

La notion juridique de souveraineté aujourd'hui : de l'absolu au relatif¹

Hugues DUMONT

INTRODUCTION

La notion de souveraineté est une des plus controversées de la science du droit. Pour la majorité des juristes, elle reste le caractère décisif qui permet de distinguer l'Etat des autres entités publiques et privées. Ce caractère, ils le définissent comme la qualité propre au pouvoir étatique d'être *suprême et indépendant* : suprême, c'est-à-dire «au-dessus de toute autre puissance» dans l'ordre juridique interne, et indépendant, c'est-à-dire «exempt de toute subordination à une puissance étrangère (...) au point de vue international»².

Un courant important de la théorie du droit récuse cependant cette idée d'une différence *qualitative* entre les Etats et les autres

1. Cet article est un extrait, adapté et modifié sur quelques points, d'une étude réalisée en 1996 dans le cadre d'une recherche comparative intitulée : «*Brussels-Jerusalem : from conflict to compromise ?*», recherche accomplie en collaboration par des chercheurs de la Vrije Universiteit Brussel, des Facultés universitaires Saint-Louis, de l'Université libre de Bruxelles et du *Israel/Palestine Centre for Research and Information*, avec le soutien de la Commission des Communautés européennes. Il n'engage que la responsabilité de son auteur.

2. R. CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, T. I, p. 75.

collectivités politiques fondée sur la souveraineté. Pour les juristes qui adhèrent à ce courant, en particulier H. Kelsen et ses héritiers, aucune ligne de démarcation tranchée ne sépare plus aujourd'hui l'ordre juridique étatique des ordres juridiques qui environnent celui-ci, à savoir l'ordre international, les ordres supranationaux et les ordres infra-étatiques. Entre les diverses entités politiques correspondant à ces ordres, il n'y aurait que des différences *quantitatives* dans les degrés de centralisation de leurs compétences respectives. L'Etat ne saurait alors se définir que comme un ordre juridique «relativement centralisé»³, et la souveraineté serait un concept aussi dénué de pertinence que trompeur.

Sans pouvoir entrer très loin dans cette controverse ici, il est permis de penser que la souveraineté demeure un concept opératoire, mais c'est à condition que l'on en comprenne bien la relativité. Elle reste un concept opératoire parce qu'elle procure encore à l'Etat une définition correcte — et sûrement plus précise que le critère kelsénien qui est particulièrement flou —. Mais il est vrai que la suprématie et l'indépendance qu'elle reconnaît à l'Etat n'ont plus aujourd'hui qu'une portée relative. Plus profondément, il faut reconnaître que la souveraineté est devenue une notion paradoxale en ce qu'elle reçoit de la réalité juridique tantôt des confirmations et tantôt des infirmations. Tout se passe comme si, à quelque niveau que ce soit, elle ne se laissait identifier et localiser qu'en se dérochant aussitôt. Les puristes en déduiront que cela devrait suffire pour la condamner. On ne saurait cependant partager pareille conclusion, car celle-ci méconnaît le caractère complexe des phénomènes juridiques qui sont souvent traversés par des logiques contradictoires. Il vaut mieux reconnaître celles-ci que prétendre les surmonter par des synthèses réductrices⁴.

C'est donc dans cet esprit que l'on va aborder les principales significations du concept de souveraineté et les mutations qui affectent celui-ci dans le contexte européen. Cinq questions seront examinées successivement.

1. Que signifie aujourd'hui la souveraineté internationale des Etats ?
2. Comment comprendre la souveraineté interne des Etats ?
3. Peut-on qualifier les Etats fédérés de souverains ?

3. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 379.

4. Cfr en ce sens M. van de KERCHOVE et F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, P.U.F., 1992.

4. Les Etats membres de l'Union européenne sont-ils encore souverains ?

5. Que signifie la souveraineté d'un Etat qui se trouve dans une situation de crise à la fois aussi particulière et aussi paradigmatique que l'Etat belge ?

Chacune de ces questions mériterait un ouvrage entier. On ne pourra ici que poser des balises, souligner des lignes de force et risquer des hypothèses.

LA SOUVERAINETÉ INTERNATIONALE DES ETATS

Il demeure correct d'affirmer que les Etats sont souverains au regard du droit international. Comme l'écrit Jean Combacau, cette souveraineté internationale de l'Etat «n'est pas un pouvoir, mais une qualité du pouvoir» que le droit international lui reconnaît. Cette qualité est «de n'être pas soumis à un pouvoir supérieur». Elle désigne donc «la liberté qu'a l'Etat de faire ce qui est en son pouvoir»⁵. Ce pouvoir peut et doit être limité, mais, pour l'essentiel, c'est par des règles conventionnelles auxquelles il a lui-même consenti. «La faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté», écrivait la Cour permanente de justice internationale dans son premier arrêt du 17 août 1923. Le droit international est toujours régi par ce principe de l'autonomie de la volonté des Etats. Comme Jean Combacau le dit encore, «l'Etat peut brider autant qu'il le juge bon sa liberté future, pourvu qu'il le fasse dans le plein exercice de sa liberté

5. J. COMBACAU, «Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat», in *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 51. Sur le concept d'Etat et la notion de souveraineté en droit international public, voy. not. N. QUOC DINH, P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1994, 5ème éd., p. 83 et sv., p. 398 et sv. ; J. VERHOEVEN, «L'Etat et l'ordre juridique international. Remarques», in *Rapports belges au Xème Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 749 et sv. ; P. HAGGENMACHER, «L'Etat souverain comme sujet du droit international, de Vitoria à Vattel», in *Droits*, 1992, n° 16, p. 11 et sv. ; J.-D. MOUTON, «La notion d'Etat et le droit international public», in *Droits*, 1992, n° 16, p. 45 et sv. Sur le rôle premier que conserve l'Etat aujourd'hui sur la scène internationale, en dépit des bouleversements que connaît celle-ci, voy. not. S. SUR, «Sur quelques tribulations de l'Etat dans la société internationale», in *Revue Générale de Droit International Public*, 1993/4, p. 881 et sv.

actuelle»⁶. Ainsi, le droit international a un caractère essentiellement second par rapport aux droits internes. Il ne résulte que de l'autolimitation volontaire des Etats souverains.

La souveraineté des Etats n'est donc pas contredite par le droit international. Au contraire, elle constitue la pierre d'angle de celui-ci, au moins dans sa version classique et encore dominante aujourd'hui. A la base de l'ordre international construit par la Charte des Nations Unies, se trouve, en effet, le double principe de la souveraineté et de l'égalité juridique de chaque Etat, quel qu'en soit la taille géographique ou la puissance politique. La prohibition de toute ingérence dans les affaires intérieures des Etats et l'exclusion, en principe, du recours à la force comme moyen de règlement des différends internationaux en sont des corollaires.

Ce rappel étant fait, il faut cependant ajouter aussitôt deux remarques. Tout d'abord, on ne saurait correctement appréhender les rapports qui se nouent aujourd'hui entre l'ordre juridique international et les ordres juridiques internes en ne raisonnant qu'à partir du seul point de vue de la souveraineté de ceux-ci. Celui-là, l'ordre juridique international, a aussi une consistance propre et donc une forme d'indépendance. Dépendant de tous les Etats, il ne dépend d'aucun en particulier. Or, il a logiquement vocation à se voir reconnaître une certaine primauté sur les droits internes. Ainsi la question de la souveraineté des Etats ne se pose pas de la même manière selon qu'on l'aborde du point de vue du droit international ou du point de vue du droit interne.

Si l'on adopte le premier de ces points de vue, il faut en tout cas observer que la primauté de la règle internationale ne bénéficie pas seulement aux traités, mais aussi, on le reconnaît de plus en plus maintenant, à des coutumes internationales qui n'ont pas été approuvées par tous les Etats auxquelles elles s'appliquent. Même si plusieurs auteurs enseignent encore qu'«une coutume internationale n'oblige pas les Etats qui la rejettent *explicitement*»⁷,

6. J. COMBACAU, *op.cit.*, p. 57.

7. Voy. ainsi O. BEAUD, «La notion d'Etat», in *A. P. D.*, n° 35, 1990, p. 131. Dans le sens contraire, voy. not. N. QUOC DINH, P. DAILLIER et A. PELLET, *op. cit.*, p. 316 : «les coutumes générales s'imposent à tous les Etats, même à ceux qui n'ont pas participé au processus de formation : en soi, l'opposition à une coutume générale déjà formée ne produit pas d'effet». En outre, «les Etats nouveaux sont immédiatement soumis, dès leur naissance, à l'ensemble des coutumes générales existantes». Il est cependant

il semble bien que certaines coutumes au moins portent atteinte au principe de la souveraineté des Etats.

Pour étayer cette thèse, on peut songer notamment aux règles qualifiées de *ius cogens*. Par ce terme, on vise les exigences fondamentales auxquelles la communauté internationale des Etats dans son ensemble adhère de sorte qu'aucun Etat ne peut y déroger par traité. On sait que si l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités reconnaît cette notion, celle-ci n'en présente pas moins «indiscutablement aujourd'hui un caractère coutumier»⁸. De toute évidence, on ne voit comment deux nouveaux Etats pourraient se soustraire à la norme de *ius cogens* qui interdit la mise en esclavage ou le génocide d'une population sous le prétexte qu'ils auraient rejeté cette coutume explicitement. L'exemple est évidemment très théorique, mais il montre clairement que la souveraineté externe des Etats doit *volens nolens* au moins composer avec les valeurs élémentaires de la société internationale.

D'aucuns penseront aussi à ce qu'on a appelé maladroitement le droit d'ingérence humanitaire. Il faudrait plutôt parler du droit d'assistance humanitaire. Il s'agirait d'«un nouveau concept en cours d'insertion dans le droit international contemporain» qui, dans la mesure où il permettrait le recours à la force armée, entrerait fatalement en conflit avec le principe de la souveraineté des Etats⁹. Une coutume en formation serait en train de le consacrer progressivement. Cette coutume reconnaîtrait le principe du libre accès des organisations humanitaires internationales aux victimes des catastrophes naturelles et des crises politiques

exact que si un Etat s'est opposé en vain à une norme coutumière au cours de la genèse de celle-ci, elle lui est inopposable (cfr *ibidem*, p. 325).

8. J. VERHOEVEN, «Droit des traités, réserves et ordre public (*jus cogens*)», in *Journal des tribunaux*, 1994, p. 767. Sur cette notion de *jus cogens*, voy. not. N. QUOC DINH, P. DAILLIER et A. PELLET, *op. cit.*, p. 199 et sv. Ces auteurs concluent leur exposé sur ce point comme suit : «il est certain que, dès lors qu'une norme de *jus cogens* s'impose à un Etat qui ne l'a pas acceptée, c'est le fondement volontariste du droit international qui est définitivement désavoué» (p. 206). Quant à la question de savoir si les règles du *jus cogens* peuvent affecter, du point de vue du droit interne, la capacité du pouvoir constituant, voy. M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 291 et sv., p. 302 et sv.

9. Ph. BRETTON, «Ingérence humanitaire et souveraineté», in *Pouvoirs*, 1993, n°67, p. 70.

produisant des effets analogues, dès lors que ces victimes vivent dans des Etats incapables de les secourir, et quand bien même ceux-ci s'opposent à l'acheminement des secours.

Il semble cependant que cette présentation ne résiste pas à l'examen critique que des internationalistes rigoureux en ont fait récemment. Ceux-ci ont montré que le droit international classique comprend depuis longtemps des mécanismes — trop peu utilisés auparavant, il est vrai — qui permettent de mobiliser des moyens militaires pour protéger l'action des agences humanitaires civiles auprès de la population d'un Etat, quand des affrontements font obstacle à cette action. Si l'Etat en cause refuse l'intervention humanitaire, un recours à la force peut être autorisé par les Nations unies lorsque le Conseil de sécurité voit dans la situation une menace pour la paix et la sécurité internationales (chapitre VII de la Charte des Nations unies). Un nouveau concept de droit d'ingérence semblerait, en définitive, soit inutile, soit dangereux¹⁰.

Quoiqu'il en soit, une deuxième remarque s'impose encore pour relativiser la portée du concept de souveraineté internationale. Le juriste ne peut méconnaître le poids des faits et la logique politique. Si, juridiquement, les Etats sont libres de limiter ou non leur indépendance par des conventions, politiquement, ils sont contraints de souscrire de multiples engagements internationaux, et ce précisément dans le but d'assurer une certaine maîtrise du destin de leur peuple dans des domaines à la fois vitaux et traversés par la dimension internationale, comme l'économie, la sécurité et l'écologie.

On constate ainsi que la souveraineté externe des Etats ne peut signifier qu'une indépendance foncièrement relative, c'est-à-dire compatible avec son insertion dans un ensemble de rapports juridiques régis simultanément par l'autonomie et l'interdépendance.

10. Voy. not. en ce sens J. VERHOEVEN, «Remarques sur le droit d'ingérence humanitaire», in *Variations sur l'éthique. Hommage à Jacques Dabin*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, p. 373-387 ; O. CORTEN et P. KLEIN, *Droit d'ingérence ou obligation de réaction ?*, Bruxelles, Bruylant - Editions de l'Université de Bruxelles, 1996, 2ème éd. Sur l'inexistence d'une nouvelle norme coutumière «assouplissant les conditions mises à l'engagement d'une action militaire unilatérale contre un Etat refusant d'accepter des secours humanitaires», voy. dans ce dernier ouvrage les p. 236-240 et 277-300.

LA SOUVERAINETÉ INTERNE DES ETATS

Notre deuxième question concerne la dimension interne de la souveraineté. Ici aussi, il faut à la fois reconnaître et relativiser la portée du concept. La reconnaître tout d'abord. Dans l'ordre juridique interne qu'il constitue, l'Etat dispose d'un pouvoir suprême. Qui est concrètement le détenteur de celui-ci ? Dans un régime constitutionnel, le seul pouvoir souverain est le pouvoir constituant originaire, celui qui adopte une nouvelle Constitution non reliée aux dispositions de celle qui était, le cas échéant, en vigueur auparavant. On se trouve là, en effet, devant un acte de création ou de fondation essentiellement souverain.

Cela dit, il faut aussitôt souligner les limites de ce pouvoir suprême. C'est d'abord, par définition, dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, en l'occurrence la fondation d'un nouvel Etat ou une rupture révolutionnaire avec un ordre constitutionnel antérieur, qu'il y a place pour un tel acte de souveraineté.

Il faut ensuite constater que même celui-ci n'est jamais absolument «omnipotent» ni «entièrement originaire» parce que le constituant ne peut pas se dispenser d'agir selon quelques règles «pré-constitutionnelles» adoptées par des «instances pré-constituantes»¹¹. Dans l'ordre des choses humaines, il n'y a jamais de fondement absolu. Il y a toujours un «déjà là» qui précède l'acte de fondation et le détermine en quelque façon.

Enfin et surtout, après l'adoption de la Constitution originaire, la souveraineté une et indivisible de la nation s'efface pour céder la place aux pouvoirs constitués. L'exercice concret de la souveraineté qui peut alors débiter est aussitôt voué à la division en raison du principe de la séparation des pouvoirs qui est inhérent au constitutionnalisme moderne. Certes, la Constitution peut être révisée. Mais le pouvoir compétent pour réaliser cette révision doit respecter les règles de procédure et de fond prescrites à cette fin par le pouvoir constituant originaire. Le pouvoir chargé de la révision n'est qu'un pouvoir constitué, donc non souverain. Quant aux autres pouvoirs constitués, ils sont juridiquement sur pied d'égalité, en ce sens en tout cas qu'ils sont chacun soumis aux mêmes normes constitutionnelles. Il n'y a donc pas de souveraineté parlementaire. Même la soi-disant suprématie ou prééminence du pouvoir législatif — qui varie du reste d'un régime à l'autre — est

11. O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Paris, P.U.F., 1994, p. 263 et sv.

très relative¹². Elle doit se comprendre à l'intérieur des limites fixées par la Constitution telle que celle-ci est interprétée par l'éventuelle juridiction constitutionnelle. Et elle doit se comprendre aussi en tenant compte des pouvoirs d'appréciation et d'interprétation, souvent considérables, dont disposent nécessairement les organes administratifs et juridictionnels d'application des lois ¹³.

De cette seconde série de réflexions, on peut tirer ainsi deux conclusions. Premièrement, il faut reconnaître que la souveraineté nationale une et indivisible n'est parfaite qu'au moment où elle se concentre dans un acte exceptionnel, celui de la fondation constituante, et que ce moment lui-même ne saurait faire illusion dans la mesure où il ne peut ni tout à fait abolir le passé ni entièrement commander le futur. Le paradoxe est irréductible : la souveraineté est par définition une et indivisible, mais elle ne peut se prolonger dans le temps qu'à la condition de se diviser entre des pouvoirs multiples et donc, en toute rigueur, de se perdre. L'unicité de la souveraineté ne pouvait se conserver intacte que dans les Etats de l'Ancien Régime où elle était incarnée par un Prince. Attribuée au peuple dans les régimes démocratiques, la souveraineté ne peut être exercée dans la durée que de manière plurielle et donc partagée. On soulignera au passage que cette observation s'applique même aux Etats-nations les plus homogènes.

Deuxième conclusion, les pouvoirs constitués à l'intérieur de l'Etat démocratique ne peuvent être qualifiés de souverains que dans un sens affaibli. Celui-ci gagne à être défini car il n'est pas dérisoire, même s'il ne saurait être confondu avec la souveraineté au sens strict. Cette souveraineté au sens faible peut se définir comme un degré d'exclusivité dans l'exercice des pouvoirs attribués à une autorité publique, qui fait que les décisions prises par celles-ci s'imposent à tous leurs destinataires, sans qu'aucune autre autorité ne puisse intervenir sauf, dans certains cas, pour sanctionner un excès de pouvoir¹⁴. La notion est ici relative par définition puisqu'elle vise «un degré d'exclusivité» dans l'exercice d'un pouvoir borné par des règles de compétences assez précises.

12. Voy. en Belgique notamment A. ALEN, «Séparation ou collaboration des pouvoirs ?», in *Administration publique*, T 4, 1990, p. 221 et sv.

13. Cfr not. sur ce thème M. van de KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988, p. 102 et sv.

14. Cfr en ce sens M. PAQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, p. 43-46.

LA NON-SOUVERAINETÉ DES ETATS FÉDÉRÉS

Le cas particulier des Etats fédérés justifie une troisième série de réflexions. Il ne se trouve plus grand monde aujourd'hui pour contester qu'un Etat fédéré n'est pas un Etat souverain. Le motif le plus décisif de cette non-souveraineté de l'Etat fédéré consiste dans l'absence de ce qu'il est convenu d'appeler la «compétence de la compétence». L'Etat fédéré n'a pas le droit de décider lui-même de ce qui relève ou ne relève pas de sa compétence. Ce droit appartient exclusivement à l'Union fédérale qui peut modifier les pouvoirs des Etats fédérés par la voie d'une révision constitutionnelle.

Même dans l'hypothèse d'un fédéralisme par association (ou agrégation), on peut difficilement prétendre que les Etats initialement souverains qui se fédèrent ne feraient que transférer l'exercice d'une part de leur souveraineté, tout en conservant la totalité de la substance de celle-ci. La cession de la souveraineté paraît, en effet, — sauf révolution — irréversible «puisque les modifications ultérieures de la Constitution fédérale (...) s'effectueront à la majorité des membres de l'Assemblée constituante»¹⁵. C'est donc bien la substance de la souveraineté qui se trouve affectée.

Si les Etats fédérés ne sont pas souverains et ne sont donc pas de véritables Etats, il reste cependant que leur autonomie est substantielle. On sait, en effet, que par application du double principe d'autonomie et d'égalité qui caractérise le fédéralisme, les lois fédérales et les lois fédérées sont sur pied d'égalité, sous la seule réserve des éventuelles matières concurrentes où le droit fédéral peut «briser» le droit cantonal. Les unes et les autres sont soumises au seul respect de la Constitution telle qu'elle est interprétée par la juridiction constitutionnelle. La souveraineté au sens faible des collectivités fédérées n'est donc pas comparable à l'autonomie très limitée qui revient aux collectivités locales comme

15. Y. LEJEUNE, *Le statut international des collectivités fédérées à la lumière de l'expérience suisse*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 26. Sur ce thème de la non-souveraineté des Etats fédérés, voy. aussi not. G. HERAUD, «L'inter-étatique, le supra-national et le fédéral», in *Archives de philosophie du droit*, 1961, p. 179-191 ; O. BEAUD, «La souveraineté dans la "Contribution à la théorie générale de l'Etat" de Carré de Malberg», in *Revue de droit public*, 1994, p. 1254-1264 ; et du même auteur, «La Fédération entre l'Etat et l'Empire», in *Les Fédéralismes*, sous la dir. de A. ALLAIN, M. DUPONT et M. HEARN, Lille, Presses universitaires du Septentrion, 1996, p. 33-58.

les provinces et les communes. Les collectivités fédérées exercent en toute autonomie des pouvoirs déterminés, sans être subordonnées aux autorités fédérales. Celles-ci ne peuvent pas faire prévaloir leur conception de l'intérêt général dans les matières confiées par la Constitution aux entités fédérées. De plus, l'autonomie de ces dernières est généralement garantie par leur droit de participer à la révision de cette Constitution et étendue par leur droit de participer à la conduite des affaires fédérales grâce leur représentation plus ou moins égalitaire dans une Chambre législative distincte.

C'est pour ces motifs que les politologues disent souvent que le fédéralisme va de pair avec un *partage de la souveraineté étatique*¹⁶. En droit, c'est faux, parce que la notion même de souveraineté partagée est une contradiction dans les termes, mais d'un point de vue politique, on doit admettre la part de vérité que recèle l'expression. Les juristes et les politologues peuvent en tout cas s'accorder en observant que le fédéralisme réalise un partage de *l'exercice* de la souveraineté dans le domaine des compétences que le pouvoir constituant ne s'est pas réservé à lui-même.

LA SOUVERAINETÉ PARADOXALE DES ETATS MEMBRES DE L'UNION EUROPÉENNE

Un deuxième cas particulier, mais dont l'importance n'échappe à personne, mérite aussi l'attention. Qu'advient-il de la souveraineté des Etats quand ceux-ci s'intègrent dans une collectivité politique plus vaste comme l'Union européenne ? Pour tenter de répondre à cette question, on gagne à distinguer deux points de vue. Ceux-ci correspondent respectivement à une conception formelle et à une conception matérielle de la souveraineté.

Par conception formelle, on entend le critère de la «compétence de la compétence». Selon ce critère, les Etats membres de l'Union européenne restent souverains, tandis que

16. Cfr par ex. D.-L. SEILER, Intervention au cours d'un des débats rapportés dans *L'Etat autonome : forme nouvelle ou transitoire en Europe ?*, sous la dir. de Ch. BIDEGARAY, Paris, Economica, 1994, p. 150. *Contra* J.-L. QUERMONNE, *Les régimes politiques occidentaux*, Paris, Seuil, 1986, 6ème éd., p. 259 et sv.

l'Union elle-même ne l'est pas encore¹⁷. Il apparaît, en effet, que celle-ci reste fondée sur des traités qui ne peuvent se réviser qu'à l'unanimité des Etats contractants. Chaque Etat demeure donc maître des traités, puisqu'il peut, théoriquement en tout cas, aussi bien s'opposer seul à une révision qui ne lui conviendrait pas que revenir sur son adhésion initiale par un acte contraire. Chaque Etat conserve ainsi le pouvoir de décider lui-même de ce qui relève ou ne relève pas de sa compétence. Les transferts de compétences qui ont été réalisés au profit de l'Union ne sont pas irréversibles. Ils ne sauraient dès lors être confondus avec un transfert de la souveraineté des Etats.

Cette analyse est précisément celle de la Cour constitutionnelle allemande dans son arrêt du 12 octobre 1993 rendu à propos du traité de Maastricht¹⁸. On peut l'exprimer autrement en disant que l'on est encore loin d'une Constitution européenne révisable à la majorité qualifiée. Celle-ci supposerait soit la conclusion d'«un traité de fusion transférant le pouvoir du dernier mot» à l'Union¹⁹, soit une rupture révolutionnaire avec les souverainetés étatiques originaires, rupture réalisée par une assemblée qui «aurait reçu mandat de la part de chaque corps électoral national» conformément au schéma suivi pour la fondation des Etats-Unis et de la Suisse²⁰.

Selon une conception matérielle de la souveraineté, par contre, il est indéniable que «le processus à l'oeuvre dans la construction européenne conduit à une perte de souveraineté et à

17. Cfr en ce sens not. O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 488 et Y. LEJEUNE, «Perspectives de la nouvelle idée de confédération en Europe sur la base, en particulier, de l'expérience de l'Union européenne», Rapport pour le séminaire organisé par la Commission européenne pour la démocratie par le droit du Conseil de l'Europe sur *Le concept moderne de confédération*, polycop., 22-25 septembre 1994, p. 14 et 16.

18. Sur cet arrêt, cfr not. Y. LEJEUNE, «Perspectives...», *op. cit.*, p. 13 et sv. En ce qui concerne le droit des Etats de se retirer unilatéralement des Communautés, on sait qu'il n'est prévu expressément par aucun des traités. Comme l'écrit J. VERHOEVEN, *Droit de la Communauté européenne*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 92, «en application des règles générales du droit des gens, ce droit ne saurait toutefois être refusé aux Etats membres».

19. Il s'agirait alors d'un traité matériellement constitutionnel. Sur cette notion, cfr O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 477-479.

20. Y. LEJEUNE, «Perspectives...», *op. cit.*, p. 17.

une modification substantielle de la constitution de chaque Etat»²¹. Selon cette conception matérielle, la souveraineté comprend nécessairement le minimum de prérogatives élémentaires sans lesquelles un Etat ne saurait exister en tant que puissance publique. Sont visés en particulier, les fonctions législative, exécutive et juridictionnelle ainsi que les moyens matériels de la puissance publique : le domaine public, l'armée, la police et la monnaie²².

C'est ce que le Conseil constitutionnel français appelle les «conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale»²³. Or, il est clair que l'intégration européenne n'a pas pu atteindre le seuil qui est le sien sans des transferts²⁴ de pouvoirs dans ces domaines éminents de la puissance publique. Il est à peine besoin de rappeler que, par exemple, le traité de Maastricht dépossède les Etats membres de leur pouvoir d'autodétermination en ce qui concerne la politique monétaire et la politique de change, ainsi que celle des frontières. Dans ces secteurs essentiels, les Etats ont perdu leur droit de veto au profit de la Banque centrale européenne et du Conseil des ministres décidant à la majorité qualifiée. Dans sa décision du 9 avril 1992 (dite «Maastricht 1»), le même Conseil constitutionnel n'a pas manqué de souligner ces diverses atteintes à la souveraineté nationale française²⁵.

On en arrive ainsi à une situation paradoxale. Formellement, les Etats membres demeurent souverains et l'Union européenne n'est qu'une «confédération très intégrée»²⁶ d'Etats, mais matériellement, les premiers ont déjà perdu leur pouvoir unilatéral de décision dans des domaines touchant au noyau dur de la *Staatlichkeit* (le «fait-d'être-un-Etat») et la seconde détient de plus en plus des prérogatives analogues à celles d'un Etat. C'est ce qu'Olivier Beaud appelle une «disjonction» doublée d'une

21. O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 488.

22. Cfr *ibidem*, p. 149-151.

23. Cfr *ibidem*, p. 465 et sv.

24. Sur la distinction entre les transferts de pouvoirs qui touchent à l'essentiel de la puissance de l'Etat et les limitations ou délégations de pouvoirs qui n'affectent que des éléments secondaires de cette puissance, cfr *ibidem*, p. 466 et 478.

25. Cfr *ibidem*, p. 467-468.

26. Y. LEJEUNE, «Perspectives...», *op. cit.*, p. 19. Comp. O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 484-491.

«inversion entre la forme et la matière étatique»²⁷. Ce phénomène appelle une analyse non plus synchronique, mais diachronique de la souveraineté. Un processus est en cours qui tend à «désétatiser» les Etats membres et à «étatiser» l'Union européenne.

Une des caractéristiques majeures de ce processus, de cette transition progressive, c'est qu'il se réalise dans une sorte de clandestinité. Aussi bien les pouvoirs constituants dérivés des Etats membres que les auteurs des traités européens éludent soigneusement de trancher la question de la qualification juridique de l'Union européenne. C'est évidemment pour éviter des divisions qui pourraient porter un coup fatal à la construction en cours. Il est significatif d'observer que les artisans de la Constitution américaine ont recouru aux mêmes vertus du silence en 1787 à propos de la nature de l'Union²⁸.

En conclusion, comment ne pas souligner que l'intégration européenne confirme la relativité profonde qui affecte la souveraineté aujourd'hui ? A quel niveau que ce soit, celle-ci ne se laisse identifier et localiser qu'en se dérochant aussitôt.

LA SOUVERAINETÉ PARADOXALE DE L'ETAT BELGE

Avant de conclure, il n'est pas inintéressant de méditer sur un dernier cas encore plus particulier, celui de l'Etat belge, tant il est révélateur d'une ligne de fuite possible de la souveraineté dans un univers politique que l'on pourrait être tenté de qualifier de post-moderne. Le propos qui va suivre se veut cependant prudent. C'est une hypothèse de travail, rien de plus, que l'on voudrait avancer.

La souveraineté qui revient à l'Etat belge possède bien sûr toutes les caractéristiques générales que nous venons de relever à propos des dimensions internationale, européenne et interne du concept. Cela suffit déjà pour qualifier cette souveraineté de paradoxale. Quand on examine en outre les spécificités de l'Etat

27. *Ibidem*, p. 488-489. Pour un examen plus précis de la nature juridique de l'Union européenne, voy. not. J. VERHOEVEN, *Droit de la Communauté européenne*, *op. cit.*, p. 104-134, et les indications bibliographiques citées p. 130. Voy. aussi, dans une perspective qui relève tantôt de la science politique, tantôt du droit, la contribution de Ch. FRANCK au présent numéro de cette revue.

28. *Ibidem*, p. 486.

belge, ce qui le distingue des autres Etats membres de l'Union européenne, on constate un motif supplémentaire de retenir pareille qualification. C'est ce que nous voudrions montrer.

On a rappelé plus haut que le titulaire de la souveraineté dans l'ordre interne n'est autre que le peuple ou — admettons ici que les deux expressions soient équivalentes — la nation. Le fondement d'un Etat souverain, qu'il soit unitaire ou fédéral, peu importe, réside donc dans le vouloir-vivre ensemble d'un peuple. Une Constitution peut donner forme à ce fondement. Mais elle ne peut lui tenir lieu de substitut²⁹. Deux peuples qui ne sont pas animés par ce vouloir-vivre ensemble peuvent sans doute fonder une confédération, mais ils ne sauraient fonder un véritable Etat. C'est pour ce motif que la théorie générale du droit public définit la Constitution comme un acte unilatéral et non comme un pacte. Comme l'écrit Olivier Beaud, un pacte constitutionnel intra-étatique «signifierait la dissolution de l'unité de l'Etat car il divise la souveraineté constituante en deux autorités qui peuvent, à tout moment, se prétendre souveraines»³⁰.

Le problème essentiel de l'Etat belge aujourd'hui peut se résumer simplement à la lumière de ces considérations. Cet Etat n'a jamais disposé d'une assise nationale très ferme, mais il a longtemps bénéficié d'un consensus social minimal. Celui-ci s'explique largement par un jeu d'échanges subtils entre les grandes familles politiques du pays que la théorie des démocraties dites «consociatives» décrit bien³¹. La question qui se pose avec de plus en plus d'acuité depuis ces dernières années, essentiellement en raison de la montée en puissance du mouvement nationaliste flamand, est celle de savoir jusqu'où cette volonté minimale de vivre ensemble peut se défaire sans remettre en cause l'unicité de l'Etat. Pour le dire autrement, derrière la forme juridique d'une Constitution belge unilatérale et enracinée dans la volonté de vivre

29. Cfr sur ce thème H. DUMONT, «Etat, Nation et Constitution. De la théorie du droit public aux conditions de viabilité de l'Etat belge», in *Belgitude et crise de l'Etat belge*, sous la dir. de H. DUMONT, Ch. FRANCK et al., Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1989, p. 93 et sv.

30. O. BEAUD, *op. cit.*, p. 252.

31. Cfr à ce sujet H. DUMONT, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, Bruxelles, Bruylant-Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, vol. 1, n° 52 - 100.

ensemble d'une seule nation³², se cache de moins en moins la réalité politique d'un pacte constitutionnel intra-étatique, donc essentiellement précaire, entre les deux grandes Communautés flamande et francophone du pays.

La souveraineté de l'Etat belge est ainsi affectée par un nouveau paradoxe qui s'ajoute — et qui ressemble, mais à fronts renversés — à celui que lui vaut sa qualité d'Etat membre des Communautés européennes. Formellement, l'Etat est encore toujours souverain et les Communautés flamande et francophone ne sont que des entités fédérées, mais politiquement le premier a déjà perdu, dans une très large mesure, toute capacité de décision autonome en dehors du consensus des secondes³³. Ce phénomène appelle à nouveau une analyse non plus synchronique, mais diachronique de la souveraineté. Un processus est en cours qui tend à «désétatiser» l'Etat belge et à «étatiser» les Communautés qui le composent. Comme au sujet de l'intégration européenne, il faut souligner que ce processus se réalise dans une sorte de clandestinité³⁴. Nul ne sait s'il sera mené à son terme, c'est-à-dire jusqu'à la disparition de l'Etat, et les mandataires politiques au pouvoir refusent jusqu'à présent d'interroger le titulaire de la souveraineté — c'est-à-dire les Belges — sur sa volonté à cet égard. Dans ce processus, la Région bruxelloise occupe une position-clé. C'est principalement en raison du fait que les deux grandes Communautés flamande et francophone du pays veulent conserver leurs prérogatives actuelles sur le territoire de cette même

32. Cfr art. 33, al. 1er, de la Constitution : «Tous les pouvoirs émanent de la nation».

33. Des mécanismes juridiques précis autorisent cette lecture, en particulier la parité linguistique du Conseil des ministres, les majorités requises dans les deux groupes linguistiques des Chambres législatives pour les lois dites «spéciales», la sonnette d'alarme prévue par l'article 54 de la Constitution et le rôle essentiel des accords de coopération, notamment dans le domaine des relations extérieures. Sur le débat que ces mécanismes suscitent à propos de la qualification de «confédéralisme» qu'ils justifieraient, cfr H. DUMONT, «Etat, Nation et Constitution...», *op. cit.*, p. 109 et sv. et H. DUMONT, «Droit public, droit négocié et para-légalité», in *Droit négocié, droit imposé ?*, sous la dir. de Ph. GERARD, F. OST et M. van de KERCHOVE, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, p. 481 et sv.

34. Sur cette comparaison, voy. H. DUMONT, «Réflexions sur la légitimité du référendum constituant», in *Variations sur l'éthique. Hommage à Jacques Dabin*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994, p. 331-356.

Région, qu'aucune d'elles ne fait sécession et que l'Etat belge résiste encore à la tendance centrifuge qui le mine.

Aussi longtemps que ce cran d'arrêt fonctionnera, la Belgique continuera à inventer cahin-caha un système institutionnel inédit, à mi-chemin entre le fédéralisme et le confédéralisme. La terminologie classique du droit public moderne est démunie pour désigner cette «formation irrégulière, semblable à un monstre», comme aurait dit Pufendorf s'il était encore là pour la contempler³⁵. On trouve cependant, dans les travaux récents du théoricien français de l'Etat Olivier Beaud — largement inspirés par Carl Schmitt —, une relecture critique de la vieille distinction Etat fédéral/Confédération qui pourrait nous aider à nommer le monstre en question.

Cet auteur montre bien l'écart qui sépare les premières formulations de l'idée fédérale dans la pensée politique — en particulier chez Montesquieu et Tocqueville — des caractéristiques juridiques que les Etats fédéraux-modèles, comme les Etats-Unis, l'Allemagne et la Suisse, ont acquises aujourd'hui. En renouant avec ces sources doctrinales et en se distanciant du fédéralisme incarné par ces Etats-modèles, il forge alors le concept de Fédération dans le prolongement d'une définition formulée initialement par Carl Schmitt. Ce concept pourrait servir à nommer les constructions politiques qui atteignent un stade d'intégration à la fois supérieur au confédéralisme et inférieur aux Etats fédéraux. Il propose cette hypothèse de travail en vue d'une nouvelle analyse juridique de l'intégration européenne. Nous nous permettons, quant à nous, de l'utiliser ici pour évoquer un des scénarios possibles — nous ne disons pas souhaitables, mais bien possibles — de l'évolution future de l'Etat belge.

Selon une définition encore approximative, une Fédération serait «une communauté de nations (...) qui n'absorbe pas les nations-membres dans une nouvelle et grande nation»³⁶. Cette première caractéristique paraît d'emblée justifier un amendement terminologique. On propose d'accoler l'adjectif «plurinational» au substantif «Fédération» pour mieux souligner la différence avec

35. On trouve cette expression célèbre dans son ouvrage consacré à l'Empire allemand en 1667.... Cfr K. MALETTKE, «La conception de la souveraineté de Jean Bodin et le Saint Empire romain germanique», dans le présent numéro de cette revue.

36. O. BEAUD, «La Fédération entre l'Etat et l'Empire», *op. cit.*, p. 49.

l'Etat fédéral qui est généralement mono-national³⁷. On peut alors convenir d'entendre plus précisément par Fédération plurinationale une union volontaire et libre, mais aussi durable, d'entités politiques égales, non souveraines, mais trop autonomes pour supporter l'unicité d'un pouvoir constituant fédéral, seul souverain³⁸. Explicitons cette définition.

Les composantes d'une Fédération plurinationale n'acceptent pas la «figure typiquement étatique» de la relation de sujétion que l'on retrouve dans l'Etat fédéral quand le pouvoir constituant de celui-ci impose unilatéralement sa volonté aux entités fédérées par une décision prise à la majorité³⁹. La Fédération plurinationale est donc une «construction politique et juridique *hétérodoxe* (...) *par rapport au modèle dominant de l'Etat-nation* et de la théorie de la souveraineté qui présuppose une unicité du pouvoir sur un même territoire»⁴⁰. Elle repose sur un «pacte constitutionnel fédératif» négocié entre les entités nationales codéentrices du pouvoir constituant. Ce pacte se situe à mi-chemin entre le traité interétatique et la Constitution ordinaire⁴¹.

Il se confirme ainsi qu'une Fédération plurinationale n'est pas à confondre avec un Etat fédéral, puisqu'elle n'est pas un Etat proprement souverain comme l'est tout Etat fédéral, en raison de la dualité de ses pouvoirs constituants. Il faut ajouter qu'elle n'est pas à confondre pour autant avec une confédération. C'est parce que les composantes qu'elle associe ne sont pas non plus des Etats souverains. Si le pacte constitutionnel fédératif est contractuel à l'origine, il devient ensuite une norme statutaire créant «un ordre institutionnel qui dépasse l'existence de ceux qui l'ont conclu». Ce statut «nie donc tout droit de sécession» aux nations-membres⁴². Les nations fédérées sont, en outre, obligées «de tolérer des ingérences de la Fédération» dans leurs propres compétences, «ce

37. Cfr M. GJIDARA, «La solution fédérale : bilan critique», in *Pouvoirs*, n° 57, 1991, p. 93-112.

38. Cette définition synthétise les principaux éléments exposés par O. BEAUD, «La Fédération entre l'Etat et l'Empire», *op. cit.*, p. 41-58.

39. *Ibidem*, p. 50. Cfr aussi p. 47 et 58.

40. *Ibidem*, p. 49.

41. *Ibidem*, p. 50.

42. *Ibidem*, p. 52.

qui est la négation même de la souveraineté»⁴³. Leur pouvoir constituant lui-même est limité par le pacte fédératif.

Le propre d'une Fédération ainsi comprise serait, en définitive, d'obéir à une rigoureuse «logique égalitaire et anti-hiérarchique»⁴⁴ qui impose de laisser non tranchée la question de la souveraineté, c'est-à-dire celle de savoir qui, de la Fédération ou de ses composantes, a le droit de commander en dernier ressort.

Si elle parvient à échapper à l'éclatement pur et simple, c'est peut-être vers ce «fédéralisme non-étatique»⁴⁵ que la Belgique se dirigera. On peut même penser qu'elle en est déjà très proche sur le plan politique.

CONCLUSION

Au terme du parcours qui s'achève ici, on peut constater qu'il se laisse récapituler en deux temps.

Dans le premier, il est apparu que la notion de souveraineté reste un critère distinctif de l'Etat et de la place qu'y occupe le pouvoir constituant originaire. La relativité de ce critère a cependant été soulignée d'emblée. Ainsi, l'indépendance reconnue à l'Etat en raison de sa souveraineté se heurte à certaines limites inhérentes à la logique du droit international. Celui-ci est sans doute encore dominé par le principe d'autonomie de la volonté des Etats, mais il ne s'y réduit pas entièrement. De même, il a été montré que la suprématie, l'unicité et l'indivisibilité qui caractérisent la souveraineté du pouvoir constituant originaire reçoivent leur limite du fait de la division qui affecte nécessairement l'exercice concret de cette souveraineté dans l'Etat. Le cas des Etats fédérés qui a été évoqué ensuite n'a fait que confirmer le propos.

Dans un second temps, on a abordé la situation particulière des Etats membres de l'Union européenne et, plus spécialement encore, de l'Etat belge. La notion de souveraineté est apparue alors sous un jour franchement paradoxal. On a montré que ce paradoxe consiste essentiellement en une disjonction entre les aspects formels

43. *Ibidem*.

44. *Ibidem*, p. 57.

45. *Ibidem*, p. 49.

et matériels de la souveraineté. Cette disjonction a autorisé une analyse plus diachronique. On a observé ainsi l'émergence possible d'un monde politique et institutionnel où la question de la souveraineté serait tenue comme en perpétuel suspens. C'est ce monde que l'on a tenté, avec Olivier Beaud, de conceptualiser sous le nom de «Fédération plurinationale».

Dès à présent, on peut déjà constater, en résumant à grands traits, que les Etats membres de l'Union européenne ne sont plus tout à fait souverains, tandis que l'Union européenne elle-même n'a pas pour autant bénéficié d'un véritable transfert de souveraineté. L'Etat belge, pour sa part, est encore moins souverain que ses partenaires européens, en raison de sa structure foncièrement dualiste. Mais les Communautés et Régions qu'il comprend n'ont pas non plus bénéficié pour autant d'un authentique transfert de souveraineté.

Les juristes peuvent bien sûr se voiler la face et méconnaître cette évolution. Il suffit de privilégier, comme ils le font d'habitude, une analyse exclusivement formelle de la souveraineté. Mais si l'on admet que le droit ne peut être appréhendé correctement qu'au travers d'une analyse simultanée de ses composantes formelles et matérielles, alors il faut reconnaître que l'Europe et la Belgique en particulier font l'expérience inédite d'une rupture radicale avec l'univers politique classique où la question de la souveraineté appelait toujours une réponse tranchée. On voit progressivement se mettre en place une construction dans laquelle les entités politiques en concurrence pour le titre de pouvoir souverain ne sauraient être départagées. Leur interdépendance s'y oppose. La souveraineté au sens fort cède alors clairement la place aux souverainetés au sens faible. Dans cet univers, plusieurs entités classées *ex aequo* peuvent occuper ensemble la première marche du podium de la souveraineté.

On ne saurait clore cette conclusion sans évoquer les deux questions délicates qu'elle suscite. La nouvelle configuration que l'on vient de décrire ne serait-elle pas nécessairement instable et donc éphémère ? Transitoire, pour tout dire. La logique classique de la souveraineté impartageable ne va-t-elle pas, en effet, fatalement reprendre le dessus ? Ne pourrait-on pas imaginer ainsi que l'Europe des Quinze se transforme en un véritable Etat fédéral et que la Belgique disparaisse, pour sa part, derrière deux nouveaux micro-Etats fédérés de cette Union fédérale européenne ? C'est sans doute un des scénarios possibles pour l'avenir. Il ne paraît cependant pas le plus probable à moyen terme. A vrai dire, on est là devant l'imprévisibilité de l'histoire.

Il reste à se demander — c'est l'autre question annoncée — si ce retour du scénario classique est plus ou moins souhaitable que la stabilisation des mutations en cours. On ne saurait y répondre ici, en raison de l'ampleur des développements qu'elle appelle. Il convient seulement de l'explicitier en quelques mots. Dans un monde complexe où il n'y a plus place que pour des autonomies relatives et interdépendantes, les sujets de ces autonomies sont-ils encore en mesure de conduire des politiques ambitieuses au service de leur population ? La dispersion des leviers de l'action politique n'engendre-t-elle pas une sorte d'impuissance collective qui serait de nature à faire regretter l'ancien monde des Etats souverains ? Pour se rassurer, on dira que la pratique politique n'a pas encore eu le temps de s'adapter à la nouvelle structure en réseau qui voit le jour. Mais en attendant, il faut bien reconnaître que ni l'Union européenne, ni l'Etat belge, ni les composantes de celui-ci n'ont, jusqu'à présent, livré une démonstration très convaincante du bon usage qui peut en être fait.