

Otras instituciones que participaron
en este proyecto fueron:



Agence universitaire de la Francophonie



Otras instituciones que participaron
en el coloquio *Constitución e Integración* fueron:



Universidad Externado
de Colombia

Constitution et Intégration

Myriam Salcedo Castro
– *éditeur* –



COLECCIÓN TEXTOS DE JURISPRUDENCIA

© Editorial Universidad del Rosario

© Universidad Mayor de Nuestra Señora del Rosario

© Facultad de Jurisprudencia

© Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains
Rogério Bezerra, Carlos Bernal Pulido, Jean-Michel Blanquer, Fernando Carrillo
Flórez, Manuel José Cepeda, Marie-France Christophe-Tchakaloff, Luc Heuschling,
María Teresa Infante Caffi, Franck Moderne, Amanda Oliveira, Germán Pérez-
Fernández del Castillo, Otto Pfeisemann, Vicente Riccio, Marco Aurelio Ruediger, Víctor
M. Uribe Urán, Alejandro Venegas Franco, Delsy Ventura, Patrick Wachsmann

ISBN: 958-8298-08-3

Primera edición: Bogotá, D.C., agosto de 2006

Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario

Corrección de estilo: Mauricio González

Diagramación: Margoth C. de Olivares

Diseño de cubierta: Ángela María Echavarría

Impresión: Servigraphic Ltda.

Editorial Universidad del Rosario

Calle 13 N.º 5-83 Tels.: 336 6582/83, 243 2380

editorial@urosario.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida
sin el permiso previo escrito de la
Editorial Universidad del Rosario.

Constitución e integración. Facultad de Jurisprudencia.— Bogotá: Editorial Universidad del
Rosario, 2006.

244 p.—(Colección Textos de Jurisprudencia)

ISBN: 958-8298-08-3

Derecho constitucional / Derecho Internacional Público / Democracia / Participación ciudadana
/ Integración económica internacional / Constituciones / Globalización / Democracia — América
Latina / I. Título / II. Serie.

342.02 20

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

CONSTITUCIÓN E INTEGRACIÓN

Actas del Segundo Congreso Internacional de la Association Andrés Bello des juristes
franco-latino-américains. París, Francia, 3 y 4 de junio de 2005. Presidido por el
profesor Jean-Michel Blanquer, Rector de la Academia de la Guyana Francesa.

Organizado con el patrocinio especial del Banco Interamericano de Desarrollo
(BID)

Con el apoyo de:
Ministère des Affaires étrangères (Francia), Ministère de l'Éducation nationale, de
l'Enseignement supérieur et de la Recherche (Francia), Agence universitaire de la
Francophonie AUF (Francia).

Y con la colaboración de:
Fundação Getulio Vargas (Brasil), College of Law-Florida International University (USA),
Universidad Externado de Colombia (Colombia).

Comité organizador del Congreso:
Rosana Cano (Francia, Université Panthéon-Sorbonne Paris 1), Bernardo Carvajal
(Colombia, Université Panthéon-Sorbonne Paris 1 - Universidad Externado de
Colombia), Víctor Flores (Chile, Université Panthéon-Sorbonne Paris 1), Maritza
Formisano (Colombia, Université Panthéon-Sorbonne Paris 1), Domingos Paiva
(Brasil, Université Panthéon-Sorbonne Paris 1), Fernando Pardo (Colombia,
Université Panthéon-Assas Paris 2), Oswaldo Pérez (Colombia, Université Panthéon-
Assas Paris 2 - Universidad Externado de Colombia), Carlos Julio Romero (Venezuela,
Université Panthéon-Sorbonne Paris 1), Fernando Santiago (Brasil, Université
Panthéon-Sorbonne Paris 1).

El Presidente de la Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains
agradece a Alejandro Venegas Franco y a Fernando Carrillo Flórez su respaldo para la
publicación de esta obra, exalta la participación de Bernardo Carvajal Sánchez y de
Myriam Salcedo Castro en la coordinación de la edición de las actas aquí presentadas y
agradece la participación de Rosana Cano y Paulina Andrés en la corrección de los
diferentes textos.

CONTENIDO

Presentación	10	La democracia como principio constitucional en América Latina.....	94
Documento científico. Constituciones e Integración	12	Carlos Bernal Pulido	
Primera mesa redonda		Cooperación judicial, lucha contra la corrupción y defensa	
Integración económica y derecho constitucional		de la democracia: la OEA y su contribución al derecho	
Presentación	26	internacional público de la integración	115
Intégration économique et droit constitutionnel		Víctor M. Uribe Urán	
Marie-France Christophe-Tchakaloff		Los nuevos referentes de la democracia en la globalización	140
Modalidades de integración en América Latina	32	Germán Pérez-Fernández del Castillo	
María Teresa Infante Caffi		Elat constitutionnel, souveraineté et intégration politique	159
Las tensiones constitucionales enfrentadas a la integración	50	Luc Heuschling	
y a la necesaria protección de la diversidad		Tercera mesa redonda	
Alejandro Venegas Franco		Integración por vía jurisprudencial y derecho constitucional	
Intégration, constitution et développement économique:	67	Presentación	
une perspective analytique à partir du cas brésilien		Integración por vía jurisprudencial y derecho constitucional	191
Vicente Riccio, Rogério Bezerra, Marco Aurélio Ruediger, Amanda Oliveira		Oto Pfersmann	
Constitution et intégration économique en Amérique latine	73	La recepción por el juez supranacional de la jurisprudencia nacional	194
Franck Moderne		en América Latina. Aspectos sustanciales y procesales	
Segunda mesa redonda		Deisy Ventura	
Integración política y derecho constitucional		Recepción de la jurisprudencia regional por parte de la Corte	
Presentación	91	Constitucional colombiana	200
Integración política y derecho constitucional		Manuel José Cepeda Espinosa	
Jean-Michel Blanquer		Apports de la Convention européenne des Droits de l'Homme à	
		l'intégration (réception de la jurisprudence nationale)	217
		Patrick Wachsmann	

- Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica. 2000.
- Bull, Hedley. *The Anarchical society: A Study of Order in World Politics*. New York: Columbia University Press. 1977.
- Castells, Manuel. *La era de la información*. México: Siglo Veintiuno Editores. 1999. (Volumen 3 Fin de Milenio, capítulo III).
- Dhal, Robert. *La polarización: Participación y oposición*. México: Rei. 1993.
- Ianni, Octavio. *La sociedad global*. México: Siglo Veintiuno Editores. 1998.
- Informe sobre el desarrollo mundial 1997.
- Jusidman, Clara. "Situación social en el México actual". *La situación social en el México actual*. Cuaderno Teórico 1. 2003, enero-marzo. Causa Ciudadana.
- Kearney, M. "Borders and Boundaries of State and Self at the End of Empire". *Journal of Historical Sociology*. N.º 4. 1991.
- Latinobarómetro. 2002.
- Luhmann, Niklas. *Teoría de los sistemas sociales: articulos*. México: Universidad Iberoamericana. 1998.
- Keck, Margaret E. y Kathryn Sikkink. *Activistas sin fronteras. Redes de defensa en política internacional*. México: Siglo Veintiuno Editores. 2000.
- Pérez Fernández del Castillo, Germán. "Reforma del Estado". Olamendi *et al. Léxico de la política*. México: Fondo de Cultura Económica. 2000.
- Pérez Fernández del Castillo, Germán. "La reforma del Estado en México, un revisión crítica". Camou, Antonio (estudio preliminar y compilación). *Los desafíos de la gobernabilidad*. México: Plaza y Valdés. 2001.
- PNUD. *La democracia en América Latina*. Compendio estadístico. 2004.
- Touraine, Alain. *¿Cómo salir del liberalismo?* México: Paidós. 1999.
- Zolo, Danilo. *Democracia y complejidad: Un enfoque realista*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión. 1992.

Etat constitutionnel, souveraineté et intégration politique*

Luc Heuschling**

Les trois termes du titre (Etat constitutionnel, souveraineté et intégration politique) dessinent un champ problématique qui est au cœur du processus européen. Chacun d'eux rythme à un degré variable selon la constellation du moment la dynamique d'europanisation, soit en l'accélérant, soit en l'inflechissant, soit en la freinant. De par leur rôle central, ils constituent en même temps, pour le scientifique, un poste d'observation stratégique pour essayer de saisir la nature (controvertée) des mutations contemporaines de l'Etat et du droit en Europe². Quelle est, en effet, la situation de l'Etat constitutionnel (c'est à partir de ce pôle que l'on déconstruira le triptyque du titre) sous l'impact de l'intégration? Quel fut, inversement, son influence sur l'évolution de l'intégration dans le passé? A quel avenir est destiné, enfin, le constitutionnalisme? Historiquement, le constitutionnalisme s'identifie à l'Etat constitutionnel: la Constitution est celle d'un Etat, de l'Etat-nation. Le concept d'Etat constitutionnel est un concept aux facettes multiples: en lui s'agrègent plusieurs idées et principes (celui d'Etat-nation, d'Etat de droit, etc.) parmi lesquels la souveraineté est, peut-être, le plus problématique à l'heure actuelle. L'objet de la présente étude est de clarifier conceptuellement les enjeux constitutionnels soulevés par l'intégration. Il s'agit de poser quelques jalons théoriques dans un débat assez touffu et de livrer une lecture globale, en partie subjective (et à ce titre sujette, à son tour, à discussion), du phénomène d'intégration. L'exercice est délicat. L'objet à analyser, l'intégration politique, est un objet complexe, et cela pour au moins quatre raisons qu'il convient d'évoquer de prime abord.

* La bibliografía se halla a lo largo del artículo en las notas al pie para conservar el orden dado por el autor.

** Professeur de droit public. Université de Lille 2.

¹ Faute de connaissances suffisantes sur les différents processus d'intégration en Amérique latine, la présente étude s'appuiera sur le seul exemple de l'Europe.

² Sur le thème des mutations de l'Etat et de l'émergence d'une postmodernité aux contours incertains, voir J. Chevallier. *L'Etat post-moderne*, 2e éd., Paris, LGDJ, 2004.

En premier lieu, le phénomène d'europanisation n'est pas un objet monolithique, mais présente des formes multiples. Il n'y a pas une Europe, mais des Europes, des organisations européennes. Que faut-il, en effet, entendre dans le débat européen par "intégration"? Classiquement, on distingue, en fonction du degré d'approfondissement du lien établi, les organisations internationales dites "d'intégration" des organisations de simple "coopération".³ Si l'on appliquait ce critère strict, il faudrait s'attacher ici à la seule Union européenne (UE), à l'exclusion de tout ce qui a trait, notamment, au Conseil de l'Europe et à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Or, en vérité, eu égard à l'importance tant théorique que pratique de la CEDH, une analyse réaliste des mutations de l'Etat, du constitutionnalisme et de la souveraineté en Europe ne peut en faire abstraction.

Bien que ces évolutions empruntent des formes et techniques parfois différentes, elles sont nées d'une matrice commune: le rejet, après le désastre des deux guerres mondiales, du modèle classique de l'Etat-nation. Aussi le concept d'intégration au sens strict doit-il s'inscrire dans un paradigme plus large: celui de l'interdépendance, de l'interpénétration croissante, tant subtile que voulue, des sociétés nationales au sein d'une société plus large, régionale voire, dans une moindre mesure, mondiale. C'est ce concept d'intégration lato sensu qui sera retenu ici pour délimiter le champ d'investigation.

En second lieu, l'objet à étudier n'est pas un objet figé, car fixe. Il est un phénomène évolutif, instable, car en voie de cristallisation, qui n'a pas encore trouvé sa forme définitive. Cela vaut surtout pour l'Union européenne dont la doctrine ne cesse de souligner le caractère dynamique.⁴ Ce caractère évolutif se reflète jusque dans le concept d'intégration (au sens strict). Celui-ci esquisse un au-delà de ce qui existerait jusque-là: il s'agit de dépasser le monde westphalien des Etats nations; il s'agit même de nouer des liens institutionnels plus forts qu'une simple coopération entre Etats. En revanche, le but ultime de ce mouvement (ce vers quoi doit tendre cette "union sans cesse plus étroite" -préambule du Traité CEE

³ P. Reuter, *Organisations européennes*, 2e éd., Paris, Puf, 1970, p. 35 sq.

⁴ Voir entre autres: J.-P. Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 21 sq.; V. Constantinou, "L'émergence d'un droit constitutionnel européen", *Revue universelle des droits de l'homme*, 1995, p. 445 sq.

et du Traité UE) reste dans le flou. Va-t-on vers quelque chose de connu (une (simple) organisation internationale, une confédération d'Etats voire un Etat fédéral multinational?) ou vers quelque chose d'essentiellement nouveau: l'UE comme une catégorie sui generis dont le nom reste d'ailleurs à inventer? Pour l'instant, on est encore dans la phase dite de "construction", d'"intégration" ou d'"européanisation": tous ces termes désignent moins un résultat qu'un processus. En tant que scientifique, il faut donc saisir l'objet dans son état actuel et dans ses états successifs afin d'essayer d'en saisir la logique immanente, si tant est qu'il en existe une. Or, comme le relève Jean-Paul Jacqué, "le juriste aime les situations claires et il est accoutumé à analyser les situations de manière stricte. Tel le photographe, sa représentation du réel immobilise celui-ci".⁵ On pourrait ajouter qu'il aime les situations claires, nettes, tranchées: la focalisation sur la figure du juge, qui se doit de trancher un litige sur le mode binaire (un fait est qualifié de légal ou d'illégal, un accusé est condamné ou acquitté, etc.), n'est pas sans effet sur la façon de nombre de juristes de concevoir les concepts. L'image (rompeuse) qui est suggérée est celle de concepts aux frontières rigoureusement délimitées ("scharfkantig" diraient les disciples de Carl Schmitt). L'entre-deux, tout ce qui apparaît précisément dans les périodes de mutations et de transitions, et qui ne se laisse point ranger dans les classifications traditionnelles,⁶ est nié dans son existence: on le décrit/décrite comme une "monstruosité"⁷ et, au lieu de penser cette mixité, de la prendre au sérieux, on essaie à tout prix de faire rentrer l'objet dans l'une ou l'autre des catégories connues.

⁵ Ainsi, selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande (voir sa célèbre décision Maasricht du 12 octobre 1993), l'UE est ni un "Bundesstaat" (Etat fédéral) ni un simple "Staatenbund" (confédération d'Etats), mais un "Staatenverbund" (ce que l'on traduit, en français, tantôt par "union d'Etats" ou par "groupement d'Etats"). Le contenu de ce néologisme allemand, forgé par la Cour, reste toutefois à définir: on a là, certes, un mot, mais pas encore un concept totalement opératoire.

⁶ J.-P. Jacqué, "Cours général de droit communautaire" in *Collected Courses of the Academy of European Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1991, vol. 1, p. 247.

⁷ Cf. S. Oeter, "Föderalismus" in A. von Bogdandy (dir.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Berlin, Springer, 2003, p. 75; L.M. Díez-Picazo, "Citoyenneté et identité européenne", in G. Cohen-Jonathan, J. Duchétil de la Rochère (dir.), *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis/Buyfiant, 2003, p. 170.

⁸ Topique: D. Rousseau, "Traité constitutionnel", un monstre juridique", *Le Monde*, 22.10.2002, p. 17.

Al inverse, si l'on admet l'entre-deux pour ce qu'il est (un acte mixte⁹ ou hybride, de nouvelles perspectives intellectuelles s'ouvrent, qui permettent de cerner de plus près la réalité actuelle et les options de l'avenir. Ainsi, on est amené entre autres à s'interroger, si ce mélange est stable dans le temps (il constitue le point d'aboutissement de l'évolution) ou instable (il n'est qu'un état de transition vers autre chose).¹⁰

En troisième lieu, cet objet doit être envisagé à partir d'une pluralité de points de vue. L'UE est une structure polycentrique à la construction de laquelle participent, à partir de points de départ différents, une pluralité d'acteurs:¹¹ d'un côté, (ou en bas), les Etats qui, entre autres, élaborent les traités fondateurs; de l'autre, (ou en haut) les instances communautaires qui, par leur pratique et leur interprétation desdits traités, contribuent à leur tour à la définition de l'identité de la structure européenne. Or, sur une question aussi cruciale que celle du rapport entre le droit communautaire et les constitutions nationales – qui définit la "rôle of recognition" (Hart) (du système dans son intégralité), les opinions des uns et des autres divergent. Alors que la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) clame de façon constante la suprématie du droit communautaire, certaines juridictions nationales revendiquent, d'ailleurs selon des critères et avec des effets variables, la suprématie de leur Constitution nationale. Le pluralisme se déploie donc à la fois sur le plan vertical (le "haut" et le "bas") et sur le plan horizontal (le "bas" ne se résume pas à une seule position). Chaque pays apporte à l'Europe son propre imaginaire conceptuel, sans que celui-ci soit d'ailleurs figé dans le temps. Les concepts ou mythes fondateurs, qui sont à la racine des Etats, et qui sont injectés dans le processus d'intégration (les concepts

⁹ Sur l'idée d'acte mixte, cf. P.M. Dupuy, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 1998, n°137, p. 138.

¹⁰ Il s'agit là d'une problématique bien connue des historiens. La grille d'analyse ici proposée s'inspire du débat d'outre-Rhin sur la nature de la monarchie dite constitutionnelle de l'Allemagne du XIX^e siècle. Voir E. W. Böckenförde, "Der deutsche Typ der konstitutionneln Monarchie im 19. Jahrhundert", in id., *Recht, Staat, Freiheit*, 2e éd., Frankfurt, Suhrkamp, 1992, p. 273 sq. ¹¹ Lire l'analyse percutante de N. MacCormick, "Beyond the Sovereign State", *Modern Law Review*, vol. 56, 1993, p. 1 sq. L'éminent théoricien écossais insiste sur la nécessité de dépasser ce qu'il appelle "a monocultural view of things", c'est-à-dire "a narrow one-state or Community-only perspective", p. 5.

d'Etat, d'Etat de droit, de souveraineté, de Constitution, de fédéralisme, etc.) sont des concepts à géométrie variable. Leur contenu et leur poids respectifs varie et dans l'espace et dans le temps. Ainsi, le souci manifesté pour la souveraineté a cyclé avec des bas (l'immédiat après-guerre) et des hauts (à l'époque de de Gaulle, lors du traité de Maastricht, etc.). La construction du tout, de l'ensemble, moment donné, à des recoupements. Le scientifique, s'il veut saisir la problématique de l'Europe dans son intégralité, doit donc adopter à tour de rôle ces points de vue multiples, c'est-à-dire un regard circulaire. Une théorie qui se contente d'appréhender l'objet "Europe" avec des catégories intellectuelles construites exclusivement à partir d'un seul droit national, méconnaît son objet.¹²

La quatrième difficulté, d'ordre politique, a trait à une certaine stratégie servant à comprendre le monde, mais aussi des vecteurs d'action ou d'inaction: ils agissent sur les esprits. Ainsi, dans le débat politique sur l'Europe, il est certains mots qui font peur et scandale, tels le fameux "F-word" (i.e. le fédéralisme) ou d'autres encore (peuple européen, Etat européen, etc.). Si l'on tient à obtenir l'adhésion de certains Etats ou individus, il vaut mieux éviter ces mots, quitte à introduire, en catimini, dans les textes juridiques la chose, mais non le mot (...).¹³ La

¹² Pour des aperçus comparatistes, voir C. Grewe & H. Ruiz-Fabí, *Droits constitutionnels européens*, Paris, Puf, 1995, p. 201 sq.; J. Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, 4e éd., Paris, LGDJ, 2002, p. 911-1076; B. de Witte, "Sovereignty and European Integration: the Weight of Legal Tradition", in A.M. Slaughter, A. Stone-Sweet & J.H.H. Weiler (éd.), *The European Court and National Courts. Doctrine and Jurisprudence*, Oxford, Hart, 1998, p. 277 sq.; A. von Bogdandy, P. Cruz Villalon, P.M. Huber (dir.), *Das Publikum Europäerum. Handbuch des öffentlichen Rechts in Europa*, t. 1, Heidelberg, Müller, à paraître en 2006.

¹³ Encore faut-il se garder de tomber dans le piège populiste d'une accusation tous azimuts et est avérée dans le cas du "F-word". Il n'en reste pas moins que l'hypocrisie (ou la timidité) de ce concept de fédéralisme (mais non celui d'Etat fédéral) à l'UE, le mot a été rayé de ceux traités établissant une Constitution pour l'Europe où il figurait initialement. Il fut remplacé par l'adjectif plus lisse, et moins parlant, de "communautaire", sans que pour autant le fond ne s'en trouve modifié. Cf. E. de Foncin, *Vers une Constitution européenne. Texte commenté du projet de traité constitutionnel établi par la Convention européenne*, Paris, éd. 10/18, 2003, p. 81.

tâche du juriste scientifique, qui est de qualifier et, le cas échéant, de requalifier un acte, s'en trouve plus ardue. En même temps, elle est d'autant plus indispensable.

C'est à la lumière de ces précautions méthodologiques qu'il convient d'aborder le fond de la question. Dans un premier temps, il s'agit de revenir en arrière afin d'éclairer ce qu'était le paradigme classique de l'Etat constitutionnel. L'Etat-nation connaît son heure de gloire précisément aussi parce qu'il est un Etat constitutionnel. On verra ensuite, dans un second temps, en quoi ce modèle, après sa faille au cours du XX^e siècle, se transforme et s'ouvre, non sans quelques résistances, au processus d'intégration. C'est l'heure de l'échec et de la gestion de cet échec par l'Etat constitutionnel (gestion qui aboutit à la dissémination des éléments constitutifs de l'Etat constitutionnel). Reste (et ce sera l'objet de la conclusion) à tirer le bilan de ces mutations et à s'interroger sur les formes de rédemption du constitutionnalisme au niveau européen.

L'apogée de l'Etat ès qualité d'Etat constitutionnel

Retour en arrière: il s'agit ici de restituer le modèle classique de l'Etat-nation tel qu'incarné dans l'Etat constitutionnel, afin de pouvoir mesurer par la suite jusqu'à quel point l'intégration politique s'inscrit contre, au-delà ou dans le sillage de ce modèle. L'Etat est né, dans la seconde moitié du Moyen Age, de la volonté des rois de monopoliser les diverses prérogatives politiques jusque-là disséminées au sein de la polycratie féodale. Le concept de souveraineté, théorisé par Bodin, est l'arme intellectuelle qui va contribuer, avec la force armée, à asseoir l'omnipotence du roi à l'intérieur du pays (la subordination des seigneurs féodaux) et son indépendance vis-à-vis de l'extérieur (la répudiation des structures politiques universelles que furent, d'une part, la *res publica christiana* et, d'autre part, le Saint-Empire romain germanique). Cet Etat s'inscrit d'emblée dans un rapport conflictuel avec le monde extérieur. L'idée d'exclusivité véhiculée par les premières théorisations de la souveraineté (chacun est maître chez soi) est à l'origine d'une dynamique de fractionnement et de cloisonnement du monde politique qui est, mutatis mutandis, le pendant inverse de l'actuel mouvement d'intégration ou de décloisonnement. L'apogée des monarchies territoriales signe l'arrêt de mort de l'empire et, partant, de tout pouvoir supranational. La régulation juridique (si droit il y a) des rapports transfrontaliers

relève désormais d'un droit international, qui est précaire et fragile. L'impuissance de l'ordre international (B) ne fait que refléter, en creux, la puissance de l'Etat (A). Cette situation est, certes, due en partie à des rapports de force, mais aussi (et c'est ce qu'il convient de souligner ici) à la forte légitimité que tire l'Etat, de l'intérieur, de sa qualité d'Etat constitutionnel.

Les trois piliers de l'Etat en tant qu'Etat constitutionnel

Ce qui fait la force morale et le prestige du modèle étatique à partir des Lumières et encore à l'heure actuelle – chez ceux qui s'opposent, en son nom, à l'intégration politique –, c'est que l'Etat n'est pas (n'est plus) un pouvoir despotique, arbitraire, absolutiste, mais qu'il est un Etat constitutionnel. Un mot sur le syntagme "Etat constitutionnel": par là est désigné ici, par stipulation, le type d'Etat issu des idées de 1789, des Lumières ou des théories du contrat social, par opposition au type d'Etat précédent que fut l'Etat absolutiste. L'objet visé est donc un phénomène européen,¹⁴ alors que le terme lui-même est plutôt spécifique à la culture germanique ("*Verfassungstaat*").¹⁵ La spécificité de cet "Etat constitutionnel" réside dans le fait qu'il agrége plusieurs traits saillants qui, par la suite, sous l'impact de l'intégration européenne, vont être dissociés. Cet Etat est, en effet, un Etat souverain, un Etat démocratique et un Etat de droit. Ces trois éléments sont localisés et concentrés à l'échelon national.

Le premier trait saillant de cet Etat est l'idée de la souveraineté (envisagée du point de vue de son étendue).¹⁶ L'Etat, même après 1789, se veut le gardien de la conception moniste du pouvoir que véhicule la théorie de Bodin. Le pouvoir

¹⁴ Pour une histoire européenne de l'Etat, voir R. C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

¹⁵ En Europe, la terminologie des Lumières et des penseurs du XIX^e siècle pour désigner le pouvoir politique moderne est des plus variées: "Etat" (sans autre précision), "Staat", "Stare", "Rechtsstaat", "Verfassungsstaat", "Commonwealth", "République", "Republik", "régime constitutionnel", "société politique", etc. Cf. L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002.

¹⁶ Sur les différentes facettes du concept de souveraineté, voir par ex. M. Troper, "L'Europe politique et le concept de souveraineté", in O. Beaud, A. Lechevallier, I. Pernice, S. Staudel (dir.), *L'Europe en voie de constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 117 sq.; H. Steinberger, "Sovereignty" in R. Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, North-Holland, 2000, p. 500 sq.

politique est pensé au singulier (un pouvoir) et non au pluriel: il existe un seul centre de pouvoir, localisé dans la capitale, qui, soit exerce lui-même toutes les prérogatives politiques, soit en délègue certaines à des instances subalternes. Dans cette présentation synthétique, il convient en vérité, pour la clarté du propos, de distinguer deux acceptions possibles de ce terme polysémique: a) La souveraineté peut, d'une part, être définie comme la totalité des compétences politiques. Une instance (le roi, la nation/le peuple) détient et, surtout, exerce l'intégralité des attributs particuliers attachés à la souveraineté (faire la loi, rendre justice, battre monnaie, lever l'impôt, signer des traités, faire la guerre, etc.). Elle est omnipotente. Appliquée dans toute sa rigueur, cette idée aboutit au rejet de toute séparation des pouvoirs, horizontale¹⁷ ou verticale.¹⁸ b) La souveraineté peut, d'autre part, être définie de façon restrictive comme une seule prérogative, la prérogative ultime, la plus éminente, celle qui conditionne l'attribution de toutes les autres, et que les auteurs allemands appellent la "*Kompetenz-Kompetenz*" ou "*Kompetenzhoheit*" (la compétence des compétences).¹⁹ C'est la faculté du souverain (s'il le souhaite) de disposer librement de tous les autres pouvoirs. Historiquement, les deux aspects a et b sont inhimement liés: la revendication par les rois de la souveraineté au sens de la *Kompetenz-Kompetenz* a servi à faire émerger la souveraineté au sens de l'omnipotence. Or d'un point de vue analytique, les deux aspects doivent être différenciés: il se pourrait qu'une instance soit le titulaire ou la source de tous les pouvoirs sans en exercer aucun. Elle pourrait être souveraine au sens b) sans être souveraine au sens a). A l'heure actuelle, on constate précisément une dissociation croissante entre les deux aspects de la souveraineté.

Le deuxième trait saillant de l'Etat (de l'Etat constitutionnel) est qu'il est fondé sur la souveraineté de la nation (ou du peuple). L'existence d'un pouvoir si énorme, si monolithique hérité des rois, pouvait inspirer une certaine crainte aux Lumières. L'Etat n'est-il pas, après tout, présenté sous les traits du

¹⁷ C'est le principe de la concentration des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire entre les mains du roi à l'époque de l'absolutisme.

¹⁸ Dans la grande majorité des pays d'Europe, l'Etat se présente initialement comme un Etat unitaire centralisé.

¹⁹ R. Zippelius, *Allgemeine Staatslehre*, 13e éd., München, Beck, 1999, p. 60.

monstre biblique Léviathan chez Hobbes? Or, dans l'esprit de Rousseau et de ses disciples, les dévies potentielles de la souveraineté sont empêchées in nuce par l'attribution de ce pouvoir au peuple. Etant donné que le pouvoir qu'il s'agit, en 1789, de démocratiser (la souveraineté de l'Etat royal) est concentré à l'échelon national, il s'ensuit ipso facto que la démocratie instituée est une démocratie nationale, que le peuple est le peuple national.

Le troisième trait saillant de l'Etat constitutionnel est son rôle de garant des droits de l'homme. La souveraineté est envisagée ici du point de vue de ses finalités axiologiques. L'Etat assoit sa légitimité à l'égard d'acteurs concurrents sur la prise en charge des valeurs fondamentales de la société: à lui d'assurer la paix et l'ordre public grâce à sa force armée, dont ne disposent point les instances internationales; à lui de garantir, au niveau national (grâce notamment à la Constitution nationale), les droits de l'homme alors même qu'il s'agit de droits par définition universels; à lui encore d'assurer, par des services publics, la solidarité qui est définie comme une solidarité nationale (et non comme une solidarité infranationale, supranationale ou sociétale). L'Etat se présente donc sous les couleurs avenantes de l'Etat libéral, voire de l'Etat-providence (*Welfare state*, *Sozialstaat*).

Ainsi conforté dans sa légitimité, l'Etat se trouve en position de force à l'égard de l'ordre international.

La fragilité de l'ordre international fondé sur la volonté des Etats

Comment s'insère l'Etat ainsi défini au sein de la communauté internationale? D'ailleurs, existe-t-il une société au-delà de la société nationale? La question peut paraître iconoclaste. Pourtant, il faut se souvenir que l'une des deux finalités de la souveraineté du temps des rois est précisément de saborder les structures supranationales à vocation universelle/multinationale que furent l'Eglise et l'Empire. De même, selon l'imaginaire de la théorie du contrat social, la société nationale, organisée dans et par l'Etat, est sinon le seul, du moins le premier centre du monde. A la sortie de l'état de nature, le contrat social fait naître d'abord l'Etat, qui fait figure de foyer de la civilisation, du progrès et du droit. C'est seulement à partir des Etats que peut, éventuellement, naître un ordre juridique international plus ou moins ambiguëux.

Le monde se définit donc, de prime abord, par la juxtaposition d'Etats souverains, car indépendants, ce à quoi correspond l'ordre politique établi par les traités de Westphalie de 1648. L'interaction entre ces Etats peut prendre quatre formes selon une échelle croissante: a) le modèle de l'Etat monade: replié sur lui-même, l'Etat s'isole du monde en adoptant des politiques de protectionnisme, d'autarcie ou d'isolationnisme; b) le modèle de l'Etat guerrier et impérialiste: c'est ce à quoi correspond, sur le plan théorique, la vision de Hobbes (selon lequel l'état de nature se perpétue dans les relations internationales) et, sur le plan historique, la politique expansionniste et colonialiste des grandes puissances européennes qui font librement usage de leur *ius ad bellum*; c) le modèle de l'Etat inséré dans le commerce juridique interétatique: l'Etat noue des relations juridiques avec ses voisins par le biais de traités. Selon cette vision, le droit international public est un droit par essence interétatique. Son domaine est circonscrit à un domaine plutôt réduit, puisqu'il ne vise que les relations entre les gouvernements. L'Etat faisant écran, les traités ne s'adressent pas directement aux individus. De peu de poids du point de vue quantitatif (l'essentiel du droit est du droit interne, national), le droit international public occupe en outre une place réduite à l'intérieur des systèmes juridiques nationaux: soit, dans le modèle dualiste anglais, il n'existe que dans la mesure où il est "dénaturé" car incorporé en droit interne par une loi du parlement, qui seule peut lier les sujets; soit, dans le modèle moniste français de la III^e République, il a le même rang qu'une loi à raison de l'autorisation parlementaire de ratification. Dans les deux cas, il suffit que le législateur adopte une loi postérieure contraire pour que le traité soit dépourvu de tout effet en droit interne; d) le modèle d'une République cosmopolitique telle que esquissée dans les divers projets de paix perpétuelle du XVIII^e siècle (Kant, Rousseau, Abbé Saint-Pierre, etc.) ainsi que dans les projets des "Etats-Unis d'Europe" (V. Hugo) du XIX^e siècle.

Ce dernier modèle est resté, comme l'on sait, à l'état d'utopie. Dans les faits, ce sont les trois premiers modèles qui ont prévalu. La souveraineté est ainsi la pierre angulaire d'un nouvel ordre juridique international dont l'ampleur varie au gré des volontés des Etats. Ceux-ci peuvent hésiter, notamment, entre le premier modèle (une souveraineté hermétique, car close sur elle-même) et le troisième modèle (une souveraineté poreuse, car ouverte sur le monde). A ce sujet, il faut mettre en

exergue une contradiction qui parcourt les théories de la souveraineté, contradiction qui est souvent ignorée mais qui, au XX^e siècle, n'a cessé de se creuser. En doctrine, il est d'usage de présenter les versants interne et externe de la souveraineté comme les deux faces d'une même médaille, à l'image du Dieu Janus.²⁰ Or, ce même mot se prête à des usages radicalement opposés selon que le locuteur se situe en droit interne ou en droit international.²¹ Historiquement, le concept de souveraineté, qui a été inventé d'abord par le droit interne, est tendue par une dynamique centrifuge: la souveraineté sert de justification aux rois absolus pour monopoliser les pouvoirs politiques jusque-là disséminés sur plusieurs échelons. L'idée d'exclusivité s'inscrit contre tout ordre supranational tel qu'il incarné dans le pape et l'empereur. Cette logique resurgit à l'heure actuelle lorsque le droit constitutionnel érige le concept de souveraineté en obstacle à l'intégration européenne.²² A l'inverse, la conception de la souveraineté mise en avant par le droit international, notamment dans la célèbre affaire *Winbleton* de 1923,²³ aboutit à une logique centrifuge: selon le droit international, la souveraineté est ce qui permet à l'Etat de s'autodéfinir et, le cas échéant, de renoncer à certains

²⁰ Cf. par ex. B. De Witte, *op. cit.*, p. 279.

²¹ Cette divergence de point de vue est mise en exergue par L.M. Diez-Ficazo, "Les pièges de la souveraineté" in R. Delhoussé (dir.), *Une Constitution pour l'Europe?*, Paris, Presses de sciences po., 2002, p. 59 sq. et J. Combacau, "La souveraineté internationale de l'Etat dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 9, 2000, p. 113 sq.

²² Voir, à titre d'illustration, la jurisprudence du Conseil constitutionnel français sur les antécédents aux "conditions essentielles d'exercice de la souveraineté": le concept de souveraineté de pourvoir ratifier le traité. Une simple loi ne suffit pas. Certains auteurs français, comme Léon Hanon, ont même argué que la souveraineté avait un statut "supraconstitutionnel": même le pouvoir de révision de la Constitution ne pourrait y toucher. Ce que Roland Drago résume par la formule: "Le noyau dur doit perdurer." Cf. R. Drago (dir.), *Souveraineté de l'Etat et interventions internationales*, Paris, Dalloz, 1996, p. 73. En Allemagne, l'usage du concept de souveraineté par la Cour constitutionnelle fédérale dans sa décision *Maasricht* ainsi que la thèse de Paul Kirchhof, selon lequel l'art. 79 al. 3 de la Loi fondamentale immuniserait le principe de l'Etat ("*Staatslichkeit*") contre toute révision constitutionnelle, ressortent de la même logique.

²³ Dans cet arrêt, la Cour permanente de justice internationale refuse de voir dans le respect d'un traité, par lequel un Etat s'engage à réaliser ou à s'abstenir de réaliser un certain acte, un abandon de sa souveraineté. Certes, le pouvoir de l'Etat s'en trouve limité, mais, comme l'estime la Cour dans un dictum célèbre, "la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat".

pouvoirs au profit de structures supranationales. Autrement dit, la souveraineté est non pas un obstacle à l'intégration, mais un vecteur de celle-ci. Cette divergence de vue resurgit également dans le débat sur le point de savoir s'il est possible à un Etat de dénoncer unilatéralement un traité ou de se retirer d'un traité multilatéral. En droit interne, l'existence d'un droit général et unilatéral de dénonciation ou de retrait est souvent revendiquée comme une conséquence logique de la souveraineté. Celle-ci interdirait toute autodétermination définitive. A l'inverse, en droit international,²⁴ en vertu de la règle pacta sunt servanda, ce droit est nié en principe, sauf s'il est prévu de façon explicite dans le traité (article 54 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités) ou s'il en découle implicitement (art. 56 Convention de Vienne). Ainsi, selon la vision internationaliste, non seulement la souveraineté autorise l'Etat à s'engager et à transférer des pouvoirs, mais en outre elle n'implique pas nécessairement le droit pour l'Etat de se délier de cette obligation et de récupérer ces pouvoirs.²⁵ C'est cette vision internationaliste qui a permis de déconstruire, à partir de 1945, la souveraineté au sens a) du droit interne.

L'Etat constitutionnel dans la tourmente de l'intégration européenne

Le XX^e siècle a marqué un échec retentissant du modèle étatique, du moins en Europe. C'est en Europe (là où l'Etat moderne est né) que l'Etat a aussi connu ses pires échecs. 1945, "année zéro", est le symbole de l'incapacité des Etats à garantir ce pour quoi ils existaient: la paix, le bien-être matériel, la liberté. Dans ce procès de l'Etat s'ajoutera, à la fin du XX^e siècle, l'argument de la globalisation. Face à ces défis, un certain nombre de pays européens s'engagent dans un processus d'intégration tant économique que politique. Son objectif est de dépasser le modèle de l'Etat fermé, potentiellement nationaliste, et de privilégier celui d'un "Etat constitutionnel coopératif" (P. Häberle²⁶), d'un "Etat ouvert sur le monde" ("offene

²⁴ L.M. Díez-Picazo, "Les pièges...", *op. cit.*, p. 59 sq.; P. Daillier & A. Pellet, *Droit international public*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 1992, n°199, p. 295 sq.

²⁵ Cette divergence de vue apparaît aussi dans la question de savoir, si les Etats membres de l'UE ont le droit de se retirer, par décision unilatérale, des structures de celle-ci (voir infra).

²⁶ P. Häberle, *LEtat constitutionnel*, trad. de l'all., Aix/Paris, PUAM/Economica, 2004.

Staatlichkeit"²⁷). D'aucuns voient même plus loin et oeuvrent en vue de la création d'un Etat fédéral européen (les "Etats-Unis d'Europe"). Ce processus affecte, à des degrés variables, chacun des trois piliers du modèle étatique. Les principes constitutifs de l'Etat (ceux-là même qui, dans leur association, définissent l'identité et les sources de légitimité de l'Etat) sont pris dans la tourmente de la dynamique d'europanisation ou, plus exactement, de dénationalisation. Vidé, en partant de sa substance, l'Etat-nation se trouve à la fois affaibli et métamorphosé. En dressant ce tableau, il convient d'analyser séparément chacun des trois éléments, le rythme et l'ampleur de leur dénationalisation n'étant pas le même. Ce décalage des temporalités (ou "asynchrone"²⁸) ne fait qu'accroître la complexité d'un phénomène par ailleurs pluraliste et dynamique.²⁹

L'europanisation des droits de l'homme: vers un Etat de droit polycentrique à plusieurs niveaux

Quoi de plus simple que de dénationaliser les droits de l'homme, droits par essence universels? Du point de vue philosophique, c'est en vérité leur nationalisation qui pose problème. Du point de vue technique, leur dénationalisation est aussi relativement aisée: il suffit de coucher ces droits dans un écrit (un traité) et de leur adjoindre un juge comme gardien.³⁰ Certes, la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), signée en 1950, a suscité quelques interrogations à

²⁷ Sur ce nouveau concept-clé qui intrigue toute la doctrine allemande, voir par ex. R. Wahl, "Internationalisierung des Staates", in id., *Vergassungsstaat. Europäisierung Internationalisierung*, 1^{re} éd., Frankfurt, Suhrkamp, 2003, p. 17 sq. De cet état d'esprit internationaliste témoignent, pour la France, le préambule de la Constitution de 1946 et, pour l'Allemagne, l'article 23 (version originale) de la Loi fondamentale de 1949. A l'inverse, à la même époque, le Royaume-Uni, qui a vaincu l'Allemagne nazie et qui se considère comme le champion des libertés individuelles, reste à l'écart de ce mouvement.

²⁸ Sur les différences de vitesse des transformations de notre monde, voir M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, p. 205 sq.

²⁹ Voir, supra, l'introduction.

³⁰ Seuls sont concernés ici les droits de l'homme de la 1^{re} génération (les droits-libertés). La mise en œuvre des droits-créances (droits à la santé, à l'emploi, à la formation, à un logement décent, etc.) suppose la création d'un appareil bureaucratique lourd et un mode de financement autrement plus ambigües. Le principe de l'Etat-providence est assez peu développé tant au niveau de la CEDH que de l'UE.

raison de la césure qu'elle marque par rapport aux canons du droit international classique:³¹ les droits de l'homme ne relèvent plus du "domaine réservé", c'est-à-dire des affaires intérieures de l'Etat; l'institution du recours étatique aboutit à reconnaître à tout Etat partie un droit de regard sur la façon dont un autre Etat respecte ou ne respecte pas ces droits; la reconnaissance d'un droit de recours au profit des justiciables participe à l'émergence de l'individu comme sujet du droit international au détriment de la vision classique, selon laquelle l'Etat fait écran; la création d'une juridiction supranationale, qui d'ailleurs fera preuve d'un grand activisme judiciaire en matière d'interprétation, marque une étape cruciale dans le processus de juridictionnalisation du droit international; enfin, le droit international des droits de l'homme affirme le caractère objectif des droits garantis en contradiction avec la vision relative car interétatique du droit international classique.

Mais, nonobstant ou plutôt à cause de ces caractères iconoclastes, le système est validé en 1950. Après *Auschwitz* il est urgent d'objectiver ou de sacraliser les droits de l'homme en les soustrayant à l'emprise exclusive de l'Etat-nation. Ainsi que l'affirme Pierre-Henri Teigen, rapporteur de la Commission des Affaires juridiques et administratives, devant l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, en 1949:

On nous fait remarquer qu'il faut tenir compte de la souveraineté de l'Etat et ne pas donner compétence à une juridiction européenne pour contrôler les législations internes, les actes exécutifs ou judiciaires des gouvernements de l'Europe. On prétend que c'est attentatoire à la souveraineté nationale. Me sera-t-il permis de dire, mes chers collègues, que la souveraineté se lit de deux côtés. L'envers de la médaille, c'est très beau et très grand peut-être. L'endroit, cela signifie aussi quelquefois, et aujourd'hui surtout, la solitude et la misère. La solitude et la misère, c'est aussi la guerre. Enfin, il ne s'agit pas, lorsque nous voulons garantir et protéger les libertés en Europe de diminuer la souveraineté d'un Etat par rapport à un autre Etat, de donner prééminence à

³¹ J.-F. Flauss, "La souveraineté de l'Etat et la CEDH" in R. Drago (dir.), *Souveraineté...*, op. cit., p. 59 sq.

un Etat sur un autre Etat. Il s'agit de limiter la souveraineté des Etats du côté du droit, et, de ce côté-là, toutes les limites sont permises.³²

L'Etat ne perd pas toute compétence en matière de droits de l'homme. Le système de la CEDH n'intervient qu'à titre subsidiaire et les droits socio-économiques relèvent toujours, pour l'essentiel, de l'Etat-nation (l'Etat social est, des ses éléments distinctifs (les droits de l'homme de la 1^{re} génération) migrer vers l'échelon supranational. Cette évolution marque un tournant décisif à trois points de vue.

1. Alors qu'autrefois, dans le modèle traditionnel de l'Etat constitutionnel, la thématique des droits de l'homme relevait de la seule Constitution (nationale), en tout cas des seules institutions nationales, elle s'inscrit désormais dans le cadre d'un Etat de droit polycentrique à plusieurs niveaux.³³ Ce système est tout d'abord à plusieurs niveaux (multi-level, Mehrebenen): à la garantie nationale des droits de l'homme vient s'ajouter la garantie européenne, voire universelle, des droits de l'homme qui tantôt la complète, tantôt la corrige. Le système est également, mais à un degré variable selon les pays, polycentrique: chaque échelon, national ou européen, comporte en son sein une multiplicité d'acteurs juridictionnels. Or, les relations entre les juges au sein d'un même niveau ou entre les juges de différents niveaux ne sont pas toujours soumises à une logique verticale (et rassurante) de subordination hiérarchique (recours en cassation, recours préjudiciel obligatoire, règle du précédent, etc.), mais relèvent parfois d'une logique horizontale d'indépendance.³⁴ Le défi est alors

³² Reproduit in P.-H. Teigen, *Aux sources de la Cour et de la CEDH*, Bordeaux, Confluences, 2000, p. 38-39.

³³ Sur ce concept appliqué au cas de la France, cf. L. Heuschling, "Die Regulierungsfunktion der Autorität der 'chose jugée' und der 'chose interprétée' im polyzentrischen Mehrebenen-Rechtssystem Frankreichs", *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol. 54, 2006, p. 341 sq.

³⁴ Voir, pour le niveau européen, les problèmes d'articulation entre la Cour de justice des communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'interprétation des droits de l'homme (cf. les solutions apportées dans le projet de traité constitutionnel art. I-9, II-112); pour les niveaux nationaux (France, Espagne, Allemagne, etc.) voir les rapports parfois conflictuels entre la cour constitutionnelle et les différentes juridictions ordinaires (civiles, administratives, etc.).

de gérer cette nouvelle complexité: à ce titre, il faut éviter l'écueil d'une "guerre des juges" et privilégier le "dialogue des juges" (B. Genevois).

2. Si, d'un côté, le droit constitutionnel (national) s'exporte et s'internationalise, de l'autre côté le droit international se constitutionnalise.³⁵ La mutation opérée après 1945, lorsque l'on introduit la thématique des droits de l'homme en droit international, ne se réduit pas à un simple changement d'objet. La nature même du droit international (ses traits distinctifs en tant que droit interétatique) s'en trouve questionnée. Le droit international se métamorphose au contact avec la catégorie constitutionnelle des droits de l'homme: ainsi, la vision interétatique est contredite par l'affirmation du caractère objectif des droits de l'homme; à une logique horizontale car intersubjective se substitue une logique verticale et hiérarchique; la méthode d'interprétation focalisée sur la volonté des auteurs est remplacée par une méthode d'interprétation plus audacieuse (téléologique, théorie du droit vivant), etc. Ainsi, la CEDH relève bien du droit international, mais d'un droit international original car constitutionnalisé. De par son objet et certains aspects de son régime, la CEDH ressemble en partie à une Constitution, sans en avoir tous les traits. C'est cet entre-deux (catégorie si caractéristique des périodes de mutations³⁶) qui justifie que l'on puisse parler au sujet de la Convention d'un para-ou quasi-constitutionnalisme ou encore d'une "Teilverfassung (Constitution partielle)".³⁷

3. L'accroissement de la légitimité du niveau supranational, qui peut désormais se targuer d'être un gardien, peut-être même le meilleur gardien des droits de l'homme, a un impact majeur sur la question de la hiérarchie entre droit interne et droit international. Face à la profusion contemporaine des sources du droit, et spécialement des sources de droit international, comment faut-il

³⁵ Voir la démonstration éclairante de B.O. Byrde, "Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts", *Der Staat*, 2003, S. 61 sq.

³⁶ Voir supra l'introduction.

³⁷ I.-F. Flauss, "La contribution de la jurisprudence des organes de la CEDH à la formation d'un droit constitutionnel européen", *Revue universelle des droits de l'homme*, 1995, p. 373 sq.; F. Hoffmeister, "Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in Deutschland", *Der Staat*, 2001, p. 349 sq.

ordonner notre vision de l'univers juridique? A partir de quels présupposés faut-il penser le rapport (ou l'absence de rapport) entre le droit interne et le droit international? Dans ce débat classique et complexe, on peut, me semble-t-il, distinguer au moins trois modes de pensée. Chacun d'eux retient comme point de départ un certain concept du droit qui, à son tour, découle d'une certaine *Weltanschauung*. Si l'on part (1^{er} modèle) de la conception formelle selon laquelle le droit est le produit de la volonté du souverain (national), et que l'Etat est le premier et principal foyer de la civilisation, de la liberté et de la démocratie (ainsi que le suggère la théorie du contrat social), on aboutit logiquement à l'idée de la prééminence du droit national. D'une part, on cherche la réponse à la question posée dans le (seul) droit national. D'autre part, on exclut dans la Constitution qui en est la source première et suprême, forte de sa propre légitimité, est censée maintenir sa propre suprématie y compris à l'égard du droit international.³⁸ Si, à l'inverse (2^e modèle), on estime que la société nationale s'embouffe, à l'instar des poupees russes, dans la société internationale qui est logiquement première, et que la partie se doit de respecter les règles définies par le Tout,³⁹ l'idée de la suprématie du droit international va de soi. Enfin, le 3^e modèle aboutit à une conclusion réversible selon le contexte. En effet, si l'on définit le droit par référence à l'idée matérielle de justice, i.e. l'idée des droits de l'homme, on aboutit tantôt à la suprématie de la Constitution nationale tantôt à celle du droit supranational, en fonction du caractère plus ou moins libéral de l'un et de l'autre.⁴⁰ La

³⁸ Voir, par ex., la jurisprudence française: Conseil d'Etat, ass., 3.7.1996, *Kané*; Conseil d'Etat, ass., 30.10.1998, *Sarran*; Cour de cassation, ass. plén., 2.6.2000, *Dlle Fratze*.

³⁹ Selon la jurisprudence de la CJCE (*Costa c. Eretel*, 15.7.1964), c'est l'idée même de communauté qui implique le nécessaire respect par tous les Etats membres des règles du droit communautaire. Si un Etat pouvait, à sa convenance, déroger à ce dernier, il n'aurait plus, par définition, de droit commun et donc de communauté.

⁴⁰ Voir à ce sujet la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Se laissant guider par le critère du nécessaire respect des droits fondamentaux, la Cour refuse dans un premier temps les prétentions à la suprématie du droit communautaire émises par la CJCE. Les juges constitutionnels allemands se réservent un droit de contrôle à l'égard des normes communautaires tant que les instances européennes ne garantissent pas de manière adéquate et

consécration des droits de l'homme au niveau supranational depuis la fin de la 2^{de} guerre mondiale joue donc un rôle crucial dans ce débat: elle contribue à contester le bien-fondé du modèle n° 1 et à faire pencher la balance dans le 3^e modèle en faveur du droit international.

Le noeud gordien de la souveraineté: d'une souveraineté une et indivisible vers une souveraineté partagée

Le débat sur la souveraineté est l'un des plus vifs. Les oppositions se font plus virulentes et tranchantes, au risque de dégénérer en un dialogue de sourds. Les enjeux sont de taille puisqu'il s'agit de toucher à certaines prérogatives de l'Etat qualifiées de régaliennes ou d'essentielles. Or "toucher" à "l'essence" d'une institution ou d'un concept, c'est le détruire ou le dénaturer de façon irréversible. La dynamique de transfert des compétences étatiques à la fois vers le haut et le bas revient sur ce fait historique décisif que fut la monopolisation des prérogatives politiques entre les mains du roi. Ce phénomène n'est certes pas un simple retour en arrière (une re-féodalisation, ou une apologie d'une pré-modernité), mais un dépassement et le passage vers une post-modernité. L'Etat n'est pas condamné à disparaître, mais à se métamorphoser.

Est-il possible en droit d'effectuer (et si oui, comment) ce redéploiement de la souveraineté? Car, pour certains, la souveraineté est une et indivisible. Une redistribution des compétences de l'Etat entre plusieurs niveaux serait donc inconcevable. Puisqu'elle ne peut être pensée, elle ne peut a fortiori être réalisée. Pourtant, c'est ce qui se passe en réalité (en droit positif). La loi, le droit ne sont plus seulement d'extraction nationale; la justice est rendue certes par des juges nationaux, mais aussi par des juges européens voire internationaux; la monnaie est désormais européenne, etc. L'on voit même apparaître, ici et là, dans des projets et réalisations ponctuelles (des corps d'armée et/ou de gendarmerie intégrés), des ébauches d'une future force publique européenne (...) Comment faut-il lire/penser les dispositions techniques mettant en oeuvre ces évolutions? Suffisamment les droits de l'homme (décision *Solange* 1 du 29.5.1974). Dans un second temps, prenant acte des progrès de l'UE en matière de droits de l'homme, la Cour renonce à exercer son contrôle (sauf cas exceptionnel, qui est peu probable de jouer) et admet du coup la suprématie du droit de l'UE (décisions *Solange* 2 du 22.10.1986 et *EG-Bananenmarktkordnung* du 7.6.2000).

Quel est le rapport avec le concept de souveraineté? Pour y répondre, il faut distinguer à nouveau entre les différentes acceptions du terme.

1. Si on vise par le mot "souveraineté" la totalité des prérogatives politiques le sens a) rien n'interdit de penser le fractionnement de ces compétences d'une addition ne pourrait-elle pas, à nouveau, être divisée? Ce principe est du reste clairement admis dans le cadre du fédéralisme: en témoigne, entre autres, la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis.⁴² La thèse adverse de l'indivisibilité est peu convaincante ou débouche sur une impasse logique. Soit on estime, en effet, que l'omnipotence une fois acquise ne peut plus être dé faite, ce qui équivaudrait à arrêter le mouvement de l'histoire (...). Soit on affirme que la souveraineté est inaliénable, ce qui revient à dire que le souverain peut tout faire, sauf renoncer à ses propres pouvoirs (ce qui est contraire à l'idée première de toute-puissance). L'argument de l'indivisibilité de la souveraineté, au sens a), est donc absurde; en vérité, il cache un préjugé idéologique: on ne veut pas qu'elle soit divisée.

La véritable difficulté conceptuelle qui se pose dans ce contexte est de savoir, qui est chargé de vérifier le respect de la ligne de démarcation entre les compétences, en particulier à l'encontre de l'Etat fédéral? Ce rôle revient-il à un organe de l'Etat fédéral (i.e. la juridiction fédérale suprême) ou à un organe des Etats fédérés (i.e. la juridiction suprême d'un des Etats)? On est face à un dilemme, car il n'existe pas dans ce type de litige entre la fédération et un/les Etat(s) fédéré(s) un organe pouvant revendiquer d'être neutre, d'être une tierce personne.⁴³ Ainsi les prétentions des uns et des autres se font face. Aux Etats-

⁴² Cf. M. Troper, "L'Europe politique et le concept de souveraineté", *op. cit.*, p. 121. Voir dès 1819, la décision *McCulloch v. Maryland* de la Cour suprême: "In America the powers of sovereignty are divided between the government of the Union and those of the States". Pour la doctrine allemande, cf. S. Oeter, "Souveränität und Demokratie als Probleme der Verfassungsentwicklung der Europäischen Union", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 55, 1995, p. 659 sq.; id., "Federalismus" in A. von Bogdandy (dir.), *op. cit.*, p. 78 sq.

⁴³ D'aucuns ont toutefois imaginé pour l'Europe un nouvel organe qui regrouperait des représentants ou des juges de l'UE et des Etats membres. Voir les références bibliographiques chez I. Pernice, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, Pédone, 2004, p. 9.

Unis, la théorie de l'interposition ou de la nullification, développée dans les Kentucky and Virginia Resolutions de 1798 et surtout, plus tard, par John Calhoun, réclamait pour chaque Etat fédéré le droit de vérifier le respect des termes du pacte constitutionnel.⁴⁴ La Fédération et la Cour suprême des Etats-Unis se sont opposées catégoriquement à cette prétention, dont le sort fut définitivement scellé avec la guerre civile. En ce qui concerne l'Union européenne (UE),⁴⁵ la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) s'estime, selon les traités, seule compétente pour invalider un acte communautaire.⁴⁶

Or que se passe-t-il, si (comme certains l'ont affirmé) la CJCE fait preuve d'un préjugé favorable à la construction communautaire et refuse de censurer des actes empiétant sur les compétences des Etats membres? Face à ce risque d'un évidement progressif de la substance des Etats membres, certaines juridictions nationales (mais pas toutes) ont menacé de faire acte de résistance. Dans un *obiter dictum* de sa fameuse décision Mastricht du 12 octobre 1993, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a déclaré que l'Etat allemand devrait refuser d'appliquer des actes communautaires ultra vires. L'appréciation de la validité des actes communautaires reviendrait, par conséquent, non seulement à la CJCE mais aussi, pour ce qui concerne l'Allemagne, à la Cour constitutionnelle fédérale. A la vision moniste, car monopolistique, de la CJCE, la Cour de Karlsruhe oppose un modèle pluraliste, impliquant un "dialogue" ou une "concentration" entre les juges européens et nationaux. Sur ce point crucial, les divergences théoriques entre le "haut" et certains⁴⁷ acteurs du "bas" restent flagrants.

2. Faut-il conclure que l'argument de l'indivisibilité est dénué de sens? Les défenseurs de l'idée de souveraineté y répondront par la négative. Selon eux, si un

⁴⁴ Pour un exposé, voir L.M. Díez-Ricazo, "Les pièges...", *op. cit.*, p. 44 sq.

⁴⁵ Voir L. Burgoine-Larsen, "Les résistances des Etats de droit", in J. Rideau (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Paris, LGDJ, 2000, p. 433 sq.; F.C. Mayer, "Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit. Gerichtliche Letztentscheidung im europäischen Mehrebenensystem" in A. von Bogdandy (dir.), *op. cit.*, p. 229 sq.

⁴⁶ CJCE, 22.10.1987, *Foto-Frost*.

⁴⁷ Si la thèse de la Cour de Karlsruhe a connu un écho à l'étranger (cf. la décision similaire de la Cour suprême danoise, 6.4.1998, *Rasmussen*), elle n'est pas partagée par tous. Les juges de certains Etats membres admettent la suprématie du droit communautaire sans aucune réserve (Pays-Bas, Luxembourg, etc.). Voir F.C. Mayer, *op. cit.*, p. 248 sq.

observateur peut avoir l'impression que le droit positif procède à un réaménagement des compétences, cette image n'est, en vérité, qu'une image partielle, trompeuse. Elle n'est qu'une apparence (la réalité superficielle) derrière laquelle se cacheraient la "vraie" réalité (la réalité juridique la plus pertinente), qui, elle, se résume toujours par le concept de la "souveraineté". Il est à noter toutefois que le sens du mot n'est plus le même puisqu'il se limite désormais à l'idée de la *Kompetenz-Kompetenz* (sens b). Selon cet argument, l'exercice des différentes marques de souveraineté est certes éclaté entre plusieurs niveaux, mais l'essence de la souveraineté (i.e. le sens b) est toujours intacte. Les deux significations du mot souveraineté, dont l'enlacement fondeait la valeur explicative élevée du concept dans le passé, sont dissociées. Réduit au sens b), le mot souveraineté garderait une valeur explicative certes plus limitée, mais néanmoins réelle. Au regard du sens a) de la souveraineté, le roi est nu, mais il peut (s'il le souhaite) récupérer tous les pouvoirs transférés. Il est donc toujours effectivement souverain au sens b); cela l'autorise même à se dire au moins virtuellement souverain du point de vue a).

En soi, l'argument paraît cohérent et logique; mais est-il pertinent en l'espèce? Existe-t-il dans le droit positif actuel une règle consacrant le sens b)? Ou, à l'inverse, l'argument constitue-t-il une supercherie idéologique? Selon une première réponse des défenseurs de l'idée de souveraineté, les Etats-nations sont toujours souverains puisqu'ils sont les "maîtres des traités",⁴⁸ sous-entendu: les maîtres de la procédure de révision des traités. Or cet argument n'est pas pertinent. Si l'idée de *Kompetenz-Kompetenz* doit avoir un sens, c'est-à-dire si elle est censée sauvegarder la souveraineté de l'Etat - d'un Etat! - il faut que cet Etat puisse, à lui seul, réviser les traités. Or, selon l'art. 48 TUE, la modification des traités suppose un accord unanime des Etats. Ainsi, de ce point de vue, la *Kompetenz-Kompetenz* revient à cette entité spéciale qu'est l'organe de révision des traités qui, seul, est habilité à réguler la répartition des compétences entre le niveau supranational et le niveau national, et à rendre à un Etat une compétence à laquelle il a renoncé. Vient alors un second argument, plus sérieux, qui invoque l'existence d'un droit de retrait unilatéral des Etats membres de l'UE. Or ce sujet fait débat. Certains droits internes

⁴⁸ La formule a été utilisée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans sa décision Mastricht.

admettent explicitement la possibilité d'un retrait unilatéral. Ainsi, selon les spécialistes du droit constitutionnel britannique, il suffit que le Parlement de Westminster abroge, par une loi, le European Communities Act 1972 pour que la souveraineté du Royaume-Uni soit rétablie. A l'inverse, la doctrine du droit communautaire est autrement plus réservée, voire carrément hostile à l'égard d'un tel droit.⁴⁹ Selon les articles 54 et 56 de la Convention de Vienne, le droit de retrait n'existe pas, sauf s'il est prévu, de manière explicite ou implicite, par le traité visé. Or, en l'espèce, les traités fondateurs de l'UE sont silencieux⁵⁰ et il est difficile de déduire un tel droit de la nature de ces traités puisqu'ils visent à établir "une union sans cesse plus étroite". Aussi, à l'instar de ce qui fut fait pour la sortie du Groenland, la sortie d'un Etat membre devrait emprunter la forme d'une révision des traités, qui suppose l'accord des autres Etats (...).⁵¹ La question de la *Kompetenz-Kompetenz* d'un Etat membre reste donc en suspens.

De manière générale, la valeur heuristique du concept de souveraineté est extrêmement réduite à l'heure actuelle. Les deux significations identifiées ne sont plus véritablement opératoires. Le sens a) a vécu car il ne reflète plus la réalité contemporaine de l'Europe, qui est celle d'une "structure politique à plusieurs niveaux" (*Mehrebenensystem, Multi-level system*). Au mieux, si l'on tient à utiliser ce terme, on peut parler de "souveraineté partagée".⁵² Quant au sens b), sa

⁴⁹ G. Isaac, M. Blanquet, *Droit communautaire général*, 8e éd., Paris, A. Colin, 2001, p. 25 sq.; J.P. Jaqué, *Droit institutionnel de l'UE*, 3e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 111 sq.

⁵⁰ A l'inverse, ce droit est prévu à l'art. 58 de la CEDH dans des conditions restrictives que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg est d'ailleurs venue renforcer.

⁵¹ On notera que le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe (dans son article 1-60) confère/reconnaît à chaque Etat membre un droit de retrait unilatéral. Il prévoit toutefois que les conditions du retrait doivent faire l'objet d'une négociation dans un laps de temps de deux ans. Passé ce délai, l'Etat est automatiquement délié de son appartenance à l'UE. La nature de ce droit peut prêter à discussion: les uns diront que ce droit préexiste de toute façon à cette reconnaissance formelle (ce qui fragilise, du coup, les conditions restrictives posées par le texte...); les autres diront que ce droit n'existe que parce, et dans la mesure où l'art. 1-60 le prévoit, (en ce sens, on dira que l'organe de révision des traités, fort de sa compétence des compétences, a *rentré* à chaque Etat individuellement un aspect de cette compétence des compétences). Pour l'instant, il s'agit d'un débat d'école puisque le projet de traité constitutionnel n'est pas entré en vigueur suite à l'échec de la procédure de ratification en France et aux Pays-Bas.

⁵² Voir, par ex., J.-Y. Fabron & G. Agniel (dir.), *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Paris, La documentation française, 2000 et la littérature citée par I. Pernice, *op. cit.*, p. 20 et S. Oeter, "Souverainität...", *op. cit.*, p. 685 sq.

localisation entre les mains de l'Etat (d'un Etat pris individuellement) est contestée et contestable.

Le défi d'une démocratie supranationale: existe-t-il un peuple européen?

Du point de vue conceptuel, il était assez aisé de dénationaliser ou d'europhéaniser les droits de l'homme. Le transfert de compétences souveraines s'est déjà avéré auquel il faut ajouter les critiques récurrentes contre la "bureaucratie bruxelloise" ou le "Super-Etat européen", etc. Toutefois, la construction communautaire, adossée à la démarche fonctionnaliste, est allée très loin puisque, d'étape en étape, les transferts ont touché jusqu'aux pouvoirs régaliens, le saint du saint. Or, en ce qui concerne la dénationalisation de la démocratie, il faut croire que les obstacles sont d'une autre taille. A ce titre, la levée des boucliers suscitée par la simple évocation du mot "peuple européen" est révélatrice d'une série de résistances. Parmi elles figure une certaine filiosité intellectuelle, qui fait que l'on a de la peine à concevoir la possibilité même d'un peuple européen.

L'institution d'une démocratie au niveau supranational et, partant, d'un demos européen constitue, sans doute, le défi le plus ambitieux du projet d'intégration. L'existence d'un Parlement européen, élu au suffrage universel direct, et doté des pouvoirs étendus de co-législateur et de contrôleur de la commission, rompt avec les visions classiques du droit des organisations internationales intergouvernementales (OIG). En général, l'organe de type parlementaire d'une OIG (à supposer qu'il en existe un) est composé de représentants nommés par les exécutifs nationaux et n'a qu'un simple rôle consultatif. Au-delà de cet aspect institutionnel, le processus communautaire vise plus fondamentalement à créer un nouveau sujet politique. Il s'agit de donner corps et voix à une nouvelle entité collective (le demos européen, le "nous" des Européens) à la fois du point de vue juridique (par la mise en place d'institutions représentatives et de droits de participation) et du point de vue sociologique (susceptible, chez les Européens, une adhésion de la raison, voire du cœur). Ce faisant, il vise à construire une nouvelle identité collective qui puisse s'exprimer démocratiquement. L'enjeu est considérable: le principe de la participation démocratique risque d'être vidé de son substrat si les citoyens n'ont leur mot à dire qu'au niveau national alors que l'essentiel (ou du moins une grande partie) du

pouvoir est ailleurs. L'urgence est d'instituer le demos là où se trouve désormais le pouvoir.⁵³ A ce titre, l'idée de peuple européen est un concept-clé puisique, logiquement, il ne peut y avoir de démocratie sans demos, de démocratie européenne sans demos européen. Pourtant cette idée suscite des doutes et interrogations qui se répètent sur l'analyse juridique.

1. Trois arguments principaux sont avancés à l'encontre de l'existence et/ou de la possibilité même d'un peuple européen. Selon un premier argument, qui est plus fréquent en France en raison de son passé d'Etat unitaire centralisé, un individu ne peut appartenir qu'à un seul peuple. Le lien d'allégeance et de loyauté tissé entre lui et le tout (le pouvoir politique) est un lien unique et, partant, exclusif. On ne peut obéir qu'à un seul maître: le roi sous l'Ancien Régime, la nation ou le peuple national à partir de 1789. Derrière cet argument transparaît la récusation historique des pratiques de la féodalité, où un seigneur pouvait, en cumulant plusieurs fiefs, être le vassal de plusieurs suzerains. Dès lors, de deux choses l'une: soit il existe un peuple national, soit il existe un peuple européen. Les deux ne peuvent coexister: la reconnaissance du peuple européen signe l'arrêt de mort du peuple national, condamné à se dissoudre dans un ensemble plus vaste (trop vaste) qui fait peur... Or, ce qui est occulté dans ce type de raisonnement, agisse au sein d'un champ d'action délimité. Surtout, l'identité individuelle n'est pas monochrome, mais plurielle. Socialement, elle se définit par l'adhésion à un réseau de cercles (familles, amis, relations professionnelles, associations, etc.). L'individu se situe au carrefour de liens multiples qui se superposent, se complètent et parfois se contredisent. Cela vaut autant en politique: une personne peut se dire attachée à la fois à sa ville et à sa région (citoyenneté locale ou infra-nationale), à son Etat (citoyenneté nationale), à l'Europe (citoyenneté européenne⁵⁴) voire

⁵³ Comme le note Jürgen Habermas, l'intégration politique étant devenue inéluctable à l'heure de la globalisation, la démocratie supranationale l'est également. Il n'y a pas d'alternative si l'on veut pérenniser l'idée démocratique. Voir J. Habermas, "Braucht Europa eine Verfassung? Eine Bemerkung zu Dieter Grimm" in id., *Die Einbeziehung des anderen*, Frankfurt, Suhrkamp, 1996, p. 186 sq. (= id., *L'intégration républicaine*, Paris, Fayard, 1998).

⁵⁴ Voir art. 17 Traité sur la Communauté européenne, qui précise que "la citoyenneté de l'Union complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas".

au monde (la citoyenneté cosmopolitique, qui, toutefois, relève encore d'avantage de la construction de l'esprit, voire de l'utopie, que d'une réalité politico-juridique).⁵⁵

Selon un deuxième argument, plus fréquent en Allemagne compte tenu de l'héritage des idées classiques de Herder et Fichte sur la nation allemande, il n'y a pas de peuple sans une certaine homogénéité.⁵⁶ L'unité d'action politique ne peut se concevoir sans unité sociale, culturelle, ethnique, linguistique, axiologique, etc. Or, celle-ci n'est pas le produit artificiel de la volonté des individus, mais constitue une donnée objective et naturelle générée par l'histoire. L'existence du peuple précède et conditionne donc l'existence de l'Etat. L'argument n'est pas sans quelque pertinence: le bon fonctionnement de la démocratie repose aussi sur une certaine cohésion sociale entre les individus, faute de quoi le lien politique risque de se dissoudre à chaque fois qu'un vote oppose majorité et minorité. Reste toutefois à déterminer le degré et la nature de ce dénominateur commun. Or, de ce point de vue, les avocats de cet argument situent ce seuil à un niveau si élevée que la conclusion coule de source: il n'y a pas de peuple européen, ne serait-ce que parce qu'il n'y a pas de langue commune (...). L'argument est toutefois discutable. Tout d'abord on juge l'existence du peuple européen à l'aune d'un critère que les peuples nationaux eux-mêmes ont de plus en plus de peine à satisfaire. Le pluralisme croissant des modes de vie, des appartenances religieuses, des origines ethniques, etc. bat en brèche l'idée, surfaite car mythique, de l'homogénéité. Ensuite, le raisonnement repose sur un postulat théorique contestable. Les nations ne sont pas des données naturelles, mais des constructions sociales. A l'opposé d'une telle pensée qui flôle le déterminisme, la conception française, volontariste et contractualiste, de la nation (définie comme un "vouloir vivre ensemble" (Renan)⁵⁷) rend, au contraire, à l'individu (ou à un peuple) la liberté de s'engager dans un lien social avec d'autres individus (ou

⁵⁵ J. Chevallier, "Les transformations de la citoyenneté", *Regards sur l'actualité*, 1999, p. 17 sq.

⁵⁶ Voir, par ex., E.-W. Böckenförde, *Staat, Nation, Europa*, op. cit., p. 92 sq., 109 sq.; F. Rouvillois, *Point de vue critique. Dessins de l'Europe fédéraliste*, cités, n° 13, 2003, p. 87 sq.

⁵⁷ E. Renan, *Qu'est-ce qu'une nation?* (1882), Paris, Editions mille et une nuits, 1997.

d'autres peuples) nonobstant certaines différences.⁵⁸ La création d'une nouvelle société politique⁵⁹ suppose, chez les différents individus ou acteurs collectifs l'intuition de former, déjà, un ensemble. Sans ce minimum de cohésion sociale, la volonté de faire naître ou plutôt d'institutionnaliser le lien ne verrait pas le jour. Dans le cas de l'Europe, il s'agit de la volonté commune des Européens de garantir, après 1945, la paix, les droits de l'homme et la prospérité économique. Si cette communauté de valeur précède donc en partie le pouvoir politique, celui-ci contribue de façon décisive à la faire vivre, à la consolider et, surtout, à l'amplifier. Il s'agit d'un cercle vertueux: le lien social (le peuple) produit le lien politique (l'Etat) qui, à son tour, produit du lien social. Le fait de participer, ensemble, à la prise de décision démocratique et/ou de profiter des retombées de l'Europe, en termes de liberté individuelle ou de justice sociale, est de nature à faire croître dans l'esprit des citoyens européens la conscience d'une identité commune.⁶⁰

Un troisième argument consiste à dire qu'en l'absence d'un espace commun de délibération politique il n'existe point de peuple européen.⁶¹ La démocratie ne peut exister que si les citoyens se retrouvent sur un même forum, réel ou virtuel, pour discuter et décider ensemble du politique. Pour cela, il faut que les acteurs qui font fonctionner cet espace (partis politiques, médias, associations, intellectuels, etc.) soient européanisés. Il faut, surtout (exigence de base) une langue commune. Or, l'européanisation des vecteurs de l'opinion publique reste faible; de toute manière, il n'y a pas, et il n'y aura pas de langue commune. Or, si les déficiences ainsi pointées sont réelles, elles sont néanmoins remédiables. Pour cela, il faut un certain volontarisme: celui-ci s'impose, puisqu'il n'y a pas

⁵⁸ Ainsi, il convient de se souvenir que le projet politique des Lumières consistait, au lendemain des guerres de religion, à inclure dans un même peuple des citoyens qui ne croient plus au même Dieu.

⁵⁹ L'argument présuppose, bien sûr, un contexte démocratique et s'adresse au débat actuel sur l'UE. Ce disant, on n'ignore pas que, historiquement, les Etats nations en Europe sont nés de façon autoritaire.

⁶⁰ J. Habermas, *op. cit.*, p. 188 sq.; J.H.H. Weller, "Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision", *European Law Journal*, vol. 1, 1995, p. 219 sq.

⁶¹ Locus classicus: D. Grimm, "Does Europe Need a Constitution?", *European Law Journal*, vol. 1, 1995, p. 292 sq. avec la réplique de J. Habermas, *ibid.*, p. 303 sq. (= référence citée supra note 52).

d'alternative possible, comme le souligne Jürgen Habermas. A ce titre, il faudrait s'inspirer des exemples de démocraties multinationales et plurilinguistiques telles que la Suisse, l'Inde, l'Afrique du Sud, etc.

2. L'impact de cette filiosité théorique est visible en dogmatique juridique sur deux points au moins. En premier lieu, alors même que le peuple européen a déjà, à l'heure actuelle, une certaine consistance en droit positif, une grande partie de la doctrine juridique continue (à tort) à nier ou à occulter son existence. Ainsi, qui est censé être représenté par le Parlement européen? Officiellement, selon l'art. 189 Traité de la Communauté européenne (TCE), l'assemblée de Strasbourg représente "les peuples des Etats membres".⁶² Il n'est pas fait mention d'un peuple européen.⁶³ Pourtant, à étudier d'autres dispositions du droit positif, on s'aperçoit que le peuple européen est déjà une réalité juridique au moins latente, si ce n'est explicite. Qu'est-ce qu'en effet la reconnaissance d'une citoyenneté européenne (art. 17 et suivants TCE, art. 88-3 Const. française) si ce n'est la reconnaissance d'un peuple européen dès lors que, selon la conception française classique, le peuple n'est rien d'autre que la "communauté des citoyens"?⁶⁴ De même, du point de vue de son fonctionnement interne, le Parlement européen représente déjà le peuple européen, sans quoi les députés devraient logiquement siéger (et, peut-être, même voter) par délégations nationales, ce qui n'est pourtant pas le cas. Du côté du droit français, le Conseil constitutionnel a également validé, en catimini, l'existence juridique du peuple européen. En 2003,⁶⁵ il estime en effet que le demos qui est au fondement des élections pour le Parlement européen est non pas le peuple français, mais l'ensemble des "citoyens européens" (autrement dit: le peuple européen). "Les membres du Parlement européen élus en France le sont en tant que représentants des citoyens de l'Union européenne

⁶² A noter que ce point était censé être modifié par l'art. 1-46 al. 2 du projet de traité constitutionnel selon lequel il appartient au Parlement européen de représenter les "citoyens européens".

⁶³ Certains parlent, en revanche, "des peuples européens". Or, par là, sont visés simplement les peuples nationaux des Etats membres. L'expression obscurcit le débat plus qu'elle ne l'éclaircit.

⁶⁴ D. Schmeppert, "La communauté des citoyens, utopie créatrice", *Le Monde*, 12 nov. 2004, p. 15.

⁶⁵ Conseil constitutionnel, 3-4-2003, Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen.

résidant en France" écrit-il. Ce n'est pas le peuple français qui, en France, désigne les députés européens, mais ce sont les citoyens européens; or, parmi ces derniers, il y a certes les citoyens français mais aussi les ressortissants d'autres Etats membres de l'UE résidant en France (les étrangers d'origine communautaire). Par ailleurs, les députés européens élus en France doivent défendre les intérêts non pas de la France, mais des citoyens européens, de l'Europe.

En second lieu, en l'absence d'un peuple européen, la seule option possible pour démocratiser l'UE est d'attribuer un rôle accru aux peuples nationaux et, partant, aux parlements nationaux.⁶⁶ On aurait ainsi la situation paradoxale, et décalée, d'une démocratie européenne dont le sujet d'imputation serait les peuples nationaux. Est écartée ainsi l'idée en soi logique d'une correspondance, au sein d'une démocratie à plusieurs niveaux, entre le sujet politique et l'espace politique: à l'échelon national correspondant le peuple national, à l'échelon local (infranational) le peuple local, à l'échelon européen le peuple européen.⁶⁷

Conclusion: Les figures multiples du constitutionnalisme actuel et à venir

La seconde moitié du XX^e siècle a assisté à la dissociation du concept d'Etat constitutionnel. Les trois éléments (souveraineté, droits de l'homme, démocratie) qui, solidement associés, faisaient l'essence de l'Etat constitutionnel, ont été désarticulés, puis déplacés ou dédoublés, pour être recomposés au sein d'un nouvel ensemble plus complexe. De la souveraineté une on est passé à une souveraineté partagée, d'un Etat de droit moniste car national à un Etat de droit polycentrique à plusieurs niveaux, d'une démocratie nationale à une démocratie à plusieurs étages. L'évolution ainsi esquissée aboutit tantôt à un déplacement de l'élément

⁶⁶ C'est la solution exigée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans sa décision Maastricht. Voir, à ce titre, le protocole n° 1 annexé au traité établissant une Constitution pour l'Europe sur le rôle croissant des parlements nationaux dans le processus décisionnel de l'UE.

⁶⁷ Cela n'empêche pas que, pour certaines décisions cruciales, il faille l'intervention de plusieurs *démoi*: ainsi, en France par exemple, la décision de céder une partie du territoire (art. 55 al. 3 Const.) ou de réorganiser le statut des entités infranationales dans l'outre-mer (art. 72-4, 73 al. 6 et 7, 76 Const.) implique à la fois l'accord du peuple national (à travers le parlement national) et l'accord des peuples infranationaux concernés (accord exprimé notamment par référendum local).

concerné (à l'instar d'une compétence qui est transféré d'un échelon à un autre), tantôt à une démultiplication (à l'instar des droits de l'homme garantis à la fois au niveau national et au niveau supranational). Dans le premier cas, l'élément cesse d'exister là où il figurait initialement (il y a éclatement); dans le second cas l'élément existe désormais à deux ou plusieurs endroits (il y a dissémination à partir d'un point de départ qui subsiste).

Le phénomène décrit ici sous le terme de dissociation (ou "désimbrication") du concept d'Etat constitutionnel est évoqué le plus souvent via le concept de "constitutionnalisation" (du droit international, de l'UE, etc.). La constitutionnalisation (qui a trait à la Constitution, mais qui est moins qu'une Constitution⁶⁸) est un processus par lequel un ou plusieurs critères de la Constitution sont injectés dans ou appliqués à une institution politico-juridique qui, jusque-là, lui était étrangère. Son régime et sa nature juridiques se transforment pour se rapprocher du régime et de la nature juridiques d'une Constitution. Cette processus peut être plus ou moins profond: soit il s'arrête à mi-chemin (on restera dans un entre-deux, révélateur d'un régime hybride ou mixte), soit il est poussé jusqu'au bout et voit l'apparition d'une Constitution au plein sens du terme. La première évolution est déjà largement entamée en Europe. En témoignant le discours évolutif, à juste titre, la CEDH de "Constitution partielle", la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes oeuvrant en vue de la "constitutionnalisation" des traités fondateurs de l'UE⁶⁹ ainsi que, récemment, l'élaboration d'un nouvel acte fondateur de l'UE (le projet de "traité constitutionnel") qui, tantôt, relève du traité, tantôt de la Constitution, tantôt des deux. Reste à connaître le point d'aboutissement de cette évolution. Pour ce qui est de la CEDH, ce constitutionnalisme partiel restera a priori un constitutionnalisme partiel, aucune évolution majeure n'étant en vue. En revanche, s'agissant de l'UE, le processus est toujours en cours et il n'est pas exclu que la constitutionnalisation aboutisse *in fine*, dans un avenir plus ou moins lointin ou proche, à une Constitution au plein sens du terme. Reste à s'entendre (ce qui est loin d'être facile) sur les critères

⁶⁸ En ce sens, il ne faut pas confondre les deux termes.

⁶⁹ Voir, par ex., J.P. Jaqué, *Droit institutionnel de l'UE*, op. cit., p. 83 sq.

essentiels d'une Constitution au plein sens du terme.⁷⁰ Une divergence radicale oppose ceux qui estiment que la Constitution présuppose l'existence d'un Etat, dont elle forme le statut juridique; l'UE n'étant pas un Etat, elle ne peut donc, par définition, disposer d'une Constitution. A cela d'autres auteurs répliquent que le concept de Constitution s'est désétatisé, qu'il vise toute forme de pouvoir politique: or si l'UE n'est pas un Etat, elle est incontestablement un pouvoir politique. Dans ce débat, il reste une hypothèse qui, jusqu'ici, n'a pas reçu beaucoup d'attention: celle-ci consiste à dire que, dans la mesure où l'UE se rapproche, de plus en plus, du modèle de l'Etat (ayant déjà un statut para-étatique selon certains auteurs⁷¹) elle est apte à être dotée d'une Constitution. Car qu'est-ce qui fait défaut à l'UE pour être un Etat? Une Constitution! Or c'est l'objet potentiel de la constitutionnalisation... La force publique: celle-ci n'existe pas, pour l'instant, mais de plus en plus de propositions évoquent, à terme, l'hypothèse d'une force publique européenne. En l'état actuel, on peut donc esquisser deux options pour l'avenir du constitutionnalisme au sein de l'UE: soit la voie d'une Constitution sans Etat, soit celle d'une Constitution avec Etat. Si la première hypothèse correspondrait à l'émergence d'un nouveau type de constitutionnalisme (un "constitutionnalisme post-national" (I. Pernice)), la seconde équivaldrait à ressusciter l'Etat constitutionnel, cet Etat tant honni en 1945, à travers la figure d'un Etat constitutionnel européen à caractère fédéral et multinational (les "Etats-Unis d'Europe"). Ironie de l'histoire? L'avenir le dira.

En attendant, ce qui mérite d'être souligné est que le concept de constitutionnalisme ne se réduit plus à l'Etat constitutionnel, et qu'il englobe désormais une multitude de phénomènes:

- a) l'Etat constitutionnel traditionnel, c'est-à-dire un Etat-nation qui n'est pas ou très peu intégré (voir, par exemple, les Etats-Unis, le Japon, etc.);

⁷⁰ La littérature sur ce sujet est prolifique et diverse. Pour un premier aperçu, voir Ch. Möllers, "Verfassungsgebende Gewalt, Verfassung, Konstitutionalisierung" in A. von Bogdandy (dir.), *op. cit.*, p. 1 sq.; B. Mathieu, M. Verpeaux, F. Mélin-Soucramanian (dir.), *Constitution et construction européenne*, Paris, Dalloz, 2006.

⁷¹ L'un des premiers à insister sur cette analogie fut Thomas Oppermann, *Europarecht*, München, Beck, 1991, p. 504 ("Das 'Staatsähnliche' der Europäischen Union").

- b) l'Etat constitutionnel national intégré dans des structures supranationales qui, à leur tour, sont en voie de constitutionnalisation (exemple: la plupart des pays européens). On voit émerger ainsi un constitutionnalisme à plusieurs niveaux (multi-level constitutionalism, *Verfassungsgewerbande*⁷², etc.);
- c) les processus de constitutionnalisation des structures supranationales avec, pour l'Europe, deux exemples distincts: le constitutionnalisme partiel de la CEDH qui est, à la fois, un constitutionnalisme partiel (et le restera à première vue) et un constitutionnalisme sans Etat⁷³; le constitutionnalisme de l'UE qui s'achemine vers une Constitution au plein sens du terme, mais dont le lien avec l'idée de l'Etat reste controversé.

⁷² Ingolf Pernice, qui est l'un des défenseurs les plus ardents de cette idée, l'a traduite en français par "système constitutionnel composé" (sur les implications de cette notion lire *op. cit.*, p. 8, p. 24 sq.).

⁷³ La formule mérite une explication: dans le constitutionnalisme d'antan, l'Etat était à la fois le cadre, le support et le destinataire de la Constitution. Pour ce qui est de la CEDH, celle-ci trouve certes son origine dans la volonté de l'Etat contractants; le destinataire des normes de la CEDH est toujours l'Etat. En revanche, le fonctionnement du système de la CEDH s'inscrit dans le cadre d'une OIG. En ce sens le constitutionnalisme partiel de la CEDH est, en partie, déconnecté de l'Etat.