

## **LE POUVOIR CONSTITUANT EUROPEEN : UN NOUVEL OBJET CONSTITUTIONNEL ?**

**par Stéphane Mouton,  
maître de conférences à l'Université  
des sciences sociales de Toulouse**

Dans la théorie classique du droit constitutionnel, le pouvoir constituant se définit comme un pouvoir d'établissement et de révision de la constitution. Il s'agit là d'une définition certainement très générale, simple, même un peu simpliste, mais qui a le mérite de souligner immédiatement l'importance toute particulière de ce pouvoir dans l'étude de la notion de constitution. Elle met en lumière le lien consubstantiel qui existe entre le pouvoir constituant et la norme constitutionnelle puisque l'existence même et les évolutions potentielles de celle-ci sont conditionnées par la mise en œuvre de celui-là. Sans pouvoir constituant il n'existerait donc pas de constitution possible ! Par voie de conséquence une interrogation sur l'existence de ce pouvoir à l'heure où émerge une nouvelle constitution, la constitution européenne semble tout à fait naturelle.

Néanmoins, aussi inéluctable qu'il puisse paraître dans toutes réflexions relatives à la notion de constitution, le pouvoir constituant a toujours occupé une place très particulière dans le champ du droit constitutionnel. Le pouvoir constituant est-il un objet du droit constitutionnel ? Si la notion de pouvoir politique relève naturellement de ce droit, la réponse ne découle pas forcément d'elle-même pour le pouvoir constituant. La cause réside dans l'invocation de ce type de pouvoir par rapport à la constitution. Si le pouvoir politique est du ressort de la constitution, c'est parce que dans la chaîne temporelle des événements qui président à l'émergence de cette norme, il apparaît postérieurement à elle. Si le pouvoir se décline en une série de compétences exercées par des autorités politiques clairement identifiées dans l'Etat constitutionnel, il n'en va pas forcément de même pour le pouvoir constituant. Certes, il peut se manifester lui aussi comme une compétence réglée par la constitution. C'est le cas du pouvoir de révision de la constitution, dit dérivé et relatif. Cependant, le pouvoir constituant peut encore se manifester

comme un phénomène antérieur à la constitution. Il s'agit du pouvoir constituant originaire et absolu. Or, il s'agit d'un pouvoir tout à fait atypique parce qu'il est aussi un pouvoir de création des constitutions.

C'est essentiellement cette « face » du pouvoir constituant antérieure et extérieure à la constitution qui pose problème. Peut-elle être considérée comme un objet juridique à part entière ? N'est-elle pas au contraire un phénomène politique échappant à la rationalité du droit ? La doctrine ne cessera jamais de discuter (nous y reviendrons) de la place du pouvoir constituant par rapport à la constitution et au droit constitutionnel. D'ailleurs, d'aucuns et les plus compétents sur cette question ont pu souligner qu'il existait assurément un discours sur le pouvoir constituant, et peut-être, mais seulement peut-être, une théorie de celui-ci<sup>1</sup>. C'est qu'il est vrai que ce pouvoir « sent le souffre » pour reprendre une expression de Burdeau.

Pourtant à l'heure de l'émergence d'une nouvelle constitution, il semblerait tout à fait cohérent d'invoquer ce pouvoir. En toute logique, ne faudrait-il pas partir de l'identification d'un pouvoir constituant pour appréhender le nouveau texte constitutionnel ? Or, partir à la recherche d'une telle notion au regard de la construction européenne et de l'émergence d'une constitution européenne peut sembler de prime abord comme une entreprise très aventureuse. Se poser la question de savoir si le pouvoir constituant européen est un nouvel objet constitutionnel dans le cadre d'une recherche plus générale sur la notion d'objet constitutionnel, peut mener à se poser la question de savoir s'il ne s'agit pas dans le débat juridique actuel d'un objet virtuel non identifié. Aussi est-il possible de se demander si le pouvoir constituant européen n'est pas un ovni juridique, et ce pour deux raisons au moins.

En premier lieu, la notion de pouvoir constituant européen est invisible dans le champ de la science juridique. Il s'agit d'une notion insaisissable pour les ordres juridiques tant étatiques que communautaire. Pour une raison très simple. C'est qu'il n'existe pas encore au plan européen une unité politique susceptible d'identifier en son sein l'émergence d'un tel pouvoir. Si l'Europe existe juridiquement, elle est un ensemble d'institutions régies par des traités internationaux dont le dessein jusqu'au présent projet de constitution européenne était marqué par des considérations

---

<sup>1</sup> C. KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, P.U.F. « Les voies du droit », 1996, p. 2.

## Le pouvoir constituant

économiques plus que politiques. En second lieu néanmoins, on sait que plane une présence susceptible de bouleverser les ordres juridiques connus. Dès lors, la question est pendante, présente avec de plus en plus d'acuité, au regard notamment des évolutions de l'Union européenne et de la très actuelle question de la constitution européenne, susceptible elle-même de donner naissance à une nouvelle génération d'Etat politique, d'un type fédéral tout à fait novateur.

### **I - Une émergence tardive**

Jusqu'à nos jours, la question du pouvoir constituant européen n'a guère attiré l'attention. Cette absence s'explique au regard de la nature de l'Union européenne dont le développement suivait une logique d'intégration des compétences souveraines des Etats-nation (A). Cependant, l'affirmation progressive d'une Union politique suscite la nécessaire invocation de la notion de pouvoir constituant (B).

#### ***A - L'Union européenne : une logique d'intégration des Etats-nation***

1 - Le développement d'un processus d'intégration : depuis 1957, la construction de l'Union européenne s'est réalisée par une logique d'intégration des compétences souveraines des Etats. L'Europe se trouve face à un défi tout à fait inédit car en comparaison aux autres institutions politiques existantes, l'Europe suit un processus tout à fait inverse. Elle doit se donner une identité politique après avoir une existence juridique et une réalité économique dans un environnement politique et institutionnel composé d'Etats souverains.

C'est dans cette perspective que la notion de souveraineté a été travaillée par les juridictions constitutionnelles, notamment en France. La haute juridiction a développé une jurisprudence en deux temps. Dans un premier temps, dès 1976, elle a construit une distinction entre la limitation de souveraineté, possible, et les transferts de souveraineté, normalement interdits par la constitution, réserve faite d'une révision préalable de celle-ci. Dans un deuxième temps, en 1985 elle donne naissance à une théorie dite des « atteintes aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ».

Or, cette jurisprudence implique des transformations fondamentales de la notion de souveraineté. Elle vise à remplacer la traditionnelle conception de la souveraineté considérée comme une puissance spécifique de l'Etat, par une conception moderne, adaptée aux exigences de la construction européenne, dite de la « souveraineté

## Stéphane Mouton

compétence ». La souveraineté manifesterait toujours une puissance initiale de l'Etat. Néanmoins elle ne s'opposerait pas à un démantèlement de la notion de souveraineté à la condition que la constitution prévoit cette possibilité, ce que la conception de la « souveraineté puissance » ne permet pas. Dans cette conception en effet, la souveraineté, prérogative de l'Etat lui appartient de façon indivisible et exclusive. Il la possède et existe. Il ne la possède plus et alors il disparaît. Or, la « souveraineté compétence » autorise la pérennisation de l'Etat tout en lui permettant de se délester d'une série de compétences souveraines. Cette construction repose sur un principe selon lequel la construction politique de l'Europe s'effectue par un processus d'évidement de la souveraineté de l'Etat. Dans un phénomène de vases communicants, l'affirmation de l'Europe aurait pour corollaire l'affaiblissement de l'Etat.

2 - Les insuffisances de ce processus : une telle « re-construction » juridique du principe de souveraineté permettra peut-être le développement d'une interdépendance entre les Etats membres de l'Union européenne, mais elle ne suffira pas à donner naissance à un vrai Etat européen.

Déjà parce qu'en premier lieu, il existe une résistance dans l'enveloppe juridique d'un noyau de souveraineté puissance dans la jurisprudence constitutionnelle. Les trois conditions d'exercice s'avèrent juridiquement difficilement opérationnelles au regard de leur généralité et constituent aussi un moyen de protection de la souveraineté indépendance. De plus, il subsiste toujours dans la jurisprudence constitutionnelle une réminiscence de l'ancienne distinction entre limitation et transfert de souveraineté. Comme le soulignait le Conseil constitutionnel en 1992 dans sa décision « Maastricht 1 » : « Le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que la France puisse conclure, sous réserve de réciprocité des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une organisation internationale permanente dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décisions par l'effet de transfert de compétences consentis par les Etats membres ».

En second lieu, du point de vue communautaire cette fois-ci, il n'a jamais été question dans ce débat de la possible émergence d'un pouvoir constituant européen. Une telle absence était finalement tout à fait cohérente puisque l'Union européenne a toujours été conçue comme une organisation internationale dont le statut juridique était dès lors défini par des traités internationaux. En 1998 encore, lors de la ratification du traité d'Amsterdam, cette question n'est toujours pas

## Le pouvoir constituant

évoquée alors même que ce texte prévoit un renforcement politique de l'Union. C'est toujours en terme d'intégration des compétences de l'Etat dont le corollaire est le développement de celles des organes communautaires que la question est abordée alors même que l'on souligne alors le véritable démarrage d'une Union politique « pré-fédérale ». Face à cette évolution d'ailleurs, les juristes de toutes obédiences, internationalistes, communautaristes et constitutionnalistes, exprimaient l'inconfort d'une évolution à l'égard de laquelle les principes juridiques classiques étaient de moins en moins aptes à apprécier la nature de cette nouvelle institution politique en plein développement.

### *B - La nécessaire invocation du pouvoir constituant*

Pourtant, appréhender la nature politique de l'Union européenne par la question de la souveraineté des États n'est pas une bonne méthode. Celle-ci souffre d'une confusion autour de la signification des notions de pouvoir constituant et de souveraineté. La détermination de la nature juridique de l'Etat nécessite l'invocation du pouvoir constituant. La souveraineté quant à elle n'est relative qu'aux compétences de cette institution politique spéciale. La souveraineté est relative aux compétences spécifiques de l'Etat. Le pouvoir constituant est quant à lui un pouvoir de fondation de l'Etat. Par voie de conséquence, croire qu'un abandon progressif des compétences régaliennes engendrera logiquement la création d'un statut étatique aux institutions de l'Union européenne mène nécessairement à un écueil car il existe non une différence de degré mais une véritable différence de nature entre une organisation internationale et l'Etat.

Seule l'invocation du pouvoir constituant peut permettre de passer d'une logique d'assimilation juridique à une dynamique de fondation politique de l'Union européenne car ce pouvoir seul engendre une réflexion sur l'Etat. Le droit constitutionnel nous enseigne qu'il existe un lien inéluctable entre ce pouvoir spécifique et l'Etat. Ils sont substantiellement liés l'un à l'autre pour une raison bien simple. Pour qu'il y ait un Etat, il faut qu'il y ait une constitution. Comme le soulignait Carré de Malberg, « l'Etat naît avec sa première constitution ». Il existe une vérité, peut-être une assertion discutable selon laquelle la notion de constitution est liée à la notion d'Etat, celle de traité à celle d'organisation internationale. Mais pour qu'il y ait une constitution, il faut qu'il y ait un pouvoir constituant puisque celui-ci est le pouvoir spécifique d'établissement et de révision de la constitution de l'Etat.

## Stéphane Mouton

Or ce pouvoir constituant n'existe pas dans le projet de constitution européenne. C'est cette absence qui engendre une incertitude sur la nature du texte. Parce qu'il n'existe pas de pouvoir constituant, il est impossible de qualifier le texte de constitution au sens juridique du terme. Le projet initial évoquait l'idée de « traité-constitution ». Mais cette qualification demeure un barbarisme juridique au pire, un oxymore au mieux au regard du droit constitutionnel. Afin de pallier ces possibles incohérences, d'aucuns évoqueront l'idée d'une contradiction « in adjecto » notamment dans l'article IV-2 du projet constitutionnel contenant dans ses dispositions générales et finales : « traité établissant la constitution ».

S'il n'existe pas de constitution, il ne peut exister d'Etat. Soustraire la question du pouvoir constituant européen neutralise le processus de réification d'une constitution européenne et par-là même l'existence d'un futur Etat européen fédéral. Cette nouvelle génération d'Etat, l'Etat fédéral européen, appelle nécessairement l'émergence d'un pouvoir constituant européen. Cependant, il a toujours existé une stratégie d'évitement de la question du pouvoir constituant par la science juridique et aujourd'hui par la réalité politique façonnée par les Etats souverains. Un tel constat rend l'émergence d'un pouvoir constituant européen très difficile.

### **II - Une émergence difficile**

La notion de pouvoir constituant européen ne peut connaître qu'une émergence difficile pour deux raisons. Au plan théorique, d'abord car le pouvoir constituant a toujours attiré la suspicion sur lui (*A*). Au plan pratique ensuite, car il semble difficile au regard du développement de l'Union européenne lui-même (*B*).

#### *A- Un objet intellectuel suspect*

Suspect, le pouvoir constituant l'a toujours été par nature. Il s'agit là d'une récurrence dans la théorie du droit qui s'explique par sa nature même. C'est un pouvoir spécial à la frontière des deux grandes colonnes qui façonnent l'Etat : le pouvoir et le droit. C'est un « pouvoir surgit de rien et qui organise tout » soulignait Antonio Négri. Donc, nécessairement, le pouvoir constituant attire la méfiance pour le droit qui n'a pas de prise sur lui. Par voie de conséquence, les doctrines soit rejettent le pouvoir constituant hors de la science du droit, soit tentent de le maîtriser en l'absorbant dans l'ordre juridique.

En premier lieu, il existe la théorie de la transcendance du pouvoir constituant. Ici, le pouvoir constituant serait un fait antérieur à la mise en place de l'ordre juridique constitutionnel. C'est pour cette raison qu'il est possible de dire que ce pouvoir transcende le droit. Pour

## Le pouvoir constituant

reprendre une distinction classique en théorie du droit, le pouvoir constituant n'est pas du domaine du droit, car il est de l'ordre du « sein », « de l'être », de la décision. Ici, seul le pouvoir constitué serait du droit car lui seul serait de l'ordre du « sollen », « du devoir être ». Dans ce courant, se trouve l'école allemande du droit public. En ce sens Jellinek soulignera que le pouvoir constituant est exogène par rapport à la constitution. Dans ce courant doit encore être référencé Kelsen, qui réfute la notion de pouvoir constituant au motif que seule une norme peut régler la production des normes dans l'ordre juridique. A l'origine de la constitution, il n'y a une *grundnorm*, et non un pouvoir constituant.

En second lieu, il existe la théorie de l'immanence du pouvoir constituant à l'ordre juridique. Cela veut dire que le pouvoir constituant participe à la construction d'un ordre constitutionnel tout en étant lui-même étranger à lui. Donc le pouvoir constituant serait un pouvoir immanent à l'ordre juridique. Deux écoles ici peuvent être recensées. Il y a tout d'abord une école anglo-saxonne représentée par John Rawls. Selon sa théorie, le pouvoir constituant serait une étape essentielle du processus de construction de l'ordre constitutionnel tout en étant extérieur à lui. L'ordre juridique serait constitué de la façon suivante : principes de justice - pouvoir constituant - institution de la constitution - organisation des pouvoirs de gouvernement et hiérarchie des normes au sein de l'Etat. Il y a ensuite une école allemande représentée par Max Weber. Selon le sociologue allemand, le pouvoir constituant est un pouvoir de formation au sens propre : cela veut dire qu'il préforme l'ordre juridique à partir d'un principe immanent entre le pouvoir charismatique et le pouvoir rationnel<sup>1</sup>.

En troisième lieu, il existe une théorie de l'intégration. Ici, le pouvoir constituant pourrait être assimilé au droit positif de sorte qu'il serait un pouvoir reconnu et déterminé par le droit constitutionnel de l'Etat. Dans cette conception, peuvent être identifiées les théories institutionnalistes de Maurice Hauriou et de Santi Romano. Pour ces auteurs, une idée de droit, générée par le mode de formation et de développement historique des institutions, préfigurerait la légalité positive. Cette théorie est très intéressante car elle permet de façon très habile, de distinguer le pouvoir constituant originaire et absolue, et le pouvoir constituant dérivé et relatif, pour

---

<sup>1</sup> Pour cette théorie, une décision est toujours à l'origine du droit. C'est pour cette raison que la pensée webérienne a pu être considérée comme une source d'inspiration pour les théories décisionnistes.

ne retenir que le second. De plus, c'est elle qui est le point de départ de la théorie de la représentation édiflée depuis 1789 par l'abbé Sieyès.

A la lumière de ces différentes théories, il est possible de se demander à laquelle appartiendrait le pouvoir constituant européen. La question est opportune au regard du « traité – constitution » qui ne définit pas concrètement l'expression du pouvoir constituant. Quel est le pouvoir qui donne naissance à la constitution européenne ? S'agit-il d'un pouvoir constituant spontané ? S'agit-il d'un pouvoir d'une nouvelle nature encore non identifié par le droit. Drôle d'absence en réalité à laquelle il faut bien pallier en s'appuyant sur les indices données par le texte constitutionnel lui-même ainsi que par les intentions plus ou moins claires des différents Etats de l'Union européenne.

***B - Un objet pratiquement inexistant***

Ces différentes théories permettent de comprendre combien la notion de pouvoir constituant européen est absente. En réalité, le pouvoir constituant européen apparaîtrait au terme d'un processus en deux temps.

Dans un premier temps, la procédure de ratification du traité constitutionnel n'invoque que le pouvoir constituant dérivé et relatif des Etats. L'article 48 du traité de l'Union européenne prévoit une procédure en deux temps. Dans un premier temps, une révision des traités convenue par les Etats membres ; dans un second temps, la ratification par tous les Etats<sup>1</sup>. La règle de l'unanimité mise en place ici répond à la logique consensualiste connue en droit international et non celle du droit constitutionnel. En effet, selon ce dernier c'est la règle de la majorité qui prévaut dans la logique de l'Etat fédéral. Ce fut le principe posé aux Etats-Unis en 1787 où le passage de la confédération à la fédération a pu se faire par le principe de la majorité<sup>2</sup>. La convention de Philadelphie a osé la rupture constitutionnelle pour donner naissance à l'Etat fédéral à l'inverse de ce qui est prévu aujourd'hui dans le projet constitutionnel de l'Union européenne élaborée par la convention pour la constitution de l'Union européenne présidée par Valéry Giscard d'Estaing. Le motif avancé ici était que la constitution européenne devrait abroger les traités communautaires actuels. Or cette abrogation implique que

---

<sup>1</sup> Art. IV-8 du projet constitutionnel.

<sup>2</sup> Le passage de la confédération à la fédération a pu se faire par le vote de 9 Etats sur 13.



## Le pouvoir constituant

toutes les parties doivent y consentir puisque leur ordre juridique ont été modifiés par les traités communautaires.

De cette première condition découle dans un second temps l'émergence d'un pouvoir constituant européen issue de l'addition des différents pouvoirs constituants nationaux. Ce ne sera pas encore un vrai pouvoir constituant européen autonome, ce qui rend d'ailleurs la ratification de la constitution très hypothétique puisque sous la condition d'une acceptation par tous les Etats du texte. Car finalement, la logique de l'intégration des souverainetés nationales entrave en réalité la procédure de fondation politique d'un Etat européen. Par voie de conséquence, le pouvoir constituant européen reste un objet non identifiable qui rend très virtuelle la consécration de l'Europe politique constituée en un Etat fédéral. Finalement, l'impossibilité de dégager un pouvoir constituant européen souligne que le processus de construction d'une Europe politique reste encore totalement soumise à la volonté des Etats nations. Cette absence démontre encore que l'Union européenne demeure une institution au service des Etats plus que l'inverse. Au résultat, il faut peut être souligner un paradoxe. La trop grande avancée d'une logique de l'intégration des Etats-nations paralyse la naissance d'un pouvoir européen et par voie de conséquence la naissance de l'Etat européen.