il, plus équitable d'admettre ces éventuelles réintégrations, sous le contrôle du juge judiciaire, compétent pour en apprécier les sujétions.

Contrairement à certaines idées reçues, le contrôle de l'erreur manifeste apparu depuis une décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1981² vise, non pas à réduire le contrôle du juge, mais finalement à justifier son élargissement. Si l'on peut justifier son recours dans le contentieux administratif, est-il raisonnable, comme le note R. Savy³ « d'envisager l'hypothèse d'une aberration collective des élus de la Nation redressée par les neuf juges constitutionnels » ? Enfin, il n'est pas assuré que le recours à l'erreur manifeste, soit mieux apprécié lorsque les sujets sont à forte densité politique comme ce fut le cas à propos de la décision portant sur la loi d'amnistie.

Alors que le moyen de l'erreur manifeste est très discuté, le Conseil ne paraît pas hésiter à lui associer un contrôle encore plus redoutable : celui de la proportionnalité ! Citant une décision du 28 décembre 1990⁴ et du 24 juillet 1991⁵, D. Rousseau constate que le Conseil introduit plus largement dans le contentieux constitutionnel, « le contrôle de la proportionnalité générale d'une loi mesurée par la mise en rapport de son contenu, de ses effets prévisibles ou attendus sur la situation saisie, et des principes constitutionnels en cause ; si le rapport entre ces trois éléments n'est pas déraisonnable, manifestement disproportionné, la loi ne sera pas déclarée contraire à la Constitution ».

La capacité d'interprétation de la Déclaration des droits de 1789 et du préambule de 1946 par le Conseil constitutionnel est à l'évidence trop forte et B. Jeanneau⁶ suggère, comme d'autres auteurs, de compléter ces textes par de nouvelles tables de la loi. Son commentaire de la décision du

1. B. Jeanneau, *Juridicisation et actualisation de la Déclaration des droits de 1789*, *RDP*, 1988, p. 647.

2. Déc. 80-127, 19 et 20 janvier 1981 « Sécurité et libertés ». A propos de l'erreur manifeste, voir B. Kornprobst, *L'erreur manifeste*, *D.*, 1965, chap. 121.

3. R. Savy, *La Constitution des juges*, *D.*, 1983, chr. XIX, p. 109.

4. Déc. 90-285, 28 décembre 1990, *Rec.*, p. 95.

5. Déc. 91-298, 24 juillet 1991, *JO*, 26 juillet 1991, p. 9923 ; D. Rousseau, *Chronique de jurisprudence*, *RDP*, 1, 1992, p. 58.

6. B. Jeanneau, *Juridicisation et actualisation de la Déclaration des droits de 1789*, *RDP*, 1989, p. 661.

20 juillet 1988 confirme nos appréhensions : « L'enchaînement est d'une logique parfaite, mais ne parvient pas à masquer derrière l'habillage juridique un arbitrage proprement politique. Ce qui prouve que lorsque pour tenir compte de l'évolution de la société le Conseil constitutionnel entreprend de rénover des textes anciens en modifiant leur finalité, il pénètre très vite dans la zone des appréciations subjectives. »

Utilisant pour la première fois et délibérément l'expression de « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle », le Conseil constitutionnel dans une décision capitale du 22 janvier 1990¹ a décidé que les droits sociaux contenus dans le préambule de 1946 ne sont plus réservés aux nationaux et ressortissants de la CEE, mais à tous ceux qui résident sur le territoire de la République. Non seulement le législateur est tenu de respecter les engagements internationaux souscrits par la France, mais il se doit de faire bénéficier les étrangers de l'ensemble des droits, pas seulement sociaux, évoqués dans le préambule de 1946, même si ces personnes ne sont pas couvertes par une convention internationale. Cette décision remet en cause, pour une part importante, la législation française sur les étrangers. Les pouvoirs publics et les organismes de protection sociale risquent de connaître, dans un proche avenir, des difficultés substantielles s'ils se doivent d'étendre aux personnes étrangères le bénéfice de toutes les prestations sociales. Fl. B.-Rohmer donne l'exemple de l'allocation aux adultes handicapés qui n'est par perçue par les étrangers. On pourrait enfin connaître cette situation paradoxale, où en raison d'une législation sociale particulièrement attractive et d'une jurisprudence nationale et internationale plus libérale, on serait amené à réduire en France le nombre des étrangers, le budget social n'étant évidemment pas extensible ! Cette analyse critique est visiblement partagée par X. Pretot² qui reconnaît que cette décision « témoigne d'une méconnaissance tragique des réalités élémentaires qui s'imposent à ceux qui ont en charge la gestion des systèmes de protection sociale ».

Dans une logique identique, le juge constitutionnel décide dans une décision du 23 juillet 1991³ que le principe de l'égal accès de tous aux fonctions publiques, inscrit dans le dernier alinéa du préambule de 1946, « ne saurait être interprété comme réservant aux seuls citoyens l'application de ce principe », alors que l'on sait qu'au regard de l'article 6 de la Déclaration de 1789 ce sont les citoyens qui sont admissibles « à toutes dignités, places et emplois publics ». Cette décision laisse une impression de malaise, puisqu'on écarte délibérément un principe qui dérange, et nous semble révélatrice du pouvoir prétorien que s'accorde désormais le Conseil constitutionnel.

La nécessaire conciliation entre des principes constitutionnels, voire

1. Déc. n° 89-269 du 22 janvier 1990, *AJDA*, 20 juin 1990, p. 471, note Florence Benoit-Rohmer.

2. X. Pretot, *Droit social*, avril 1990, p. 352.

3. Déc. n° 91-293, 23 juillet 1991, *JO*, 25 juillet 1991, p. 9854.

des objectifs constitutionnels ou des « exigences d'intérêt national »¹, souvent contradictoires, assure en réalité au Conseil constitutionnel une liberté d'appréciation quasiment sans limites. Ainsi, il justifie les limitations à l'exercice du droit de propriété par les exigences de la protection de la santé publique qui devient un droit fondamental, dans une décision du 8 janvier 1991². Dans une décision du 16 janvier 1991³, il assure cette conciliation entre le droit de propriété et la liberté d'entreprendre avec un objectif d'intérêt général, « la maîtrise de l'évolution des dépenses de santé ». Dans une autre, du 15 janvier 1992, il admet des restrictions au droit de propriété intellectuelle afin d'assurer une meilleure défense des intérêts des consommateurs.

Enfin, que doit-on penser de cette décision du 9 mai 1991⁴ sur le nouveau statut de la Corse qui rejette « la notion de peuple corse, composante du peuple français », mais qui, contrairement à la jurisprudence antérieure du Conseil constitutionnel, confirme un statut pourtant extrêmement dérogoratoire, qui s'apparente plus à l'organisation particulière d'un TOM qu'à celle d'une collectivité départementale ou régionale de droit commun ? N'y a-t-il pas là une infraction aux principes d'unité et d'indivisibilité de la République, proclamés et consacrés !

LE DANGER DE L'EXCEPTION D'INCONSTITUTIONNALITÉ

On admettra que le projet de réforme constitutionnelle, qui autorise toute personne qui s'estimerait atteinte dans ses droits fondamentaux à saisir le Conseil constitutionnel par l'entremise des juridictions judiciaires et administratives suprêmes, pose d'éminentes questions dont les plus importantes ont trait à cet équilibre nécessairement fragile des pouvoirs publics constitutionnels. Dès lors que les pouvoirs du Conseil constitutionnel se développeront, ceux du Parlement se réduiront d'autant.

Il est d'abord significatif de constater qu'à ces parlementaires qui s'interrogent, avec raison, sur la notion pourtant capitale de ces « droits fondamentaux » qui ne seraient pas respectés par la loi. M. Sapin, député, rapporteur de la Commission des lois constitutionnelles se contentera d'indiquer « qu'il appartiendra au Conseil constitutionnel de préciser l'exacte portée de ce concept nouveau »⁵.

1. « La promotion du logement des personnes défavorisées répond à une exigence d'intérêt national », déc. citée du 29 mai 1990, *Rec.*, p. 61.

2. Déc. n° 90-283, 8 janvier 1991, *JO*, 10 janvier 1991, p. 524.

3. Déc. 16 janvier 1991, *Rec.*, p. 924 ; Déc. n° 91-303, 15 janvier 1992, *JO*, 18 janvier 1992, p. 882.

4. Déc. n° 91-290, 9 mai 1991, *JO*, 14 mai 1991, p. 6350. Note R. Debbasch, *D.*, 1991, p. 624.

5. Rapport présenté par M. Sapin, n° 1288, Assemblée nationale, seconde session ordinaire 1988-1990, p. 61.

Comme il ne peut être question de définir avec plus de précision ces droits fondamentaux¹, la Nation et ses représentants étant à ce point impotents, on place la loi dans une situation de profonde précarité, le législateur ne pouvant connaître *a priori* ses limites constitutionnelles. L'abrogation de dispositions législatives inscrites parfois depuis longtemps dans l'ordre normatif crée un risque que ne connaît pas l'acte administratif, qui ne peut être annulé que dans un délai limité. Mesure-t-on, en outre, tous les effets de ces annulations de dispositions, adoptées souvent de manière consensuelle ? L'établissement de l'exception d'inconstitutionnalité « crée un pouvoir sans contre-pouvoir »², ce qui visiblement n'est ni conforme à notre tradition républicaine, ni à notre système de séparation des pouvoirs. Enfin, il ne paraît pas très raisonnable d'invoquer la procédure référendaire comme un éventuel substitut au pouvoir du juge constitutionnel. On ne saisit pas le corps électoral aussi aisément et régulièrement et l'utilisation de l'expression directe n'est jamais innocente.

Les exemples comparatifs ne sont pas nécessairement significatifs. Aux Etats-Unis la Cour suprême assure surtout un contrôle de conformité des lois des Etats à la législation fédérale et le contrôle de constitutionnalité est extrêmement modéré, puisque moins d'une centaine de lois ont été censurées depuis ses premiers arrêts jusqu'en 1985³. Dans d'autres pays, l'Allemagne, l'Autriche, l'Italie, l'Espagne, la Grèce, l'intensité du contrôle de constitutionnalité se justifie soit par une situation fédérale, soit en raison de la jeunesse ou de la fragilité des institutions démocratiques. Certains Etats ne connaissent même pas de contrôle de constitutionnalité, c'est le cas de la Grande-Bretagne, des Pays-Bas et du Luxembourg.

En France, les libertés et les droits fondamentaux sont-ils à ce point en danger, que l'on risque une telle fragilisation de l'édifice juridique et du système politique ? Est-ce que la France ne connaît pas, depuis l'an VIII, un contrôle juridictionnel de plus en plus intense des actes du pouvoir exécutif ? Enfin, depuis la prééminence des engagements internationaux sur la loi, sanctionnée par les juges nationaux et internationaux, notamment vis-à-vis de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, le risque est moindre d'une atteinte confirmée aux droits fondamentaux.

1. B. Genevois suggère d'y inclure (ce qui n'est pas rien !), outre le bloc de constitutionnalité, les traités à caractère humanitaire et précisément la Convention européenne des droits de l'homme et les pactes des Nations Unies concernant les droits civils et politiques ainsi que les droits économiques, sociaux et culturels ! (B. Genevois, *L'exception d'inconstitutionnalité*, éd. STH, p. 102).

2. J. Larché, *Documents du Sénat*, n° 351, p. 31.

3. Patrick Jullard, *L'exception d'inconstitutionnalité*, *op. cit.*, p. 37, révèle que sur les 1 100 déclarations d'inconstitutionnalité en deux siècles d'existence de la Constitution américaine il y a eu un peu plus de 1 000 qui visent les lois des Etats membres et un peu moins de 100 qui visent des lois fédérales.

Ayant régulièrement relevé que le contrôle *a priori* exercé puissamment et sans frein depuis 1971 par le Conseil constitutionnel risque de conduire, sinon à un « Gouvernement des juges », du moins à une « juridicisation » excessive de la société, il est très périlleux de lui adjoindre un contrôle *a posteriori*, ouvert au surplus aux particuliers. Il n'y aura alors plus aucune limite à son expansion naturelle.

La décision du 2 septembre 1992 confirme, plus tôt que prévu, cette tendance de plus en plus forte à considérer des sources complémentaires de la Constitution voire des normes supraconstitutionnelles. Outre le fait que le Conseil constitutionnel accepte, sans détour, de contrôler la régularité d'une loi constitutionnelle, il contredit partiellement sa jurisprudence de 1975, en soutenant qu'une loi organique devra respecter « les prescriptions à l'échelon de la Communauté européenne »¹. Faut-il, alors, considérer que le traité de l'Union européenne fait partie intégrante du bloc de constitutionnalité ? Dans cette perspective on peut craindre, légitimement, de voir réduire l'autorité des forces politiques sur la loi.

Le contrôle juridictionnel doit être un contrôle sur les actes et non pas sur les comportements, qui ne peuvent être appréciés que par le suffrage universel et ses représentants. Comme le constate pertinemment Cl. Emeri, « gardien de l'Etat de droit, le Conseil constitutionnel, sans aucune légitimité, en devient le guide. Il y a là une² confusion inadmissible... et l'on peut s'inquiéter que le gain de légitimité creuse le déficit des institutions représentatives ».

Si l'utilité du Conseil constitutionnel n'est plus à démontrer, il nous paraît avec R. Savy que « le rôle du Conseil constitutionnel est de veiller avec rigueur au respect par le législateur des principes sur lesquels un consensus incontestable existe dans la société française d'aujourd'hui. Il a tout à perdre à vouloir trancher les débats politiques qui divisent l'opinion et qui ne sauraient relever de la souveraineté nationale »³. Dans un contexte politique et social heurté, l'heure n'est pas à l'établissement de contre-pouvoirs juridictionnels.

L'arrêt de la montée en puissance du Conseil constitutionnel, soulage, pour un temps, de nombreux responsables politiques, curieusement aphones et visiblement les légistes, eux-mêmes, chargés de défendre devant le Parlement le projet de réforme constitutionnelle. Certains juristes⁴, qui ont parfois joué aux apprentis-sorciers en considérant que l'essentiel était constitué par la règle du jeu constitutionnelle, redécou-

1. Déc. 2 septembre 1992, Maastricht II, *JO*, 3 septembre 1992, p. 12095 ; L. Favoreu, *RFDC*, n° 12, 1992 ; D. Rousseau, *RDP*, 1, 1993, p. 15.

2. Cl. Emeri, L'Etat de droit dans les systèmes polyarchiques européens, *RFDC*, n° 9, p. 37.

3. R. Savy, La Constitution des juges, *D.*, 1983, p. 106.

4. Cl. Emeri, citant précisément la *RFDC*, observe « qu'au niveau scientifique comme dans la pratique politique, l'Etat de droit est menacé par les apprentis-sorciers que nous sommes. Il doit faire l'objet de notre attention la plus vive » (*RFDC*, n° 9, 1992, p. 41).

vrent les vertus et les méthodes de la science politique, inséparable de la théorie constitutionnelle. On pourrait enfin s'inspirer de cette réflexion de R. McCloskey à propos de la Cour suprême des Etats-Unis : « La Cour suprême est une institution vénérée, moitié tribunal judiciaire et moitié mentor politique, sensible mais non soumise à l'attente populaire obligée par tradition de partager les charges politiques, mais contrainte également de veiller à ce que sa participation n'excede pas ses capacités. »

Les ambiguïtés politiques de l'évaluation

PATRICE DURAN*

L'évaluation des politiques publiques, longtemps considérée comme une pratique exotique, est entrée dans nos mœurs publiques, elle serait même en « développement », si l'on en croit le dernier rapport du Conseil scientifique de l'évaluation (CSE) et si l'on se reporte à quelques livraisons récentes de la Documentation française¹. Ceci n'est au fond que la conséquence logique de l'institutionnalisation d'un dispositif d'évaluation au sein de l'appareil d'Etat, venue consacrer avec solennité la légitimité de cette nouvelle préoccupation. L'évaluation est une interrogation commune à l'ensemble des pays industrialisés pour des raisons évidentes qui tiennent au fait qu'ils connaissent les mêmes problèmes suivant une temporalité commune et un cadre de réflexion assez proche, pour autant son opérationnalisation se fait dans les conditions particulières de chaque société. De ce point de vue le développement de l'évaluation est tributaire du type d'Etat dans lequel il se produit et de la nature des élites susceptibles de la porter, comme des éléments plus culturels à travers lesquels la chose publique trouve sa définition et sa justification. La France a préféré une fois encore la voie du changement par décret à la suggestion pédagogique qui aurait pourtant été plus en rapport avec le message de modestie de l'évaluation.

La situation française se caractérise aujourd'hui par un foisonnement d'expériences et d'initiatives présentées comme autant d'« évaluations », et si l'unité du label cache mal l'hétérogénéité des produits, elle prouve au moins que l'évaluation est encore un « concept élastique »². Pour autant

* Groupe d'Analyse des Politiques Publiques.

1. Conseil scientifique de l'évaluation, *L'évaluation en développement, rapport annuel sur l'évolution des pratiques d'évaluation des politiques publiques*, Paris, La Documentation française, décembre 1992.

2. L'expression est de Carol Weiss, *Evaluation Research*, Englewood Cliffs, NJ, Prentice Hall, 1972.

on est parfois surpris des débats souvent passionnés qu'elle suscite en dépit d'une pratique qui demeure malgré tout encore modeste. Apprécier une politique n'est pourtant pas une question entièrement nouvelle au point que l'on pourrait s'étonner de cet engouement subit pour ce qui n'est au fond que l'évidence d'une élémentaire sagesse si l'évaluation n'était pas portée par un projet ambitieux.

Née dans le giron de l'analyse des politiques publiques qui lui a fourni son cadre de référence théorique, elle en est la continuité logique. Par son ancrage pratique, elle vient assumer de fait le vieux rêve de tout analyste de la politique tel que l'a parfaitement formulé Wildavsky, à savoir que « le propos de l'analyste de politique n'est pas d'éliminer tout jugement, mais d'élever le niveau de la discussion entre les intérêts concurrents. Le résultat final, il faut l'espérer, sera un débat de meilleure qualité et peut-être éventuellement permettra-t-il un choix public entre des alternatives d'action mieux connues »¹. En un sens l'évaluation est l'organisation de ce débat par un effort de rationalisation des choix pratiques sur la base d'une meilleure connaissance des modalités de développement de l'action publique. L'évaluation viendrait en effet rompre avec l'« ignorance rationnelle », dénoncée par Olson, dont se satisfaisaient autant les hommes politiques que les électeurs et qui ne pouvait que conduire à faire de l'idéologie le fondement des choix de gouvernement et le seul mode d'appréciation des résultats. L'analyse des politiques publiques est en cela l'instrument susceptible d'offrir aux pouvoirs publics un cadre d'intelligibilité de leur propre action, reste à en tirer partie du point de vue des appréciations possibles². Ainsi l'évaluation serait une manière de conjuguer jugement de fait et jugement de valeur par la jonction qu'elle opère de deux mondes, celui de la constatation des faits empiriques et celui visant à produire des prises de position pratiques. Analyse *pour* la politique et non pas seulement *de* la politique suivant la distinction classique, l'évaluation se définit comme une *policy oriented approach*, c'est-à-dire comme une activité qui vise à apprécier une politique compte tenu des éléments de connaissance dont on peut disposer au sujet de ses conséquences et de sa mise en œuvre, et par là même susceptible de fonder la recherche de nouvelles alternatives d'action. Tentative de réconciliation de l'éthique de conviction et de l'éthique de responsabilité, elle est bien une activité politique dès lors que le propre du politique est d'attribuer de la valeur aux faits. On s'est en effet éloigné aujourd'hui, ici comme ailleurs, des vues hyperrationalisatrices d'une « société expérimentale » pour un modèle d'évaluation plus compréhensif et du même coup plus ouvertement politique.

1. A. Wildavsky, *The Art and Craft of Policy Analysis*, Londres, Macmillan, 1930.

2. Pour une vue d'ensemble de cette question, nous renvoyons à notre article P. Duran, Le savant et la politique pour une approche raisonnée des politiques publiques, *L'Année sociologique*, vol. 40, 1990.

On cherche généralement les raisons du succès de l'évaluation — tout au moins du thème — dans l'objectivation des problèmes de gouvernement à laquelle elle participe. Mais peut-être l'enjeu est-il ailleurs dans l'émergence d'une autre représentation du politique qui conduit à revoir le problème de son intelligence et de sa gestion. Dès lors, il n'est peut-être pas inutile de s'interroger sur la « signification culturelle » de l'évaluation, c'est-à-dire sur la façon dont le type de savoir qu'elle véhicule est susceptible de se répercuter sur son propre objet d'investigations¹. Habermas a raison de rappeler que toute analyse qui interprète les phénomènes empiriques du point de vue d'une volonté de connaissance rationnelle doit présupposer en effet que le potentiel argumentatif contenu dans les connaissances et les idées est susceptible de devenir empiriquement efficace².

La question ici n'est donc pas de s'interroger sur la qualité et la pertinence des évaluations réalisées, même si elle est d'importance et ne saurait être négligée, d'autant que, comme nous le verrons, le manque d'assurance théorique et méthodologique est parfois la porte ouverte à des présupposés douteux. Nous voudrions bien plutôt nous attacher à mettre en lumière les significations plus proprement politiques de l'évaluation. Celle-ci est en effet porteuse d'une représentation du politique qu'elle tire des travaux de l'analyse des politiques publiques et qui, pour légitime et fondée qu'elle soit, risque d'alimenter des interprétations frauduleuses. Dans le passage de la théorie à la pratique, il est rare que la théorie demeure indemne et ne se charge pas de considérations annexes qui ont plus à voir avec l'idéologie qu'avec la science. On sait que le propre des sciences sociales est souvent de véhiculer de telles représentations en passant clandestin, faut-il s'en prémunir. Comme le dit Lowi, « d'une bonne théorie sociale à l'idéologie, il n'y a jamais qu'un pas. Meilleure est la théorie, plus ses chances de devenir idéologie sont grandes », c'est bien en effet la crédibilité qu'offre l'argumentation scientifique qui explique souvent le succès de certaines idéologies³. Or les discours sur l'évaluation tels que nous les observons masquent bien des fois des considérations qui relèvent plus du jugement de valeur que du jugement de fait par un glissement subreptice, et il convient d'en prendre la mesure si l'on veut conserver à l'évaluation toute son utilité sociale. C'est à quelques-unes de ces extrapolations possibles que nous voudrions nous consacrer ici. Si l'on veut que l'évaluation reste une utopie mobilisatrice, faut-il lui éviter de trop glisser vers l'idéologie.

A cet égard, l'évaluation est porteuse de messages contrastés quant à l'image qu'elle véhicule parfois du politique. Par la suspicion qu'elle jette

1. Cf. M. Weber, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris, Plon, 1964.

2. J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, t. 1 : *Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*, Paris, Fayard, 1987.

3. T. J. Lowi, *La Deuxième république des Etats-Unis, la fin du libéralisme*, Paris, PUF, 1987.

sur l'action politique et son incapacité à atteindre ses buts, elle risque de conforter les réflexes les plus négatifs de dévalorisation de la politique et du système institutionnel qui la porte. Inversement, par le septicisme qu'elle entretient à l'égard de toute vision technocratique, elle conforte la dimension proprement politique des choix publics.

L'INSTITUTIONNALISATION DU DÉSAPOINTEMENT :
LA POLITIQUE DÉSENCHANTÉE

Eloignée de toute prétention à une gestion scientifique du politique et débarrassée de toute visée technocratique, l'analyse des politiques publiques sur laquelle l'évaluation construit son succès a contribué à alimenter une vision « désenchantée » de l'action politique. Marquant les limites incontestables du rôle de l'Etat, elle révèle en retour une régulation politique plus diffuse et plus complexe, dont la connaissance, si elle peut contribuer à la modernisation de notre culture politique, n'est pas totalement exempte de risque de dépréciation d'un politique dont elle se veut pourtant la consolidation.

Par ses travaux, elle nous livre en effet une représentation de l'action politique qui se révèle à l'inverse des représentations les plus habituelles dont elle marque assurément le déclin. Mais, par son zèle à confondre les visées technocratiques d'un pouvoir politique omnipotent, il ne faudrait pas en venir à chercher dans la complexité sociale la justification pseudo-réaliste de l'immobilisme et à rechercher hors de la politique ce qui relève d'elle-même, que ce soit dans l'ordre de la définition de ce qui est digne de valeur ou de la mobilisation des moyens susceptibles de concourir à leur réalisation. Essayons de résumer les points principaux autour desquels s'organise cette nouvelle représentation politique, au risque d'en simplifier le contenu.

La tyrannie des processus. — Dans une politique publique, substance et processus sont intimement mêlés. La mise en œuvre devient le moment crucial au cours duquel non seulement la politique prend corps, se concrétise, mais aussi où elle se trouve réellement définie. La définition devient ainsi le résultat d'une démarche d'opérationnalisation d'objectifs d'autant plus flous qu'ils procèdent généralement de problèmes largement indéterminés (développement social, protection de la nature, habitat, etc.). Or les modalités d'opérationnalisation sont elles-mêmes fortement dépendantes de la capacité des acteurs de terrain à agir, elle-même déterminé par les systèmes locaux dont ils font partie. En effet, dans la plupart des secteurs où ils interviennent, les pouvoirs publics se trouvent confrontés à des problèmes dont la gestion met en présence une grande diversité d'acteurs, qu'il s'agisse d'individus ou d'organisations. Les acteurs sont reliés entre eux par des interdépendances et des échanges multiples qui forment de véritables systèmes d'action. Dès lors que l'on parle de système d'action, on présuppose la com-

plexité des interrelations entre les acteurs, et en particulier que le produit de ces interactions ne peut par nature être totalement prévisible étant donné la nature même de l'action sociale qui empêche de pouvoir pleinement anticiper leurs conséquences par la suite des multiples effets liés et non attendus qu'elles génèrent. Une politique publique risque de ne plus apparaître comme la nécessaire résultante de processus sociaux parfaitement connus, maîtrisés et spécifiés, mais inversement comme le résultat largement contingent de processus multiples dont les liens restent incertains, imprévisibles, c'est-à-dire en fait involontaires !

La mise en doute des intentions. — Dès lors, on comprend que la catégorie de but se trouve exclue de la politique. Si les politiques ne valent que ce qu'elles vont devenir, le problème n'est plus celui des objectifs dont on sait qu'ils peuvent être généreux, mais pervertis par un déficit de mise en œuvre. Autrement dit, un bon processus vaut souvent mieux que de bonnes intentions. En effet, les préférences ne nous livrent jamais les conséquences, mais par là même on ne peut plus ordonner les préférences si l'on ne peut plus penser les conséquences. Ainsi l'analyse des politiques publiques devient la figure moderne de la rhétorique réactionnaire des effets pervers. Une politique publique devient un procès sans Sujet pour être trop encombré d'acteurs.

Méfions-nous cependant du fait que l'on ne produise pas de manière contre-intuitive un surcroît de méfiance à l'égard des hommes politiques et de la politique dès lors que la responsabilité des effets induits ne peut être que celle des systèmes. La légitimation de l'impuissance publique trouve assurément son compte dans l'exploitation du thème de la complexité. A travers cette représentation somme toute peu glorieuse de l'action publique, l'évaluation est amenée à reposer en d'autres termes l'épineuse question de la responsabilité politique. Qu'en serait-il d'un monde politique sans responsabilité ?

Un univers sans hiérarchie. — L'analyse des politiques publiques révèle également un univers fragmenté en de multiples systèmes d'action. L'Etat se trouve lui-même déconstruit en une multiplicité d'agences et de niveaux d'action dont l'intégration est le plus souvent minimale. Ainsi se répand l'image d'une sorte de *pilotless policy* suivant l'expression ancienne de Norton Long par la représentation d'un univers dans lequel les sous-systèmes correspondant à des politiques (*policy subsystem*) s'enchevêtrent de manière confuse du fait de leur propre complexité liée à un degré de cohésion variable et de leur autonomie fonctionnelle¹. La rationalité et la stabilité de l'ensemble de l'univers politico-administratif dépendent des intégrations partielles réalisées à l'intérieur des *policy subsystems* plus que d'une quelconque régulation centralisée. D'où l'image d'un système poli-

1. N. Long, The Local Community as an Ecology of Games, *American Journal of Sociology*, vol. 63, novembre 1958.

tique fragmenté largement caractérisé par l'hétérogénéité des problèmes à gérer et le faible degré de coordination de l'action.

Au moment où la pratique conduit à ôter toute pertinence à la distinction classique public/privé et à la séparation administration/politique, le brouillage est encore accentué par une expansion et une différenciation du système politique du fait de réformes institutionnelles. La réforme des collectivités locales comme la montée d'un espace européen qui constitue de plus en plus un cadre de référence pour l'action comme le lieu d'émission potentiel de nouvelles valeurs et de nouvelles identités collectives a progressivement conduit à substituer à l'espace apparemment intégré de l'Etat-nation une sorte de « polyarchie institutionnelle ». Ainsi la fragmentation de l'espace politique qui en fait un univers multipolaire impose l'impression d'un monde sans centre bien établi. Ceci est probablement une des possibles explications du regain d'intérêt pour une pensée systémique dans laquelle la hiérarchie ne constitue plus le seul mode d'intégration ou de régulation et où l'unité du système ne présuppose pas nécessairement l'unicité du pouvoir. De même, l'invocation régulière du modèle du marché en matière de gestion publique doit probablement une part de son succès à l'affaiblissement d'une représentation unitaire du pouvoir. Au fond, la redécouverte de l'Etat, en particulier dans la science politique contemporaine, s'effectue paradoxalement non seulement au moment où il est le plus faible, mais au moment aussi où le fonctionnement de la sphère publique rend pertinente l'expression de système politique, mais au sens, là, de système d'action concret plutôt qu'à celui de répartition cybernétique des fonctions. L'Etat était un principe d'unité, le lieu magique de l'ordonnement des pratiques politiques, or l'éclatement et la diversification des systèmes d'action afférents aux différentes politiques aboutissent à une remise en question de la centralité de l'Etat et au-delà du système politique lui-même.

La question désormais clairement posée est bien celle de la capacité qu'une société possède par l'intermédiaire de son autorité politique à déterminer son propre avenir. Fruit d'une telle préoccupation, l'analyse des politiques publiques n'est que l'observation réaliste de la faible emprise de l'acteur politique sur des processus sociaux toujours plus ou moins indéterminés et ouverts. Mais il y a quelque risque à faire implicitement de la certitude de l'incertitude la dernière vérité du politique, la seule vérité que puisse s'offrir le politique en guise de légitimation négative. A défaut de trouver dans la Raison le sens de l'histoire, la science, nous permettrait au moins de comprendre pourquoi nous avons de « bonnes raisons » de nous tromper.

LES FAUSSES VERTUS DU PLURALISME

Les difficultés du politique à produire de l'action intentionnelle efficace ont conduit à juste titre à s'éloigner d'une vision hiérarchique de l'action selon laquelle le haut commanderait nécessairement le bas et à mettre en

évidence l'importance des micro-ajustements entre acteurs au moment de l'action. Au fond, la question aujourd'hui dont l'évaluation est porteuse est simple dans sa formulation, complexe quant à la solution : il faut réconcilier efficacité et démocratie. Cette irruption du thème de la démocratie qui s'incarne en particulier dans la conception française de l'évaluation pluraliste est cependant un thème assez nouveau pour être souligné, significatif de l'émergence de nouvelles préoccupations dans le champ de la gestion publique. Le débat sur l'efficacité au cours de la précédente décennie avait en effet quelque peu occulté celui sur la démocratie. Dans une période délicate qui voit les repères s'effriter, les identifications partisans devenir plus lâches, le pouvoir politique a nécessairement besoin d'un soutien et d'une participation des acteurs à la gestion des politiques qui les concernent comme bien sûr de leur consentement. Il conviendrait par là même de s'avancer vers la construction d'un ordre négocié par la pratique plus modeste de l'ajustement mutuel. Quelle que soit la pertinence des analyses de départ, le thème de la participation tel qu'il trouve à s'incarner dans la notion de pluralisme n'est pas exempt de lourdes ambiguïtés.

L'idée de participation est inscrite dans la réalité des politiques publiques en fonction d'une double exigence technique et politique, et la conception de l'évaluation pluraliste n'est en fait qu'une manière d'entériner la pratique. L'évolution de la nature même des politiques publiques explique qu'il faille bien souvent se préoccuper de motiver les acteurs dont l'adhésion aux objectifs de la politique est essentielle. Il en résulte la nécessité d'impliquer les groupes d'intérêts dans la prise de décision publique ou dans la mise en œuvre afin de réduire les possibilités de résistance ou de pouvoir anticiper les blocages éventuels. Par la solution qu'il apporte aux problèmes pratiques, on comprend que la rhétorique administrative épouse le plus souvent l'idéal d'administration prôné par les groupes d'intérêts qui privilégient la souplesse des normes et la décision par le marchandage. Il faut entraîner l'adhésion des acteurs à défaut de leur imposer leur conduite.

Tout gouvernement doit, il est vrai, faire face à une double contrainte : répondre aux problèmes tels qu'ils se posent et en rendre les solutions acceptables. Le travail des autorités publiques ne peut demeurer étranger au cadre institutionnel. Dans des démocraties constitutionnelles pluralistes où la concurrence pour le pouvoir est une réalité, il ne s'agit pas seulement de mettre en œuvre des actions susceptibles de conséquences, faut-il aussi en gérer la « perception » pour produire des interprétations favorables. Il ne faut pas seulement gérer des problèmes, faut-il encore produire de l'assentiment. A ce titre, la définition d'une politique publique requiert trois choses : l'identification de séquences d'action articulées les unes avec les autres, l'identification des conséquences éventuelles de ces actions sur le problème initialement déterminé, l'identification des interprétations de ces conséquences par les publics concernés¹. On comprend que la participation soit

1. Laurence E. Lynn (Jr), *Managing Public Policy*, Little, Brown & Company, 1987.

une manière d'anticiper de telles interprétations à défaut de pouvoir toujours les suggérer. La démocratie est certainement une exigence morale, elle est assurément une solution pratique.

L'évaluation pluraliste, nous l'avons dit, n'est qu'une manière logique de tirer les conséquences d'une action publique qui se définit prioritairement comme un mode d'action collective. Pour autant que soit légitime la présence dans l'évaluation de tous les acteurs concernés par une politique, cette situation n'est pas sans poser quelques questions, sinon redoutables, tout au moins délicates. On peut se demander si l'évaluation ne participe pas à une sorte d'idéal « pluraliste » assimilé à une forme de négociation généralisée qui serait une recherche de consentement grâce à la mise en commun d'acteurs séparés par la logique de la segmentation sociale des processus d'action et qui, par un glissement insidieux, ferait du pluralisme le synonyme de la démocratie.

L'évaluation pluraliste serait une activité visant à fonder une appréciation commune d'une politique publique à travers un processus d'interaction mettant en présence une grande diversité d'acteurs concernés généralement par la politique à évaluer. Le pluralisme n'est pas, on le pressent, éloigné de la recherche d'un consensus entre les acteurs. Le pluralisme masque mal l'idée d'une société réconciliée par la magie d'une négociation sociale rétablie au point qu'on peut parfois se demander si l'évaluation ne serait pas alors une manière de renouer les fils du dialogue social, ce qui n'est pas sans créer quelque ambiguïté quant au statut même de l'évaluation. Ainsi serait-il question de parvenir à un « jugement négocié », avons-nous entendu ! Au-delà d'une naïveté sympathique, une telle attitude appelle quelques commentaires, sans pour autant nous appesantir sur chacun des points.

D'une part, une conception trop lâche du pluralisme risque de déboucher sur un relativisme dont on sait qu'il n'est pas toujours fécond, d'autre part, le pluralisme suppose que la négociation est le mode de décision nécessairement le plus adapté. Comme le dit Passeron, il faut rejeter la position des « anarchistes du discours » pour qui toute phrase sur la société ou le destin des civilisations en vaut une autre¹. Tous les points de vue se valent-ils et méritent-ils d'être représentés ? Mais qui, du même coup, est susceptible de faire le tri ? On est conduit cependant à s'interroger sur la validité et la légalité de dispositifs certes flexibles mais largement à la discrétion des pouvoirs publics, et plus proches souvent de la cooptation que de l'égalité démocratique. Gare aux effets contre-intuitifs d'une recherche du consentement qui risquerait de renforcer le poids des groupes les mieux organisés et les plus actifs dont on sait par expérience qu'ils ne sont pas ceux qui comprennent le plus de monde et de conforter par là même une sorte de « libéralisme des groupes d'intérêts » pour

1. J.-C. Passeron, *Le raisonnement sociologique, l'espace non poppérien du raisonnement naturel*, Paris, Nathan, 1991.

reprendre la formule forte de Lowi. Par ailleurs, les discours sur l'évaluation pluraliste gomment étrangement le pouvoir de leurs analyses, et le modèle démocratique mis en avant semble exclure les mécanismes d'influence et de pouvoir. Là encore faut-il rappeler que l'interaction n'est pas l'apprentissage ni la communication. Dès lors comment distinguer le vrai consensus du faux, les accords manipulés des accords vraiment négociés.

Au fond, l'idéal pluraliste semble reposer sur deux postulats dont la psychologie sociale la plus moderne a montré à quel point ils étaient fragiles et contestables¹. Le premier est que, en l'absence de critères fiables pour juger d'une politique, la réunion d'un grand nombre d'idées et de faits serait le moyen le plus sûr d'établir une appréciation la plus objective possible. Ceci explique qu'il existe dans l'évaluation une autre idée souvent admise qui est qu'à la diversité des acteurs il conviendrait d'associer une pluralité de modes d'analyse comme si des perspectives scientifiques pouvaient être assimilées à des points de vue. Que fait-on alors de l'incommensurabilité des théories ? Deuxièmement, la tendance normale dans la recherche d'un consensus serait d'aboutir à un compromis, sorte de moyenne (*averaging*) entre les jugements des uns et des autres.

Or, ce que nous montre la psychologie sociale, c'est que des individus en principe logiques et pondérés, après s'être renseignés et avoir délibéré, ayant en main toutes les informations utiles, se sont mis d'accord sur une proposition qui n'est ni pondérée ni logique. Mais de manière plus fondamentale encore pour notre propos, ce qui institue le consensus et le rend convaincant n'est pas l'accord, mais la participation, au sens d'engagement, de ceux qui l'ont conclu. Or quel intérêt les acteurs ont-ils à s'engager et en ont-ils la capacité — nous dirions aussi volontiers le pouvoir — si l'évaluation se voit déconnectée des processus de décision publique ? La réponse n'est assurément pas simple.

La question est au fond pourquoi la négociation devrait-elle prévaloir aujourd'hui sur les autres modes de décision sociale. Ce qui va de soi en apparence n'est pas aussi évident qu'il y paraît. Ce qui caractérise la décision publique peut-être plus que d'autres domaines, c'est l'absence de critères permettant d'évaluer les diverses possibilités et d'établir que l'une est plus objective que l'autre. Dès lors la règle de la majorité inscrite dans la pratique de la démocratie constitue une solution incontournable. Si la démocratie est un ensemble de règles permettant l'expression des différences et la concurrence des opinions, la décision majoritaire n'est pas totalement la négociation puisqu'elle permet à un moment donné l'imposition d'un point de vue. Une conception molle du relativisme conduit à confondre la démocratie avec le consentement et en particulier avec un écrasement des valeurs du fait d'une recherche de compromis. Si la démocratie postule la relativité des valeurs, elle n'implique pas pour autant le

1. Cf. les analyses salubres de S. Moscovici et W. Doise, *Dissensions et consensus, une théorie générale des décisions collectives*, Paris, PUF, 1992.

relativisme ni le compromis, il y a là une confusion regrettable. Or le propre de la démocratie est bien de parvenir à une solution dans le cadre d'une pluralité de valeurs sans pour autant que l'on soit obligé d'abandonner ses propres croyances.

Le thème du pluralisme masque un autre enjeu qui est celui de l'avenir de la démocratie représentative incarnée par les systèmes institutionnels parlementaires. Il y a là assurément un vrai problème dont l'évaluation est porteuse à défaut d'en donner la solution. Elle conduit à une dualisation de la représentation éclatée entre l'assujetti et le citoyen ; et le problème est que l'on n'est pas toujours sûr que le citoyen soit le plus avantage. En effet, le risque est que l'on finisse par préférer l'administré et le consommateur au citoyen pour des raisons d'efficacité et de rapidité, ce qui est une manière d'affaiblir le rôle du Parlement dès lors qu'il n'est plus le cadre où s'effectue l'ajustement des intérêts et qu'on tend à le considérer comme un lieu subalterne d'expression des intérêts. Ainsi l'évaluation consacrerait implicitement la dissociation de l'appartenance citoyenne et de l'appartenance sociale définie, elle, par les statuts des individus tels qu'ils sont déterminés par leurs différentes positions sociales¹. La participation ne suffit pas à définir la citoyenneté et on peut craindre qu'une telle situation ne fasse que consolider la fragmentation du corps social. On peut se demander si le thème de la participation ne peut pas conduire à entretenir une fausse citoyenneté, car suivant une formule célèbre quand le citoyen est un administré est-il toujours un citoyen ?

Sauf que la démocratie change de sens, la question n'est plus d'avoir un gouvernement, des décideurs représentatifs aptes à faire des choix légitimes du fait même de leur représentativité, la démocratie étant posée comme un *a priori*, un *input* chargé d'alimenter le système politique en ressource de légitimité et d'autorité ; elle devient à l'inverse un *output* du système, elle est conquise *a posteriori* dans la satisfaction des citoyens à l'égard des résultats attendus, laquelle serait mesurée dans des instances *ad hoc*. Le soutien que l'on va chercher dans le jugement des groupes sociaux assujettis à une politique est-il de même portée que celui de l'électeur citoyen ? Ceci n'est au fond que la conséquence qu'il fallait bien tirer un jour de l'engagement de l'Etat dans la production d'actions publiques. Mais cette autre manière de chercher l'assentiment, si l'on n'y prend garde, risque de véhiculer malgré elle une critique de la démocratie représentative qui n'est pas totalement sans risque.

Elle entérine en quelque sorte la faible capacité des élections à être des moments pertinents d'évaluation. D'une part, parce que les élections ne constituent pas un lieu d'information des citoyens du fait des manipulations et des distorsions possibles ; d'autre part, parce que les conditions du débat

1. Jean Leca a pleinement raison de marquer la profonde différence entre *citoyenneté* et *égalité sociale*. Cf. Jean Leca, Individualisme et citoyenneté, in Pierre Birnbaum et Jean Leca (sous la direction de), *Sur l'individualisme*, Paris, FNSP, 1986.

sont trop « agrégées » pour offrir les chances d'une dissension véritable. Autrement dit, la démocratie devrait s'exercer à un double niveau, celui des élections qui se construit essentiellement sur la base d'un débat sur les valeurs et les buts recherchés ; un autre serait celui de la participation des acteurs à la connaissance des conséquences induites par les choix effectués par les autorités légitimes. La question posée est bien réelle, mais risque aussi de demeurer sans réponse réellement satisfaisante, dans la mesure où une des caractéristiques de l'action publique est que le moment de l'appréciation ne peut jamais totalement coïncider avec le moment de la fourniture. A défaut de pouvoir articuler les deux modes de représentation, il ne faudrait pas que leur dissociation laisse supposer un trop grand scepticisme à l'égard des mécanismes institutionnels de la démocratie politique.

Ainsi il convient de ne pas confondre le pluralisme avec la démocratie, le citoyen avec l'assujéti. La confusion des scènes et des genres n'est pas selon nous la meilleure des solutions à l'affermissement de la régulation politique. Née du politique, l'évaluation serait sinon une autre manière de l'évacuer.

L'ÉVALUATION, ENTRE SCEPTICISME ET ENGAGEMENT

C'est bien parce que nous accordons du crédit à l'évaluation que nous pensons qu'il est important de bien comprendre que l'évaluation reste encore plus un problème qu'une solution. La tension demeure entre un monde du politique soudain plus aléatoire et plus incertain et une production intellectuelle de connaissance qui a perdu l'ambition de la maîtrise du monde, entre la complexité perçue du monde et les contributions limitées de la science.

La question de l'évaluation est portée par une interrogation sous-jacente qui est celle de la capacité des hommes non pas tant à faire leur propre histoire qu'à la faire dans les termes qu'ils ont choisis, autrement dit la question est bien celle de leur aptitude à produire la société de manière volontaire. La décennie 70 n'a sonné le glas que d'une conception rationaliste de l'action, celle qui pense que la maîtrise théorique du monde induit sa maîtrise pratique, celle encore qui voit dans l'affirmation des objectifs le signe d'une rationalité prospective. Elle n'est pas la condamnation de toute possibilité d'intervention rationnelle. La logique qui conduit à l'émergence d'une rationalité nouvelle naît en fait de manière paradoxale de la mise au jour des multiples effets non voulus de l'action dans lesquels sont empêtrés les gouvernements. Dès lors que ceux-ci sont explicables, et non plus seulement liés aux forces irrationnelles du marché, au simple jeu du hasard historique, et que l'on peut en rétablir tout à la fois l'intelligence et le caractère rationnel, il n'est pas impensable, et irresponsable, d'en tirer les leçons d'un point de vue pratique quant aux possibilités de guidage qui s'offrent à nous selon une logique toute différente. La rationalité de la décision était de nature prospective fondée sur

la clarté des objectifs et des prévisions, la rationalité devient rétrospective par apprentissage des conséquences des actions passées. La rationalité d'une politique est attestée même par ses défaillances, car celles-ci peuvent être expliquées et dès lors en effet que les erreurs sont elles-mêmes considérées comme rationnelles, il est toujours possible d'apprendre. Quand on tient les objectifs et les intentions en suspicion, les conséquences deviennent la seule catégorie fiable dans la mesure où elles ont au moins le mérite d'être maîtrisables par la pensée. Si les objectifs sont des projections du désirable, les conséquences sont des faits. En prenant appui sur les acquis de l'analyse des politiques publiques, l'évaluation est une pensée ouverte dès lors qu'elle admet l'indétermination des processus sociaux. Cela veut dire que les apprentissages restent possibles, et que la liberté des acteurs n'est pas un vain mot, même si justement il faut éviter que l'enfer soit pavé de bonnes intentions. Si l'on ne peut pas utiliser la théorie pour prédire les conséquences, on peut toujours apprendre de l'expérience, c'est aussi l'optimisme que l'on peut retirer de l'analyse des politiques publiques et de la pratique de l'évaluation. « L'objectif essentiel est de gagner un savoir suffisant pour réduire la portée d'une surprise potentielle », nous dit Landau, c'est peut-être là la seule façon de conjurer la logique des effets pervers, c'est-à-dire de résoudre au moins intellectuellement le paradoxe d'Elster qui est de chercher à maîtriser ce qui n'est pas prévisible¹.

Le progrès des connaissances a tendance à favoriser le scepticisme quand l'action nécessite de l'engagement, mais l'incertitude dans les affaires humaines est tellement envahissante qu'elle est aussi la raison fondamentale pour laquelle la rationalité est finalement un guide assez faible pour l'action². C'est probablement là qu'il faut chercher aujourd'hui les explications d'un retour vers la philosophie, la morale ou la culture. Le paradoxe est bien dans le fait que la conscience des incertitudes est aussi le prix à payer de notre liberté, donc de la nécessité de notre engagement. Comme l'a bien vu Habermas, l'effondrement de l'illusion technocratique conduit au retour du refoulé, la morale, comme fondement de la politique. Ceci étant d'autant plus vrai que l'on s'est longtemps situé dans une logique de crise dans laquelle l'« urgence » était devenue un principe légitimant³.

Le débat politique aujourd'hui n'est assurément plus de même nature qu'au siècle précédent, le temps est révolu de l'« imagination prophétique », il faut l'espérer. L'évolution des conditions et des modes de légitimation du pouvoir politique est là pour l'attester. Le débat ne peut plus consister dans la seule discussion d'une exigence éthique, ou de postulats

1. M. Landau, R. Stout, To manage is not to control : or the folly of type II errors, *Public Administration Review*, March-April 1979.

2. J. Elster, *Nuts and Bolts*, Cambridge University Press, 1989.

3. J. Habermas, *op. cit.*, pour un appel à la morale comme dimension significative de l'action, on pourra se reporter à A. Etzioni, *The Moral Dimension*, New York, The Free Press, 1988.

de justice, il lui faut s'élargir à l'évaluation des conséquences possibles des choix politiques, sans que pour autant celle-ci devienne ainsi la seule mesure de l'éthique. Le jugement politique est autant rétrospectif que prospectif, fondé à l'origine sur un *a priori* des valeurs, il doit maintenant intégrer l'*a posteriori* de leurs conséquences. C'est en permettant d'articuler ces deux dimensions que l'évaluation peut modestement participer à la réhabilitation de la politique. Si elle y parvient, peut-être serait-ce une avancée sur la voie de la sécularisation de la politique dans laquelle Luc Ferry nous incitait ici même à nous engager.

Espagne : les élections de 1993

PERE VILANOVA

L'Espagne, il ne faut pas l'oublier, est une démocratie encore jeune, comparée à la plupart des pays de l'Europe occidentale. La mort de Franco date de novembre 1975. Les premières élections démocratiques, de juin 1977. La période constituante qui commença juste après cette date s'acheva par la promulgation de la Constitution en décembre 1978. Depuis, il est vrai que l'Espagne a connu plusieurs élections générales sans entraves majeures : 1977, 1979, 1982, 1986, 1989 et finalement celles du 6 juin 1993. Et encore faudrait-il ajouter à cette liste les élections municipales — dont les premières datent de 1979 —, les élections européennes, et surtout (pour leur importance politique) les élections des parlements des communautés autonomes. Tout cela fait que l'Espagne, en quelque sorte, vit depuis quinze ans sous une forte pression électorale, avec une consultation électorale chaque année en moyenne. Mais c'est précisément la jeunesse du régime démocratique qui introduit encore aujourd'hui dans chaque consultation une référence à sa consolidation. La classe politique, l'opinion publique, les analystes nationaux et étrangers continuent à être, en quelque sorte, prisonniers d'une sorte d'émerveillement : la démocratie espagnole fonctionne bien, l'Espagne est devenue tout à fait normale. Si la transition espagnole a fourni un modèle de réflexion à maintes transitions ultérieures, la démocratie consolidée est aussi analysée avec intérêt.

LA CAMPAGNE ÉLECTORALE

On avait craint, avant que la campagne ne commence, que celle-ci soit tendue, crispée, agressive, justement parce que pour la première fois depuis 1982 on avait l'impression que les résultats étaient incertains. La

crise du PSOE, la montée du centre-droit et de la droite, la crise économique, le mécontentement social, et, en toile de fond, les sondages, tout cela faisait croire à la fois qu'on assistait à la fin du *felipismo* et au retour d'une droite plus ou moins masquée mais traditionnelle en fin de compte.

Comme on a pu le voir, la campagne électorale n'a pas été plus crispée que d'autres, les débats entre Felipe Gonzalez et José Maria Aznar (leader de la droite, le Parti populaire) ont été suivis avec passion par l'opinion, mais sans incidents majeurs, et la consultation elle-même a été un modèle du genre, à quelques détails mineurs près. Pour la première fois depuis 1982, le perdant, M. Aznar, a tenu à féliciter personnellement M. Gonzalez avant minuit, bien avant que ne soient connus les résultats définitifs.

Mais pour comprendre ces élections du 6 juin il faut voir le contexte dans lequel elles se sont déroulées. L'Espagne a été gouvernée par M. Gonzalez depuis octobre 1982. Depuis cette date, Felipe Gonzalez a eu l'occasion de gagner à la majorité absolue en 1982, en 1986 et en 1989 (bien qu'à cette occasion il ait atteint de justesse le seuil de la majorité absolue), à quoi l'on pourrait ajouter sa victoire personnelle au moment du référendum de mars 1986 sur l'OTAN. Et il a obtenu ces résultats avec un système électoral proportionnel. Bien sûr, on peut arguer que la technique du système employé — le système d'Hondt — avantage les grands partis (par comparaison à d'autres variantes du système proportionnel : Italie, Israël, etc.). Mais le lecteur peut comparer le système proportionnel espagnol avec les modèles majoritaires français ou britannique pour saisir l'importance des victoires électorales du PSOE, ou, plus précisément, du « facteur » Felipe dans la décision des votants.

Ceci a donné l'impression, alimentée par les médias, que le jour où le PSOE n'obtiendrait plus la majorité absolue, soit 176 sièges au Congrès des députés, il y aurait non seulement alternance politique, mais, pour certains, probablement une crise de régime.

Or, l'Espagne a été gouvernée — efficacement — par M. Adolfo Suarez et son parti, l'UCD (Union del Centro Democrático), pendant deux législatures, celle qui résulta des élections de 1977 et celle qui commença après les élections de 1979. Et il n'a jamais eu la majorité absolue. Il est vrai que nous parlons de la transition, et une des pièces fondamentales de celle-ci fut justement le *consenso* (le consensus), cette capacité surprenante des forces politiques et sociales espagnoles à se mettre d'accord sur l'essentiel et à laisser à plus tard les clivages politiques naturels et inévitables en démocratie (consolidée). Mais le consensus ne suffit pas à tout expliquer. L'Espagne a fait le choix d'un système parlementaire classique et orthodoxe. D'autre part, la Constitution prévoit exactement toutes les variantes pour pourvoir l'investiture du président du Gouvernement. Le système électoral et la sagesse des électeurs, depuis 1977 ont réduit l'éventail des partis au Parlement à des proportions raisonnables,

avec une droite, une gauche (plus une minorité communiste) et les minorités nationalistes catalane et basque, plus les « divers » groupes au sein du groupe parlementaire mixte (le règlement ne prévoit pas le député non inscrit).

Dans ce contexte, pour en arriver à une première constatation, la législature d'après juin 1993 pouvait très bien fonctionner sur la base d'un parti n'ayant qu'une majorité relative au Parlement, et c'est ce qui s'est finalement passé. Que ce soit le PSOE et non le Parti populaire (PP) qui ait gagné avec un avantage de 18 sièges n'est qu'un point relativement mineur. En effet, certains sondages prévoyaient un résultat plus serré, avec moins de 10 sièges d'avance pour l'un ou l'autre selon les cas. Cela aurait ouvert la voie à des scénarios législatifs plus incertains à l'occasion. Mais la majorité absolue, essentielle dans les deux premières législatures puisque les lois organiques demandent ce genre de majorité, n'est requise qu'accidentellement. Et pour les grandes questions de portée constitutionnelle — réforme de la Constitution du fait du traité de Maastricht —, les grands partis préférèrent encore le consensus politique.

Ce qui porte à constater que, sur la base des résultats, le PSOE peut très bien gouverner avec un conseil des ministres formé par des socialistes et quelques indépendants, en négociant à chaque occasion avec l'une ou l'autre des minorités les accords nécessaires.

Le choix des électeurs, de toute façon, a été plus que jamais conditionné par des variables pas facilement mesurables : le contexte extérieur d'abord et surtout. L'Espagne a connu une grande croissance au cours de la « décennie socialiste » (1982-1992). Il est vrai aussi que 1992 a été vécu — peut-être de façon irresponsable par les responsables politiques de tout bord — comme une apothéose politico-économico-médiatique, avec les Jeux olympiques de Barcelone, l'Expo de Séville et Madrid, capitale culturelle de l'Europe. Cela a représenté un danger dès lors que les signes avant-coureurs de la crise étaient déjà manifestes (par exemple, les experts insistant sur le fait que la peseta était largement surévaluée). La chute n'en a été que plus brutale : dès la rentrée 1992 le chômage a explosé, la peseta a chuté (21 % de dévaluation en trois mois) et/ou a frisé la sortie du SME à plusieurs reprises, et l'activité économique — surtout les investissements — sont entrés en hibernation. Pourquoi, dans cette perspective tout à fait prévisible, Felipe Gonzalez n'a-t-il pas choisi de dissoudre le Parlement et d'organiser les élections dès septembre 1992 ? Il avait alors le capital politique et dans l'euphorie des Jeux et de l'Expo la crise n'était encore qu'à ses débuts. Certains de ses plus proches conseillers — entre autres l'équipe économique du Gouvernement — avaient insisté pour des élections immédiates. On ne sait pas pourquoi Felipe Gonzalez a choisi d'attendre et même affirmé qu'il irait jusqu'au bout de la législature (octobre 1993), etc. Il a cru, probablement, qu'à la rentrée 1992 en six ou huit mois il rétablirait la situation économique, mais l'erreur a été considérable.

Il est possible aussi que Felipe Gonzalez ait misé sur l'idée de bilan positif sur toute la décennie, capable de compenser une conjoncture négative. Toujours est-il qu'au moment de la dissolution et de la convocation des élections pour le 6 juin l'opinion a eu une certaine impression de catastrophe.

La campagne électorale, elle-même, a confirmé cette pleine normalisation du régime démocratique espagnol : banale, beaucoup plus médiatique que militante, centrée autour de la télévision — c'est la première fois où la présence de chaînes privées a compliqué le jeu médiatique des chaînes publiques — et, moins, des radios et des journaux, avec peu de grandes promesses, si ce n'est l'austérité, la rigueur, etc. Un critère de normalisation est, de l'avis des experts et par les temps qui courent, justement la crise des grandes polarisations idéologiques droite-gauche, la crise de grandes promesses non susceptibles d'être tenues, l'accent mis sur les « styles » politiques beaucoup plus que sur des propositions radicalement alternatives, et la présentation de choix (ou de solutions) peu écartés — autour du centre et loin des pôles extrêmes. Le scepticisme des électeurs quant à la possibilité de solutions nationales et à court terme (chômage, déficit commercial, crise financière, croissance) à des problèmes qui ne le sont pas a eu cet effet positif, dans l'Espagne de 1993, de confirmer la maturité des uns et des autres. En particulier, la droite, qui sous la direction de M. José Maria Aznar s'est rapprochée de la victoire, donc de la crédibilité comme force capable de gouverner, s'est rapprochée du centre, donc de l'espace où il doit puiser les voix qui feront la différence avec le PSOE, et a enterré toute référence même implicite au passé, qui sous M. Fraga Iribane avait pesé lourdement sur ses espoirs électoraux.

Les résultats

	6 juin 1993		
	Voix	%	Sièges
Parti socialiste ouvrier espagnol (PSOE)	9 076 218	38,68	159
Parti populaire (PP)	8 169 585	34,82	141
Gauche unie (IU)	2 246 107	9,57	18
Convergence et union (CiU)	1 162 534	4,95	17
Parti nationaliste basque (PNV)	290 386	1,24	5
Coalition canarienne (CC)	206 953	0,88	4
Herri Batasuna (Basques proches ETA) (HB)	206 296	0,88	2
Gauche républicaine de Catalogne (ERC)	188 800	0,80	1
Parti aragonais (Par)	144 261	0,61	1
Eusko Alkartabuma (Basques) (EA)	129 263	0,55	1
Union valencienne	112 032	0,48	1

Elections législatives précédentes

	1977			1979			1982		
	Voix	%	Siè- ges	Voix	%	Siè- ges	Voix	%	Siè- ges
PSOE	5 371 866	29,27	110	5 469 813	30,49	121	10 127 392	48,36	202
AP/PP	1 504 771	8,33	16	1 067 732	5,96	9	5 543 107	26,50	107
UCD	6 310 391	36,42	166	6 288 593	35,02	168	1 384 850	6,47	11
CDS							600 842	2,87	2
PCE/IU	1 709 890	9,38	19	1 911 217	10,74	23	844 976	4,04	4
PNV	296 193	1,69	8	275 292	1,50	7	395 656	1,89	8
CiU	522 060	2,76	11	484 154	2,64	8	772 673	3,69	12
HB				172 110	0,94	3	210 601	1,04	2
EE	61 417	0,32	1	85 677	0,47	1	100 326	0,48	1
PSP-FSP	816 582		6						
CIC	29 834		1						
CRIC	37 183		1						
ERC	143 954		1	123 452		1	138 116	0,66	1
UC/DCC	172 791		2						
PA				325 842		5			
PAR				38 042		1			
UN				370 740		1			
UPC				50 953		1			
UPN				28 248		1			

	1986			1989		
	Voix	%	Siè- ges	Voix	%	Siè- ges
PSOE	8 901 718	44,62	184	8 115 568	39,87	175
AP/PP	5 247 677	26,31	105	5 285 677	25,97	107
UCD						
CDS	1 838 799	9,22	19	1 617 716	7,95	14
PCE/IU	892 070	4,47	7	1 858 588	9,13	17
PNV	309 610	1,55	6	252 119	1,25	5
GU	1 012 054	5,08	18	1 030 476	5,07	18
HB	215 202	1,08	5	217 276	1,07	4
EE	107 053	0,54	2	105 230	0,52	2
CG	79 972	0,40	1			
AIC	65 664	0,33	1	64 767	0,32	1
UV	64 403	0,32	1	144 924	0,71	2
ERC						
EA				136 955	0,67	2
PA				212 687	1,04	2
PAR	73 004	0,37	1	71 733	0,35	1
CC						
UPC						
UPN						

A la vue des résultats, plusieurs considérations peuvent être retenues. Tout d'abord, le taux de participation. Dans le cas des législatives nationales, la moyenne de participation a tourné, depuis 1977, autour de 70 %, avec près de 80 % en 1982, justement quand le PSOE a eu pour la première fois la majorité absolue. Le 6 juin 1993, donc, a marqué une deuxième pointe, avec presque 78 % de participation, plus de 7 points de plus qu'aux dernières élections (1989). De l'avis de tous les experts, il y a là une des clés non seulement de la victoire de M. Felipe Gonzalez, mais du score quasi miraculeux de 159 députés, alors que les fourchettes des sondages, tout au long des semaines précédentes, lui donnaient entre 145 et 150 sièges. Tout semble indiquer que c'est justement l'effort personnel de Felipe tout au long de la dernière semaine avant le scrutin — alors que la publication des sondages est interdite — qui a mobilisé 5 à 6 % de « votes perdus » (les déçus du socialisme), devant un scénario de plus en plus crédible de victoire de la droite. Cette peur de la droite, qui pèse encore lourdement sur une partie de la mémoire des Espagnols, a été subtilement dosée par Felipe, sur l'argument « la droite de M. Aznar est mieux que celle de M. Fraga, mais elle n'est pas encore prête ». Il lui manquerait une petite législature d'opposition pour arriver à la pleine maturité démocratique.

Pour les résultats eux-mêmes, les changements spectaculaires sont ceux qui marquent le mouvement de votes et de sièges pour le PSOE et le Parti populaire. (Paradoxes du politique, le premier a célébré comme une grande victoire le fait de perdre 16 sièges ; le deuxième a salué dans la dignité sa défaite, alors que le PP a bondi de 107 sièges à 141, tout en gagnant 3 000 000 de votes.)

Les socialistes, ou peut-être — doit-on insister — Felipe Gonzalez personnellement, obtiennent quand même plus de neuf millions de voix, les mêmes qu'en 1986, et cela signifie un million de plus qu'aux élections générales de 1989. Le nombre de votants a augmenté depuis, mais pas en nombre suffisant pour que cela soit le seul facteur d'explication.

Le Parti populaire, essentiellement à cause du mouvement vers le centre et la modernisation du discours faits par M. Aznar et une jeune équipe de dirigeants nouveaux, on l'a vu, est passé de 5 millions à plus de 8 millions de votes. Le changement qualitatif dans ses aspirations pour arriver un jour à la Moncloa est de taille. Felipe Gonzalez ne s'y est pas trompé, quand il a annoncé le soir même du 6 juin : « J'ai compris le message. J'ai compris : il faut ajouter le changement au changement » (*el cambio sobre el cambio*).

Pour le reste, la relative stagnation — attendue — des nationalistes modérés catalans et basques et la déception des anciens communistes d'Izquierda Unida (18 sièges au lieu de 17 auparavant) marquent une relative stabilité des franges dans le système de partis espagnols.

Pour conclure, la clarté des résultats a facilité énormément les procédures constitutionnelles pour l'investiture et la désignation du nouveau Gouvernement. Ayant annoncé que les négociations allaient vers les

nationalistes modérés et non vers Izquierda Unida — sans surprise —, la seule donne à clarifier était de savoir si Catalans ou Basques allaient entrer au Gouvernement ou négocier un programme de législature avec des soutiens ponctuels au Parlement. C'est cette dernière solution qui a été retenue, et les perspectives de collaboration, fin juillet, étaient assez bonnes, puisque les deux minorités nationalistes ont voté pour Felipe Gonzalez au premier vote d'investiture, lui accordant par là même un vote favorable à la majorité absolue.

Le nouveau Gouvernement de M. Felipe Gonzalez, avec plus de la moitié de nouveaux ministres — dont six personnalités indépendantes —, semble avoir de solides assises pour affronter une rentrée qui sera (en raison de la conjoncture économique) l'une des plus difficiles depuis 1982.

Août 1993.

Précédente chronique : *Pouvoirs*, n° 61, « chronique espagnole, 1989-1991 ».

Repères étrangers

(1^{er} mai 1993 - 15 juillet 1993)

PIERRE ASTIÉ et DOMINIQUE BREILLAT*

ALLEMAGNE

27 et 28 mai 1993 : **Loi fondamentale.** Le Parlement a procédé à la révision de la Loi fondamentale afin de modifier l'article relatif à la nationalité et au droit d'asile. L'article 16, alinéa 2, se voit amputé de sa dernière phrase : « Les persécutés politiques jouissent du droit d'asile. » Mais un article 16 a est ajouté, qui reprend cette formulation. Quatre autres alinéas viennent préciser dans un sens plus restrictif le bénéfice du droit d'asile. Le Bundestag s'est prononcé le 26 mai par 521 voix contre 132. Au Bundesrat la révision a recueilli 51 voix, les Länder de Basse-Saxe votant contre (9 voix), et ceux de Brandebourg et de Hesse s'abstenant (8 voix) (*Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 27 et 28 mai 1993 ; *Süddeutsche Zeitung*, 29-30-31 mai 1993 ; *Ambassade d'Allemagne, Libération*, 27 mai 1993 ; *Le Monde*, 27, 28 et 30-31 mai 1993).

28 mai et 23 juin : **Cour constitutionnelle fédérale.** Depuis 1990, l'Allemagne connaissait deux législations relatives à l'avortement, l'une très restrictive applicable sur le territoire occidental, l'autre très libérale applicable sur le territoire oriental. La législation commune adoptée par le Parlement a été, le 28 mai, déclarée en partie anticonstitutionnelle par le deuxième Sénat de la Cour, par 6 voix contre 2, dont celle de la seule femme membre de cette Chambre. La Cour a jugé la loi incompatible avec l'article 2 de la Loi fondamentale relatif au droit à la vie.

Déjà, en 1974, le tribunal fédéral avait annulé une loi libéralisant l'avortement.

Le 23 juin la Cour rejette la demande du SPD visant à déclarer anticonstitutionnel l'engagement de la Bundeswehre en Somalie (*Frank-*

* Université de Poitiers.

furter Mundshare, 29 mai 1993 ; *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 29 mai 1993 ; *Le Monde*, 29 mai, 1^{er}, 9, 24-25 juin 1993 ; *Libération*, 29 et 30 mai 1993).

ANDORRE

3 juin : **Souveraineté**. Moins d'un mois après la promulgation, le 4 mai, de la Constitution de la principauté d'Andorre qui avait été approuvée par référendum le 14 mars 1993 (I. : 9 123 ; vot. : 6 910 ; Bl. : 253 ; N. : 48 ; SE : 6 609 ; OUI : 4 903 [74,2 %] ; NON : 1 706 [25,8 %]), la signature d'un traité de « bon voisinage, amitié et coopération » avec la France et l'Espagne permet de mieux préciser la nouvelle situation juridique de cet Etat (*Le Monde*, 4 mai et 5 juin, *Conseil général des Vallées*).

CANADA

25 juin 1993 : **Premier ministre, Gouvernement**. Pour la première fois de l'histoire du Canada, une femme va diriger le Gouvernement fédéral. Elue le 14 juin chef du Parti progressiste conservateur, en remplacement de M. Brian Mulroney, démissionnaire et en fonction depuis le 17 septembre 1984, Mme Kim Campbell, 46 ans, constitue un cabinet restreint de 24 ministres dont 7 sont Québécois et 8 de l'Ontario. Les 3 875 délégués du Parti progressiste conservateur l'avait choisie le 14 juin avec 187 voix d'avance sur M. Jean Charest, 34 ans, Québécois (*Le Monde*, 15 et 28 juin 1993 ; *Libération*, 12-13 juin 1993).

NB. — Les autres femmes chefs du Gouvernement dans le monde sont Mmes Mary Eugenia Charles (Dominique), Maria Liberia-Peters (Antilles néerlandaises), Khaleda Zia (Bangladesh), Tansu Ciller (Turquie), Hanna Suchocka (Pologne), Gro Harlem Brundtland (Norvège).

Sont chefs d'Etat Mmes Vigdis Finnbogadottir (Irlande), Mary Robinson (Irlande) et Violetta Chamorro (Nicaragua) (*Centre Presse*, 15 juin 1993).

DANEMARK

18 mai 1993 : **Référendum, souveraineté**. Après l'échec du référendum du 2 juin 1992 (cf. *RE*, 63), les Danois ont été appelés à se prononcer une seconde fois sur les accords de Maastricht, spécialement amendés pour eux : exemptions sur la monnaie unique, la citoyenneté, la défense et la coopération en matière de police et de justice.

Cette fois le « oui » l'a emporté avec 56,8 % de suffrages (1 931 630 voix) contre 43,2 % de « non » (1 470 819 voix).

Le taux de participation a été de 85,5 % (inscrits : 3 974 672 ; votants : 3 436 940 ; blancs et nuls : 34 635) (*Le Monde*, 15, 19, 28 juin 1993 ; *Libération*, 18 et 19 mai 1993, *Ambassade royale du Danemark*).

ESPAGNE

6 juin 1992 : **Elections législatives et sénatoriales.** Les élections espagnoles se sont déroulées avec quatre mois d'avance, à la suite de la dissolution des Cortès (cf. *RE*, 66).

Le Parti socialiste (PSOE) de M. Felipe Gonzales Marquez, au pouvoir depuis 1982, demeure le premier parti du pays : avec plus de 9 millions de voix, il fait mieux qu'en 1989 (8,111 millions) et qu'en 1986 (8,901 millions). Il n'est pas très loin de son score historique de 1982 où il avait recueilli 10,127 millions de voix.

Il devance le Parti populaire (PP conservateur) de 4 points et de 18 sièges. Ce dernier est le grand bénéficiaire de ces élections : il gagne 9 points et 34 sièges, ce qui n'est, cependant, pas suffisant pour lui permettre d'imposer sa politique. La Gauche unie et les partis nationalistes se maintiennent.

Par contre, le Centre démocratique et social (CSD) de M. Rafael Calvo-Ortega perd ses 14 représentants.

La participation (77 % des inscrits) est la plus forte depuis 1982.

Au Sénat, le PSOE conserve également une faible majorité : 96 sièges contre 93 au PP. (Résultats complets, v. Chronique de l'étranger, *supra*, p. 154.)

9 et 13 juillet 1993 : **Gouvernement.** Pour la quatrième fois depuis 1982, Felipe Gonzales Marquez a été investi président du Gouvernement. Mais cette fois-ci, outre le soutien des députés de son parti, il lui a été nécessaire d'obtenir l'appui des 17 députés catalans de convergence et union (CIU) et des 5 parlementaires du Parti nationaliste basque (PNV). Il a recueilli 181 voix, alors que la majorité absolue est de 176.

Il constitue son 6^e Gouvernement : un cabinet de 16 membres dont 8 sont nouveaux et 6 n'appartiennent pas au PSOE, pour la plupart des techniciens. M. Narcis Serra, Catalan, est maintenu dans les fonctions de vice-président. C'est l'exception, car les Catalans et les Basques ont repoussé l'offre de M. Gonzales de faire partie du Gouvernement. C'est le premier Gouvernement minoritaire formé par M. Gonzales Marquez (*Le Monde*, 18, 19 juin, 6, 11-12, 13 et 15 juillet 1993 ; *Libération*, 14 juillet 1993).

Les socialistes Felix Pons et Juan José Laborda ont été réélus respectivement président du Congrès des députés et du Sénat (*Le Monde*, 1^{er} juillet 1993).

GRANDE-BRETAGNE

20 mai 1993 : **Souveraineté, traité de Maastricht.** La Chambre des communes approuve, en troisième lecture, le texte du traité de Maastricht par 292 voix contre 112, grâce à l'abstention du Parti travailliste.

Mais, tant au sein du Parti conservateur que du Labour, la discipline de vote n'a pas été respectée : 41 conservateurs « eurosceptiques », 65 travaillistes ont voté contre.

Le texte doit être maintenant soumis à la Chambre des Lords, puis, si le Premier ministre réussit à faire admettre cette procédure, à l'approbation populaire (*Le Monde*, 22 mai 1993 ; *Survey of current Affairs*, juin 1993).

IRAN

13 juin 1993 : **Elections présidentielles.** M. Ali Akbar Hashémi Rafsandjani, à la tête de l'Etat depuis le 28 juillet 1989, est réélu Président de la République, avec 63 % des voix, pour un nouveau mandat de quatre ans.

Ce score est très inférieur à celui qu'il avait obtenu en 1989 où il avait été élu par 94,51 % des votants, avec un taux de participation de 68,5 % (cf. *RE*, 52), 4 candidats sur 128 postulants avaient été officiellement autorisés. Le taux de participation a été de 56 %.

Nom du candidat	Nombre de voix	%
Hashémi Rafsandjani	10 553 344	63
Ahmad Tavakolli	3 976 165	23,3
Addollah Jasbi	1 515 632	9
Rajabali Taheri	401 579	2,4

(*Le Monde*, 11, 13-14 et 22 juin 1993.)

ITALIE

Du 22 avril au 12 mai 1993 : **Gouvernement.** Il aura fallu moins d'un mois, à M. Oscar Luigi Scalfaro pour constituer le 52^e Gouvernement de la I^{re} République italienne (cf. *RE*, 66).

Celui-ci est tout à fait original : outre le fait qu'il est dirigé par un ancien gouverneur de la Banque d'Italie, il est essentiellement composé de techniciens et fait fi de tout compromis entre les partis politiques.

Il reflète la volonté du Président de la République, conformément aux souhaits des électeurs, de rompre avec les pratiques politiques antérieures (cf. *RE*, 66).

Ce choix a été confirmé par le Parlement : la Chambre des députés a investi le Gouvernement par 309 voix pour, 60 contre et 185 abstentions. La Démocratie chrétienne, les socialistes, les libéraux, les sociaux démocrates, les fédéralistes européens et le mouvement référendaire de Marco Segui ont soutenu la nouvelle équipe. Le Sénat a fait de même par 162 voix contre 36 et 50 abstentions (*Le Monde*, 9-10 et 14 mai 1993).

30 juin et 15 juillet : **Réforme électorale.** A la suite du référendum du 18 avril 1993 (cf. *RE*, 66), la Chambre des députés italienne a considéré qu'elle devait également engager une révision de son mode de désignation. Le projet, adopté en première lecture à la Chambre et avec quelques modifications au Sénat, substitue à la représentation proportionnelle, appliquée depuis 1945, un mode de scrutin mixte : 473 députés — soit les trois quarts — seraient élus au scrutin majoritaire uninominal à un tour, comme en Grande-Bretagne. Le quart restant — soit 157 — serait élu à la proportionnelle sur des listes régionales, le pays étant divisé en 27 régions électorales, différentes de la carte administrative. Pour pouvoir participer à l'attribution de ces derniers sièges, les partis devront avoir obtenus au moins 4 % des voix au niveau national. De plus, dans chaque région électorale, il serait opéré une réduction *a posteriori* du nombre de voix obtenues par la liste du parti qui a déjà remporté un siège avec le système majoritaire (— 25 %) ; ceci, dans le but de favoriser les petits partis (*Le Monde*, 2 et 17 juillet 1993 ; *Libération*, 24 juin et 1^{er} juillet 1993).

JAPON

17 et 18 juin 1993 : **Gouvernement, dissolution.** Une nouvelle fois, le Parti libéral démocrate (PLD) a été victime des dissensions existantes entre les différents clans qui le composent. Au pouvoir depuis le 5 novembre 1991, M. Kūchi Miyazawa et son Gouvernement ont été, fait exceptionnel dans la vie constitutionnelle japonaise, soumis à un vote de défiance qui a été adopté par 255 voix contre 220, 39 libéraux démocrates ayant voté la censure. C'est la deuxième fois, en trente-huit ans de pouvoir ininterrompu du PLD, qu'un Gouvernement est censuré (cf. en 1980, le Gouvernement de Masayoshi Ohira).

A l'issue de ce vote, la Chambre des représentants a été dissoute.

Les élections se dérouleront le 18 juillet (*Le Monde*, 20-21 juin 1993).

MAROC

25 juin 1993 : **Elections législatives.** 2 024 candidats étaient en lice pour briguer les 222 sièges de la Chambre des représentants au suffrage universel direct, 111 autres sièges devant être pourvus dans quelques semaines par les organisations socioprofessionnelles. Avec une participation de 62,75 % des inscrits, ces élections ont vu une large progression de la coalition Istiglal-Union socialiste des forces populaires qui obtient 91 sièges ; les partis favorables à la majorité sortante recueillent 113 sièges. On notera que deux femmes font leur entrée à l'Assemblée.

Partis	Sièges
Union socialiste des forces populaires	48
Istiglal	43
Partis du progrès et du socialisme	6
Organisation de l'action démocratique populaire, ext. gauche	2
Mouvement populaire	33
Rassemblement national des indépendants	28
Union constitutionnelle	27
Parti national démocrate	14
Mouvement national populaire	14
Parti démocratique indépendant	3
Parti de l'action	2
Sans appartenance	2

(*Le Monde*, 23 au 25 ; 27-28, 29 juin, 3 juillet 1993 ; *Libération*, 25 et 28 juin 1993.)

YOUGOSLAVIE

31 mai, 1^{er} juin au 25 juin 1992 : **Président de la République.** M. Dobrica Cosic, écrivain serbe, 70 ans, premier Président, depuis le 15 juin 1992, de la nouvelle Yougoslavie (cf. *RE*, 63), a été destitué de ses fonctions, dans la nuit du 31 mai au 1^{er} juin, par le Parlement yougoslave, à l'initiative des ultranationalistes de Vojslav Seselj, chef du Parti radical (SRS), qui y contrôlent 30 % des sièges, appuyés par les socialistes serbes (ex-communistes, parti de M. Slobodan Milosevic).

A la Chambre des citoyens, 75 des 138 députés se sont prononcés en faveur de la destitution et 34 contre ; 10 bulletins étaient nuls. A la Chambre des républiques, 22 sur les 36 députés présents ont voté la destitution et 10 contre ; il y avait 4 bulletins nuls. L'opposition, sous couvert d'une argumentation fallacieuse de menace de coup d'Etat préparé par

M. Dobrica Cosic, s'est fondée sur la Loi fondamentale qui permet de démettre le Président en cas de violation de la Constitution.

C'est un jeune technocrate serbe de 40 ans, M. Zoran Lilic, président du Parlement de Serbie, qui a été élu à une très forte majorité par les deux chambres du Parlement fédéral, pour lui succéder.

Ces événements ne font que confirmer la domination de M. Slobodan Milosevic, Président de la Serbie, sur la Fédération nouvellement constituée (cf. *RE*, 62) (*Le Monde*, 3, 4 et 27-28 juin 1993 ; *Libération*, 2 juin 1993).

Chronique constitutionnelle française

(1^{er} mai - 30 juin 1993)

PIERRE AVRIL et JEAN GICQUEL

Les références aux 23 premières chroniques sont données sous le sigle CCF suivi du numéro correspondant de Pouvoirs et de la page du recueil qui les réunit : Chroniques constitutionnelles françaises, 1976-1982 (PUF, 1983).

REPÈRES

1^{er} mai. Suicide de Pierre Bérégovoy.

1^{er} mai. Jean-Pierre Soisson remplace Jacques Pelletier à la présidence du mouvement des réformateurs.

6 mai. Rapport de Jean Raynaud sur les déficits publics.

12 mai. Constitution d'une association des républicains et indépendants par Raymond Marcellin et Philippe de Villiers à l'Assemblée.

19 mai. Remous autour de la publication du *Verbatim* de Jacques Attali.

25 mai. Annonce du lancement d'un grand emprunt. Critiques de Valéry Giscard d'Estaing.

26 mai. Constitution d'une association parlementaire de l'Union centriste à l'Assemblée nationale.

4 juin. Anicet Le Pors quitte le comité central du PCF.

10 juin. Les clubs « Perspectives et Réalités » constituent un sous-groupe à l'Assemblée.

6-13 juin. Jean-Paul Alduy (UDF-CDS) emporte l'élection municipale de Perpignan.

16 juin. Philippe Séguin dénonce « un véritable Munich social ».

16 juin. Georges Marchais propose au comité central du PCF l'abandon du centralisme démocratique.

19 juin. Réunion des « états généraux » du PS dans les départements.

19 juin. Convention nationale du MRG en présence de Bernard Tapie.

26-27 juin. « Querelle des chefs » à l'Assemblée générale des Verts.

29 juin. Raymond Barre invite le Premier ministre à sortir de « l'orthodoxie financière ».

AMENDEMENT

— *Bibliographie.* Bruno Baufumé, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la Cinquième République*, préface de Pierre Pactet, LGDJ, 1993 : enfin publiée, la thèse de référence est aussi mise à jour.

— *Article 40 C.* Le ministre de l'éducation nationale a déclaré irrecevables, le 29-6, quelques dizaines d'amendements des sénateurs de l'opposition à la proposition de loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités locales (modification de la loi Falloux) ; l'irrecevabilité a été confirmée par la commission des finances (p. 1868), mais il est à remarquer qu'elle a été soulevée avant que la discussion ne commence et que ces amendements n'ont pu être soutenus par leurs auteurs, contrairement à la convention pratiquée au Sénat (v. notre *Droit parlementaire*, Montchrestien, 1988, p. 20, cité d'ailleurs le lendemain par M. Lederman qui protesta contre cette remise en cause des usages sénatoriaux, p. 1905).

— *Article 41 C.* Pour écarter une trentaine d'amendements à la proposition Bourg-Broc (loi Falloux), M. Bayrou a invoqué leur nature non législative, le 29-6. Le président du Sénat a admis l'irrecevabilité (p. 1867).

V. *Exception d'irrecevabilité.*

— *Article 44, alinéa 2. C. M.* Bayrou s'est opposé, le 27-6, à la discussion par l'Assemblée de plusieurs milliers d'amendements à la proposition Bourg-Broc qui n'avaient pas été soumis à la commission (p. 2637).

— *Loi de finances.* Selon la décision 93-320 DC du 21-6 sur la loi de finances rectificative, la jurisprudence « amendement Séguin » serait susceptible de s'appliquer aux lois de finances dans l'hypothèse où les modifications apportées par amendement au projet initial bouleverseraient les conditions générales de l'équilibre économique et financier au point d'excéder les fameuses « limites inhérentes » ; mais tel n'était pas le cas pour l'emprunt de 40 milliards incriminé par la saisine, qui estimait qu'une lettre rectificative aurait été nécessaire. D'autre part, la priorité de l'Assemblée nationale (art. 39 C *in fine*) exclut que des mesures financières entièrement nouvelles soient présentées par amendement devant le Sénat ; mais ce n'était pas non plus le cas pour les coefficients applicables aux valeurs locatives en 1994 et 1995.

— *Réflexion.* Dans son discours de fin de session, le président Séguin a souligné que si le droit d'amendement « constitue une des libertés parlementaires fondamentales », son exercice a deux limites : « Le règlement, la bonne tenue de nos débats et la dignité de notre Assemblée. » Il a indiqué qu'une réflexion venait d'être engagée sur ce point (p. 2812).

V. *Assemblée nationale. Vote bloqué.*

ASSEMBLÉE NATIONALE

— *Bibliographie.* M. Ameller, *Regards sur l'Assemblée nationale*, GETUPAR, 1933.

— *Accès à l'hémicycle.* A l'imitation du bureau du Sénat (*infra*), celui de l'Assemblée a décidé, le 18-6, que les chefs d'Etat ou de gouvernements étrangers auront désormais la possibilité de s'adresser, hors séance publique, aux députés, dans l'hémicycle, à la suite d'une décision dudit bureau. Seul à ce jour, le président Wilson, en 1919, avait bénéficié de ce privilège (v. la séance publique à l'Assemblée nationale in *Connaissance de l'Assemblée*, III, 1992, AN, p. 27) (*Libération*, 19/20-6). L'exclusion du Président français (art. 18 C) confine, dans ces conditions, à une manière d'ostracisme.

— *Aide au retour à la vie professionnelle.* Selon l'usage, l'Assemblée a décidé, le 23-6, de venir en aide provisoirement à d'anciens députés (de huit à neuf), en mal d'impécuniosité (*Le Monde*, 25-6).

— *Aide aux jeunes démocraties.* Parallèlement à l'envoi de députés lors de la tenue d'élections pluralistes, le président Séguin a confié, le 22-6, à M. Jean-François Deniau (UDF), une mission d'assistance (*Le Monde*, 25-6).

— *Autonomie financière.* Le président Séguin a fait montre de générosité envers l'Etat en procédant à un nouveau versement de deux milliards de francs prélevés sur les réserves de l'Assemblée (cette *Chronique*, n° 65, p. 202), le 12-5 (*Le Monde*, 14-5).

— *Conférence annuelle des présidents des assemblées parlementaires de la Communauté européenne.* M. Philippe Séguin a refusé de se rendre à Dublin, le 25-5 (*Le Monde*, 27-5), compte tenu de la crise de l'emploi qui affecte le département des Vosges, dont il est l'un des élus. Dans un rappel au règlement, M. Charles Josselin (S) devait s'en étonner, le 2-6 (p. 1021) : *Le président de l'Assemblée ne saurait être comptable de déclarations qui n'ont pas été effectuées dans l'exercice de ses fonctions*, répliqua Mme Nicole Catala qui présidait la séance (*ibid.*).

— *Discours de fin de session.* Renouant avec la tradition, le président Séguin a dressé le bilan de la session, le 30-6, et en a tiré « quelques enseignements », se prononçant notamment en faveur d'une session unique de neuf mois (p. 2811). Le dernier précédent était le fait du président Mer-maz, le 18 décembre 1985.

— *Organisme extraparlamentaire.* Les représentants de l'Assemblée sont recensés (*BAN*, 8, p. 47).

V. Amendement. Conseil constitutionnel. Contentieux électoral. Gouvernement. Résolution. Révision de la Constitution. Sénat.

AUTORITÉ JUDICIAIRE

— *Mise en cause de l'autorité de chose jugée.* Mme Michaux-Chevry, ministre délégué à l'Action humanitaire et aux Droits de l'homme et président du conseil régional de Guadeloupe, a mis en cause, le 4-6, la chambre régionale des comptes qui, la veille, avait pris la décision de placer le budget régional sous la tutelle du préfet (*Le Monde*, 5 et 6/7-6).

V. *Collectivités territoriales.*

COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

— *Bibliographie.* M. Bourjol (sous la direction de), *Intercommunalité et coopération intercommunale*, LGDJ, 1993.

— *Assises des conseils généraux.* Ce rassemblement s'est tenu à l'Hôtel de Ville de Paris, le 10-6 (*Libération*, 11-6).

— *Port de l'écharpe tricolore.* Seul le maire (art. R. 122-2 du code des communes) porte l'écharpe tricolore dans les cérémonies publiques, ainsi que les adjoints lorsqu'ils le remplacent, selon l'usage observé. En revanche, aucune disposition ne concerne les conseillers régionaux et généraux, indique le ministre de l'intérieur (AN, Q, p. 1834).

— *Retraite par rente des élus locaux.* Le décret 93-825 du 25-5 (p. 7870) en détermine les modalités.

V. *Autorité juridictionnelle. Référendum.*

COMMISSION D'ENQUÊTE

— *Assemblée nationale.* A la suite du succès rencontré par le rapport d'information de M. Arthuis, rapporteur général de la commission des finances du Sénat, les députés ont décidé, le 18-6, la création d'une commission d'enquête sur les délocalisations à l'étranger d'activités économiques (p. 1833).

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

— *Bibliographie.* Y. Gaudemet, Eviter la chicane, *Le Monde*, 3-6 ; Solon, La « sagesse » du Sénat, *ibid.* ; G. Vedel et F. Luchaire, L'exception d'inconstitutionnalité, *ibid.*, 11-6 ; L. Favoreu, Quel est le vrai gardien de la Constitution ?, *Le Figaro*, 12-5 ; D. Rousseau, La Constitution oubliée, *Libération*, 15-6 ; M. P. Deswarte, L'intérêt général dans la juris-

prudence du cc, *RFDC*, 1993, p. 23 ; Th. S. Renoux, Le droit au recours juridictionnel, *JCP*, 1993. I, n° 3675.

Chr. RFDC, 1993, p. 131 ; *PA*, 2-6.

Note. M.-F. Verdier sous 92-135 DC, 12-1, *PA*, 4-6.

Rec. 1992.

— *Administration interne.* Sachant qu'il ne saurait y avoir de juridiction sans greffe, le secrétaire général du Conseil a décidé, le 17-3, de créer cette fonction, à compter du 1^{er}-4, dans la perspective du contentieux électoral à venir. Nous remercions M. Olivier Schrameck d'avoir bien voulu nous fournir cette information.

— *Compétence.* Pris en sa qualité de juge électoral (art. 59 C), il n'appartient pas au cc d'apprécier la sincérité de l'adhésion des candidats aux idées dont ils se réclament (décision 93-1188, 8-6, p. 8418). De la même façon, il ne saurait statuer sur les conclusions tendant au remboursement de frais exposés dans l'instance, fût-ce un franc symbolique (93-1170, 26-5, p. 7969). A cet effet, l'art. 75-1 de la loi du 10-7-1991 relative à l'aide juridique ne peut être utilement invoqué, en l'espèce, motif pris de ce que seule une loi organique, comme l'exige l'art. 63 C, détermine la procédure juridictionnelle constitutionnelle (93-1197, 8-6, p. 8420). Il s'ensuit, qu'il n'y a pas lieu de statuer sur une demande indemnitaire présentée au préfet et transmise par celui-ci au juge de l'élection (93-1237 et 93-1276, 8-6, p. 8423).

— *Condition des membres.* Fidèle à sa jurisprudence (7-11-1984, AN, Puy-de-Dôme, 2°, cette *Chronique*, n° 33, p. 156), le Conseil a confirmé, le 8-6 (décision 93-1171-1172, p. 8418) l'éligibilité de M. Valéry Giscard d'Estaing, membre de droit, à la députation en l'absence de disposition expresse.

— *Conférence des Cours constitutionnelles.* Pour la première fois, le Conseil a accueilli la IX^e Conférence du 10 au 12-5. Créée en 1972, la France y participe depuis 1987. Après que le chef de l'Etat eut présidé la cérémonie inaugurale, au palais de l'Unesco, le président Badinter s'est plu à souligner que jamais le nombre des participants n'avait été aussi élevé (31 Cours étaient représentées et, pour la première fois, celles des Etats d'Europe centrale et orientale, ainsi que la CJCE, la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme). Le thème retenu a été celui des droits de l'homme (*Le Monde*, 12-5).

Tandis que le président Séguin, lors d'une réception à l'hôtel de Lassay, le 10-5, évoquait la brèche apparue dans le bloc de constitutionnalité par l'effet du droit communautaire, le président Monory au Sénat, le 12-5, analysant le « modèle européen », soulignait la complémentarité entre les Cours constitutionnelles et les assemblées dans la défense des droits fondamentaux, à l'image de celle entre l'Etat de droit et la démocratie.

Un timbre commémoratif de la conférence a été émis par l'administration postale (*Le Monde*, 2/3-5).

— *Décisions.*

93-320 DC, 21-6 (p. 8869 et 8872). Loi de finances rectificative pour 1993. V. *Amendement. Libertés publiques. Loi de finances.*

93-318 DC, 30-6 (p. 9418 et 9421). Loi autorisant l'approbation d'un accord conclu entre la France et la Mongolie. V. *Engagements internationaux. Loi organique.*

93-319 DC, 30-6 (p. 9419 et 9421). Loi autorisant la ratification de la convention internationale n° 139. V. *Engagements internationaux. Loi organique.*

93-1162, 93-1384, 26-5 (p. 7969 à 7974). Elections législatives. V. *Contentieux électoral. Vote. Ci-dessus.*

93-1171, 93-1386, 8-6 (p. 8418 à 8426). Elections législatives. V. *Contentieux électoral. Eligibilité. Inéligibilité. Ci-dessus.*

93-1179, 93-1368, 15-6 (p. 8692 à 8705). Elections législatives. V. *Contentieux électoral. Vote.*

— *Procédure.* Le groupe socialiste étant désormais réduit à l'AN à un effectif de 57 membres a trouvé un renfort auprès de députés *République et liberté* afin d'être en mesure d'introduire un recours contre la loi de finances rectificative pour 1993 (93-320 DC). Par ailleurs, les sénateurs de l'Union centriste, membres de la majorité, ont déféré deux lois d'autorisation de ratification d'engagements internationaux (93-318 DC et 93-319 DC), afin d'obtenir une interprétation relative au régime juridique des TOM, après la modification apportée à l'article 74 C par la LC du 25-6-1992 (cette *Chronique*, n° 63, p. 162).

Il y a lieu, au surplus, d'observer que le juge a statué *de facto*, selon la procédure d'urgence, s'agissant de la loi de finances précitée : saisi le 14-6, il a rendu sa décision le 21. L'intérêt général commande ainsi la gestion du temps.

V. *Amendement. Bicamérisme. Contentieux électoral. Eligibilité. Engagements internationaux. Inéligibilité. Libertés publiques. Loi de finances. Loi organique. Vote.*

CONSEIL DES MINISTRES

— *Composition.* Cinq ministres (MM. Bosson, Léotard, Longuet, Perben et Pucch), sur un total de 29, n'ont pas siégé au conseil réuni le 26-5. Le chef de l'Etat en ayant fait l'observation, le Premier ministre s'est rangé à son opinion. En témoigne l'instruction adressée par celui-ci aux ministres leur enjoignant de participer aux délibérations dudit conseil, selon des informations puisées à bonne source.

Le secret des délibérations a été rappelé fort judicieusement par un

lecteur du *Monde* (20-5) à propos de la publication par M. Jacques Attali de *Verbatim*.

V. *Gouvernement. Président de la République. Responsabilité gouvernementale.*

CONSTITUTION

— *Bibliographie.* Aude Bollet-Ponsignon, *La séparation des pouvoirs dans les travaux préparatoires de la Constitution du 4 octobre 1958*, Travaux et mémoires de l'Université Paris 2, LGDJ, 1993 ; Daniel Gaxie, *La démocratie représentative*, Montchrestien, coll. « Clefs », 1993 ; Michel Verpeaux, 1791, 1^{re} Constitution française ?, *RFDC*, 1993, p. 3.

CONTENTIEUX ÉLECTORAL

— *Bibliographie.* Pierre Bon, Aspects récents du contrôle des campagnes électorales en France, *RFDC*, 1993, p. 59 ; Danièle Dauvignac et Yves-Marie Doublet, Le financement de la vie politique : dernières évolutions législatives et jurisprudentielles, *ibid.*, p. 144 ; B. Maligner, R. Abraham, S. Fratacci, S. Daël et J.-C. Bonichot, Le contrôle des campagnes électorales, *RFDA*, 1993, p. 439 ; Th. Bréhier, La justice civile ne pouvait départager les écologistes, *Le Monde*, 16-6 ; F. Thiriez, Le juge de l'élection et la Commission nationale des comptes de campagne, *PA*, 23-6.

— *Compétence du juge de l'élection.* Saisi d'une requête concernant les « Nouveaux écologistes » (cette *Chronique*, n° 66, p. 188), le CC a précisé qu'il n'appartient pas au juge de l'élection d'apprécier la sincérité de l'adhésion des candidats aux idées dont ils se réclament (93-1188, Bouches-du-Rhône 13^e, du 8-6). Il a, d'autre part, confirmé que les décisions de la commission de propagande d'assurer la diffusion des circulaires et des bulletins de vote répondant aux conditions légales constituent des actes préliminaires aux opérations électorales qui, en l'état de la législation, ne peuvent être contestés que devant le juge de l'élection ; il s'ensuit qu'il n'appartient pas au juge judiciaire d'enjoindre à un candidat de cesser d'utiliser une dénomination figurant sur les bulletins diffusés par la commission de propagande ; c'est donc à tort que la cour d'appel de Versailles, saisie après que le président du TFI eut décliné sa compétence, a interdit à deux candidats d'utiliser la mention « Génération verte », bien que cette dénomination et le graphisme utilisé fussent de nature à susciter la confusion dans l'esprit des électeurs avec les dénominations « Génération Ecologie » et « Les Verts ». « Dans les circonstances de l'espèce », conclut le Conseil, l'arrêt de la cour de Versailles n'a pas eu pour effet d'altérer la sincérité du scrutin (93-1192 et 93-1193, Yvelines 6^e et 4^e, du 8-6).

— *Contestation de l'élection de députés.* Fidèle à sa jurisprudence, le CC après avoir donné acte d'un désistement d'action (93-1318, 8-6, p. 8425), a déclaré successivement irrecevable la requête dirigée contre les opérations électorales du premier tour, le scrutin n'ayant pas donné lieu à l'élection d'un député (93-1162, 26-5, p. 7971), ou par une personne dépourvue de la qualité d'ester, qu'il s'agisse d'un électeur ne figurant pas sur les listes électorales de la circonscription intéressée, 93-1200, 26-5, p. 7971) ou de son avocat à propos de la requête introductive d'instance (art. 3 du règlement de procédure du CC, 31-5-1959, *AIJC*, II, 1986, p. 701) (93-1224-1225, 8-6, p. 8422).

Dans le même ordre d'idées, le juge devait écarter la requête n'ayant pas pour objet l'annulation de l'élection d'un député (plainte pour atteinte à la Constitution, 93-1223, 8-6, p. 8421) ou n'apportant aucun élément à l'appui de ses allégations (93-1175, 26-5, p. 7971), selon la démarche traditionnellement observée (cette *Chronique*, n° 65, p. 206). A l'évidence, la forclusion a été opposée aux requêtes présentées tardivement (93-1369, 26-5, p. 7972).

— *Irrégularités dans les comptes de campagne.* De nouveaux élus (cette *Chronique*, n° 66, p. 188) ont été frappés d'inéligibilité : un conseiller général du Val-de-Marne, le 30-5, par un jugement du TA de Créteil (*Le Monde*, 2-6), ainsi qu'un conseiller régional de Champagne-Ardenne par un arrêt du Conseil d'Etat le 11-6 (*Libération*, 12/13-6).

— *Propagande.* Outre qu'elles présentaient le caractère de publicité commerciale interdite par l'art. L. 52-1 du code électoral pendant les trois mois précédant une élection, les émissions de Radio Free-DOM en faveur de la liste de M. Camille Sudre, propriétaire de la station et candidat aux élections régionales à la Réunion, ont altéré la sincérité du scrutin en raison du soutien massif et exclusif qu'elles lui apportaient ; compte tenu du faible écart de voix, le CE a annulé l'ensemble des opérations électorales et, par voie de conséquence, l'élection de M. Sudre à la présidence du conseil régional (*Lallemand et autres*, 7-5, *RFDA*, 1993, p. 502).

V. *Conseil constitutionnel. Elections. Eligibilité. Inéligibilité. Vote.*

DROIT COMMUNAUTAIRE

— *Bibliographie.* Jean Foyer, Denis Simon, Jacques-Henri Robert, Droit européen, *Le Monde des débats*, mai, p. 7 ; rapport d'information de la Délégation de l'AN pour les Communautés européennes sur la VIII^e Conférence des organes spécialisés dans les affaires communautaires des parlements de la Communauté européenne (n° 143 rectifié).

— *Mise en cause.* A l'occasion de la tenue à Paris de la Conférence des Cours constitutionnelles, le président Séguin a exprimé, le 10-5, son inquiétude à propos de *la brèche apparue dans notre Etat de droit*, à propos

de l'absence d'un contrôle de constitutionnalité à l'égard du droit communautaire dérivé (*Le Monde*, 12-5).

V. *Conseil constitutionnel. Gouvernement. Loi. Questions écrites. Résolution.*

DROIT PARLEMENTAIRE

— *Bibliographie.* A. Delcamp, *Nature et rôle de la jurisprudence en droit parlementaire français*, III^e Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, Rabat, avril.

V. *Gouvernement. Questions orales.*

DYARCHIE

— *Bibliographie.* Ed. Balladur, entretien au *Monde*, 18-5.

— *Répartition des responsabilités.* « C'est un principe qui a été arrêté entre le Président et moi-même, le soir du jour où il m'a confié la fonction de Premier ministre, a indiqué M. Balladur le 2-6 à France 3 : l'ensemble de la politique économique, sociale, intérieure, dans tous les domaines du pays, est de la responsabilité du Gouvernement et de la nouvelle majorité. Dans le domaine de la politique extérieure et de la politique de défense, notre Constitution, un peu compliquée à appliquer — enfin, avec un peu de bonne volonté on y arrive —, institue une sorte de partage : c'est ce qu'on appelle aujourd'hui le domaine partagé. » Le Premier ministre a précisé que, dans ce dernier domaine, le Président de la République a le droit d'être informé de tout, le Premier ministre aussi, et lorsqu'il y a des questions importantes, ils décident ensemble, et rien d'important ne peut être décidé sans l'un ou sans l'autre, ou contre l'un ou contre l'autre (« La Marche du siècle », script).

Au plan interne, le chef de l'Etat a opposé un refus à la nomination de M. Blot, procureur général près le TGI du Mans, au poste de directeur des affaires criminelles et des grâces à la chancellerie (*Le Monde*, 29-5). Tandis que celui-ci entrait au cabinet du garde des Sceaux, M. Falletti était agréé (décret du 26-5, p. 7941).

Du point de vue *externe*, le chef de l'Etat et le Premier ministre ont participé, en toute sérénité, pour la première fois, au sommet franco-allemand, à Beaune les 1^{er} et 2-6 (*Le Monde*, 3 et 4-6) et au Conseil européen de Copenhague, les 21 et 22-6 (*ibid.*, 23 et 24-6). M. Balladur devait y présenter en plein accord avec M. Mitterrand, qu'il avait approuvé au conseil des ministres du 9-6 (*ibid.*, 11-6), le projet d'un pacte pour la sécurité et la stabilité en Europe.

Toutefois, le chef du Gouvernement a annoncé à Europe 1, le 28-6 (*ibid.*, 30-6), qu'il ne se rendrait pas au prochain sommet des pays indus-

triels de Tokyo : *Je n'ai pas besoin d'aller parader ici ou là, alors qu'il y a beaucoup à faire en France.*

Il devait préciser, à toutes fins utiles, qu'une position commune serait *arrêtée* par le Président et lui-même. A l'occasion de l'entretien accordé au *Monde*, le 18-5, M. Balladur a révélé, *le soir du jour où* [le chef de l'Etat] *m'a nommé, nous sommes convenus qu'il ne fallait pas en faire une affaire de doctrine, mais décider au cas par cas. Ma position en la matière : ni toujours absent, ni toujours présent.*

Quand cohabitation rime avec coordination elle rend, selon un propos du Premier ministre à Copenhague, *la France plus forte* (*Libération*, 23-6). Le Président se bornera à observer : *Nous parlons au nom de notre pays, et c'est le même pays.* A un journaliste, il lancera : *Vous pouvez très bien vous adresser à un seul d'entre nous* (*ibid.*).

V. *Gouvernement. Premier ministre. Président de la République. Session extraordinaire.*

ÉLECTIONS

— *Bibliographie.* Alain Lancelot, Réflexion préalable à toute réforme du mode de scrutin, *Commentaire*, n° 62, p. 323 (contribution aux travaux de la commission Vedel), et Droite et gauche. Rappel historique sur les élections législatives en France, *ibid.*, p. 331 ; Duo Caroli, Les législatives de mars 1993 : aspects dissimulés d'un scrutin, *ibid.*, p. 333.

— *Compte de campagne.* Un candidat peut faire distribuer son propre journal électoral par une société commerciale, qui n'a pas la qualité d'un organe de presse, au sens de l'art. L. 52-1 du code électoral, dès lors que son coût est retracé dans le compte, estime le ministre de l'intérieur (AN, Q, p. 1835).

— *Election régionale partielle.* Suite à l'annulation des élections de la Réunion et à l'inéligibilité prononcée à l'encontre de M. Camille Sudre (v. *Contentieux électoral*), c'est l'épouse de celui-ci qui a pris la tête de la liste Free-DOM à l'élection du 20-6 et qui lui a succédé à la présidence du conseil régional (*Le Monde*, 22-6).

— *Election sénatoriale partielle.* M. François Collet (RPR) a été élu à Paris le 20-6, avec 85 % des suffrages, en remplacement de M. Roger Romani (RPR), nommé ministre des relations avec le Sénat (*Le Monde*, 22-6).

ÉLIGIBILITÉ

— *Dépôt d'un cautionnement.* Par une décision 93-1179/1242 du 15-6 (p. 8692), le CC a jugé que l'art. L. 158 du code électoral, en matière

d'élections législatives, n'implique pas que le candidat doive procéder lui-même au versement.

— *Exemption du service national.* Cette décision libère la personne des obligations du service et la rend éligible à la députation, a rappelé le CC (93-1203 du 8-6, p. 8421).

ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX

— *Autorisation législative de ratification ou d'approbation.* En application de l'art. 53 C, il appartient, selon le CC (décisions 93-318 DC et 93-319 DC), à la loi ordinaire (sous laquelle se dissimule une loi *spéciale*, v. notre *Droit parlementaire*, Montchrestien, 1988, p. 197) d'autoriser la ratification, ou l'approbation d'une norme internationale, indépendamment de la question de savoir si l'accord est de nature à modifier les compétences des institutions propres à la Polynésie française qui ressortissent à la loi organique (art. 74 C, rédaction de la LC du 25-6-1992, cette *Chronique*, n° 63, p. 162).

V. Conseil constitutionnel. Loi organique.

EXCEPTION D'IRRECEVABILITÉ

— *Sénat.* En application de l'art. 44, al. 2 RS, le ministre de l'éducation nationale a déposé une motion déclarant irrecevables quelques 2 870 amendements (sur environ 3 500) déposés par l'opposition à la proposition Bourg-Broc, au motif qu'ils violaient le principe d'égalité devant la loi : ces amendements excluaient les aides aux investissements des établissements d'enseignement privés situés sur le territoire de chaque département et de certaines communes. La motion a été adoptée le 29-6 (p. 1865).

GOVERNEMENT

— *Communication hebdomadaire.* Répondant à la proposition du président de l'AN, le Gouvernement a accepté de faire une communication chaque mardi, au début de la séance de l'après-midi, sur un sujet de son choix ; le sujet est notifié à onze heures au plus tard, et la parole est donnée à un représentant de chaque groupe pour une durée n'excédant pas cinq minutes. M. Douste-Blazy, ministre délégué à la santé, a inauguré la nouvelle procédure le 25-5 (p. 613). La formule des questions crible, pratiquée de façon d'ailleurs intermittente depuis 1989 (cette *Chronique*, n° 50, p. 202), n'a pas été reprise par la nouvelle législature.

— *Nominations.* En réponse à une question écrite, le ministre de la fonction publique dresse la statistique des nominations au tour extérieur, depuis 1988, dans le corps des inspections générales, au CE, à la Cour des comptes, à l'Inspection générale des finances, au Quai d'Orsay, etc. (AN, Q, p. 1644).

— *Séminaire gouvernemental.* Le Premier ministre a convié ses ministres, le 12-6, au château de La Celle-Saint-Cloud (*Le Monde*, 15-6).

— *Solidarité.* Un différend a opposé publiquement Mme Veil et M. Méhaignerie, d'une part, à M. Pasqua, d'autre part, le 19-6, à propos de l'amendement Marsaud adopté, le 17-6, à l'Assemblée (p. 1767) lors de la discussion du projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration. Dans une lettre rendue publique (sans que son contenu le soit... pour autant) les ministres d'Etat centristes en ont appelé à l'arbitrage du Premier ministre et demandé une *correction* dudit projet (*Le Monde*, 22-6).

Ce dernier a reçu, le 22-6, les protagonistes en présence de M. Sarkozy. Après avoir admonesté M. Méhaignerie s'agissant de la publicité donnée, M. Balladur a déploré l'amendement incriminé (*ibid.*, 24-6). V. B. Frapat, La correction et la faute, *ibid.*

V. *Autorité juridictionnelle. Dyarchie. Premier ministre. Président de la République. Révision de la Constitution.*

GROUPES

— *Intergroupe.* MM. Blin, Lucotte et Cartigny, respectivement présidents des groupes de l'Union centriste, des républicains et indépendants et du Rassemblement démocratique et européen, ont présenté la création d'un intergroupe de l'UDF au Sénat ; la présidence en sera tournante et M. Blin l'assure pour le semestre à venir (*BIRS*, 551, p. 22).

HAUTE COUR DE JUSTICE

— *Constitution.* Les juges élus par leur assemblée respective (cette *Chronique*, n° 66, p. 199) ne sont pas parvenus, lors d'une réunion tenue au Sénat le 18-5 à élire leur président (*Le Monde*, 20-5). Il est vrai que l'ombre de la révision constitutionnelle planait.

— *Organisation.* Un arrêté du 3-5 (p. 7157) a institué une régie de recettes ainsi qu'une régie d'avances.

IMMUNITÉS PARLEMENTAIRES

— *Irresponsabilité*. Sur renvoi de la Cour de cassation (cette *Chronique*, n° 64, p. 199), la cour d'appel de Paris a confirmé, le 3-6, la condamnation de M. Jean-Marie Le Pen pour son calembour à l'endroit de M. Durafour (*Le Monde*, 5-6). Le TGI de Nancy devait, par ailleurs, juger, le 14-6, qu'il n'est pas injurieux de traiter le chef du Front national de *filz spirituel d'Hitler* (*Libération*, 15-6).

En revanche, la Cour de cassation a cassé, le 9-6, la condamnation prononcée à l'encontre du député européen, en mars 1989, par la cour d'appel de Paris, pour provocation à la haine ou à la violence raciale. Les propos tenus sur France-2 *n'ont pas dépassé les limites du droit à la libre expression* (*Libération*, 11-6).

— *Inviolabilité*. M. Jacques Floch, député (s) (Loire-Atlantique 4^e) inculqué (cette *Chronique*, n° 62, p. 187), a été renvoyé, le 17-6, devant le tribunal correctionnel d'Angers (*Libération*, 30-6).

INÉLIGIBILITÉ

— *Champ d'application des inéligibilités relatives*. Les juges élus aux tribunaux de commerce (*les juges consulaires*) ne relevant pas du statut de la magistrature, ne sont donc pas visés par la restriction imposée *aux magistrats de tribunaux* (art. LO 133, 4^e du code électoral), a estimé, à bon droit, le CC (décision 93-1258, 8-6, p. 8423).

— *Comptes de campagne*. Considérant que les émissions de Radio Freedom présentaient le caractère de publicité commerciale, la Commission nationale des comptes de campagne en avait réintégré le coût évalué au compte de M. Sudre, en les considérant comme des dons, lesquels excédaient les 10 % du plafond, limite des dons d'une personne morale (art. L. 52-8) ; c'est donc à bon droit que la CCFP l'a rejeté, a jugé le CE, qui a prononcé l'inéligibilité de M. Sudre pour un an, à compter du 7-5, date de l'arrêt (*Le Monde*, 9-5).

V. Contentieux électoral et Elections.

— *Condition d'un conseiller économique et social*. Le CC a jugé, le 26-5 (décision 93-1178 du 26-5, p. 7970), qu'aucune disposition législative n'interdit à un membre du CES de faire acte de candidature aux élections législatives.

— *Remplaçant*. La décision 93-1197 du 8-6 (Bouches-du-Rhône, 5^e) précise la portée de la jurisprudence Seine-Saint-Denis, 9^e du 8-11-1988 (cette *Chronique*, n° 49, p. 205) qui avait annulé l'élection de Mme Neiertz dont le suppléant figurait sur la liste aux élections sénatoriales immédia-

tement après le candidat élu et, ayant vocation à le remplacer, avait donc la qualité de remplaçant qui le rendait inéligible. Cette fois, le suppléant du candidat élu figurait certes sur la liste aux élections sénatoriales, mais en cinquième position, et, n'étant pas immédiatement appelé à remplacer l'un des deux sénateurs élus, n'avait donc pas la qualité de remplaçant.

Enfin, la décision 93-1187 et 1232 du 8-6 confirme l'arrêt du TA ayant déclaré M. Françaix inéligible dans le 5^e circonscription de l'Oise où il se présentait comme suppléant du candidat socialiste opposé à M. Stoléru, dont il avait été le suppléant en 1988 et qu'il avait remplacé après l'entrée de celui-ci au Gouvernement (cette *Chronique*, n° 66, p. 190).

IRRECEVABILITÉ

— *Article 40 C.* Saisi par le président Séguin de la recevabilité de la proposition de loi de M. Bourg-Broc relative à l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés, ainsi que du rapport sur cette proposition, le bureau de la commission des finances a conclu, le 26-6, à la recevabilité (p. 2419).

V. *Ordre du jour.*

LIBERTÉS PUBLIQUES

— *Bibliographie.* J. Morange, *La liberté d'expression*, PUF, « Que sais-je ? », n° 2751, 1993 ; D. Turpin, *Les libertés publiques*, Dunod, 1993 ; G. Cohen-Jonathan, J.-F. Flauss, F. Sudre, *Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme* (chr.), *RFDC*, 1993, p. 197 ; J. Duffar, *Religion et travail dans la jurisprudence de la CJCE et des organes de la Convention européenne des droits de l'homme*, *RDP*, 1993, p. 695 ; B. Mathieu, *La difficile appréciation de la bioéthique par le droit constitutionnel*, *PA*, 11-6 ; Y. Madiot, *La protection internationale de la personne*, *PA*, 23/25-6 ; P.-E. Spitz, *Sanctions fiscales et droits de la défense*, *RFFP*, n° 42, 1993, p. 193.

Note : G. Lebreton, *Port de signes religieux et laïcité de l'enseignement public*, *PA*, 24-5.

— *Egalité devant la loi.* Au terme d'une démarche classique (29-12-1984, *Loi de finances pour 1985*, cette *Chronique*, n° 33, p. 166) le CC a estimé, le 21-6 (93-320 DC, p. 8869), que *le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que, pour des motifs d'intérêt général, le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures d'incitation au développement d'activités économiques et financières en appliquant des critères objectifs en fonction des buts recherchés.* Par voie de corollaire, l'art. 5 de la loi de finances rectificative pour 1993 instituant un plafonnement relatif au droit de

timbre sur les opérations de bourse est conforme au principe constitutionnel, dès lors qu'il soumet les agents procédant à des opérations d'un même montant à un même taux d'imposition.

En sens opposé, il est de jurisprudence classique (cette *Chronique*, n° 66, p. 201) que le législateur établisse *des règles différentes à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes*. A preuve, la priorité attribuée au seul bénéficiaire des personnes physiques pour régler les actions cédées par l'Etat, dans le cadre des opérations de privatisation (art. 9).

— *Egalité devant les charges publiques*. La déductibilité de la CSG (art. 42 de la loi de finances rectificative pour 1993) intervenant dans un environnement politique inversé par rapport à celui de sa création en 1990 (cette *Chronique*, n° 57, p. 185) aura permis cependant au Conseil (93-230 DC) de s'inscrire dans la pérennité, en décidant qu'elle n'était pas contraire au principe d'égalité, résultant de l'art. 13 de la Déclaration des droits de 1789 (93-230 DC). Sous ce rapport, le juge a estimé qu'il appartient au législateur de *déterminer dans le respect des principes constitutionnels et compte tenu des caractéristiques de chaque impôt, les règles selon lesquelles doivent être appréciées les facultés contributives des contribuables*.

L'accroissement du taux de la CSG étant ainsi validé, sa déductibilité pouvait poser problème, compte tenu de la *constitutionnalisation* de la progressivité (Loïc Philip, *RFDC*, 1991, p. 143) opérée, le 28-12-1990 (*Loi de finances pour 1991*). Le CC a opiné différemment.

Pour asseoir sa démonstration, il a, tout d'abord, reconnu la compétence du législateur en vue de rendre déductible un impôt de l'assiette d'un autre impôt, et apprécié ensuite sa portée : l'allégement de la charge pesant sur les contribuables ne doit pas entraîner, selon la formule désormais consacrée (cette *Chronique*, n° 38, p. 181), une *rupture caractérisée de l'égalité entre ceux-ci*. Or, en l'espèce, la déduction opérée par la loi étant *partielle et limitée dans son montant* ne remet pas en cause la progressivité de la CSG.

Au final, la loi de finances rectificative pour 1993 (93-859 du 22-6, p. 8815) a été promulguée.

V. Conseil constitutionnel. Loi de finances.

— *Egalité des sexes*. En la personne de Mme Hélène Gisserot, une femme accède pour la première fois à la fonction de procureur général près la Cour des comptes (décret du 4-6, p. 8201). De même, l'enseigne de vaisseau Dominique Magne est devenue le premier officier féminin de la Marine nationale à recevoir un commandement à la mer, en juin (*Le Monde*, 25/26-4). Au demeurant, pour la première fois, cette année l'Ecole navale accueillera des candidatures féminines, telle l'Ecole de Saint-Cyr (*ibid.*, 16-6).

A l'issue des nouvelles élections, Mme Margie Sudre a été élue, le 25-6, président du conseil régional de la Réunion (*ibid.*, 27/28-6). C'est la troi-

sième femme à accéder à cette responsabilité (cette *Chronique*, n° 62, p. 190).

— *Informatique et liberté*. Un arrêté du 19-5 (p. 8057) autorise la création au ministère de l'intérieur d'un fichier automatisé des casinos et des exclus des jeux. Le 13^e rapport de la CNIL, présenté le 28-6, fait état d'une multiplication des fichiers nationaux (*Le Monde*, 30-6) ; soit un accroissement des demandes de 54 % par rapport à l'an dernier. Mais, dans le même temps, les saisines se sont accrues de 6,8 %.

— *Liberté de la presse*. De façon rarissime, le directeur et une journaliste de *L'Est républicain*, publié à Nancy, ont été condamnés, le 13-5, par la 11^e chambre de la cour d'appel de Paris, pour la publication, en décembre 1990, d'un compte rendu d'audience de la cour d'assises de la Moselle. Les juges ont estimé qu'en l'occurrence l'information n'était pas sincère, loyale et exacte (art. 41, al. 3 de la loi du 29-7-1881).

Pour offense à un chef d'Etat étranger (le prince Rainier de Monaco), le directeur et un journaliste de *La Voix de l'Aisne* ont été condamnés, sur le fondement de l'art. 36 de la loi du 29-8-1881, par le TGI de Laon, le 29-6 (*Le Monde*, 1^{er}-7). V. J. Morange, *Droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, 2^e éd., 1989, n° 199.

— *Présomption d'innocence*. L'art. 9-1 du code civil a été invoqué, une nouvelle fois (cette *Chronique*, n° 66, p. 204), à l'encontre cette fois-ci du journal *Le Monde* condamné à une publication judiciaire, le 8-6, concernant la gestion du port de Saint-Jean-Cap-Ferrat, par une ordonnance en référé du président du TGI de Paris, en date du 25-5.

Toutefois, le TGI de Metz, en déboutant un ancien élu d'une action contre *L'Est républicain*, le 17-6 (*Le Monde*, 24-6), a estimé que la liberté de la presse ne saurait être entravée par la présomption d'innocence. L'interprétation restrictive donnée de l'art. 9-1 du code civil est une invitation à la conciliation.

V. Conseil constitutionnel.

LOI

— *Bibliographie*. Ch.-A. Morand (sous la direction de), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993.

— *Propositions*. Six propositions de loi ont été inscrites à l'ordre du jour prioritaire, dont celle tendant à réformer le code de la nationalité, adoptée par le Sénat le 20-6-1990 par la procédure de la discussion immédiate (cette *Chronique*, n° 55, p. 217), de même que la proposition sénatoriale sur le vote par procuration (p. 303).

V. Engagements internationaux. Ordre du jour.

LOI DE FINANCES

— *Bibliographie.* A. Kerrest, La rétroactivité de la loi fiscale, *RFFP*, n° 42, 1993, p. 151.

— *Conformité de la loi de finances pour 1993.* Sur le fond, la suppression de la règle de décalage d'un mois en matière de remboursement de la TVA (art. 2) n'a pas encouru la censure du CC (décision 93-320 DC), au motif que la loi déferée retrace, selon les termes de l'ord. du 2-1-1959, les charges résultant de cette mesure et qu'au vu de ses délibérations le Parlement en a été informé du coût et de ses incidences. La même appréciation devait être portée s'agissant de l'inscription en recettes du budget général du produit d'opérations de privatisation, à partir de l'instant où les ressources de l'Etat revêtant un caractère prévisionnel sont prises en compte sous forme d'évaluation. Ainsi, l'art. 10 de la loi n'est pas en contradiction avec l'art. 16 de l'ord. susmentionnée.

V. *Amendement. Bicamérisme.*

LOI ORGANIQUE

— *Bibliographie.* A. Berramdane, La LO et l'équilibre constitutionnel, *RDP*, 1993, p. 719.

— *Domaine.* Conformément à sa jurisprudence (7 janvier 1988, *Finances sociales, Rec.*, p. 44), le CC a indiqué qu'aux termes de l'art. 46 C, seules doivent revêtir la forme de lois organiques celles auxquelles la Constitution confère ce caractère (90-318 DC et 93-319 DC).

V. *Engagements internationaux.*

MAJORITÉ

— *Charte.* Interrogé sur les critiques de M. V. Giscard d'Estaing, qui se pose en gardien du projet de l'Union pour la France, le Premier ministre a déclaré : « La charte des rapports entre le Gouvernement et la majorité parlementaire, c'est aussi la déclaration de politique générale qui a été approuvée par l'unanimité de la nouvelle majorité » (*Le Monde*, 18-5). M. Balladur a précisé le 2-6 à TF1 : « Je crois qu'il faut que l'ensemble de la majorité parlementaire se rende compte que nous avons passé un contrat avec les Français..., mais qu'il ne faut pas pour autant se livrer à des mises en demeure... qui ne sont pas de saison. Et puis ce n'est pas le style que je souhaite donner aux relations entre le Gouvernement et sa majorité. Le Gouvernement arrête sa politique, les ministres, lorsqu'ils ont des décisions importantes à prendre, m'en parlent, nous les prenons ensemble et dès lors ce sont des décisions collectives. Je crois que cette

solidarité, indispensable au sein du Gouvernement, doit trouver son reflet dans une solidarité très forte au sein de la majorité et entre la majorité et le Gouvernement » (« La Marche du siècle », script).

— *Fronde*. Le plan de restructuration militaire présenté par le ministre de la défense a été la cible des critiques du RPR, notamment du président du groupe, M. Bernard Pons, et le Premier ministre a dû manifester son soutien à M. Léotard, qu'il a invité au déjeuner hebdomadaire des dirigeants de la majorité, le 1^{er}-6 (*Le Monde*, 3-6). M. Balladur a été ensuite appelé à exercer son arbitrage à la suite des réactions provoquées chez les centristes par le vote de l'amendement Marsaud, qui mettait en cause la solidarité gouvernementale (*ibid.*, 23 et 24-6).

V. Gouvernement.

— *Indiscipline*. La réforme des statuts de la Banque de France n'a pas été unanimement approuvée par la majorité à l'Assemblée nationale, le 11-6, puisque 218 RPR sur 258 ont voté le projet, 20 s'abstenant et 20 autres ne prenant pas part au scrutin, et 205 UDF sur 215, 2 votant contre (Philippe de Villiers et Daniel Mandon), 2 s'abstenant et 6 ne prenant pas part au vote (p. 1530).

— *Ministres et groupe UDF*. Le groupe UDF de l'Assemblée a décidé le 13-6 (*Le Monde*, 17-6) que les ministres UDF ne pourront participer à ses réunions hebdomadaires, le mardi, que sur invitation. Hommage à la séparation des pouvoirs ?

— *Un nouvel aiguillon ?* La seule préoccupation de M. Chirac, en vue de préparer *la victoire majeure* de la majorité à l'élection présidentielle, est de *servir à la place qui est la sienne* (RTL, 2-5, *Le Monde*, 5-5). Il devait ultérieurement, dans un entretien au *Figaro* (10-5), déclarer que *dans le Gouvernement, il n'y a pas de double commande* (cette *Chronique*, n° 66, p. 210).

MINISTRE

— *Condition*. M. Charasse, ancien ministre du budget, a engagé, le 5-5, une procédure en diffamation à l'encontre de M. Philippe Sassier, journaliste à France 2, qui l'avait mis en cause lors de l'annonce du suicide de Pierre Bérégovoy (*Le Monde*, 8-5). Cependant, on ne saurait oublier qu'un ministre ne dispose pas d'un droit de citation directe (cette *Chronique*, n° 63, p. 175). Ultérieurement, M. Charasse devait porter plainte contre X... pour violation du secret de l'instruction relative à l'affaire Botton (*Le Monde*, 2-7).

Par ailleurs, en tant que personne privée, M. François Léotard, ministre d'Etat, ministre de la défense, s'est désisté du pourvoi en cassation qu'il avait déposé, après qu'un non-lieu partiel eut été prononcé

le 5-2 dans l'affaire de Port-Fréjus (cette *Chronique*, n° 66, p. 177) (*Le Monde*, 5-6).

V. *Autorité juridictionnelle. Conseil des ministres. Dyarchie. Premier ministre. Président de la République.*

ORDRE DU JOUR

— *Ordre du jour complémentaire.* La conférence des présidents a inscrit le 15-6 (p. 1621) une proposition de résolution de M. Pons (RPR) à l'ordre du jour du 18-6 (v. *Commission d'enquête*), et à celui du 25 les propositions de résolution concernant des propositions d'actes communautaires (v. *Résolutions*). Mais, contrairement à l'affirmation de M. Lamassoure selon laquelle la proposition sur la loi Falloux, écartée de l'ordre du jour de la session extraordinaire par le chef de l'Etat, aurait figuré à l'ordre du jour complémentaire (*Le Figaro*, 2-7), les quatre propositions sur la participation des collectivités territoriales aux dépenses d'investissement des établissements d'enseignement privés, auxquelles, pour des raisons de recevabilité, s'est substituée la proposition de M. Bourg-Broc, figuraient à l'ordre du jour prioritaire notifié le 22 (p. 2043).

V. *Irrecevabilités.*

PARLEMENTAIRE EN MISSION

— *Nominations.* Les premières nominations de la X^e législature ont concerné respectivement : Mme Codaccioni (RPR) (Nord, 1^{re}) auprès de Mme Veil, pour la politique familiale (décret du 18-5, p. 7585) ; MM. Godfrain (RPR) (Aveyron, 3^e) chargé d'une mission auprès de M. Balladur, pour l'approfondissement et l'élargissement de la participation (*ibid.*, p. 7584) ; Chamard (RPR) (Vienne, 2^e) chez M. Giraud, s'agissant du développement de l'apprentissage (p. 7588) ; Mariani (RPR) (Vaucluse, 4^e) auprès de M. Balladur, concernant la reconstruction du Nord-Vaucluse après les inondations (décret du 24-5, p. 7728). Quant à M. Mattéi (UDF) (Bouches-du-Rhône, 2^e), il assume une mission conjointe auprès MM. Méhaignerie et Douste-Blazy, relative aux questions de bioéthique (décret du 14-6, p. 8509). V. *BAN*, 6 et 9, p. 52 et 46.

PARTIS POLITIQUES

— *Financement privé.* La CCFP a donné son agrément à diverses associations de financement, dont celle du Mouvement des citoyens (p. 7660, 8560 et 9368).

— *Rapports avec le Gouvernement.* Après avoir affirmé : « Je n'ai pas l'intention de me laisser entraîner là où je ne veux pas aller », le Premier ministre a rappelé qu'il avait dit fin janvier à « 7 sur 7 » que « le futur Gouvernement devait être un Gouvernement de la V^e République, et non un comité aux ordres des partis » (*Le Monde*, 18-5). « Je ne suis pas un chef de parti, a rappelé M. Balladur le 2-6, et, dans ces conditions, le Gouvernement est assuré peut-être d'une autonomie et d'une indépendance plus grandes » (allusion à 1986 ?). Le Premier ministre a répété qu'il avait précédemment affirmé que le Gouvernement « ne serait pas un comité aux ordres des partis » (« La Marche du siècle », script).

POUVOIR RÉGLEMENTAIRE

— *Bibliographie.* O. Gohin, note sous CE, 10-9-1992, *Meyet, D*, 1993, p. 293.

PREMIER MINISTRE

— *Bibliographie.* Ed. Balladur, entretien au *Monde*, 18-5 ; J.-M. Colombani, La voie étroite d'Edouard Balladur, *ibid.*, 15-6 ; N. Gauthier, Balladur-Pompidou, la même conquête du centre, *Libération*, 8-6 ; P. Guilbert, La sanction politique des cent jours, *Le Figaro*, 30-6.

— *Conception.* Dans l'entretien accordé au *Monde*, le 18-5, M. Balladur a déclaré, notamment : *Je n'ai pas l'intention de me laisser entraîner là où je ne veux pas aller qu'il s'agisse de politique étrangère... ou de politique tout court. La charte des rapports entre le Gouvernement et la majorité parlementaire c'est... la déclaration de politique générale qui a été approuvée par l'unanimité de la nouvelle majorité.*

— « *Coordination étroite entre responsables.* » Traitant de ses rapports avec le Président de la République, M. Balladur a affirmé, dans l'entretien précité au *Monde* : *Eviter que dans les circonstances difficiles que nous vivons, où il y a tant à faire, la situation intérieure de notre pays et sa position internationale ne soient compliquées et aggravées par des dissensions au sommet de l'Etat. Je ne dévierai pas de cette ligne. Il y a des sujets d'intérêt national qui nécessitent une coordination étroite entre responsables. J'ai à cœur de l'organiser et de l'assurer... Je ferai en sorte que la politique étrangère et la politique militaire soient gérées d'une façon qui, aux yeux de l'extérieur, soit cohérente et solide.*

Le Premier ministre devait conclure : *Le Gouvernement assume pleinement ses responsabilités, ce qui est conforme à la Constitution. Je ne vois aucune nécessité de donner un tour inutilement dramatique ou passionnel à notre vie publique.*

V. Dyarchie. Gouvernement. Président de la République. Responsabilité gouvernementale.

PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

— *Bibliographie.* F. Mitterrand, *Le coup d'Etat permanent*, Plon, rééd. 1993, et réponse à *Charlie-Hebdo*, « Pour aller à gauche, c'est par où ? », 30-6 ; B. Cbantebout, *Vers une révision des dispositions constitutionnelles en matière de défense ?*, *Droit et défense*, 1993, p. 42.

— *Chef des armées.* Des soldats français ont participé à une opération de représailles contre un chef de guerre à Mogadiscio, en Somalie, le 12-6 (*Le Monde*, 15-6).

— *Collaborateurs.* M. Jean-François Mary, chef du Service d'information et de diffusion (SID) du Premier ministre depuis octobre 1991, a quitté ses fonctions pour celles de chef du service de presse à la présidence de la République, par arrêté du 11-5 (p. 7248, et non « décret » comme l'écrit *Le Monde* du 13 : v. « M. Mitterrand veut éviter l'isolement de la présidence de la République », *ibid.*, 5-5). Quatre chargés de mission ont été nommés le 17 (p. 7526) : Mmes Edith Chenot et Laurence Lissac, MM. Thierry Charmasson et François Brousse.

La publication de l'ouvrage de M. Jacques Attali, ancien conseiller spécial du chef de l'Etat, *Verbatim*, a donné lieu à une polémique concernant l'utilisation de certaines conversations et l'exactitude de certains faits, mais la question principale n'était-elle pas la violation du secret des délibérations et de l'obligation de réserve, comme l'observait un correspondant du *Monde* (29-5) ?

— *Condition.* Le second bulletin de santé du Président après son opération (cette *Chronique*, n° 65, p. 214) a été publié le 30-6 : *Il n'a présenté aucun trouble fonctionnel particulier*, y lit-on (*Le Monde*, 2-7).

— *Conjoint.* Mme Danielle Mitterrand s'est souciée du sort des Kurdes : *Il faut hurler ! Il faut que l'on fasse pour le Kurdistan ce que l'on fait pour l'ex-Yougoslavie. Il faut dire les choses : c'est un génocide* (entretien à *Globe*, 12-5). Elle devait dénoncer à Washington, le 13-5, l'embargo imposé à la population cubaine par les Etats-Unis (*Le Monde*, 15-5).

— *Interventions.* A l'occasion des obsèques de Pierre Bérégovoy, à Nevers, le 4-5, le Président Mitterrand, après avoir stigmatisé *qu'on ait pu livrer aux chiens l'honneur d'un homme*, a souhaité *de nouvelles façons de s'affronter tout en se respectant* [afin de donner] *un autre sens à la vie politique* (*Le Monde*, 6-5).

Recevant ses proches, le 10-5, pour commémorer la victoire de 1981, le Président de la République a approuvé l'entreprise de rénovation du PS : *Vous avez une base de 20 %, on a connu pire* (*Libération*, 12-5).

Le chef de l'Etat a procédé à l'installation, le 4-6, du Conseil pour les droits des générations futures (*Le Monde*, 6/7-6). Cette instance consultative, créée par le décret 93-298 du 8-3 (p. 3716), est présidée par le com-

mandant Cousteau. Il a enfin présidé le 16-6 à Agde à l'inauguration des Jeux méditerranéens (*Le Monde*, 18-6).

— « *S'incruster ?* » A l'occasion de la cérémonie du muguet à l'Élysée, le 7-5, le chef de l'État a évoqué sa condition : *Je me suis un peu incrusté ici, plus que de raison. Mais il faut que chacun s'y fasse ; je crois qu'on commence à s'y faire* (*Le Monde*, 9/10-5).

— *Tradition.* Le pèlerinage à la Roche de Solutré a été à nouveau respecté cette année (cette *Chronique*, n° 63, p. 178), le 30-5 (*Le Monde*, 1^{er}-6).

V. *Conseil constitutionnel. Dyarchie. Conseil des ministres. Gouvernement. Premier ministre. Session extraordinaire.*

QUESTIONS

— *Article 48 C.* La conférence des présidents a décidé, avec l'accord du Gouvernement, que la séance réservée aux questions orales des députés aurait lieu désormais le jeudi matin au lieu du vendredi, comme le prévoit l'art. 134 RAN. Le nouveau calendrier a été appliqué le 29-4 (p. 261).

QUORUM

— *Vérification.* En application de l'art. 61 RAN, le président du groupe communiste a demandé la vérification du quorum avant le scrutin sur un sous-amendement à la loi de finances rectificative, le 27-5 (p. 811) ; le quorum n'étant pas atteint, le vote a été reporté à la séance suivante, qui a débuté une heure plus tard, au petit matin. La même demande a été présentée le 8-6 par M. Malvy, président du groupe socialiste, avant le scrutin sur la question préalable opposée au projet de réforme du statut de la Banque de France (p. 1173) ; le vote a été reporté à la séance suivante, ouverte à une heure du matin. Le vote sur le renvoi en commission de la proposition de loi de M. Bourg-Broc relative à l'aide aux établissements d'enseignement privés a également fait l'objet d'une demande de vérification du quorum, le 26-6 (p. 2480) ; le renvoi a été refusé à la séance suivante, à deux heures du matin. Il en est allé de même le 29-6, à propos de l'exception d'irrecevabilité soulevée contre la convention entre l'État et la Banque de France, pour laquelle le Gouvernement avait demandé un scrutin public en raison de l'absence des députés de la majorité (p. 2686).

RAPPEL AU RÈGLEMENT

— *Interpellation.* La communication du Gouvernement sur les DOM a été présentée avec plus de deux heures de retard, le 8-6, en raison d'une

cascade de rappels au règlement, inaugurée par M. J.-L. Debré (RPR), invitant le Gouvernement à s'expliquer sur l'accord du GATT concernant les oléagineux (p. 1139).

RÉFÉRENDUM

— *Consultation locale.* Les électeurs de Romans-sur-Isère (Drôme) ont été appelés à se prononcer, le 6-6, sur un projet d'aménagement de la commune (*Le Monde*, 13/14-6).

V. Collectivités territoriales.

RÉPUBLIQUE

— *Continuité.* A l'occasion de l'inauguration du TGV Nord-Europe, le 18-5, le chef de l'Etat a déclaré à Lille : *Le TGV a été inventé avant moi. Et d'ajouter : C'est un plaisir que je réserve à mes successeurs. C'est la continuité de la République, qui ne peut s'arrêter aux hasards de la vie politique* (*Libération*, 19-5).

— *Patriotisme républicain.* Pour le 50^e anniversaire de l'arrestation de Jean Moulin, le chef de l'Etat a affirmé, le 17-6, au Panthéon : *Il incarne la grande tradition du patriotisme républicain. C'est de cette tradition que nous avons la garde* (*Libération*, 18-6).

— *Tradition républicaine.* M. Alain Juppé, intervenant en sa qualité de secrétaire général du RPR, a rappelé, le 10-6, que la tradition républicaine justifie le report des élections municipales prévues, en mars 1995, après l'élection présidentielle (*Libération*, 11-6).

RÉSOLUTION

— *Bibliographie.* F. Bobin, Les parlementaires entendant user de leur droit de regard sur les actes communautaires, *Le Monde*, 19-5 ; Rapports d'information de la délégation de l'AN pour les Communautés européennes sur l'ensemble des propositions d'actes communautaires soumises par le Gouvernement (n^{os} 209 et 347).

— *Article 88-4 C.* La première application de la procédure instituée par la LC du 25-6-1992 (cette *Chronique*, n^o 66, p. 215) l'a été au Sénat, où une proposition de résolution concernant une proposition de règlement relative à la défense commerciale a été inscrite à l'ordre du jour du 27-5 (p. 502), à la demande des groupes RPR et communiste. Une seconde réso-

lution, demandant au Gouvernement de s'opposer à une proposition de directive, a été adoptée dans les mêmes conditions le 29-6 (p. 1833).

À l'Assemblée, la première proposition de résolution adoptée l'a été en vertu de la procédure implicite ; concernant une directive sur le régime de la TVA applicable au transport des personnes, elle a été adoptée par la commission des finances le 27-5 et, aucune demande d'inscription à l'ordre du jour n'ayant été présentée dans les huit jours de la distribution du rapport (n° 230), la résolution a été considérée comme définitive le 10-6 (p. 1337). En revanche, les présidents des groupes communiste et socialiste ont demandé l'inscription de deux propositions de résolution à l'ordre du jour de la séance du 25-6, l'une sur les fonds structurels et l'autre sur le traitement des données de caractère personnel (p. 2269).

— *Examen des propositions d'actes communautaires à l'Assemblée.* Un tableau est utilement dressé par le *BAN*, 9, p. 39.

RESPONSABILITÉ DU GOUVERNEMENT

— *Article 49, alinéa 3 C.* Constatant que plus de 3 800 amendements avaient été déposés au projet de privatisation, « bloquant ainsi le processus législatif », le Premier ministre a engagé la responsabilité du Gouvernement le 30-6 avant le début de la discussion générale (p. 2818). Une motion de censure devait être déposée en réplique.

RÉVISION DE LA CONSTITUTION

— *Bibliographie. La révision de la Constitution*, AFDC (Association française des constitutionnalistes), Economica, 1993 ; A. Heymann-Doat, *La révision constitutionnelle de la V^e République*, La Documentation française, 1993.

— *Procédure.* La révision chemine au Sénat (cette *Chronique*, n° 66, p. 217). Conformément à sa déclaration de politique générale, le Gouvernement a décidé d'inscrire à l'ordre du jour de la Haute Assemblée l'examen du *seul* projet de LC (n° 231) modifiant les titres VII, VIII, IX et X de la Constitution. À l'opposé de la pratique observée jusqu'à ce jour (v. notre art. L'apport de la révision à la procédure parlementaire, *RFDC*, 1992, p. 441), le président de la commission des lois n'a pas été élu, cette fois-ci, rapporteur. Mieux : trois rapporteurs ont été désignés : MM. Dailly (section I : exception d'inconstitutionnalité), Haenel (section II : magistrature) et Jolibois (section III : Haute Cour de justice et responsabilité pénale des membres du Gouvernement) (Sénat, n° 316). L'Assemblée devait ultérieurement s'inscrire dans ce mouvement en choisissant M. Fanton comme rapporteur (AN, n° 356).

En outre, les auditions publiques auxquelles les commissions des lois ont procédé ont été marquées par l'absence de collègues (Sénat, n° 316, annexe 1) ; AN, n° 356, p. 33). Mais il a été observé que d'aucuns avaient été présents en aval du processus.

SÉANCE

— *Clôture de la discussion.* Bien que la parole eût déjà été donnée à M. Mélenchon (s), troisième orateur inscrit, M. Etienne Dailly, qui présidait le 29-6, autorisa M. Josselin de Rohan (RPR) à demander, en vertu de l'art. 38, al. 2 RS, la clôture de la discussion générale de la proposition d'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés, à laquelle 3 500 amendements avaient été déposés. Après que la clôture eut été décidée, elle fut à nouveau demandée et décidée sur la discussion de l'art. 1^{er}, puis de l'art. 1 bis après que deux orateurs d'opinion contraire se furent exprimés (p. 1850, 1872 et 1877).

— *Suspension.* Le président Séguin a refusé de suspendre la séance, dans la nuit du 27-6, après avoir accédé aux demandes antérieures, en invoquant « des précédents nombreux, aux termes desquels le président de séance apprécie si la demande... a effectivement, à ses yeux, le but qui lui est assigné » (p. 2628). Peu après, la séance fut brièvement suspendue en raison du malaise d'un fonctionnaire de l'Assemblée.

— *Usages.* Mme Nicole Catala, qui présidait le 9-6, a invité ceux de ses collègues « qui ont pris la liberté d'enlever leur veste de revenir à une tenue plus conforme à nos usages ». Répondant par un rappel au règlement, M. Pierre Mazeaud a prié la présidente d'indiquer au président de l'Assemblée qu'il serait souhaitable d'installer une climatisation (p. 1254).

SÉNAT

— *Bibliographie.* R. Monory, allocution devant la IX^e Conférence des Cours constitutionnelles, Sénat, 12-5, et entretien sur les rapports avec l'institution judiciaire, *La vie judiciaire*, 14-6.

— *Accès à l'hémicycle.* Au cours de sa visite officielle en Allemagne, le président Monory a invité, le 9-2, le chancelier Kohl à se rendre au Sénat. Cette invitation a été approuvée par le bureau de la Haute Assemblée, le 9-3. Le chancelier a confirmé sa venue, par un message du 6-6. Il s'adressera aux sénateurs dans l'hémicycle (p. 2295). Ce précédent a amené l'Assemblée nationale à le suivre (*supra*).

— *Autonomie financière.* Fidèle à son choix initial (cette *Chronique*, n° 65, p. 219), le Sénat n'a pas procédé à un reversement de fonds au pro-

fit du Trésor public, à l'opposé de l'Assemblée (*supra*), ayant opté pour une politique de placement dans l'immobilier de proximité. Il s'est borné à ne pas demander une augmentation de sa dotation (*Le Monde*, 15-5).

— *Composition*. Une nouvelle élection partielle s'est déroulée à Paris, le 20-6, par suite de l'entrée au Gouvernement de M. Romani (cette *Chronique*, n° 66, p. 218) : M. François Collet (RPR) a été élu (p. 8794) et achèvera le mandat (art. LO 322 et 323 du code électoral).

SESSION EXTRAORDINAIRE

— *Convocation*. Cette première session de la X^e législature a été ouverte le 1^{er}-7 par un décret du Président de la République, signé le 30-6 (p. 9329). Toutefois, celui-ci, fort de la maîtrise dont il est investi (cette *Chronique*, n° 45, p. 198), a refusé d'inscrire à l'ordre du jour la proposition de loi Bourg-Broc portant abrogation de la loi Falloux du 31-3-1850 (*BAN*, 10, p. 21). Le chef de l'Etat souhaite que le Parlement se donne un *délai de réflexion* (*Le Monde*, 2-7).

En revanche, l'examen de la loi de privatisation a été inscrit à l'ordre du jour de la session, nonobstant la lettre adressée au chef de l'Etat par le président du groupe communiste à l'Assemblée (*Le Monde*, 1^{er}-7).

V. Dyarchie. Ordre du jour.

SONDAGES

— *Bibliographie*. Pierre Bon, Aspects récents du contrôle des campagnes électorales en France, *RFDC*, 1993, p. 62.

VOTE

— *Bulletins blancs*. Aucune disposition législative ou réglementaire, a estimé le CC (décision 93-1199 du 26-5, p. 7971), ne prescrit ni la mise à disposition de bulletins blancs dans les bureaux de vote, lors des élections législatives, ni leur prise en compte pour le décompte de suffrages exprimés (décisions 93-1233, 26-5, p. 7972, et 93-1202, 15-6, p. 8692) (cette *Chronique*, n° 66, p. 220).

— *Inscription sur les listes électorales*. Les personnes sans domicile fixe bénéficient, en l'espèce, des dispositions dérogatoires prévues par l'art. 10 de la loi 69-3 du 3-1-1969 rappelle le ministre de l'intérieur (*AN, Q*, p. 1832).

V. l'instruction relative à la révision et à la tenue des listes électorales, § 33, *Code électoral*, éd. 1992, p. 242.

VOTE BLOQUÉ

— *Assemblée nationale.* Le ministre de l'éducation nationale a demandé un scrutin unique sur l'art. 2 de la proposition relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés, le 26-6, pour écarter une centaine d'amendements (un par département...) du groupe communiste (p. 2499), puis, le 27, sur un amendement du Gouvernement (p. 2539), et enfin, le 28, sur l'ensemble du texte (p. 2637).

V. *Amendement.*

— *Sénat.* Une seconde délibération avec application de l'art. 44, al. 3 C a été demandée par le ministre du budget sur plusieurs articles de la première partie de la loi de finances rectificative, le 9-6 (p. 860) ; M. Etienne Dailly (RDE) suggéra ensuite le recours à la même procédure sur les articles de la seconde partie restant en discussion, en raison de la multiplication des scrutins publics réclamés par les groupes socialiste et communiste ; la séance fut alors suspendue pour permettre à la commission des finances et au Gouvernement de coordonner leur position sur les amendements, et elle a été reprise à 4 h 20 pour s'achever à 7 h 10 (p. 896). La même procédure a été appliquée le 11-6 pour l'article 1^{er} du projet de loi de privatisation (p. 1071), puis le 12 pour les articles 2 à 20 (p. 1122), et le 29 sur l'art. 1^{er}, puis sur les art. 1 *bis* à 6 de la proposition d'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés (p. 1870 et 1876).

ERRATUM

Par suite d'une erreur de composition dans le tableau des résultats du premier tour des élections législatives (n° 66, p. 192), les chiffres ont été décalés d'une ligne à partir des Nouveaux Ecologistes, qui ont obtenu 635 244 voix et non 2 268 931 (résultats des Communistes).

Summaries

Albert RIGAUDIÈRE. — **The Invention of Sovereignty.**

The concept of sovereignty developed gradually from the 13th century onward, at a time when the Western States were attempting to assert themselves in front of the declining Empire and the thriving Papacy. They substituted the vision of a universe totally submitted to the papal *autocritas* and the imperial *potestas* with that of a divided world in which each new political entity had to guarantee its own independence, not only by asserting its sovereignty but also by building and managing it on the international scene as well as internally.

Joseph KRULIC. — **The Demand for Sovereignty.**

From both a chronological and logical point of view, the demand for sovereignty expresses the substitution of the « horizontal legitimacy » of the sovereign people with the « vertical legitimacy » of the regimes based on divine right.

Neither reason nor rationality may justify or invalidate it. It represents the juridical translation of the perceived sociological fact that is the Nation. It stands at the crossroads of the weberian genesis of modernity, whereby the society and the economy are seen as products of the « disenchantment of the world », and of the schmittian genesis, according to which, the State and politics are still structured by the theologico-political principle — much more theological than one believes or wishes it to be.

Olivier BEAUD. — **The Sovereign.**

The sovereign is the person who alone holds the political power in a State. In constitutional democracies — and under the Vth Republic — the sovereign is the people who holds constituent power, and the governing authorities who are just constitutional magistrates.

Jean COMBACAU. — A Power ? No, A Freedom : The International Sovereignty of the State.

The sovereignty of the State, as it is defined by international law, is not a set of powers it has on subjects, but rather the purely negative fact of not being itself a subject. It is therefore a freedom whose principle is not defiled by the commitments through which a State voluntarily limits its power to act according to its own rules.

Philippe BRETTON. — Humanitarian Interference and Sovereignty.

Humanitarian interference is a new concept which is being introduced in contemporary international law, on France's initiative. It is part of a broader movement toward a moralisation of international law and international relations. However, from the moment one attempts to see it not only as a right but also as a duty which may lead to the use of armed forces, it inevitably clashes with the « holy » principle of non-interference into the internal affairs of a State, which is part and parcel of its national sovereignty, and therefore, it cannot evade the risk of becoming politicised.

Louis FAVOREU, George VEDEL. — Debate : Sovereignty and Supra-Constitutionality.

René-Jean DUPUY. — Spaces beyond Sovereignty.

The concept of the common heritage of mankind concerns the seabed beyond the national jurisdiction, the moon and celestial bodies. Grouping human beings as a whole, it tends to reconcile all the peoples in the common ownership of a domain with rich resources. This concept thus appears as fundamentally harmonist. In fact the competition and conflicts between States are inevitable. During and after the 3rd UN Conference of the Law of the Sea, serious clashes occurred.

Thus as soon as a transcendental notion is established, social forces strive to capture it.

John BELL. — Sovereignty from a British Point of View.

« Sovereignty » covers three separate notions : sovereignty of Parliament, sovereignty of the people and national sovereignty. In both political and legal terms the sovereignty of Parliament is the most important. But the unlimited power of parliament to legislate or to control the Executive is now strongly criticised. Both in relation to internal national pressure for a bill of rights and devolution and in relation to European law, traditional notions of sovereignty must be revised.

Alain WERNER. — **The « Conseil constitutionnel » and the Appropriation of Constituent Power.**

Patrice DURAN. — **Political Chronicle.**

Pere VILANOVA. — **Foreign Chronicle. Letter from Spain — The 1993 election.**

Pierre ASTIÉ and Dominique BREILLAT. — **Foreign Notes (May 1 - July 15, 1993).**

Pierre AVRIL and Jean GICQUEL. — **French Constitutional Chronicle (May 1 - June 30, 1993).**

Le Directeur de la Publication : Jean GICQUEL.

Imprimé en France, à Vendôme
Imprimerie des Presses Universitaires de France
ISBN 2 13 045435 6 — ISSN n° 0152-0768 — Imp. n° 39 921
CPPAP n° 59 303
Dépôt légal : Novembre 1993
© Presses Universitaires de France, 1993
108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris

POUVOIRS

revue trimestrielle

- 1977 1. l'alternance
2. le parlement européen
3. qui gouverne la Chine? *
- 1978 4. la V^e République*
5. le consensus*
6. l'Union soviétique*
7. le régime représentatif
- 1979 8. l'Espagne démocratique
9. le giscardisme*
10. les pouvoirs de crise
11. psychanalyse
- 1980 12. les régimes islamiques*
13. le Conseil constitutionnel
14. élire un président
15. la négociation*
- 1981 16. la justice
17. le pouvoir dans l'Eglise
18. Italie
19. régions
- 1982 20. la gauche au pouvoir
21. le système communiste
22. la R.F.A.
23. l'impôt
- 1983 24. le maire
25. les pouvoirs africains*
26. le pouvoir syndical
27. le mendésisme
- 1984 28. le R.P.R.
29. les Etats-Unis*
30. l'école
31. la corruption
- 1985 32. la représentation proportionnelle
33. les sondages
34. l'Assemblée
35. le Japon*
- 1986 36. le ministre
37. la Grande-Bretagne
38. l'armée
39. Mai 1968
- 1987 40. des fonctionnaires politisés?
41. le Président
42. la tradition politique
43. la Suisse
- 1988 44. le Sénat
45. l'U.R.S.S.
de Gorbatchev
46. droit administratif, bilan critique
47. l'immigration
- 1989 48. Europe 1993
49. la V^e République (30 ans)
50. 1789-1989
histoire constitutionnelle
51. télévision
- 1990 52. démocratie
53. le ministère des finances
54. la Belgique
55. droit pénal, bilan critique
- 1991 56. bioéthique
57. nationalismes
58. la France en guerre
59. la Cour suprême
- 1992 60. la décentralisation
61. le sport
62. l'islam dans la cité
63. campagne électorale
- 1993 64. le Parlement
65. morale et politique
66. l'Allemagne
67. la souveraineté

la souveraineté

La souveraineté est de ces idées pour lesquelles les hommes se sont beaucoup battus. Pour l'obtenir ou pour la défendre, au sein de la communauté nationale comme dans les relations internationales, et aujourd'hui encore à l'occasion de la construction de l'Europe.

Tant d'utilisations n'ont guère contribué à préciser la notion : son sens s'est brouillé, ses origines sont oubliées, son titulaire est incertain. Quant à ses limites, elles varient au gré des intérêts en présence ; et il faudrait peut-être se demander pourquoi les individus et les Etats y sont si attachés ?

Neuf spécialistes interrogent ici la souveraineté pour tenter de lui faire dire ce qu'elle est, ce qu'elle commande, ce qu'elle tolère et ce qu'elle interdit. Pour savoir si elle s'impose aux constituants et en quoi ? Pour rechercher s'il existe des espaces sans drapeau. Un Britannique propose enfin une vision d'outre-Manche.

Journal

Alain WERNER

Le Conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant

Chronique politique :

Patrice DURAN

Les ambiguïtés politiques de l'évaluation

Chronique de l'étranger :

Pere VILANOVA

Lettre d'Espagne

Pierre ASTIÉ
Dominique BREILLAT

Repères étrangers
(1^{er} mai - 15 juillet 1993)

Pierre AVRIL
Jean GICQUEL

Chronique de la V^e République
(1^{er} mai - 30 juin 1993)

