

# Schengen et Maastricht (★)

(A propos de la décision n° 91-294 DC  
du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991)

Georges VEDEL

*Doyen honoraire de la faculté de droit  
et des sciences économiques de Paris*

I. Avant d'en venir à la teneur même de la décision du Conseil constitutionnel, énonçant que la loi qui autorise l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen n'est pas contraire à la Constitution, l'on peut faire quelques remarques préliminaires.

Tout d'abord, la loi en question n'autorise pas la *ratification* d'un traité, c'est-à-dire de l'instrument conventionnel le plus solennel selon le droit international. Ce qui est en cause est une « convention d'application » d'un « accord » intergouvernemental. Mais, en raison du fait que la convention peut être dite « relative à l'organisation internationale » et, en tout cas, « modifie » des « dispositions de nature législative », son *approbation*, exigée par le même article 53, sans préjudice des effets attachés à l'approbation par l'article 55, ne peut avoir lieu qu' « en vertu d'une loi ». La Convention elle-même aurait pu être déferée au Conseil constitutionnel selon la procédure de l'article 54 réservée au Président de la République, au Premier ministre ou au Président de l'une ou l'autre assemblée. Mais la loi autorisant l'approbation relève de la saisine ordinaire : notamment, par soixante députés ou soixante sénateurs. Bien entendu, le contrôle de constitutionnalité ne porte pas seulement sur le texte de la

loi d'autorisation – ce qui serait maigre – mais aussi sur le contenu de la convention jointe en annexe au texte de la loi.

La deuxième remarque a trait à l'articulation de la saisine. Elle fait état de quatre moyens : méconnaissance de la souveraineté nationale ou du moins de ses « conditions essentielles » ; atteintes aux libertés individuelles et au droit d'asile ; atteinte au principe de l'indivisibilité de la République ; incompatibilité de l'Accord et de la Convention avec les traités communautaires. Dans le cadre ainsi tracé les diverses dispositions de la Convention sont soumises à critique ; certaines d'entre elles relèvent, d'ailleurs, de plusieurs chefs de contestation. Fidèle à son habituelle méthode de rédaction, le Conseil constitutionnel a répondu à chacun des griefs ainsi présentés mais a préféré procéder à cet examen en prenant un à un les articles du Traité mis en cause et en recherchant pour chacun d'eux si un ou plusieurs des quatre moyens énoncés par les saisissants étaient fondés.

La longueur de la décision n'a rien d'étonnant ni, d'ailleurs, d'insolite. Comme dans un nombre de cas qui va croissant, elle tient à la richesse et à la complexité du texte qui doit être examiné, mais aussi à la tendance qui est celle de

(★) Ce commentaire a été écrit avant que le Président de la République ait décidé de saisir le Conseil constitution-

nel du Traité de Maastricht en usant de l'article 54 de la Constitution.

la plupart des rédacteurs de saisines à faire flèche de tout bois et à n'omettre aucune possibilité d'argumentation un peu comme s'il s'agissait d'un pari sportif dans lequel il faut savoir jouer non seulement les favoris, mais aussi les outsiders. Il arrive trop souvent que ceux-ci soient décevants. Qui pouvait espérer que le Conseil constitutionnel accueillerait un moyen fondé sur de prétendues contradictions entre les accords de Schengen et les traités communautaires, alors qu'une jurisprudence constante refuse l'examen du grief d'inconstitutionnalité dirigé contre une loi prétendument contraire à un traité? Existait-il des chances sérieuses de faire accueillir par le Conseil constitutionnel le principe selon lequel tout traité qui ne comporterait pas de clause de dénonciation serait par là même contraire à la Constitution, ce qui équivaldrait à déclarer inconstitutionnelle la règle « *pacta sunt servanda* » et juridiquement inopérante la clause « *rebus sic stantibus* »? Quel résultat les auteurs de la saisine pouvaient-ils, sans sourire, attendre de l'invocation du grand principe de l'indivisibilité de la République pour soutenir que celui-ci serait méconnu si les territoires et départements d'outre-mer n'étaient pas inclus dans l'espace continental défini par l'accord de Schengen?

On notera aussi qu'à plusieurs reprises, le Conseil constitutionnel a relevé que « le moyen manque en fait », formule qui, dans sa sécheresse, indique que les saisissants ont commis une erreur dans la lecture de la disposition qu'ils critiquent.

Tout cela fait souhaiter que les rédacteurs de saisines opèrent un tri raisonnable entre toutes les argumentations qui peuvent leur venir à l'esprit. L'élimination de moyens qui ne font qu'allonger le texte des saisines ne peut que profiter à la prise en considération des autres.

Encore une remarque : les particuliers, individus ou groupements, n'ont pas accès au Conseil constitutionnel. Mais lorsque le Conseil est saisi, rien ne leur interdit de signaler au Conseil constitutionnel, au titre d'une information qu'aucun texte ne prohibe, que telle disposition de la loi déférée, qui n'est pas visée par la saisine, est cependant contraire à la Constitution et doit donc être censurée d'office (sur cette pseudo-saisine, cf. G. Vedel, *La porte étroite, La Vie judiciaire*, 11-17 mars 1991). Dans l'espèce commentée, les saisissants avaient invoqué l'atteinte que, selon eux, la Convention critiquée

porterait au droit d'asile. Mais l'Association européenne « Droit contre raison d'État », jugeant insuffisante l'argumentation produite sur ce sujet par les saisissants, a adressé au Conseil constitutionnel un mémoire (Cf. la revue de l'association en question, *Droit international* 1990, Situation, nos 10 et 11). Naturellement le Conseil n'a fait aucune allusion à cette production qui ne pouvait être qu'officieuse. Mais il semble que les apaisements que renferme sa décision sur la sauvegarde du droit d'asile répondent davantage à l'argumentation « musclée » de l'Association qu'à celle, plus bénigne, des saisissants.

**II.** Le Conseil constitutionnel se trouvait, à propos de la loi qui lui était déférée, aux prises avec deux difficultés.

La première tenait à ce que la divisibilité entre dispositions contraires à la Constitution et dispositions non contraires, miséricordieuse pour nombre de lois, perd ses effets pratiques s'agissant d'une loi autorisant la ratification ou l'approbation d'un traité ou accord international. La loi autorisant la ratification est textuellement indivisible. A supposer que le Conseil constitutionnel utilise une formule empruntée au Conseil d'État et déclare la loi contraire à la Constitution, « en tant que » l'autorisation concerne telle ou telle disposition de la convention (formule qui n'est pas sans précédent : cf. Décis. n° 82-137 DC, 25 févr. 1982, *Rec.* p. 88 – antépénultième considérant et dispositif, art. 1<sup>er</sup>), on n'est guère plus avancé. Le seul effet d'une censure du Conseil constitutionnel, limitée à telle ou telle stipulation de la convention, serait de ne permettre une approbation de celle-ci que sous réserve de la ou des stipulations déclarées contraires à la Constitution. Mais, l'article 137 de la Convention interdit les réserves sauf une étroite possibilité limitée à la matière de l'extradition et à des cas particuliers. Pratiquement donc, une déclaration d'inconstitutionnalité, si limitée qu'elle fût, aurait eu un effet équivalent à une condamnation totale de la Convention. C'est dire que l'enjeu du contrôle de constitutionnalité ne pouvait être modulé : c'était tout ou rien.

L'autre difficulté devant laquelle se trouvait le Conseil constitutionnel venait de la perspective de sa prochaine intervention dans le processus de ratification du Traité de Maastricht. La place

faite par les saisissants au principe de la souveraineté nationale dans leur attaque contre la convention d'application des accords de Schengen préfigure évidemment l'arme principale qui sera mise en action contre le Traité de Maastricht. La sagesse veut qu'un juge, qui voit à l'horizon se profiler une contestation qu'il devra régler, ne se prenne pas au piège d'une affaire pendante devant lui et ne se lie pas d'avance les mains, en énonçant une doctrine lui interdisant ultérieurement un examen totalement libre.

La décision du 25 juillet 1991 n'a rien d'ambigu en ce qui concerne le règlement de la contestation dont elle était saisie. Chaque point abordé par la saisine est posément discuté. Bien plus, *proprio motu* (car ce point n'était pas soulevé), le Conseil, dans ses trois derniers « considérants », a donné une interprétation « neutralisante » des dispositions de la Convention relatives au Comité exécutif, en récusant l'effet direct de ses décisions sur le territoire des États et en indiquant que les mesures de mise en œuvre de celles-ci par la France seront elles-mêmes soumises au contrôle des juridictions françaises.

Mais si la décision, en tant que telle, ne comporte pas d'ambiguïté, sa motivation épouse très étroitement les problèmes concrets posés par la loi déferée et évite les formules abstraites qui préjugeraient plus ou moins directement de solutions à intervenir sur le grand dossier de demain.

**III.** Dans l'argumentation des saisissants, l'appel au principe de la souveraineté nationale qui, selon eux, serait méconnu par nombre de dispositions des Accords, est très largement dominant.

Il suffit de l'évoquer pour retrouver tout le décor d'une vieille guerre dont la première bataille se déroula au milieu des années cinquante à propos de la Communauté européenne de défense. Ce décor se répartit sur trois sites.

Le premier, le plus brumeux, est peut-être au point de vue philosophique ou politique, essentiel — encore que son impact juridique soit faible. Il porte sur le sens de l'adjectif « nationale ». Historiquement, la souveraineté de la Nation fut proclamée par opposition à la souveraineté du Roi. Le premier et seul objet de la formule est, en sauvegardant et en renforçant la

souveraineté forgée par les rois de France, leurs soldats et leurs légistes, de la faire passer de la tête du monarque sur celle des citoyens et donc de donner un nouveau fondement à la légitimité du pouvoir politique et de la société elle-même. La connotation proprement « nationaliste » au sens moderne du terme serait anachronique. La guerre révolutionnaire n'est que celle de la liberté contre les tyrans; l'identité du Français n'est que celle d'un homme libéré et la Constitution montagnarde admet l'étranger à voter s'il a « bien mérité de l'humanité ». L'accent mis sur l'opposition « Français — non Français » viendra plus tard et se trouvera en phase avec la montée du principe des nationalités. Dans son premier sens, la souveraineté nationale était d'abord une revendication de démocratie. Dans un second sens, la démocratie n'est légitime que si elle s'exerce dans le cadre national (Cf. G. Vedel, Les racines de la querelle constitutionnelle sur l'élection du Parlement européen, *Pouvoirs*, n° 2). A la limite, ceci veut dire que, pour les uns, l'État national n'est qu'un des modes d'organisation possibles de la démocratie, avec tout ce que ceci comporte d'interprétations juridiques favorisant le passage à des modes d'organisation trans- ou supra-nationaux; cependant que, pour les autres, le cadre national est un horizon indépassable et qu'une atteinte à la souveraineté qui l'habite est illégitime, fût-elle consentie par une majorité imposante, voire écrasante, de citoyens. On trouvera une illustration de ce second point de vue dans un *obiter dictum* significatif de la saisine : « Sans qu'il soit nécessaire d'ouvrir ici le débat sur le caractère supra-constitutionnel ou non du principe de souveraineté nationale... ».

Ce n'est pas sur ce site extra-juridique de la supra-constitutionnalité que l'essentiel de la bataille juridique peut se déployer. En droit positif, il est difficile de soutenir qu'une révision constitutionnelle appropriée ne pourrait pas lever tel ou tel obstacle, même de taille, que la Constitution opposerait à une convention internationale. Comme au surplus, le Préambule de 1946 reconnaît la possibilité de « limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix », le débat se concentre sur le point de savoir si, *a contrario*, notre Constitution n'interdit pas à tout organe non pourvu du pouvoir constituant d'accepter des « transferts » de souveraineté. Cependant que les uns proposent une distinc-

tion tranchée entre « limitations » et « transferts » (Cf. L. Hamon, *La souveraineté nationale, la Constitution... et les négociations européennes en cours*, D. 1991, Chr. 301), les autres récuse la distinction et donc la prohibition qui concernerait les « transferts » (F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel et la souveraineté nationale*, *Rev. dr. publ.* 1991.1499).

Enfin, le troisième lieu de bataille, plus loin des principes, est délimité par les espèces concrètes dans lesquelles chaque camp s'efforce de montrer que, même si la frontière entre ce qui respecte ou lèse la souveraineté nationale est située là où l'adversaire la voit, les données de l'espèce imposent, en tout état de cause, de lui donner tort.

**IV.** Visiblement, c'est sur ce dernier terrain que la décision que nous commentons a entendu se tenir.

Elle ne comporte aucun écho à la thèse de la « supra-constitutionnalité » du principe de souveraineté nationale et c'est normal puisque les saisissants l'avaient évoquée sans l'invoquer.

En ce qui concerne le débat de principe sur « limitation » et « transfert », le Conseil constitutionnel n'a visiblement pas voulu le privilégier. Ce qu'il y avait de plus net dans sa jurisprudence antérieure était, d'une part, la condamnation des transferts de souveraineté prononcée par la décision bien connue sur l'élection des membres de l'Assemblée des Communautés européennes (Décis. n° 76-71 DC, 29-30 déc. 1976, *Rec.* p. 15) et, d'autre part, la condamnation de toute disposition portant atteinte aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » (Décis. n° 85-188 DC, 22 mai 1985, *Rec.* p. 15). C'est naturellement sur ces deux formulations du respect dû à la souveraineté nationale que s'appuyaient dans le développement de leur premier moyen les auteurs de la saisine. Or, le Conseil n'a ni récuse ni repris à son compte la prohibition des transferts de souveraineté ou des atteintes aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Il a laissé ces deux formules sous la responsabilité des saisissants et a minutieusement examiné si chacune des dispositions contre lesquelles leurs critiques étaient dirigées comportait réellement, selon le cas, l'atteinte ou le transfert prétendus. Le résultat de cet examen étant

totallement négatif, la loi et, par ricochet, la Convention ont pu être déclarées non contraires à la Constitution en esquivant le débat de principe. Il serait trop long de commenter en détail la décision du Conseil. Notons seulement les différents cas de figure que présente le raisonnement écartant les griefs d'inconstitutionnalité.

En certains cas, on l'a dit, « le moyen manque en fait », ce qui veut dire que la disposition critiquée n'a pas le contenu ou la portée que les saisissants lui prêtent : la suppression de certains contrôles aux frontières n'est pas une suppression ou une modification de celles-ci; les articles 61 et 63 de la Convention n'imposent point une obligation d'extrader; le titre IV de la Convention n'autorise point une utilisation du fichier central mettant en péril les libertés individuelles.

Dans d'autres cas, le moyen est « inopérant » (les dispositions du onzième alinéa du Préambule de 1946 sont « sans rapport » avec l'article 2 de la Convention) ou irrecevable (prétendue contradiction entre la Convention et le Traité de la Communauté économique européenne).

Pour le reste, la réfutation des critiques formulées par les auteurs de la saisine est en forme de démonstration ponctuelle. Par exemple, l'article 2 de la Convention prévoyant que le franchissement des frontières puisse avoir lieu sans qu'un contrôle des personnes soit effectué était critiqué tant au point de vue des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté qu'à celui des transferts de souveraineté.

Se fondant sur la définition des « conditions essentielles » donnée par la décision n° 85-188 DC sus-rappelée — à savoir le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la Nation, la garantie des droits et libertés des citoyens —, les saisissants avaient entendu démontrer que chacune de ces conditions essentielles était mise en péril par l'article 2 de la Convention. C'est point par point que le Conseil en une dizaine de « considérants » articule sa réfutation, sans parler d'un dernier « considérant » déniait l'existence d'un transfert de souveraineté.

La même méthode préside à la discussion d'un autre « point chaud » de la Convention, les articles 40 et 41 relatifs à la réglementation de l'observation et de la poursuite transfrontalières.

V. Visiblement, on l'a dit, le Conseil constitutionnel a voulu se tenir « au ras » du dossier qui lui était soumis et n'a pas voulu prendre des positions de principe qui auraient anticipé sur celles auxquelles il ne pourra pas échapper lorsque le traité de Maastricht lui sera, très probablement, soumis. En effet, si les accords de Schengen ne couvrent pas l'ensemble des États groupés dans la Communauté et sont donc des accords internationaux « ordinaires », il faut se rappeler que le Conseil constitutionnel, contrairement à la Cour de cassation, n'a pas jusqu'ici pris en compte la spécificité de l'ordre juridique qu'aurait institué le Traité de Rome. Pour le Conseil constitutionnel, ce Traité est justiciable des mêmes dispositions constitutionnelles que les traités « classiques ». C'est pourquoi, en prenant prématurément parti sur des questions de principe qui se poseront beaucoup plus nettement à propos du Traité de Maastricht, le Conseil constitutionnel se serait lié les mains.

L'expectative s'imposait d'autant plus que la saisine du Conseil paraît certaine et que l'ampleur des problèmes qu'il aura à traiter interdit de les déflorer dans des escarmouches d'avant-garde.

Normalement, il devrait être consulté dans les conditions prévues par l'article 54 de la Constitution : « Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier Ministre ou par le Président de l'une ou l'autre assemblée, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de le ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution. »

Étant donné l'importance politique du Traité et les très sérieuses questions de constitutionnalité qu'il pose, le Président de la République recourra à cette procédure, juridiquement adaptée au cas d'espèce. L'intention du chef de l'État a été clairement annoncée, d'ailleurs.

Le Conseil constitutionnel devra donc examiner un par un les articles d'un Traité volumineux et complexe et indiquer quels sont ceux qui supposent une révision constitutionnelle. Déjà l'on regarde comme inévitable une telle révision pour faire droit aux clauses reconnaissant dans chaque État membre des droits de vote aux natio-

naux des autres États membres (en dépit de l'interprétation ingénieuse que F. Luchaire propose pour l'article 3, alinéa 4, de la Constitution, *loc. cit.* p. 1501). Mais le grand débat portera essentiellement sur les transferts de souveraineté réels ou prétendus qui résultent du Traité et qui, d'ailleurs, sont beaucoup plus saisissables dans le domaine proprement monétaire que dans le domaine politique. C'est alors que l'on saura si les ambiguïtés de la décision « Accord de Schengen » préluadaient ou non à un revirement ou à une inflexion de jurisprudence. La distinction entre les limitations et les transferts de souveraineté, la référence aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, vont-elles s'estomper voire disparaître?

Les supputations sont de sens divers. Pour Léo Hamon, la prise en considération par le Conseil dans la décision « Schengen » des critères traditionnels concernant le respect de la souveraineté nationale et le soin mis à nier que les accords aboutissent à des transferts de souveraineté ou contrarient les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale plaident pour la fidélité à la jurisprudence antérieure. De ces mêmes éléments François Luchaire (*loc. cit.*) déduit au contraire la probabilité d'une nouvelle jurisprudence. Dominique Rousseau (*Rev. dr. publ.*, 1992, n° 1, Chronique de jurisprudence constitutionnelle) va dans le même sens en notant que, même si le Conseil a répondu en termes faisant implicitement référence à la distinction entre transferts et limitations de souveraineté, il a, dans son analyse des diverses clauses de la convention d'application de Schengen, tellement repoussé *en fait* la frontière des transferts que l'on peut se demander si la notion de transfert n'en devient pas purement théorique. En quelque sorte « le crime impossible ». Dans peu de temps on connaîtra l'issue de cette controverse de prospective juridique.

VI. En terminant, on ne peut s'empêcher de faire remarquer que, si le recours aux dispositions de l'article 54 de la Constitution est la voie juridique normale pour aboutir à la ratification du Traité de Maastricht, ce n'est pas la voie politique la plus sûre. En effet, la loi autorisant la ratification ne pourra être mise en chantier qu'après l'aboutissement d'une procédure de ré-

vision sur les points désignés par le Conseil constitutionnel. Cette procédure, régie par l'article 89 de la Constitution, n'est pas facile, comme l'ont prouvé les impasses dans lesquelles ont échoué diverses perspectives de révision et, en dernier lieu, le projet concernant l'exception d'inconstitutionnalité. A cela s'ajoute l'âpreté sans cesse grandissante du combat politique. Il est à craindre que le projet de révision que le chef de l'État serait amené à présenter à la suite de la décision du Conseil constitutionnel rendue en application de l'article 54, même s'il était limité à cet objet précis, soit regardé au Parlement et dans l'opinion comme une motion de confiance envers le chef de l'État et son Gouvernement; l'objet final du processus, à savoir la ratification du Traité de Maastricht, risque d'être bien oublié et l'on peut paradoxalement penser que la majorité potentielle qui semble exister dans les assemblées en sa faveur de déliterait au profit – si l'on peut dire – d'une empoignade de politique intérieure. Quant au recours au référendum sur quelque base que ce soit, il serait chargé des mêmes risques, peut-être aggravés.

Le propos qui précède ne constitue pas une incursion de la politique dans un commentaire juridique. Il ne fait que prélude à un problème de droit : n'existe-t-il pas une autre voie que celle de l'article 54 de la Constitution pour conduire à la ratification du traité de Maastricht?

François Luchaire n'a pas jusqu'ici écrit sur une idée qui cependant est sienne et qui a donné lieu à quelques discussions entre juristes. Selon lui, il serait possible, sans recours préalable au Conseil constitutionnel, que le Président de la République dépose un projet de révision tendant tout simplement à habilitier le législateur à donner l'autorisation de ratifier le Traité de Maastricht. En somme, si cette procédure devait être suivie et aboutir, notre Constitution serait pourvue d'un quatre-vingt-treizième article dont le seul objet serait celui que l'on vient d'indiquer. L'avantage politique serait d'isoler en quelque sorte le problème spécifique de la construction européenne de toute autre entreprise de révision constitutionnelle, de rassurer les parlementaires qui craignent que l'attribution à certains étrangers d'un droit de vote ne prenne valeur de principe et ne déborde le cadre communautaire, d'attester que la procédure suivie est sans rapport avec la politique intérieure française.

Que cette façon de faire puisse procurer le résultat politique espéré et garantir la ratification du traité, ce n'est pas le lieu d'en discuter.

Sur le terrain juridique en revanche, il n'est pas interdit de remarquer que, contrairement à un premier réflexe de rejet, la procédure ainsi imaginée, pour être insolite, ne serait pas moins juridiquement valable.

On ne saurait lui objecter qu'elle interviendrait « en violation » de l'article 54 de la Constitution. En effet, la loi de révision, ayant le même rang hiérarchique que l'article 54, constituerait simplement une dérogation à celui-ci. De même qu'une loi spéciale peut déroger sans aucune irrégularité juridique à une loi générale, un texte constitutionnel spécial peut déroger à un texte constitutionnel général. La règle « *Tu patere legem quam (ipse) fecisti* » qui interdit à une autorité de prendre des décisions individuelles dérogeant à un règlement de même niveau n'est applicable en droit français qu'aux autorités administratives. Elle ne vaut pas pour le législateur (Décis. n° 82-142 DC, 27 juill. 1982, *Rec.* p. 52). Elle vaut encore moins pour le pouvoir constituant.

En effet, l'exercice de celui-ci, même sous sa forme dérivée, dès lors qu'il s'opère selon une procédure appropriée, ne trouve ses limites que dans les clauses constitutionnelles interdisant certaines lois de révision. Dans la Constitution, cette prohibition n'existe *ratione temporis* qu'en cas de vacance de la présidence de la République (art. 7, dern. al.) ou lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire (art. 89, al. 4) et *ratione materiae* pour rendre intangible la forme républicaine du Gouvernement (art. 89, al. 5). Rien n'interdit qu'une révision constitutionnelle ait pour objet de déroger, fût-ce pour régler un cas particulier, à une disposition constitutionnelle en vigueur.

Quant au fait que la Constitution se trouverait ainsi pourvue d'une disposition étrangère à l'objet normal d'un texte constitutionnel, c'est l'occasion de rappeler qu'en droit, il n'existe pas de définition matérielle de la Constitution. Est constitutionnelle, quel qu'en soit l'objet, toute disposition émanant du pouvoir constituant. Sans qu'il soit besoin d'évoquer l'exemple fameux et aujourd'hui périmé des prescriptions de la Constitution suisse relative à l'abattage des animaux de boucherie, on se rappellera que la loi constitutionnelle du 10 août 1926 complétant,

selon son texte même, la loi constitutionnelle du 25 février 1875, avait pour objet de conférer à la caisse de gestion des bons de la défense nationale et d'amortissement de la dette publique une autonomie de « caractère constitutionnel » et de lui affecter certaines recettes fiscales. Après tout, une loi constitutionnelle permettant de franchir une étape de la construction européenne serait moins anecdotique que le texte de 1926.

Si l'on se permet cette digression en marge de notre commentaire, c'est parce qu'elle est l'occasion d'une réflexion sur une perversion latente de la logique juridique. A l'occasion de discussions sur l'abrégement éventuel du mandat présidentiel, on a vu surgir des thèses selon lesquelles la révision constitutionnelle ainsi envisagée serait « nécessairement » applicable au mandat en cours. Et de raisonner sur des « principes » empruntés au droit administratif à propos de l'abaissement des limites d'âge dans la fonction publique. Passe à la rigueur, en cas de silence (peu probable) du texte de révision supposé – encore que les mêmes principes d'interprétation ne gouvernent pas automatiquement la fin prématurée de la carrière d'un préfet et celle du mandat d'un chef de l'État. Mais plus ou moins clairement, on a vu ou entendu soutenir que la révision constitutionnelle devrait être conforme à des « principes généraux du droit » dont l'origine et le titre de légitimité demeurent d'ailleurs mystérieux. De telle sorte que serait frappée d'invalidité juridique une loi de révision qui ne s'appliquerait pas au mandat en cours...

De même, à défaut d'avoir encore pu le lire, on a entendu dire qu'une loi de révision qui aurait pour objet direct de permettre la ratification du Traité de Maastricht méconnaîtrait la Constitution par une sorte de détournement de procédure ou de mépris de ces fameux « principes généraux ». Or, l'idée simple et seule vraie (à moins qu'on ne recourre au droit naturel) est que, sauf les prohibitions rappelées plus haut, le pouvoir constituant dérivé est l'expression de la souveraineté dans toute sa plénitude sous la seule réserve qu'il s'exerce selon la procédure qui l'identifie.

Les sources de cette dérive de la logique juridique sont curieuses. Après une longue période d'effacement, la Constitution a repris, au sein de la hiérarchie des normes et des pouvoirs, la place qui doit être la sienne dans un État de droit. L'existence et l'action du Conseil constitutionnel

ont été probablement le facteur déterminant de cette restauration. Mais, comme dans nombre de phénomènes périodiques, le balancier s'écarte dans un sens, comme il le fit dans l'autre, de la verticale. La Constitution prend figure de règle sacrée immuable. La jurisprudence du juge constitutionnel participe de cette sacralisation. Au-dessus de l'une et de l'autre, d'ailleurs, plane une mystérieuse « supra-constitutionnalité » qui emprunte au droit naturel sa commode plasticité et au droit positif sa vertu de contrainte. La révision de la Constitution rencontrerait ainsi des limites qui ne résultent pas de la Constitution elle-même et qui portent sur le contenu de la révision.

Cette dérive – si elle devait s'amplifier dans l'opinion des juristes et des politiques – serait plus grave qu'une simple erreur de logique. Elle mettrait en cause à plus ou moins long terme l'équilibre démocratique et le contrôle de constitutionnalité.

L'équilibre démocratique repose sur une répartition des compétences se limitant les unes les autres et dont l'effectivité est assurée par les juridictions de nature diverse. Mais il faut bien qu'au-delà de ce réseau de compétences distribuées, il existe un lieu juridique où la souveraineté démocratique s'exerce sans partage. Ce lieu est celui du pouvoir constituant. Le pouvoir constituant dérivé n'est pas un pouvoir d'une autre nature que le pouvoir constituant initial : la Constitution lui donne sa procédure (qui, d'ailleurs, peut faire l'objet elle-même d'une révision comme le prouve la loi constitutionnelle du 3 juin 1958) elle ne borne point son étendue (car même la prohibition concernant la forme républicaine du Gouvernement portée à l'article 89, dernier alinéa, serait tenue en échec par une révision de ce même dernier alinéa).

C'est cette plénitude du pouvoir de révision constitutionnelle qui légitime le contrôle de la constitutionnalité des lois. A celui qui se plaint que la loi votée par les représentants de la Nation ne soit pas souveraine comme la Nation elle-même, on répond que « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ».

Cette formule justifie le contrôle de constitutionnalité, mais elle n'a cette vertu que parce qu'elle sous-entend que l'obstacle que la loi rencontre dans la Constitution peut être levé par le

peuple souverain ou ses représentants s'ils recourent au mode d'expression suprême : la révision constitutionnelle. Si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme Constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts.

## ANNEXE

*Décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991*

(JO 27 juill., p. 10001).

LOI AUTORISANT L'APPROBATION DE LA CONVENTION D'APPLICATION DE L'ACCORD DE SCHENGEN DU 14 JUIN 1985 ENTRE LES GOUVERNEMENTS DES ÉTATS DE L'UNION ÉCONOMIQUE BENELUX, DE LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE ET DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE RELATIF À LA SUPPRESSION GRADUELLE DES CONTRÔLES AUX FRONTIÈRES COMMUNES.

Le Conseil constitutionnel a été saisi, le 28 juin 1991, par MM. Pierre Mazeaud, et autres, députés, dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, de la loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes;

Le Conseil constitutionnel,  
Vu la Constitution;

Vu le décret n° 86-907 du 30 juillet 1986 portant publication de l'accord entre les gouvernements des États de l'union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, fait à Schengen le 14 juin 1985;

CONSIDÉRANT que les auteurs de la saisine défèrent au Conseil constitutionnel la loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985; qu'à l'appui de leur saisine ils font valoir que cette convention est contraire à la Constitution;

Considérant que l'engagement international dont le Parlement a, par la loi déferée, autorisé l'approbation comporte huit titres, un acte final, un procès-verbal complémentaire et une déclaration commune des autorités réunies à Schengen le 19 juin 1990; qu'ont été également portées à la connaissance du Parlement des déclarations du Gouvernement de la République française;

Considérant que les définitions des termes employés dans la convention figurent dans son titre I<sup>er</sup>; qu'en particulier est considérée comme étranger toute personne autre que les ressortissants des États membres des communautés

Gardons-nous que la créature – la Constitution – n'échappe à son créateur – le pouvoir constituant – et que l'exaltation de l'une ne s'accompagne de la mise en cage de l'autre.

Georges VEDEL

européennes; que le titre II intitulé « Suppression des contrôles aux frontières intérieures et circulation des personnes » fixe, par ses articles 2 à 38; un ensemble de règles visant à réaliser cet objectif; que le titre III comprend, sous les articles 39 à 91, des stipulations destinées à promouvoir entre les parties contractantes une coopération en matière de police ainsi qu'une entraide judiciaire; qu'à l'effet de faciliter la coopération entre les services compétents le titre IV de la convention, sous les articles 92 à 119, instaure un fichier informatisé accessible aux seuls États signataires dénommé « système d'information Schengen »; que le titre V, composé des articles 119 à 125, concerne les transports et la circulation des marchandises; que le titre VI énonce, sous les articles 126 à 130, des règles relatives à la protection des données à caractère personnel; que le titre VII, qui comprend les articles 131 à 133, institue pour l'application de la convention un comité exécutif; que le titre VIII intitulé « Dispositions finales » contient, à travers ses articles 134 à 142, des précisions touchant notamment au champ d'application de la convention, à la place qu'elle occupe par rapport à d'autres engagements internationaux et à sa procédure de modification; que l'acte final comporte six déclarations communes aux parties contractantes faites lors de la signature de la convention; qu'en complément de l'acte final, les parties contractantes ont adopté une déclaration commune concernant le champ d'application de la convention et pris acte de déclarations unilatérales faites en rapport avec celle-ci; qu'une déclaration commune des ministres et secrétaires d'État réunis à Schengen le 19 juin 1990 détermine l'objet de discussions ultérieures;

Considérant par ailleurs que, par application de l'article 41, paragraphe 9, de la convention, des déclarations du Gouvernement de la République française définissent « les modalités de la poursuite transfrontalière »;

Considérant que les auteurs de la saisine critiquent à titre principal l'article 2, paragraphe 1, de la convention aux termes duquel, « les frontières intérieures peuvent être franchies en tout lieu sans qu'un contrôle des personnes soit effectué »; que cet article est contesté au motif qu'il porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale et procède à un transfert de souveraineté;

Considérant que selon la saisine, les articles 20, 22, 40 et 41 de la convention procèdent également à un transfert de souveraineté;

Considérant qu'il est soutenu que méconnaissent les droits et libertés de valeur constitutionnelle les dispositions relatives au traitement des demandes d'asile, les articles 41, 61 et 63 de la convention ainsi que son titre IV;