



**HAL**  
open science

# Propos sur la notion de “ souveraineté partagée ” ou sur l’apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté

Félicien Lemaire

## ► To cite this version:

Félicien Lemaire. Propos sur la notion de “ souveraineté partagée ” ou sur l’apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté. *Revue française de droit constitutionnel*, 2012, 2012-4 (92), pp.821-850. <hal-05408921>

**HAL Id: hal-05408921**

**<https://univ-angers.hal.science/hal-05408921v1>**

Submitted on 10 Dec 2025

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

## **Propos sur la notion de « souveraineté partagée » ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté**

*Félicien Lemaire*

*Professeur de droit public à l'Université d'Angers  
Centre Jean Bodin ó Recherche juridique et politique ó*

A lire nombre d'écrits, tout se passe dans l'Etat moderne comme si la notion de « souveraineté partagée » était partout ; alors même qu'elle est classiquement dénoncée comme un non-sens. Qu'elle soit présente chez les auteurs anciens qui ont les premiers fait émerger l'idée de souveraineté ne peut certes surprendre ; tant il est évident que cette évocation, en négatif, participe de la volonté de mieux affirmer autant que démontrer l'absoluité de la souveraineté entièrement contenue dans une personne ou dans un corps collectif. En ce sens Hobbes qui voit, à l'instar de Bodin, dans les gouvernements mixtes où se mélangent la monarchie, l'aristocratie et la démocratie, une forme de souveraineté partagée<sup>1</sup> non souhaitable. On la retrouve cependant dès après la naissance du fédéralisme américain avec Tocqueville considérant qu'on a affaire à une nouvelle forme d'Etat ó différente des précédentes formes de fédéralismes<sup>2</sup> ó qu'il caractérise de « partage de la souveraineté », dès lors que selon lui : elle « met nécessairement en présence deux souverainetés »<sup>3</sup>.

Sans doute la notion apparaît-elle à beaucoup comme un simple épisode de l'histoire des Etats, une période transitoire qui peut s'avérer plus ou moins longue. Ainsi chez nombre d'auteurs qui, évoquant les différentes formes de gestion conjointe d'un territoire, regardent la souveraineté partagée comme un statut intermédiaire entre l'intégration et l'indépendance appelé à disparaître avec la mise en place de l'Etat nouveau ou la consolidation de l'Etat déjà existant. Mais l'idée n'a de cesse de se renouveler, puisqu'elle s'attache à une opinion de plus en plus répandue : elle permet aussi d'expliquer cette forme politique originale qu'est l'Union européenne (UE) qui, dans la préfiguration d'une « identité postnationale » ou « cosmopolitique », instituerait notamment pour Jean-Marc Ferry une souveraineté partagée entre les différents Etats-membres<sup>4</sup>, à travers les mécanismes d'harmonisation et de coordination des politiques.

L'analyse s'accompagne cependant le plus souvent d'un grand scepticisme, lorsque ce n'est pas d'une ironie sur le fonctionnement ó et donc la faiblesse ó d'une telle modalité de gouvernement : la souveraineté partagée est perçue par bien des analystes comme un oxymore et ne devrait, à la vérité, être nulle part. La cohorte est à cet égard longue des juristes niant que cette notion puisse avoir une quelconque effectivité, en soulignant ordinairement que la souveraineté est un superlatif et ne s'accommode d'aucun partage<sup>5</sup>, et en rivalisant ó à

---

<sup>1</sup> Bodin, *Les six livres de la République*, liv II, chap. 1, rééd., Aalen, Scientia Verlag, 1977 ; Hobbes, *Léviathan*, liv. II, chap. 19, Gallimard, Folio/Essais, 2000, p. 305-306, not. p. 306, note 1.

<sup>2</sup> A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, t. I, chap. VIII, Gallimard, coll. Folio, 2008, p. 240-244.

<sup>3</sup> V. J.-P. Feldman, « Alexis de Tocqueville et le fédéralisme américain », *RDP*, 2006, p. 879-901, sp. p. 884.

<sup>4</sup> J.-M. Ferry, *La question de l'Etat européen*, Gallimard, 2000 ; et *Europe, la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, Ed. du Cerf, 2005, p. 151-156 et passim.

<sup>5</sup> V. A. Coret, *Le condominium*, Thèse, Paris, LGDJ, 1960, sp. p. 27, 35 et 41 ; et H. Benoist, *Le condominium des Nouvelles-Hébrides et la Société mélanésienne*, Thèse, Paris, Pedone, 1972, p. 4 qui insistent sur la difficulté à expliquer la notion de condominium à partir du concept de souveraineté ; également A. Haquet, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, PUF, 2004, p. 16 et s. et 104-109.

l'exemple de Bodin ó damages suggestives sur ce qui ne serait en définitive qu'une aberration juridique, comme l'on constate des aberrations dans la nature<sup>6</sup>. Plus qu'une singularité, un monstre juridique donc í

On ne s'étonnera pas en conséquence que, malgré les situations évoquées par une partie de la doctrine du début du XX<sup>e</sup> siècle, cette notion ait semblé être délaissée, sinon pour dresser, comme le fait Andrée Jallon en 1975, le constat radical de « *L'échec d'une idée : la souveraineté partagée* »<sup>7</sup> et en quelque sorte en finir avec elle. Néanmoins, force est de constater qu'elle suscite un nouvel intérêt. Evoquée dans l'accord de Nouméa du 5 mai 1998<sup>8</sup>, auquel il est fait référence dans la Constitution (articles 76 et 77) depuis la réforme constitutionnelle du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie, elle a trouvé ó du moins dans la doctrine française ó une justification nouvelle à son examen<sup>9</sup>. Le développement ces dernières années ó un peu partout ó de la thématique de l'autonomie des collectivités infra-étatiques et donc de l'extension de leurs prérogatives exhausse par ailleurs cet engouement pour une certaine revisite des formes de l'Etat mais aussi du renouvellement du rapport à l'Etat et de la distribution des pouvoirs. Engouement qui vient en contrepoint des analyses sur la construction européenne et plus largement des développements sur la mondialisation, accusés de fragmenter la souveraineté et donc de frapper d'obsolescence le principe même d'une souveraineté appréhendée comme absolue et unique<sup>10</sup>. Une analyse à front renversé se fait alors jour : la souveraineté partagée existe puisque la souveraineté absolue et unique, si inlassablement sollicitée, n'est qu'un mythe.

Certes, suivant une approche assez bien établie, on ne peut confondre ce qui relève des compétences infra-étatiques avec ce qui relève de l'Etat. C'est devenu un dogme de prétendre que la souveraineté est le critère distinctif de l'Etat. Avec l'assurance de formuler une vérité indiscutable, c'est ce que Carré de Malberg affirmait, même à propos du fédéralisme : « A coup sûr, si le critérium de l'Etat est la souveraineté, les collectivités membres d'un Etat fédéral ne sont pas des Etats, car elles ne sont pas souveraines »<sup>11</sup>. C'est également ce qu'on exprime fort classiquement à l'appui du droit international, en se référant au principe de l'unité de l'Etat et en soulignant à cet égard que la responsabilité internationale des Etats ne se divise pas, qu'en conséquence les entités fédérées ne possèdent à aucun titre la souveraineté internationale. Au point que le principe de « souveraineté partagée » n'a semblé, pour beaucoup, qu'être circonscrit à l'exotisme du fédéralisme américain, en expliquant cette sorte d'incongruité par les raisons historiques liées à la formation de ce nouvel Etat. Pourtant, des systèmes juridiques ont repris à leur compte ce fonctionnement, en particulier en Suisse et en Allemagne. Mais cela apparaît encore pour beaucoup marginal ; par suite pas de nature à bouleverser le regard porté sur la souveraineté<sup>12</sup>. Que le mot soit utilisé semblerait donc

<sup>6</sup> « Combien il est impossible que la république qui n'a qu'un corps, ait plusieurs têtes, comme disait Tibère l'empereur au sénat ; autrement ce n'est pas un corps, mais un monstre hideux à plusieurs têtes », *Les six livres de la République*, liv. VI, chap. 4.

<sup>7</sup> A. Jallon, *L'échec d'une idée : la souveraineté partagée*, Thèse, Paris II, 1975.

<sup>8</sup> Cf. point 5, §9 du préambule de l'accord, JO du 27 mai 1998, p. 8039.

<sup>9</sup> Cf. colloque de Nouméa, 17 et 19 décembre 1999, *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Dir. J.-Y. Faberon et G. Agniel, La documentation française, 2000. V. spécialement les rapports introductifs : F. Webert, « L'ordre juridique français : de la centralisation à la souveraineté partagée », *ibid.*, p. 19-28 et A. Moyrand, « Théorie de la souveraineté partagée », *ibid.*, p. 29-38.

<sup>10</sup> Cf. B. Badie, *Un monde sans souveraineté, Les Etats entre ruse et responsabilité*, Fayard, 1999, p.11.

<sup>11</sup> *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, rééd., Dalloz, 2004, p.123.

<sup>12</sup> V. C. Grewe et H. Ruiz Fabri affirmant que si la question de la souveraineté partagée des entités fédérées se pose aux Etats-Unis, elle ne se pose plus dans le fédéralisme allemand actuel ; « c'est du caractère étatique des Länder qu'on discute mais non plus de leur souveraineté. Quant à son évocation par la Constitution suisse, il faut semble-t-il y voir plus une révérence au passé qu'une disposition normative. En effet, les cantons, pas plus que

avoir qu'une incidence toute relative par rapport à ce qui en principe caractérise l'Etat dans la société internationale.

Reste que dans l'Etat français, plus que dans tout autre Etat, cette évocation ne laisse de choquer<sup>13</sup>. Comme s'il était par trop difficile de s'extraire de la conception dominante sur la souveraineté<sup>14</sup> conçue comme indispensable et en conséquence de penser la souveraineté partagée. Crispation excessive d'un système qui, se sentant menacé, se trouve en proie au « Mal de Bodin »<sup>15</sup> ? Réflexe pavlovien d'une doctrine ó spécialement la doctrine française ó culturellement portée à développer une approche essentiellement stato-centrique<sup>16</sup> ? Plus encore : réalisme juridique reposant sur ce postulat simple mais réputé irréfutable, que l'Etat est souverain ou il ne l'est pas ? Ou de manière diamétralement opposée : expression de la mutation nouvelle du droit, qui voudrait intégrer la complexité du polycentrisme et les nuances de plus en plus grandes faites à la notion de souveraineté ? Et par là même : expression d'une volonté irrésolue de surmonter les apories d'une souveraineté classiquement envisagée comme un bloc monolithique ? Sans être assuré du label strictement constitutionnel de l'expression « souveraineté partagée » dans le droit français (le terme ne figure que dans le préambule de l'accord de Nouméa), l'on admettra du moins à titre liminaire que cette notion ne peut être ignorée. Il importe donc de l'instruire à nouveau pour en mesurer l'incidence sur le principe de souveraineté. Si tout incline à croire ó ne serait-ce que dans sa formulation ó que la notion est contraire à la théorie juridique de la souveraineté (I), on constatera cependant qu'elle ne revêt dans les systèmes où elle est évoquée qu'une dimension essentiellement fonctionnelle et ne peut au vrai être élevée au rang de concept juridique autonome par rapport au principe de souveraineté (II).

## **I ó Une notion *a priori* contraire à la théorie juridique de la souveraineté : la négation de la souveraineté absolue**

La notion de souveraineté partagée peut *a priori* être prise dans deux sens différents. Dans un sens premier : elle exprime l'exercice d'une souveraineté par deux ou plusieurs Etats sur un même territoire ou une portion de territoire. Dans un second sens : elle implique dans le cadre de la Constitution d'un Etat la reconnaissance d'une parcelle ou proportion de souveraineté à une ou plusieurs des collectivités membres en sus de la souveraineté de l'Etat. Sous ces deux angles, la « souveraineté partagée » recouvre d'une part ce qu'on entend communément par condominium, association d'Etats, protectorats et autres formes de gestion conjointe sur un territoire et d'autre part ce qu'on entend souvent par fédéralisme. Cependant, quelle que soit la définition choisie, il apparaît sur beaucoup de points que la portée signifiante donnée à cette notion joue le rôle des utilités dans la description et caractérisation de ces systèmes. Sa fonction pédagogique est si marquée (A), qu'on en vient à se demander si,

---

les autres collectivités fédérées, ne possèdent la plénitude des compétences étatiques ni l'immédiateté internationale. Sur ce plan, c'est la fédération qui seule apparaît comme un Etat investi de la souveraineté. », *Droits constitutionnels européens*, PUF., 1995, p. 300. Toutefois, dès lors que la souveraineté est écartée, cette approche présente le défaut de laisser en suspens l'intérêt de l'affirmation de la qualité étatique.

<sup>13</sup> Cf. la déclaration de M. Rocard, le 5 mai 1998 : « Je savoure à l'avance la perplexité des professeurs de droit public devant la nouveauté et l'étrangeté de l'objet constitutionnel que vous venez d'inventer ensemble [í ] ».

<sup>14</sup> V. la réflexion de O. Beaud à propos de la relation entre souveraineté et fédéralisme et « l'insoluble contradiction » entre ces deux notions, in « Fédéralisme et souveraineté », *RDP*, 1998, p. 83-122, not. p. 88 ; et *Théorie de la fédération*, 2<sup>e</sup> éd, PUF, coll. Léviathan, 2009, p. 38-65.

<sup>15</sup> H. Mendras, « Le «Mal de Bodin» A la recherche d'une souveraineté perdue », *Le Débat*, n° 105, 1999, p. 71.

<sup>16</sup> V. l'avant-propos de la thèse de A. Jallon : « La souveraineté partagée ne peut donc être un concept. C'est une formule utilisée par ceux qui poursuivent le double objectif de négation de la souveraineté et le dépassement de cette souveraineté ».

dans la schématisation des principes qui en résulte, elle n'est pas plutôt l'expression d'une confusion juridique (B) ; la didactique ne parvenant pas à réduire à néant l'oxymore.

### A ó Une fonction explicative des diverses formes de gestion conjointe d'un territoire : entre abus, facilité de langage et affirmation de l'autonomie normative des Etats

Depuis les traités de Westphalie (1648), l'idée a traditionnellement cours que la souveraineté ne peut-être partagée. Dans quelques cas cependant, à travers les mécanismes de gestion conjointe instaurés entre plusieurs Etats sur un même territoire, on a pu *prétendre* être en présence d'un partage de la souveraineté.

#### 1) En ce qui concerne les condominiums, associations d'Etats ou protectorats et différents modes de co-administration

A lire la doctrine du début du XX<sup>e</sup> siècle, ces exemples, où deux Etats distincts voire davantage ont pu exercer leur puissance politique sur un même territoire, sont assez nombreux. Ces cas ont été rapportés aussi bien par les auteurs de droit constitutionnel que de droit international, mais en mêlant souvent des situations juridiques différentes en raison de l'absence de véritables analyses sur les notions de co-souveraineté ou de condominium, comme le constate un spécialiste sur ce point<sup>17</sup>. On en trouve mention notamment chez Léon Duguit<sup>18</sup>, évoquant en ce sens l'exemple de l'Autriche et la Prusse qui ont exercé un condominium sur le Schleswig-Holstein de 1864 à 1866 ; de même que l'évêque d'Urgel et le gouvernement français sur le territoire d'Andorre. En suivant encore les termes de Duguit, il y avait également « partage de la souveraineté » aux îles Samoa entre le gouvernement samoan et les trois puissances protectrices (Allemagne, Angleterre, Etats-Unis) en vertu du traité de Berlin du 14 juin 1889 ; sans oublier le cas du condominium franco-britannique des Nouvelles Hébrides mis en place en vertu des arrangements d'octobre 1906 et de juin 1922. Ainsi donc pour l'auteur, la co-souveraineté sur un même territoire est possible.

Cependant, sans entrer dans le détail, le principe d'une souveraineté partagée dans ces différents cas est fort contestable. En ce qui concerne le Schleswig-Holstein dans la période 1864 à 1866, il s'agissait non pas véritablement d'une souveraineté partagée mais, suite à l'annexion dont fut victime le Danemark, de l'exercice d'une *compétence territoriale provisoire* de la Prusse et de l'Autriche sur ces territoires<sup>19</sup> avant le rattachement à la Prusse. Par ailleurs, il est connu des historiens que si le chef d'Etat français et l'évêque d'Urgel sont « co-princes » d'Andorre, ce n'est que la conséquence du système féodal du *paréage* ó mis en place à une époque (1278) où le concept même de souveraineté n'existait pas ó dans lequel il s'agissait par contrat de concéder à égalité à deux seigneurs une autorité sur un territoire. Ce qui ne saurait aboutir à prétendre qu'il y ait eu en propre co-souveraineté mais tout au plus *co-*

<sup>17</sup> V. A. Coret, *Le condominium*, thèse précitée, p. 2.

<sup>18</sup> L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, La théorie générale de l'Etat, 3<sup>e</sup> éd., 1928, p. 55-56.

<sup>19</sup> La Prusse et l'Autriche installèrent dans ce territoire une administration provisoire dirigée par deux commissaires l'un prussien, l'autre autrichien ; le traité de Prague de 1866 prévoyant dans son art. V l'organisation d'un plébiscite pour déterminer le choix des populations, en particulier des districts Nord du Schleswig, d'être réunies ou pas au Danemark. Mais ces territoires furent rattachés à la Prusse, sans que les populations se soient exprimées. Cf. E. Solière, *Le plébiscite dans l'annexion*, Thèse, Paris, 1901, p. 135-149.

*suzeraineté*<sup>20</sup> ; alors qu'aujourd'hui le principat d'Andorre, nonobstant ce particularisme, est bel et bien considéré comme sujet de droit international en tant qu'Etat<sup>21</sup>.

L'exemple des Nouvelles-Hébrides, souvent envisagé comme l'archétype du condominium, illustre parfaitement ce qu'il y a d'abus de langage sur cette question d'une souveraineté partagée ; puisqu'il résulte du protocole du 6 août 1914 que le territoire était soumis non pas exactement à une « souveraineté commune » ainsi qu'on a pu parfois le dire, mais à une « *influence commune* »<sup>22</sup>. Le territoire formait ainsi une entité juridique spécifique dont les habitants étaient considérés pour les uns comme des nationaux français, pour les autres comme des nationaux britanniques. Les Etats disposant de *compétences personnelles* ó c'est-à-dire de pouvoirs juridiques sur leurs nationaux mais non en propre d'une souveraineté sur le territoire ou une portion ó, les normes applicables étaient en principe différentes selon les destinataires, sauf lorsqu'elles résultaient d'une autorité conjointe et visaient en conséquence l'ensemble des habitants. C'est ce qu'expliqua Charles de Cuttoli, rapporteur de la Commission des lois constitutionnelles, lors des débats relatifs à l'indépendance de ce territoire, en soulignant qu'en réalité ce territoire était marqué par un défaut de statut et que ce n'est que « faute de trouver un autre mot » qu'on l'a appelé « condominium »<sup>23</sup>. Par suite, on ne s'étonnera pas davantage de la qualification erronée de la situation juridique des îles Samoa, qui correspondait plutôt à une situation de *protectorat collectif*, si l'on tient compte de ce que les trois puissances concernées reconnaissent déjà l'existence d'un « Etat » de Samoa. Tout comme sont reconnus aujourd'hui formellement (*i.e.* devant les instances onusiennes) la République des Iles Marshall, Palau ou les Etats fédérés de Micronésie ; même si la dépendance économique de ces territoires à l'égard des Etats-Unis d'Amérique est bien connue, au point de mettre en place une formule d'association avec cet Etat.

Au total, ceci différencie ces territoires de la situation même ambiguë et complexe d'un certain nombre de territoires, bénéficiant non pas d'une souveraineté mais d'une autonomie statutaire qui fait néanmoins apparaître les larges compétences dont ils disposent (pouvoir législatif autonome, compétences en matière financière et fiscale, commerciale, acquisition de la citoyenneté, etc.) comme des « compétences souveraines ». Ainsi, sans vouloir être exhaustif : les îles Mariannes, non représentées à l'ONU, qui dépendent des Etats-Unis ; pareillement Porto-Rico ; ou encore les îles Cook, placées sous la souveraineté de la Nouvelle-Zélande et dont le statut correspond à une large autonomie interne ; sans oublier des territoires européens comme les îles d'Aland ou les îles Féroé, régions autonomes liées

<sup>20</sup> Ce n'est effectivement que sur la base du paréage qu'à titre personnel et non de représentant de l'Etat français, le roi de France puis le président de la République sont réputés co-princes d'Andorre.

<sup>21</sup> V. en ce sens TC, 2 février 1950, *Radio-Andorre* précisant que le territoire « relève d'une double autorité distincte de l'Etat français, échappe, à raison de sa nature, à tout contrôle juridictionnel ». La solution n'est plus douteuse avec les résolutions de l'A.G. de l'ONU (RES 47/232) et du Conseil de sécurité (RES/848) du 8 juillet 1993 reconnaissant le caractère d'Etat membre de l'ONU.

<sup>22</sup> Le terme de condominium est absent de la convention franco-britannique du 20 octobre 1906 relative aux Nouvelles-Hébrides comme du protocole du 6 août 1914. Ainsi que le souligne A. Coret, son utilisation est d'ailleurs très restreinte dans les textes de référence. On ne le trouve que dans les instructions, correspondances diplomatiques et allocutions, notamment entre britanniques et égyptiens à propos du Soudan. Il en est de même dans les jurisprudences nationales. Il est absent de la jurisprudence du Conseil d'Etat pour les Nouvelles-Hébrides, et on ne le trouve que dans la jurisprudence allemande, in *Le condominium*, *op. cit.*, p. 2-3.

<sup>23</sup> « C'est une entité de droit international public *sui generis*, poursuit-il. On a souvent dit que c'était un monstre juridique [í ], je dirais que c'est un "veau à deux têtes juridiques" ; l'une anglaise et l'autre française », *JO*, Sénat, séance du 18 décembre 1979, p. 5690-5691. A la suite de l'accord franco-britannique du 23 octobre 1979, l'indépendance des Nouvelles-Hébrides fut proclamée le 30 juillet 1980 sans référendum d'autodétermination visant à rompre avec ce qui ne pouvait être conçu comme l'expression « des souverainetés » de la France et de la Grande-Bretagne ; le territoire prenant le nom de Vanuatu.

respectivement à la Finlande et au Danemark<sup>24</sup>. En bref, ces territoires jouissent de compétences comparables à celles existantes dans des structures fédératives. A ceci près qu'elles ne s'ordonnent pas dans une relation de métropole à métropole mais le plus souvent de métropole à territoires ultramarins, et sont grevées de considérations historiques et/ou coloniales spécifiques modifiant profondément la nature des rapports institués avec l'Etat de rattachement. C'est ce que traduit d'ailleurs, dans cette relation plus distanciée, le recours à l'appellation d'« Etat (libre) associé » (cf. Porto-Rico, îles Cook, îles d'Aland) même si l'on a plus affaire à un rapport juridique de droit interne que de droit international<sup>25</sup>. Que la souveraineté partagée soit, dans ces cas, sollicitée comme un *modus vivendi* entre les institutions métropolitaines et celles ultramarines, notamment en prévoyant des mécanismes de concertation voire de consensus pour les prises de décisions ; en reconnaissant les spécificités identitaires et par suite en admettant une double citoyenneté dans les territoires concernés, n'est donc pas de nature à surprendre. Néanmoins, cela ne change rien au fait que l'Etat de référence détermine les règles constitutionnelles fondamentales (les autres étant frappées d'une plus ou moins grande précarité) et dispose seul de la souveraineté au sens du droit international.

En relation avec les institutions françaises, l'idée d'un partage de souveraineté a par le passé été plus spécifiquement évoquée à propos de territoires sous tutelle et Etats associés. Mais c'est ici aussi par abus de langage, dans la mesure où cette notion a dans tous les cas été repoussée. Si l'on s'intéresse d'abord au cas des territoires sous tutelle pour lesquels il pouvait peser une équivoque quant à la souveraineté, il apparaît que les rapports organisés entre la puissance administrante et ces territoires correspondaient plus à un état de fait qu'à des textes précis. Ainsi, pour les territoires du Togo et du Cameroun placés sous administration française, il était admis qu'ils ne relevaient pas *stricto sensu* de la souveraineté française ; il résultait simplement d'accords de tutelle passés en 1946 et avalisés le 13 décembre de la même année par l'A.G. de l'ONU que ces territoires devaient être « administrés *comme* partie intégrante du territoire français »<sup>26</sup>.

Par ailleurs, s'agissant des Etats associés, considérés en réalité comme des protectorats sur le plan du droit international, il est clair qu'ils n'étaient pas en propre placés sous la souveraineté de l'Etat français, en raison de leur existence internationale. Qu'il s'agisse du Maroc de la Tunisie, du Cambodge ou du Laos. Dans le régime du protectorat, seule en effet la compétence « externe » de l'Etat protégé est en principe affectée. L'individualité politique des Etats sous protectorat étant garantie, les territoires de l'Etat protégé et de l'Etat protecteur sont, selon le droit international, distincts et l'Etat protégé constitue juridiquement un Etat souverain. Certes, il est possible de contester que les Etats protégés aient toujours concrètement constitué des Etats souverains, si l'on tient compte de la grande variabilité des dispositions des traités ; et de ce que dans beaucoup de cas, les Etats protégés se trouvaient

<sup>24</sup> Sur ces territoires, cf. T. Lam Dang, « Le concept d'Etat librement associé : une contribution océanienne au droit public », in *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, *op. cit.*, p. 231-235 ; D. Custos, « Puerto Rico ou l'apparence de la souveraineté partagée », *ibid.*, p. 213-230 ; P. Chouin, « La citoyenneté régionale aux îles Aaland », *ibid.*, p. 369-377. V. également G. Agniel, « Les expériences étrangères en matière d'Etats complexes dans le Pacifique », *Le droit constitutionnel calédonien*, colloque Nouméa 12-13 juillet 2010, Dir. C. Chabrot, <http://tv.univ-nc.nc/a400/20100712114019/> ; [http://larje.univ-nc.nc/images/stories/GAgniel\\_Etats\\_complexes.pdf](http://larje.univ-nc.nc/images/stories/GAgniel_Etats_complexes.pdf)

<sup>25</sup> Il existe certes des interférences du droit international. V. par exemple le statut de libre association des îles Cook avec la Nouvelle-Zélande approuvé par la résolution 2064 (XX) de l'A.G. de l'ONU. Mais la souveraineté des Etats de rattachement est néanmoins reconnue ; par exemple, la reconnaissance en 1921 de la souveraineté finlandaise sur les îles d'Aland par la SDN.

<sup>26</sup> C.-A. Colliard (doc. choisis), *Droit international et histoire diplomatique*, Montchrestien, 1955, t. I, p. 33 et s.

vidés de nombre de compétences, non simplement externes mais aussi intérieures<sup>27</sup>. Mais en définitive, on le saisit nettement, quelle que soit la position adoptée : qu'on se masque la réalité en se réfugiant dans les positions de principe ou que l'on conserve les yeux grands ouverts en adoptant une approche plus concrète des pouvoirs, l'idée d'une souveraineté partagée paraît dans tous les cas peu recevable.

Quant à la confédération pour laquelle il a paru également tentant de parler de souveraineté partagée, il est à peine nécessaire de l'évoquer. Selon une approche unanime, la confédération ne peut qu'être exclue du cercle de cette notion, dès lors qu'il ne s'agit que de créer une alliance entre des Etats qui demeurent entièrement souverains ; et non de procéder, comme c'est le cas dans le fédéralisme, à une association qui aurait pour objet d'unifier les composantes. C'est assez dire que c'est pour l'essentiel à propos du fédéralisme que la question mérite véritablement l'attention.

## 2) A propos du fédéralisme américain et autres structures fédératives

Sans conteste, c'est en partant de l'exemple américain que la notion de souveraineté partagée exerce une influence. On l'a dit, Tocqueville l'évoquait en n'hésitant d'ailleurs pas à opposer la souveraineté de la Fédération jugée artificielle à la souveraineté plus naturelle des Etats membres : « La souveraineté de l'Union est un être abstrait qui ne se rattache qu'à un petit nombre d'objets extérieurs. La souveraineté des Etats tombe sous tous les sens ; on la comprend sans peine ; on la voit agir à chaque instant. L'une est nouvelle, l'autre est née avec le peuple lui-même. La souveraineté de l'Union est l'œuvre de l'art. La souveraineté des Etats est naturelle [ ] »<sup>28</sup>. Agencé sur une logique de superposition, le système fédéral tel qu'il s'est développé aux Etats-Unis suppose en effet que l'organisation politique de l'Etat fédéré est distincte de celle de l'Etat fédéral et en conséquence que la qualité d'Etat est reconnue aux entités fédérées. C'est cette thèse du « *dual federalism* » qui explique que la Cour suprême a affirmé dans l'arrêt *Printz v. US* du 27 juin 1997<sup>29</sup> le caractère de principe fondamental de la souveraineté partagée (« *dual sovereignty* »), non pas simplement déduit du X<sup>e</sup> amendement mais plus largement de la conception historique et de la pratique constitutionnelle, autant que de la structure de la Constitution et de la jurisprudence de la Cour<sup>30</sup>.

Cette approche est cependant largement contestée au motif que les entités fédérées n'apparaissent pas comme des Etats, au regard du droit international. Sous ce rapport, il s'agit incontestablement d'une facilité de langage car la qualité d'Etat ne peut valoir que dans le cadre interne. Encore convient-il d'en arrêter l'argumentaire. En ce sens, faut-il affirmer que la souveraineté des entités territoriales est le résultat de la reconnaissance formulée par l'Etat fédéral nouvellement constitué ? Ou faut-il considérer qu'il existe une souveraineté initiale ou originaire d'une ou des collectivités « infra-étatique(s) » concernée(s) ? Certes, l'on sait ce qu'il y a de vain dans les recherches sur l'origine des pactes. Elles sont vouées à l'échec dès lors qu'il s'agit de prétendre accéder à une vérité intangible. Et il est devenu classique de considérer que c'est par le biais du pacte constitutionnel que les Etats fédérés ont obtenu certaines compétences réputées régaliennes : comme le pouvoir législatif, le pouvoir d'exercer

<sup>27</sup> C'est ce que soutenait Carré de Malberg en notant que « l'amoindrissement porté par les traités de protectorat à la liberté des Etats protégés » allait dans certains cas « jusqu'à la destruction de leur indépendance », et que le seul fait de consentir par voie de traité à la diminution de leur compétences ne suffisait pas de ce point de vue à considérer qu'ils demeureraient souverains, in *Contribution ... op. cit.*, t. I, p. 89-90.

<sup>28</sup> *De la démocratie en Amérique*, t. I, chap. VIII, Gallimard, coll. Folio, 2008, p. 257.

<sup>29</sup> Cf. Note A. Klebes-Pelissier, *RFDC*, 34, 1998, p. 277 et s.

<sup>30</sup> V. E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, PUF, 2000, p. 1269 et s.

la justice et à l'extrême le pouvoir constituant. Cependant, en suivant la chronologie des faits, il ne paraît pas plus absurde de prétendre que les Etats fédérés aient pu perdre ou plus exactement renoncé à leur souveraineté internationale et néanmoins conservé certaines prérogatives intérieures ordinairement dévolues à l'Etat souverain.

Ce questionnement se pose ó à la vérité ó pour nombre d'Etats qui relèvent de ce qu'il est convenu d'appeler le fédéralisme par agrégation. Que l'on évoque les Länder allemands qui ont eu une existence propre avant la Constitution fédérale de 1949 ou que l'on remonte plus loin dans le temps à propos des cantons suisses et la formation de la Confédération puis de ce qui est devenu le fédéralisme suisse. La problématique vaut nécessairement pour les Etats-Unis dont on sait historiquement que la Constitution n'est devenue fédérale précisément que par le fait et la volonté des Etats confédérés, ainsi que semble le confirmer le préambule de la Constitution du 17 septembre 1787 : « *Nous, le peuple des Etats-Unis, en vue de former une union plus parfaite [í ], ordonnons et établissons la présente Constitution pour les Etats-Unis d'Amérique* » ; ou l'article VII faisant référence à l'établissement de cette Constitution « *entre les Etats qui l'auront ainsi ratifiée* ». Suivant ce regard, il y aurait bien une souveraineté initiale de chacune des entités (devenues) fédérées qui aurait en quelque sorte survécu dans le pacte fédéral. Ce qui donnerait entièrement crédit à la notion de souveraineté partagée ; et explique la démarche suivie par la Cour suprême dans l'arrêt *Printz*, lorsqu'il est soutenu à l'appui des analyses premières de J. Madison (*Le Fédéraliste*, lettre n° 39) que « *Bien que les Etats confèrent nombre de leurs pouvoirs au nouveau gouvernement fédéral, ils retinrent par-devers eux « une souveraineté résiduelle et inviolable »* »<sup>31</sup>.

Toutefois, rien n'est aussi certain. Il y a dans cette affirmation de la fondation contractuelle de l'Etat une véritable thèse, certes, mais une thèse que la doctrine de droit positif dénie en posant comme principe que le fondement et la source juridique de tout Etat réside dans sa Constitution, sans se préoccuper des raisons qui ont présidé à la naissance de l'Etat parce que celles-ci relèvent non pas du droit mais du pur fait<sup>32</sup>. Il est vrai du reste que le propos avancé par la Cour suprême n'est pas exempt de contradictions au regard de la motivation choisie dans d'autres arrêts. La relecture des différentes dispositions constitutionnelles, notamment du X<sup>e</sup> amendement, et l'appui d'autres citations ó parfois de mêmes auteurs ó n'interdit pas en effet de considérer, à toujours lire la jurisprudence, que la souveraineté reconnue aux entités fédérées n'existe que de par la distribution dûment effectuée au moment du pacte constitutionnel fédératif. Il y a là, en réalité, entre la thèse de la fondation contractuelle et la thèse de ce qu'on a pu appeler le « fédéralisme national » une vieille querelle qui rejoint le débat originaire entre anti-fédéralistes (favorables aux droits des Etats membres) et fédéralistes, et dont il a déjà été démontré qu'il était difficile de s'extraire en énonçant une position totalement indiscutable<sup>33</sup>. Que cette querelle, consubstantielle au fédéralisme américain, se reflète dans la jurisprudence de la Cour suprême et aboutisse à cette impression de flux et reflux de l'affirmation de « la souveraineté » des entités fédérées n'est pas en conséquence si étonnant.

Par suite, plutôt que de conclure trop légèrement à la simple affaire de mots, il est plus juste de dire que ce que l'on caractérise par souveraineté partagée ne peut s'entendre que du regard de l'Etat concerné et non d'une perception extérieure ; en tout cas pas celle propre à l'Etat unitaire. Autrement dit, la notion de souveraineté partagée tout autant que la qualité d'Etat reconnue à une collectivité membre d'un Etat fédéral s'inscrivent dans la plus totale

<sup>31</sup> V. E. Zoller, *Grands arrêts ...*, *op. cit.*, p. 1272.

<sup>32</sup> V. sur ce point les analyses de Carré de Malberg, *Contribution ...*, *op. cit.*, t. I, n° 22-23, p. 61-65 et n° 48, p. 132-137, s'appuyant notamment sur Jellinek.

<sup>33</sup> V. O. Beaud, « Fédéralisme et souveraineté », *RDP*, 1998, p. 115-120.

subjectivité normative des Etats. Ce qui contribue très largement à expliquer que le Tribunal constitutionnel allemand puisse affirmer, d'une façon sans doute surprenante pour les juristes français mais somme toute conforme au principe d'autonomie constitutionnelle des Etats, que «*le propre de l'Etat fédéral est que la fédération et les Etats fédérés possèdent la qualité étatique. Cela signifie en toute hypothèse que tant la fédération que les Etats fédérés possèdent leur propre constitution déterminée par eux-mêmes*»<sup>34</sup>. C'est également le cas en Suisse, où la Constitution du 18 avril 1999 évoque la souveraineté des cantons (art. 3) et garantit leur constitution (art. 51). Pour autant, et il convient d'insister sur ce point, dans tous les cas il ne s'agit que de s'opposer au principe d'un gouvernement qui serait entièrement centralisé, jamais de remettre en cause la dimension strictement interne de cette approche qui s'agence somme toute dans une «*distinction entre le national et le local*»<sup>35</sup>.

La dimension purement interne de la qualité étatique n'étant plus à démontrer, faut-il en déduire que la notion de souveraineté partagée ne présente qu'un intérêt très réduit ; qu'elle ne saurait en tant que telle ouvrir un espace de généralisation conceptuelle, puisque toute relative aux Etats considérés, à la fois en ce qui regarde leur constitution et leur histoire ? Ou peut-on néanmoins considérer qu'elle améliore notre représentation du droit et donc notre rapport à l'Etat, en rendant mieux compte du concours des pouvoirs dans les Etats, au point sinon de détricoter la notion de souveraineté du moins de la relativiser ? La doctrine traditionnelle a sur ce point une réponse toute faite en considérant que le principe d'un partage de souveraineté repose en réalité sur une confusion des données juridiques.

## B ó Une contradiction dans les termes selon la critique doctrinale traditionnelle

Deux confusions essentielles présideraient à l'émergence de la notion de souveraineté partagée. C'est ce qu'il est possible de retenir de l'argumentation (parfois elle-même assez confuse) développée classiquement : à savoir d'une part une confusion entre la souveraineté *de l'Etat* et la souveraineté *dans l'Etat* et d'autre part une confusion entre le principe de la souveraineté ó nécessairement propre à l'Etat (englobant) ó et ses attributs. Tandis que la première confusion serait due au mauvais biais choisi dans l'analyse en se défaisant par trop d'une vision globale de la théorie de l'Etat pour se focaliser sur les affirmations des constitutions et les interprétations qui y sont inhérentes ; la seconde serait la conséquence d'une erreur dans la caractérisation juridique de la dévolution des pouvoirs. Il faut constater que ces arguments sont loin d'être sans fondement.

### 1) La confusion entre la souveraineté de l'Etat et la souveraineté dans l'Etat

A l'évidence ce n'est qu'avec beaucoup de précaution qu'il est tout d'abord possible de contester ce que dit une constitution, y compris par l'intermédiaire de la bouche du juge. Mais il n'est pas si difficile que cela d'asseoir ce propos en constatant que des règles de niveau identique et une jurisprudence parallèle et tout aussi régulière que celle précédemment citée contredisent l'idée d'une souveraineté partagée. C'est ce dont témoigne la jurisprudence

<sup>34</sup> BVerfGE 342, 361, cité par C. Grewe et H. Ruiz-Fabri, Droits constitutionnels européens, *op.cit.*, p. 299. Il est notable, outre cette décision du 29 janvier 1974, qu'il existe plusieurs décisions en ce sens : BVerfGE 1, 14 (34) du 23 octobre 1951 ; BVerfGE 6, 309 (347) du 26 mars 1957 ; BVerfGE 13, 54 (74-77) du 11 juillet 1961 ; BVerfGE 34, 9 (19) du 26 juillet 1972 ; BVerfGE 60, 175 (207) du 24 mars 1982 et BVerfGE 72, 30 (388) du 24 juin 1986, cité par C. Fercot, « La diversité des sources des droits fondamentaux : une caractéristique essentielle du fédéralisme. Les exemples des Länder allemands, des cantons suisses et des Etats américains », in Colloque A.I.D.C., 11-15 juin 2007, <http://camlaw.rutgers.edu/statecon/workshop11greece07/workshop11/Fercot.pdf>

<sup>35</sup> Cf. l'arrêt de 1937 *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp*, cité dans l'affaire *US v. Lopez* à propos du pouvoir de réglementer le commerce entre Etats, in E. Zoller, Grands arrêts., *op. cit.*, p. 1178 et 1189.

centralisatrice de la Cour suprême et la théorie des pouvoirs implicites, en particulier à travers l'interprétation faite de la Constitution (dernier alinéa de l'art. I<sup>er</sup>, section VIII) par la décision *McCulloch v. Maryland* de 1819 à propos de la compétence nouvelle conférée au Congrès fédéral de créer une banque fédérale. Du reste, à y bien réfléchir, nul ne peut oublier que si Hamilton, Madison et Jay sont apparus comme « fédéralistes » à l'origine, c'est parce qu'ils se sont montrés partisans de la création de l'Etat fédéral face au maintien d'une confédération, et donc au total partisans d'une forme de centralisation. Que la Cour suprême ait admis l'extension de la compétence fédérale dans le domaine social (*US v. Butler* de 1936), en l'absence d'attributions constitutionnelles expresses ; ou qu'elle ait décidé d'abandonner la théorie du « *double standard* » qui permettait aux Etats du sud de pratiquer la ségrégation raciale, en affirmant la compétence du pouvoir fédéral dans le domaine des droits fondamentaux (*Brown v. Board of Education* de 1954), n'est pas de ce point de vue étonnant, compte tenu des exigences d'harmonisation du droit applicable dans un Etat même à structure fédérative<sup>36</sup>. Par conséquent, il surprend encore moins que le domaine des relations internationales constitue un aspect primordial de cette logique de centralisation ; même si ce n'est qu'en 1920, avec l'arrêt *Missouri v. Holland* qu'est reconnu au Président la compétence pour conclure un traité dans une matière censée, à la lecture de la Constitution, relever des Etats-membres<sup>37</sup>. La cause est entendue avec l'arrêt *US v. Curtiss-Wright* de 1936 qui confirme et systématise les solutions retenues, en posant comme le souligne E. Zoller : « le principe que l'Union tenait ses pouvoirs internationaux de la nature de la souveraineté et non des Etats, et que ceux-ci n'avaient, de surcroît jamais été internationalement souverains »<sup>38</sup>.

C'est assez dire qu'au prétendu « pays de la souveraineté partagée » : le principe d'une souveraineté véritable des Etats fédérés, héritée de la genèse confédérale, a somme toute été très tôt démystifié dans ce domaine particulièrement significatif des compétences étatiques<sup>39</sup>. Et on ne se laissera pas davantage abuser par la disposition de la loi fondamentale allemande (art. 32, al. 3) reconnaissant aux Länder le pouvoir de conclure des traités, dès lors que cela ne se fait que moyennant « l'approbation du gouvernement fédéral ». Tout comme en Suisse, où le pouvoir des cantons de conclure à titre exceptionnel des traités n'est admissible qu'à la condition que les dispositions adoptées ne soient contraires ni au droit et aux intérêts de l'Etat fédéral ni au droit d'autres cantons (art. 56 C.). Certes l'on ne saurait nier la maximisation qui est parfois faite du principe de participation des entités fédérées aux compétences étatiques. En ce sens, l'institution en Belgique d'un partage des compétences entre le Gouvernement fédéral, les trois Communautés et les trois Régions et du principe subséquent « *in foro interno, in foro externo* » qui veut que les compétences des Communautés et des Régions peuvent s'exprimer aussi bien sur le plan interne qu'international<sup>40</sup>. On serait même tenté ici de considérer que cela excède le champ du droit interne (cf. art. 167, §3). Mais une fois encore cela ne s'entend que du regard porté par l'Etat

<sup>36</sup> Certes, il existe dans la structure fédérative une diversité des sources des droits fondamentaux ; ce dont témoignent les constitutions des entités fédérées qui contiennent leurs propres dispositions relatives aux droits fondamentaux et la jurisprudence des cours constitutionnelles de ces entités fédérées. Cf. C. Fercot, *La protection des droits fondamentaux dans l'Etat fédéral. Etude droit comparé allemand, américain et suisse*, Thèse, Paris I, 2010 ; et « La diversité des sources des droits fondamentaux : une caractéristique essentielle du fédéralisme I », art. précité. Toutefois cette diversité est limitée par la primauté du droit fédéral et par l'influence des cours fédérales dans l'homogénéisation de la jurisprudence.

<sup>37</sup> V. E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, PUF, 2000, p. 365 et s. ; et *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Dalloz, 2010, p. 168 et s.

<sup>38</sup> Grands arrêts ..., *op. cit.*, p. 457 ; et Les grands arrêts I, *op. cit.*, p. 224-225.

<sup>39</sup> L'arrêt *Christolm v. Georgia* de 1793 avait déjà admis qu'un Etat fédéré n'est pas souverain, au sens du droit international, Grands arrêts, *op. cit.*, p. 57-61.

<sup>40</sup> F. Massart-Pierard, « Une étude comparée des relations entre entités fédérées au sein du système de politique extérieure en Belgique francophone », *Revue internationale de politique comparée*, 2005/2, Vol. 12, p. 191-205.

et nullement du point de vue de l'analyse de droit international qui ne connaît que de la responsabilité de l'Etat fédéral. On souscrit à cet égard entièrement au point de vue de A. Jallon : « On ne peut déduire de la capacité conventionnelle de l'Etat fédéré le fait qu'il est sujet de droit international, puisque cette capacité ne lui est pas attribuée par le droit international, mais par le droit constitutionnel de l'Etat fédéral »<sup>41</sup>.

Partant, si l'on admet que la distinction entre la souveraineté dans l'ordre externe et la souveraineté dans l'ordre interne constitue, malgré les préventions que l'on peut avoir sur le plan théorique<sup>42</sup>, une réalité constitutionnelle tangible ; on comprend effectivement que la doctrine ait le plus souvent été conduite à considérer qu'il y a une confusion entre la souveraineté de l'Etat et la souveraineté dans l'Etat. Encore convient-il de ne pas confondre consécutivement la souveraineté proprement dite et ses attributs qui peuvent être reconnus aux collectivités membres d'un Etat.

## 2) La confusion entre la souveraineté et la « puissance étatique »

On le sait : de Bodin à Rousseau, de Rousseau aux auteurs contemporains, c'est un leitmotiv d'affirmer que la souveraineté est indivisible<sup>43</sup>. Duguit, appliquant cette proposition à l'Etat français, ne dit pas autre chose lorsqu'il écrit qu'il « résulte [í ] de l'indivisibilité de la souveraineté et de la République qu'aucune collectivité ne peut être investie d'une quote-part de la souveraineté »<sup>44</sup>. Et même à ceux qui comme L. Le Fur considéraient qu'une division de la souveraineté est possible dans l'Etat fédéral, Carré de Malberg répliquait sévèrement que le partage de souveraineté se heurte à « une impossibilité tirée de la nature même de la souveraineté [í ] L'idée même de puissance la plus haute exclut toute possibilité de partage » et ajoutait en s'appuyant sur les propos de Laband et Jellinek que « La souveraineté est entière ou elle cesse de se concevoir. Parler de souveraineté restreinte, relative ou divisée, c'est commettre une *contradictio in adjecto* »<sup>45</sup>. Il se montre encore plus explicite en affirmant : « l'expression mi-souveraineté est formée de termes contradictoires, car la souveraineté, en tant que plénitude suprême de la puissance indépendante, ne peut se concevoir partiellement. En réalité la notion de l'Etat mi-souverain repose sur cette considération que certains Etats tout en étant dépendants d'un Etat supérieur, possèdent dans une mesure plus ou moins large des droits de puissance publique, droits de législation, de juridiction et autres, lesquels droits constituent pour l'Etat qui en est le sujet, une puissance analogue à celle de l'Etat souverain [í ]. Toute cette théorie a le tort de reposer sur une confusion de la souveraineté et de la puissance étatique »<sup>46</sup>. En conséquence, l'auteur invalide la confusion qui s'est établie chez nombre d'auteurs entre la souveraineté et les attributs de la souveraineté ou le cercle des compétences qu'il nomme la « puissance étatique ». Pour Carré de Malberg en effet, si la souveraineté est de définition négative (le caractère suprême d'une puissance au-dessus de laquelle il n'existe aucune autre puissance), la série de pouvoirs qui fait partie intégrante de la puissance étatique s'en distingue en ce que ces pouvoirs peuvent être définis de manière positive tout à la fois comme des droits actifs de domination et comme des pouvoirs publics réglementés qui s'exercent conformément à des limites juridiquement

<sup>41</sup> *Le fédéralisme*, PUF, 1971, p. 69.

<sup>42</sup> Cette distinction a une fonction pédagogique. Les auteurs la reprennent, mais pour généralement conclure, comme Carré de Malberg, que ce « ne sont que les deux côtés d'une seule et même souveraineté », in *Contribution ...*, *op. cit.*, t. I, p. 71-72. V. également S. Rials, « La puissance étatique et le droit dans l'ordre international. Eléments d'une critique de la notion de souveraineté externe », *APD*, 1987, p. 189 et s.

<sup>43</sup> V. F. Lemaire, *Le principe d'indivisibilité de la République Mythe et réalité*, PUR, 2010.

<sup>44</sup> *Traité de droit constitutionnel*, t. II, 1928, p. 120.

<sup>45</sup> *Contribution ...*, *op. cit.*, t. I, p. 139.

<sup>46</sup> *Ibid*, p. 141.

fixées. Critiquant dès lors l'erreur commise par Bodin et qu'avait déjà stigmatisé en son temps Loyseau, il écrit qu'« en prétendant rattacher à la souveraineté tels ou tels pouvoirs déterminés, ils ont perdu de vue que parmi ces pouvoirs, il en est qui appartiennent même à l'État non souverain, c'est à dire non complètement indépendant ». Et l'auteur de dénoncer cette confusion chez Jellinek comme chez Duguit<sup>47</sup>.

Le propos de Carré Malberg, devenu classique, est assurément judicieux. Cependant, on peut lui reprocher de ne pas en tirer de justes conséquences sur la formule de l'État fédéral. Comme l'observe O. Beaud : en cherchant à savoir si l'État fédéral est ou non un véritable État, Carré de Malberg finit par l'assimiler à l'État unitaire en réduisant le fédéralisme à une « technique de décentralisation » qui aurait simplement comme caractéristique d'être plus poussée<sup>48</sup>. Or l'État fédéral n'est pas l'État unitaire ; et nonobstant la nécessité qu'il y a de relativiser l'écart entre les deux modèles, il paraît difficile de prétendre aujourd'hui que le premier n'est qu'une variété du second. Ne serait-ce précisément qu'au regard de la distribution des compétences opérées dans le schéma fédéral. Car là où dans l'État unitaire la souveraineté débouche sur « le principe d'omnicompétence », comme le souligne encore O. Beaud, en donnant à l'État la possibilité de se saisir de toute affaire politiquement importante ; la Fédération « ignore ce principe d'omnicompétence qui lui est structurellement étranger [1] », il lui manque le pouvoir suprême de domination sur l'ensemble du territoire puisqu'elle se heurte à l'existence des États membres dont elle doit respecter les droits<sup>49</sup>. D'où cette conclusion, délibérément concrète, que « le partage du pouvoir (la « division de la souveraineté » pour certains) est *constitutionnellement* garanti »<sup>50</sup>.

Ce faisant, n'y a-t-il pas quelque leçon à tirer du recours à la notion de « souveraineté partagée » dans l'État français ? Faut-il prosaïquement conclure que celui-ci n'est plus un État unitaire, notamment au regard de la Nouvelle-Calédonie ? Ne s'agit-il que d'un mot d'ordre politique, dénué de portée juridique ? Ou la notion s'inscrit-elle au contraire et plus largement dans une perspective, propre à l'air du temps, de remise en cause de l'affirmation du caractère unique et illimité de souveraineté de l'État, en transcendant les clivages entre les différentes formes d'États, devenus décidément de plus en plus relatifs ? Une clarification s'impose.

## **II ó Une notion fonctionnelle plutôt qu'un concept juridique autonome : le maintien du principe de souveraineté**

En raison de l'accroissement des autonomies locales, de la mondialisation ou plus singulièrement de la construction européenne, c'est devenu ó on le sait ó chose banale d'affirmer qu'on assiste dans les États à un infléchissement de la souveraineté. Aussi, paraît-il logique de prendre du recul avec la fiction accreditant l'idée que l'État est le seul producteur de droit. Ceci semble de plus en plus irréaliste au regard du droit supranational comme du droit local qui, dans la perspective nouvelle de fragmentation des sources du droit, tendent à démontrer qu'on quitte la logique traditionnelle d'un centre unique de décision, pour entrer ó ainsi qu'on le prétend de plus en plus ó dans l'ère « post-moderne » du polycentrisme<sup>51</sup>. Que la notion de souveraineté partagée participe du renouvellement du regard sur la dévolution des pouvoirs sonne alors presque comme une évidence (A). Pour autant, est-ce à dire qu'on

<sup>47</sup> Contribution.. , *op. cit.*, t. I, p. 76-77, 141-142, 191-192

<sup>48</sup> O. Beaud, « Fédéralisme et souveraineté », *art. cit.*, p. 93-94.

<sup>49</sup> *Ibid*, p. 105.

<sup>50</sup> Souligné dans le texte, *ibid*, p. 107

<sup>51</sup> J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, p. 659-690.

assiste à la mise en place d'un nouveau modèle ? Peut-on concevoir cette notion indépendamment du principe de souveraineté ? C'est ce qu'il conviendra d'examiner au regard du droit positif (B).

### A ó L'évolution de l'approche de la souveraineté : la multiplication des centres de production du droit

A poser la problématique très concrètement : quel rapport y a-t-il en effet entre l'idée d'une souveraineté partagée et l'évolution de plus en plus manifeste sous nos yeux de la souveraineté ? S'agit-il d'une relation qu'on établit nécessairement entre deux notions contraires qui s'appellent aussi mécaniquement qu'irrépressiblement, mais qui se réfutent mutuellement ? Comme le bruit et le silence, la nuit et le jour. Dans ce cas, et à l'image de la doctrine classique, on ne peut voir dans la souveraineté partagée qu'une manière de dénoncer un état de fait perçu comme anormal par rapport aux dogmes juridiques. Mais peut-être la relation entre ces termes est-elle plus subtile (?) ; et convient-il de s'extraire du diktat doctrinal de l'apparente absurdité de l'oxymore ? Comme le clair-obscur ne constitue plus une simple alliance de mots mais un concept en soi : le principe d'une souveraineté partagée ne paraît plus totalement aberrant ; tant il est vrai que la souveraineté fait plus qu'auparavant l'objet d'aménagements et que l'Etat ne semble plus être, de manière aussi univoque que par le passé, le seul dispensateur de droit.

#### 1) Le renouvellement du rapport à la souveraineté dans le cadre de la construction européenne

Sur ce point, il n'est que d'examiner les interrogations de la doctrine sur la qualité étatique ou pas de l'UE pour saisir les mutations qui semblent s'opérer dans les esprits<sup>52</sup>. Ainsi Vivien Ann Schmidt qui, égrenant les nouvelles terminologies pour décrire l'UE (« organisation supra-nationale post-moderne », « empire néo-médiéval », « futur super-Etat »), la qualifie pour sa part d'« Etat-région » « pour casser » (sic) « l'idée selon laquelle le terme « Etat » ne pourrait être lié qu'à la nation » ; en estimant que cette nouvelle forme d'Etat se « caractérise par une souveraineté partagée au lieu d'une souveraineté indivisible, comme dans un Etat-nation »<sup>53</sup>. Et l'auteur d'affirmer que l'UE est déjà souveraine dans le domaine du commerce extérieur, de la politique de la concurrence ou dans la gestion de la zone euro, à défaut de l'être encore en matière de politique étrangère et de sécurité commune.

Sans doute convient-il de ne pas exagérer la rapidité de l'évolution dans les esprits. Ce n'est qu'à la marge que les auteurs sont portés à considérer qu'on assiste à l'émergence d'un nouveau mode de pouvoir, s'inscrivant en rupture avec le modèle westphalien des Etats-nations. Dans ce registre, les écrits de J. Habermas plaidant à la suite de Kant (cependant différemment et plus fortement que lui, notamment en ce qui concerne la place des droits fondamentaux et des individus) pour une république cosmopolitique caractérisée par un authentique « patriotisme constitutionnel », fruit d'un partage de valeurs communes, sont connus<sup>54</sup>. Ils font débat et ont influé la construction européenne, singulièrement à propos de la

<sup>52</sup> Cf. A. Laquière et A. Paynot, « L'union européenne tend-elle à devenir un Etat ? », *Cahier de la fondation pour l'innovation politique*, novembre 2004, [http://www.fondapol.org/wp-content/uploads/pdf/documents/Etude\\_L\\_Union\\_europeenne\\_tend\\_elle\\_a\\_devenir\\_un\\_Etat.pdf](http://www.fondapol.org/wp-content/uploads/pdf/documents/Etude_L_Union_europeenne_tend_elle_a_devenir_un_Etat.pdf)

<sup>53</sup> Cf. « L'Union européenne crée-t-elle ou détruit-elle la démocratie ? », *Politique étrangère*, 2007/3, p. 518 ; également « « Etat-Région », une nouvelle identité pour l'UE ? », *Politique étrangère*, 2009/3, p. 611-623 ; et *La démocratie en Europe. L'Union européenne et les politiques nationales*, La découverte/Pacte, 2010.

<sup>54</sup> J. Habermas, *L'intégration républicaine*, Fayard, 1998 et *Après l'Etat-Nation. Une nouvelle constellation politique*, Fayard, 2000. V. également les ouvrages précités de J.-M. Ferry.

problématique d'une Constitution dans le cadre de l'UE. Mais rares sont néanmoins ceux qui prétendent qu'on est parvenu à ce fédéralisme international, dépassant les Etats, qu'appelait de ses vœux Proudhon. Loin encore du paradigme postnational, plus nombreux sont ceux qui, parlant d'Europe fédérale, évoquent plutôt l'idée d'une Fédération d'Etats-nations maintenant les souverainetés ; mais dans laquelle la souveraineté partagée n'a pas moins sa place à l'instar des structures fédératives étatiques en procédant à une répartition des compétences<sup>55</sup>.

Quoi qu'il en soit, et quand bien même l'« ordre cosmopolitique » envisagé n'est ni de l'aveu d'Habermas ou de J.-M. Ferry ni que naissant, ceci paraît contredire, dans le principe, la perspective juridique interne où il est posé de longue date par le juge constitutionnel qu'« aucune disposition constitutionnelle n'autorise les transferts de tout ou partie de la souveraineté à quelque organisation internationale que ce soit » (décision 76-71 DC du 30 décembre 1976) ; qu'en conséquence la souveraineté ne peut qu'être nationale et que les organisations internationales ne sauraient disposer de la souveraineté puisqu'elles tiennent leurs compétences des Etats. Toutefois, les concessions de pouvoirs régulièrement opérées au profit de l'intégration européenne et le développement d'une jurisprudence sur ce point plus compréhensive et car moins attachée à la mention de l'interdiction de transferts de souveraineté qu'à l'évocation plus souple des « transferts de compétences » (décision 92-308 DC du 9 avril 1992) ont crédibilisé, à travers la question de l'abandon graduel de la souveraineté à l'organisation européenne, la problématique du partage de souveraineté en imposant de reconsidérer cette même notion<sup>56</sup>. C'est ce qu'exprimait très tôt le juge Pescatore, dans le cadre communautaire, en notant que « nulle souveraineté ne peut plus être considérée comme complète, ni absolue, ni intangible, ni indivisible, ni non aménageable »<sup>57</sup>. Partant, la conception abstraite de la souveraineté semble écartée au profit d'une vision plus concrète, en reliant la souveraineté à des compétences précises ou plus exactement à son exercice. C'est ce que suggère du reste le Conseil constitutionnel, sans doute quelque peu contraint par l'évolution politique et l'adoption des textes communautaires, en isolant différentes compétences et en affirmant concomitamment que les différentes évolutions ne doivent pas porter atteinte aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté ». Reste à savoir lesquelles ? Là réside précisément le mystère, à coup sûr volontairement entretenu par la formule sibylline du Conseil constitutionnel qui (se) donne ainsi de manière très pragmatique la possibilité de mettre un coup d'arrêt au développement de la construction européenne et de sauvegarder, en tant que de besoin, ce qui pourrait être considéré comme l'essentiel des éléments de la souveraineté ; sans toutefois obérer d'avance toute évolution. Qu'il découvre à la suite et selon sa dernière formule et une « identité constitutionnelle de la France »<sup>58</sup> aux fins

<sup>55</sup> Tel est le cas si l'on considère le principe de subsidiarité (art. 5, §3 TUE), les compétences exclusives de l'Union, les compétences partagées avec les Etats-membres et les compétences d'appui (titre I TFUE). Reste, comme le note O. Beaud, que cette « Fédération » ne correspond nullement à du « fédéralisme » au sens étatique. L'UE constitue une forme originale d'unité politique.

<sup>56</sup> V. spécialement F. Chaltiel, *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français*, LGDJ, 2000 ; et J.-M. Favret, « L'intégration européenne et la France : quelques réflexions sur la divisibilité de la souveraineté », *RDP*, 1999, p. 1741-1764.

<sup>57</sup> P. Pescatore, « La constitution, son contenu, son utilité », *Revue de droit suisse*, 1992, p. 51.

<sup>58</sup> Cf. décision 2006-540 DC du 27 juillet 2006 (cons. 19) ; puis décisions 2006-543 DC du 30 novembre 2006 (cons. 6) ; 2008-564 DC du 19 juin 2008 (cons. 44) ; 2010-605 DC du 12 mai 2010 (cons. 18) ; 2010-79 QPC du 17 décembre 2010 (cons. 3 et 4) ; 2011-631 du 9 juin 2011 (cons. 45). Cf. E. Dubout, « « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC*, 2010, p. 451-482 ; D. Ritleng, « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », in *Vers la reconnaissance des droits fondamentaux aux Etats membres de l'Union européenne ?*, Dir. J.-C. Barbato et J.-D. Mouton, Bruylant, 2010, p. 21-47 ; D. Rousseau, « L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne ? », in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Dir. L. Burgorgue-Larsen, *Cahiers européens*, n°1, Pedone, 2011, p. 89-100.

de protéger les principes constitutionnels propres à l'ordre juridique français, inscrit parfaitement dans cette stratégie de compromis entre maintien de la souveraineté et intégration européenne<sup>59</sup>.

Pour autant, l'approche paraît dangereuse, puisqu'elle invite à considérer, avec la multiplication des transferts de compétences, que la souveraineté de l'État se réduit comme peau de chagrin et qu'elle est en conséquence malgré les positions de principe du juge ouverte, dans une logique de répartition des compétences, à un partage avec l'organisation européenne. Ainsi « la puissance de donner et casser la loi » principale marque de la souveraineté selon Bodin qui fait l'objet d'un dessaisissement croissant des compétences au profit de l'UE. De même le pouvoir de « décider en dernier ressort » se trouve malmené puisque les décisions des plus hautes juridictions nationales peuvent être contestées devant les juridictions européennes ; en donnant même le sentiment que la CJUE ou en particulier apparaît comme la Cour suprême d'un système fédéral qui limite la souveraineté des juges nationaux. Sans compter la disparition de certaines compétences, tel le pouvoir de battre monnaie, dès lors que l'Euro est devenu la monnaie commune.

Comme il est net, au regard de la construction européenne, que l'État ne dispose plus de l'exclusivité des compétences, on est conduit à s'interroger aussi sur la plénitude du « pouvoir souverain » dans le cadre interne, dans la mesure où le monopole normatif de l'État semble également remis en cause par l'accroissement de la décentralisation.

## 2) Le renouvellement du rapport à la souveraineté avec le développement de la décentralisation

Par réflexe, sans doute est-il tentant d'écarter cette interrogation puisque, dans le principe, les collectivités ne bénéficient pas dans l'État français d'un pouvoir normatif autonome ; que l'ensemble du titre XII de la Constitution relatif aux collectivités territoriales comme l'article 34 C. obéissent dans leurs principales lignes aux exigences de l'État unitaire excluant un partage du pouvoir politique. C'est ce que laisse d'ailleurs d'emblée supposer le principe d'indivisibilité formulé à l'article 1<sup>er</sup> et l'article 3 selon lequel l'exercice de la souveraineté ne saurait être attribué à « aucune section du peuple ni aucun individu ». *A priori*, ce n'est donc qu'à la marge qu'on trouve des dissonances. Le fait que le Conseil constitutionnel a rapidement admis que le législateur puisse déroger aux articles 34 et 37, pour confier aux assemblées des TOM (aujourd'hui COM) un pouvoir réglementaire dans des matières qui relèvent normalement du pouvoir législatif (décision 65-34 L du 2 juillet 1965) participe de cette logique.

Toutefois la dérogation constitutionnelle introduite par le nouveau statut de la Nouvelle-Calédonie, dans l'attribution qui est faite d'un véritable pouvoir législatif, témoigne à l'extrême de la nécessité qu'il y a de reconsidérer à l'intérieur du territoire national les implications de la souveraineté de l'État. Le recours à l'expression très fédéraliste de « pays à souveraineté partagée » ; la mention à l'article 77 C. de ce que la loi organique, prise après avis de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie, détermine « les compétences de l'État qui seront transférées, de façon définitive, aux institutions de la Nouvelle-Calédonie » confirment à cet égard que le législateur concède de sa souveraineté législative.

---

<sup>59</sup> P. Mazeaud dans ses vœux au Président de la République, le 3 janvier 2005, exprime parfaitement cette stratégie, en voyant dans ce qu'il appelle déjà l'identité constitutionnelle : « l'essentiel de la République ».

Certes, il n'est question que d'une dérogation constitutionnelle aussi importante soit-elle. Mais tout apparaît comme si le cas spécifique de la Nouvelle-Calédonie<sup>60</sup> avait ouvert, par effet de contagion, un espace toujours plus large d'immixtion des collectivités territoriales dans le champ du pouvoir législatif. Ainsi, la possibilité également conférée à la Polynésie française d'intervenir dans le domaine du pouvoir législatif à la suite de la loi organique du 27 février 2004, nonobstant l'affirmation du caractère formellement réglementaire des « lois du pays » polynésiennes ; dans une moindre mesure la possibilité constitutionnellement ouverte pour le législateur d'autoriser les DOM-ROM à fixer eux-mêmes les règles applicables sur leur territoire dans un certain nombre de domaines relevant de l'État (art. 73, al. 3) ; jusqu'à la reconnaissance pour l'ensemble des collectivités territoriales et leurs groupements de la possibilité de déroger à titre expérimental aux dispositions législatives dès lors qu'une habilitation législative est accordée (art. 72, al. 4). Partant, dans cette remise en cause larvée du légicentrisme, on comprend le crédit croissant qui est donné au principe d'un partage de la souveraineté. Tout se passant comme si la relation entre les États et les collectivités infra-étatiques prenait une forme moins autoritaire et tendait à devenir de plus en plus contractuelle et partenariale. Reste qu'il est difficile de prétendre à une véritable remise en cause de la souveraineté car ce serait confondre la souveraineté nationale et ses simples attributs.

## B ó Le partage de certains attributs de souveraineté mais pas le partage de la souveraineté nationale

L'examen du droit positif démontre en effet que s'il existe bien un partage de l'exercice des compétences en Nouvelle-Calédonie comme dans le cadre de l'UE, cela ne va pas néanmoins jusqu'à remettre en cause le principe d'unicité de la souveraineté.

### 1) Le partage des compétences en Nouvelle-Calédonie

A propos de la Nouvelle-Calédonie : l'équivoque vient en réalité de la confusion faite dans le préambule de l'accord de Nouméa (point 5) entre partage des compétences et partage de souveraineté en mêlant les deux expressions dans une même signification : « Le partage des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie signifiera la souveraineté partagée ». Dans son objet politique : cette confusion n'est certainement pas involontaire, en contribuant à l'apaisement du conflit entre la population mélanésienne et celle d'origine européenne et en accréditant plus ou moins la fausse idée d'un partage des responsabilités entre les deux communautés. Mais sur le plan juridique, rappelle-t-on assez que dans l'État unitaire : les pouvoirs ne sont que délégués par l'État, et que ce que ce dernier a donné, rien ne l'empêche en principe de le retirer ?

Certes, le cas calédonien exclut *a priori* cette analyse puisque le transfert des compétences prévu à l'article 77 C. aboutit à ce qu'une nouvelle loi organique ne sera plus en mesure de revenir sur ces compétences<sup>61</sup>. Le point de vue exprimé par Catherine Tasca, rapporteur du projet de loi, illustre à cet égard ce qu'il y a de fondamentalement dérogatoire à la Constitution : « en donnant aux transferts de compétences consentis au territoire un caractère irréversible, tout comme en instituant des lois du pays, l'Accord de Nouméa porte incontestablement atteinte au principe d'indivisibilité de la République. Ce principe qui, en

<sup>60</sup> V. F. Lemaire, « Le statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie », *Le droit constitutionnel calédonien*, colloque Nouméa 12-13 juillet 2010, Dir. C. Chabrot, <http://tv.univ-nc.nc/a400/20100712141502/> ; [http://larje.univ-nc.nc/images/stories/FLemaire\\_Statut\\_constitutionnel\\_NC.pdf](http://larje.univ-nc.nc/images/stories/FLemaire_Statut_constitutionnel_NC.pdf)

<sup>61</sup> Cf. M. Chauchat, « Le principe d'irréversibilité constitutionnelle de l'organisation politique de la Nouvelle-Calédonie », *Le droit constitutionnel calédonien*, précité, <http://tv.univ-nc.nc/a400/20100712162300/> ; [http://larje.univ-nc.nc/images/stories/MChauchat\\_Le\\_principe\\_dirreversiblite.pdf](http://larje.univ-nc.nc/images/stories/MChauchat_Le_principe_dirreversiblite.pdf)

droit strict, correspond à l'indivisibilité de la souveraineté de l'Etat suppose que le législateur soit unique, qu'il détermine le domaine d'intervention des autorités délibérantes locales et puisse à tout moment le remettre en cause»<sup>62</sup>. Mais c'est oublier que cela n'est pas véritablement de nature à remettre en cause l'indivisibilité de la souveraineté dans un Etat qui demeure fondé sur l'unicité de l'ordonnement constitutionnel. Car si le législateur ne peut revenir sur ce qui a été fait, rien n'empêche en revanche le pouvoir constituant de réduire les compétences concédées ; même si l'on conçoit aisément le danger qu'il y aurait à lui faire jouer pareil rôle, en s'inscrivant dans des aussi improbables qu'opportunes palinodies statutaires. En tout état de cause, il est exclu qu'on puisse caractériser la puissance de la Nouvelle-Calédonie par le nom de souveraineté, dans la mesure où elle ne dispose pas selon le critère posé par Jellinek de « la compétence de sa compétence » et n'a pas, comme le dirait Carré de Malberg, la « qualité d'un Etat dont la puissance ne dépend d'aucune autre »<sup>63</sup>. En cela la France demeure bien un Etat unitaire, dans la mesure où les collectivités peuvent à tout moment, quelle que soit la sphère de leur activité, être obligées par la collectivité supérieure qu'est l'Etat.

La Nouvelle-Calédonie n'est certes pas une collectivité territoriale comme les autres. La Constitution illustre au regard de sa place spécifique (titre XIII) par rapport aux collectivités territoriales du titre XII. La jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat confirment cette différenciation<sup>64</sup>. Et les compétences qui lui sont dévolues dépassent, loin s'en faut, celles admises pour les autres collectivités : en transférant les compétences jusque là exercées par l'Etat dans le domaine fiscal, dans le droit du travail mais aussi et suivant l'étape intermédiaire et en matière d'état civil, de sécurité civile, de droit civil et droit commercial, conformément à la loi organique du 3 août 2009. Sans oublier et mais ceci est lié et que la Nouvelle-Calédonie est inscrite dans une logique d'émancipation qui la fait apparaître comme un Etat en devenir. Un Etat virtuel néanmoins ; car, dans le principe, il demeure que c'est seul l'Etat existant (la France) qui décide du calendrier du transfert des compétences jusqu'au stade ultime du processus prévoyant l'autodétermination. L'article 77, al. 2 C. précise à cet égard expressément que c'est lui qui détermine « les compétences de l'Etat qui seront transférées, de façon définitive, aux institutions de la Nouvelle-Calédonie, l'échelonnement et les modalités de ces transferts, ainsi que la répartition des charges résultant de ceux-ci ». Le juge constitutionnel, dans sa décision du 30 juillet 2009, s'est d'ailleurs montré vigilant sur ce point en censurant des dispositions visant à subordonner le décret en Conseil d'Etat à une proposition du Congrès de Nouvelle-Calédonie en ce qui concerne les modalités de transfert des personnels en matière d'enseignement. Une manière de rappeler que le Congrès ne peut s'immiscer dans la détermination de ces modalités qui relèvent de l'Etat. Ce qui inscrit au plus la Nouvelle-Calédonie dans un schéma *fédéralisant* (on ne dira pas *fédéraliste*) mais nullement dans un schéma proprement étatique, et diffuse dans le registre juridique et mais pas nécessairement politique (marqué par les compromis) et cette idée que l'Etat décide ou du moins accompagne les changements opérés.

C'est dire que la notion de souveraineté partagée ne s'entend pas ici d'un point de vue strictement juridique mais uniquement d'un point de vue fonctionnel, dans la mesure où elle est destinée à développer des mécanismes de formation et d'association des « citoyens » calédoniens à certaines compétences régaliennes qui ne seront transférées que dans le cas où la Nouvelle-Calédonie accéderait à « la pleine souveraineté » en obtenant un « statut

<sup>62</sup> JO du 12 juin 1998, p. 4598.

<sup>63</sup> Contribution..., *op. cit.*, t. I, p. 89.

<sup>64</sup> Décisions 2003-482 DC du 30 juillet 2003 ; 2004-500 DC du 29 juillet 2004 ; CE 13 décembre 2006, *Genelle*.

international de pleine responsabilité et l'organisation de la citoyenneté en nationalité »<sup>65</sup>. D'où précisément le caractère transitoire de son statut avant une éventuelle indépendance et l'affirmation alors irréfragable de la primauté d'intervention des autorités calédoniennes devenues autorités étatiques<sup>66</sup>. Pour l'heure il demeure que, même si la Nouvelle-Calédonie dispose déjà des nombreux attributs d'un Etat indépendant (de compétences couramment dites régaliennes<sup>67</sup>), on ne peut prétendre que la souveraineté est partagée, puisque ce territoire dépend toujours de la collectivité supérieure étatique. Autrement dit, à prendre les termes dans la rigueur de leur acception, il n'y a pas dans ce cas transfert (même d'une partie) de souveraineté mais transfert de compétences ou de certaines modalités d'exercice de la souveraineté, jusqu'au dernier stade du processus.

## 2) L'indivisibilité de la souveraineté dans son principe mais la divisibilité des modalités d'exercice de la souveraineté

Du reste, sans se limiter à l'analyse française, nombreux sont ceux qui doutent, même aux Etats-Unis, de la pertinence de la notion de souveraineté partagée. On l'a dit le fédéralisme est mû par une ambiguïté initiale entre la thèse anti-fédéraliste et la thèse fédéraliste. Et il est connu que, depuis les positions exprimées par Madison et divers fédéralistes originels, le courant est très net qui s'oppose à la thèse dualiste de la souveraineté et estime qu'aux Etats-Unis la souveraineté est également une<sup>68</sup>. Selon cette approche, la conception américaine de la souveraineté n'est pas si éloignée que cela d'analyses rencontrées sur le continent européen et ne constitue « qu'une variante de la souveraineté indivisible, une variante adaptée aux principes du fédéralisme »<sup>69</sup> ; mais en soulignant toujours que l'unité de la souveraineté n'est que la conséquence de l'unité du peuple. Ainsi, s'il n'est pas contesté que l'exercice de la souveraineté est divisé entre le niveau du gouvernement fédéral et le niveau des Etats, il est en revanche noté que les développements le plus souvent effectués sur la conception dualiste résulteraient d'une confusion classique entre la source de la souveraineté qui est populaire et donc indivisible et son exercice qui admet un partage de la souveraineté<sup>70</sup>. Confusion à laquelle a semble-t-il contribué Tocqueville, en raison de l'importation mal maîtrisée de doctrines contradictoires mais aussi d'un manque de recul sur le système états-unien.

<sup>65</sup> V. fin du point 5 du préambule de l'accord de Nouméa : « le transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences régaliennes, l'accès à un statut international de pleine responsabilité et l'organisation de la citoyenneté en nationalité seront proposés au vote des populations intéressées. Leur approbation équivaldrait à la pleine souveraineté de la Nouvelle-Calédonie ».

<sup>66</sup> C'est la lecture que l'on peut faire dans le point 4 du préambule d'un « partage de souveraineté avec la France, sur la voie de la pleine souveraineté ».

<sup>67</sup> A. Moyrand souligne très justement le caractère flou de la notion de compétences régaliennes dont « on ne peut pas définir objectivement une liste des matières qui ne pourraient jamais être exercées par les collectivités publiques infra-étatiques car les partages de compétences entre l'échelon central et les échelons territoriaux dépendent de l'histoire de chaque pays », in *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie ...*, *op. cit.*, p. 33. Toutefois, comme le remarque A. Haquet, l'Etat français conserve l'essentiel de ses prérogatives dites régaliennes : justice, défense, monnaie, garantie des libertés publiques et dans une large mesure les relations diplomatiques réservées à l'Etat par la loi organique du 19 mars 1999, in *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 107.

<sup>68</sup> V. J.-P. Feldman, « La conception américaine de la souveraineté », in D. Maillard Desgrées du Loû (dir), *Les évolutions de la souveraineté*, Montchrestien, 2006, sp. p. 95-96.

<sup>69</sup> J.-P. Feldman, *ibid.*, p. 98.

<sup>70</sup> V. T. Chopin, *La République « une et divisible ». Les fondements de la Fédération américaine*, Plon, 2002, p. 17-18.

Toutefois, on sait les limites de cette comparaison qui relève somme toute d'une approche qui vise à mettre l'Etat et sa souveraineté au centre de toute chose en niant ou réduisant les pouvoirs concurrents. De ce point de vue O. Beaud a certainement raison de mettre en garde sur la transposition de réalités du fédéralisme et de son histoire à la situation des Etats unitaires et pour tout dire à la situation française. Reste que si l'on admet avec ce dernier auteur qu'il n'y a pas classiquement dans l'Etat fédéral d'omnicompétence de la Fédération dans le cadre interne (cf. *supra*) ; on peut pour le moins être amené à considérer au regard du cas calédonien que l'Etat français bien que normalement unitaire ne possède désormais plus sur ce territoire ce principe d'omnicompétence. Si la souveraineté s'entend sous cet angle comme l'affirmation de l'indivisibilité des compétences, on comprend alors aisément qu'il puisse être *prétendu* que l'Etat français n'est plus totalement « souverain » et que par suite l'on ait pu affirmer l'existence d'une « souveraineté partagée ». Mais répétons-le, cela ne s'entend que du point de vue de *l'exercice de la souveraineté* et nullement de l'essence de la souveraineté ou de ce qu'on peut caractériser comme la souveraineté nationale, indivisible dans son fondement (le peuple) comme dans son expression la plus haute : le pouvoir constituant.

Partant, il y a certainement beaucoup à méditer quant à l'application de la notion de souveraineté partagée aux cas de plus en plus répandus de collectivités infra-étatiques disposant de prérogatives classiquement dévolues aux Etats. Il suffit en ce sens de sortir de l'hexagone pour constater que la division du pouvoir normatif législatif n'est ni de nature à remettre en cause la souveraineté étatique, ni de nature à introduire un quelconque partage de souveraineté ; tout au plus un partage de compétences décidé par le constituant et strictement contrôlé par le juge constitutionnel. L'Italie comme l'Espagne reconnaissent ainsi l'existence de régions et communautés autonomes sans pour autant invoquer officiellement l'idée de souveraineté partagée. Et plus largement, comme l'on est fondé à dire que dans l'Etat fédéral : les entités fédérées ne sont pas à proprement parler souveraines mais disposent de prérogatives comparables à celle de l'Etat souverain, l'on pourrait être fondé à prétendre qu'une collectivité territoriale comme la Nouvelle-Calédonie dispose ó en reprenant le vocable de Carré de Malberg ó d'une « puissance étatique », si l'affirmation n'était difficile à admettre au regard des habitudes langagières. En effet, exerçant une puissance politique *spéciale* sur son territoire, l'assemblée de Nouvelle-Calédonie ne remet pas en cause l'autorité globale et générale de la puissance politique souveraine de l'Etat central qui s'impose à elle. En premier lieu, par le régime des lois de pays qui est non seulement limité quant à l'étendue des compétences mais qui est aussi placé sous l'autorité de la Constitution de l'Etat. En second lieu, par le contrôle qui est organisé sur ces mêmes lois et relève des organes centraux. Plutôt donc que de prétendre que les collectivités territoriales disposent d'une parcelle de souveraineté et qu'on est en présence d'une souveraineté partagée, il est plus pertinent de dire qu'elles disposent d'une parcelle des attributs de la puissance politique d'un Etat. Il y a ici plus qu'une différence de forme : une différence de contenu, dès lors qu'il est admis que le principe de souveraineté n'est pas réductible à une somme de compétences ; puisque les différents titres de compétences procèdent et dépendent de la souveraineté et ne suffisent pas séparément ou en totalité à définir la souveraineté, notion plus vaste qui peut effectivement se résumer dans l'assertion doctrinale de « la compétence de la compétence ».

\*

En définitive, le regard porté sur la notion de souveraineté partagée peut sembler assez décevant. Car ce qu'on a pu envisager comme une nouveauté ne paraît être que le recyclage

des confusions classiques entre le concept juridique de souveraineté et son exercice<sup>71</sup> ; ou encore l'effet d'interrogations relatives au(x) titulaire(s) réel(s) de la souveraineté en essayant de s'extraire de la dogmatique de la souveraineté nationale. Et si le mot de souveraineté partagée obtient progressivement droit de cité : il convient d'admettre que cela ne s'entend que d'un point de vue fonctionnel, à travers le développement de mécanismes de collaboration et de participation aux décisions politiques ; mais nullement du point de vue formel ou de la théorie juridique encore tout imprégnée du caractère apodictique de la souveraineté étatique qui ne peut, dans son principe, être divisée ou aliénée et dont on dit en conséquence classiquement qu'elle se reconnaît à son indivisibilité. En France, plus spécialement : la prise en considération de ce que la notion de « souveraineté partagée », *a priori* dépourvue de caractère normatif dans le préambule de l'accord de Nouméa<sup>72</sup>, n'est pas reprise dans la loi organique de 1999 ou un des textes subséquents illustre le fait que cette notion ressortit essentiellement du discours politique et a par suite une dimension plus symbolique que prescriptive. De ce point de vue, un changement n'est concevable que moyennant une rupture totale d'avec la représentation mentale de l'Etat et de sa place é encore essentielle à défaut d'être toujours centrale é dans la société internationale.

Le débat sur l'UE où se noue une grande part de l'avenir de la notion de souveraineté partagée conforte la nécessité qu'il y a pour l'heure d'en relativiser la portée, compte tenu non pas uniquement des réserves jurisprudentielles des différentes cours constitutionnelles<sup>73</sup> quant à la remise en cause de la souveraineté étatique é celles-ci étant parfois accusées de souverainisme é mais plus largement de celles textuelles produites par les acteurs politiques qui contribuent encore pour beaucoup à faire de la souveraineté étatique un horizon indépassable<sup>74</sup>. Ce qui ne vaut pas seulement pour les anciens Etats parties à l'UE, comme la France et l'Allemagne, mais aussi pour les plus récents. Ainsi, nonobstant les stratégies de compromis déployées au regard de l'intégration européenne, lorsque sous des formes diverses il est régulièrement souligné par les Etats membres de l'Europe orientale que « la souveraineté n'est pas affectée elle-même par l'accession à l'UE, mais *seulement les compétences qui y sont rattachées* »<sup>75</sup>.

De fait, le seul constat véritablement solide est que la souveraineté strictement lue comme une « puissance absolue », dans ses différentes marques ou attributs, n'existe plus. Mais, a-t-elle jamais existé ? On a certes pu le penser, et pas simplement au temps de Bodin !

<sup>71</sup> On ne confondra pas l'usage de la notion de souveraineté partagée aux fins de contester le principe d'une souveraineté unique avec l'analyse de certains auteurs qui, sans remettre en cause ce principe, cherchent, dans une approche plus pédagogique que positiviste, à identifier les différentes formes de « souveraineté » qui expliquent les relations de pouvoirs et participent à la souveraineté de l'Etat. Ainsi Maurice Hauriou qui décèle outre la souveraineté nationale, la souveraineté de gouvernement et la souveraineté de sujétion, *Précis élémentaire de Droit constitutionnel*, Sirey, 3<sup>e</sup> éd., 1933 et *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1929.

<sup>72</sup> Cf. F. Garde, « Le préambule de l'accord de Nouméa, prologue d'une histoire officielle ? », *RFDC*, 2005, p. 810. Cependant, il n'est pas exclu que le Conseil constitutionnel puisse exprimer un point de vue opposé, en tenant compte du caractère dérogatoire du statut et des potentialités juridiques propres à tout préambule.

<sup>73</sup> Sans détailler, c'est le cas des décisions des tribunaux constitutionnels espagnol et italien. V. en France les décisions 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Maastricht II* ; 2004-505 DC du 19 novembre 2004 relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe ; et 2007-560 DC du 20 décembre 2007 relative au Traité de Lisbonne. V. pour l'Allemagne les décisions *Solange* (29 mai 1974, *Solange I*, 22 octobre 1986, *Solange II*, 7 juin 2000 dite *Solange III*) et plus spécialement la décision du 30 juin 2009 relative au Traité de Lisbonne qui limite la compétence de l'UE en raison de la souveraineté des Etats.

<sup>74</sup> Cela se vérifie dans les constitutions nationales comme dans les mécanismes de prises de décisions dans l'UE qui font encore la part belle aux souverainetés nationales par rapport à une plus grande intégration politique.

<sup>75</sup> V. András Jakab, « La neutralisation de la question de la souveraineté. Stratégies de compromis dans l'argumentation constitutionnelle sur le concept de souveraineté pour l'intégration européenne », *Jus politicum*, n° 1, 2008, sp. p. 14-17, <http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP.Jakab25.6.pdf>. Souligné dans le texte.

C'est cependant aujourd'hui une fiction à laquelle plus personne ne croit ; d'où ce besoin irrépensible de modèles nouveaux : plus orientés vers une mutualisation des compétences, vers des formes collectives et interactives de régulation et donc des formes plus évanescences et insaisissables de gouvernement. Que, dans ce besoin d'utopie et/ou de rationalisation de l'échec du modèle de la souveraineté absolue, on soit tenté de voir un peu partout des fabriques de souveraineté partagée et de gouvernance est donc chose compréhensible ; en particulier dans le cadre de l'UE. Toutefois il n'est pas certain que cette solution soit souhaitée par tous ; notamment par les minorités nationales les plus revendicatives qui n'ont d'autre aspiration que la condition étatique formellement reconnue sur le plan international et n'appréhendent pas toujours favorablement, comme on a pu fort justement l'observer, l'idée d'un « polycentrisme sans souveraineté »<sup>76</sup>.

Sous ce dernier angle, la souveraineté partagée se présentant dans les démocraties occidentales comme une réponse aux demandes d'autonomie et d'indépendance, ne faut-il pas envisager cette forme autolimitée de Pouvoir moins comme une remise en cause de la souveraineté que comme une formule propre à satisfaire principalement l'Etat déjà constitué, en lui permettant de sauvegarder l'essentiel dans l'ordre international comme dans l'ordre interne ? Dira-t-on alors cyniquement que ce n'est qu'une représentation destinée à satisfaire les apparences ; que l'Etat cache sa main de fer sous un gant de velours, de sorte à mieux assujettir ? C'est une image et un soupçon qui n'ont plus de raison d'être, là où partout il est bien compris que l'Etat ne saurait durablement subsister sous une forme autoritaire (une souveraineté sans partage serait-on tenté de dire), en définitive peu respectueuse des spécificités identitaires et ce faisant elle-même porteuse de division de l'Etat. Reste que du discours à la démarche juridique, par quelque bout qu'on prenne la question, c'est poser que la « souveraineté partagée » n'est en toute hypothèse que l'un des avatars de la Souveraineté<sup>77</sup> ; et en conséquence pour l'Etat ó qui voit dans cette forme plus négociée des pouvoirs une manière plus adaptée ou réaliste de se maintenir ó son moderne quoique fragile appareil. En bref, ni plus ni moins un symptôme de ce que la souveraineté, même assouplie et relativisée dans son influence sur la société internationale, demeure le référent essentiel ; de ce que l'Etat, tenant compte des différents lieux de pouvoir, se renouvelle, se transforme, sans prendre congé. Qu'une partie de la doctrine cosmopolite considère globalement que la souveraineté partagée « accroît la souveraineté plutôt qu'elle ne la réduit », en contribuant à résoudre les problèmes nationaux en termes de sécurité et de stabilité, de réduction des dépenses et de coopération économique et technique<sup>78</sup>, ne peut véritablement surprendre et ne constitue qu'un paradoxe apparent.

Et si l'on peut admettre sous un autre regard que la souveraineté partagée n'est que l'expression du temps faible de la souveraineté et pour ainsi dire de son crépuscule avant l'ère

<sup>76</sup> Cf. S. Courtois, « «Droits individuels ou droit des peuples ?» Forces et limites du cosmopolitisme contemporain », *Archives de Philosophie*, 2004/4, t. 67, sp. p. 639-640.

<sup>77</sup> Précisons bien qu'il s'agit de la souveraineté en droit et non en fait ; la souveraineté non appréhendée au regard de considérations sociologiques, économiques ou géopolitiques (ce qu'on appelle la « souveraineté réelle »). Confirmons alors que la souveraineté partagée revêt une dimension plus fonctionnelle que conceptuelle : la notion n'étant déterminée qu'en fonction des modalités de compétences retenues selon les systèmes ; tandis que la souveraineté formelle est identifiée *a priori* et pour ainsi dire de manière fixe et universelle en tant que concept juridique.

<sup>78</sup> Cf. U. Beck, « Redéfinir le pouvoir à l'âge de la mondialisation : huit thèses », *Le Débat*, 2003/3, n° 125, p. 80. En ce sens, il est notable que la vision cosmopolite ne relève pas nécessairement d'un désir de destruction de l'Etat et n'affirme pas univoquement la fin des Etats-nations. Ainsi U. Beck encore : « En transcendant les sympathies nationales et post-nationales, l'Europe cosmopolite ne menace pas l'Etat-nation mais au contraire le prépare, l'aide, le modernise, le change et l'œuvre à l'ère de la mondialisation » (« Réinventer l'Europe. Une vision cosmopolite », *Cultures & Conflits*, 2007/4, n° 68, p. 24, <http://conflits.revues.org/index5183.html>).

« postnationale »<sup>79</sup> ; il n'en conviendra pour le moins que la disparition de l'État, à supposer qu'elle advienne, ne suffira pas *a posteriori* à faire de ce moment dialectique, de simple translation vers un autre système : une synthèse, un concept en soi et dans un monde alors sans souveraineté.

---

<sup>79</sup> Sans préjuger du futur, admettons *a minima* avec Renan l'historicité de la nation : « Les nations ne sont pas quelque chose d'éternel, elles ont commencé, elles finiront [ici] », conférence du 11 mars 1882 (« Qu'est-ce qu'une nation ? »), *Œuvres complètes*, t. I, Calman-Lévy, p. 905.