

Souveraineté et droit de retrait au sein de l'Union européenne

Issu de Revue du droit public - n°6 - page 1565

Date de parution : 01/11/2005

Id : RDP2005-6-007

Réf : RDP 2005, p. 1565

Auteur :

- Par Alexis Vahlas, Maître de conférences à l'Université Robert Schuman et à l'Institut d'Études Politiques de Strasbourg

SOMMAIRE

I. _ LE CONCEPT DE SOUVERAINETÉ

A. _ L'émergence théorique : la puissance absolue des légistes de la monarchie française

1. Bodin et Loyseau face au besoin de garantir l'autorité royale
2. L'universalité et les marques de la souveraineté comme corollaires inutiles

B. _ La formulation opérationnelle : la Kompetenz-Kompetenz des commentateurs du fédéralisme allemand

1. Le pouvoir de détermination des compétences du Bundesrat
2. La faculté d'autoriser un transfert de compétences

II. _ LE CRITÈRE DU DROIT DE RETRAIT

A. _ L'interprétation des traités instituant l'Union et les Communautés européennes

1. L'absence de pertinence des clauses de durée et de révision
2. L'insatisfaisant renvoi au droit international

B. _ L'interprétation de la pratique des acteurs de l'Europe communautaire

1. Les affirmations et pratiques d'un droit de retrait
2. Un droit inhérent à la nature démocratique de l'Union européenne

Heureux chercheur qui s'aventure dans les profondeurs d'un sujet réputé abyssal, la souveraineté, pour tenter de comprendre les concepts en vogue de souveraineté partagée, divisée ou limitée, mais surtout définir précisément la notion de souveraineté de l'État et si possible, proposer une mise en cohérence possible entre ses détenteurs sur les plans international, communautaire et national. Naturellement, la difficulté de l'exercice tient surtout à la multiplicité des points de vue. Pour ces questions carrefours de la souveraineté et des droits des États, les perspectives ne sont pas identiques en droit constitutionnel, en droit international public et en droit communautaire. Un problème de point de vue donc car les constitutionnalistes, les internationalistes et les communautaristes ne partagent ni les mêmes horizons d'analyse, ni les mêmes références jurisprudentielles et doctrinales. C'est la raison pour laquelle se succèdent et se répondent, parfois de manière logiquement contradictoire, toutes sortes de prises de position propres à chaque ordre juridique¹.

Dans l'ordre international, la souveraineté appartient à l'État, au point que l'on a pris l'habitude d'évoquer « l'État souverain » de manière parfaitement tautologique. Mais cette évidence n'est plus aussi incontestée depuis que se sont développés des mécanismes d'intégration régionale susceptibles de remettre en cause cette qualité. En Europe, la construction communautaire a été considérée comme la menace la plus sérieuse à cet égard et il est progressivement admis que les membres de l'Union européenne ne sont plus des États pleinement souverains. La démonstration qui est ici proposée a pour but de vérifier cette assertion. Pour ce faire, il s'agira d'abord de définir précisément le concept de souveraineté (I), puis d'établir en quoi le droit de retrait constitue le critère parfait du maintien de la souveraineté des membres de l'Europe communautaire (II).

I. _ LE CONCEPT DE SOUVERAINETÉ

Qu'est-ce que la souveraineté ? Sa conceptualisation commence avec les travaux des légistes français soucieux d'asseoir l'autorité royale au lendemain des guerres de religion (A). Il faut ensuite attendre les commentateurs du fédéralisme allemand, dans la seconde moitié du XIX^e siècle, pour disposer de la définition la plus efficace (B).

A. _ L'émergence théorique : la puissance absolue des légistes de la monarchie française

Dès le turbulent XVI^e siècle, plusieurs légistes français définissent la souveraineté comme puissance absolue de l'État (1) mais ces premières théories, marquées par le contexte politique qui les a vu naître, sont accompagnées d'exigences inutiles (2).

1. Bodin et Loyseau face au besoin de garantir l'autorité royale

La conceptualisation de la souveraineté offre cette particularité de disposer d'une naissance scientifique claire. On peut remonter très loin l'étude de la nature du pouvoir politique, mais la souveraineté en tant que telle fait pour la première fois l'objet d'une construction théorique avec Jean Bodin en 1576. Dans un contexte de remise en cause de l'autorité monarchique², c'est l'ambition clairement revendiquée de son ouvrage La République : « Il est ici besoin de former la définition de souveraineté, parce qu'il n'y a ni jurisconsulte, ni philosophe politique, qui l'ait définie ; j'estime que c'est le point principal, et le plus nécessaire d'être entendu au Traité de la République »³.

Au début du chapitre VIII, intitulé « De la souveraineté », apparaît la définition proposée par le légiste des rois Charles IX puis Henri III : « la souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République »⁴. On peut cependant limiter le sens de cette double expression à celui de puissance absolue. En associant les deux caractères absolu et perpétuel, Bodin souhaite simplement souligner que la souveraineté ne supporte ni limites matérielles ni limites temporelles⁵. De la sorte, tout se rapporte en définitive au caractère absolu de la puissance.

Reste à définir ce qu'est une puissance absolue. Sur le plan juridique qui seul nous intéresse ici, la puissance absolue est un synonyme parfait de puissance illimitée. L'étymologie latine ab-solutus est l'union du préfixe de complétude ab : entièrement, et du radical solutus : libre, délié. La puissance absolue est donc sans aucune autre limite que ce qu'elle accepte elle-même, et un pouvoir souverain doit se comprendre comme un pouvoir qui n'est limité par aucun autre. Parce qu'il est souverain, il échappe donc à toute hétéro-limitation, toute limitation qui ne soit pas de son propre fait.

Les conséquences de ce caractère illimité sont nombreuses mais la plus importante est l'indivisibilité. Une puissance illimitée est logiquement indivisible, i.e. exercé par un seul organe, puisqu'elle ne peut être partagée entre deux détenteurs. En effet, un partage nécessiterait des règles pour les concilier et donc certaines obligations s'imposant à eux, ce qui contredit la notion même de puissance illimitée. Bref, la puissance absolue ne peut se concevoir que comme une puissance suprême unique, et par là-même indivisible.

Clairement posé par Bodin dès 1576, ce caractère nécessairement illimité et indivisible de la souveraineté de l'État a ensuite été admis et réaffirmé dans de nombreux ouvrages. Le plus clair d'entre tous est certainement le Traité des seigneuries que publie Charles Loyseau en 1608. Sa posture voulue critique vis-à-vis de Bodin révèle d'ailleurs à quel point le légiste angevin a bouleversé la doctrine. Bien que tentant de développer une pensée originale, Loyseau ne se détermine que par rapport à Bodin, abondamment cité, et sans en remettre en cause l'essentiel. Ce faisant, la souveraineté se comprend dans le Traité des seigneuries comme une « puissance absolue [...] par conséquent sans degré de supériorité : car celui qui a un supérieur ne peut être suprême et souverain »⁶. Ce que Loyseau résume dans cette belle expression de « comble de puissance »⁷.

Ultérieurement, la volonté de garantir l'autorité de l'État par l'existence d'un pouvoir souverain indivisible est présente dans les doctrines de Hobbes⁸, Rousseau⁹ ou encore Kant¹⁰. Quelles que soient leurs divergences, ces auteurs se rejoignent pour affirmer que le pouvoir politique suprême ne peut être limité par principe. Se déterminer autrement reviendrait à ruiner son autorité en réservant la possibilité pour certains _ monarques étrangers, magistrats inférieurs ou simples particuliers _ de s'opposer aux décisions prises. Partant, il importe pour eux de mettre le pouvoir politique à l'abri de la contestation. La paix civile impose l'unité de direction de la société et c'est là l'apport fondamental de cette découverte conceptuelle qu'est la souveraineté.

2. L'universalité et les marques de la souveraineté comme corollaires inutiles

Bodin et Loyseau souhaitent poser des critères d'identification du détenteur d'un tel pouvoir absolu et, voulant garantir à tout prix l'autorité du roi, accompagnent leur définition de la souveraineté d'exigences inutiles basées sur les précédents médiévaux et antiques de pratique du pouvoir. Cela explique la double limite de cette première

phase de théorisation de la souveraineté.

En premier lieu, Bodin et Loyseau affirment l'universalité de la souveraineté, la considèrent comme le principe caractéristique de la République et parfois même de tout État. Il est ainsi affirmé que la souveraineté est « le fondement principal de toute République »¹¹ chez Bodin tandis qu'elle est présentée dans le Traité des seigneuries comme le principe même de l'État¹². C'est une question qui mériterait à elle seule de longs développements et qu'il n'est pas possible de traiter sérieusement ici. Mais qu'il nous soit permis de faire quelques observations.

Certes, la plupart des États, quelle que soit leur organisation constitutionnelle, disposent d'un organe souverain. En revanche, il existe d'autres formes d'organisation juridique, sans subordination à la volonté d'un pouvoir souverain. C'est notamment le cas dans l'ordre juridique international. Il n'y a là aucun pouvoir souverain organisateur mais, au contraire, un état d'anarchie¹³ caractérisé par le principe d'égalité souveraine des États. Sur le plan interne, on peut également concevoir un système constitutionnel non hiérarchisé, et donc sans souveraineté, dans le cadre d'une organisation fédérale. Pour certains comme Carl Schmitt, l'absence de subordination entre pouvoirs fédéral et fédéré constitue même le propre du fédéralisme¹⁴. À l'opposé du modèle étatique classique, le refus de trancher en faveur de l'un des niveaux d'administration est alors précisément le moyen de maintenir politiquement le système. Il est difficile de trouver des exemples pertinents mais on peut tout de même citer les États-Unis d'Amérique jusqu'à la Guerre de sécession et, au moins en théorie, le Canada jusqu'en 1982. Ce dernier cas est curieusement peu étudié par les tenants de ce fédéralisme binaire alors que son système juridique a prétendu correspondre à cette volonté d'une souveraineté aporétique. Le Canada a en effet longtemps vécu sur le principe mythique de l'exigence d'unanimité des provinces pour modifier la répartition des compétences entre pouvoir fédéral et pouvoir provincial, réputés être tous deux au fondement de la fédération. Mais la théorie officielle de la communion n'a pas résisté longtemps à la réalité d'une domination fédérale et, en 1982, lorsque le Québec et d'autres provinces ont persisté dans leur opposition au projet constitutionnel du pouvoir fédéral, celui-ci a fini par passer outre avec l'aide de raisonnements surréalistes de la Cour suprême¹⁵. Le fédéralisme binaire a fait long feu.

Alors qu'elle est parfois préconisée pour l'Union européenne¹⁶, il faut mettre en garde contre cette fédération radicale qui aboutit nécessairement à une construction fragile en pratique et peu satisfaisante sur le plan juridique. Fragile parce que créant un état de chaos potentiel. Insatisfaisante sur le plan juridique car rien ne permet de trancher l'éventuel conflit entre pouvoir fédéral et pouvoir fédéré. C'est d'ailleurs ce qui fait douter de l'utilité et de la viabilité d'une telle construction. Elle repose sur le pari d'un consensus éternel, ce qui est un peu léger. Au surplus, n'est-ce pas tout l'avantage de l'État classique que de disposer d'un pouvoir souverain, c'est-à-dire d'un moyen juridique de trancher définitivement tout différend ? N'est-ce pas même la raison d'être d'un ordre juridique ? À l'inverse, un système sans souverain est toujours sous la menace d'un différend qui sera juridiquement insoluble. C'est pourquoi il est difficile de défendre le fédéralisme sans souveraineté, même en insistant, comme le fait Carl Schmitt, sur la nécessité d'un ciment extra-juridique pour maintenir l'ensemble uni. Dans la Théorie de la constitution, il est en effet posé comme condition à la réalisation de ce type de fédéralisme l'existence d'une « homogénéité substantielle », à savoir une homogénéité telle que toute divergence entre pouvoir fédéral et pouvoir fédéré puisse être exclue dans les faits¹⁷. Mais il faut reconnaître, d'une part, que cette hydre à deux têtes n'est pas juridiquement à l'abri d'une évolution historique sapant cette homogénéité et, d'autre part, qu'une homogénéité substantielle qui se confirme aboutit nécessairement à un sentiment d'attachement national à l'État fédéral _ du fait de l'unité de tous ses membres _ ce qui lui permettra de se muer facilement en État souverain. Finalement, la solution d'une forme constitutionnelle sans pouvoir souverain et sa logique d'indécision devra être rejetée par le juriste qui, par nature, doit préférer un système prévoyant un mode de règlement définitif pour tout type de conflit plutôt qu'un agencement de puissances non hiérarchisées et dont seule l'aptitude au consensus peut assurer la pérennité. L'utilité du droit est précisément d'offrir un mécanisme décisionnel pour éviter ces ferments de chaos.

Reste que s'il s'agit de déterminer a priori les moyens d'organisation juridique d'une société, il faut rejeter la thèse de l'universalité de la souveraineté et conclure à l'existence de deux modèles possible. D'une part, le modèle hiérarchique ou souverainiste¹⁸ correspondant à un ordre juridique sous l'empire d'un organe doté d'une puissance absolue. D'autre part, le modèle anarchique, tels l'ordre juridique international ou la fédération binaire, dans lequel aucun organe ne dispose du pouvoir suprême.

Seconde limite des premières théories de la souveraineté : la confusion entre le pouvoir souverain et les compétences exercées par le monarque. C'est particulièrement le cas chez Jean Bodin qui associe au pouvoir souverain plusieurs compétences spécifiques, qui lui semblent indissociables et qu'il nomme « marques de souveraineté »¹⁹. Dans La République, ces « vraies marques de souveraineté », présentées dans le dernier chapitre du premier livre, sont au nombre de cinq : « donner loy », « decerner la guerre, ou traicter la paix », « instituer les principaux officiers », statuer en « dernier ressort » et « ottroyer grace aux condamnés »²⁰.

Cette exigence supplémentaire d'exercice de certaines compétences _ communément dites régaliennes _ est

inutile et enlève beaucoup de sa force à la définition de la souveraineté proposée par Bodin. En revanche, elle est facilement explicable dans le contexte de l'époque. Souhaitant renforcer l'autorité du roi de France en lui réservant d'importants pouvoirs, Bodin n'envisage pas le transfert de compétences étatiques. Pour le légiste du roi, la puissance de « donner loi » ne peut par exemple être transférée à un autre que le souverain. En définitive, Bodin ne peut concevoir un transfert à des organes internationaux et ne veut le faire au profit de seigneurs et magistrats inférieurs, même regroupés en assemblée, contre lesquels sa doctrine est élaborée.

Pourtant, l'abandon de la théorie des compétences régaliennes de l'État commence dès Loyseau qui, sur ce point, se démarque de ses contemporains en considérant la puissance absolue comme la seule vraie marque de la souveraineté et en envisageant, non sans ambiguïté il est vrai, la possibilité de transférer des compétences²¹. À l'heure de la monnaie unique européenne, il est intéressant de se pencher sur l'exemple donné du droit de battre monnaie. Loyseau admet que les rois ont pu par concession autoriser ducs et comtes à battre monnaie mais, au nom de l'imprescriptibilité des compétences souveraines, insiste sur la révocabilité de ces concessions²². L'hypothèse qu'un souverain n'exerce pas lui-même toutes les compétences est ainsi esquissée. C'est néanmoins trois siècles plus tard, dans un cadre particulier de partage de l'exercice des compétences, que s'achève la conceptualisation de la souveraineté.

B. _ La formulation opérationnelle : la Kompetenz-Kompetenz des commentateurs du fédéralisme allemand

À l'occasion de l'établissement, en 1867, de la Confédération de l'Allemagne du Nord puis, en 1871, de l'Empire wilhemien avec les États d'Allemagne du sud, un important débat sur la souveraineté se développe dans le monde allemand. C'est dans ce contexte original d'une controverse sur la répartition des compétences entre pouvoir fédéral et pouvoir fédéré que va apparaître une nouvelle formulation de la souveraineté, définie comme « compétence de la compétence » (1) et permettant de comprendre comment le pouvoir souverain peut, par autolimitation, transférer des compétences (2).

1. Le pouvoir de détermination des compétences du Bundesrat

C'est à tort qu'on attribue souvent l'expression Kompetenz-Kompetenz à Georg Jellinek qui, il est vrai, l'a introduite dans le monde juridique français. Le premier à populariser cette notion est en réalité un auteur antérieur, Hugo Böhlau, professeur à l'Université de Rostock²³. Dès 1869, alors que le débat constitutionnel fait rage au parlement de la Confédération de l'Allemagne du nord²⁴, Böhlau publie Kompetenz-Kompetenz²⁵ puis, l'année suivante, Replik zur Kompetenz-Kompetenz ²⁶.

La querelle porte précisément sur l'article 78 de la Constitution de la Confédération de l'Allemagne du Nord qui assure au Bundesrat (Conseil fédéral) la maîtrise de la révision constitutionnelle. Or, pour beaucoup d'auteurs de l'époque, cette disposition constitue la preuve que cette Confédération est en réalité un État fédéral²⁷. En effet, et par application du critère de la Kompetenz-Kompetenz, c'est le pouvoir fédéral qui doit être reconnu comme souverain car il dispose du droit de modifier le système de répartition des compétences et, par là-même, du potentiel d'exercer un pouvoir illimité, preuve d'une puissance absolue. C'est donc à l'occasion du débat sur la nature juridique de la Confédération de l'Allemagne du Nord qu'est posée une définition opérationnelle de la souveraineté, alors qu'il s'agit de déterminer, précisément, qui du Bund ou du Land est le siège du pouvoir souverain. Mais est-ce vraiment un hasard si la théorie de la souveraineté s'affine dès lors que la concurrence pour la suprématie juridique est plus forte entre deux niveaux d'administration ?

De nombreux auteurs allemands adoptent cette définition de la souveraineté ainsi que le critère de la Kompetenz-Kompetenz, rapidement suivis par plusieurs juristes étrangers s'intéressant à l'organisation de l'État fédéral. En ce qui concerne la doctrine allemande, la diffusion est immédiate. Les deux premiers à proposer des développements sur ce nouveau concept sont Georg Meyer et Albert Hänel. Le premier présente sa genèse dans un ouvrage de 1872, tandis que le second reprend en 1873 l'idée et l'expression dans ses études sur le Deutschen Staatsrechte²⁸. Le mouvement s'amplifie ensuite, à mesure, d'une part, que se multiplient les ouvrages généraux traitant de l'organisation constitutionnelle allemande et, d'autre part, que la controverse se déplace sur le point de savoir si une entité fédérée sans souveraineté peut être considérée comme un État. Ainsi, les grands ouvrages de l'époque des professeurs Philipp Zorn²⁹, Georg Liebe³⁰, Georg Jellinek³¹ et Paul Laband³² adoptent la notion et reprennent l'expression de Kompetenz-Kompetenz. Dans le reste de l'Europe, la diffusion de la notion et de l'expression de Kompetenz-Kompetenz commence dès la fin du XIX^e siècle, aux Pays-Bas avec Constantinus Bake³³, en Suisse avec Eugène Borel³⁴, et en France avec Louis Le Fur³⁵

Reste que si la notion de Kompetenz-Kompetenz a le mérite de la simplicité, elle n'en souffre pas moins d'un cruel défaut sémantique et, partant, d'irréalisme juridique. En effet, ce pouvoir suprême et premier ne peut évidemment pas être, à proprement parler, une compétence, puisqu'il n'est pas habilité par un autre pouvoir juridique et _ ne

pouvant être ni dépendant ni limité _ ne procède pas lui-même d'un droit. S'il est une compétence, ce ne peut être qu'une compétence rétroactivement accordée à soi-même. C'est pourquoi l'expression idéale serait certainement celle de pouvoir de détermination des compétences. La doctrine, sensible au sens des formules, en a décidé autrement.

2. La faculté d'autoriser un transfert de compétences

En germe chez Loyseau et induite par notre définition opérationnelle de la souveraineté impliquant une répartition des compétences, l'idée que le souverain peut transférer à d'autres l'exercice de certaines compétences est d'abord mise en pratique au profit de collectivités infra-étatiques, le plus souvent des entités fédérées, avant de bénéficier à des institutions internationales créées spécialement à cet effet par les États.

Dans le cadre d'un État fédéral, le problème du partage des compétences entre pouvoir fédéral et pouvoir fédéré est réglé par la constitution fédérale qui, à la différence du pacte confédéral, ouvre la possibilité d'une modification de la répartition des compétences par les organes fédéraux³⁶. C'est en ce sens que le fédéral conserve la compétence de la compétence. Néanmoins, cela ne signifie pas nécessairement qu'il est à l'origine de l'établissement de la fédération. C'est bien le cas pour les fédérations par dissociation, telles la Belgique, car le fédéral y est le continuateur de l'ancien pouvoir central responsable du transfert d'une partie des compétences à des collectivités infra-étatiques. Mais il existe également des fédérations par association, comme l'Allemagne ou la Suisse, formées à partir de puissances souveraines pour lesquelles le partage de compétences entre fédéral et fédéré n'est que le produit de la constitution fédérale. Historiquement, les entités fédérées y sont les titulaires originaires du pouvoir souverain, démontrant ainsi que l'élément déterminant dans l'identification du souverain dépend moins de l'origine historico-politique que de la distribution des compétences opérée selon la constitution fédérale.

En revanche, sur le plan international, il s'agit toujours d'un mécanisme d'association et, surtout, d'un mécanisme récent car difficile à accepter pour les États. Pendant longtemps, ceux-ci se refusent en effet à transférer des compétences à des organes internationaux et, pour mémoire, rappelons que les plans de paix perpétuelle, rédigés à partir du XVII^e siècle, sont tous restés lettre morte. Ce n'est pourtant pas faute de présenter des projets précis d'assemblées ou de conseils internationaux aux compétences importantes³⁷, mais ils restent trop effrayants pour les États et n'ont donc pas la moindre chance de réalisation. La pratique des transferts de compétences à des organes internationaux ne se développe efficacement qu'à partir de 1945, au sein des Nations unies, avec notamment l'attribution au Conseil de sécurité de la responsabilité principale du maintien de la paix internationale et de compétences importantes à cet effet³⁸, puis dans le cadre d'intégrations régionales dont l'Europe communautaire est l'exemple le plus abouti. D'abord cantonné aux secteurs du charbon et de l'acier, le transfert de compétences aux organes communautaires s'est ensuite considérablement développé, à l'ensemble du domaine économique dès 1958, puis sur le plan politique à partir de 1993.

Une question demeure : existe-t-il des limites au transfert de compétences ? C'est ce que prétendent ceux qui défendent une approche substantialiste de la souveraineté. Héritiers de la théorie des « marques » ou des « parties » de la souveraineté, pour reprendre les termes utilisés par Grotius, Pufendorf ou encore Burlamaqui, ils défendent l'existence de compétences qui ne pourraient être déléguées sans porter atteinte à la souveraineté. Cette thèse n'est pourtant guère convaincante. Elle a pour première faiblesse l'impossibilité d'établir une liste précise de ces compétences voulues décisives. On a évoqué tour à tour des domaines tels que la défense, la monnaie, l'impôt mais sans jamais convaincre car il y a eu dans l'histoire quantité d'exemples d'États souverains sans monnaie nationale, ni défense propre ou système fiscal indépendant. Au risque de se répéter, il n'y a en vérité qu'une seule compétence qui ne puisse être transférée, c'est la compétence de la compétence, c'est-à-dire précisément ce pouvoir de répartir les compétences. Ainsi que l'a résumé Paul Laband, l'approche substantialiste n'est qu'une « chimère »³⁹.

Au terme de ces premiers développements, il nous semble possible de poser trois éléments de conclusion relatifs à la notion de souveraineté. Premièrement, il faut clairement distinguer la souveraineté et l'exercice de la souveraineté. La souveraineté, unique et indivisible, est bien distincte de l'exercice de la souveraineté, partageable avec d'autres niveaux d'administration. Deuxièmement, il n'y a qu'une souveraineté. On distingue parfois la souveraineté de l'État et la souveraineté dans l'État mais il suffit de considérer les ordres juridiques pour régler le problème car c'est en vérité toujours la même notion : celle de l'État sujet de droit international qui dispose d'une puissance absolue dans l'ordre juridique international (la souveraineté de l'État) ou celle du possesseur de la puissance absolue au sein de l'ordre juridique interne (souveraineté dans l'État). Quant au troisième sens, parfois évoqué, de « l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'État »⁴⁰, il rabaisse la souveraineté au rang de synonyme de « compétence » et prive le terme de toute utilité particulière. Mieux vaut donc préserver sa spécificité qui est d'identifier un pouvoir suprême susceptible de trancher n'importe quel conflit. Troisième et dernier

élément de conclusion, il n'y a qu'une forme de limitation de la souveraineté qui est l'autolimitation. De la sorte, le pouvoir souverain doit se comprendre comme un pouvoir qui n'est limité par aucun autre. C'est la raison pour laquelle la souveraineté se résume vis-à-vis de soi en un pouvoir d'autodétermination de sa compétence et, vis-à-vis des autres, en un pouvoir de détermination des compétences⁴¹.

La seule borne de la souveraineté est donc la conservation de la Kompetenz-Kompetenz, pouvoir ultime de répartition qui assure au souverain la liberté d'éventuellement rapatrier les compétences transférées. Son omniscience n'est ainsi que potentielle et il peut à loisir, par sa faculté souveraine d'autolimitation, transférer des compétences⁴². Bref, et en toute logique, le souverain n'est pas celui qui fait tout mais celui qui décide qui fait quoi.

Ce faisant, dans une intégration internationale telle que l'Union européenne, la condition du maintien de la souveraineté des États ne dépend pas de l'étendue des compétences exercées par l'organe international mais plutôt des modalités de leur transfert. Car si la souveraineté est définie comme la maîtrise de la répartition des compétences, la double condition de son maintien est d'une part que le transfert des compétences résulte d'un choix libre de l'État et, d'autre part, que ce transfert soit réversible. S'agissant de l'Europe communautaire, la première condition ne pose aucun problème. L'adhésion a pour base un acte de volonté de l'État et il ne fait aucun doute que les vingt-cinq membres actuels ont tous consenti à transférer des compétences à l'Union européenne⁴³. Reste donc la condition de la réversibilité du transfert de compétences, c'est-à-dire celle du droit de retrait, signifiant pour les membres le droit souverain de rapatrier leurs compétences et donc la préservation de la Kompetenz-Kompetenz. Ainsi, la question du droit de retrait, pourtant si peu fréquentée par la doctrine, devient le critère du maintien de la souveraineté des membres de l'Europe communautaire.

II. _ LE CRITÈRE DU DROIT DE RETRAIT

Bien que fondamental dans le débat sur la nature juridique de l'Union européenne, le droit de retrait semble n'intéresser que les plus critiques à l'égard de l'intégration communautaire, le plus souvent pour appuyer la thèse d'une Europe prison des peuples et alimenter un discours politique eurosceptique. En raison de son importance, la question mérite cependant d'être traitée de manière étayée, ce qui implique une interprétation rigoureuse tant des traités communautaires (A) que de la pratique de ses acteurs que sont les organes de l'Europe communautaire et les États membres (B).

A. _ L'interprétation des traités instituant l'Union et les Communautés européennes

L'interrogation sur le droit de retrait se heurte à une première difficulté qui est celle du silence des textes communautaires sur la question, silence dont il convient de s'assurer en examinant toutes les dispositions évoquées dans ce débat (1), pour pouvoir ensuite envisager d'éventuels effets juridiques des principes du droit international général en la matière (2).

1. L'absence de pertinence des clauses de durée et de révision

Il n'est jamais facile pour les promoteurs d'une union internationale de prévoir, dès l'origine, le retrait de l'un des membres. C'est la raison pour laquelle les États responsables de la construction européenne, s'affirmant « déterminés à établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens »⁴⁴ n'ont pas inclus de clause de retrait dans les traités constitutifs. Il n'y a donc aucune disposition d'aucun traité communautaire en vigueur ayant pour objet le retrait ou la dénonciation d'un État membre⁴⁵. Toutefois, le débat sur les dispositions textuelles n'est pas clos pour autant car, à défaut d'une clause expresse, nombreux sont ceux qui invoquent d'autres principes mentionnés dans les traités pour conclure à l'interdiction du retrait.

Les plus discutés sont ceux relatifs à la durée illimitée des traités communautaires. En effet, à l'exception du Traité CECA « conclu pour une durée de cinquante ans à dater de son entrée en vigueur »⁴⁶, les traités communautaires ne connaissent aucune limitation de durée. Actuellement, le Traité instituant la Communauté européenne dispose en effet à l'article 312 que « le présent traité est conclu pour une durée illimitée »⁴⁷, et on retrouve un texte identique à l'article 51 du Traité sur l'Union européenne.

Peut-on dès lors déduire de cette clause de non-limitation de la durée des traités l'absence de droit pour les États de s'en retirer ? Certainement pas car ce serait confondre deux questions bien distinctes qui sont, d'une part la prédétermination ou non d'une durée de fonctionnement et, d'autre part, le droit pour un État de mettre fin à sa participation. Ainsi, le fait qu'on choisisse de ne pas limiter la durée de fonctionnement d'un traité ne signifie pas l'impossibilité de s'en retirer pendant cette période de fonctionnement. Partant, on ne peut amalgamer le choix,

logiquement optimiste lors de l'élaboration d'un traité, de ne pas en prédéterminer la durée, et la question tout à fait différente de la possibilité ou non de se retirer du traité pendant sa durée _ limitée ou non _ de fonctionnement. C'est là toute la différence entre la volonté de créer des institutions permanentes et l'obligation d'y rester.

S'il en était besoin, la pratique apporte de nombreuses preuves de la non-pertinence de la clause de durée illimitée pour régler la question du droit de retrait. En effet, de la même manière que celui à échéance, le traité à durée illimitée peut admettre un droit de retrait et il existe quantité d'exemples de traités dans lesquels coexistent les deux clauses, durée illimitée et retrait. C'est par exemple le cas du Traité américano-soviétique du 26 mai 1972 sur la limitation des systèmes de missiles anti-balistique, dit ABM, qui, en son article 15, consacre tant la durée illimitée du lien conventionnel que le droit de retrait des États parties⁴⁸. C'est d'ailleurs sur la base de cette disposition que les États-Unis ont dénoncé le traité le 13 décembre 2001⁴⁹. Il y a bien d'autres cas de traités importants associant la clause de durée illimitée et celle de retrait : la Convention sur les droits et devoirs des États⁵⁰, le Traité de non-prolifération nucléaire⁵¹ ou, s'agissant des traités constitutifs d'organisations internationales, la Charte de l'Organisation des États américains⁵² et, surtout, le Traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004, dont l'article I-60 consacre un droit de retrait tandis que la clause de durée illimitée est reprise à l'article IV-446⁵³. De même, plusieurs traités constitutifs d'organisations internationales conclus implicitement pour une durée illimitée, mais sans mention explicite puisqu'ils ne disposent d'aucune clause de durée, reconnaissent un droit de retrait à leurs membres. Il en est ainsi dans la Constitution⁵⁴ de l'OIT⁵⁵, dans l'Accord instituant l'OMC⁵⁶, dans l'Acte constitutif de l'UNESCO⁵⁷ ou encore dans le traité constitutif de l'OTAN⁵⁸. Par conséquent, il apparaît clairement que le droit de retrait ne peut en aucun cas être considéré comme incompatible avec un traité à durée illimitée.

Autre interprétation abusive, certains concluent à l'interdiction du retrait en se fondant sur les mécanismes d'intégration communautaire. Certes, il y a un effet de cliquet dans les processus d'intégration qui, à moins d'un nouveau traité explicite sur la question, interdisent tout retour en arrière dans l'exercice des compétences par les organes communautaires. Certes encore, la Cour de Justice des Communautés européennes a rappelé à maintes occasions que « le transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité, entraîne une limitation définitive de leurs droits souverains »⁵⁹. Mais, une fois de plus, il convient de ne pas se méprendre. Cet effet de cliquet concerne le fonctionnement du système communautaire et la CJCE ne fait qu'imposer le respect du cadre de fonctionnement prévu par les traités. La limitation est donc définitive pour autant que l'on demeure dans ce cadre. Cela ne préjuge pas de la question de la possibilité ou non de sortir de ce cadre. Bref, l'effet de cliquet concerne les conditions de fonctionnement à l'intérieur du cadre communautaire, alors que la question du droit de retrait porte sur la faculté de remise en cause de ce cadre communautaire.

C'est également en ce sens qu'il faut interpréter l'affirmation de la CJCE selon laquelle « tous les États ont adhéré au traité dans les mêmes conditions, définitivement et sans autre réserve que celles exprimées dans les protocoles additionnels »⁶⁰. Il n'est question dans cette ordonnance que de garantir « l'application intégrale et uniforme dudit traité »⁶¹. C'est donc l'adhésion en tant que procédure qui est définitive, c'est-à-dire sans possibilité d'en refuser certains de ses effets, mais cela ne signifie pas que la qualité de membre est pareillement définitive et nécessairement perpétuelle.

Enfin, l'interdiction du retrait est parfois fondée sur l'existence de mécanismes prévus par les traités pour permettre aux États membres soit d'échapper à certains mécanismes d'intégration (facultés d'opting out), soit d'initier une modification des traités (clause de révision). Il s'agit d'une sorte de théorie de l'alternative : à partir du moment où les traités prévoient une voie d'amendement et des régimes dérogatoires, l'État ne peut marquer son insatisfaction qu'en utilisant les moyens prévus. Ce raisonnement est bien entendu peu convaincant. Car, là encore, c'est confondre les règles de fonctionnement du système communautaire et le problème distinct de l'irréversibilité ou non de l'appartenance à ce système. De plus, les clauses d'opting out et de révision ne sont pas des alternatives crédibles au retrait puisque les premières ne sont ouvertes que dans certains cas tandis que les secondes ne garantissent aucun résultat à l'État enclin au retrait. Ce sont donc des procédures dont l'objet est différent et qui ne produisent pas nécessairement les mêmes effets. Ainsi, il n'est évidemment pas possible de déduire de l'existence d'une clause d'opting out ou de révision l'inexistence d'un droit de retrait. Et, une fois de plus, quantité de traités comportent de telles clauses tout en prévoyant expressément un droit de dénonciation.

Par conséquent et en dépit de raisonnements juridictionnels parfois pernicious sur le sujet⁶², il n'est pas possible de conclure à l'absence d'un droit de retrait des membres de l'Union européenne sur la base des dispositions des traités communautaires.

2. L'insatisfaisant renvoi au droit international

En l'absence de clause de retrait dans les traités communautaires, un premier réflexe consiste à se tourner vers le droit international afin de savoir quelle est la solution préconisée dans l'hypothèse d'un traité silencieux sur la question. Il est d'ailleurs incontestable que des organisations internationales permettent le retrait d'un État membre alors que leur traité constitutif ne comporte pas de clause explicite à cet effet⁶³. Cette sollicitation du droit international général soulève cependant deux difficultés.

En premier lieu, il n'y a pas de réponse claire du droit international général sur cette question. En effet, la question du droit de retrait d'un traité qui serait lui-même muet sur le sujet n'a jamais été vraiment réglée, comme en témoignent les recherches menées à l'occasion des travaux préparatoires de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités. Précisément, la Commission du droit international (CDI) s'est alors posée la question suivante à propos des traités ne prévoyant pas qu'on puisse les dénoncer ou s'en retirer : « doit-on considérer qu'il ne peut être mis fin à ces traités que par accord unanime des parties ou que, dans certaines conditions, les parties ont un droit implicite de se retirer du traité en donnant un préavis raisonnable à cet effet ? »⁶⁴. Or, la réponse de la CDI est on ne peut plus incertaine. Tout juste peut-elle renvoyer à l'intention des parties, lorsque celle-ci est détectable, et régler le cas de traités dont la nature même permet d'admettre (les traités d'alliance) ou d'interdire (les traités de paix et de frontière) le retrait. Pour le reste, c'est la plus grande irrésolution qui prévaut au sein de la Commission et le commentaire publié rend largement compte des divisions : « Certains membres de la Commission ont jugé que [...]. D'autres membres ont été d'avis que [...] ». Et après avoir examiné plusieurs conférences d'élaboration de traités internationaux, la CDI se garde bien de « toute velléité de tirer de ces conférences des conclusions générales »⁶⁵. En tout état de cause, les hésitations et les divergences au sein de la CDI confirment le sentiment général d'incertitude quant à l'état du droit international sur cette question et amènent à conclure à l'absence de règle⁶⁶.

Dans ces conditions, seuls les États qui ont ratifié la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 sont liés, à titre conventionnel, par le principe contenu à l'article 56 de ladite convention. Mais, d'une part, ce n'est pas le cas de tous les États membres de l'Union européenne, à commencer par la France qui n'a pas même signé la convention. D'autre part, l'article 56 n'offre pas de solution claire en l'espèce communautaire puisqu'il permet le retrait dès lors qu'il peut « être déduit de la nature du traité » ou qu'il « entrait dans l'intention des parties d'[en] admettre la possibilité ». Au surplus, on a souvent évoqué l'exemple des traités de nature politique pour justifier le droit de retrait déductible de la nature du traité. L'Union européenne étant aujourd'hui essentiellement une union politique, faut-il en conclure que le retrait est possible en application du principe de l'article 56 ? Ou bien doit-on considérer que l'association est aujourd'hui si étroite que le retrait en est exclu ?

En second lieu, il est loin d'être certain que la réponse du droit international général, quelle qu'elle soit, puisse être pertinente dans le cadre très particulier du droit communautaire. L'Union européenne a aujourd'hui atteint un haut niveau d'intégration, économique mais également politique, qui crée des liens si étroits entre ses membres qu'il est difficile de croire que la reconnaissance, en l'absence de clause expresse, d'un droit de retrait pour des traités internationaux traditionnels impliquerait nécessairement la même conclusion vis-à-vis des traités communautaires. Ce faisant, le droit international de retrait que l'on est enclin à déduire des conclusions incertaines de la CDI, en vertu notamment de la présomption de licéité internationale des actes étatiques en l'absence d'interdiction claire, n'est pas pour autant applicable aux traités communautaires.

En somme, l'ordre juridique international n'est pas d'un grand secours, tant parce que la question y demeure très incertaine qu'à cause du peu de pertinence du droit international général pour régler cette question au niveau, si spécifique sur ce point, du droit communautaire. Le droit et la pratique des traités internationaux permettent de conclure simplement, et prudemment, qu'il n'y a ni incompatibilité entre clause de durée illimitée et droit de retrait, ni impossibilité d'un tel droit en l'absence d'une clause explicite. Par conséquent, l'interrogation sur le point de savoir s'il existe un droit de retrait au bénéfice des membres de l'Union européenne ne peut être levée qu'à la lumière de la pratique suivie en son sein.

B. _ L'interprétation de la pratique des acteurs de l'Europe communautaire

L'examen de la pratique au sein de l'Europe communautaire et depuis ses origines laisse apparaître plusieurs éléments tendant à prouver qu'il existe un droit de retrait, affirmé et mis en pratique à diverses occasions (1), et qui semble aujourd'hui indissociable de la nature démocratique de l'Union européenne (2).

1. Les affirmations et pratiques d'un droit de retrait

Contrairement aux pratiques que nous examinerons ensuite, les simples affirmations d'un droit de retrait ne sont pas toujours très concluantes, d'autant que la question du droit de retrait n'a pas été souvent posée au cours de la construction européenne. On peut tout de même évoquer deux prises de position d'inégale importance. La première, ancienne et assez confuse, a pour cadre le parlement français au moment du débat sur la ratification du

Traité instituant la Communauté économique européenne. Son auteur n'est autre que le secrétaire d'État aux affaires étrangères, Maurice Faure qui, interpellé le 19 juillet 1957 devant le Conseil de la République, affirme la possibilité d'un retrait. À Michel Debré qui l'interroge ainsi : « [Q]uelle sera la situation de la France, si ce n'est d'avoir signé un traité avec un partenaire [l'Allemagne de l'Ouest] qui peut s'en évader alors qu'elle même ne peut pas le faire ? »⁶⁷, le secrétaire d'État aux affaires étrangères rétorque : « Si, elle peut le faire ! »⁶⁸.

Cette prise de position officielle n'est cependant guère satisfaisante, et ce pour au moins deux raisons. D'une part, à y regarder de près, elle ne concerne que l'hypothèse d'une réunification allemande et ne constituerait donc qu'une simple application du principe du changement fondamental de circonstances. Également défendu par le ministre français des Affaires étrangères devant l'Assemblée nationale, le droit de retrait admis par le gouvernement français se limite alors clairement au cas de substitution de la République fédérale d'Allemagne par une Allemagne réunifiée⁶⁹. Pour le reste, les opinions sont beaucoup plus contrastées. Alors même que certains opposants dénoncent une faculté de dénonciation dépendante d'un retrait préalable de l'Allemagne⁷⁰, les membres du Gouvernement et ceux qui soutiennent la ratification n'affirment pas l'existence d'un droit général de retrait tout en semblant l'envisager en cas d'échec ou de crise politique⁷¹.

D'autre part et quand bien même on interpréterait les débats de 1957 comme manifestant la conviction de l'existence d'un droit de retrait général⁷², il est impossible de prétendre que ce qui était valable en 1957 l'est nécessairement cinq décennies plus tard⁷³. En effet, le processus d'intégration s'est depuis lors tellement développé que le droit de retrait éventuellement admis à l'époque des communautés techniques n'est pas automatiquement conservé dans l'union économique, monétaire et politique qu'est devenue l'Europe communautaire à partir de 1993. Pour trancher aujourd'hui la question du droit de retrait, il vaut donc mieux se garder de tirer des conséquences des affirmations gouvernementales de 1957.

Beaucoup plus intéressante, en revanche, est l'affirmation du Tribunal constitutionnel allemand à l'occasion de la ratification du Traité sur l'Union européenne. Dans leur décision en date du 12 octobre 1993, les juges de Karlsruhe présentent en effet un raisonnement éloquent, en affirmant que « [l']Allemagne est l'un des « maîtres des traités » qui ont proclamé leur engagement vis-à-vis du traité d'Union conclu » à durée illimitée « (art. Q du traité) avec la volonté d'une adhésion à long terme mais qui pourraient en définitive également révoquer cette appartenance par un acte contraire »⁷⁴. La clause de durée est mentionnée, preuve que la durée illimitée n'empêche pas la dénonciation dans l'esprit des juges constitutionnels allemands, mais surtout, et conformément à l'idée qu'un souverain peut toujours défaire ce qu'il a pu faire, il est clairement posé que les membres n'ont pas abandonné leur droit de mettre fin à leur qualité de membre. Nous sommes en 1993, le principal saut qualitatif du Traité sur l'union politique est donc intégré et, du point de vue des juges allemands, les membres demeurent des États souverains, participant à un Staatenverbund, i.e. une association d'États, et « il n'est pas créé une compétence de la compétence au profit de l'Union européenne »⁷⁵.

En ce qui concerne les pratiques d'un droit de retrait, les éléments sont encore plus significatifs car ces pratiques, actives ou d'abstention, révèlent la conviction de chacun des membres lorsqu'est revendiqué un tel droit. La première fois qu'un État membre amorce une procédure de retrait intervient en 1975. Les faits sont connus et ne méritent pas beaucoup d'explication. Le parti travailliste britannique bâtit son succès aux élections législatives de 1974 sur une dénonciation des conditions d'adhésion du Royaume-Uni à l'Europe communautaire. Pris au piège des promesses de renégociation faites aux électeurs et se heurtant, une fois les élections gagnées, au refus catégorique de ses partenaires européens, le gouvernement travailliste décide d'organiser un référendum offrant aux électeurs soit de confirmer l'adhésion, soit de l'abroger et de décider le retrait du Royaume-Uni. Le 5 juin 1975, 67,2 % des votants se prononcent positivement et le Royaume-Uni reste membre de l'Europe communautaire. Il n'y a donc, heureusement, pas de retrait britannique.

En revanche, il est indiscutable, sur le plan juridique, que le seul fait d'organiser un tel référendum, offrant un choix de retrait, implique nécessairement la conviction de la part du Royaume-Uni qu'il lui est possible de décider de se retirer⁷⁶. De même, il est probant qu'aucun des autres États membres ni aucun des organes communautaires ne conteste l'exercice référendaire britannique. Pas une voix ne s'élève pour affirmer que le retrait n'est pas possible ou, à tout le moins, que le Royaume-Uni peut faire ce qu'il veut mais que le retrait est interdit du point de vue du droit communautaire. Bien au contraire. Toutes les déclarations officielles et les travaux officieux vont dans le sens du respect du choix des électeurs britanniques et, en coulisse, chaque administration se prépare aux deux issues. Il existe plusieurs traces de cette *opinio juris* concernant la France _ déclarations ministérielles⁷⁷ et notes du ministère des Affaires étrangères⁷⁸ _ ou encore la République fédérale d'Allemagne⁷⁹. La pratique de l'ensemble des acteurs de l'Europe communautaire révèle donc une acceptation du processus de retrait entrepris par un État membre. Chacun reconnaît ainsi qu'il existe un droit unilatéral de décider de révoquer son appartenance à l'ensemble communautaire même si aucune disposition n'y fait explicitement référence dans les traités communautaires.

Le retrait d'un État membre est évoqué une seconde fois dans l'histoire de l'Europe communautaire lorsque le Danemark, en 1992, tire les conséquences de l'échec du premier référendum relatif à la ratification du Traité de Maastricht. Est publié le 9 octobre un Livre blanc dans lequel le gouvernement danois présente les « huit options qu'il envisage à la suite du référendum négatif »⁸⁰. Or, l'une de ces options est le retrait du Danemark, sans qu'il soit précisé que cette solution nécessite l'accord des autres États membres. Il est en effet envisagé que « le Danemark quitte la Communauté et adhère au Traité instituant l'EEE »⁸¹ pour permettre au Traité sur l'Union européenne d'entrer en vigueur entre les onze autres États membres.

Face à cette position, et comme en 1975, il est significatif qu'aucun État membre ni aucun organe de l'Europe communautaire n'ait exclu cette option de retrait. Elle intervient certes dans un contexte particulier mais signifie une fois de plus que la sortie unilatérale de l'Europe communautaire n'est pas perçue comme interdite. On remarque d'ailleurs que le vocabulaire officiel utilisé à cette occasion est réinvesti des termes de souveraineté et d'indépendance, comme pour bien souligner que la qualité d'État souverain ne se trouve pas remise en cause par l'appartenance à l'Europe communautaire. Ainsi, la décision adoptée à l'occasion du Conseil européen d'Édimbourg « concernant certains problèmes soulevés par le Danemark à propos du Traité sur l'Union européenne » commence par un paragraphe soulignant que l'Union « est constituée d'États indépendants et souverains qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences »⁸².

2. Un droit inhérent à la nature démocratique de l'Union européenne

Il est possible d'avancer d'autres arguments en faveur du droit de retrait, à commencer par celui de la logique fonctionnelle car l'activité de l'Union européenne nécessitant la bonne volonté de tous ses États membres, on imagine mal celle-ci fonctionnant avec un État retenu contre son gré. Mais là n'est pas l'essentiel. Si le droit de retrait, en dépit de son absence de mention textuelle, a pu être aussi clairement évoqué et mis en oeuvre lors des rares cas de crise d'appartenance, c'est très certainement parce qu'il apparaît indissociable de la nature démocratique de l'Europe communautaire. En effet, celle-ci n'a cessé, depuis ses origines, d'une part de renforcer son fondement démocratique et, d'autre part, de le considérer sur la base des peuples des États membres. Il convient de s'arrêter sur ces deux éléments avant d'expliquer en quoi il rend impossible le maintien d'un État membre dès lors que son peuple manifeste une volonté contraire de retrait.

La nature démocratique de l'Europe communautaire est tout d'abord une évidence ancienne, manifestée dans sa pratique d'admission, puisqu'elle n'accueille que des États démocratiques, mais surtout dans ses textes, tant dans les déclarations des conseils européens que dans les traités communautaires. Ainsi, dès le sommet des chefs d'État et de gouvernement d'octobre 1972, les États membres affirment « leur volonté de fonder le développement de leur Communauté sur la démocratie, la liberté des opinions, la libre circulation des personnes et des idées, la participation des peuples par l'intermédiaire de leurs représentants librement élus »⁸³. Puis, à la suite de tragiques actions terroristes en Italie et à la veille de la première élection populaire du Parlement européen, le Conseil européen de Copenhague adopte le 8 avril 1978 une Déclaration sur la démocratie qui énonce que « [l']élection au suffrage universel direct des membres de l'Assemblée est un événement d'une importance fondamentale pour l'avenir des Communautés européennes et constitue une éclatante manifestation de l'idéal démocratique commun à tous les peuples qui les composent »⁸⁴. Le Conseil européen de Stuttgart du 19 juin 1983 sera encore plus précis en affirmant l'idée d'une intégration européenne conforme aux volontés des peuples des États membres et en soulignant le lien entre démocratie et qualité de membre : « Considérant que l'idée européenne, les résultats acquis dans les domaines de l'intégration économique et de la coopération politique ainsi que la nécessité de nouveaux développements répondent aux vœux des peuples démocratiques européens pour qui le parlement européen, élu au suffrage universel, est un moyen d'expression indispensable. [...] Les chefs d'État ou de gouvernement confirment la déclaration sur la démocratie adoptée par le Conseil européen le 8 avril 1978, qui précisait que le respect et le maintien de la démocratie représentative et des droits de l'homme dans chacun des États membres constituent des éléments essentiels de l'appartenance aux Communautés européennes »⁸⁵. Ce faisant, il serait surprenant que l'appartenance puisse être maintenue par contrainte si elle ne correspond plus à l'expression de la démocratie représentative que l'on prétend respecter.

Le principe de démocratie a ensuite été consacré dans les traités communautaires, d'abord dans le préambule de l'Acte unique européen de 1986 qui reprend notamment l'une des affirmations de 1983⁸⁶ et, surtout, dans le Traité de Maastricht qui l'élève au rang de valeur fondamentale de l'Union européenne, mentionnée à l'article 6 du Traité sur l'Union européenne⁸⁷.

En second lieu, il faut souligner le fait que, dans tous ces textes, le cadre de référence du principe de démocratie n'est pas un peuple européen globalisant les populations des États membres. De la sorte, il n'est pas question d'exercer le principe démocratique à l'échelle de l'Union européenne et d'envisager qu'une majorité impose sa volonté de maintien à un peuple national récalcitrant mais minoritaire. Ce sont toujours les peuples de chacun des

États membres qui constituent les unités de référence, ce qui garantit que la volonté individuelle de chacun est déterminante. Cela est d'ailleurs confirmé par la formulation tant de l'article premier du Traité sur l'Union européenne, qui attribue à l'Union la « mission d'organiser de façon cohérente et solidaire les relations entre les États membres et entre leurs peuples », que de l'article 189 du Traité instituant la Communauté européenne qui dispose que le Parlement européen est « composé de représentants des peuples des États réunis dans la Communauté »[88](#).

Aujourd'hui que le respect de la volonté démocratiquement exprimée de chaque peuple de l'Union constitue une valeur fondamentale, on peut donc considérer qu'il est interdit d'imposer le maintien à un État dont le peuple s'est clairement prononcé en faveur d'une séparation. La principale conséquence de cette évolution démocratique pourrait d'ailleurs être d'ordre procédural en systématisant, sur cette question, la consultation référendaire. En effet, il serait logique de faire constater la volonté populaire de retrait par un référendum, d'autant que la décision d'adhésion donne de plus en plus souvent lieu à une consultation référendaire[89](#).

Dans ces conditions, la mention du droit de retrait dans le Traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004 marque une avancée textuelle heureuse mais ne constitue que la reconnaissance d'un droit de retrait préexistant. En effet, il ne peut être que bénéfique pour l'Union européenne de disposer d'une disposition claire sur cette question, laquelle clôt le débat juridique. En revanche, il est important de ne pas considérer cette insertion comme un droit octroyé mais bien comme la reconnaissance d'un droit existant[90](#). Ce ne sera pas la première fois qu'un principe se retrouve consacré dans le droit communautaire originaire après que son existence a été attesté par d'autres voies. La formulation retenue à l'article I-60 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, est d'ailleurs compatible avec cette interprétation. Proposé très tôt dans le processus d'élaboration[91](#) et sans grande opposition malgré des appréciations initiales très divergentes[92](#), cet article intitulé « le retrait volontaire de l'Union » ne laisse aucun doute sur le caractère unilatéral de la décision. Il est ainsi formulé : « Tout État membre peut décider, conformément à ses règles constitutionnelles, de se retirer de l'Union européenne »[93](#).

À la lumière de tous ces éléments, force est de conclure qu'il existe bel et bien un droit de retrait, qu'il ne s'agit pas d'un pseudo-, quasi ou crypto-droit mais bien d'un droit positif, même s'il n'est pas (encore) explicité dans les traités. Le droit de retrait est surtout inhérent à la nature de l'intégration communautaire. À la fois Europe des États et Europe des peuples _ les pluriels ont ici leur importance _, l'Union européenne ne peut se transformer en union forcée et ses organes auraient bien du mal à dénier ce droit. Sur la base de la pratique existante et fidèle à ses méthodes d'interprétation systématiques, il ne fait aucun doute que la Cour de justice admettrait facilement que le principe fondamental de démocratie, dont les unités de références sont les peuples qui constituent les États membres, autorise le retrait. Quant à la Commission, elle a toujours déclaré respecter la volonté de chacun des peuples européens[94](#).

À l'issue de cette étude, plusieurs observations conclusives peuvent être faites. Entendre le terme de souveraineté comme un ensemble de compétences n'a pas grand sens dans le monde juridique. Cela permet certes de signifier un partage de compétences international/national, fédéral/fédéré ou central/régional, et de s'enflammer pour des expressions fourre-tout comme souveraineté limitée, divisée, partagée, duale, etc. Mais il n'y a là aucune nouveauté et cela ne caractérise en rien la construction européenne qui, sur ce point précis, présente plus une différence de degré que de nature avec le droit international[95](#). Aussi, plutôt que de réduire la signification de la notion de souveraineté à ses modalités d'exercice, mieux vaut lui conserver tout son sens, ce que permet l'approche de la Kompetenz-Kompetenz. Là est l'acception utile de cette notion juridique suréminente qu'est la souveraineté car elle seule permet de déterminer le détenteur éventuel d'un pouvoir suprême.

Et la conclusion s'impose avec évidence pour l'Union européenne[96](#). Partant du fait que la souveraineté n'exige pas, de la part de son détenteur, un exercice exclusif de l'ensemble des compétences, les membres de l'Union européenne sont encore des États pleinement souverains parce que, libres de se retirer, ils conservent en fait et en droit la compétence de la compétence.

Pour finir, précisons que le but n'était pas ici de défendre la probabilité d'un retrait. En l'état actuel des choses, les retraits sont historiquement possibles _ l'histoire récente nous a montré que les ensembles paraissant les mieux établis peuvent un jour s'effondrer _ mais ni probables ni souhaitables. L'important est qu'à partir du moment où ils sont juridiquement admis, la faculté existe et la souveraineté est préservée. D'un point de vue plus politique, on peut ajouter que le droit de retrait ruine l'argument eurosceptique d'une Union européenne prison des peuples et des États. Celle-ci constitue au contraire une intégration d'États souverains qui ont librement accepté de s'associer et qui, implicitement, ne cessent de marquer leur volonté d'appartenance en n'exerçant pas leur droit de retrait.

[1_](#) (1) Cela est manifeste dans le cas des jurisprudences divergentes sur la primauté. Étant donné qu'il existe nécessairement un dualisme de système entre les différents ordres juridiques, chacun a logiquement tendance à

affirmer la primauté de tout ou partie de ses normes par rapport à celles produites dans un autre ordre. V. l'arrêt du juge constitutionnel allemand en date du 14 octobre 2004 pour sa clarté sur la question : « The Basic Law is clearly based on the classic idea that the relationship of public international law and domestic law is a relationship between two different legal spheres and that the nature of this relationship can be determined from the viewpoint of domestic law only by domestic law itself [...] The Basic Law aims to integrate Germany into the legal community of peaceful and free states, but does not waive the sovereignty contained in the last instance in the German constitution. There is therefore no contradiction with the aim of commitment to international law if the legislature, exceptionally, does not comply with the law of international agreements, provided this is the only way in which a violation of fundamental principles of the constitution can be averted. [...] Even the far-reaching supranational integration of Europe, which accepts the order to apply a norm, when this order originates from Community law and has direct domestic effect, is subject to a reservation of sovereignty, albeit one that is greatly reduced » ; arrêt du 14 octobre 2004, On the consideration of the decisions of the European Court of Human Rights by domestic institutions, in particular German courts (traduction de la Cour), § 34-36. Cf. le dualisme non explicité du Conseil constitutionnel qui, lors de l'examen du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, a l'occasion de statuer sur la constitutionnalité de l'art. 1-6 affirmant la primauté générale du droit communautaire. Or, c'est curieusement à propos de l'incidence de la dénomination du traité que le Conseil affirme que la Constitution française a « sa place au sommet de l'ordre juridique interne » ; décision du 19 novembre 2004, § 10.

2- (2) Le contexte dans lequel écrit Jean Bodin est marqué par de puissantes entreprises de contestation du pouvoir royal. Tentatives doctrinales d'abord du fait des écrits monarchomaques qui visent, comme l'exprime l'étymologie du terme formé des deux mots grecs $\mu\omicron\upsilon\alpha\rho\alpha\chi\eta$ (monarque) et $\mu\upsilon\omicron\mu\alpha\tau\eta$ (combattre), à lutter contre l'autorité royale. Tentatives des États généraux ensuite qui tentent de brider le pouvoir législatif du roi, notamment avec l'apparition de l'idée, lors des États de Blois en 1576, qu'une décision adoptée à l'unanimité des trois ordres s'imposerait au roi.

3- (3) J. BODIN, Les six livres de la République, liv. 1^{er}, chap. VIII, Lyon, Jean de Tournes, 1579, p. 85. En ce qui concerne le contexte de l'oeuvre, l'adversaire déclaré est bien entendu le monarchomaque : « En quoi ceux qui ont écrit du devoir des Magistrats, et autres livres semblables, se sont abusés de soutenir que les états du peuple sont plus grands que le Prince ; chose qui fait révolter les vrais sujets de l'obéissance qu'ils doivent à leur Prince souverain » ; *ibid.*, p. 96. Dans certains cas et pour faciliter la compréhension des textes anciens cités dans cet article, la graphie, l'orthographe et le style ont été modernisés.

4- (4) *Ibid.*

5- (5) La notion de puissance perpétuelle ne peut donc être comprise comme signifiant l'impossibilité d'anéantir la souveraineté.

6- (6) In extenso : « Elle consiste en puissance absolue, c'est-à-dire parfaite et entière de tout point, que les Canonistes appellent plénitude de compétence. Et par conséquent sans degré de supériorité : car celui qui a un supérieur ne peut être suprême et souverain » ; C. LOYSEAU, Traité des seigneuries, Paris, L'Angelier, 1608, p. 25-26.

7- (7) *Ibid.*, p. 25.

8- (8) T. HOBBS, Le citoyen ou les fondements de la politique, Paris, G.-F. Flammarion, 1982, p. 219 : « C'est une opinion séditieuse d'estimer que la puissance souveraine peut être partagée ». Et T. HOBBS, Léviathan, Paris, Sirey, 1983, p. 184 : « Il appartient de droit à tout homme ou assemblée investis de la souveraineté, d'être juge à la fois des moyens nécessaires à la paix et à la défense, et aussi de ce qui les gêne ou trouble, et de faire tout ce qu'il juge nécessaire de faire ». Enfin, il est expressément question page 190 d'un « pouvoir illimité » : « so unlimited a power » dans la version anglaise ; T. HOBBS, Leviathan, Oxford, University Press, 1998, p. 122.

9- (9) J.-J. ROUSSEAU, Du contrat social, liv. III, chap. XVI, in Du contrat social. Écrits politiques, Paris, Gallimard-Bibliothèque de la Pléiade, 1964, p. 432 : « L'autorité suprême ne peut pas plus se modifier que s'aliéner ; la limiter, c'est la détruire. Il est absurde et contradictoire que le souverain se donne un supérieur ; s'obliger d'obéir à un maître c'est se remettre en pleine liberté ». V. également la septième lettre écrite sur la montagne : « Dans tout État politique, il faut une Puissance suprême, un centre où tout se rapporte, un principe d'où tout dérive, un Souverain qui puisse tout » ; *ibid.*, p. 823-824. Et plus loin : « Il est de l'essence de la Puissance Souveraine de ne pouvoir être limitée : elle peut tout ou elle n'est rien » ; *ibid.*, p. 826.

10- (10) I. KANT, Doctrine du droit, Paris, Vrin, 1988, p. 202 : « Celui qui veut limiter la puissance de l'État doit avoir plus ou à tout le moins autant de force que celui qui sera limité ; mais il lui faudrait aussi comme un maître légitime qui, commandant aux sujets de résister, puisse aussi les protéger, ainsi que juger légalement en chaque cas qui se présente, c'est-à-dire qui puisse ordonner publiquement la résistance. Mais dès lors ce n'est plus celui auquel on peut résister qui est le souverain, mais bien celui qui commande la résistance ; ce qui est contradictoire ».

11- (11) BODIN, *op. cit.*, p. 85.

12- (12) LOYSEAU, *op. cit.*, p. 25 : « La Souveraineté est la forme, qui donne l'être à l'État, voire même l'État et la Souveraineté prise in concreto sont synonymes ».

13- (13) Au sens propre d'ἀναρχία : société sans chef, sans pouvoir supérieur.

14- (14) V. C. SCHMITT, Théorie de la constitution, Paris, PUF, 1993, p. 519 : « C'est [...] une caractéristique de l'essence

de la fédération que la question de la souveraineté reste pendante (offen) entre fédération et États membres tant que la fédération en tant que telle coexiste avec les États membres en tant que tels ». V. également G. Heraud, « Un anti-étatisme : le fédéralisme intégral », Archives de philosophie du droit, t. 21, 1976, p. 167-180. Et pour un renouvellement de cette approche, v. O. Beaud, « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », cette Revue 1998, p. 83-122 ; E. Maulin, « L'ordre juridique fédéral. L'État fédéral authentique », Droits, n° 35, 2002, p. 41-62.

15- (15) Ce que les Canadiens appellent le « rapatriement de la constitution » est imposé aux provinces grâce à la décision de la Cour suprême du 6 décembre 1982 qui, contre toute logique, conclut que l'exigence constitutionnelle d'unanimité des provinces n'existe pas. L'état du droit constitutionnel canadien est pourtant clair sur la question, jusque dans les écrits fédéraux et notamment le Livre blanc publié en 1965 sous l'autorité du ministre fédéral de la Justice. Intitulé « Modification de la Constitution du Canada », on y trouve consignée très clairement l'exigence d'unanimité des provinces : « D'aucuns pourraient soutenir que la règle de l'unanimité est trop rigide pour être appliquée à la répartition des pouvoirs législatifs, mais cette répartition est le fondement même de la fédération canadienne. [...] Il faut y voir la preuve du fait fondamental de l'histoire constitutionnelle canadienne : aucune modification de la Constitution ne peut déposséder les provinces de leurs pouvoirs législatifs sans qu'elles n'y consentent » (p. 48).

16- (16) Ce qu'illustre pour beaucoup l'expression de « fédération d'États-nations » qui a fait florès au début du débat sur l'avenir constitutionnel de l'Europe. Dans la droite ligne du fédéralisme binaire, cette expression semblait signifier à la fois la création d'un État fédéral et le maintien des États-nations.

17- (17) SCHMITT, op. cit., p. 525 : « Du fait de cette homogénéité substantielle, le cas de conflit décisif entre la fédération et ses États membres ne peut pas se présenter, si bien que ni la fédération face à l'État membre, ni l'État membre face à la fédération ne jouent le rôle du souverain. L'existence de la fédération repose entièrement sur l'exclusion de cette éventualité de conflit par les faits eux-mêmes. [...] Là où l'homogénéité existe, une fédération est juridiquement et politiquement possible, et l'homogénéité substantielle est la condition préalable primordiale de chaque article de la constitution ».

18- (18) L'expression « souverainiste » telle qu'elle est utilisée ici n'a bien entendu rien à voir avec le sens qui lui est donné par ceux qui s'opposent à une trop forte intégration européenne en se méprenant totalement sur ce qu'est la souveraineté. Rappelons d'ailleurs que la paternité de l'expression « souverainiste » revient aux indépendantistes québécois qui, bien plus rigoureux sur le plan juridique, ont toujours admis la compatibilité d'une éventuelle souveraineté du Québec avec une intégration au sein d'une union canadienne inspirée du modèle européen.

19- (19) « Il faut que les marques de souveraineté soient telles qu'elles ne puissent convenir qu'au Prince souverain ; autrement si elles sont communicables aux sujets, on ne peut dire que ce soient marques de souveraineté. Car tout ainsi qu'une couronne perd son nom si elle est ouverte, ou qu'on arrache les fleurons, aussi la majesté souveraine perd sa grandeur si on y fait ouverture » ; BODIN, op. cit., p. 149.

20- (20) Ibid., p. 147-174.

21- (21) « C'est donc la puissance absolue, qui est la différence spécifique, et la vraie marque pour distinguer les seigneuries souveraines, d'avec celles qui ne le sont pas. Car les autres marques de souveraineté rapportées par Bodin au chapitre 10 de son premier livre sont plutôt droits et dépendances, que marques spécifiques et certaines ; et quiconque voudrait mirer et reconnaître la souveraineté par chacune d'elles, se méprendrait souventesfois. Mais on ne peut jamais errer en cette règle, que quiconque a la puissance et commandement souverain, a la souveraineté, et quiconque ne l'a, n'est pas Prince souverain » ; LOYSEAU, op. cit., p. 26.

22- (22) « En fin, le Roi Français par Édité général a révoqué toutes ces usurpations et cassé ces Privilèges. Et à bon droit : car les droits de souveraineté ne sont ni prescriptibles par les sujets, ni communicables à eux » ; ibid., p. 60-61.

23- (23) Peu connu, Hugo Heinrich Albin Böhlau, [1833-1887] a publié deux importants ouvrages de droit criminel, Der Kriminalprozess Rose und Rosal en 1859 et Der mecklenb Kriminalprozess en 1867. Pour une notice biographique, v. E. BEKKER, « Hugo Böhlau (1833-1887) », in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte-Germanistische Abteilung, t. 8, 1887, p. 1-31. Nous remercions Peter Pecho, Martin Kuijlaars et Patricia Sondhi pour leur aide dans la traduction et la compréhension des textes allemands et néerlandais.

24- (24) Preuve que la sémantique est parfois en retard sur les concepts, l'expression Kompetenz-Kompetenz est absent des débats constitutionnels. On y utilise souvent l'expression « Kompetenzabgrenzung » ; v. not. la déclaration du représentant Miquel en date du 21 mars 1867 ; Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Riechstages des Norddeutschen Bundes im Jahre 1867, p. 316.

25- (25) H. BÖHLAU, Kompetenz-Kompetenz, Leipzig, Veit, 1869, 79 p. Le terme est également repris dans la presse dès 1869. V. les éditoriaux du Neue Preussische Zeitung consacrés à « Die Kompetenz-Erweiterung des Norddeutschen Bundes » : « Denn Art. 78 spricht deutlich dem Bunde die Kompetenz-Kompetenz zu » ; Neue Preussische Zeitung, 13 et 14 août 1869, p. 1.

26- (26) H. BÖHLAU, Replik zur Kompetenz-Kompetenz, Weimar, Böhlau, 1870, 67 p. Les autres écrits de circonstance sur la question sont : H. SCHULZE, Einleitung in das deutsche Staatsrecht, Leipzig, 1869 ; H.-A. ZACHARIA, Die Verfassungsänderung nach Artikel 78 der norddeutschen Bundesverfassung, Braunschweig, 1869 ;

(anonyme), Die Kompetenz des norddeutschen Bundes aus Artikel 78 der Bundesverfassung, Berlin, 1870.

[27-](#) (27) L'art. 78 permet en effet une modification de la Constitution par une décision à la majorité des deux tiers du Bundesrat et donc sans l'accord unanime des États fédérés. Leur volonté particulière n'est donc plus décisive et ne peut empêcher une éventuelle extension des compétences fédérales au détriment de leur autonomie juridique. Texte original de l'art. 78 de la Constitution du 16 avril 1867 (Allgemeine Bestimmung) : « Veränderungen der Verfassung erfolgen im Wege der Gesetzgebung, jedoch ist zu denselben im Bundesrathe eine Mehrheit von zwei Dritteln der vertretenen Stimmen erforderlich ».

[28-](#) (28) G. MEYER, Staatsrechtliche Erörterungen über die deutsche Reichsverfassung, Leipzig, 1872, spéc. p. 74-76. A. HÄNEL, Studien zum Deutschen Staatsrechte, vol. 1, Leipzig, Haessel, 1873, p. 149 : « In dieser Rechtsmacht des Staates über seine Kompetenz liegt die oberste der Selbstgenugsamkeit, der Kernpunkt seiner Souveränität » (« Dans le droit de l'État à déterminer sa compétence réside la condition la plus haute de son existence propre et indépendante, le point essentiel de sa souveraineté »). L'expression proprement dite de « Kompetenz-Kompetenz » est utilisée dans la note 32 en page 151.

[29-](#) (29) P. ZORN, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, vol. 1, Berlin & Leipzig, 1880, p. 57 : « Die ganze Frage der "Kompetenz-Kompetenz", welche anfangs im Parlament und der Literatur so lebhaft mußtritten wurde, ist heute längst feine Frage mehr ».

[30-](#) (30) G. LIEBE, Staatsrechtliche Studien, Leipzig, Ross'bergschen Buchhandlung, 1880, p. 31 (« Ohne Kompetenz-Kompetenz giebt es keine Souveränität, ohne diese nicht jene. Souveränität und Kompetenz-Kompetenz bedingen sich gegenseitig » (« Sans compétence de la compétence il n'y a point de souveraineté. Souveraineté et compétence de la compétence sont indissociables »).

[31-](#) (31) G. Jellinek utilise l'expression « kompetenz-kompetenz » dans Gesetz und Verordnung, Fribourg, Mohr, 1887, note 10, p. 197-198, mais sa propre conception de la souveraineté évoluera à mesure que se développe en Allemagne le débat constitutionnel sur la possibilité d'États non souverains. Cf. Lehre von den Staatenverbindungen, Berlin, Haering, 1882, et, publié en français, G. JELLINEK, L'État moderne et son droit, spéc. vol. 2, Paris, Giard & Brière, 1913.

[32-](#) (32) P. LABAND, Le droit public de l'Empire allemand, vol. 1, Paris, Girard & Brière, 1900, p. 111 : « La détermination de sa propre compétence, ce qu'on a appelé la "compétence de la compétence", est le critérium propre et essentiel de la souveraineté ». Cf. P. LABAND, « Der Begriff der Sonderrechte nach Deutschem Reichsrecht », in G. HIRTH, Annalen des Deutschen Reichs, Leipzig, Verlag von Hirth, 1874, p. 1487-1524.

[33-](#) (33) C. BAKE, Beschouwingen over den Statenbond en den bondsstaat, Amsterdam, Metzler & Basting, 1881, p. 156 : « Indien men het onderscheid tusschen den statenbond en den bondsstaat gelegen acht, dat bij den eerste de leden en bij den laatste het geheel soeverein is (d. i. de "Kompetenz-Kompetenz" bezit) _ dan moet men ook beginnen met te onderzoeken, wie, door verandering der bondsakte of staatsregeling, zijne rechten kan uitbreiden. [...] Is de herziening het werk van het geheel, dan bepaalt het geheel zijn eigen bevoegdheden en is er dus een Staat ; is de herziening het werk der deelen, dan berust de "Kompetenz-Kompetenz" bij de deelen, en is er dus een Statenbund » (« Si l'on pose comme différence entre la Confédération et l'État fédéral le fait que la souveraineté (i.e. la "Kompetenz-Kompetenz") relève des membres dans le premier cas tandis qu'elle appartient à l'ensemble dans le second, alors on doit aussi se demander qui, par le changement de la Constitution, peut accroître ses droits en révisant la Constitution. [...] Si la modification est l'oeuvre de l'ensemble, alors l'ensemble détermine ses propres compétences, et il y a donc un État ; si la modification est l'oeuvre des membres, alors la "Kompetenz-Kompetenz" est entre les mains des membres et il y a donc une association d'États »).

[34-](#) (34) E. BOREL, Étude sur la souveraineté et l'État fédératif, Berne, Staempfli, 1886, p. 38-39 : « La "compétence de la compétence" accompagne nécessairement la souveraineté, elle en est inséparable. À ce point de vue, rien ne s'oppose à ce qu'elle en soit le critère sûr et scientifiquement juste ».

[35-](#) (35) L. LE FUR, État confédéral et confédération d'États, Paris, Librairie générale de jurisprudence, 2000 (réédition de 1896), p. 729 : « Donc, toute union fédérative où le pouvoir central possède le droit de déterminer sa propre compétence vis-à-vis de ses membres constitue un État fédéral ; toute celle où les États particuliers ont conservé la "compétence de la compétence" est une confédération d'États ». Dans le cadre de sa perception substantialiste du droit, Louis Le Fur ne considère pas pour autant la souveraineté comme une puissance absolue en raison de limites posées par ce qu'il appelle _ sans pouvoir en fixer le contenu _ le « principe supérieur du droit » : « La souveraineté est la qualité en vertu de laquelle la forme d'organisation humaine la plus élevée, l'État, possède, absolument, l'indépendance vis-à-vis de tout autre pouvoir humain, et relativement, dans toute l'étendue d'un territoire déterminé, le droit de commander à toute personne physique ou morale qui se trouve sur ce territoire ; d'où résulte pour lui le droit de fixer librement sa propre compétence par rapport à ces personnes, dans les limites du principe supérieur du droit » ; *ibid.*, p. 492.

[36-](#) (36) À l'exception évidemment des fédérations binaires, v. supra I. A. 2. Mais, une fois encore, on peut douter de la viabilité d'un système constitutionnel fondé sur une logique anarchique.

[37-](#) (37) L'assemblée des États européens prévue à Venise par Éméry CRUCÉ dans le Nouveau Cynée (1623) ; le « Conseil très chrétien » du duc de Sully dans les Sages et royales oeconomies d'estat, domestiques, politiques et militaires de Henry le Grand (1638) ; le Sénat européen d'Utrecht où siègeraient 24 représentants selon le Projet

pour rendre la paix perpétuelle en Europe de l'Abbé de Saint-Pierre (1712), etc.

[38](#) - (38) Ce qui n'empêche pas les polémiques sur la portée de ces résolutions à caractère législatif du Conseil de sécurité. Cf. récemment la résolution 1540 du 28 avril 2004 ordonnant l'adoption de certaines mesures de lutte contre la prolifération, ou encore la résolution 1373 du 28 septembre 2001 imposant certaines formes de répression du terrorisme, ainsi que le mécanisme de suivi mis en place par la résolution 1535 du 26 mars 2004.

[39](#) - (39) P. LABAND, *Le droit public de l'Empire allemand*, vol. 1, op. cit., p. 111. Et plus loin : « Dans l'ensemble d'idées soumis ici à la discussion "puissance souveraine" signifie "puissance première", "suprême". La qualité de "souveraine" n'exprime donc pas positivement quels droits contient en soi une puissance, elle marque seulement, de façon négative, que la puissance souveraine n'a au-dessus d'elle-même aucune puissance qui ait le droit de lui donner des ordres l'obligeant juridiquement. Cela revient à dire que la souveraineté est une qualité d'un caractère absolu qui n'admet ni augmentation ni diminution, qui est ou n'est pas. Une personnalité peut, dans un grand et vaste cercle de buts pratiques, être maîtresse et ne dépendre que de sa libre volonté, elle n'est cependant pas souveraine si, soumise en un point quelconque à une volonté étrangère, subordonnée à l'autorité d'une autre personnalité, elle est tenue en droit d'obéir à ses ordres. Il n'y a pas de demi-souveraineté, pas de souveraineté partagée, diminuée, dépendante, relative, il n'y a que souveraineté ou non-souveraineté » ; *ibid.*, p. 124-125.

[40](#) - (40) Pour reprendre les termes de Carré de Malberg dans le célèbre passage qui présente les trois « significations principales » du terme souveraineté ; R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, vol. I, § 30, p. 79. Mais on ne peut citer le maître alsacien sans évoquer sa volte-face finale et rappeler qu'au terme de sa carrière, il est très clairement revenu à une conception hiérarchique, ou souverainiste, de l'ordre juridique interne. Rompant avec la logique qui est celle de la Contribution, il finit par dénoncer l'incohérence de toutes les constitutions françaises _ à l'exception de celle de l'an I _ qui combinent puissance illimitée du parlement et souveraineté théorique de la volonté populaire ; v. R. Carré de Malberg, « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *cette Revue* 1931, p. 225-244.

[41](#) - (41) À cet égard, on ne peut que regretter la jurisprudence ultra-formaliste du Conseil constitutionnel. Contrairement aux apparences, cette jurisprudence ne consacre pas une approche substantialiste de la souveraineté puisqu'en vérifiant qu'un acte ne porte pas atteinte aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » et en décidant le cas échéant que l'autorisation de ratifier « ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution », le Conseil se borne à rechercher ce qui contredit la constitution en l'état et suppose que toute atteinte peut être effacée par une révision constitutionnelle. Ainsi, au lieu de placer la souveraineté à proprement parler hors d'atteinte et d'exclure certaines modifications afin de préserver celles qui sont les conditions essentielles de la souveraineté nationale, le Conseil constitutionnel semble n'exclure aucune révision. Pourtant, on aurait pu s'attendre à ce qu'il identifia la borne du pouvoir de détermination des compétences ou, à tout le moins, qu'il précisa que le respect de la souveraineté et, partant, de l'État et de l'ordre juridique français suppose qu'on ne transfère pas la compétence de la compétence. Peut-on imaginer par exemple que le Conseil constitutionnel accepte qu'un organe international dispose d'un droit de révision ou d'abrogation de la Constitution à la seule condition d'une révision préalable en ce sens ? Et, le cas échéant, qui serait compétent pour une telle modification ? Le Parlement réuni en Congrès à Versailles pourrait-il décider un anéantissement de la souveraineté ou, en termes plus positifs et réalistes, un renoncement à la souveraineté nationale pour former une nouvelle entité souveraine à l'échelle européenne ? Cette perspective mériterait tout autant d'être explicitée par le juge constitutionnel. V. not. les décisions du Conseil des 9 avril 1992 et 31 décembre 1997.

[42](#) - (42) Quelle que soit son ampleur, l'autolimitation est évidemment largement pratiquée tant au niveau international qu'interne et ce pour des raisons de bonne politique. C'est pourquoi, bien entendu, l'absolutisme juridique que présuppose la souveraineté ne doit pas être confondu avec l'absolutisme politique d'une souveraineté d'exercice, d'ailleurs pratiquement disparu aujourd'hui.

[43](#) - (43) Ainsi qu'en témoigne l'art. 88-1 de la Constitution française du 4 octobre 1958 : « La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences » (nous soulignons).

[44](#) - (44) Selon les termes du préambule du Traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne.

[45](#) - (45) Lors du débat parlementaire français sur la ratification des traités de 1957, il a bien été demandé que le gouvernement français négocie l'introduction d'une clause de résiliation, mais avec d'autant moins de succès que le Bundestag s'était déjà prononcé sur la ratification. À ce sujet, v. JORF, *Débats parlementaires* _ Assemblée nationale, *Compte-rendu des séances*, avril-juillet 1957, p. 3355-3356.

[46](#) - (46) Art. 97 du Traité de Paris du 18 avril 1951. Le traité est entré en vigueur le 23 juillet 1952 et a expiré le 23 juillet 2002. Ceux qui défendent l'interdiction du retrait pour les traités à durée illimitée n'ont cependant jamais affirmé qu'il était possible, a contrario, de dénoncer le traité portant création de la CECA.

[47](#) - (47) Sans contradiction possible entre les différentes versions linguistiques : « This Treaty is concluded for an unlimited period » dans la version anglaise, « Dieser Vertrag gilt auf unbegrenzte Zeit » dans la version allemande, « Il presente trattato è concluso per una durata illimitata » dans la version italienne ; « El presente Tratado se

concluye por un período de tiempo ilimitado » dans la version espagnole. Cet énoncé était au départ celui de l'article 240 du Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne.

48 - (48) La durée illimitée est prévue à l'art. 15 § 1 : « This Treaty shall be of unlimited duration ». Tandis que l'art. 15, § 2 dispose : « Each Party shall, in exercising its national sovereignty, have the right to withdraw from this Treaty if it decides that extraordinary events related to the subject matter of this Treaty have jeopardized its supreme interests. It shall give notice of its decision to the other Party six months prior to withdrawal from the Treaty. Such notice shall include a statement of the extraordinary events the notifying Party regards as having jeopardized its supreme interests ».

49 - (49) Selon la note diplomatique de dénonciation : « Since the Treaty entered into force in 1972, a number of state and non-state entities have acquired or are actively seeking to acquire weapons of mass destruction. It is clear, and has recently been demonstrated, that some of these entities are prepared to employ these weapons against the United States. [...] Pursuant to Article XV, paragraph 2, the United States has decided that extraordinary events related to the subject matter of the Treaty have jeopardized its supreme interests. Therefore, in the exercise of the right to withdraw from the Treaty provided in Article XV, paragraph 2, the United States hereby gives notice of its withdrawal from the Treaty. In accordance with the terms of the Treaty, withdrawal will be effective six months from the date of this notice ».

50 - (50) Art. 15 de la Convention de Montevideo du 26 décembre 1933 : « The present Convention shall remain in force indefinitely but may be denounced by means of one year's notice given to the Pan American Union, which shall transmit it to the other signatory governments. After the expiration of this period the Convention shall cease in its effects as regards the party which denounces but shall remain in effect for the remaining High Contracting Parties ».

51 - (51) Le Traité de non-prolifération nucléaire a été conclu le 1^{er} juillet 1968 pour une durée initiale de 25 ans avec un droit de retrait des États parties (art. X). En 1995, il a été renouvelé pour une durée illimitée tout en conservant le droit de retrait.

52 - (52) Art. 143 de la Charte de Bogota du 30 avril 1948 : « Cette Charte restera en vigueur indéfiniment, mais pourra être dénoncée par n'importe quel État membre au moyen d'une déclaration écrite adressée au Secrétariat général, qui, dans chaque cas, fera part aux autres États de la dénonciation reçue. Deux ans après la date de réception d'un avis de dénonciation, les effets de la présente Charte prendront fin pour l'État qui l'aura dénoncée et celui-ci cessera d'être lié à l'Organisation après avoir rempli toutes les obligations découlant de la présente Charte ».

53 - (53) Art. I-60, § 1 : « Tout État membre peut décider, conformément à ses règles constitutionnelles, de se retirer de l'Union ». Art. IV-446 : « Le présent traité est conclu pour une durée illimitée ».

54 - (54) Alors que certains glosent encore sur les implications d'un traité affirmant établir « une Constitution pour l'Europe », soulignons ce terme de « Constitution » choisi pour le traité constitutif de l'Organisation internationale du Travail, preuve supplémentaire que le droit international n'est pas nominaliste en matière de dénomination des traités et que l'on ne saurait déduire la nature juridique de l'entité créée à partir de son nom.

55 - (55) Art 1, § 5 de la Constitution dès sa version originaire du 11 avril 1919 : « Aucun Membre de l'Organisation internationale du Travail ne pourra s'en retirer sans avoir donné préavis de son intention au Directeur général du Bureau international du Travail. Ce préavis portera effet deux ans après la date de sa réception par le Directeur général, sous réserve que le Membre ait à cette date rempli toutes les obligations financières résultant de sa qualité de Membre. Lorsqu'un Membre aura ratifié une convention internationale du travail, ce retrait n'affectera pas la validité, pour la période prévue par la convention, des obligations résultant de la convention ou y relatives ».

56 - (56) Art. 15, § 1 de l'Accord du 15 avril 1994 : « Tout Membre pourra se retirer du présent accord. Ce retrait vaudra à la fois pour le présent accord et pour les Accords commerciaux multilatéraux et prendra effet à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date à laquelle le Directeur général de l'OMC en aura reçu notification par écrit ».

57 - (57) Art. 2, § 6 de l'Acte constitutif du 16 novembre 1945 : « Tout État membre ou Membre associé de l'Organisation peut se retirer de l'Organisation après avis adressé au Directeur général. Le retrait prend effet au 31 décembre de l'année suivant celle au cours de laquelle l'avis a été donné. Il ne modifie en rien les obligations financières de l'État intéressé envers l'Organisation à la date à laquelle le retrait prend effet. En cas de retrait d'un Membre associé, l'avis est donné en son nom par l'État membre ou l'autorité, quelle qu'elle soit, qui assume la responsabilité de ses relations internationales ». Sur la base de cet article, les États-Unis se sont retirés de 1984 à 2003, le Royaume-Uni de 1986 à 1997, tandis que Singapour qui s'est également retiré en 1986 n'a toujours pas réintégré l'organisation.

58 - (58) Art. 13 du Traité du 4 avril 1949 : « Après que le Traité aura été en vigueur pendant vingt ans, toute partie pourra mettre fin au Traité en ce qui la concerne un an après avoir avisé de sa dénonciation le gouvernement des États-Unis d'Amérique, qui informera les gouvernements des autres parties du dépôt de chaque instrument de dénonciation ».

59 - (59) Arrêt Costa c. ENEL du 15 juillet 1964. Sur l'impossibilité de tout mécanisme de caducité, v. également l'arrêt Commission c. Royaume-Uni du 5 mai 1981, § 19-21.

60 - (60) Ordonnance San Michele c. Haute Autorité du 22 juin 1965.

[61-](#) [62-](#) (62) Notamment dans le cas de l'interprétation par le Conseil constitutionnel de l'absence de clause de retrait dans la Convention d'application de l'Accord de Schengen. Confronté à un moyen prétendant que l'absence de clause de dénonciation équivaut à un abandon de souveraineté, le Conseil se fonde pour le rejeter sur l'existence de procédures de modification et d'introduction en droit interne : « Considérant que les auteurs de la saisine font observer que la convention ne prévoit pas de possibilité expresse de dénonciation » ; qu'il en résulte selon eux un abandon de souveraineté ; Considérant que, dans son article 140, la convention subordonne à l'accord de chacune des Parties contractantes l'adhésion de tout État membre des communautés européennes ; que l'article 141 stipule, dans son paragraphe 2, que » les Parties contractantes arrêtent d'un commun accord les modifications à la présente convention ; « que l'article 142 règle l'hypothèse où les dispositions de la convention peuvent être remplacées ou modifiées en fonction des conventions conclues entre les États membres des communautés européennes en vue de la réalisation d'un espace sans frontières intérieures ; que, dans chaque cas, est réservée l'exigence d'une ratification, d'une approbation ou d'une acceptation ; Considérant qu'au regard des procédures de modification ainsi prévues, sur une base de réciprocité, dans le respect des règles du droit national relatives à l'introduction des traités dans l'ordre interne, l'absence de référence à une clause de retrait ne saurait constituer en elle-même un abandon de souveraineté » ; décision du Conseil constitutionnel en date du 25 juillet 1991. En 2004, le Conseil estime toutefois, à propos du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, que ses modalités d'entrée en vigueur et de révision ainsi que « la possibilité de le dénoncer » sont des éléments qui permettent de conclure « qu'il conserve le caractère d'un traité international ; décision du 19 novembre 2004, § 9.

[63-](#) (63) Le meilleur exemple est assurément l'Organisation des Nations unies. Alors qu'il n'y a aucune clause de retrait dans la Charte des Nations unies, celui-ci est néanmoins admis. Comme l'explique le comité compétent lors de la Conférence de San Francisco : « Le Comité est d'avis qu'il n'y a pas lieu d'introduire dans la charte une disposition expresse permettant ou interdisant le retrait des membres de l'Organisation. Le Comité considère que le devoir le plus élevé des nations qui deviendront membres de l'Organisation est de collaborer d'une façon continue dans cette Organisation au maintien de la paix et de la sécurité universelles. Si toutefois un membre de l'Organisation s'estime contraint, en raisons de circonstances exceptionnelles, de se retirer et de laisser aux autres membres la tâche de maintenir la paix et la sécurité internationales, l'Organisation n'entend pas obliger ce membre à continuer sa collaboration dans l'Organisation » ; Doc. des Nations unies _ Conférence des Nations unies sur l'Organisation internationale, n° 1160, I/2/76 (1).

[64-](#) (64) Doc. des Nations unies _ Annuaire CDI, 1966, vol. II, 2^e partie, Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 17^e session, p. 273.

[65-](#) (65) Ibid.

[66-](#) (66) On peut regretter que la Cour internationale de Justice n'ait pas, en 1980, saisi l'occasion qu'elle avait de préciser la portée de ce principe, se contentant d'affirmer à propos de l'art. 56, § 2 prévoyant un préavis de 12 mois avant dénonciation : « Il est clair que ces dispositions supposent elles aussi une obligation d'agir de bonne foi et de tenir raisonnablement compte des intérêts de l'autre partie au traité » ; avis consultatif Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte de la Cour internationale de Justice en date du 20 décembre 1980, § 47.

[67-](#) (67) JORF, Débats parlementaires _ Conseil de la République, Compte-rendu des séances, avril-juillet 1957, p. 1634.

[68-](#) (68) Ibid., p. 1635.

[69-](#) (69) V. not. la déclaration du ministre des Affaires étrangères, Christian Pineau, devant le Conseil de la République le 19 juillet 1957 (2^e séance) : « En droit pur, terrain sur lequel je me place en ce moment, le fait qu'un autre État, à savoir l'Allemagne réunifiée, se proposerait pour remplacer le signataire du traité [la RFA] n'empêcherait pas que l'un quelconque des cinq autres pays pût invoquer ce fait pour se retirer des communautés » ; JORF, Débats parlementaires _ Assemblée nationale, Compte-rendu des séances, juillet-août 1957, p. 3372. Et lors de la séance suivante : « J'ai déjà eu l'occasion cet après-midi de préciser qu'à notre avis, le Gouvernement français et ses quatre autres partenaires avaient les mêmes droits que la République fédérale en cas de réunification de l'Allemagne. Autrement dit, si l'Allemagne se trouvait avoir, à la suite du traité de réunification, dont nous ne pouvons pas savoir ce qu'il sera, le droit de quitter la communauté, il est évident que la France devrait avoir le même droit. Cela, je puis le garantir » ; ibid., p. 3409.

[70-](#) (70) Ainsi pour Michel Debré : « En vertu d'une doctrine constante, l'Allemagne occidentale ne peut lier l'Allemagne réunifiée, et c'est à ce titre que notre partenaire actuel peut reprendre sa liberté. La nôtre ? Elle est liée à la liberté de l'Allemagne. Les deux traités sont éternels et seule l'Allemagne peut s'en sortir par un acte de sa volonté car l'acte de volonté que pourrait faire la France est lié d'abord à un acte de volonté de l'Allemagne. Ainsi, en toute hypothèse et même dans la thèse de M. le secrétaire d'État, il n'y a pas réciprocité » ; JORF, Débats parlementaires _ Conseil de la République, Compte-rendu des séances, avril-juillet 1957, p. 1635.

[71-](#) (71) Sur la sortie politique, v. not. Valéry Giscard d'Estaing qui considère qu'en l'absence d'un changement de politique, la crise économique produira une crise politique et l'alternance parlementaire entraînera « la sortie politique du marché commun ». Et il ajoute : « C'est une hypothèse que l'on ne peut pas envisager sans une grande appréhension ». Je sais que certains vont jusqu'à dire : « Cela n'a pas grande importance. Ratifions aujourd'hui, nous

risquons de sortir du marché ». Mais, n'ayons pas d'illusions. Si nous sortons du marché commun, nous en sortirons humiliés, diminués, discrédités ; JORF, Débats parlementaires _ Assemblée nationale, Compte-rendu des séances, juillet-août 1957, p. 3252. Notons également qu'afin de se préserver d'une intégration menaçant l'État français, le Conseil de la République accompagne son autorisation de ratification d'une motion « considérant que les traités de la Communauté économique européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique ne sauraient, en aucun cas, s'interpréter comme susceptibles de porter atteinte à la souveraineté nationale et à la personnalité internationale de la France » ; motion adoptée le 23 juillet 1957 sans que le ministre des Affaires étrangères s'y oppose ; JORF, Débats parlementaires _ Conseil de la République, Compte-rendu des séances, avril-juillet 1957, p. 1755.

[72-](#) (72) En ce qui concerne le droit de retrait limité à l'hypothèse de réunification allemande, force est de constater aujourd'hui qu'il aurait été difficile de l'invoquer puisque les retrouvailles allemandes ont pris la forme d'une absorption de la RDA par la RFA. La personnalité juridique de cette dernière n'a donc pas été substantiellement modifiée et c'est le même État, certes agrandi, qui est demeuré membre de l'Union européenne au prix de quelques adaptations (not. l'augmentation du nombre de sièges au Parlement européen).

[73-](#) (73) Même si certains écrits et discours ultérieurs de responsables politiques semblent impliquer la possibilité de se retirer. V. not. les prises de position du premier président de la V^e République qui a clairement envisagé de « liquider » l'Europe communautaire si les préoccupations françaises en matière agricole n'y étaient pas mieux prises en compte : « Il faut dire qu'à cet égard l'esprit et les termes du traité de Rome ne répondent pas à ce qui est nécessaire à notre pays. Autant les dispositions qui concernent l'industrie y sont précises et explicites, autant sont vagues celles qui évoquent l'agriculture. Cela tient, apparemment, à ce que nos négociateurs de 1957, emportés par le rêve d'une Europe supranationale et voulant conclure à tout prix quelque chose qui s'en approchât, n'ont pas cru devoir exiger qu'un intérêt français, essentiel pourtant, reçût satisfaction au départ. Il faudra donc soit l'obtenir en cours de route, soit liquider le Marché commun » ; C. DE GAULLE, Mémoires, Paris, Gallimard-Bibliothèque de la Pléiade, 2000, p. 1040.

[74-](#) (74) Traduction in Revue universelle des droits l'homme, 1993, n° 7-8, p. 290. In extenso en version originale : « Deutschland ist einer der » Herren der Verträge, « die ihre Gebundenheit an den » auf unbegrenzte Zeit « geschlossenen Unions-Vertrag (Art. Q EUV) mit dem Willen zur langfristigen Mitgliedschaft begründet haben, diese Zugehörigkeit aber letztlich durch einen gegenläufigen Akt auch wieder aufheben könnten » ; BVerfGE 89/155, 12 octobre 1993, § 112.

[75-](#) (75) Dans la traduction proposée par Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 15, 2003. In extenso en version originale : « Die Aufgaben der Europäischen Union und die zu ihrer Wahrnehmung eingeräumten Befugnisse werden dadurch in einer hinreichend voraussehbaren Weise normiert, da das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung eingehalten, keine Kompetenz-Kompetenz für die Europäische Union begründet und die Inanspruchnahme weiterer Aufgaben und Befugnisse durch Europäische Union und Europäische Gemeinschaften von Vertragsergänzungen und Vertragsänderungen abhängig gemacht, mithin der zustimmenden Entscheidung der nationalen Parlamente vorbehalten wird » ; BVerfGE 89/155, 12 octobre 1993, § 90.

[76-](#) (76) Nombreuses sont d'ailleurs les déclarations officielles qui confirment cette conviction que le retrait britannique peut être décidée par le Royaume-Uni à l'occasion du référendum. Dès le 1^{er} avril 1974, le ministre britannique des Affaires étrangères, James Callaghan, affirme lors de la réunion du Conseil des ministres de l'Europe communautaire que « le gouvernement travailliste est opposé à la participation de la Grande-Bretagne à la Communauté dans les conditions négociées au moment de [l']adhésion en janvier 1973 » ; in Bulletin CE, mars 1974, p. 16. Devant la Chambre des Communes, le 18 mars 1975, le premier ministre Harold Wilson annonce que son gouvernement souhaite désormais le maintien mais s'en remet clairement à la décision du peuple : « Her Majesty's Government have decided to recommend to the British people to vote for staying in the Community. [...] the case will then rest for the people to decide » ; in Membership of the European Community, Londres, Her Majesty's Stationary Office, mars 1975, n° 5999, p. 3 & 11. De même, le rapport sur la renégociation présenté par le premier ministre en mars 1975 conclut : « If our membership of the Community is confirmed, the Government will be ready to play a full part in developing a new and wider Europe. The decision is now for the British people. The Government will accept their verdict » ; Report on Renegotiation _ Membership of the European Community, Londres, Her Majesty's Stationary office, 1975, § 153, p. 45. Et le premier ministre britannique déclare devant les Communes à la suite du référendum, le 9 juin 1975 : « [L]e peuple britannique a décidé par un vote de demeurer dans la Communauté européenne » ; in Problèmes politiques et sociaux _ Articles et documents d'actualité mondiale, n° 265, Paris, La Documentation Française, 22 août 1975, p. 38.

[77-](#) (77) V. not. la déclaration du ministre français des Affaires étrangères, Michel Jobert, à l'issue du Conseil des ministres du 1^{er} avril 1974 : « M. Callaghan nous dit qu'il nous présentera des propositions sur les changements qu'il estime nécessaires si l'on veut que la Grande-Bretagne reste membre de la Communauté et participe pleinement au développement de la coopération européenne. Il nous invite en quelque sorte à faire les premiers pas et à dire d'entrée de jeu le prix que nous serions disposés à payer pour maintenir la Grande-Bretagne dans le Marché commun. Nous avons accepté de payer son entrée de son juste prix. Nous ne voyons pas la nécessité de payer un prix supplémentaire pour son maintien » ; in La politique étrangère de la France, 1^{er} semestre 1974, p. 116. V.

également le TD diplomatique de l'ambassade de France à Londres relatant ainsi la rencontre entre le ministre français de l'Intérieur, Michel Poniatowski, et le Premier ministre britannique en mars 1975 : « La campagne de référendum sera suivie à Paris avec attention, car l'on avait le plus grand désir que la Grande-Bretagne demeurât dans la Communauté » ; Doc. Affaires étrangères, TD diplomatique de Londres n° 862-67, 25 mars 1975.

[78-](#) (78) V. spéc. la note de la Sous-Direction d'Europe occidentale du 7 février 1975, intitulée « Le Royaume-Uni et la Communauté _ Réflexions sur les effets éventuels du référendum », et dont la copie conservée dans les Archives du ministère français des Affaires étrangères porte la mention manuscrite « Vu par le ministre ». En se fondant sur le fait que « la Souveraineté, au Royaume-Uni, n'appartient pas en droit au peuple, mais au Parlement », l'auteur de la note soutient que l'effet du référendum dépendra des termes de la question que le Parlement choisira de poser au peuple : « Ce n'est donc pas la consultation elle-même, mais l'« Act of Parliament » qui déterminera la portée juridique du référendum. De sa formulation dépend le degré de contrainte imposé au Cabinet par le verdict populaire. On peut concevoir, par exemple, que les termes de la loi sur le référendum n'obligent pas le gouvernement travailliste, en cas de réponse négative, à se retirer, dès la proclamation des résultats, de toutes les instances communautaires et de la coopération politique. « Il n'empêche que cela confirme la possibilité du Royaume-Uni de se retirer car ce raisonnement fait dépendre l'effet juridique de la seule volonté d'acteurs constitutionnels britanniques. La note précise d'ailleurs par la suite » : L'abrogation [du Traité d'adhésion] pourrait revêtir un caractère unilatéral et se traduire par un Acte du Parlement entérinant l'expression du suffrage populaire. Il faut d'ailleurs ajouter que la formulation de la question, décidée ultérieurement, et les affirmations gouvernementales subséquentes ne laissent aucun doute sur le caractère décisif de l'expression populaire : « Do you think that the United Kingdom should stay in the European Community? Yes/No ».

[79-](#) (79) Les déclarations gouvernementales allemandes vont dans le même sens d'un pouvoir de décision britannique de retrait, comme en témoigne la déclaration du ministre allemand des Affaires étrangères devant le Bundestag au lendemain du Conseil européen de Dublin : « M. Genscher a dit qu'il revenait maintenant aux Britanniques eux-mêmes de dire le dernier mot, mais le gouvernement fédéral faisait confiance "au bon sens proverbial" du peuple britannique et donc à son oui à l'Europe. Le ministre a ajouté : "Nous ne pouvons pas prendre la décision à la place de la Grande-Bretagne. Nous avons fait tout ce que nous pouvions pour lui faciliter une réponse positive" » ; in Doc. Affaires étrangères, TD diplomatique de Bonn n° 945-953, 13 mars 1975.

[80-](#) (80) Texte in Europe, novembre 1992, n° 407, p. 8.

[81-](#) (81) Ibid.

[82-](#) (82) Conseil européen d'Édimbourg, 11 et 12 décembre 1992, Conclusions de la présidence, partie B.

[83-](#) (83) Déclaration du 21 octobre 1972.

[84-](#) (84) Bulletin CE, n° 3, 1978, p. 5.

[85-](#) (85) Dix ans plus tard, le 25 octobre 1993, sera adoptée par le Conseil, le Parlement et la Commission la Déclaration sur la démocratie, la transparence et la subsidiarité.

[86-](#) (86) Préambule de l'Acte unique européen : « [...] Décidés à promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les Constitutions et lois des États membres, dans la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et dans la charte sociale européenne, notamment la liberté, l'égalité et la justice sociale. Convaincus que l'idée européenne, les résultats acquis dans les domaines de l'intégration économique et de la coopération politique ainsi que la nécessité de nouveaux développements répondent aux vœux des peuples démocratiques européens pour qui le Parlement européen, élu au suffrage universel, est un moyen d'expression indispensable ».

[87-](#) (87) Art. 6, § 1 TUE : « L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres ».

[88-](#) (88) Nous soulignons. Il est vrai que le traité établissant une Constitution pour l'Europe propose une nouvelle formulation et présente le Parlement comme « composé de représentants des citoyens de l'Union » (art I-20). C'est là une manière de valoriser la notion de citoyenneté européenne. Il n'en demeure pas moins qu'il n'est jamais question dans ce traité d'un peuple de l'Union européenne mais toujours de « peuples » constitutifs (3^e considérant du préambule, art. I-3, § 1, I-3, § 4, 1^{er} et 3^e considérant du préambule de la partie II, art. III-280, § 2).

[89-](#) (89) C'est peut-être même devenu une règle non écrite depuis 1994 et l'organisation systématique de référendums d'adhésion avec effets décisifs. Sur les treize référendums organisés, douze ont été positifs et suivis d'une adhésion, un seul s'est soldé par un résultat négatif _ en Norvège _ et a mis fin, comme en 1972 et pour les mêmes raisons, à la procédure d'adhésion. Depuis l'élargissement de 1994, seule l'admission de Chypre constitue une exception car, en raison d'une situation particulière d'occupation partielle du territoire, le référendum organisé a porté sur le plan de paix proposé par l'Organisation des Nations unies et non sur l'adhésion proprement dite. Sur les pratiques référendaires au sein de l'Europe communautaire, v. A. AUER & J.-F. FLAUSS (dir.), Le référendum européen, Bruxelles, Bruylant, 1997, 341 p.

[90-](#) (90) Lors des travaux de la Convention européenne, certains participants estiment d'ailleurs que l'insertion d'une clause de retrait est inutile car « being the Union the result of the will of sovereign States, no one questions their right to withdraw from the Union » ; doc. off. de l'UE, amendement n° 25 à l'art. 59 (Lopes et Lobo Antunes).

Dans le même sens, v. les amendements n° 19 (Tilikainen, Peltomäki et Korhonen) et 26 (Kiljunen et Vanhanen).

[91-](#) (91) Dès l'avant-projet de Traité constitutionnel du Praesidium du 28 octobre 2002, il est prévu un art. 46 consacré au « retrait de l'Union [qui] mentionnerait la possibilité d'établir la procédure de retrait volontaire de l'Union à la décision d'un État membre, ainsi que les conséquences institutionnelles d'un tel retrait » ; doc. off. de l'UE, CONV 369/02, 28 octobre 2002, p. 17.

[92-](#) (92) À titre d'exemple de position hostile sur la base, il est vrai, de considérations assez politiques, on peut citer la déclaration d'Elmar Brok, l'un des 16 représentants du Parlement européen auprès de la Convention européenne : « Il n'y a pas d'union possible si n'importe quel État peut partir n'importe quand, au gré des humeurs d'une nouvelle majorité arrivant au pouvoir, ou parce que sa contribution au budget européen a augmenté ! Dans chaque pays, cela donnerait aux partis anti-européens un moyen de chantage permanent sur le pouvoir en place, alors que, jusqu'ici, nous avons toujours évité que les partis hostiles réclament un recul de l'Europe : le débat porte pour ou contre le progrès encore à accomplir, mais l'acquis n'est pas remis en question. Personne n'est obligé d'entrer dans l'Union européenne, mais chacun doit savoir qu'une fois qu'il est à l'intérieur, c'est pour toujours » ; in A. LAMASSOURE, Histoire secrète de la Convention européenne, Paris, Albin Michel, 2004, p. 338.

[93-](#) (93) Ce principe constitue une reprise intégrale de l'art. I-59 du projet de Constitution adopté par la Convention en juillet 2003.

[94-](#) (94) V. not. la déclaration du président de la Commission Jacques Delors, le 3 juin 1992, au lendemain du 1^{er} référendum danois sur la ratification du Traité de Maastricht : « Mesdames, Messieurs, comme vous pouvez l'imaginer, la Commission a délibéré longuement ce matin sur les résultats du référendum qui s'est déroulé hier au Danemark, résultats que vous connaissez. En premier lieu, la Commission prend acte de la volonté exprimée par le peuple danois, qui est souverain et qui s'est exprimé dans le cadre des règles du jeu démocratique ».

[95-](#) (95) Les confusions que l'on observe à l'occasion des progrès de l'intégration européenne ne sont d'ailleurs pas sans précédent. Le développement des organisations internationales a donné lieu aux mêmes simplifications, comme en témoigne ce raisonnement du juge à la Cour internationale de Justice, André Gros, concernant l'Organisation mondiale de la Santé mais mutatis mutandis parfaitement applicable à l'Union européenne : « En l'absence de "super-État" chaque organisation internationale n'a que la compétence qui lui a été reconnue par les États qui l'ont créée et ses pouvoirs sont strictement limités à ce qui est nécessaire pour exercer les fonctions que la Charte constitutive a définies. C'est donc de compétence d'attribution qu'il s'agit, i.e., de la seule compétence que les États ont "attribuée" à l'Organisation. C'est un abus de terminologie de parler de souveraineté de l'OMS ou de souveraineté de l'Assemblée de l'OMS ; les États sont souverains dans le sens que leurs pouvoirs ne dépendent pas d'une autre autorité, mais les institutions spécialisées n'ont qu'une compétence spéciale, celle qu'elles ont reçue de leurs constituants, leurs États membres, pour une tâche bien définie » ; Rec. CIJ, 1980, opinion individuelle du juge Gros, p. 103.

[96-](#) (96) Hélas, la construction européenne a été trop peu envisagée à l'aune de cette définition exigeante et cohérente, alors même que la notion de Kompetenz-Kompetenz était la mieux à même de rendre compte de la question de la souveraineté dans un cadre de transfert massif de compétences. Il existe une exception en la personne du professeur Vlad Constantinesco qui, dès 1972, souligne « le fait que les États membres conservent leur souveraineté et par suite, l'expression la plus haute de celle-ci, la « Kompetenz-Kompetenz » » ; V. CONSTANTINESCO, Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes, Paris, LGDJ, 1974, p. 20.