



HAL
open science

Le pouvoir constituant européen

Gaëlle Marti

► **To cite this version:**

Gaëlle Marti. Le pouvoir constituant européen. Droit. Université Nancy 2, 2008. Français. NNT : 2008NAN20008 . tel-01752717

HAL Id: tel-01752717

<https://hal.univ-lorraine.fr/tel-01752717v1>

Submitted on 29 Mar 2018

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

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



AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10

http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>

LE POUVOIR CONSTITUANT EUROPÉEN

THÈSE

en vue de l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT

(doctorat nouveau régime – droit public, mention droit communautaire)

présentée et soutenue publiquement le 22 novembre 2008

par

Gaëlle MARTI

MEMBRES DU JURY

Monsieur Loïc AZOULAI

Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Rapporteur

Monsieur Éric MAULIN

Professeur à l'Université Robert Schuman de Strasbourg, Rapporteur

Monsieur Vlad CONSTANTINESCO

Professeur à l'Université Robert Schuman de Strasbourg
Professeur visiteur au Collège d'Europe de Natolin

Monsieur Jean-Denis MOUTON

Professeur à l'Université Nancy 2

Monsieur Dominique RITLENG

Professeur à l'Université Robert Schuman de Strasbourg
Référéndaire à la Cour de justice des Communautés européennes
Directeur de thèse

La faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans cette thèse, celles-ci devant être considérées comme propres à leur auteur

<p>LE CORPS ENSEIGNANT de la Faculté de Droit, Sciences Economiques & Gestion Année universitaire 2008-2009</p>
--

DOYEN

M. Olivier CACHARD

DOYENS HONORAIRES

MM. TALLON, GROSS, JAQUET, CRIQUI

PROFESSEURS ÉMÉRITES

M. VITU, Professeur de Droit Pénal
M. CHARPENTIER, Professeur de Droit public
M. JAQUET, Professeur de Droit Public
M. COUDERT, Professeur d'Histoire du Droit
Mme GAY, Professeur d'Histoire du Droit
M. BORELLA, Professeur de Droit Public
Mme MARRAUD, Professeur de Droit Privé
M. GROSS Bernard, Professeur de Droit Privé

PROFESSEURS

M. RAY Jean-Claude	Professeur de Sciences Économiques
M. SEUROT François	Professeur de Sciences Économiques
M. SEUVIC Jean-François	Professeur de Droit Privé
M. MOUTON Jean-Denis	Professeur de Droit Public
M. BUZELAY Alain	Professeur de Sciences Économiques
M. JACQUOT François	Professeur de Droit Privé
M. CRIQUI Etienne	Professeur de Science Politique
M. BILLORET Jean-Louis	Professeur de Sciences Économiques
M. PIERRÉ-CAPS Stéphane	Professeur de Droit Public
M. GOSSEREZ Christian	Professeur de Droit Public
M. GARTNER Fabrice	Professeur de Droit Public
M. EBOUE Chicot	Professeur de Sciences Economiques
M. MAZIAU Nicolas (<i>Détachement</i>)	Professeur de Droit Public
M. DEREU Yves	Professeur de Droit Privé
M. BISMANS Francis	Professeur de Sciences Economiques
M. ASTAING Antoine	Professeur d'Histoire du Droit
M. STASIAK Frédéric	Professeur de Droit Privé
M. CACHARD Olivier	Professeur de Droit Privé
M. GRY Yves	Professeur de Droit Public
M. LAMBERT Thierry	Professeur de Droit Privé
M. HENRY Xavier	Professeur de Droit Privé
M. PLESSIX Benoît	Professeur de Droit Public
Mme LEMONNIER-LESAGE Virginie	Professeur d'Histoire du Droit

Mme SPAETER-LOEHRER Sandrine	Professeur de Sciences Economiques
Mme UBAUD-BERGERON Marion	Professeur de Droit Public
M. TAFFOREAU Patrick	Professeur de Droit Privé
M. PARENT Antoine	Professeur de Sciences Economiques
M. PERREAU-SAUSSINE Louis	Professeur de Droit Privé
Mme TUFFERY-ANDRIEU Jeanne-Marie	Professeur d'Histoire du Droit
Mme GRAMAIN Agnès	Professeur de Sciences Economiques
M. FONCEL Jérôme	Professeur de Sciences Economiques
M. PETIT Yves	Professeur de Droit Public

MAÎTRES DE CONFÉRENCES

M. BOURGAUX Claude	Maître de Conférences de Droit Privé
M. PELLISSIER Dominique	Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme CHARDIN France	Maître de Conférences de Droit Privé
M. GERMAIN Eric	Maître de Conférences de Droit Public
M. LUISIN Bernard	Maître de Conférences de Droit Public
Mme MANSUY Francine	Maître de Conférences de Droit Privé
M. VENANDET Guy	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme TILLEMENT Geneviève	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme GANZER Annette	Maître de Conférences de Droit Privé
M. OLIVIER Laurent	Maître de Conférences de Science Politique
M. DIELLER Bernard	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. GUIGOU Jean-Daniel	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. GASSER Jean-Michel	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme JANKELIOWITCH-LAVAL Eliane	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. AIMAR Thierry (<i>Détachement</i>)	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme KUHN Nicole	Maître de Conférences de Droit Public
Mme DAVID-BALESTRIERO Véronique	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme ETIENNOT Pascale	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme DANTONEL-COR Nadine	Maître de Conférences de Droit Public
Mlle BARBIER Madeleine	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. FOURMENT François	Maître de Conférences de Droit Privé
M. ANDOLFATTO Dominique	Maître de Conférences de Science Politique
Mme DEFFAINS Nathalie	Maître de Conférences de Droit Public
Mme SIERPINSKI Batyah	Maître de Conférences de Droit Public
M. MOINE André	Maître de Conférences de Droit Public
Mlle LEBEL Christine	Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle LE GUELLAFF Florence	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. PY Bruno	Maître de Conférences de Droit Privé

M. EVRARD Sébastien	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. FENOGLIO Philippe	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme BOURREAU DUBOIS Cécile	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mlle GARDIN Alexia	Maître de Conférences de Droit Privé
M. KLOTGEN Paul	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme DERDAELE Elodie	Maître de Conférences de Droit Public
M. DAMAS Nicolas	Maître de Conférences de Droit Privé
M. GICQUEL Jean-François	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
Mme LELIEVRE Valérie	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. PREVOT Jean-Luc	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. WEBER Jean-Paul	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme CHAUPAIN-GUILLOT Sabine	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. CHOPARD Bertrand	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mlle PIERRE Nathalie	Maître de Conférences de Droit Privé
M. PIERRARD Didier	Maître de Conférences de Droit Public
Mme HOUIN-BRESSAND Caroline	Maître de Conférences de Droit Privé
M. ZIANE Ydriss	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. GABUTHY Yannick	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mlle BLAIRON Katia	Maître de Conférences de Droit Public
M. FERREY Samuel	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. MULLER François	Maître de Conférences de Droit Public
Melle ABALLEA Armelle	Maître de Conférences de Droit Public
M. THIERRY Jean-Baptiste	Maître de Conférences de Droit Privé

MAÎTRES DE CONFÉRENCES ASSOCIÉS

M. FERRY Frédéric	Maître de Conférences associé de Droit Privé
Mme MOUKHA Stéphanie	Maître de Conférences associé de Droit Privé
M. GAUDEL Pierre-Jean	Maître de Conférences associé de Droit Public
M. GUENOT Jacques	Maître de Conférences associé de Droit Privé
M. GREGOIRE Christian	Maître de Conférences associé de Sciences Economiques
M. BERNARDEAU Ludovic	Maître de Conférences associé de Droit Privé

ASSISTANTS - PRAG

M. ECKERSLEY David (<i>Convention</i>)	Assistant d'Anglais
M. LOVAT Bruno	PRAG de Mathématiques
Mme DIEHL Christel	PRAG d'Anglais
M. PERRIN Yves	PRAG d'Economie et Gestion

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à exprimer ma profonde gratitude au professeur Dominique Ritleng, qui a accepté de diriger ce travail. L'écoute attentive dont il a toujours fait preuve et les précieux conseils qu'ils m'a prodigués ont été déterminants dans la volonté d'entreprendre ce travail et de le mener à bien.

Je tiens aussi à remercier MM. les professeurs Loïc Azoulai, Vlad Constantinesco, Eric Maulin et Jean-Denis Mouton pour avoir accepté de faire partie de mon jury de soutenance.

Je suis également très reconnaissante à tous les membres de l'IRENEE (Institut de Recherches sur l'Evolution de la Nation Et de l'Etat), pour leur disponibilité et pour la confiance qu'ils m'ont témoignée en m'associant à leurs travaux.

Le personnel de la Faculté de droit et du Centre européen universitaire de Nancy m'a permis de bénéficier d'une ambiance de travail à la fois sereine et motivante. Je voudrais ici leur adresser mes remerciements, de même qu'aux documentalistes des différentes bibliothèques qui m'ont apporté une aide précieuse dans mes travaux de recherche.

Le soutien sans faille et les encouragements de mes proches ont contribué à ce que ces années de thèse soient source d'épanouissement. Qu'ils en soient ici vivement remerciés.

SOMMAIRE

Chapitre préliminaire : Le concept de pouvoir constituant

PARTIE I : L'EVITEMENT FONCTIONNALISTE DU POUVOIR CONSTITUANT EUROPEEN

Titre 1 : L'évitement impliqué par l'existence d'un pouvoir fondateur des Etats

Chapitre 1 : Le pouvoir fondateur des Etats, équivalent fonctionnel du pouvoir constituant

Chapitre 2 : L'incomplétude du pouvoir fondateur des Etats

Titre 2 : L'évitement perpétué par l'essor d'une fonction constituante

Chapitre 1 : La fonction constituante de la Cour de justice

Chapitre 2 : La fonction constituante des institutions communautaires et des Etats membres

PARTIE II : L'AVENEMENT FEDERALISTE DU POUVOIR CONSTITUANT EUROPEEN

Titre 1 : L'avènement limité d'un processus constituant européen

Chapitre 1 : Le traité établissant une constitution pour l'Europe, un acte constituant

Chapitre 2 : La persistance du pouvoir fondateur des Etats

Titre 2 : L'avènement projeté du pouvoir constituant européen

Chapitre 1 : Le pouvoir constituant des peuples européens

Chapitre 2 : Le maintien de l'existence des Etats

REMARQUES PRELIMINAIRES

Le présent travail vise à identifier le concept de pouvoir constituant dans l'ordre juridique issu des traités de Paris, de Rome et des traités les révisant, adoptés, non adoptés ou en cours d'adoption. Afin de ne pas alourdir la présentation, il sera généralement fait référence à l'ordre juridique « communautaire » pour désigner l'ordre juridique communautaire *stricto sensu* mais aussi pour caractériser l'ordre juridique résultant du traité sur l'Union européenne, du traité établissant une constitution européenne ou du traité de Lisbonne. L'expression « ordre juridique de l'Union européenne » ne sera utilisée que dans les hypothèses où l'ordre juridique issu du traité sur l'Union européenne nécessite une analyse distincte de l'ordre juridique communautaire au sens strict.

Les recherches réalisées pour cette étude ont pris fin le 30 septembre 2008. De même, toutes les ressources électroniques citées en notes de bas de page et dans la bibliographie ont été consultées pour la dernière fois le 30 septembre 2008.

TABLE DES ABREVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique – droit administratif</i>
AETR	Accord européen sur les transports routiers
<i>AFDI</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>
aff.	affaire
aff. jointes	affaires jointes
<i>AIJC</i>	<i>Annuaire international de justice constitutionnelle</i>
<i>AJIL</i>	<i>American Journal of International Law</i>
al.	alinéa
<i>APD</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
art.	article
AUE	Acte unique européen
<i>Bull. CE</i>	<i>Bulletin des Communautés européennes</i>
<i>Bull. UE</i>	<i>Bulletin de l'Union européenne</i>
<i>BVerfGE</i>	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale allemande)</i>
Cass.	Cour de Cassation
c/	contre
<i>CCC</i>	<i>Cahiers du Conseil constitutionnel</i>
<i>CDE</i>	<i>Cahiers de droit européen</i>
CE	Conseil d'Etat
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CED	Communauté européenne de défense
CEDECE	Commission pour l'étude des Communautés européennes
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CEE	Communauté économique européenne
CEEA	Communauté européenne de l'énergie atomique
<i>cf.</i>	<i>confer</i>
chron.	chronique
CIG	Conférence intergouvernementale
CIJ	Cour internationale de justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
<i>CML Rev.</i>	<i>Common Market Law Review</i>
comm.	commentaire
comp.	comparer
concl.	conclusions
cons.	considérant
Cons. const.	Conseil constitutionnel
COREPER	Comité des représentants permanents
Cour Eur. D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
CPE	Coopération politique européenne
CPJI	Cour permanente de justice internationale
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz-Sirey</i>
<i>DA</i>	<i>Droit administratif</i>
D.E.A.	Diplôme d'études approfondies
(Dir.)	sous la direction de

<i>DS</i>	<i>Droit & société</i>
e. a.	et autres
éd.	édition
<i>EDCE</i>	<i>Etudes et documents du Conseil d'Etat</i>
EEE	Espace économique européen
<i>ELJ</i>	<i>European Law Journal</i>
<i>ELR</i>	<i>European Law Review</i>
ERA	Europäische Rechtsakademie (Académie de droit européen de Trêves).
<i>EuGRZ</i>	<i>Europäische Grundrechte Zeitung</i>
<i>EUI working paper, RSC</i>	<i>working paper of the European University Institute, Robert Schuman centre (document de travail du Centre Robert Schuman de l'Institut universitaire européen)</i>
<i>EuR</i>	<i>Europarecht</i>
fasc.	fascicule
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (Accord général sur les tarifs et le commerce)
GATs	General Agreement on Trade in services (Accord général sur le commerce des services)
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
<i>IJCL</i>	<i>International Journal of Constitutional Law</i>
<i>JCl.</i>	<i>Jurisclasseur</i>
<i>JCP A</i>	<i>Jurisclasseur périodique (Semaine juridique), édition administrations et collectivités territoriales</i>
<i>JCP G</i>	<i>Jurisclasseur périodique (Semaine juridique), édition générale</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal du droit international (Clunet)</i>
<i>JOCE</i>	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i>
<i>JORF</i>	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>JOUE</i>	<i>Journal officiel de l'Union européenne (depuis le 1^{er} février 2003)</i>
<i>JTDE</i>	<i>Journal des tribunaux, droit européen</i>
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
n°	numéro
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OIT	Organisation internationale du travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONU	Organisation des Nations unies
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
OPOCE	Office des publications officielles des Communautés européennes
obs.	observations
(ord.)	ordonnance de la CJCE ou du TPICE
OTAN	Organisation du traité de l'Atlantique nord
p.	page
PAC	Politique agricole commune
PESC	Politique étrangère et de sécurité commune
PESD	Politique européenne de sécurité et de défense

PIE	Presses interuniversitaires européennes
pp.	de la page ... à la page ...
préc.	précité
pt.	point
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
<i>RAE-LEA</i>	<i>Revue des affaires européennes – Law & European Affairs</i>
<i>RCADE</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit européen</i>
<i>RCADI</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public et de la science politique</i>
<i>RDUE</i>	<i>Revue du droit de l'Union européenne</i>
<i>Rec.</i>	<i>Recueil</i>
rééd.	réédition
<i>Rép. Dalloz dr. com.</i>	<i>Répertoire Dalloz de droit communautaire</i>
req.	requête
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RFDC</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
<i>RFSP</i>	<i>Revue française de science politique</i>
<i>RGDIP</i>	<i>Revue générale de droit international public</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit constitutionnel</i>
<i>RMC (RMCUE)</i>	<i>Revue du marché commun (devenue Revue du marché commun et de l'Union européenne)</i>
<i>RMUE</i>	<i>Revue du marché unique européen (devenue Revue du droit de l'Union européenne)</i>
<i>RTDE</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>RUDH</i>	<i>Revue universelle des droits de l'homme</i>
SFDI	Société française de droit international
spéc.	spécialement
suiv.	suivantes
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TCEE	Traité instituant la Communauté économique européenne
TCECA	Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier
TECE	Traité établissant une constitution pour l'Europe
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
trad.	traduction
TRIPs	Trade related aspects of intellectual property rights (aspects de la propriété intellectuelle touchant au commerce)
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne
ULB	Université libre de Bruxelles
vol.	volume
<i>YEL</i>	<i>Yearbook of European Law</i>

INTRODUCTION GENERALE

« L'abbé de Saint-Pierre, qui me distingue assez pour m'honorer de sa correspondance, m'a envoyé un bel ouvrage sur la façon de rétablir la paix en Europe, et de la constater à jamais. La chose est très praticable ; il ne manque pour la réussir que le consentement de l'Europe et quelques bagatelles semblables »¹.

« Les utopies d'un siècle sont les faits du siècle suivant »².

1.- Le pouvoir constituant européen. L'assemblage de ces termes, dont l'un fait référence à l'une des figures clef de la théorie générale de l'Etat, généralement défini comme le pouvoir conféré au peuple d'adopter et de réviser la constitution, et l'autre à l'Europe, que l'on devine comme étant cette forme d'association politique mise en place au début des années cinquante par les dirigeants de six Etats de l'Europe occidentale, ne fait pas immédiatement sens. A l'image de Minotaure, ce monstre fabuleux à corps d'homme et tête de taureau de la mythologie grecque³, le pouvoir constituant européen emprunte ses éléments constitutifs à deux sphères hétérogènes, la sphère étatique et la sphère internationale et serait de ce fait condamné à demeurer à l'état de chimère.

2.- La réalité juridique serait là pour nous rappeler cette évidence. Les traités fondateurs des Communautés et de l'Union européennes ont en effet été conclus par des Etats, personnes morales sujets de droit international et ayant à ce titre compétence pour s'engager juridiquement en concluant des traités internationaux. Les Etats étant les « Maîtres des traités »⁴, la notion de pouvoir constituant européen ne saurait être utilisée pour décrire le pouvoir qui a donné naissance à ces organisations, sauf à adopter une lecture tellement

¹ Frédéric II, *Lettre à Voltaire*, 12 avril 1742, in *Œuvres complètes de Frédéric II, roi de Prusse*, Potsdam, Aux dépens des associés, 1805, tome XIV, p. 85.

² Victor HUGO, *Le Rhin, Lettres à un ami*, in *Œuvres complètes de Victor Hugo*, Paris, Ollendorf, 1906, p. 479.

³ Il convient d'ailleurs de noter que Minotaure est un descendant direct de la déesse Europe. Minotaure est en effet né de l'union de Pasiphae et de Minos, ce dernier étant le premier fils de Zeus et d'Europe.

⁴ Selon l'expression utilisée par la Cour constitutionnelle allemande dans sa décision « Maastricht » du 12 octobre 1993, *BverfGE* 89, p. 155, traduction française et commentaire de la décision par Constance Grewe in *RUDH*, 1993, pp. 226-292.

extensive de la notion de pouvoir constituant qu'elle en deviendrait peu opératoire. L'exclusion du concept de pouvoir constituant de la problématique de la construction européenne a ainsi régi et continue de régir l'appréhension du développement de cet ordre juridique.

L'émergence d'un processus de « constitutionnalisation »⁵ des traités fondateurs et sa propagation à l'ordre juridique qu'ils fondent n'ont pas remis en cause l'idée selon laquelle il n'y a pas et il ne saurait y avoir de pouvoir constituant européen.

Ainsi, partant du constat du « développement constitutionnel »⁶ de l'ordre juridique communautaire, la question qui a en grande partie mobilisé la doctrine a consisté à déterminer si les traités communautaires pouvaient être qualifiés de « constitution » au sens où le droit constitutionnel comprend ce terme⁷. Dans cette querelle doctrinale, la question du pouvoir constituant n'est généralement abordée que de manière incidente, en tant que critère dont l'absence permettrait de renforcer la conception selon laquelle l'Union européenne ne possède pas de constitution au sens strict du terme. La conception majoritairement partagée

⁵ Selon M. Weiler, « constitutionalization implies a combined and circular process by which the treaties were interpreted by techniques associated with constitutional documents rather than multi-partite treaties and in which the treaties both as cause and effect assumed the higher law attributes of a constitution » [la constitutionnalisation décrit le processus combiné et circulaire par lequel les traités ont été interprétés par le biais de techniques traditionnellement réservées aux textes constitutionnels plutôt qu'aux conventions internationales, la cause (mais aussi la conséquence) étant que les traités présentent les attributs normatifs d'une constitution]. Cf. Joseph H. H. WEILER, « Supranationalism revisited – a retrospective – the European Communities after 30 years », in Werner MAIHOFER (Dir.), *Noi si mura, selected working papers of the European University Institute*, Florence, European University Institute, 1986, pp. 341-396, spéc. p. 382.

⁶ Selon la formule utilisée par Jörg Gerkrath pour rendre compte du phénomène de constitutionnalisation précédemment mis en lumière. Cf. Jörg GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe, modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des Communautés et de l'Union européennes*, Bruxelles, éditions de l'université de Bruxelles, 425 pages, spéc. pp. 203 et s.

⁷ Voir, parmi une littérature abondante, Jörg GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, op. cit. ; David BLANCHARD, *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, thèse, Rennes, 2001, Rennes, Editions Apogée, 2001, 476 pages ; Thierry DAUPS, *L'idée de constitution européenne*, thèse, Paris X, 1992, 519 pages ; Jean-Paul JACQUE, « Cours général de droit communautaire », *RCADE*, 1990, vol. I-1., pp. 237-367 ; Jean BOULOUIS, « Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général », *RCADI*, tome 235 (1992-IV), pp. 9-79 ; Renaud DEHOUSSE (Dir.), *Une constitution pour l'Europe ?*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2002, 290 pages ; Paul MAGNETTE, *La constitution de l'Europe*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000, 201 pages ; *Does Europe need a constitution ?* Conferences proceedings, London, June 1996, Bruxelles, The Philip Morris Institute for public policy research, 1996, 33 pages ; Joseph H. H. WEILER, *The constitution of Europe : do the new clothes have an emperor ? and other essays on European integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 364 pages ; Jean-François FLAUSS (Dir.), *Vers un droit constitutionnel européen ? Quel droit constitutionnel européen ?*, actes du colloque de Strasbourg des 18 et 19 juin 1993, *RUDH*, n° 11-12, 1995 ; Vlad CONSTANTINESCO, « La constitutionnalisation de l'Union européenne », in Joël RIDEAU (Dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit, continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, p. 133-152. Voir, pour un refus de souscrire à l'analyse de la structure communautaire en termes constitutionnels, Alain PELLET, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *RCADE*, vol. V-I, pp. 193-271 ; voir aussi Christiane GOUAUD, « Le projet de Constitution européenne », *RFDC*, 1995, pp. 287-319.

par la doctrine, qu'elle soit française⁸, belge⁹, anglaise¹⁰ ou allemande¹¹, selon laquelle « l'Union européenne n'a pas de constitution [...] parce que le "pouvoir constituant" appartient aux Etats et s'exerce par la voie diplomatique »¹² repose alors sur une analyse des procédures de révision prévues par les traités communautaires, qui consacrent le statut de « Maîtres des traités » des Etats.

La perspective de l'adoption du traité établissant une constitution pour l'Europe¹³ en 2004 n'a apporté à cet égard que peu de changements. La doctrine a en effet persisté à tenter d'appliquer à ce nouveau texte la dichotomie opposant diamétralement selon elle traité et constitution¹⁴, le pouvoir constituant restant une variable d'ajustement permettant de conforter la qualification retenue du traité constitutionnel. La majorité des auteurs a ainsi opté pour une analyse formelle du pouvoir constituant consistant à tenter de découvrir un « saut constitutionnel » dans les procédures d'entrée en vigueur et de révision du traité établissant une constitution pour l'Europe¹⁵, tandis que d'autres, empruntant leurs instruments aux

⁸ Voir par exemple Jörg GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, op. cit., p. 127. Voir aussi Christian FRANCK, « Traité et Constitution : les limites de l'analogie », in Paul MAGNETTE (Dir.), *La constitution de l'Europe*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2^{ème} édition revue et augmentée, 2002, pp. 31-39.

⁹ Voir en ce sens les travaux précurseurs de Michel Waelbroeck, selon lequel il faut refuser le label constitutionnel au droit communautaire dans la mesure où la procédure de révision des traités se présente comme une procédure internationale et non constitutionnelle, Michel WAELBROECK, « Peut-on parler d'un droit constitutionnel européen ? », in *Travaux et conférences de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles*, Bruxelles, Larcier, 1964, vol. II, pp. 75-102.

¹⁰ Voir par exemple Trevor C. HARTLEY, « The Community legal order : a british view », in Jean-Denis MOUTON et Torsten STEIN (Dir.), *Vers une nouvelle constitution pour l'Union européenne ? La conférence intergouvernementale de 1996*, Actes du Congrès annuel de 1996 de l'Académie de droit européen de Trèves, publié in *ERA*, n° 21/1997, pp. 57-62.

¹¹ Voir Dieter GRIMM, « Le moment est-il venu d'élaborer une constitution européenne ? », in Renaud DEHOUSSE (Dir.), *Une constitution pour l'Europe*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2002, 289 pages, pp. 69-78, spéc. p. 73.

¹² Jean-Louis QUERMONNE, « La conférence intergouvernementale de 1996. Acte fondateur ou non-événement ? », in Centre européen de sciences politiques (éd.), *La conférence intergouvernementale. Enjeux et documents*, Paris, Presses de Sciences-Po, 1996, pp. 7-29, spéc. p. 7.

¹³ *JOUE* n° C 310 du 16 décembre 2004.

¹⁴ Voir parmi une abondante production doctrinale, « La "Constitution européenne" : une Constitution ? », actes de la journée d'études constitutionnelles du 28 mars 2003, Maison de l'Europe, *RAE*, n° 11-12/2001-2002, pp. 647-753 ; « Une constitution pour l'Europe ? », numéro spécial, *RTDE*, 2005, pp. 225-588 avec une bibliographie qui reprend l'essentiel des ouvrages consacrés à la constitution, spéc. pp. 581-588.

¹⁵ Voir par exemple Dieter GRIMM, « Verfassung – Verfassungsvertrag – Vertrag über eine Verfassung », in Olivier BEAUD, Ingolf PERNICE, Arnaud LECHEVALIER et Sylvie STRUDEL (Dir.), *L'Europe en voie de constitution : pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 279-287 ; Bruno DE WITTE, « Entry into force and revision », in Bruno DE WITTE (Dir.), *Ten reflexions on the Constitutional Treaty for Europe*, Florence, RCAS, EUI, 2003, 225 pages, spéc. pp. 207-223 ; Dimitris N. TRIANTAFYLLOU, *La Constitution de l'Union européenne selon le Traité de Rome de 2004 : les choix clés de la Convention et de la Conférence intergouvernementale*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} édition, 2005, 150 pages, spéc. pp. 127 et s ; Guy GUILLERMIN, « Quelques réflexions sur la notion de constitution européenne », in *50 ans de droit communautaire. Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse, Presses de l'université des sciences

enseignements de la sociologie politique, évaluaient la possibilité d'assimiler la Convention à une assemblée constituante¹⁶. A de rares exceptions près¹⁷, le concept de pouvoir constituant n'a pas fait l'objet d'une étude systématique visant à en démontrer la pertinence dans le cadre communautaire. Les résultats négatifs des référendums français et néerlandais¹⁸ sont alors apparus comme la confirmation éclatante du postulat selon lequel la construction européenne ne saurait emprunter la voie de la souveraineté constituante du peuple. Pourtant, la réactivation de la procédure classique de conclusion des traités, caractérisée par l'intervention d'une conférence intergouvernementale chargée de négocier le contenu des engagements internationaux par la voie diplomatique, n'a pas porté ses fruits. Le traité issu de ces travaux et signé à Lisbonne le 13 décembre 2007¹⁹ n'a pu être ratifié par l'ensemble des Etats, le peuple irlandais s'étant prononcé contre ce texte²⁰.

3.- L'impasse dans laquelle est plongée la construction européenne n'est pas fortuite. Elle est le produit de ce processus quasi autonome d'enrichissement de la substance

sociales de Toulouse, 2004, tome 2, pp. 525-539 ; Thierry DEBARD, « A propos du processus de constitutionnalisation des traités », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 283-293.

¹⁶ La littérature sur cette question étant foisonnante, nous nous limiterons à citer quelques articles sur le sujet : Thierry CHOPIN, « La Convention : un moment constituant pour l'Europe ? », *Politique étrangère*, n° 3-4/2003, pp. 731-742 ; Vlad CONSTANTINESCO, « Quelle constituante pour quelle constitution ? », *Europe en formation*, n° 1/2002, pp. 17-27 ; Michel ROSENFELD, « La Convention européenne et l'œuvre des constituants américains », *Cités*, n° 13/2003, pp. 47-55 ; Stéphane RODRIGUES : « La réforme de l'Union européenne : changement de méthode ? », *RMCUE*, n° 452/2001, pp. 588-593 ; Jean-Pierre COT, « Les défis de la Convention européenne : ou comment rattraper un retard de légitimité », in Olivier BEAUD, Ingolf PERNICE, Arnaud LECHEVALIER et Sylvie STRUDEL (Dir.), *L'Europe en voie de constitution : pour un bilan critique des travaux de la Convention*, op. cit., pp. 69-85 ; Christine FERRARI-BREEUR, « La Convention : évaluation d'une méthode de changements constitutionnels dans l'Union européenne », in Christian PHILIP et Panayotis SOLDATOS, *La Convention sur l'avenir de l'Europe. Essai d'évaluation du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 236 pages, pp. 1-21 ; Jean-Louis QUERMONNE, « L'Union européenne : objet ou acteur de sa constitution ? », *RFSP*, n° 2/2004, pp. 221-236.

¹⁷ Voir notamment Eric MAULIN, « Le pouvoir constituant dans l'Union européenne », *Droits*, n° 45/2007, pp. 73-88. Voir aussi Neil WALKER, « Post-constituent constitutionalism ? The case of the European Union », in Martin LOUGHLIN and Neil WALKER (Ed.), *The paradox of constitutionalism. Constituent power and constitutional form*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 375 pages, spéc. pp. 247-267 ; Michel TROPER, « Le projet de Constitution européenne et la question du pouvoir constituant », entretien réalisé par Lucien Jaume, *Cités*, n° 13/2003, pp. 101-111.

¹⁸ Les référendums français et néerlandais tendant à autoriser la ratification du traité établissant une constitution pour l'Europe se sont déroulés respectivement les 29 mai et 1^{er} juin 2005.

¹⁹ *JOUE* n° C 306 du 17 décembre 2007 et, pour la version consolidée, *JOUE* n° C 115 du 9 mai 2008.

²⁰ Le référendum irlandais, dont l'objet était de réviser la constitution préalablement à la ratification du traité de Lisbonne, s'est déroulé le 12 juin 2008. Le peuple irlandais a refusé, à une majorité de 53,4 % des suffrages exprimés, d'entériner la révision de la constitution. Réunis en Conseil européen le 19 juin 2008, les dirigeants européens ne sont pas parvenus à un accord sur l'avenir du traité de Lisbonne. Il a été convenu que l'Irlande présenterait un rapport sur les solutions envisageables lors du Conseil européen informel qui se tiendra les 15 et 16 octobre 2008. Alors que le processus de ratification s'est poursuivi dans certains Etats, la Pologne a décidé de suspendre le processus. A la date du 30 septembre 2008, 23 Etats ont ratifié le traité de Lisbonne (à l'exception de la Pologne, la République tchèque et la Suède).

constitutionnelle des traités fondateurs. La constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire est riche d'enseignements pour la science juridique, dans la mesure où elle invite à une réflexion sur les modes de production du droit constitutionnel. Plus précisément, la construction de l'ordre juridique communautaire montre qu'un ordre constitutionnel peut émerger en l'absence de pouvoir constituant. Elle pose, dans le même temps, un défi redoutable, qui est celui de la résorption du « déficit démocratique »²¹ qui caractérise actuellement l'Union européenne. Dépouillés du pouvoir d'adopter la norme fondatrice de l'ordre juridique communautaire, les citoyens ne peuvent en effet être considérés comme les auteurs des règles qui s'imposent à eux. La constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire débouche alors sur ce que l'on pourrait nommer l'aporie du pouvoir constituant et qui peut être formulée ainsi : censé être consubstantiel à la forme étatique, le concept de pouvoir constituant ne saurait être transposé à l'ordre juridique communautaire, qui n'est pas et n'a, de toute évidence, pas vocation à devenir un Etat. Dans le même temps, c'est bien cette carence qui fonde le déficit démocratique actuel et paralyse l'avancée de l'intégration européenne.

Résoudre la contradiction posée par la construction européenne peut passer par la promotion d'autres formes de démocratie, telles que la démocratie procédurale ou la démocratie participative. C'est la voie dans laquelle se sont engagés de nombreux auteurs²². Ce n'est cependant pas la seule. Loin de corroborer l'absence de pertinence du concept de pouvoir constituant en droit communautaire, la construction européenne invite, selon nous, à une réévaluation de ce concept. En effet, si le concept de pouvoir constituant a été initialement construit pour rendre compte de la formation de l'Etat, il n'est pas sûr que le lien tissé avec cette forme historique de la domination politique soit consubstantiel au concept de pouvoir constituant. La question que pose la constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire est fondamentale pour la science juridique : il s'agit en effet de déterminer si l'Etat est le seul réceptacle de la souveraineté constituante du peuple ou si, au contraire, le concept de pouvoir constituant peut avoir plusieurs modes d'existence. Une fois admise la possibilité théorique de la transposition du concept de pouvoir constituant en dehors du cadre étatique, il conviendra de s'interroger sur la situation de l'ordre juridique communautaire au

²¹ L'une des premières utilisations de cette expression pour qualifier le système politique communautaire date du rapport Toussaint du 1^{er} février 1988, fait au nom de la commission institutionnelle du Parlement européen (document A 2-076/87).

²² Voir notamment Jean-Louis QUERMONNE, *L'Europe en quête de légitimité*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2001, 126 pages. Voir aussi Eric MAULIN, « Le pouvoir constituant dans l'Union européenne », *Droits*, n° 45/2007, pp. 73-88.

regard de ce concept. Il s'agira alors de déterminer si le défaut de pouvoir constituant européen est inhérent à la nature de la construction européenne, considérée comme une construction juridique supra-étatique, ou si elle est guidée par des motivations d'ordre politique, conjoncturel, permettant à terme d'envisager l'avènement d'un tel concept au sein de l'ordre juridique communautaire.

Telles sont les questions que pose le développement de l'intégration européenne et auxquelles nous tenterons d'apporter des éléments de réponse. Centrer l'analyse de la construction européenne sur le concept de pouvoir constituant permet d'appréhender la constitutionnalisation de cet ordre juridique sous un autre angle, qui est celui du citoyen. En cela, elle permet de dépasser l'aporie sur laquelle achoppent inévitablement les tentatives de caractérisation de l'ordre juridique communautaire, lorsqu'elles sont menées sous le prisme de l'Etat et de la souveraineté²³. Le prisme du pouvoir constituant permet aussi de prolonger la réflexion entamée par certains auteurs²⁴ tendant à mettre en évidence l'absence de césure entre le droit constitutionnel et le droit communautaire. Dans la mesure où la recherche s'attache à explorer la possibilité de dissocier le concept de pouvoir constituant du cadre théorique dans lequel il a été initialement forgé, elle contribue en effet à réévaluer la pertinence de l'étanchéité supposée entre les différentes branches du droit. Surtout, apprécier la construction européenne à l'aune du concept de pouvoir constituant permet de s'interroger sur les conditions d'existence d'une démocratie à l'échelle européenne. En effet, comme l'a montré M. Bruno Bernardi, « la démocratie, comme autoinstitution de la société, comme autonomie, n'est pas une forme politique mais la structure même du pouvoir constituant »²⁵. Or, si pouvoir constituant et démocratie sont liés, il semble que l'une des voies de la démocratisation de l'Union européenne réside dans la réappropriation, par les citoyens européens, du pouvoir constituant au sein de cette entité. Progresser dans la connaissance du concept de pouvoir constituant et déterminer les conditions de son existence à l'échelle européenne constituent dès lors une alternative aux réflexions visant à légitimer la construction européenne.

²³ Cette aporie constitue le point de départ de la thèse de Mme Florence CHALTIEL, *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français : recherches sur la souveraineté de l'Etat membre*, thèse, Grenoble, 1999, Paris, LGDJ, 2000, 606 pages.

²⁴ Voir notamment l'ouvrage collectif dirigé par Hélène GAUDIN, *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, actes du colloque de la Rochelle des 6 et 7 mai 1999, Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, 393 pages. Voir aussi Jean BOULOUIS, *Droit communautaire et droit français : recueil d'études*, Paris, Editions La Mémoire du droit, 1999, 380 pages.

²⁵ Bruno BERNARDI, *Qu'est-ce qu'une décision politique ?*, Paris, J. Vrin, 2003, 128 pages, spéc. p. 48.

Cependant, examiner la possibilité théorique de la transposition du concept de pouvoir constituant en dehors de la sphère étatique se heurte à certains obstacles qu'il convient de circonscrire.

4.- Le premier obstacle réside dans l'appréhension du concept de pouvoir constituant par la science juridique.

En effet, la doctrine définit traditionnellement le pouvoir constituant comme « l'organe bénéficiant de la compétence constitutionnelle, c'est-à-dire doté du pouvoir d'adopter une constitution ou une modification de la constitution en vigueur »²⁶. Le pouvoir constituant serait alors passible de deux modes d'existence : le pouvoir constituant originaire et le pouvoir de révision, qualifié de pouvoir constituant institué ou pouvoir constituant dérivé, seul ce dernier étant susceptible d'être appréhendé par le droit. Dans le cadre d'une étude juridique, il conviendrait alors de restreindre l'analyse au pouvoir de révision, le pouvoir constituant originaire étant nécessairement relégué hors de la sphère du droit. C'est d'ailleurs le prisme choisi par Maurice Duverger, auteur d'une des rares études consacrées au pouvoir constituant dans l'Union européenne²⁷. Pourtant, l'assimilation du pouvoir de révision au concept de pouvoir constituant nous paraît contestable, en ce qu'elle méconnaît la nature profonde du pouvoir de révision, qui est un pouvoir *constitué*. Dans cette optique, étudier le pouvoir constituant implique au contraire de circonscrire notre étude au pouvoir constituant proprement dit, c'est-à-dire au pouvoir constituant originaire, défini comme le pouvoir qui « fonde la validité normative de la constitution »²⁸.

Or, le choix de cantonner le sujet au pouvoir constituant originaire européen semble d'emblée disqualifié dans la mesure où la majorité des auteurs se refusent à l'envisager du point de vue juridique. « Pouvoir de création *ex nihilo* [...] d'un ordre juridique »²⁹, le pouvoir constituant originaire est sans conteste d'une essence particulière. A l'origine d'une rupture dans la chaîne normative, l'action du pouvoir constituant ne peut être encadrée par le

²⁶ Olivier DUHAMEL, « Pouvoir constituant », in Olivier DUHAMEL et Yves MENY (Dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, 1112 pages, spéc. p. 777. Voir aussi Georges VEDEL, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1984, 616 pages, spéc. p. 114 : « le pouvoir constituant est le pouvoir d'établir ou de modifier la constitution ».

²⁷ Maurice DUVERGER, « Le pouvoir constituant dans l'Union européenne », in *A constitution for the European Union ? EUI Working paper RSC*, n° 9/1995, pp. 35-40.

²⁸ Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, « Le pouvoir constituant du peuple, notion-limite du droit constitutionnel », in *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique : essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, trad. de l'allemand par Olivier Jouanjan, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2000, 318 pages spéc. p. 208.

²⁹ Claude KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, 1996, 217 pages, spéc. p. 3.

droit. Aucune norme, qu'elle soit substantielle ou procédurale, ne peut prétendre régir l'exercice du pouvoir constituant, dont l'action consiste précisément à anéantir l'ordre juridique en place pour lui en substituer un nouveau. Dans le même temps, bien qu'étant ajuridique, ou plutôt, « alégale »³⁰, la puissance créatrice du pouvoir constituant est telle qu'elle est fondatrice de toute norme juridique, dont elle conditionne en dernier ressort la validité. Ces caractéristiques ont donc contribué à exclure le pouvoir constituant originaire du champ de l'analyse juridique.

La doctrine traditionnelle, positiviste, ne raisonne en effet qu'à l'intérieur de l'ordre juridique étatique, postulant que le droit ne peut exister qu'une fois posé par la constitution. Dans cette optique, le pouvoir constituant originaire est relégué dans le domaine du simple fait³¹ et ne saurait donc être appréhendé par le droit, à moins de considérer, dans une optique jusnaturaliste, que le droit est antérieur à l'Etat, ce que ces auteurs se refusent à faire. Pouvoir de fait, le pouvoir constituant ne saurait faire l'objet d'une étude juridique, ce qui se traduit par le fait que la majorité des auteurs se borne à *décrire* les formes traditionnellement empruntées par le pouvoir constituant, qu'il s'agisse de l'élection, par le peuple, d'une assemblée constituante et/ou de l'adoption de la constitution par le biais d'un référendum constituant³².

Cependant, le reproche que l'on peut adresser à ces analyses est qu'elles laissent dans l'ombre toute la question de l'origine du droit. Les auteurs non positivistes ont bien compris la nécessité de ne pas se désintéresser du pouvoir constituant. Comme l'a montré Georges Burdeau, « c'est une erreur de ne tenir pour pouvoir de droit que celui dont l'existence et l'exercice sont conditionnés par un statut juridique antérieur. [...] Il semble paradoxal de refuser la qualité juridique à un pouvoir par lequel l'idée de droit se fait reconnaître et, par suite, s'impose dans l'ordonnement juridique tout entier »³³. De même, Maurice Hauriou a tenté de fournir une explication à la juridicité de l'Etat et donc du pouvoir constituant en

³⁰ Guy HERAUD, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, thèse, Toulouse, 1945, Paris, Sirey, 1945, 489 pages, spéc. p. 3.

³¹ Cf. Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, tome 2 (1922), Paris, réédition du CNRS, 1962, 638 pages, spéc. p. 491 : « la formation initiale de l'Etat, comme aussi sa première organisation, ne peuvent être considérées que comme un pur fait ».

³² Voir à titre d'exemple Bernard CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 24^{ème} éd., 2007, 598 pages, spéc. pp. 28 et s. ; Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, 874 pages, spéc. pp. 217 et s.

³³ Georges BURDEAU, *Traité de science politique, tome 4 : Le statut du pouvoir dans l'Etat*, Paris, LGDJ, 3^{ème} édition, 1983, p. 174.

recourant à la théorie de l'institution, commune à l'ensemble des faits sociaux. Selon lui, le droit est incapable de créer quelque chose à lui seul, il n'est que la forme choisie par les individus pour incarner et ainsi pérenniser l'idée directrice qu'ils souhaitent mettre en œuvre³⁴. Le droit découle ainsi d'une « manifestation de volonté »³⁵ des individus de fonder une institution, qui dès lors acquiert un caractère objectif s'imposant à ses auteurs. Comme l'a noté M. Eric Millard, « ce n'est pas le droit qui crée l'institution, mais l'institution, et chaque institution, qui génère nécessairement du droit par le processus qui crée *l'institué* contre la tendance de *l'instituant* à se dissoudre dans la durée »³⁶. Au final, selon Maurice Hauriou, cette théorie « ramène notre attention vers cette vérité, vieille comme le monde, que les éléments importants, dans le système juridique, ce sont les acteurs juridiques [...], parce qu'ils sont les personnages vivants et créateurs, tant par les idées d'entreprises qu'ils représentent, que par leur pouvoir de réalisation »³⁷.

5.- Nous n'avons pas l'ambition, dans le cadre de ce travail, de démontrer l'éventuelle juridicité du pouvoir constituant. Qu'il suffise ici d'envisager la possibilité de son étude sous l'angle juridique. M. Ernst-Wolfgang Böckenförde a ainsi souligné que le pouvoir constituant, bien qu'étant une « notion-limite »³⁸ du droit constitutionnel, pouvait faire l'objet d'une analyse juridique dans la mesure où la question du fondement du droit fait, elle aussi, partie du droit. En effet, bien que le pouvoir constituant originaire ne puisse être encadré par le droit, le concept qui tend à restituer son action est un concept éminemment juridique dans la mesure où il s'attache à rendre compte de l'adoption par le peuple de la norme fondatrice de l'ordre juridique étatique. C'est alors sous l'égide d'une analyse *conceptuelle* du pouvoir constituant originaire que nous entendons situer notre travail. Celle-

³⁴ Voir, dans le même sens, Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, « Le pouvoir constituant du peuple, notion-limite du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 219 : « tout dépend donc de ce qu'il existe, au sein d'un peuple, au moment où il exerce le pouvoir constituant, une conscience juridique vivante, des idées effectives relativement à l'ordre social et une volonté éthique et politique. Bref, que ce peuple porte en lui un "esprit" capable de se transformer effectivement en institutions, en règles, en procédures ».

³⁵ Maurice HAURIOU, *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, centre de philosophie politique et juridique, 1986, 191 pages, spéc. p. 120 : « la manifestation de volonté avec intention de fonder constitue [...] le fondement juridique, non seulement de l'opération de fondation, mais de l'existence même du corps constitué »

³⁶ Eric MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *DS*, n° 30-31/1995, pp. 381-412, spéc. p. 400.

³⁷ Maurice HAURIOU, *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, *op. cit.*, p. 127. On retrouve ici, en germe, le décisionnisme de Carl Schmitt, qui fait de la décision le fondement de la normativité : Cf. Carl SCHMITT, *Théologie politique* (1922), trad. de l'allemand par Jean-Louis Schlegel, Paris, Gallimard, 1988, p. 20 : « tout ordre (*Ordnung*) repose sur une décision [...]. Même l'ordre juridique repose, à l'instar de tout ordre, sur une décision et non sur une norme ».

³⁸ Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, « Le pouvoir constituant du peuple, notion-limite du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 205.

ci ne sera pas donnée *a priori*, mais sera au contraire déduite d'une analyse rigoureuse des événements ayant mené à son apparition et de la systématisation qui en a été faite. Les enseignements de l'histoire des idées politiques et de la théorie générale de l'Etat viendront appuyer notre recherche.

Une fois admise, sinon la nécessité, du moins la possibilité d'une approche juridique du pouvoir constituant, encore faut-il accepter que ce concept puisse être transposé à l'ordre juridique mis en place par les traités institutifs des Communautés puis de l'Union européennes.

6.- En effet, et c'est là le second obstacle au regard de l'entreprise à laquelle nous entendons nous livrer, la définition conceptuelle du pouvoir constituant est profondément marquée par le cadre théorique dans lequel cette notion s'est historiquement manifestée. Forgé dans le cadre de l'Etat, le concept de pouvoir constituant est traditionnellement caractérisé par certaines notions qui sont l'Etat, le peuple, la constitution et la souveraineté, notions qui font défaut aux Communautés et à l'Union européennes. La délimitation du concept de pouvoir constituant entreprise dans le chapitre préliminaire aura pour objectif de vérifier si ces notions relèvent de l'essence du concept de pouvoir constituant. Cette analyse sera décisive pour la suite de notre recherche. En effet, soit celle-ci montrera le caractère circonstanciel de certaines liaisons conceptuelles, justifiant ainsi l'application d'un concept de pouvoir constituant réduit à sa plus simple expression à l'ordre juridique communautaire. Soit au contraire ces développements liminaires conforteront l'indissolubilité du lien entre pouvoir constituant et Etat et il s'agira alors, à travers l'analyse de la formation des Communautés et de l'Union européennes, de bâtir un concept spécifique à cette entité. Ainsi éviterons-nous l'écueil consistant à qualifier de pouvoir constituant européen tout phénomène à l'origine de la constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire³⁹.

Qu'il nous soit ici permis de dévoiler les résultats de cette première exploration, l'analyse de l'émergence et de la formalisation historiques du concept de pouvoir constituant démontrent, selon nous, que celui-ci peut être défini, *a minima*, comme le pouvoir du peuple de fonder une entité politique par l'adoption de son acte fondateur. Si, comme l'a montré M. Bruno Bernardi, « le pouvoir constituant ne désigne en effet rien d'autre que le pouvoir

³⁹ Ainsi, M. Paul Magonette recourt au concept de pouvoir constituant pour qualifier le pouvoir normatif du juge communautaire. Paul MAGNETTE, *L'Europe, l'Etat et la démocratie. Le Souverain apprivoisé*, Bruxelles, Editions complexe, 2000, 200 pages, spéc. p. 89.

d'autoinstitution de la société »⁴⁰, la notion de peuple, entendue au sens politique comme la société parvenue à un état de conscience réflexive ouvrant la voie à l'action politique, est nécessairement inhérente au concept de pouvoir constituant. Et puisque le pouvoir constituant que détient le peuple se manifeste par l'acte constituant, l'utilisation de ce concept serait usurpée en l'absence d'un tel noyau dur. La redéfinition du concept de pouvoir constituant à partir de ces deux caractéristiques que sont le peuple et la constitution permet alors d'envisager la transposition de ce concept en dehors de la sphère étatique.

7.- Partant de cette définition minimale du concept de pouvoir constituant, nous tenterons de localiser le pouvoir constituant européen en recherchant, à chaque étape de l'édification de cet ordre juridique, si sa norme fondatrice peut être juridiquement imputée au peuple. Cette démarche permettra de mettre en évidence que le concept de pouvoir constituant est introuvable au sein de l'ordre juridique communautaire. Ainsi, ni l'établissement ni les différentes révisions des traités fondateurs – celle ayant mené à l'adoption du traité établissant une constitution pour l'Europe ne faisant pas exception – ne peuvent être considérés comme étant la manifestation du pouvoir constituant européen. Bien que nous rejoignons ici la majorité de la doctrine, nous refusons de conclure à l'inopérance du concept de pouvoir constituant au sein de l'ordre juridique communautaire. En effet, dès lors qu'il n'y a pas d'interdit conceptuel à la transposition du concept de pouvoir constituant en dehors du cadre étatique, il convient d'accepter que l'absence du pouvoir constituant européen n'est ni inévitable ni consubstantielle à l'existence d'une telle entité, mais qu'au contraire elle résulte d'une volonté claire de ne pas recourir à ce mode de légitimation. Plus encore, il semble que le pouvoir constituant relève de la censure ou plutôt du tabou au sens ethnologique du terme, c'est-à-dire d'un interdit d'ordre culturel ou religieux pesant sur une société. De même que l'usage du terme fédéraliste, la prohibition du pouvoir constituant vise tout d'abord à repousser le spectre de l'Etat, qui apparaît comme le fantasme de la construction européenne⁴¹. Il peut même être soutenu que le choix initialement effectué en

⁴⁰ Bruno BERNARDI, *Qu'est-ce qu'une décision politique ?*, op. cit., spéc. p. 45.

⁴¹ En témoigne la suppression de toute référence à la vocation fédérale de l'Union européenne lors de la négociation du traité de Maastricht, le terme « fédéral » - le fameux « *F-word* » - renvoyant traditionnellement à la catégorie d'Etat fédéral. Sur cet épisode de l'élaboration du traité de Maastricht, voir Michael BURGESS, *Federalism and European Union : the building of Europe 1950-2000*, London, Routledge, 2000, 304 pages, spéc. pp. 206-207. Pour certains auteurs d'ailleurs, les transferts de compétences en direction de l'Union européenne auraient entraîné une « transfiguration [...] de la nature juridique » de ses membres et la mutation corrélatrice de cette entité en un Etat. Cf. Olivier GOHIN, « La nature juridique de la nouvelle Union européenne », in Armel PECHEUL et Olivier GOHIN (Dir.), *La nouvelle Union européenne. Approches critiques de la Constitution européenne*, Paris, éd. François-Xavier de Guibert, 2000, pp. 71-89.

faveur de la méthode fonctionnaliste d'intégration a été fait pour contourner le recours au pouvoir constituant⁴² pourtant proposé par certains acteurs politiques⁴³. Face à l'impossibilité pratique de mettre en place, moins de cinq années après l'issue sanglante de la guerre ayant déchiré le continent européen, une véritable Fédération européenne, les Pères fondateurs proposaient une autre voie, la voie fonctionnelle, parfaitement résumée par la déclaration de Robert Schuman en date du 9 mai 1950 : « l'Europe de se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait »⁴⁴.

Il apparaît ainsi que l'absence de pouvoir constituant européen est intimement liée au choix de la méthode d'intégration. Le refus de la méthode « fédérale-constitutionnelle »⁴⁵ consistant à fonder l'Union européenne sur un acte constituant, motivé par la crainte que celle-ci n'aboutisse à la création d'un super-Etat européen, s'est alors traduit par l'adoption de la méthode fonctionnaliste d'intégration, destinée à construire l'Europe politique par un moyen détourné. En ce sens, c'est bien une stratégie de contournement ou d'évitement du pouvoir constituant qui est inscrite dans le choix de la méthode fonctionnelle (première partie).

La mise en évidence des raisons profondes de ce choix conduit alors à rechercher une alternative prenant en compte les inquiétudes soulevées par la perspective du pouvoir constituant européen. L'évitement du pouvoir constituant européen étant fondé sur la crainte

⁴² Paul Magnette montre à ce titre que l'invention du modèle communautaire apparaît comme le fruit d'une stratégie de contournement, un « palliatif de l'impossible grande stratégie fédéraliste et politique », Paul MAGNETTE, *L'Europe, l'Etat et la démocratie. Le Souverain apprivoisé, op. cit.*, spéc. p. 33.

⁴³ De manière paradoxale, eu égard à la position plutôt réticente qu'il a par la suite adoptée à l'égard de l'Union européenne, le général de Gaulle s'était en 1949 prononcé en faveur d'une construction européenne fondée sur la volonté populaire. Ainsi dans une conférence de presse prononcée au Palais d'Orsay le 14 novembre 1949 déclarait-il : « organisons l'Europe à partir des citoyens de l'Europe ; faisons le grand référendum européen ! », cité in Louis ALIOT, « Les présidents français sous la Ve République », *RDP*, 2003, pp. 163-191, spéc. p. 168.

⁴⁴ Si le concept de pouvoir constituant est clairement évincé de la méthode fonctionnaliste, celle-ci n'en vise pas moins l'horizon de la Fédération. La déclaration de Robert Schuman précitée fait en effet explicitement référence à cet aboutissement de la construction européenne, en soulignant que « par la mise en commun de productions de base et l'institution d'une Haute Autorité nouvelle, dont les décisions lieront la France, l'Allemagne et les pays qui y adhéreront, cette proposition réalisera les premières assises concrètes d'une Fédération européenne indispensable à la préservation de la paix ». □

⁴⁵ Voir sur ce point Léontin-Jean CONSTANTINESCO, « Fédéralisme-constitutionnalisme ou fonctionnalisme ? Réflexions sur la méthode de l'intégration européenne », in *Mélanges Fernand Dehousse*, vol. 2 : *La construction européenne*, Bruxelles, Paris, éditions Labor, Fernand Nathan, 1979, pp. 19-27.

d'une dérive étatique de l'Union européenne, c'est sous l'égide de la « Fédération »⁴⁶, envisagée comme une entité politique englobant les Etats sans les faire disparaître, que doit être placée la question de l'avènement du pouvoir constituant européen (seconde partie).

Première partie : L'évitement fonctionnaliste du pouvoir constituant européen

Seconde partie : L'avènement fédéraliste du pouvoir constituant européen

⁴⁶ La théorie de cette forme d'association politique originale, déjà étudiée par Carl Schmitt (cf. Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution* [1928], trad. de l'allemand par Lilyane Deroche, Paris, PUF, 1993, 576 pages, spéc. pp. 507 et s.), a récemment fait l'objet d'une étude d'envergure de la part du professeur Olivier Beaud. Voir à ce titre Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, 433 pages, et, du même auteur, « Fédéralisme et Fédération en France, histoire d'un concept impensable ? », in *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, n°3/99, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1999, pp. 7-82 ; « La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération », in Jean-François KERVEGAN et Heinz MOHNHAUPT (Dir.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie : Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et la philosophie*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1999, 394 pages, spéc. pp. 197-270 ; « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP*, 1998, pp. 83-122 ; « La Fédération entre l'Etat et l'empire », in Bruno THERET (Dir.), *L'Etat, la finance et le social*, Paris, La découverte, 1995, p. 282-304.

Chapitre préliminaire.

Le concept de pouvoir constituant

8.- Le concept de pouvoir constituant, comme tout concept, est une « construction de l'esprit explicitant un ensemble stable de caractères communs désigné par un signe verbal »⁴⁷. La recherche d'un pouvoir constituant européen implique donc tout d'abord de définir le concept de pouvoir constituant, tant par ses propriétés et caractéristiques stables, que par les objets auxquels il s'applique. Une fois le concept de pouvoir constituant précisé, il conviendra d'utiliser ce concept et de l'appliquer à l'Union européenne.

C'est à ce stade qu'apparaît la difficulté car le concept de pouvoir constituant a été forgé dans un cadre particulier qui est celui de l'Etat or l'Union européenne, formée d'Etats, ne possède pas elle-même cette qualité. L'Union européenne représente à l'égard du concept de pouvoir constituant l'hypothèse du « cas limite », permettant de préciser le concept de pouvoir constituant, ainsi que son caractère opératoire. Cela implique de mettre à l'épreuve les liens tissés entre le concept de pouvoir constituant et les caractéristiques qui y sont traditionnellement attachées. Soit le concept de pouvoir constituant est applicable à l'Union européenne, au prix de quelques abandons, et dans ce cas il faudra justifier de tels abandons en montrant le caractère circonstanciel de telle ou telle liaison conceptuelle. Soit le concept de pouvoir constituant ne peut être appliqué à l'Union européenne sans être dilué à l'excès et il s'agira alors, à travers l'analyse de la formation de l'Union européenne, de mettre en évidence un concept particulier, différent de celui de pouvoir constituant, concept qu'il conviendra à son tour de définir.

⁴⁷ « Concept », in *Dictionnaire de l'Académie française*, Paris, Fayard, 9ème édition, 1992.

Ce chapitre préliminaire a pour objet d'exposer la définition classique de la notion de pouvoir constituant et de mettre en lumière les caractéristiques qui y sont traditionnellement attachées (section 2). Ce travail ne trouve cependant son sens que si l'on remonte aux sources de la notion de pouvoir constituant, afin de montrer comment, sous l'effet combiné des expériences historiques et de leur théorisation, est né ce concept (section 1).

SECTION 1 : LA GENESE DU CONCEPT DE POUVOIR CONSTITUANT

9.- La fin du dix-huitième siècle, caractérisée par les révolutions française et américaine, marque une césure en ce qui concerne le concept de pouvoir constituant originaire. A compter de cette date en effet, le pouvoir constituant est mis en œuvre concrètement par les révolutionnaires américains et français et celui-ci devient un objet d'étude pour de nombreux auteurs. De cette confrontation entre la théorie et la pratique va naître le concept de pouvoir constituant tel qu'on le connaît aujourd'hui (II). Avant ces deux révolutions, la notion de pouvoir constituant semble totalement absente, à la fois de la pratique et de la théorie politique. Cependant on peut identifier les germes de la notion de pouvoir constituant, qui ont contribué à lui donner son visage actuel (I).

I. LES SOURCES DU CONCEPT DE POUVOIR CONSTITUANT : SOUVERAINETE, CONTRAT SOCIAL ET DROIT DE RESISTANCE

10.- La période qui précède les révolutions américaine et française semble marquée par l'inexistence du concept de pouvoir constituant, celui-ci paraissant avoir surgi spontanément de la plume des Pères fondateurs de la constitution américaine et, en France, de celle de l'abbé Sieyès. La majorité des auteurs ayant analysé le concept de pouvoir constituant commencent d'ailleurs leur étude à la fin du XVIIIe siècle.

Carl Schmitt, dans la *Verfassungslehre*, montre que le Moyen Âge est dominé par l'idée que Dieu détient le pouvoir constituant⁴⁸. En effet, les premiers auteurs à s'être interrogés sur l'origine du pouvoir reprennent les paroles de saint Paul pour affirmer que tout pouvoir vient de Dieu⁴⁹, ce dernier ne l'ayant institué que pour punir les hommes du péché originel. Selon la théorie dite des « deux glaives », seul Dieu détient la *plenitudo potestatis*, ses deux représentants dans le monde temporel, le pape et l'empereur, ne détenant respectivement que *l'auctoritas* et la *potestas*⁵⁰. La question de l'origine du pouvoir politique est ainsi résolue par le recours à la théorie de la puissance divine.

11.- Si le concept de pouvoir constituant tel que nous le connaissons aujourd'hui est absent pendant toute cette période, une attention particulière doit être portée à ce pouvoir divin de mettre en place le pouvoir politique. En effet, l'analyse de Carl Schmitt selon laquelle « tous les concepts prégnants de la théorie moderne de l'Etat sont des concepts théologiques sécularisés »⁵¹ s'applique tout particulièrement au concept de pouvoir constituant. M. Bruno Bernardi, explicitant la pensée schmittienne sur ce point, montre que « le pouvoir constituant de Dieu revêt tous les caractères de sa puissance : il est créateur (de lui procède l'existence), il est commandement (l'obéissance lui est due), il est constitutif de toute norme [...]. Le principe moderne du pouvoir constituant n'est pas une création *ex nihilo*, tout au contraire : il est la mutation du pouvoir constituant théologico-politique en pouvoir constituant politique »⁵². Les caractéristiques actuelles du pouvoir constituant trouvent en effet leurs racines dans ce « pouvoir constituant » d'origine divine. Si on peut nommer « pouvoir constituant » ce pouvoir divin, c'est en raison de sa fonction de fondation et de légitimation de la société. Ces deux fonctions « politiques » du pouvoir constituant divin vont en effet se retrouver dans le pouvoir constituant populaire, accolées au pouvoir juridique de mettre en place, par l'acte constituant, l'ordre constitutionnel.

⁴⁸ Carl SCHMITT, *Théorie de la constitution* (1928), traduit de l'allemand par Lilyane Deroche, Paris, PUF, 1993, pp. 213-214.

⁴⁹ Cf. « *non est enim Potestas nisi a Deo, quae autem sunt, a Deo ordinatae sunt* [car il n'y a point de Puissance qui ne vienne de Dieu, et c'est lui qui a établi toutes celles qui sont dans le monde] », saint Paul, *Épître aux romains*, chap. 13, verset 1-2.

⁵⁰ Sur la théorie des deux glaives, voir Evelyne PISIER (Dir.), *Histoire des idées politiques*, Paris, PUF, 2004, 596 pages, spéc. pp. 24-25.

⁵¹ Carl SCHMITT, *Théologie politique*, (1922, 1969), trad. de Jean-Louis Schlegel, Paris, Gallimard, 1988, 182 pages, spéc. p. 46.

⁵² Bruno BERNARDI, *Qu'est-ce qu'une décision politique ?*, Paris, J. Vrin, 2003, 128 pages, spéc. p. 103.

12.- Cependant, la notion contemporaine de pouvoir constituant ne résulte pas d'une transposition directe et immédiate de ce pouvoir constituant d'origine divine au peuple. Plusieurs mouvements doivent être pris en compte afin d'expliquer la mutation de la notion médiévale de pouvoir constituant divin. Le phénomène de centralisation des pouvoirs au profit du roi, processus qui a marqué le Moyen Âge, a donné naissance au concept de souveraineté utilisé pour caractériser la puissance royale. Dans une certaine mesure, le concept de souveraineté découle de ce pouvoir constituant de Dieu et il en a gardé les caractéristiques (A). C'est de cette souveraineté, plus précisément de son transfert au peuple lors des révolutions française et américaine qu'est issu le concept contemporain de pouvoir constituant. Pour que cette souveraineté transférée au peuple prenne les traits du pouvoir constituant que nous connaissons aujourd'hui, il faut rappeler la reconnaissance progressive, au profit du peuple, de deux droits essentiels : le droit de constituer la communauté politique par le biais du contrat et le droit de résistance (B). Ces mouvements (passage du pouvoir constituant de Dieu à la souveraineté du roi, puis de la souveraineté du roi à la souveraineté du peuple, cette dernière ayant intégré la dimension du droit de résistance et la théorie du contrat) doivent être expliqués de manière approfondie afin de comprendre l'émergence par un phénomène de sédimentation du concept de pouvoir constituant.

A. La souveraineté : puissance divine sécularisée

13.- L'émergence du concept de souveraineté résulte d'un processus de centralisation des pouvoirs au profit du roi tout au long du Moyen Âge. Cette période est marquée en Europe par le système féodal, qui se caractérise par une dissolution de l'autorité publique. Les terres sont divisées en fiefs, dominés par de puissants seigneurs auxquels les vassaux ont juré fidélité afin de recevoir en échange une parcelle de terre et la protection de leur famille. Le roi n'est dans cette société féodale qu'un seigneur parmi les autres, mais il est seul représentant sur terre du pouvoir divin, ce qui est matérialisé par la cérémonie du sacre. Le roi va s'appuyer sur cette qualité particulière pour affirmer sa suprématie par rapport aux seigneurs féodaux. Cette restauration de l'autorité royale va tout d'abord se faire dans le cadre féodal, le roi affirmant son caractère de suzerain (seigneur supérieur) lui permettant d'être au sommet de la pyramide hiérarchique. Cette position donne au roi la faculté de juger

en appel les conflits opposant les seigneurs et leurs vassaux et d'édicter des actes normatifs⁵³, de même que la possibilité de lever des armées et d'exiger des impôts. Ce sont ces prérogatives que le roi va utiliser afin d'asseoir sa puissance et qui, en atteignant les populations par-delà leurs seigneurs, lui permettront de dégager le pouvoir royal du carcan de la société féodale.

14.- Parallèlement le nouveau pouvoir royal cherche aussi à s'affranchir du pouvoir du souverain pontife et de l'empereur, qui tous deux prétendent à *l'imperium mundi*. Le pouvoir du premier sera relégué à la sphère spirituelle, tandis que le pouvoir du second sera patiemment battu en brèche par les doctrinaires de l'époque⁵⁴, jusqu'à être circonscrit aux limites de son seul territoire. Du XIIe au XVe siècle, dans toute l'Europe, on assiste à l'émergence de royaumes indépendants, gouvernés par des rois ou empereurs qui « ne reconnaissent aucun supérieur dans les affaires temporelles »⁵⁵.

15.- La *superioritas* revendiquée par ces rois n'est pas encore la souveraineté car elle reste empreinte des rapports personnels caractéristiques de la période féodale. Si le roi est dit « souverain », ce n'est qu'en comparaison avec la qualité de « susseigneur » des seigneurs féodaux. Peu à peu cependant, cette *superioritas* du roi va se détacher du cadre féodal et exister de manière abstraite, le roi revendiquant *l'imperium* du droit romain impérial, la *plenitudo potestatis* sur ses sujets. Du XIIIe au XVe siècle on passe ainsi progressivement de la suzeraineté à la souveraineté du roi, qui « exprime une idée de suprématie, tirée d'une laïcisation du pouvoir divin, et qui témoigne donc d'une vision superlative du pouvoir »⁵⁶. Dès le XVIe siècle, le terme souveraineté, doté des attributs que nous lui connaissons, s'impose. Jean Bodin (1529-1596) a systématisé cette notion en lui transférant les caractéristiques de la puissance divine (1). Les auteurs postérieurs

⁵³ Ce sont les deux facettes de la *jurisdictio*. Sur la notion de *jurisdictio* dans la pensée juridique médiévale, voir Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, pp. 44-47.

⁵⁴ Il faut souligner le rôle de la doctrine (théologiens, canonistes et romanistes) dans la reconquête du pouvoir royal. Du XIIe au XVe siècle, les auteurs redécouvrent les textes de l'Antiquité grecque et romaine et s'efforcent de justifier le pouvoir royal. Ils forment à cette occasion un *corpus* théorique qui annonce les concepts clefs de la science juridique actuelle. Sur cet aspect, voir Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET et Jean GAUDEMET, *Introduction historique au droit, XIIIe – XXe siècles*, Paris, LGDJ, 2^{ème} édition, 2003, 472 pages, spéc. pp. 24-43.

⁵⁵ Cf. Innocent III, décrétale *Per venerabilem* (1202), cité in Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET et Jean GAUDEMET, *Introduction historique au droit, XIIIe – XXe siècles*, op. cit., p. 28.

⁵⁶ Olivier BEAUD, « Souveraineté », in Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (Dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2003, p. 736.

parachèveront son œuvre en faisant découler la puissance souveraine d'une habilitation divine, à l'origine de la monarchie de droit divin (2).

1. La conceptualisation de la souveraineté par Jean Bodin

16.- L'œuvre de Jean Bodin marque un tournant dans l'histoire de la pensée juridique et ce à deux titres. Il est tout d'abord l'inventeur du concept moderne de souveraineté. Ceci est important pour notre propos, dans la mesure où nous soutenons que le concept de pouvoir constituant n'est autre que le pouvoir constituant divin qui a été transféré au peuple, moyennant un détour par le concept de souveraineté du roi. Il est donc essentiel de connaître le concept de souveraineté tel qu'il a été développé par Bodin, pour comprendre les caractéristiques actuelles du concept de pouvoir constituant. Ensuite, Bodin, en posant la souveraineté comme critère distinctif de la République (la communauté politique, l'Etat), permet l'émergence de l'Etat comme catégorie juridique abstraite. Or, comme le fait remarquer à juste titre M. Olivier Beaud, « l'Etat est la condition d'existence du constitutionnalisme moderne »⁵⁷ et le concept de pouvoir constituant s'est tout d'abord servi de ce cadre pour s'affirmer.

17.- La souveraineté telle qu'elle est décrite par Bodin relève de l'essence de la « République »⁵⁸ et peut être définie comme « la puissance de donner et casser la loi à tous en général, et à chacun en particulier [...], sans le consentement de plus grand ni de pareil ni de moindre que soi »⁵⁹. Bodin systématise ici le phénomène de centralisation des pouvoirs par le roi à l'exclusion à la fois des seigneurs (à l'intérieur du royaume), du pape et de l'empereur (à l'extérieur du royaume). On retrouve en germe les deux facettes, interne et externe, de la souveraineté : indépendance vis-à-vis de l'extérieur et primauté dans l'ordre interne. A l'intérieur de chaque « République » il y a désormais une seule puissance souveraine (qui peut être détenue par un ou plusieurs individus) à qui l'on peut rapporter toutes les marques de souveraineté, celles-ci pouvant être subsumées sous le pouvoir de donner la loi.

⁵⁷ Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, 512 pages, spéc. p. 30.

⁵⁸ Cf. « République est un droit gouvernement de plusieurs mesnages et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine », Jean BODIN, *Les six livres de la République*, (1583), Aalen, Scientia, 1961, livre 1, chap. 1, p. 1.

⁵⁹ *Ibid.*, livre 1, chap. 10, p. 147.

18.- Par cette définition, la souveraineté apparaît avant tout comme un pouvoir de commandement dont dispose le souverain. Quant aux caractéristiques de la souveraineté, elles découlent directement de la puissance divine dont le roi est seul dépositaire⁶⁰. Comme la puissance de Dieu, la souveraineté est, chez Bodin, perpétuelle, indivisible et absolue.

Le caractère perpétuel de la souveraineté permet à Bodin de distinguer entre le Prince souverain, qui est « propriétaire, et saisi de la souveraineté », et le magistrat, qui « ne tient rien qu'en deposit »⁶¹. La souveraineté s'entend donc « pour la vie de celui qui a la puissance »⁶², car « la souveraineté n'est limitée, ny en puissance, ny en charge, ny à certain temps »⁶³.

Le caractère absolu de la puissance souveraine implique deux choses. Tout d'abord, le souverain ne peut être lié par ses propres lois, car « ainsi que le Pape ne se lie jamais les mains, comme disent les canonistes : aussi le Prince souverain ne se peut lier les mains »⁶⁴. Il est littéralement absous (du latin *ab solutus*, complètement délié) de la puissance des lois. De même, le souverain ne peut être limité par aucun pouvoir autre que le sien, car « il faut que ceux-là qui sont souverains ne soient aucunement subjects aux commandements d'autrui »⁶⁵. Le caractère absolu de la puissance souveraine, tel qu'il est décrit par Bodin, est une véritable arme à l'encontre des derniers soubresauts de la féodalité. Dans la droite lignée des légistes royaux, Bodin cherche à réfuter théoriquement les pouvoirs concurrents des seigneurs féodaux, de l'empereur et du pape.

Le pouvoir de commandement que confère le titre de souverain est aussi indivisible. En effet, si la souveraineté de la République peut s'incarner soit dans un seul homme (ce qui emporte la qualification de monarchie), soit dans plusieurs (aristocratie), soit dans une multitude (démocratie), Bodin exclut que la souveraineté puisse faire l'objet d'un partage entre ces différents titulaires⁶⁶. Ayant démontré que la puissance souveraine pouvait être résumée comme le pouvoir de donner et de casser la loi, il en conclut que la souveraineté ne

⁶⁰ Le « Monarque souverain [...] ne doit serment qu'à Dieu seul, duquel il tient le sceptre et la puissance », in Jean BODIN, *Les six livres de la République*, op. cit., p. 143.

⁶¹ Jean BODIN, *Les six livres de la République*, op.cit., livre 1, chap. 8, p. 125. Voir aussi, p. 122, « il se peut faire qu'on donne puissance absolue à un ou à plusieurs à certain temps, lequel expiré, ils ne sont plus rien que subjects : et tant qu'ils sont en puissance, ils ne se peuvent appeler Princes souverains, veu qu'ils ne sont que dépositaires, et gardes de cette puissance, jusqu'à ce qu'il plaise au peuple ou au Prince de la révoquer ».

⁶² *Ibid.*, p. 126.

⁶³ *Ibid.*, p. 124.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 132.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 131.

⁶⁶ Voir Jean BODIN, *Les six livres de la République*, op. cit., spéc. livre second : *De toutes sortes de Républiques en général, et s'il y en a plus de trois*, pp. 251-341.

peut « être jouée à deux parties, [où] tantôt le peuple, tantôt le Prince sera maistre, qui sont absurdité notables et du tout incompatibles avec la souveraineté absolue »⁶⁷. Deux arguments sont avancés par Bodin pour justifier l'indivisibilité de la souveraineté. Un argument pratique tout d'abord, puisque selon lui, la souveraineté partagée ne peut qu'aboutir à la guerre entre ses différents titulaires, « jusqu'à ce que la souveraineté soit du tout aux uns ou aux autres »⁶⁸. Un argument théorique ensuite, puisque Bodin se réfère à la puissance divine, dont le souverain est « l'image en terre »⁶⁹, pour en déduire que les souverains qui acceptent de partager la souveraineté « anéantissent et dégradent la majesté souveraine, qui doit être sacrée »⁷⁰. La souveraineté, désormais parée des atours de la puissance divine, permet à Bodin de s'opposer avec force aux théories émergentes selon lesquelles le pouvoir résulte d'un contrat entre le roi et le peuple, celui-ci conservant par conséquent le pouvoir de s'opposer au roi devenu tyran⁷¹.

19.- Selon Jean Bodin, la puissance souveraine, si elle est absolue, n'est pas pour autant absolutiste. S'il réfute avec force les théories du gouvernement mixte, c'est-à-dire le fait que la souveraineté soit aux mains de plusieurs titulaires, il accepte d'introduire la mixité dans *l'exercice* de la souveraineté. Bodin est ainsi l'un des premiers auteurs à introduire une dichotomie entre la forme de l'Etat (la « République », qui peut être une monarchie, une aristocratie ou une démocratie selon le détenteur de la souveraineté) et la forme du gouvernement (la monarchie peut ainsi être gouvernée populairement, aristocratiquement, ou par le roi seul).

Ensuite, le caractère absolu de la souveraineté connaît des exceptions. Ainsi Jean Bodin précise-t-il que « quant aux lois divines et naturelles, tous les Princes de la terre y sont subjects, et n'est pas en leur puissance d'y contrevenir, s'ils ne veulent estre coupables de lèse-majesté divine »⁷². A côté des lois divines et des lois de nature (qui incluent

⁶⁷ *Ibid.*, p. 145.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 160.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 212.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 146 (souligné par nous).

⁷¹ Jean-Jacques Chevallier note ainsi la parution, 3 ans avant celle des *Six livres de la République*, de *Franco-Gallia*, un pamphlet de François Hotman sur les origines populaires de la royauté française. A ce sujet, voir Jean-Jacques CHEVALLIER, *Les grandes œuvres politiques de Machiavel à nos jours*, Paris, Armand Colin, 2001, 334 pages, spéc. p. 35.

⁷² Jean BODIN, *Les six livres de la République*, *op. cit.*, p. 133. Voir aussi, *ibid.*, p. 131 : « car si nous disons que celui a puissance absolue, qui n'est point subject aux lois, il ne se trouvera Prince au monde souverain, vu que tous les Princes de la terre sont subjects aux lois de Dieu et de nature, et à plusieurs lois humaines communes à tous peuples ».

essentiellement la liberté des sujets et leur droit de propriété), Bodin relève un autre type de règles auxquelles le souverain, malgré le caractère absolu de sa puissance, ne peut déroger. Il s'agit des « lois qui concernent l'état du Royaume, et de l'établissement de celui-ci, d'autant qu'elles sont annexées et unies avec la couronne »⁷³, que Bodin qualifie de « lois Royales sur lesquelles est appuyée et fondée la puissance souveraine »⁷⁴. On retrouve ici la catégorie des lois fondamentales du royaume, qui comprend les règles coutumières relatives à la désignation et à la succession des prétendants à la couronne, ainsi que les lois relatives au domaine royal. Enfin, la dernière limite au pouvoir absolu du souverain réside dans les contrats conclus entre le Prince et ses sujets. Si le souverain est absous de la puissance des lois, il ne peut s'affranchir lui-même des « conventions justes et raisonnables, et en l'observation desquelles les subjects en général ou en particulier ont interest »⁷⁵. La théorie de Bodin est celle du « droit gouvernement » et dans cette optique le caractère absolu de la puissance souveraine doit s'accommoder de certaines limites (le respect des lois divines et naturelles, des lois fondamentales du royaume, et des pactes liant le souverain à ses sujets). L'existence de limites au pouvoir de commandement du souverain permettra, le moment venu, l'émergence de théories telles que le droit de résistance du peuple.

20.- L'apport de l'œuvre de Jean Bodin est remarquable à plusieurs titres. En premier lieu, même si la construction de la théorie de la souveraineté répond pour cet auteur à des nécessités politiques (la volonté de parachever la puissance du roi face aux pouvoirs concurrents et de lutter contre les théories du gouvernement mixte), la matrice de la souveraineté qu'il dessine en 1576 est encore aujourd'hui utilisée. C'est cette souveraineté bodinienne, puissance divine sécularisée, qui sera transférée au peuple lors de la Révolution française. L'article 1^{er} de la constitution de 1791 proclame en effet : « la souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la Nation ». Le pouvoir constituant, attribut de la nation souveraine, viendra puiser sa force dans cette souveraineté aux caractéristiques si particulières. Cette filiation est bien mise en lumière par M. Bruno

⁷³ *Ibid.*, p. 137.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 137 (souligné par nous).

⁷⁵ *Ibid.*, p. 137. Voir aussi, p. 138 : « Il ne faut donc pas confondre la loy et le contract : car la loy dépend de celui qui a la souveraineté, qui peut obliger tous les subjects, et ne s'y peut obliger soi-même ; et la convention est mutuelle entre le Prince et les subjects, qui obligent les deux parties réciproquement et ne peut l'une des parties y contrevenir au préjudice, et sans le consentement de l'autre, et le Prince en ce cas n'a rien par-dessus le subject ».

Bernardi, qui montre que « le pouvoir constituant dérive, via la souveraineté, de la puissance divine »⁷⁶. Encore faut-il montrer comment cette mutation a pu s'opérer.

2. La souveraineté et la monarchie de droit divin

21.- Pour que la souveraineté royale puisse donner naissance à la théorie du pouvoir constituant, il a fallu changer le principe de légitimité qui sous-tend la souveraineté. M. Olivier Beaud montre en effet qu' « en sa qualité de pouvoir qui revendique un *titre de pouvoir* [...], la souveraineté implique un *droit à avoir le droit de commander* et, par là même, débouche sur la question de la légitimité »⁷⁷.

Le fondement du pouvoir royal n'est pas discuté par Bodin. A l'image de la puissance divine, la souveraineté *est*, elle ne procède de rien d'autre que d'elle-même. Cependant, la puissance souveraine du roi est légitime dans la mesure où elle respecte l'harmonie voulue par Dieu, c'est-à-dire à la fois les lois de nature et les lois divines⁷⁸. La légitimité chez Bodin est donc une légitimité matérielle, qui exige la conformité de la loi, acte de souveraineté, à des principes supérieurs.

22.- A cette légitimité matérielle, les auteurs postérieurs substitueront un autre type de légitimité afin de donner à la puissance souveraine du roi une ampleur plus conforme à la monarchie absolue qui s'installe en France. Très rapidement, la légitimité qui sous-tend la souveraineté devient une légitimité personnelle et plus spécialement une légitimité de droit divin. C'est de l'habilitation divine que le roi tire sa puissance souveraine et c'est cette relation directe⁷⁹ entre Dieu et le roi qui légitime à la fois la détention et l'exercice de la souveraineté. Cette théorie justifie en retour le transfert des caractéristiques de la puissance divine au pouvoir de commandement que la souveraineté confère à son titulaire.

⁷⁶ Bruno BERNARDI, *Qu'est-ce qu'une décision politique ?*, *op. cit.*, p. 103.

⁷⁷ Olivier BEAUD, « Souveraineté », in Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (Dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2003, p. 735.

⁷⁸ Sur la légitimité qui sous-tend la souveraineté bodinienne, voir Olivier BEAUD, « Souveraineté », *op. cit.*, p. 741.

⁷⁹ Contrairement aux affirmations des monarchomaques, qui cherchent à démontrer que le roi tient son pouvoir de Dieu, mais de manière indirecte, c'est-à-dire par le biais du peuple. Sur la relation directe existant entre Dieu et le roi et qui se matérialise par la cérémonie du sacre, voir Jean-Marie CARBASSE et Guillaume LEYTE, *L'Etat royal, XIIe-XVIIIe siècles. Une anthologie*, Paris, PUF, 2004, 266 pages, spéc. pp. 53-58.

23.- Les juristes Guy Coquille, Antoine Loisel, Charles Loyseau et Cardin Le Bret assènent le *credo* absolutiste dans des formules lapidaires : « le Roi est Monarque et n'a point de compagnon en sa Majesté Royale »⁸⁰ ; « la souveraineté n'est pas plus divisible que le point en géométrie »⁸¹. La théorie absolutiste de droit divin triomphera définitivement sous le règne d'Henri IV, puis s'épanouira sous les règnes de Louis XIII et Louis XIV. Cependant, si la légitimité de droit divin donne toute latitude au roi pour interpréter la volonté divine, il n'en est pas moins soumis aux lois de dieu et de nature⁸² et aux lois fondamentales du royaume, embryon de constitution⁸³. Même au plus fort de la monarchie absolutiste, la souveraineté n'a jamais été synonyme de puissance illimitée, dans la mesure où elle était soumise à un *corpus* de règles hiérarchiquement supérieures⁸⁴. Le titulaire de la souveraineté sous l'Ancien régime ne fait donc qu'interpréter la volonté divine (ou les lois que Dieu a inscrites dans la nature de l'homme, selon Bodin) en ce sens il agit comme un pouvoir constitué, mettant en œuvre des normes supérieures édictées par Dieu. Dieu apparaît donc comme le véritable titulaire du pouvoir constituant⁸⁵, le monarque n'étant, du fait de l'habilitation divine, que le titulaire de la puissance souveraine de donner et de casser la loi.

24.- En tout état de cause, la mutation du principe de légitimité qui sous-tend la souveraineté est particulièrement importante pour notre étude. Il fallait en effet que la souveraineté repose sur un principe de légitimité personnelle pour que le peuple puisse revendiquer en être à l'origine. Si le cadre qui donnera naissance au concept de pouvoir constituant est déjà en germe dans le concept de souveraineté, d'autres mutations ont été nécessaires afin d'aboutir à la reconnaissance, au profit du peuple, du droit d'adopter la norme fondamentale et suprême de l'Etat. Il faut montrer comment le peuple a pu s'affirmer comme acteur politique (théories du contrat) et comment le concept de pouvoir constituant

⁸⁰ Guy COQUILLE, *Institution au droit des français*, Paris, A. L'Angelier, 1607, 364 pages, p. 3.

⁸¹ Cardin LE BRET, *De la souveraineté du roy*, in *Les Œuvres de Messire Cardin Le Bret*, Rouen, 1689, p. 19.

⁸² Cf. Charles LOYSEAU, *Traité des seigneuries*, Paris, A. L'Angelier, 1608, 398 pages, spéc. p. 26 : « il y a trois sortes de lois qui bornent la puissance du souverain [...], à savoir les lois de Dieu [...], les règles de Justice, naturelles et non politiques [...], et finalement les lois fondamentales de l'Etat ».

⁸³ La soumission du roi aux lois fondamentales du royaume découle de l'institutionnalisation du pouvoir politique. Dès lors que le royaume, l'Etat, n'est pas la propriété du roi, son organisation est régie par des lois fondamentales qui s'imposent au monarque. Sur la notion de lois fondamentales, voir Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET et Jean GAUDEMET, *Introduction historique au droit, XIIIe – XXe siècles*, Paris, LGDJ, 2^{ème} édition, 2003, 472 pages, spéc. pp. 219-225.

⁸⁴ Voir à ce sujet l'article de Jean-Louis THIREAU, « L'absolutisme monarchique a-t-il existé ? », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n°6/1997, pp. 291-309.

⁸⁵ Cela est noté par Carl SCHMITT, *Théorie de la constitution*, op. cit., p. 213 : « pour la conception médiévale, seul Dieu a une *potestas constituens* ».

est né des mutations successives d'une notion juridique essentielle : le droit de résistance à l'oppression.

B. Les mutations du droit de résistance et les théories du contrat social

25.- La souveraineté, initialement née de la nécessité d'une centralisation des pouvoirs afin d'assurer la paix civile, donnera rapidement la possibilité à son titulaire de bafouer les droits des individus. L'attribution à un ou plusieurs individus d'une puissance absolue de commander fera surgir une question récurrente, bien résumée par les interrogations d'Etienne de la Boétie dans le *Discours de la servitude volontaire*⁸⁶. Le glissement de la souveraineté vers l'absolutisme aura pour conséquence le fleurissement d'ouvrages consacrés au fondement du pouvoir politique. Des théories du gouvernement mixte au pacte social, ces auteurs ont indubitablement préparé l'avènement du concept de pouvoir constituant. Cependant, il nous semble plus judicieux de nous concentrer sur le concept de droit de résistance, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, envisager l'histoire du concept de droit de résistance n'aboutit pas pour autant à mettre de côté les interrogations sur le fondement du pouvoir politique, puisque ce sont les deux facettes d'une même réalité juridique. Ce n'est en effet que si le pouvoir du souverain dépend du peuple qu'il est possible d'envisager un droit de regard de ce dernier sur les conditions d'exercice du pouvoir. Etudier le droit de résistance permettra donc d'analyser, en arrière-plan, les théories justifiant le pouvoir politique (les théories du pacte social). De plus, le droit de résistance permet de mettre en lumière la définition que donne Carl Schmitt du souverain, qui est celui qui décide de l'exceptionnel. La reconnaissance au profit du peuple d'un droit de résistance aboutit à lui conférer ce pouvoir de décider de l'exceptionnel, de trancher les litiges, et donc la souveraineté. C'est donc par le biais du droit de résistance que la souveraineté, divine puis royale, a pu être conférée au peuple. Et c'est de la transformation de ce concept (ou plutôt, de ses contradictions) qu'est issu le pouvoir constituant.

Quatre étapes nous semblent déterminantes à cet égard : l'émergence d'une explication contractualiste à l'existence du pouvoir (1) et son corollaire, l'octroi au peuple d'un droit de regard sur les conditions d'exercice de ce pouvoir, qui prend peu à peu la forme du droit de résistance (2). Systématisé par les monarchomaques, ce droit de résistance recèle

⁸⁶ « A la vérité dire, mon compagnon, c'est une chose bien estrange de voir un million d'hommes servir misérablement », Etienne de LA BOETIE, *Discours de la servitude volontaire*, in *Œuvres complètes d'Estienne de La Boétie*, Paris, J. Rouam, 1892, p. 3.

cependant une contradiction fondamentale, relevée par Thomas Hobbes, dans la mesure où il n'explique pas le passage de la multitude des individus en un peuple conscient de son unité et de ce fait capable d'agir politiquement (3). C'est en tentant de résoudre cette aporie que John Locke posera les premiers linéaments du concept de pouvoir constituant (4).

1. Le droit de résistance chez saint Thomas d'Aquin

26.- La controverse à propos de la reconnaissance d'un droit de résistance au profit du peuple traverse toute la pensée politique de la fin du Moyen Âge à la Révolution française⁸⁷. Ces discussions sont contemporaines des théories du gouvernement mixte, qui tentent de concurrencer les pouvoirs sans cesse grandissants du monarque au détriment de ceux du peuple. Ces réflexions ont pour point commun de s'interroger sur le fondement du pouvoir et sur sa légitimité et d'introduire le peuple comme acteur au sein de la nouvelle entité étatique.

27.- Pour que de telles conceptions puissent voir le jour, encore fallait-il opérer une rupture avec la vision augustinienne du pouvoir politique, conçu comme une punition divine découlant directement du péché originel. Ce fut l'œuvre de saint Thomas d'Aquin qui, redécouvrant les penseurs de l'antiquité grecque et romaine, marqua la pensée médiévale avec deux ouvrages majeurs : la *Summa theologiae* (*Somme théologique*) et le *De Regno ad regem Cypri* (*Du gouvernement royal*). Saint Thomas d'Aquin, reprenant les idées d'Aristote, montre que le regroupement des hommes en société découle de leur nature. Le pouvoir politique a donc pour fonction de préserver les droits du citoyen. Il n'est pas, contrairement à ce que soutenait saint Augustin, une conséquence du péché originel. Quant au roi, si sa puissance est d'origine divine, elle ne l'est que de façon médiate. Saint Thomas distingue le principe même du pouvoir (le pouvoir *in abstracto*), qui vient de Dieu, des formes du pouvoir et de leurs détenteurs (le pouvoir *in concreto*), qui doivent procéder des hommes. La maxime de saint Paul selon laquelle « *omnis Potestas a Deo* » devient sous la plume de saint Thomas « *omnis Potestas a Deo per populum* ». Cette théorie ouvre la voie à l'analyse contractuelle du pouvoir qui va dominer tout le Moyen Âge.

⁸⁷ Cf. l'ouvrage collectif dirigé par Jean-Claude ZANCARINI, *Le droit de résistance. XIIIe – XXe siècle*, Fontenay, ENS Editions, 1999, 341 pages.

28.- La thèse contractualiste enseigne que le roi est lié au peuple par des engagements réciproques, expressément énoncés ou tacitement entendus. L'objet d'un tel contrat, ou *pactum subjectionis* (pacte de gouvernement) est pour le peuple d'instituer l'autorité politique. Moyennant l'assurance que le roi exercera son pouvoir conformément au bien commun, le peuple accepte son autorité et s'y soumet. Le seul principe de légitimité dont peut se prévaloir le souverain est la conformité de ses actes au bien commun. Dès lors que le roi ne respecte pas ce but, le peuple a le droit de briser le pacte de gouvernement. Deux justifications sont alors invoquées pour reconnaître au peuple le droit de s'opposer au roi devenu tyran. Tout d'abord un certain « parallélisme des formes » qui implique que « dans le cas où la multitude a le droit de se pourvoir d'un roi, elle peut sans injustice destituer le roi qu'elle a institué ou réfréner son pouvoir s'il abuse tyranniquement du pouvoir royal »⁸⁸. Ensuite le non-respect de la finalité assignée au pouvoir politique, la transformation du roi en tyran, qui est défini comme celui qui « recherche son bien privé au mépris du bien commun »⁸⁹, le bien commun étant défini par rapport aux lois de la nature.

Cette théorie contractuelle du pouvoir, ainsi que son corollaire, la reconnaissance d'un droit de résistance au profit du peuple, va irriguer toute la pensée du Moyen Âge. Combattue avec force par Jean Bodin et sa théorie de la souveraineté absolue, la théorie contractuelle sera reprise par les monarchomaques⁹⁰ pendant les guerres de religion.

2. Le droit de résistance chez les monarchomaques

29.- La Réforme, qui débute le 31 octobre 1517 avec l'affichage par Martin Luther de quatre-vingt-quinze thèses contre les indulgences pontificales, va avoir des répercussions considérables sur l'histoire de la pensée politique. Les réactions violentes que vont engendrer le schisme dans l'unité de la chrétienté (des persécutions orchestrées par Marie Ire Tudor, Reine d'Angleterre, surnommée de ce fait Marie la sanglante, au massacre de la Saint Barthélémy le 24 août 1572), persuadèrent les réformateurs de la nécessité de se rebeller contre le pouvoir royal en place. Alors que les Pères de la Réforme (Martin Luther et Jean

⁸⁸ Saint Thomas d'AQUIN, *De Regno ad regem Cypri* (1265-1266), livre 1, chap. 6, in Denis SUREAU, *Saint Thomas d'Aquin. Petite somme politique, anthologie de textes politiques*, Paris, P. Téqui, 1997, 210 pages, p. 63.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 54.

⁹⁰ Littéralement : qui combattent la monarchie.

Calvin) prônent l'obéissance des sujets au pouvoir temporel⁹¹, leurs disciples se feront les chantres d'un droit de résistance active à l'oppression, qu'ils justifient en recourant à des arguments théologiques⁹².

30.- Sous la plume de trois réformateurs, François Hotman, Théodore De Bèze et Junius Brutus⁹³, se dessine une véritable « théorie constitutionnelle de la résistance »⁹⁴. Si on retrouve en arrière-plan les enseignements du thomisme, les traits ont été accentués. Tout d'abord, les monarchomaques franchissent un pas de plus dans ce que M. Jean-Fabien Spitz nomme la « théorie utilitaire du pouvoir »⁹⁵. Ainsi Junius Brutus montre-t-il que « le seul but de la domination c'est le profit du peuple [...], c'est de procurer le bien du peuple. La dignité Royale, à proprement parler, n'est point un titre d'honneur, [mais] vocation et servitude publique »⁹⁶. C'est donc « le peuple qui [fait] le Roy, et non le Roy le peuple »⁹⁷ par le biais d'un pacte de gouvernement, qui n'est toutefois pas égalitaire puisque le peuple peut y mettre des conditions. De même François Hotman note-t-il que les rois de France sont « élus pour être Rois sous certaines lois et conditions [...], et non point gouvernement comme tyrans avec une puissance absolue, excessive et infinie »⁹⁸. Le peuple est clairement identifié comme étant, dans son ensemble, supérieur au roi⁹⁹ et comme détenant du fait de cette supériorité le droit de briser le pacte de gouvernement en cas de manquement du roi à celui-ci. Dans un passage très intéressant, Junius Brutus déclare :

⁹¹ Calvin, s'il récuse tout droit de résistance au profit des personnes privées, légitime cependant ce même droit s'il est mis en œuvre, soit par des « magistrats inférieurs », constitués pour la défense du peuple (tels que les Etats généraux), soit par un « héros manifeste » agissant sous les ordres de Dieu. Les monarchomaques s'appuieront sur ces deux exceptions pour justifier leurs théories. Voir sur cette question, Jean-Jacques CHEVALLIER, *Histoire de la pensée politique*, Paris, Editions Payot & Rivages, 1993, 895 pages, spéc. pp. 245-268.

⁹² Cf. Mario TURCHETTI, « "Il faut obéir à Dieu plutôt qu'aux hommes" ». Aux sources théologiques du droit de résistance au siècle de la Réforme », in Jean-Claude ZANCARINI (Dir.), *Le droit de résistance. XIIIe – XXe siècle*, Fontenay, ENS Editions, 1999, pp. 71-104.

⁹³ Pseudonyme servant à masquer l'identité de deux auteurs, Hubert LANGUET et Philippe DUPLESSIS-MORNAY.

⁹⁴ Cf. Jean-Jacques CHEVALLIER, *Histoire de la pensée politique, op. cit.*, pp. 263-265.

⁹⁵ Cf. Jean-Fabien SPITZ, « Droit de résistance », in Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (Dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2003, pp. 169-174, spéc. p. 171.

⁹⁶ Junius BRUTUS, *De la puissance légitime du Prince sur le peuple, et du peuple sur le Prince*, orig., *De Vindiciae contra tyrannos* (1581), Paris, EDHIS, 1977, 264 pages, spéc. p. 130.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 185.

⁹⁸ François HOTMAN, *La Gaule françoise*, orig., *Franco-gallia*, Cologne, Hiérome Bertulphe, 1574, 216 pages, spéc. p. 68.

⁹⁹ Jean-Fabien Spitz note l'influence sur les idées monarchomaques du conciliarisme, qui enseigne que la communauté des fidèles réunie en concile reste supérieure au pape, et peut toujours déposer ce dernier s'il s'avère être hérétique. Appliquée au domaine temporel, la doctrine conciliariste justifie le fait que « la communauté reste toujours, en tant que corps, supérieure au prince qu'elle a désigné : si le roi est au-dessus de chacun en particulier (*major singulis*), il est subordonné à ses sujets réunis en corps (*minor universis*) », in Jean-Fabien SPITZ, « Droit de résistance », *op. cit.*, p. 171.

« C'est certain que le peuple stipulait, le Roy promettait. Or en termes de droit celui qui stipule est par dessus celui qui promet. Le peuple demandait au Roy, savoir s'il [ne] voulait pas régner justement et selon les lois ? Il promettait qu'Ouy. Alors le peuple respondait rendre fidèle obéissance à celui qui commanderait justement. Et pourtant le Roy promettait purement et simplement, le peuple sous condition : laquelle defaillant d'estre accomplie, le peuple demeurait selon tout droit et raison délivré de sa promesse »¹⁰⁰.

Si le peuple est délié du pacte de gouvernement, il ne lui appartient pas selon les monarchomaques d'exercer lui-même le droit de résistance. François Hotman presse le peuple « foulé et opprimé par la cruauté d'un tyran, [de] demander secours à toute la congrégation des citoyens légitimement assemblée »¹⁰¹. Plus généralement, seuls les représentants naturels du royaume (tels les Etats généraux) nommés « magistrats inférieurs » sont titulaires du droit de résistance¹⁰².

Pour les monarchomaques, le peuple¹⁰³ est le véritable souverain, le roi n'étant que le premier de ses représentants. Lorsqu'un magistrat vient à résister au roi, au nom du peuple conçu comme autorité supérieure, le droit de résistance fait alors figure de véritable « acte de souveraineté »¹⁰⁴.

31.- A cet argumentaire développé par les monarchomaques, Jean Bodin répond que la souveraineté, ce pouvoir absolu de donner et de casser la loi, ne peut être qu'indivisible sous peine de n'être plus suprême. Aux théories du gouvernement mixte, censées emporter la corruption de la république, il oppose avec force une construction doctrinale nouvelle : la souveraineté. Si la théorie de la souveraineté conduit logiquement Jean Bodin à rejeter tout droit de résistance au profit du peuple¹⁰⁵, c'est sur le terrain de la

¹⁰⁰ Junius BRUTUS, *De la puissance légitime...*, *op. cit.*, p. 185.

¹⁰¹ François HOTMAN, *La Gaule françoise*, *op. cit.*, p. 151.

¹⁰² Junius Brutus dénie de même tout droit de résistance au peuple, qu'il décrit comme « une populasse, cette beste qui porte un million de testes » (Junius BRUTUS, *De la puissance légitime...*, *op. cit.*, p. 61), et lui préfère « les Magistrats qui sont inférieurs au Roy, et que le peuple a délégué, ou établis en quelque sorte que ce soit, comme conforts de l'empire et controlleurs des Rois, et qui représentent tout le corps du peuple » (*ibid.*, p. 62).

¹⁰³ C'est bien le peuple, et non les individus, qui institue le roi et qui est titulaire (par le biais des magistrats inférieurs), du droit de résistance. Cependant les monarchomaques laissent dans l'ombre la question de la transformation de la multitude d'individus en un peuple conçu comme un corps. Le pacte de gouvernement est seul employé pour justifier le droit de résistance, et il inclut la question de l'association préalable des individus.

¹⁰⁴ C'est l'avis de Jean TERREL, *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, Paris, Editions du Seuil, 2001, 423 pages, spéc. p. 88.

¹⁰⁵ Jean BODIN ne reconnaît qu'une seule hypothèse dans laquelle le « subject peut tuer son Prince tyran » : le cas où celui-ci a reçu « mandement exprès de la voix de Dieu par la bouche du Prophète ». Voir Jean BODIN, *Les six livres de la République*, *op. cit.*, p. 305.

théorie de droit divin que les juristes absolutistes récuseront le droit de résistance du peuple. En effet, dès lors que le roi tient son pouvoir de Dieu seul, la reconnaissance d'un droit de résistance au profit des citoyens équivaudrait à remettre en cause la volonté divine.

32.- La mise en parallèle des arguments monarchomaques et absolutistes montre le lien causal entre le fondement du pouvoir politique d'une part (droit divin *stricto sensu*, ou théorie du *pactum subjectionis* entre le roi et le peuple) et la consécration d'un droit de résistance au profit du peuple, d'autre part. Même pour les tenants d'une origine contractuelle du pouvoir politique, le droit de résistance est admis ou rejeté en fonction de la teneur du pacte de gouvernement. Soit le pacte de gouvernement a pour objet une aliénation totale de la part du peuple de sa souveraineté et dans ce cas aucun droit de résistance ne peut subsister ; soit le pacte de gouvernement n'a pu transférer au roi que *l'exercice* de la souveraineté et le droit de résistance peut trouver une justification. Après les monarchomaques, les discussions autour du droit de résistance se cristallisent sur cette question. Cette corrélation est très visible chez Grotius. Selon cet auteur, le peuple est initialement détenteur de la souveraineté qu'il aliène totalement au monarque lors du pacte de soumission. Cependant, ce pacte de gouvernement peut prévoir, non pas une aliénation totale de la souveraineté, mais un partage ou une limitation de celle-ci, et dans ce cas le droit de résistance du peuple perdure¹⁰⁶.

33.- En partant du droit de résistance et dans l'optique de justifier théoriquement ce droit, les monarchomaques se sont intéressés à la question du fondement du pouvoir. Ils ont ainsi contribué au développement des doctrines du pacte de gouvernement, qui tentent d'expliquer l'origine populaire du pouvoir politique. Cependant, ces doctrines, en se développant, vont générer des contradictions mises en lumière par Thomas Hobbes, dans un ouvrage paru en 1642 et intitulé *De cive*¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Sur cette question, voir Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, orig. *De jure belli ac pacis* (1625), trad. de Jean Barbeyrac, Publications de l'Université de Caen, 1984, 2 volumes, 1001 pages, spéc. pp. 62-472.

¹⁰⁷ Thomas HOBBS, *Le citoyen ou les fondements de la politique* (1642), trad. de l'anglais par Samuel Sorbière, Paris, Flammarion, 1982, 408 pages.

3. La réfutation du droit de résistance par Hobbes : l'aporie du passage de la multitude au peuple

34.- Pour Thomas Hobbes, il est inconcevable d'envisager en même temps un pacte de gouvernement par lequel les individus transfèrent leur puissance au souverain et un droit de résistance de ces mêmes individus contre le souverain qu'ils ont eux-mêmes institué. Ce paradoxe découle selon Hobbes d'une confusion entre deux institutions, qu'il nomme respectivement « peuple » et « multitude » et qui ne peuvent coexister. La multitude ne peut agir, car « on ne peut concevoir [qu'elle] n'ait de la nature qu'une seule volonté, car chacun de ceux qui la composent a la sienne propre »¹⁰⁸. Pour que la multitude puisse agir, il faut qu'elle se transforme en un peuple c'est-à-dire en une personne publique qui a sa volonté propre. Or cela n'est possible que lorsque les « membres de cette multitude s'accordent et prêtent l'un après l'autre leur consentement, à ce que de là en avant la volonté d'un certain homme particulier [...] soit tenue pour la volonté de tous en général »¹⁰⁹. Si le peuple ne peut agir que par l'entremise du souverain qui l'incarne, la reconnaissance d'un droit de résistance au profit du peuple ne peut être conceptualisée (comment se résister à soi-même ?). Et en dehors du peuple n'existe que la multitude, elle aussi incapable d'agir car dénuée de volonté propre.

35.- De cette réflexion entamée dans *De cive* naîtra le *Léviathan*, dans lequel Hobbes finalise sa théorie en introduisant le concept de représentation. Par un seul et même acte, les individus s'engagent envers les autres à reconnaître en la personne du souverain le représentant du corps politique qu'ils viennent de former. Le pacte originaire est donc à la fois un pacte d'association, qui réalise la transformation de la multitude en une société civile dotée d'une volonté et d'une puissance uniques, et un pacte d'assujettissement de cette société civile au souverain qui la représente¹¹⁰. L'autorisation donnée au souverain de représenter le corps politique permet de comprendre comment d'un rapport entre particuliers peut naître un rapport de souveraineté. Cette souveraineté est nécessairement absolue, dans la mesure où le souverain ne prend aucun engagement vis-à-vis du peuple : bénéficiaire du pacte, il n'en est pas partie. De plus, Hobbes part de l'état de nature pour démontrer

¹⁰⁸ *Ibid.*, chap. VI-I.

¹⁰⁹ *Ibid.*, chap. VI-I.

¹¹⁰ Cf. Thomas HOBBS, *Léviathan ou La matière, la forme et la puissance d'un Etat ecclésiastique et civil* (1651), trad. par R. Anthony, Paris, M. Giard, 1921, 286 pages, spéc. p. 275 : « une multitude constitue une seule personne quand elle est représentée par un seul homme ou une seule personne, pourvu que ce soit avec le consentement de chacun en particulier de ceux qui la composent. Car c'est l'unité du représentant [...] qui fait que la personne est unique ».

rationnellement que l'homme ne cesse d'être un loup pour l'homme qu'à la condition d'instaurer une puissance assez grande pour faire respecter la paix. Le Léviathan ne peut servir la fin pour laquelle il a été institué que si sa puissance est absolue et inconditionnée¹¹¹. Ces deux facteurs (la nature du pacte, qui ne lie que les individus à l'exclusion du souverain, et la nécessité rationnelle de doter le souverain d'une puissance absolue et inconditionnée), rendent inconcevable le droit de résistance du peuple.

36.- Thomas Hobbes a relevé chez les tenants du droit de résistance un défaut essentiel, qui tient au fait que ceux-ci tiennent pour naturel le passage de la multiplicité à l'unité¹¹². Or, pour Hobbes, l'unité des différents individus implique forcément l'anéantissement du peuple dans la personne du souverain et par conséquent l'impossibilité de concevoir le droit de résistance. Cette contradiction interne du droit de résistance, liée à l'individualisme naissant, va obliger les auteurs à résoudre l'aporie en faisant intervenir une autre institution : le pacte de société.

L'impératif étant de « reconstituer artificiellement l'organicité perdue du corps de la communauté pour la faire vivre indépendamment de celui qui la gouverne »¹¹³, les auteurs vont postuler l'existence d'un pacte de société ou *pactum societatis* antérieur au pacte de gouvernement qui a pour unique but d'instituer le souverain¹¹⁴. Samuel Pufendorf est l'un des premiers¹¹⁵ à avoir formalisé cette idée d'un pacte distinct par lequel les individus accèdent à l'état de communauté, avant de transférer leur souveraineté par le biais du pacte de gouvernement. Cependant dans cette tentative Pufendorf reste prisonnier du cadre

¹¹¹ Cf. Michel MALHERBE, « Hobbes », in Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (Dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 2003, pp. 320-328, spéc. p. 326 : « puisque la solution rationnelle est dans la toute-puissance, le droit du souverain a pour unique fondement cette même toute-puissance [...]. C'est par cette puissance, qui fait son droit, que le souverain s'affirme légitime, puisqu'il ne peut être par ailleurs soumis à aucune condition, loi civile ou loi morale. Telle est la nature ambiguë de la souveraineté absolue : puissance et légitimité ne font qu'un ».

¹¹² Cf. Yves-Charles ZARKA, « La mutation du droit de résistance chez Grotius et Hobbes : du droit collectif du peuple au droit de l'individu », in Jean-Claude ZANCARINI (Dir.), *Le droit de résistance. XIIe – XXe siècle*, Fontenay, ENS Editions, 1999, pp. 139-152.

¹¹³ Jean-Fabien SPITZ, « Droit de résistance », *op. cit.*, p. 172.

¹¹⁴ Sur la distinction entre les deux types de contrats, voir Frédéric ATGER, *Essai sur l'histoire des doctrines du contrat social*, Thèse, Montpellier, 1906, 432 pages, spéc. pp. 9-10.

¹¹⁵ Une première ébauche du pacte de société peut être relevée chez Grotius. Cependant ce contrat social se limite, chez l'auteur de *De jure pacis et bellis*, à instaurer les règles gouvernant la propriété individuelle. Le véritable contrat est, pour Grotius qui s'inscrit dans la lignée des monarchomaques, le contrat de gouvernement.

théorique défini par Hobbes¹¹⁶, tandis que John Locke tentera de s'en abstraire. Il importe de préciser la pensée politique de John Locke afin d'éclairer en quoi celle-ci fut décisive dans la genèse du concept de pouvoir constituant.

4. La résolution de l'aporie par John Locke et les premiers linéaments du concept de pouvoir constituant

37.- Comme Thomas Hobbes, John Locke part d'une analyse rationnelle de l'état de nature afin de démontrer la nécessité de constituer la société civile. Dans l'état de nature, les hommes ne sont soumis qu'à Dieu et à la loi de nature. Celle-ci, inscrite par Dieu dans la nature des hommes, leur commande avant tout de préserver leur vie et celle des autres. Si cet état de nature, caractérisé par la liberté et l'égalité naturelles, semble être aux antipodes de son équivalent hobbesien, des différends peuvent tout de même survenir entre les individus. Dans ce cas, la difficulté provient de ce que chacun a le droit de juger et punir autrui, ce qui signifie que chacun est juge et partie de sa propre cause. C'est de la nécessité d'instituer un arbitre impartial afin de faire respecter la loi de nature et la fin que Dieu a assignée aux hommes (la préservation) que naît la société civile.

Quant à la question de savoir qui doit être cet arbitre impartial, Locke répond que ce ne peut être que la communauté des individus elle-même¹¹⁷. Pour remplir cette mission, la communauté se voit reconnaître le droit de faire des lois et de les exécuter mais le plus souvent elle va déléguer cette tâche à une assemblée législative et à un gouvernement.

38.- Deux actes sont nécessaires pour aboutir à cette configuration. Tout d'abord un pacte par lequel chaque individu abandonne le pouvoir de « faire tout ce qu'il estime propre à sa préservation et à celle du reste du genre humain, [et le] pouvoir de punir »¹¹⁸, afin de les remettre à la communauté. Ce premier contrat est un véritable contrat d'association

¹¹⁶ Jean TERREL, *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, op. cit., spéc. pp. 299-321.

¹¹⁷ Locke récuse la possibilité de désigner comme arbitre le monarque absolu, dans la mesure où celui-ci ne peut être impartial dans les conflits l'opposant au peuple. La souveraineté absolue qu'envisage Hobbes est donc inadmissible, car « ce serait penser que les hommes sont assez fous pour prendre soin d'échapper aux maux que peuvent leur causer les *putois* et les *renards*, mais qu'ils s'estiment satisfaits, et qu'ils s'imaginent même que c'est une sauvegarde, d'être dévorés par des *lions* ». John LOCKE, *Le second traité du gouvernement : essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, orig. *Second treaty of government : essay concerning the true original, extent, and end of civil government* (1690), trad. par Jean-Fabien Spitz, Paris, PUF, 1994, 302 pages, spéc. p. 68.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 92.

entre les individus, qui décident conventionnellement de former une communauté, celle-ci s'exprimant par la voix de la majorité¹¹⁹. Ensuite, c'est par le biais d'une décision majoritaire que la communauté institue le législatif, pouvoir suprême, et le gouvernement. C'est dans ce second acte que l'on peut trouver les premiers linéaments de l'idée de pouvoir constituant.

39.- Locke définit en effet l'établissement du législatif, qu'il nomme parfois « constitution du législatif »¹²⁰, comme « l'acte premier et fondamental de la société »¹²¹. Quant à ses caractéristiques, John Locke note que « la constitution du législatif est en effet l'acte originel et suprême de la société, antérieur à toutes les lois positives et appartenant exclusivement au peuple ; aucun pouvoir inférieur ne saurait donc le modifier »¹²². On voit poindre ici certaines des caractéristiques essentielles du concept de pouvoir constituant. Tout d'abord, sa supériorité par rapport aux pouvoirs institués. Locke, peut être influencé en cela par un auteur contemporain, George Lawson¹²³, distingue clairement deux niveaux de pouvoir, dont l'un, défini comme un pouvoir institutif, appartient à la communauté et est supérieur aux autres parce qu'il en est la source. De plus, ce pouvoir constituant que détient la communauté ne s'exerce pas par le biais d'un contrat entre celle-ci et les gouvernants mais prend la forme d'une « loi positive »¹²⁴, ce qui préfigure la définition de la constitution comme acte unilatéral du peuple¹²⁵. Enfin, ce pouvoir appartient, selon Locke, « exclusivement au peuple », ce qui signifie que le titulaire de ce pouvoir est l'une des conditions de sa légitimité. D'ailleurs Locke insiste à plusieurs reprises sur la nécessité du

¹¹⁹ Cf. « quand un certain nombre d'hommes ont ainsi *consenti à former une communauté* ou un gouvernement, ils se trouvent par là immédiatement incorporés et ils constituent un corps politique où la *majorité* possède le droit d'agir et d'obliger les autres ». En effet, selon Locke, « puisqu'il est nécessaire à ce qui constitue un corps de se mouvoir dans une seule direction à la fois, il est nécessaire que ce corps se meuve dans la direction où l'emporte la force la plus grande, c'est-à-dire le consentement de la majorité », *ibid.*, p. 70-71.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 154.

¹²¹ *Ibid.*, p. 154.

¹²² *Ibid.*, p. 114

¹²³ Dans un ouvrage paru en 1660, George Lawson distingue en effet entre la « *real majesty* », qui appartient à la communauté, décrite comme le « *power to model a state* », ou encore « *power of constitution* » (pouvoir constituant), et la « *personal majesty* », qui appartient au parlement (pouvoir constitué). La majesté réelle est supérieure à la majesté personnelle, les titulaires de cette dernière ne pouvant « *alter or take away the cause whereby they have their being, nor can they meddle with the fundamental Laws of the constitution* ». Cf. George LAWSON, *Politica sacra et civilis or A modell of civil and ecclesiasticall government : wherein, besides the positive doctrine concerning state and church in general, are debated the principall controversies of the times. Concerning the consistution of the state and church of England, tending to righteousness, truth, and peace* (1660), Cambridge University Press, 1992, 283 pages, spéc. chap. 4 et 5, pp. 41-76.

¹²⁴ John LOCKE, *Le second traité du gouvernement...*, *op. cit.*, p. 98.

¹²⁵ Cf. Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 245 et s.

consentement de la communauté¹²⁶ et semble même en faire une condition de validité de la loi. Il énonce en effet qu' « aucun édit [...] ne peut avoir la force et l'obligation d'une *loi*, s'il n'a pas la *sanction du législatif* que le public a choisi et désigné. Car, sans cela, la loi ne pourrait avoir ce qui est cependant nécessaire pour être une loi, à savoir *le consentement de la société* »¹²⁷. Cependant Locke ne tire pas toutes les conséquences de cette découverte, puisqu'il fait encore de l'exercice du droit de résistance (et non de ce pouvoir d'instituer le législatif), le véritable acte par lequel la communauté marque sa suprématie.

40.- En effet, si le pouvoir législatif est selon Locke le « pouvoir suprême [...] auquel tous les autres pouvoirs doivent être subordonnés »¹²⁸, cette suprématie est conditionnée par le respect de la fin pour laquelle la République et ceux qui agissent en son nom ont été institués. Si le législatif manque à sa mission, la communauté peut exercer un droit de résistance. Il convient de citer *in extenso* le passage dans lequel John Locke explore cette hypothèse, afin d'analyser sa conception du droit de résistance.

« Car tout pouvoir n'étant confié qu'avec la mission d'atteindre une certaine fin – et étant limité par cette fin – toutes les fois que celle-ci est manifestement négligée ou entravée, la *mission de confiance* doit nécessairement *cesser*, et le pouvoir revient entre les mains de ceux qui l'avaient donnée ; ceux-ci peuvent alors la reconstituer de la manière qui leur paraîtra la plus conforme aux intérêts de leur propre sûreté et de leur propre sécurité. Ainsi, *la communauté conserve* perpétuellement le *pouvoir suprême* d'assurer son salut [...], car aucun homme ni aucune société n'ont le droit d'abandonner le soin de leur propre *préservation* »¹²⁹.

41.- Plusieurs remarques découlent de ce passage. Tout d'abord, la suprématie du peuple est, comme le note très justement M. Jean-Fabien Spitz, « dormante »¹³⁰ et n'apparaît qu'en deux hypothèses, discutées par Locke au chapitre 19 intitulé « de la dissolution du gouvernement »¹³¹. Tout d'abord lorsque le législatif est altéré, ce qui signifie qu'il ne correspond plus aux spécifications énoncées par la communauté dans l'acte d'établissement

¹²⁶ Cf. John LOCKE, *Le second traité du gouvernement...*, *op. cit.*, p. 89 : « telle est donc mon opinion sur l'origine des sociétés politiques et sur le fait que *c'est le consentement qui nous constitue membres d'une République* ».

¹²⁷ *Ibid.*, p. 96.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 108.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 108.

¹³⁰ Jean-Fabien SPITZ, *Introduction au Second traité du gouvernement*, *op. cit.*, p. XXXVI.

¹³¹ John LOCKE, *Le second traité du gouvernement...*, *op. cit.*, pp. 153-176.

du législatif. On retrouve ici la prééminence du pouvoir constituant par rapport aux pouvoirs constitués ainsi que la sanction du non-respect de cette hiérarchie, à savoir la dissolution du gouvernement et le droit de résistance de la communauté. Ce droit de résistance a pour effet, selon le passage cité, de faire cesser l'action du législatif et autorise corrélativement la communauté à recouvrer son pouvoir d'instituer le législatif. On retrouve en germe les deux facettes du pouvoir constituant, qui se compose nécessairement d'un moment déconstituant et d'un moment reconstituant¹³².

42.- Le droit de résistance est autorisé dans une deuxième hypothèse : la transgression, par le législatif, de la « mission de confiance »¹³³ qui lui a été allouée, c'est-à-dire le non-respect de la loi de nature. Il est certes logique de conférer au peuple le droit de résister en cas de violation par le législatif des limites que lui-même lui a assignées. Cependant, lorsque ces limites relèvent de la loi de nature, des contradictions émergent¹³⁴. Dès lors que le peuple devient l'instance qui décide souverainement du non-respect, par le législatif, de la loi de nature, celle-ci tend à s'effacer au profit de la décision collective. D'un autre côté, remettre le droit de résistance à chaque individu (et non au peuple), aboutit à dissoudre la société politique et à retourner dans l'état de nature. Le droit de résistance ne pourrait alors se penser à l'intérieur de l'ordre institué. Locke semble hésiter entre ces deux extrêmes¹³⁵, et les interprétations de sa pensée divergent.

Les deux derniers paragraphes du *Second traité du gouvernement* nous autorisent cependant à conclure que Locke penche pour la première solution car selon lui « qui sera mieux qualifié que le corps du *peuple* (qui, initialement, lui a confié cette mission) pour *juger* jusqu'où il eut l'intention de l'étendre ? »¹³⁶. Cette solution est renforcée par le fait que Locke tire toutes les conclusions de l'hypothèse à laquelle il souscrit, en concluant que « dès lors, le peuple possède un droit d'agir en souverain »¹³⁷. En effet, conférer au peuple le titre

¹³² Cf. Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 223 et s.

¹³³ John LOCKE, *Le second traité du gouvernement...*, *op. cit.*, p. 108.

¹³⁴ Sur les tensions internes à la pensée de John Locke, voir l'ouvrage de Jean-Fabien SPITZ, *John Locke et les fondements de la liberté moderne*, Paris PUF, 2001, 335 pages.

¹³⁵ Voir John LOCKE, *Le second traité du gouvernement...*, *op. cit.* A la page 174, on trouve en effet les deux opinions dans des paragraphes consécutifs. Cf. au point 240 : « *Qui sera juge* que le prince ou le législatif agissent en contradiction avec leur mission ? [...] Voici ma réponse : *c'est le peuple qui sera juge* », et au point 241 : « mais, dans le cas dont il s'agit comme dans tous les autres, *chaque homme doit juger par lui-même* si quelqu'un s'est mis en état de guerre avec lui, et s'il doit en appeler, comme le fit Jephthé, au juge suprême ».

¹³⁶ John LOCKE, *Le second traité du gouvernement...*, *op. cit.* p. 175.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 176. L'utilisation du terme « souverain » est d'autant plus remarquable qu'au long du *Second traité du gouvernement*, Locke n'utilise que l'adjectif « suprême ». La référence à la « souveraineté » du peuple ne peut être anodine et montre bien que Locke a entièrement souscrit à cette thèse.

d'arbitre revient à lui transférer la souveraineté, cette puissance divine sécularisée, puisqu'il définit par la voix de la majorité les conditions de légitimité du pouvoir politique.

L'évolution vers le concept de pouvoir constituant s'achève lorsque l'acte par lequel le peuple manifeste sa souveraineté n'est plus fictif mais formalisé. Désormais, le droit de résistance n'a plus lieu d'être¹³⁸ dans la mesure où la constitution se charge d'énoncer les conditions de légitimité du pouvoir politique et donne au peuple les moyens d'agir afin de sauvegarder sa souveraineté. Si le droit de résistance apparaît à l'article 2 de la Déclaration de 1789, il s'agit seulement, comme le note M. Marcel Morabito, d'une « légitimation du basculement révolutionnaire »¹³⁹.

43.- John Locke a donc permis l'apparition du concept de pouvoir constituant. M. Pasquale Pasquino montre bien que la pensée absolutiste de Hobbes ne pouvait permettre l'émergence du concept de pouvoir constituant dans la mesure où le peuple n'a pas d'existence indépendamment du souverain qui le représente¹⁴⁰. C'est en réaction à cette théorie et afin de conserver la possibilité d'un droit de résistance que Locke est obligé de penser le peuple comme préexistant à l'institution du gouvernement, par le biais du contrat social qu'il présuppose. Cette hypothèse l'amène cependant à la contradiction relevée ci-dessus, entre le maintien de la loi naturelle comme principe de légitimité et l'attribution du droit de résistance au peuple, qui aboutit à en faire le véritable souverain. La résolution du dilemme en faveur de la souveraineté du peuple permet d'amorcer un véritable tournant dans la pensée politique, en posant les conditions indispensables à la genèse du pouvoir constituant : l'abandon de la loi de nature au profit de la décision collective, l'idée selon laquelle le peuple est antérieur au pouvoir politique et l'attribution à ce peuple d'une caractéristique essentielle : la souveraineté.

44.- Ces conditions étant posées, le concept de pouvoir constituant pouvait émerger, en combinant les caractéristiques du droit de résistance (la possibilité d'instituer et de destituer le pouvoir politique) et celles de la souveraineté, puissance divine sécularisée (et

¹³⁸ Jean-Fabien Spitz le qualifie de « concept de transition ». Cf. Jean-Fabien SPITZ, « Droit de résistance », *op. cit.*, p. 173.

¹³⁹ Cf. Marcel MORABITO, « La résistance à l'oppression en 1793 », in Françoise NAUDIN-PATRIAT (Dir.), *La constitution du 24 juin 1793 : l'utopie dans le droit public français ?*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 1997, pp. 179-193, spéc. p. 180.

¹⁴⁰ Pasquale PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1998, 262 pages, spéc. pp. 63-64.

comme telle, créatrice de toute norme). Le pouvoir constituant prendra ainsi les traits d'un pouvoir du peuple, conçu comme une unité, d'instituer par un acte (la constitution), le pouvoir politique. Cependant, l'apparition du concept de pouvoir constituant, qui découle du transfert de la souveraineté au profit du peuple, a emporté une mutation fondamentale de la signification de cette notion. Si les révolutionnaires américains ont bien pris la mesure du changement opéré, les révolutionnaires français sont restés attachés à la formulation absolutiste de la souveraineté.

II. LES REVOLUTIONS AMERICAINE ET FRANÇAISE

45.- Selon Châteaubriand, « une étincelle de l'incendie allumé sous Charles Ier tombe en Amérique [...], l'embrase en 1765, repasse l'océan en 1789 pour ravager à nouveau l'Europe »¹⁴¹. Les révolutions américaine (A.) et française (B.), si elles marquent toutes deux l'avènement du principe du pouvoir constituant du peuple, diffèrent cependant quant à la conception de la souveraineté du peuple qui les sous-tend.

A. Le pouvoir constituant du peuple dans l'adoption de la constitution américaine de 1787

46.- « Nous tenons pour évidentes par elles-mêmes les vérités suivantes : tous les hommes sont créés égaux ; ils sont doués par leur Créateur de certains droits inaliénables ; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur. Les gouvernements sont établis parmi les hommes pour garantir ces droits, et leur juste pouvoir émane du consentement des gouvernés. Toutes les fois qu'une forme de gouvernement devient destructive de ce but, le peuple a le droit de la changer ou de l'abolir, et d'établir un nouveau gouvernement, en le fondant sur les principes et en l'organisant en la forme qui lui paraîtront les plus propres à lui donner la sûreté et le bonheur [...]. En conséquence, Nous, les représentants des Etats-Unis d'Amérique, assemblés en Congrès général, prenant à témoin le Juge suprême de l'univers de la droiture de nos intentions, publions et déclarons

¹⁴¹ François-René de CHATEAUBRIAND, *Essai sur les Révolutions. Génie du christianisme* (1797), Paris, Gallimard, 1978, 2089 pages, p. 147, note F.

solemnellement, au nom et par l'autorité du bon peuple de ces Colonies, que ces Colonies unies sont et ont le droit d'être des Etats libres et indépendants »¹⁴².

Le 4 juillet 1776, les représentants des treize colonies anglaises réunis en Congrès continental adoptent le texte de la Déclaration d'indépendance des treize Etats-Unis d'Amérique rédigé par Thomas Jefferson. Sous sa plume prennent vie les principes énoncés par John Locke qui reconnaissent au peuple le droit de changer de gouvernement. L'indépendance proclamée, le Congrès continental soumet aux treize colonies alors en guerre contre la puissance tutélaire de l'Angleterre un traité international, les « Articles de Confédération », qui sera signé le 15 novembre 1777. Ce traité, qui établit une Confédération entre les treize nouveaux Etats, va rapidement révéler ses défaillances, nécessitant la convocation d'une Convention afin de « rendre la Constitution du gouvernement fédéral adéquate aux exigences de l'Union »¹⁴³. De cette Convention, qui s'est réunie à Philadelphie du 25 mai 1787 au 17 septembre 1787, est issue la constitution américaine qui met en œuvre pour la première fois le principe du pouvoir constituant du peuple¹⁴⁴.

47.- Le principe du pouvoir constituant du peuple, formellement révélé par le « We, the people of the United States » qui introduit le texte constitutionnel, semble être l'élément ayant permis de dépasser les querelles entre fédéralistes et antifédéralistes.

En effet, la réunion de la Convention de Philadelphie est née du constat de l'impuissance du gouvernement confédéral à assurer la mission qui lui a été confiée en 1777. La faiblesse du lien confédéral est pour les fédéralistes la cause du discrédit dont souffre la confédération et elle fait peser sur les Etats un risque permanent de guerre¹⁴⁵. Les fédéralistes

¹⁴² Déclaration d'indépendance des Etats-Unis d'Amérique du 4 juillet 1776, trad. de Thomas JEFFERSON lui-même, in Stéphane RIALS et Denis BARANGER, *Textes constitutionnels étrangers*, Paris, PUF, QSJ n° 2060, 6^{ème} édition, 1995, 127 pages, spéc. pp. 15-16.

¹⁴³ Résolution du Congrès du 21 février 1787, in Alexander HAMILTON, John JAY et James MADISON, *Le Fédéraliste*, orig. *Federalist papers* (1787-1788), Paris, LGDJ, 1957, 788 pages, spéc. p. L.

¹⁴⁴ Sur les travaux de la Convention de Philadelphie, voir Max M. EDLING, *A revolution in favor of government : origins of the U.S. Constitution and the making of the American state*, thèse, Cambridge, Oxford, New-York, Oxford University Press, 2003, 333 pages ; Edouard LABOULAYE, *Histoire des Etats-Unis*, vol. 3 : *Troisième époque : la constitution des Etats-Unis, 1783-1789*, Paris, Charpentier, 1870, 575 pages ; Jacques LAMBERT, *Histoire constitutionnelle de l'Union américaine*, vol. 1 : *La naissance du fédéralisme aux Etats-Unis*, Paris, Sirey, 1930, 289 pages ; Denis LACORNE, *L'invention de la république*, Paris, Hachette, 1991, 319 pages. Les textes des débats ont été réunis par Max FARRAND, *The framing of the constitution of the United States*, New Haven, Yale University Press, 1913 (reprint.), 281 pages.

¹⁴⁵ Cf. Alexander HAMILTON, *Le Fédéraliste* n° 9, in Alexander HAMILTON, John JAY et James MADISON, *Le Fédéraliste*, op. cit., p. 58 : « Une Union solide sera encore de la plus grande importance pour la

prônent donc la création d'un gouvernement fédéral fort, doté de pouvoirs étendus (défense, politique extérieure, commerce) et dont les lois seraient obligatoires et directement applicables¹⁴⁶. M. Thierry Chopin montre que le projet fédéraliste, au départ, consistait en la mise en place d'un Etat américain « national », dans lequel les Etats ne conserveraient pas leur souveraineté¹⁴⁷. C'est dans cette optique, afin de déposséder les Etats de leur souveraineté et par là même de leur ôter la possibilité de contester le pacte fondateur, que les fédéralistes ont tout d'abord eu recours au concept de pouvoir constituant du peuple. Cette préoccupation est mise en exergue par Alexander Hamilton, dans *le Fédéraliste* n° 22 :

« C'est assurément une erreur grossière de prétendre qu'une *partie contractante* a le droit d'annuler le *contrat* auquel elle a accédé, et cependant ce système a eu des défenseurs respectables. La possibilité d'une question de ce genre prouve la nécessité de poser les fondements de notre gouvernement national plus profondément que sur la simple sanction de l'autorité déléguée. L'édifice de l'Empire américain doit reposer sur la base solide du *consentement du peuple* »¹⁴⁸.

48.- Dans l'esprit des fédéralistes, du moins dans les premiers temps, le principe du pouvoir constituant du peuple apparaît comme le corollaire indispensable à l'établissement d'un gouvernement national. Or, devant l'opposition des antifédéralistes et la crainte que les Etats ne ratifient pas un projet qu'ils considèrent comme attentatoire à leur souveraineté, les fédéralistes vont modifier leur discours. Le résultat de la Convention de Philadelphie apparaît ainsi comme une atténuation des revendications initiales des fédéralistes, qui ont intégré dans leur projet la nécessité de conserver l'existence politique des Etats. Après l'adoption du projet par la Convention le 17 septembre 1787, le Congrès, conformément à l'article 13 des Articles de Confédération, l'examina et l'envoya sans modifications le 28 septembre 1787 aux législatures d'Etat, afin que celles-ci mettent en place des conventions de ratification. Lors des débats de ratification, les désaccords vont se cristalliser autour de deux points : la question de la souveraineté des Etats et celle de l'illégalité du projet issu de la Convention de Philadelphie (1). Sur ces deux points, le recours au principe du pouvoir constituant du peuple

paix et la liberté des Etats, en opposant une barrière aux factions intestines et aux insurrections ». Sur les dangers d'une confédération aux liens trop distendus, voir *Le Fédéraliste* n° 4 à 7, *op. cit.*, pp. 19-57.

¹⁴⁶ Sur les pouvoirs du gouvernement fédéral, voir Alexander HAMILTON, *Le Fédéraliste* n° 23, *op. cit.*, pp. 178-184.

¹⁴⁷ Cf. Thierry CHOPIN, *La République « une et divisible ». Les fondements de la Fédération américaine*, Paris, Plon, 2002, 324 pages, spéc. pp. 64-80. La volonté d'édifier un Etat souverain se retrouve dans la revendication nationaliste d'un « droit de veto fédéral » et d'une représentation proportionnelle des Etats au Sénat.

¹⁴⁸ Cf. Alexander HAMILTON, *Le Fédéraliste* n° 22, *op. cit.*, p. 177.

a permis de résoudre la controverse entre fédéralistes et antifédéralistes (2). Les nécessités de l'entreprise fédéraliste ont cependant obligé les Pères fondateurs à insister sur le changement de signification de la notion de souveraineté qu'implique le pouvoir constituant du peuple (3).

1. La querelle constitutionnelle entre fédéralistes et antifédéralistes

49.- Lors des débats de ratification, la controverse entre fédéralistes et antifédéralistes a tout d'abord porté sur la question de la souveraineté des Etats¹⁴⁹. Selon les adversaires du projet, la constitution une fois adoptée entraînera la disparition des Etats en tant qu'entités politiques souveraines. Plusieurs indices militent en ce sens selon eux : le fait que le gouvernement fédéral dispose du pouvoir militaire ainsi que du pouvoir de lever les impôts, le principe de primauté du droit fédéral, le fait que le juge des conflits de répartition des compétences soit une institution fédérale et la remise du pouvoir constituant au peuple et non aux Etats¹⁵⁰. Or les antifédéralistes considèrent non seulement qu'il n'est pas expédient d'instaurer un Etat national faisant disparaître les Etats particuliers mais aussi que ce projet est inconstitutionnel. En effet, la Convention n'était chargée, selon son mandat, que de « réviser les Articles de la Confédération »¹⁵¹ et non de leur substituer une nouvelle constitution basée sur le pouvoir constituant du peuple. De plus, le projet de constitution serait illégal dans la mesure où, contrairement aux Articles de Confédération qui subordonnent toute révision à l'approbation du Congrès et à l'accord unanime des législatures d'Etat, il est prévu que la constitution entrera en vigueur dès que neuf Etats sur treize seulement l'auront ratifiée. Enfin, avant de remettre leur projet au Congrès, les conventionnels ont adopté une résolution prônant la ratification, non par les législatures d'Etat comme cela était prévu par les Articles de Confédération, mais par des conventions d'Etats spécialement élues par le peuple¹⁵². Les antifédéralistes brandissent un argument juridique de taille, fondé sur « l'illégalité de la création constitutionnelle »¹⁵³.

¹⁴⁹ Max M. Edling défend l'idée selon laquelle le débat sur la ratification de la constitution est avant tout un débat sur la création d'un nouvel Etat, voir Max M. EDLING, *A revolution in favor of government. Origins of the U.S. constitution and the making of the American state*, Oxford University Press, 2003, 333 pages.

¹⁵⁰ Sur les objections des antifédéralistes, voir James MADISON, *Le Fédéraliste* n° 38, *op. cit.*, pp. 298-309.

¹⁵¹ Résolution du Congrès du 21 février 1787, in Alexander HAMILTON, John JAY et James MADISON, *Le Fédéraliste*, *op. cit.*, p. L.

¹⁵² Cf. Résolution de la Convention en date du 17 septembre 1787, in Alexander HAMILTON, John JAY et James MADISON, *Le Fédéraliste*, *op. cit.*, p. 764.

¹⁵³ La formule est de Thierry CHOPIN, *La République « une et divisible »...*, *op. cit.*, p. 103.

Ces deux objections majeures des antifédéralistes vont être résolues par le recours au principe du pouvoir constituant du peuple.

2. Le dépassement de la querelle constitutionnelle par le recours au pouvoir constituant du peuple

La théorie du pouvoir constituant du peuple, magistralement exposée par James Madison dans *le Fédéraliste* n° 39, va permettre de justifier tant la teneur du projet de constitution (b) que ses modalités d'adoption (a).

a. Le pouvoir constituant du peuple et l'inconstitutionnalité du projet élaboré par la Convention

Pour répondre aux objections de ses détracteurs, Madison va tout d'abord chercher à qualifier juridiquement le gouvernement mis en place, afin ensuite de rechercher si la Convention a outrepassé son mandat.

50.- Sur le premier point, Madison affirme que « pour déterminer le véritable caractère du gouvernement, il faut le considérer relativement au fondement sur lequel il doit reposer, aux sources dont sont tirés ses pouvoirs ordinaires, au fonctionnement de ces pouvoirs, à leur étendue, et aux moyens par lesquels des modifications futures dans le gouvernement seront introduites »¹⁵⁴.

Il résulte de tous ces éléments que la constitution soumise à ratification est « une Constitution *fédérale*, et non une Constitution *nationale* »¹⁵⁵. En effet, Madison note tout d'abord que la ratification n'est ni le fait de la majorité du peuple de l'Union ni de celle des Etats mais que le consentement sera donné par « le peuple non en tant qu'individus composant une seule Nation, mais comme formant les Etats distincts et indépendants auxquels ils se rattachent »¹⁵⁶. Le pouvoir constituant appartient donc collectivement aux peuples des Etats. La même conclusion découle de l'analyse de la procédure de révision, prévue à l'article V de la constitution, qui certes déroge au principe de l'unanimité des Etats, mais impose une majorité renforcée, calculée en nombre *d'Etats* et non en pourcentage de la

¹⁵⁴ James MADISON, *Le Fédéraliste* n° 39, *op. cit.*, p. 314.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 316.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 315.

population totale¹⁵⁷. De même, le gouvernement présente la physionomie d'un gouvernement « mixte », le bicaméralisme assurant la représentation des intérêts du peuple et de ceux des Etats. Enfin, le caractère mixte de la constitution naît aussi, selon Madison, de l'opposition entre le principe de l'applicabilité directe des lois fédérales aux citoyens et le principe selon lequel, en matière de répartition des compétences, les Etats disposent de la compétence de principe.

51.- La constitution proposée n'étant « ni une Constitution nationale, ni une Constitution fédérale ; [mais] un composé des deux »¹⁵⁸, l'argument relatif au dépassement de son mandat par la Convention peut être balayé au prix d'une interprétation extensive de celui-ci¹⁵⁹. De plus, Madison rappelle que les pouvoirs de la Convention n'étaient que consultatifs, et que le Congrès aurait par conséquent très bien pu décider de rejeter le projet. Quant au non-respect des limites formelles à la révision des Articles de Confédération, Madison fait valoir que « dans tous les changements importants des gouvernements établis, la forme doit céder au fond ; qu'en s'attachant rigoureusement, en ces hypothèses, à la forme, on rendrait nominal et illusoire le droit intangible et précieux du peuple, d'abolir ou de changer son gouvernement »¹⁶⁰. James Madison en appelle donc au principe du pouvoir originaire du peuple, lointaine réminiscence du droit de résistance, qui confère au peuple le droit de choisir son gouvernement. Le choix du gouvernement trouvant son expression dans l'acte constitutif, l'abolition, la révision ou l'adoption d'un tel texte relève du seul pouvoir du peuple. Ce faisant, le peuple exerce sa souveraineté et en tant que souverain, il ne peut être lié par aucune règle de forme.

La souveraineté constituante du peuple permet donc de légitimer la constitution et par là même de gommer les irrégularités affectant son adoption. Le même argument permet de répondre aux objections selon lesquelles l'adoption de la constitution conduirait à terme à la disparition des Etats.

¹⁵⁷ « Si nous jugeons la Constitution en considérant enfin l'autorité qui fera les amendements, nous constatons qu'elle n'est ni entièrement *nationale*, ni entièrement *fédérale* [...]. En exigeant plus que la majorité, et surtout en calculant la proportion par *Etats* et non par *citoyens*, il écarte le caractère *national* et s'avance vers le caractère *fédéral* ; en se contentant du concours de moins de la totalité des Etats, il écarte le caractère *fédéral* et prend le caractère *national* », *ibid.*, pp. 318-319.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 319.

¹⁵⁹ Sur l'interprétation du mandat, voir James MADISON, *Le Fédéraliste* n° 40, *op. cit.*, pp. 320-325.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 328.

b. Le pouvoir constituant du peuple et la question du maintien des Etats

52.- Selon les fédéralistes, le projet de constitution ne peut aboutir à transférer la souveraineté des Etats au gouvernement fédéral, puisque seul le peuple est souverain. Cette souveraineté se manifestant par le pouvoir du peuple d'adopter une constitution, celui-ci a le droit d'établir un gouvernement fédéral et des gouvernements d'Etat. Mais aucun de ces gouvernements ne possède la souveraineté, le peuple leur ayant seulement permis d'exercer la souveraineté en son nom. Comme l'a bien noté Mme Elisabeth Zoller, à rebours de « l'impossibilité de la pensée continentale européenne de concevoir la souveraineté autrement qu'incarnée dans l'Etat »¹⁶¹, la pensée américaine localise la souveraineté dans le peuple. Sans discuter ici de la véritable nature juridique de la fédération américaine, le fait de situer la souveraineté dans le peuple permet aux fédéralistes de détourner la question de l'attribution de la souveraineté aux Etats ou à l'Union.

53.- Il convient de noter que la théorie du pouvoir constituant du peuple a permis de justifier le fédéralisme américain au prix de quelques ambiguïtés. En effet, le « We, the people » introductif est susceptible de deux interprétations divergentes quant au titulaire du pouvoir constituant dans l'Union américaine. Cette formule peut tout d'abord faire référence au peuple américain pris dans son ensemble. Cette interprétation encourt cependant la censure des antifédéralistes, pour qui l'attribution de la souveraineté à un peuple unique ne peut qu'entraîner la disparition des Etats particuliers. Conscients de cette difficulté, les Pères fondateurs ont alors mis l'accent sur la seconde interprétation selon laquelle le « We, the people » ne fait pas référence à un peuple unique mais aux peuples des différents Etats, ce qui permet de sauvegarder leur existence indépendante. Mme Elisabeth Zoller rapporte que le Préambule, dans sa rédaction initiale, débutait par « Nous, les peuples des Etats du New Hampshire, du Massachussets, du Rhode Island, etc. ... ». L'énumération des noms des treize Etats fut supprimée pour des raisons pratiques, ce qui amène l'auteur à la conviction que le « We, the people » finalement retenu renvoyait en 1787 aux différents peuples¹⁶². Comme souvent, l'ambivalence de la formule a permis de rallier au projet à la fois les antifédéralistes, les partisans d'un gouvernement mixte, ainsi que les défenseurs d'un gouvernement national.

¹⁶¹ Elisabeth ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *RCADI*, vol. 294 (2002), p. 63.

¹⁶² *Ibid.*, pp. 84-86.

54.- Quoi qu'il en soit, les nécessités de l'entreprise constitutionnelle américaine ont rendu indispensable une conception renouvelée de la souveraineté. Transférée au peuple, celle-ci ne peut plus être synonyme de pouvoir de commandement mais doit se résumer à l'adoption de l'acte constituant. Les Pères fondateurs ont d'autant plus souscrit à cette conception de la souveraineté que le fédéralisme qu'ils voulaient mettre en place nécessitait, pour être viable, qu'il n'y ait plus de souverain à l'intérieur de l'ordre juridique.

3. Le pouvoir constituant du peuple et les mutations de la signification de la souveraineté

55.- L'argument du pouvoir constituant du peuple a permis aux fédéralistes de résoudre l'aporie du fédéralisme, qui peut être énoncée ainsi : le postulat fédéraliste repose sur la possibilité de concevoir deux niveaux de pouvoir égaux se répartissant les compétences. Cependant, en cas de compétences concurrentes ou de différend relatif à la répartition des compétences, à qui revient le pouvoir de trancher ? Comme le note M. Thierry Chopin : « la question de la souveraineté semble rejaillir aux yeux des fédéralistes qui croyaient avoir pu la contourner »¹⁶³. L'attribution de la qualité d'arbitre à l'un des deux niveaux revient en effet à lui conférer la souveraineté, définie comme le pouvoir de décider de l'exceptionnel¹⁶⁴.

56.- Face à cette question essentielle, qui met en cause la viabilité de la fédération, les fédéralistes insistent sur la nécessaire exclusion de la souveraineté à l'intérieur de l'ordre juridique. Or le concept de pouvoir constituant du peuple implique justement l'extériorité de la souveraineté qui, de pouvoir de commandement, est reléguée à un simple pouvoir de fondation et de légitimation de l'ordre juridique établi. Le concept de pouvoir constituant permet donc, en évinçant tout pouvoir absolu à l'intérieur de l'ordre juridique, de rendre possible l'idée fédérale. Pour que cette souveraineté du peuple soit préservée de toute atteinte par les pouvoirs constitués, les Pères fondateurs ont fait de l'acte constituant l'acte suprême de l'ordre juridique¹⁶⁵, dont l'application doit être garantie par un juge. Véritable « bouche de

¹⁶³ Thierry CHOPIN, *La République « une et divisible »...*, *op. cit.*, p. 281.

¹⁶⁴ Cf. Carl SCHMITT, *Théorie de la constitution*, *op. cit.*, p. 518 : « la question de la souveraineté est en fait la question de la décision qui tranche le conflit existentiel ».

¹⁶⁵ Selon l'article VI, alinéa 2, de la constitution du 17 septembre 1787 : « la présente constitution, et les lois des Etats Unis qui seront prises pour son application, et tous les traités conclus, ou qui seront conclus, sous l'autorité des Etats-Unis, seront la loi suprême du pays ».

la constitution », celui-ci est chargé de sanctionner la suprématie de la volonté populaire exprimée dans la constitution. Les Pères fondateurs de la constitution américaine sont donc à l'origine de la conception dite « normative »¹⁶⁶ de la constitution qui permet de transcrire juridiquement la souveraineté constituante du peuple. De plus, ils ont mis au point un système institutionnel particulier devant garantir, par ses caractéristiques intrinsèques, le partage constitutionnel des compétences voulu par le constituant¹⁶⁷. La conception « institutionnelle »¹⁶⁸ de la constitution qui s'attache à analyser la manière dont le pouvoir est réparti dans l'Etat est pour les fédéralistes primordiale dans la mesure où elle permet d'éviter le recours à un tiers qui pourrait, du fait de sa qualité d'arbitre, revendiquer la souveraineté¹⁶⁹.

57.- Le principe du pouvoir constituant du peuple a ainsi servi de justification théorique aux problèmes posés par la création de la fédération américaine et les débats nourris ayant précédé la ratification de la constitution ont posé les premiers jalons dans la conceptualisation du pouvoir constituant.

Le pouvoir d'adopter la constitution apparaît clairement comme étant « l'acte de souveraineté »¹⁷⁰ du peuple. Les caractéristiques de la souveraineté sont désormais attachées à la notion de pouvoir constituant : comme elle il est absous des lois, ce qui se vérifie en pratique puisque le recours au concept de pouvoir constituant du peuple a permis de passer outre les règles de révision des Articles de Confédération. Comme la puissance divine, le pouvoir constituant ne procède de rien d'autre que de lui-même et de lui découle tout pouvoir. La constitution, qui est l'acte par lequel s'exprime ce pouvoir du peuple, est l'acte fondateur et la norme suprême de l'ordre juridique. Cependant, l'attribution de la souveraineté au peuple a permis d'opérer un changement radical dans la conception du système juridique, puisque dorénavant « à l'intérieur de l'ordre constitutionnel, aucun organe

¹⁶⁶ Sur cette conception, voir Elisabeth ZOLLER, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1998, 629 pages, spéc. pp. 30-40.

¹⁶⁷ C'est le système dit des *checks and balances*, ou freins et contrepoids.

¹⁶⁸ Sur cette conception particulière de la constitution, voir Olivier BEAUD, « Constitution et droit constitutionnel », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 257.

¹⁶⁹ Selon Thierry Chopin, toute la pensée de James Madison converge vers cette idée qu'il est possible, grâce à la mise en place d'un judicieux équilibre entre les pouvoirs, de créer un ordre politique sans souverain. Cf. Thierry CHOPIN, *La République « une et divisible »...*, *op. cit.*, pp. 22-24.

¹⁷⁰ James Wilson est le premier à la qualifier comme tel, dans son discours du 4 juillet 1788 à Philadelphie, cité in Thierry CHOPIN, *La République « une et divisible »...*, *op. cit.*, p. 161.

[n'est] souverain »¹⁷¹. Cela permet d'envisager un gouvernement limité, à la fois grâce à la technique du fédéralisme et grâce à la technique de « freins et contrepoids » chère à Montesquieu. Cette souveraineté constituante du peuple, qui ne s'exerce que pour instituer les équilibres entre les différents pouvoirs publics permet de conclure, avec M. Dieter Grimm, qu'à partir de ce moment, « la souveraineté n'était plus un droit de gouverner, mais le fondement de ce droit : elle fonctionnait comme un *principe de légitimité* »¹⁷².

Cette affirmation ne se vérifie cependant pas en France, où la théorie du pouvoir constituant du peuple a été mise en pratique avec des conséquences autres qu'il convient dorénavant d'analyser.

B. La Révolution française

58.- La Révolution française, si elle a eu pour objet de mettre en œuvre le principe du pouvoir constituant de la nation, n'a pas contrairement aux Etats-Unis totalement rompu avec l'idée qu'il subsiste un souverain à l'intérieur de l'ordre constitutionnel. Si l'abbé Sieyès avait bien vu, dès le départ, les implications du transfert de la souveraineté au peuple (1), les révolutionnaires français sont restés attachés au principe de la souveraineté du Parlement, dévoyant ainsi la signification du concept de pouvoir constituant (2).

1. La théorie du pouvoir constituant de la nation de l'abbé Sieyès

59.- La théorie du pouvoir constituant fut systématisée pour la première fois en France par l'abbé Sieyès dans un célèbre pamphlet paru au début de l'année 1789, *Qu'est-ce que le tiers état ?* Dans ce texte, l'abbé Sieyès pointe les caractéristiques essentielles du concept de pouvoir constituant, qui seront instrumentalisées dans la lutte contre la monarchie : la hiérarchie entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués, dont découle la supériorité de la constitution, et la souveraineté de la Nation.

60.- Le rappel des circonstances entourant la parution de ce texte est primordial afin de comprendre l'argumentation développée. Le roi ayant décidé de réunir les Etats

¹⁷¹ Cf. Dieter GRIMM, « Souveraineté et *checks and balances* », in Michel TROPER et Lucien JAUME (Dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 226-232, spéc. p. 228.

¹⁷² *Ibid.*, p. 228, souligné par nous.

généraux en 1789, la question était de savoir si les modalités de désignation des membres des Etats généraux devaient être modifiées. La dernière réunion des Etats généraux remontait en effet à 1614 et la nomination des membres à cette époque était marquée par le système féodal qui prévalait alors. Si les représentants de la noblesse exigeaient le maintien du système antérieur, qui leur aurait permis d'usurper le pouvoir politique, les représentants du tiers état réclamaient sa suppression au profit d'une représentation plus conforme aux idées développées par la philosophie des Lumières¹⁷³. Pour répondre aux arguments de la noblesse, basés sur la tradition, Sieyès va développer sa théorie du pouvoir constituant de la nation.

61.- Sieyès constate tout d'abord l'existence d'un désaccord quant à la constitution du royaume, sur la question de la désignation des Etats généraux. Pour récuser l'avis de la noblesse à propos de ce conflit, Sieyès fait apparaître une distinction entre deux catégories de lois : les lois constitutionnelles, qui « déterminent l'organisation et les fonctions des différents corps »¹⁷⁴, et les lois ordinaires. Si les lois ordinaires sont l'ouvrage du corps législatif, les lois constitutionnelles, auxquelles appartiennent les règles qui font l'objet d'une contestation, sont dites fondamentales, « parce que les corps qui existent et agissent par elles ne peuvent point y toucher »¹⁷⁵. A la dichotomie lois constitutionnelles/lois ordinaires répond une nouvelle distinction entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués.

La justification de cette distinction repose sur une vision particulière de l'histoire des sociétés. Selon Sieyès, les individus, isolés dans l'état de nature, forment une nation par le seul fait qu'ils veulent se réunir. Cette nation ayant besoin d'une certaine unité afin de vouloir et d'agir, les individus vont confier l'exercice d'une « portion de volonté nationale »¹⁷⁶ à un gouvernement représentatif. Or, comme le fait remarquer Sieyès : « il est impossible de créer un corps pour une fin, sans lui donner une organisation, des formes et des lois propres à lui faire remplir les fonctions auxquelles on a voulu le destiner. C'est ce qu'on appelle la *constitution* de ce corps. Il est évident qu'il ne peut pas exister sans elle »¹⁷⁷. Si les

¹⁷³ Sur l'influence de la philosophie des Lumières sur la Révolution française, voir l'article de Philippe RAYNAUD, « Révolution française », in Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (Dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit., pp. 669-683.

¹⁷⁴ Emmanuel-Joseph SIEYES, *Qu'est-ce que le tiers état ?* (1789), éd. critique avec une introduction de E. Champion, Paris, Société de l'histoire de la Révolution française, 1888, 93 pages, spéc. p. 67.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 67.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 66. Pasquale Pasquino montre que Sieyès conçoit la société politique comme une association partielle. Cf. Pasquale PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris, Editions Odile Jacob, 1998, 262 pages, spéc. pp. 73-97. Voir aussi le texte de l'abbé SIEYES, *Contre la ré-totale*, reproduit dans le même ouvrage, pp. 175-176.

¹⁷⁷ Emmanuel-Joseph SIEYES, *Qu'est-ce que le tiers état ?*, op. cit., p. 67.

corps formés par la constitution, les pouvoirs constitués, ne sont rien sans elle, *a fortiori* ne peuvent-ils pas la modifier, tant il est vrai qu' « aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation »¹⁷⁸. Seule la nation, qui est à l'origine du gouvernement, est titulaire du pouvoir constituant.

62.- Cette théorie du pouvoir constituant de la nation va permettre à Sieyès de répondre aux arguments de ses détracteurs. L'avis de la noblesse ne peut pas être pris en compte dans la querelle concernant les modalités de recrutement des Etats généraux. En effet, la noblesse appartient à la catégorie des pouvoirs constitués et ne peut donc se prononcer sur l'interprétation de la constitution. Seule la nation, qui est « l'origine de toute légalité »¹⁷⁹ le peut.

On voit donc s'amorcer une hiérarchie entre le pouvoir constituant de la nation, à l'origine de la constitution, et les pouvoirs constitués, qui ne peuvent remettre en cause la source même de leur pouvoir. Sans jamais utiliser le terme de souveraineté¹⁸⁰, il semble que Sieyès reprenne les caractéristiques de ce concept afin de les appliquer au pouvoir constituant de la nation. La nation est, comme Dieu, un principe premier : « la nation existe avant tout, [elle] est tout ce qu'elle peut être, par cela seul qu'elle est »¹⁸¹. Son pouvoir constituant, à l'image de la puissance divine, est créateur : la nation « est l'origine de tout [...], elle est la loi elle-même »¹⁸². Enfin, elle est, comme la souveraineté, absolue, au sens littéral du terme, c'est-à-dire qu'elle est absoute de la puissance des lois. En effet, la nation « est indépendante de toute forme ; et de quelque manière qu'elle veuille, il suffit que sa volonté paraisse, pour que tout droit positif cesse devant elle, comme devant la source et le maître suprême de tout droit positif »¹⁸³.

63.- Le pamphlet de Sieyès porta ses fruits, puisque quelques jours avant la convocation des Etats généraux, le roi, par un règlement royal du 24 janvier 1789, modifia les règles de recrutement des députés dans un sens plus conforme aux vues du tiers état

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 67.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 68.

¹⁸⁰ Pasquale Pasquino souligne que Sieyès est farouchement opposé au concept de souveraineté, dont la connotation absolutiste s'accorde mal avec sa conception de l'établissement politique comme association partielle. Voir Pasquale PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la constitution en France, op. cit.*, p. 108.

¹⁸¹ Emmanuel-Joseph SIEYES, *Qu'est-ce que le tiers état ?*, *op. cit.*, p. 68.

¹⁸² *Ibid.*, p. 67.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 70.

(représentation des populations rurales, nombre des députés du tiers état égal à celui des deux autres ordres assemblés). Cependant, ces aménagements ne sauraient suffire. Sieyès, dans le dernier chapitre de *Qu'est-ce que le tiers état ?*, montre que la situation actuelle dans laquelle les trois ordres concourent à la formation de la volonté nationale ne forme pas une constitution¹⁸⁴. Il lui paraît en effet absurde de soutenir que la noblesse et le clergé puissent avoir voix au chapitre en matière de représentation de la nation, nation dont ils sont nécessairement exclus puisqu'improductifs. Seul le tiers incarne la nation selon Sieyès, et comme tel lui seul peut former la volonté générale. S'insurgeant contre la division des citoyens en trois ordres, l'abbé appelle les représentants du tiers à constituer une Assemblée nationale, seule à même de parler au nom de la nation. Il fait ainsi valoir que « le tiers peut se considérer sous deux rapports : sous le premier, il ne se regarde que comme un *ordre* [...], sous le second rapport, il est la *nation*. En cette qualité, ses représentants forment toute l'assemblée nationale ; ils en ont tous les pouvoirs »¹⁸⁵.

64.- Cet évènement que Sieyès appelait de ses vœux sans trop y croire allait cependant se produire sous la pression des circonstances politiques : le 15 juin 1789, le discours de l'abbé met en avant la vocation de l'assemblée du tiers état à réunir autour d'elle les représentants des autres ordres. En s'autoproclamant Assemblée nationale, cette assemblée affirme « qu'il n'appartient qu'à elle d'interpréter et de présenter la volonté générale de la nation »¹⁸⁶. Puis, les évènements s'enchaînent. Quelques jours plus tard, cette même assemblée s'adjuge le pouvoir constituant : c'est le serment du Jeu de Paume, par lequel les députés jurent « de ne jamais se séparer, et de se rassembler partout où les circonstances l'exigeront, jusqu'à ce que la constitution du royaume soit établie »¹⁸⁷.

La séance royale du 23 juin 1789 est l'occasion pour le roi d'opposer un démenti à la thèse du pouvoir constituant de la nation, puisqu'il déclare la nullité des délibérations prises par l'Assemblée du tiers depuis le 15 juin. Le même jour, il affirme que « le roi veut que l'ancienne distinction des trois ordres de l'Etat soit conservée en son entier, comme

¹⁸⁴ Selon Sieyès, il est « parfaitement inutile de chercher le rapport ou la proportion suivant laquelle chaque ordre doit concourir à la volonté générale. Cette volonté ne peut pas être *une* tant que vous laisserez trois ordres et trois représentations », *ibid.*, p. 80.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 84.

¹⁸⁶ Discours de l'abbé Sieyès en date du 15 juin 1789, reproduit in François FURET et Ran HALEVI (Dir.), *Orateurs de la Révolution française*, Paris, Gallimard, 1989, 1608 pages, spéc. pp. 1002-1003.

¹⁸⁷ Serment du Jeu de Paume du 20 juin 1789, reproduit in Stéphane RIALS, *Textes politiques français*, Paris, PUF, *QSJ* n° 2171, 2^{ème} édition, 1987, 69 pages, spéc. p. 5.

essentiellement liée à la constitution de son royaume »¹⁸⁸. Il écarte donc « des affaires qui pourront être traitées en commun, celles qui regardent les droits antiques et constitutionnels des trois ordres [et] la forme de constitution à donner aux prochains Etats généraux »¹⁸⁹. Contre la thèse du pouvoir constituant de la nation, le roi met en avant sa souveraineté absolue et la prééminence des Lois fondamentales du royaume. Sieyès réfute ce discours en lui opposant point par point sa théorie fondée sur le mandat constituant dont la nation a chargé l'Assemblée : « demandons-nous quels pouvoirs nous exerçons et quelle mission nous réunit ici de tous les points de la France. Ne sommes-nous que des mandataires, des officiers du roi ? Nous devons obéir et nous retirer. Mais, sommes-nous les envoyés du peuple, remplissons notre mission, librement, courageusement »¹⁹⁰. Encore une fois, Sieyès distingue le tiers état en tant qu'ordre, soumis à la puissance royale, et le tiers état formant la nation, que l'Assemblée a pour mission de représenter. C'est la dernière solution qui sera retenue par les députés et solennellement énoncée par Mirabeau : « [notre serment] ne nous permet de nous séparer qu'après avoir fait la constitution, [et] nous ne quitterons nos places que par la puissance des baïonnettes »¹⁹¹.

65.- Ayant permis de contester les règles de convocation des Etats généraux et de substituer au mandat royal le mandat constituant de la nation, la théorie du pouvoir constituant de la nation servira encore à justifier le refus de la sanction royale en matière de lois constitutionnelles. Le roi n'étant qu'un pouvoir constitué, l'entrée en vigueur de la constitution ne peut être subordonnée à son autorisation. Son acceptation doit être, selon les députés, un acte lié. Ce n'est que le 5 octobre, sous la pression des armes, que Louis XVI signera la constitution. Après cette date, comme le note M. Albert Mathiez, « le roi règne encore, mais par la constitution, qui remplace la grâce de Dieu »¹⁹².

¹⁸⁸ Déclaration du roi du 23 juin 1789, concernant la présente tenue des Etats généraux, reproduite in Stéphane RIALS, *Textes politiques français, op. cit.*, p. 6.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 6.

¹⁹⁰ Discours de l'abbé Sieyès en date du 23 juin 1789, reproduit in François FURET et Ran HALEVI (Dir.), *Orateurs de la Révolution française, op. cit.*, p. 1003.

¹⁹¹ Discours de Mirabeau en date du 23 juin 1789, reproduit in François FURET et Ran HALEVI (Dir.), *Orateurs de la Révolution française, op. cit.*, p. 644.

¹⁹² Cf. Albert MATHIEZ, « La Révolution française et la théorie de la dictature », *Revue historique*, tome 161, 1929, pp. 304-315, spéc. p. 312.

2. Souveraineté de la nation et souveraineté parlementaire

66.- Si la théorie du pouvoir constituant de la nation a constamment servi de justification théorique aux événements révolutionnaires, la remise de ce pouvoir à l'Assemblée était porteuse d'une contradiction potentielle : la souveraineté de l'Assemblée.

Dans la conception de Sieyès, la nation titulaire du pouvoir constituant ne peut exercer elle-même ses pouvoirs et doit de ce fait être représentée par une assemblée élue¹⁹³. Afin d'éviter que cette assemblée législative, chargée de former par délibération collective la volonté nationale, ne profite de ce statut pour s'attribuer un pouvoir absolu, Sieyès a érigé la constitution en norme suprême. La théorie du pouvoir constituant de la nation permet donc de forcer l'assemblée législative, simple pouvoir constitué, à rester dans les limites qui lui ont été assignées par la nation. La clef de voûte de l'édifice réside dans l'existence d'un organe constitutionnellement chargé du contrôle de constitutionnalité des lois : le jury constitutionnaire¹⁹⁴. Le système échafaudé par Sieyès, remarquable par sa cohérence, ne sera cependant pas repris dans son intégralité par les premiers constituants.

67.- En effet, en refusant de mettre en place un organe chargé de veiller au maintien de la hiérarchie entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués, les constituants ont introduit un biais dans le mécanisme, puisque désormais l'assemblée législative pouvait se proclamer héritière de la souveraineté du roi. Deux raisons peuvent expliquer pourquoi les constituants se sont arrêtés au milieu du gué : l'importance de la pensée rousseauiste, qui fait de la loi l'expression de la volonté générale, interdisait que l'on puisse soumettre celle-ci à un contrôle de quelque nature qu'il soit, et la crainte que le jury constitutionnaire outre passe ses pouvoirs. Face au risque de despotisme de l'assemblée, les tenants du « parti anglais » proposent de mettre en œuvre les préceptes de Montesquieu et d'adjoindre à l'assemblée législative une seconde chambre, mais cette solution ne sera pas non plus retenue. Le seul contre-pouvoir qui résiste à l'omnipotence de l'assemblée en 1791 est celui du roi mais celui-ci est déjà trop faible pour pouvoir empêcher le régime de la Terreur qui se profile.

¹⁹³ Le pouvoir constituant de la nation est ainsi exercé par l'assemblée, les citoyens gardant la maîtrise de ce corps de représentants par le biais de leur « pouvoir commettant » (droit pour chaque citoyen d'élire ses représentants).

¹⁹⁴ Sur la composition et les attributions de cet organe électif, voir le texte présenté par Sieyès à la Convention le 18 thermidor an III, reproduit in Pasquale PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris, Editions Odile Jacob, 1998, 262 pages, spéc. pp. 193-196.

68.- Comme le montre M. Pasquale Pasquino, la construction théorique de l'abbé Sieyès met en œuvre un nouveau concept de souveraineté, dans la mesure où celle-ci « ne coïncide pas en effet avec le lieu de l'exercice du pouvoir de gouvernement, [mais] est tout au plus la source qui autorise un pouvoir dont les représentants ne peuvent “déranger les limites” »¹⁹⁵. Cependant, contrairement aux Etats-Unis, ce nouveau concept de souveraineté ne réussira pas à s'implanter en France, pays trop marqué par le sceau de l'absolutisme pour pouvoir envisager la souveraineté comme un simple principe de légitimité.



69.- Il était important, avant d'analyser plus en profondeur le concept de pouvoir constituant, de revenir à ses sources afin de montrer comment ce concept est né, comment il a parfois été instrumentalisé à des fins politiques et ce qui en a découlé sur le plan théorique. Schématiquement, le passage de la souveraineté royale, cette puissance divine sécularisée, à la souveraineté du corps politique (peuple ou nation), s'est faite par le canal du droit de résistance. Le pouvoir constituant du peuple qui en résulte reste fortement marqué, à la fois par les spécificités de cette souveraineté divine puis royale et par le caractère exceptionnel du droit de résistance.

70.- Cependant, le passage de la souveraineté royale à la souveraineté du peuple, mis en œuvre lors des révolutions américaine et française, n'a pas été perçu de la même manière dans les deux cas. Aux Etats-Unis, les Pères fondateurs ont bien compris que le changement du titulaire de la souveraineté impliquait un changement de signification de cette notion et ce d'autant plus que la nouvelle acception de la souveraineté, désormais simple principe de légitimité, leur permettait de justifier le système qu'ils projetaient de mettre en place. La vision américaine du droit public et les définitions des concepts tels que la souveraineté ou l'Etat ont été fortement influencées par cette expérience historique.

71.- En Europe, le transfert du pouvoir constituant au peuple fut expérimenté pour la première fois en France, berceau de la conception absolutiste de la souveraineté. Malgré

¹⁹⁵ Pasquale PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris, Editions Odile Jacob, 1998, 262 pages, spéc. p. 69.

les efforts doctrinaux de certains visionnaires (tel Sieyès), le principe du pouvoir constituant du peuple ne trouvera jamais véritablement sa place, en l'absence de mécanisme propre à assurer son effectivité. En lieux et places, l'assemblée législative, parée de l'aura de la nation qu'elle représente et de la volonté générale qu'elle est censée exprimer, apparaît comme la véritable souveraine. La prohibition du mandat impératif, présentée comme étant le corollaire de la souveraineté de la Nation, entendue comme une entité abstraite, renforce encore ce mouvement. Egon Zweig note à ce titre que le choix du mandat représentatif « *ist der erste Schritt in der Richtung, die von der Vertretung der souveränen Nation zur souveränen Vertretung der Nation führt* [est le premier pas dans la direction qui conduit de la représentation de la nation souveraine à la souveraineté de la représentation de la nation] »¹⁹⁶. Comme le constatent François Furet et Ran Halevi, en accordant « à l'Assemblée, et à elle seule, la volonté indivisible de la nation, [la Révolution] va à la rencontre de ses grands dilemmes, écartelée désormais entre l'inaliénabilité des droits de la nation et la souveraineté de sa représentation, héritée de celle du roi »¹⁹⁷.

Plus encore, la souveraineté, attribuée à la fois à la nation et à l'organe la représentant, perd de sa clarté. En effet, la souveraineté ne peut signifier en même temps le pouvoir de commander et le fondement de ce pouvoir, sauf à concevoir, comme Rousseau dans le *Contrat social*, que le peuple titulaire de la souveraineté l'exerce aussi, ce qui n'est pas concevable dans un système représentatif. Ces tensions ont généré des appréciations pour le moins antinomiques du concept de souveraineté.

Il convient maintenant d'apporter des éclaircissements quant à la signification de la notion de souveraineté véhiculée par le concept de pouvoir constituant ainsi qu'aux notions connexes que sont le peuple, la constitution et l'Etat.

¹⁹⁶ Egon ZWEIG, *Die Lehre Vom Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Tübingen, P. Siebeck, 1909, 482 pages, spéc. p. 239.

¹⁹⁷ François FURET et Ran HALEVI (Dir.), *Orateurs de la Révolution française*, op. cit., p. LXV.

SECTION 2 : CARACTERISATION DU CONCEPT DE POUVOIR CONSTITUANT

72.- Le concept de pouvoir constituant, tel que nous en avons retracé la genèse, peut être défini *a minima* comme le pouvoir que possède le peuple de mettre en place le gouvernement qu'il choisit de se donner et par là même de limiter son action en adoptant un texte appelé constitution. Les catégories juridiques qui semblent liées au concept de pouvoir constituant sont celles de « peuple » et de « constitution ». Encore faut-il définir ces deux notions, qui sont éminemment polysémiques¹⁹⁸ et vérifier l'assise du lien traditionnellement tissé entre elles et le concept de pouvoir constituant (I). Deux autres notions paraissent entretenir un rapport avec le concept de pouvoir constituant. Il s'agit tout d'abord de la souveraineté, puisque qu'on a montré que le concept de pouvoir constituant apparaissait avec l'attribution de la souveraineté au peuple. En second lieu, le concept de pouvoir constituant semble entretenir une relation spécifique avec la notion d'Etat, forme moderne de la domination politique, dans le cadre duquel il a été mis en œuvre pour la première fois. Le même travail de clarification devra être mené quant aux liens entre ces deux notions et le pouvoir constituant (II).

De ce travail de clarification devrait découler une meilleure lisibilité du concept de pouvoir constituant, préalable nécessaire à sa transposition au cadre européen.

I. LE PEUPLE ET LA CONSTITUTION : NOYAU DUR DU CONCEPT DE POUVOIR CONSTITUANT

La définition proposée du concept de pouvoir constituant laisse entrevoir la prépondérance des notions de peuple et de constitution. En effet, tandis que le peuple est le titulaire du pouvoir constituant (B), la constitution forme son objet (A). Dans la perspective d'une éventuelle transposition du concept de pouvoir constituant à l'Europe, une définition de ces deux notions doit être donnée.

¹⁹⁸ Paul Bastid recense ainsi plus d'une vingtaine de significations du terme « constitution ». Paul BASTID, *L'idée de constitution*, Paris, Economica, 1985, 197 pages.

A. La constitution : objet du pouvoir constituant

73.- La constitution est au cœur du concept de pouvoir constituant dans la mesure où elle est l'objet sur lequel il s'exerce, que ce soit pour la créer, l'abroger ou la modifier. Par cet « acte impératif [...] tirant du néant et organisant la hiérarchie des pouvoirs »¹⁹⁹, le peuple fonde l'ordre juridique et politique en lui assignant une fin spécifique et en mettant en place les institutions nécessaires à sa réalisation. Cette définition de l'acte constituant implique nécessairement que la constitution, manifestation de souveraineté du peuple, possède certaines caractéristiques qu'il conviendra d'identifier (3.). La détermination des caractéristiques de l'acte constituant devrait en effet permettre de mieux circonscrire le concept de pouvoir constituant, dans l'optique de rechercher si les traités communautaires peuvent lui être imputés. Pour que la recherche de la présence d'un acte constituant au sein de l'ordre juridique communautaire ait un sens, il convient cependant de se demander si la constitution peut exister sans le support de l'Etat (1.), et sous une forme distincte de sa forme traditionnelle, qui est l'acte unilatéral du peuple (2.).

1. La dissociation des notions de constitution et d'Etat

74.- La première question qu'il convient d'examiner dans l'optique de transposer le concept de pouvoir constituant en dehors de la sphère étatique est celle de la pertinence du lien historique existant entre la constitution, objet du pouvoir constituant, et l'Etat, ordre juridique résultant de l'action constituante du peuple.

Pour la majorité de la doctrine, la constitution doit être définie comme étant consubstantielle à l'Etat dans la mesure où elle en est l'incarnation²⁰⁰. Plusieurs arguments sont avancés au soutien de la thèse de la corrélation entre constitution et Etat. Tout d'abord, la constitution concrétise l'existence de l'Etat en déterminant sa forme, unitaire et fédérale, ses organes et leurs compétences. De plus, la constitution, entendue comme la norme suprême de l'ordre juridique, donne nécessairement naissance à l'Etat, titulaire de la souveraineté au sens du monopole de l'édiction légitime du droit. Que l'on définisse la

¹⁹⁹ Cf. Emile BOUTMY, *Etudes de droit constitutionnel : France, Angleterre, Etats-Unis*, Paris, Plon Nourrit et Cie, 2^{ème} édition, 1885, 272 pages, spéc. p. 241.

²⁰⁰ Voir en ce sens Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, 874 pages, spéc. pp. 22 et s. Voir aussi Louis FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 10^{ème} édition, 2007, 988 pages, spéc. pp. 68 et s.

constitution par ses caractéristiques matérielles ou formelles, la constitution véritable ne saurait donner naissance qu'à un Etat. Cette construction juridique aboutit donc à faire du couple constitution/Etat un ensemble insécable et à limiter corrélativement le pouvoir constituant à la sphère étatique.

75.- A l'inverse, certains auteurs acceptent de dissocier les notions de constitution et d'Etat, sur le fondement de la définition aristotélicienne de la constitution, entendue comme étant le gouvernement d'une communauté politique. La constitution peut alors exister en dehors de l'Etat, dès lors que l'on admet que celui-ci n'est que l'une des formes dans laquelle peut s'incarner la communauté politique. Georges Scelle fait ainsi prévaloir, sur le lien prétendument indissoluble existant entre Etat et constitution, la liaison entre constitution et société politique qui serait révélée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²⁰¹. De même, des auteurs tels que Maurice Hauriou ou Georges Renard ont tenté d'approcher le phénomène constitutionnel par le biais de la théorie de l'institution²⁰². Selon cette théorie, le but de toute institution est de donner corps à une « idée d'œuvre », ou « idée de droit » voulue par les fondateurs et qu'incarne l'acte de fondation. Dans la mesure où il tend à créer une institution douée d'une existence propre, distincte de celle de ses fondateurs et s'imposant à ceux-ci, l'acte de fondation peut être qualifié de constitution de l'institution. Ainsi, « toute institution a sa constitution et son droit constitutionnel ; il y a autant de constitutions et de droits constitutionnels que d'institutions »²⁰³. Appliquant la

²⁰¹ Pour Georges Scelle, « il y a constitution et normes constitutionnelles toutes les fois qu'il y a élaboration de règles normatives destinées à traduire les nécessités essentielles des rapports sociaux et à fournir, fût-ce de façon rudimentaire, les moyens de mise en œuvre de ces règles fondamentales. [...] pour la doctrine classique il n'y aurait constitution que là où il y a Etat. [...] Nous croyons au contraire que la notion de constitution est inséparable de la notion de Société politique ». Georges SCELLE, « Le droit constitutionnel international », in *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp. 505-515, spéc. p. 505. Voir aussi, pour un plaidoyer en faveur de la « multiplicité des droits constitutionnels », Marcel PRELOT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 5^{ème} édition, 1972, 925 pages, spéc. p. 27. Voir de même Georges BURDEAU, *Traité de science politique*, tome IV, « Le statut du pouvoir dans l'Etat », LGDJ, Paris, 3^{ème} édition, 1984, 648 pages, spéc. pp. 12 et s.

²⁰² Voir Maurice HAURIOU, *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, Bloud & Gay, 1933, réimpr. Caen, centre de philosophie politique et juridique, 1986, 191 pages, spéc. pp. 89-128. Georges RENARD, « Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution », in *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp. 485-491. Voir aussi, pour une application de la théorie de l'institution aux organisations internationales, Suzanne BASTID, « Place de la notion d'institution dans une théorie générale des organisations internationales », in *L'évolution du droit public : études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 43-52. Voir aussi, pour l'application de cette théorie à l'Union européenne, Jean-Louis QUERMONNE, « L'Union européenne entre organisation et institution. L'apport du traité d'Amsterdam à sa définition », in *Etat, société et pouvoir à l'aube du XXI^e siècle : mélanges en l'honneur de François Borella*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1999, pp. 423-434.

²⁰³ Georges RENARD, « Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution », *op. cit.*, p. 491.

théorie de l'institution aux organisations internationales, le professeur Achille Mestre a justifié l'extension de la notion de constitution au-delà de la sphère étatique. Selon cet auteur, les « traités d'union » comportent par nature « la création d'une institution internationale qui constitue un élément nouveau, extérieur aux Etats contractants et présentant une existence objective ». Il en déduit qu' « un traité constitutif d'une Union de cette sorte ne saurait donc apparaître comme une pièce du droit national, mais comme un fragment de constitution internationale »²⁰⁴. La démarche sous-jacente à la théorie du droit constitutionnel international est identique dans la mesure où elle assimile la charte constitutive des organisations internationales à la constitution de ces entités²⁰⁵.

La possibilité d'identifier une constitution en dehors de la sphère étatique est donc possible dès lors que l'on comprend la constitution comme étant liée à la communauté politique qu'elle a pour but de fonder et d'incarner. Une telle constitution peut alors exister au niveau supranational, pour autant qu'elle fonde une communauté politique et lui assigne une finalité propre, tout en mettant en place les institutions indispensables à sa réalisation.

76.- Plus récemment, M. Jörg Gerkrath a montré qu'il était possible d'envisager la constitution en lien avec la notion d'ordre juridique. Cette notion peut être définie comme un ensemble structuré de normes, dont l'unité est assurée par une norme suprême chargée de définir les modes de formation des normes juridiques applicables au sein de l'ordre juridique²⁰⁶. L'ordre juridique se caractérise aussi par son autonomie, ce qui signifie qu'il ne tire sa validité que de son existence, de son effectivité (cette clôture de l'ordre juridique sur lui-même étant révélée, dans la théorie kelsénienne, par l'hypothèse de la *Grundnorm*). Seuls deux ordres juridiques peuvent être réellement considérés comme tels dans la théorie kelsénienne : il s'agit de l'Etat et du droit international public, qui ne trouvent leur validité dans aucune norme de droit positif. Tous les autres ordres juridiques sont alors dits secondaires, ou dérivés, en ce que leur validité est dérivée d'une norme relevant de l'ordre juridique étatique ou international.

²⁰⁴ Achille MESTRE, « Les traités et le droit interne », *RCADI*, tome 38 (1931-IV), pp. 233-306, spéc. p. 301.

²⁰⁵ Riccardo MONACO, « Le caractère constitutionnel des actes institutifs d'organisations internationales », in *Mélanges offerts à Charles Rousseau, La communauté internationale*, Paris, Pedone, 1974, pp. 153-172. Voir aussi Georges SCHELLE, « Le droit constitutionnel international », in *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1943, pp. 505-515, spéc. p. 505.

²⁰⁶ Jörg GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe. Modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des Communautés et de l'Union européennes*, thèse, Strasbourg, 1996, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1997, 425 pages, spéc. pp. 92 et s.

Pour définir la constitution comme la norme suprême d'un ordre juridique, sans que le terme de constitution ne soit réduit à la seule sphère étatique, M. Jörg Gerkrath est conduit à adopter une conception large de la notion d'ordre juridique, dont la marque distinctive serait l'autonomie. Ne peut alors être qualifié d'ordre juridique qu'un ordre suffisamment autonome, c'est-à-dire qui « se donne à lui-même les normes qui le gouvernent et [qui] est seul juge de leur validité »²⁰⁷. Dès lors qu'un tel ordre juridique peut être identifié, la constitution est la norme suprême de l'ensemble de normes qui le composent.

77.- Sur la base de ces travaux, il nous paraît envisageable de détacher la notion de constitution de celle d'Etat. La constitution peut alors être définie, sur le plan matériel, comme ayant pour but à la fois d'institutionnaliser une « idée de droit », ou « idée d'œuvre » (cette dimension de la constitution trouvant son fondement dans la théorie de l'institution chère à Maurice Hauriou²⁰⁸), et de soumettre les instances chargées de lui donner corps à des règles venant limiter leur action (cette idée dérivant du constitutionnalisme). Sur le plan formel, la constitution doit être entendue comme la norme suprême de l'ordre juridique qu'elle a pour but de créer, ce qui permet de limiter la notion de constitution à la sphère normative.

78.- Toute norme remplissant ces conditions matérielles et formelles doit ainsi pouvoir être qualifiée de constitution. Il va sans dire que la notion de constitution ne se limite alors plus à l'acte du peuple mais peut aussi découler d'un traité international, pour autant que celui-ci ait pour objet la mise en place, au service d'une idée de droit, d'un ordre juridique autonome, servi par des institutions propres et régi par une norme suprême qui assure l'unité de cet ordre²⁰⁹. Cette conception apporte un démenti à la thèse traditionnelle selon laquelle les catégories de traité et de constitution s'excluraient mutuellement. A l'instar d'auteurs tels que Georges Scelle, nous pensons en effet que si la notion de traité se définit

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 93.

²⁰⁸ Voir aussi la définition que donne M. Pini de la notion de constitution entendue comme « paradigme », c'est-à-dire comme « ensemble de valeurs et de représentations », Joseph PINI, « Qu'est-ce qu'une constitution ? », *RAE-LEA*, 2001-2002, pp. 655-658, spéc. p. 657.

²⁰⁹ Déjà en 1975 M. Pescatore définissait les traités originaires comme la « constitution européenne » dans la mesure où ils ont « mis en place des structures institutionnelles, c'est-à-dire un ensemble social organisé en vue d'un but commun qui est autre chose et plus que la résultante des intérêts nationaux en présence. Cet ensemble est pourvu d'organes, investis d'une certaine mesure d'autonomie et capables d'agir en vue de l'intérêt commun », Pierre PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, réimpression de l'ouvrage publié aux Presses universitaires de Liège en 1975, Bruxelles, Bruylant, 2006, 316 pages, spéc. pp. 56 et s.

uniquement par rapport à un critère formel, la notion de constitution n'est pas univoque, mais dépend avant tout de caractéristiques matérielles²¹⁰.

Cependant, si la constitution peut exister sous la forme d'un traité international, ne remet-on pas en cause la définition de l'acte constituant, entendu comme étant la manifestation de la souveraineté du *peuple* ? La réponse à cette question dépend de la possibilité d'envisager la constitution comme étant l'acte de souveraineté *des peuples*, et par là même d'interroger la définition traditionnelle de la constitution en tant qu'acte unilatéral.

2. L'acte constituant et la pluralité de sujets du pouvoir constituant

Pour que la définition de la constitution en tant que manifestation de la souveraineté constituante du peuple garde un sens, la transposition de cette notion en dehors de la sphère étatique implique d'accepter que la constitution puisse résulter d'un contrat conclu entre différents peuples.

79.- Pour la doctrine traditionnelle, cette question est absurde, dans la mesure où la constitution est pensée dans une optique « dualiste »²¹¹ c'est-à-dire en opposition à la catégorie de traité international. Pour les partisans de la thèse dualiste, magistralement énoncée par Louis Le Fur²¹², l'ordre juridique international et l'ordre juridique interne sont radicalement séparés, de cette distinction découlant des catégories juridiques antithétiques : constitution/traité, Etat/confédération. Ainsi, l'Etat souverain (unitaire ou fédéral) doit son existence à une constitution, définie comme un acte unilatéral *du* peuple de l'Etat considéré. La seule manière d'associer *des* peuples consiste à réunir les Etats souverains en une confédération d'Etats (non souveraine), par le biais d'un traité international. Selon ces auteurs, il ne peut y avoir de tierce catégorie entre l'Etat et la confédération²¹³ et ils récusent

²¹⁰ Cf. Georges SCELLE, « le droit constitutionnel international », *op. cit.*, p. 504 : « la convention, l'accord aussi bien que le procédé majoritaire ou autoritaire [...] constituent, à des titres différents mais égaux, des procédés d'élaboration du droit et notamment du droit constitutionnel. Le traité peut aussi bien contenir des règles constitutionnelles que la loi ».

²¹¹ Cf. Elisabeth ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *op. cit.*, pp. 51-56.

²¹² Louis LE FUR, *Etat fédéral et confédération d'Etats* (1896), Paris, réédition Université Panthéon-Assas-Paris II, 2000, 839 pages.

²¹³ Cf. Charles LEBEN, « A propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits* n° 14/1991, pp. 61-72.

donc la possibilité pour une constitution d'être un contrat entre plusieurs peuples. Certes différents peuples peuvent s'associer et choisir de n'en former plus qu'un. Cependant, si le pacte par lequel ils s'associent au départ est qualifié de traité (puisque ce n'est pas l'acte d'un peuple unique), il se transforme dès son adoption en une constitution, dans la mesure où il prévoit lui-même sa révision à la majorité. C'est la catégorie des traités-constitutions²¹⁴. En dehors de cette hypothèse, l'association de plusieurs peuples reste soumise au droit international et le seul acte pouvant la formaliser est le traité. Pour ces auteurs, la seule manière de concevoir une constitution comme un contrat entre différents peuples consiste en une dilution de la notion de constitution.

80.- Cependant, la question telle que nous l'avons posée, à savoir est-ce que le concept de pouvoir constituant permet d'envisager la constitution comme contrat entre différents peuples, nous oblige à dépasser cette vision dualiste dans laquelle cette question même est inconcevable.

Envisager la possibilité d'une constitution conçue comme un contrat entre plusieurs peuples présuppose donc d'accepter l'existence d'une association politique particulière, la Fédération d'Etats-nation, qui peut être définie comme une « *union politique* d'entités politiques »²¹⁵. Cette association politique n'est pas réductible à l'Etat dans la mesure où elle « vise à maintenir l'existence politique de tous [s]es membres »²¹⁶ là où l'Etat se caractérise par l'unicité de l'existence politique, cette caractéristique étant déniée à ses composantes. En ce sens la Fédération doit nécessairement reposer sur une convention, un pacte librement conclu entre ses membres afin de respecter cette exigence essentielle. La Fédération se distingue aussi de la confédération d'Etats, dans la mesure où elle est une association véritablement politique, et vise comme telle le bien-être de ses membres et la conservation de leurs droits²¹⁷. De ce fait, la convention à l'origine de la Fédération doit nécessairement recevoir la qualification de constitution, étant donné le lien existant entre cette notion et celle de société politique. Ainsi, Carl Schmitt qualifie l'acte à la base de la Fédération de « pacte constitutionnel »²¹⁸ dans la mesure où ce pacte est matériellement une constitution et que sa

²¹⁴ Sur cette catégorie juridique, voir Louis LE FUR, *Etat fédéral et confédération d'Etats*, op. cit., pp. 540-589.

²¹⁵ Olivier BEAUD, « La fédération entre l'Etat et l'empire », in Bruno THERET (Dir.), *L'Etat, la finance et le social*, Paris, La Découverte, 1995, p. 285.

²¹⁶ Carl SCHMITT, *Théorie de la constitution*, op. cit., p. 515.

²¹⁷ Cf. article 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme ».

²¹⁸ Carl SCHMITT, *Théorie de la constitution*, op. cit., p. 514.

conclusion est l'acte du pouvoir constituant des Etats qui s'associent. Carl Schmitt ne voit ainsi pas d'objections à ce qu'une constitution résulte d'un pacte *entre* plusieurs unités politiques : c'est l'hypothèse du pacte fédératif, qui est un pacte constitutionnel.

Le même type de raisonnement se retrouve chez Thomas Paine. Selon cet auteur, dans le cas des Etats-Unis, « il n'y eut pas la moindre idée d'un contrat entre le peuple d'une part, et le gouvernement de l'autre. Le contrat fut celui des différentes parties de la nation, les unes avec les autres »²¹⁹. De même Madison envisage-t-il la constitution fédérale comme un acte du « peuple non en tant qu'individus composant une seule Nation, mais comme formant les Etats distincts et indépendants auxquels ils se rattachent »²²⁰. Le pacte entre les peuples des différents Etats d'Amérique peut donc être qualifié de constitution de la nouvelle entité créée, dans la mesure où dès son adoption, il « crée un statut, un ordre institutionnel qui dépasse l'existence de ceux qui l'ont conclu »²²¹ et s'impose à eux, comme le ferait une constitution.

81.- La constitution peut donc résulter d'un contrat entre différents peuples et ainsi être le fruit d'une pluralité de sujets du pouvoir constituant. La constitution (qualifiée ici de pacte constitutionnel eu égard à son origine conventionnelle), est alors l'acte de souveraineté des peuples réunis autour d'une idée d'œuvre commune. Cela suppose d'admettre l'existence de la Fédération, union politique faite d'entités politiques préexistantes qui souhaitent conserver leur existence propre *et* l'union résultant de leur association. La liaison conceptuelle qui existe entre pouvoir constituant et constitution n'interdit donc pas, selon nous, de concevoir une union politique fondée sur une pluralité de pouvoirs constituants²²² (donc sur une pluralité d'entités politiques) et régie par une constitution.

Il convient dorénavant d'examiner quelles sont les caractéristiques de la constitution, acte par lequel se manifeste la souveraineté du ou des peuples.

²¹⁹ Thomas PAINE, *Les Droits de l'Homme*, Paris, Belin, 1987, 303 pages, spéc. p. 218.

²²⁰ James MADISON, *Le Fédéraliste* n° 39, *op. cit.*, p. 315.

²²¹ Olivier BEAUD, « La fédération entre l'Etat et l'empire », *op. cit.*, p. 298.

²²² Stéphane Pierré-Caps parle à cet égard d'une possible « cogestion nationale du pouvoir constituant ». Stéphane PIERRE-CAPS, « Problématique de la constitution européenne », *Civitas europa*, n° 5/2000, pp. 125-142, spéc. p. 131.

3. Les caractéristiques de l'acte constituant

La constitution, acte conscient du peuple (ou des peuples) par lequel celui-ci fonde l'ordre juridique, possède nécessairement certaines qualités substantielles (a.) impliquant la suprématie normative de cette norme (b.).

a. La substance de la constitution

82.- La constitution étant l'acte par lequel le peuple fonde l'ordre juridique en définissant les conditions d'intervention légitimes des institutions, cet acte doit être compris comme comprenant certaines caractéristiques substantielles minimales telles que la définition de la finalité du pouvoir politique et des moyens nécessaires à sa réalisation. La constitution doit alors comporter des dispositions relatives aux droits fondamentaux des individus, dont la conservation est selon l'article 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen « le but de toute association politique », ainsi que des dispositions relatives à l'organisation du pouvoir. Cette définition matérielle de la constitution, même si elle est discréditée par certains auteurs du fait de son caractère descriptif²²³ ou subjectif²²⁴, nous paraît essentielle en ce qu'elle découle nécessairement du concept de pouvoir constituant.

83.- Certes, la délimitation exacte de la substance de la constitution est impossible à fonder juridiquement, à moins de se limiter à la définition kelsénienne de la constitution comme étant l'ensemble des règles « qui régissent la création des normes juridique générales »²²⁵. Il est cependant possible de soutenir que la constitution, en tant que manifestation du pouvoir constituant originaire, doit être la concrétisation d'une « idée de droit » qui irrigue le corps social²²⁶. Le doyen Hauriou montre de même que la constitution est ce qui donne corps à une « idée d'œuvre »²²⁷ sous-jacente. Enfin, Carl Schmitt conçoit la

²²³ Voir en ce sens Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, 874 pages, spéc. pp. 22 et s.

²²⁴ Cf. Louis FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 10^{ème} édition, 2007, 988 pages, spéc. p. 68.

²²⁵ Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat* (1945), suivi de *La doctrine du droit naturel et la positivisme juridique* (1928), trad. de l'anglais par Béatrice Laroche, et trad. de l'allemand par Valérie Faure, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1997, 517 pages, spéc. p. 179. Voir aussi Louis FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2007, 988 pages, spéc. p. 69.

²²⁶ Georges BURDEAU, *Traité de science politique, tome 4 : Le statut du pouvoir dans l'Etat*, Paris, LGDJ, 3^{ème} édition, 1983, p. 180.

²²⁷ Maurice HAURIOU, *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, centre de philosophie politique et juridique, 1986, 191 pages, spéc. p. 122.

constitution comme « la structure globale concrète de l'unité politique »²²⁸, autrement dit comme l'incarnation de la volonté d'unité politique d'un peuple. C'est cette « idée d'œuvre » sous-jacente qui déterminera les dispositions matérielles pertinentes de la constitution, celles-ci étant nécessairement subordonnées à celle-là.

La suprématie normative de la constitution doit en effet découler des caractéristiques matérielles de la constitution et du fait que cet acte constitue la traduction juridique de la souveraineté du peuple. Si la prévalence de la constitution au sein de l'ordre juridique est avant tout une prévalence matérielle, il importe qu'elle se traduise sur le plan formel par des mécanismes juridiques censés en assurer l'effectivité.

b. La constitution, norme suprême de l'ordre juridique

84.- Le fait que le peuple soit antérieur et supérieur aux pouvoirs constitués qu'il met en place par l'acte constituant implique nécessairement la valeur normative suprême de la constitution dans l'ordre juridique²²⁹. La suprématie de la constitution permet en effet de garantir que l'acte constituant soit l'expression de la souveraineté du peuple dans la mesure où elle « représente donc pour le [peuple] souverain, l'assurance que ses droits seront préservés de l'atteinte des pouvoirs constitués »²³⁰. Cette suprématie se concrétise juridiquement par la hiérarchie faite entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués. Cette implication concernant la suprématie de la constitution est selon nous fondamentale, consubstantielle au concept de pouvoir constituant. Elle peut se manifester (mais ce n'est pas une nécessité théorique) de plusieurs manières.

²²⁸ Carl SCHMITT, *Théorie de la constitution* (1928), trad. de Lilyane Deroche, Paris, PUF, 1993, 576 pages, spéc. p. 132.

²²⁹ Pour Kelsen et ses disciples, la suprématie de la constitution découle tout d'abord d'un critère matériel, qui réside dans le fait que les normes constitutionnelles sont celles qui déterminent les conditions de création et de validité de l'ensemble des normes générales et abstraites d'un ordre juridique donné. A ce critère matériel doit être adjoint un critère formel, qui réside dans le fait que les normes constitutionnelles sont produites selon une procédure distincte de celle des autres normes. Voir Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. française de la 2^{ème} édition de la *Reine Rechtslehre* par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, 496 pages, spéc. pp. 299 et s. Voir aussi Louis FAVOREU *et alii*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2007, 988 pages, spéc. pp. 68 et s.

²³⁰ Jacques CHEVALLIER, « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDP*, 1970, pp. 1375-1416, spéc. p. 1412.

85.- La suprématie de la constitution peut tout d'abord être matérialisée par l'existence d'une procédure spéciale de révision dont le but est d'empêcher que la constitution puisse être modifiée par le biais d'une loi ordinaire. L'existence d'une telle procédure de révision constitue alors, pour la plupart des auteurs, le critère formel permettant de spécifier les normes constitutionnelles²³¹. Cette conception formaliste de la constitution doit cependant être relativisée. En effet, la rigidité de la constitution semble plutôt être la conséquence (qui plus est, non automatique) de sa prévalence plutôt que son critère juridique. Autrement dit, si l'existence d'une procédure spécifique de révision peut aider à caractériser une norme constitutionnelle, elle ne peut former le critère absolu de cette catégorie de normes. De plus, mettre l'accent sur la *procédure* de révision, lui conférer un statut décisif pour caractériser les normes constitutionnelles, peut conduire à exagérer la portée du *pouvoir* de révision. Ainsi, pour de nombreux auteurs, la distinction entre pouvoir constituant (originaire) et pouvoirs constitués (y compris le « pouvoir constituant » dérivé) se réduit à la distinction entre pouvoir constituant dérivé et pouvoirs constitués²³², le pouvoir constituant dérivé étant assimilé au pouvoir originaire et doté de son pouvoir absolu. Or, s'il est exact d'affirmer que la difficulté de mettre en œuvre la procédure de révision peut permettre d'assurer la suprématie de la constitution, on ne saurait en déduire que le pouvoir de révision est de ce fait illimité.

86.- La suprématie de la constitution peut aussi être assurée par l'existence d'une juridiction chargée de contrôler la constitutionnalité des normes dérivées du texte fondamental. L'existence d'une juridiction constitutionnelle permet en effet d'apporter une garantie efficace à la hiérarchie existant entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constitués. Toutefois, l'existence d'un contrôle de constitutionnalité tendant à réduire la

²³¹ Cf. Louis FAVOREU *et alii*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 72 et s.; Francis HAMON et Michel TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 30^{ème} édition, 2007, pp. 41 et s.. Voir aussi Andreas AUER, « L'adoption et la révision des constitutions : de quelques vérités malmenées par les faits », in Roland BIEBER, Pierre WIDMER (éd.), *L'espace constitutionnel européen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995, pp. 267-289, spéc. p. 273; Anne LEVADE, « La prise en compte spécifique de l'Union par les constitutions nationales », in Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX et Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN (Dir.), *Constitution et construction européenne*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 19-36, spéc. p. 34.

²³² Ce glissement est particulièrement visible chez Andreas Auer, selon lequel la fonction principale de la distinction pouvoir constituant originaire/dérivé est « de reconnaître la supériorité politique du pouvoir constituant originaire pour mieux affirmer la primauté juridique du constituant dérivé », Andreas AUER, « L'adoption et la révision des constitutions : de quelques vérités malmenées par les faits », *op. cit.*, p. 272.

constitution aux normes sanctionnées par le juge²³³, ce critère ne saurait constituer l'unique étalon permettant de spécifier les normes constitutionnelles d'un ordre juridique donné.

En somme, il apparaît que la suprématie de la constitution, qui découle théoriquement de l'intervention du pouvoir constituant originaire, peut être assurée par différents moyens, ceux-ci étant prévus ou non par le constituant originaire en fonction de l'autorité qu'il veut conférer à la constitution.

87.- La possibilité pour la constitution de résulter d'un contrat entre différents peuples implique toutefois d'adopter une lecture particulière de la suprématie normative de la constitution.

En effet, la suprématie normative de la constitution, nécessaire à l'effectivité du pouvoir constituant, peut se révéler problématique dans la perspective de mettre en place un ordre juridique fédéral authentique. Définie comme une association politique d'entités politiques souhaitant conserver leur existence propre, nous avons vu que la Fédération était fondée sur un pacte constitutionnel fondé sur le principe du pouvoir constituant des peuples de la Fédération. Ce pacte constitutionnel étant la manifestation de la souveraineté constituante des peuples réunis, il doit être conçu comme suprême, cette valeur normative étant de plus nécessaire à la garantie du partage des compétences entre les deux niveaux de gouvernement, objet du pacte constitutionnel. Or, la suprématie du pacte constitutionnel est susceptible de porter atteinte à la suprématie symétrique des constitutions nationales (et donc, à la viabilité de la Fédération), surtout dans le cas où un juge constitutionnel est chargé de vérifier la constitutionnalité des normes de la Fédération et de ses composantes. L'exemple des Etats-Unis est à cet égard révélateur, la transformation du pacte initial en véritable constitution d'un Etat fédéral ayant été permise par l'arrêt *Marbury v. Madison*²³⁴, rendu par la Cour suprême en 1803.

Dans ces conditions, la valeur normative suprême du pacte constitutionnel ne doit avoir cours qu'au sein de l'ordre juridique fédéral, à l'exclusion des ordres juridiques

²³³ En ce sens, voir Olivier CAYLA, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », in Jacques ROBERT (Dir.), *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 106-141. Voir aussi Dominique ROUSSEAU et Alexandre VIALA, *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2004, 480 pages, spéc. p. 38.

²³⁴ Cour suprême fédérale des Etats-Unis, 24 février 1803, *Marbury v. Madison*, 5 US (1 Cranch) 137 (1803), reproduit in Elizabeth ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, op. cit., pp. 71-106.

étatiques. La conservation de l'existence particulière de ces ordres juridiques étant inhérente à la définition de la Fédération véritable, leur constitution ne doit pas pouvoir être envisagée comme tirant sa validité du pacte fédératif. Tant les constitutions des composantes de la Fédération que le pacte constitutionnel qui la fonde doivent ainsi être considérées comme de véritables manifestations de souveraineté, respectivement des peuples étatiques, d'une part, et des peuples réunis, d'autre part. Ces deux actes étant des manifestations de souveraineté constituante, ils doivent se voir reconnaître une valeur juridique suprême au sein de leur ordre juridique. Quant aux relations existant entre le pacte constitutionnel et les constitutions étatiques, elles doivent être régies par un principe de primauté impliquant la priorité d'application des normes émanant de l'ordre juridique composé. Ainsi est-il possible de concevoir et d'assurer la pérennité du pluralisme juridique fondant la Fédération.

Le concept de constitution découlant du principe du pouvoir constituant ayant été analysé, il reste à se pencher sur les caractéristiques de la notion de peuple, autre noyau dur du concept de pouvoir constituant.

B. Le peuple : titulaire du pouvoir constituant

88.- Les révolutions américaine et française sont avant tout des révolutions libérales, leur but étant de répondre au problème de la limitation du pouvoir politique. Alors que les pistes explorées jusqu'alors tentaient de limiter le pouvoir politique en associant pacte de gouvernement et droit de résistance au profit du peuple, les révolutionnaires ont radicalement innové en confiant au peuple le soin de fonder l'ordre juridique par le biais de l'acte constituant. Le concept de pouvoir constituant est donc essentiellement lié à sa dimension démocratique²³⁵.

89.- Cette définition permet d'écarter le concept de pouvoir constituant pour qualifier l'octroi, par le roi, d'une constitution. Dans cette situation en effet, il n'est pas question d'autogouvernement du peuple par le biais de la constitution mais d'autolimitation de celui qui détient la puissance de commander. De plus, Carl Schmitt a montré que le

²³⁵ Bruno BERNARDI, *Qu'est-ce qu'une décision politique ?* Paris, J. Vrin, 2003, 128 pages, spéc. p. 48 : « la démocratie, comme auto-institution de la société, n'est pas une forme politique mais la structure même du pouvoir constituant ».

pouvoir constituant conférerait à son titulaire une entière liberté d'autodétermination politique. La monarchie ne peut prétendre honorer cette définition, puisqu'elle est liée par certains principes tels que les règles de succession. Ainsi, « à la différence du peuple et de la nation, une dynastie ne peut pas être considérée comme l'origine de toute la vie politique »²³⁶.

En second lieu, le pouvoir constituant, comme auto-institution de la société s'est historiquement exercé dans le cadre des Etats-nation, ce qui pose la question de la pertinence de l'association traditionnellement faite entre le peuple, titulaire du pouvoir constituant et la nation, définie comme une communauté homogène, d'une part (1), et entre le peuple, titulaire du pouvoir constituant, et la forme étatique, d'autre part (2).

1. La caractérisation du titulaire du pouvoir constituant

90.- Les révolutions de la fin du XVIIIe siècle ont porté sur le devant de la scène politique le principe républicain selon lequel « la volonté publiquement formée sur le mode d'une participation active des citoyens est constitutive de l'ordre social »²³⁷. La notion de citoyenneté est donc au cœur du concept de pouvoir constituant. Les auteurs divergent cependant sur les contours de cette « communauté de citoyens »²³⁸ qui fonde la société politique moderne et plus précisément sur le point de savoir si celle-ci doit nécessairement recouper la nation, entendue comme une communauté culturellement homogène (a.). L'analyse du concept de pouvoir constituant démontre selon nous que la communauté de citoyens seule peut être à l'origine de l'acte constituant fondateur d'un ordre juridique (b.), ce qui permet d'envisager l'existence d'une démocratie postnationale (c.).

²³⁶ Carl SCHMITT, *Théorie de la constitution*, op. cit., p. 217.

²³⁷ Jean-Marc FERRY, *Europe, la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, Paris, Editions du cerf, 2005, 215 pages, spéc. p.51.

²³⁸ Cf. Dominique SCHNAPPER, *La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, 2^{ème} édition, 2003, 320 pages. Du même auteur, voir aussi *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, avec la collaboration de Christian Bachelier, Paris, Gallimard, 2000, 320 pages.

a. Le lien entre communauté nationale et communauté de citoyens : horizon indépassable de la démocratie ?

Deux courants doctrinaux divergent quant à la possibilité de dissocier la communauté de citoyens et la communauté nationale, définie en termes historiques, linguistiques ou encore culturels.

91.- Le premier courant de pensée est formé par les auteurs nationaux-républicains (*civic nationalists* dans le monde anglo-saxon), qui défendent l'idée selon laquelle la nation constitue l'horizon indépassable de la démocratie. Plusieurs arguments viennent au secours de cette thèse. Ainsi, selon M. Paul Thibaut, « la politique démocratique, participation de tous à la fabrication de la loi, suppose une capacité d'identification mutuelle [...] dans le cadre d'un même peuple [...] que l'on n'invente pas à volonté »²³⁹. Seule la nation, définie en termes historique, linguistique, ethnique et culturel serait en mesure de fournir un cadre adéquat à la délibération démocratique, qui « suppose un niveau d'intercompréhension, d'acceptation réciproque, de connivence qui n'est pas facilement atteint par des gens de cultures différentes »²⁴⁰. De même les obligations liées à la qualité de citoyen (obligations fiscales, militaires) exigent un haut niveau d'empathie qui ne pourrait être réalisé que dans le cadre des nations historiques. Enfin, l'identité politique serait en partie déterminée par la culture d'origine, impliquant une « prise en charge singulière »²⁴¹ de l'universel démocratique. Au final, la congruence entre unité politique et unité nationale serait indépassable, comme en témoigne le plaidoyer de M. Pierre Manent pour la légitimité de l'Etat-nation, seule forme politique à même selon lui de « lier la communion au consentement »²⁴².

On retrouve d'ailleurs cette idée de coïncidence entre la nation et la démocratie dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande. Dans ses décisions relatives au droit de vote des étrangers²⁴³, la Haute juridiction a interprété l'article 20 de la Loi fondamentale, qui dispose : « tout pouvoir d'Etat émane du peuple [*Volk*] », comme faisant référence au

²³⁹ Jean-Marc FERRY et Paul THIBAUD, *Discussion sur l'Europe*, Paris, Calmann-Lévy, 1992, 218 pages, spéc. p. 61.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 65.

²⁴¹ Paul THIBAUD, in Jean-Marc FERRY et Paul THIBAUD, *Discussion sur l'Europe*, *op. cit.* p. 123.

²⁴² Pierre MANENT, *La raison des nations. Réflexions sur la démocratie en Europe*, Paris, Gallimard, 2006, 100 pages, spéc. p. 20.

²⁴³ Cour constitutionnelle fédérale allemande, décisions du 30 octobre 1990, *BVerfGE*, tome 83, p. 37 et p. 60. Commentaire de ces deux décisions in Olivier BEAUD, « Le droit de vote des étrangers : l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage », *RFDA*, 1992, pp. 409-424.

peuple *allemand*²⁴⁴. Pour le professeur Olivier Beaud, l'argumentation du juge allemand se base sur le principe selon lequel il y aurait un « lien consubstantiel entre l'idée démocratique et l'idée de communauté nationale », principe qu'il va jusqu'à qualifier de « présupposé de la démocratie »²⁴⁵.

92.- A l'inverse, les tenants d'une citoyenneté postnationale insistent sur le fait qu'il est possible de découpler la « communauté des citoyens » du lieu historique où elle est apparue pour la première fois : la nation. Sans nier l'importance du sentiment patriotique, ni sa valeur instrumentale dans l'enracinement de la démocratie républicaine, ces auteurs postulent que « les motifs *ultimes* d'adhésion à une communauté politique ne sont plus les motifs communautaristes de parenté ou de proximité [...] mais bien l'adhésion à des principes universalistes tels qu'ils s'expriment dans les droits de l'homme, l'Etat constitutionnel et la démocratie »²⁴⁶. L'adhésion à de tels principes universalistes, qualifiée de « patriotisme constitutionnel », constituerait le noyau dur d'une identité postnationale à même selon ses défenseurs de fonder des sociétés politiques au-delà de l'Etat-nation.

Ainsi, sans nier le fait que la formation de la volonté politique requiert « une solidarité à la base » permettant que les citoyens se sentent responsables les uns des autres, M. Habermas refuse de voir dans la solidarité « nationale » la seule incarnation de la solidarité « civique ». L'argument selon lequel la conscience nationale est autant une donnée objective préexistante qu'un produit de l'Etat²⁴⁷ milite d'ailleurs en faveur de la genèse d'une authentique solidarité civique basée sur un espace public aux dimensions de la société postnationale à bâtir. Cet espace public, grâce auquel les citoyens « doivent apprendre à se reconnaître les uns les autres, par-delà les frontières nationales, comme les membres d'une

²⁴⁴ Dans cette décision, la Cour a jugé qu' « il faudrait, conformément à l'idée démocratique [...], instituer une coïncidence entre les titulaires de droits politiques démocratiques et les sujets, permanents, d'une domination étatique donnée. Ceci est exact en tant que prémisse, mais ne peut cependant conduire à dissoudre la *liaison entre la qualité d'allemand et l'appartenance au peuple politique comme titulaire de la souveraineté*. Une telle issue est barrée par la Loi fondamentale » (souligné par nous). Nous empruntons la traduction de cet extrait à Olivier BEAUD, « Le droit de vote des étrangers : l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage », *op. cit.*, p. 414.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 416-417.

²⁴⁶ Justine LACROIX, « Pour un patriotisme constitutionnel européen », in Patrick SAVIDAN (Dir.), *La République ou l'Europe ?*, Paris, Librairie générale française, 2004, pp. 219-249, spéc. p. 245.

²⁴⁷ A travers les trois piliers de l'intégration verticale que constituent l'école, l'armée et la fiscalité obligatoire.

seule et même communauté politique »²⁴⁸, est la condition préalable à la formation d'une démocratie postnationale légitimée par le principe de discussion.

Ainsi les tenants d'une citoyenneté postnationale ne récusent pas totalement l'idée selon laquelle la communauté légale des citoyens doit être recoupée par une communauté morale. Cependant, à rebours des nationaux républicains, ils considèrent que ce substrat n'est pas réductible à l'identité nationale, définie en termes ethniques, ou même historiques et culturels, mais peut prendre la forme d'un attachement à des principes universaliste lus à travers une culture politique partagée.

Nous pensons de même que le concept de pouvoir constituant n'implique pas un rapport d'identité entre la communauté de citoyens et la nation, définie par rapport à l'histoire, la culture et la langue, mais peut se satisfaire d'une communauté légale définie par rapport à la citoyenneté.

b. La communauté de citoyens, clef de voûte du concept de pouvoir constituant

93.- Certes, historiquement, le concept de pouvoir constituant a donné corps aux revendications démocratiques de sociétés qui se sont constituées au fil des âges autour d'une culture et d'une langue dominantes, définissant les traits de l'identité nationale. Le concept de pouvoir constituant, qui traduit juridiquement le principe démocratique d'auto-institution de la société, s'est d'ailleurs nourri de la force unifiante de la nation pour imposer son *credo*. Il était en effet indispensable, pour faire accepter le principe majoritaire lié à la démocratie représentative, que les citoyens, cotitulaires du pouvoir de définir les règles applicables à l'ensemble de la société, se sentent responsables les uns envers les autres. La nation, entendue comme « l'unité prépolitique d'une communauté de destin historique »²⁴⁹ a sans conteste permis l'émergence d'une conscience du « nous » sur laquelle a pu prendre appui la notion *politique* de peuple, sujet du pouvoir constituant.

Cette corrélation historiquement située entre la notion politique de peuple et la notion ethnique et historique de nation a pu être interprétée comme étant consubstantielle au concept

²⁴⁸ Jürgen HABERMAS, *Après l'Etat-nation. Une nouvelle constellation politique*, traduit de l'allemand par Rainer Rochlitz, Paris, Fayard, 2000, p. 104.

²⁴⁹ Jürgen HABERMAS, *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, traduit de l'allemand par Rainer Rochlitz, Paris, Fayard, 1998, 386 pages, spéc. p. 68.

de pouvoir constituant. Les écrits de Sieyès révèlent d'ailleurs cette tension dans la définition du sujet du pouvoir constituant. S'il met parfois en avant la volonté des individus, leur adhésion libre et volontaire au projet politique²⁵⁰, comme seule susceptible de fonder l'ordre juridique, Sieyès envisage tout de même la nation comme une réalité sociale préexistante²⁵¹, qui trouve son incarnation dans le tiers état. Il est cependant possible de soutenir que l'accentuation de la réalité sociale de la nation est liée à la volonté politique de Sieyès de faire du tiers état l'unique titulaire du pouvoir constituant, à l'exclusion de la noblesse et du clergé, exclus de la nation du fait de leur absence de participation à l'appareil productif.

En revanche, les Pères fondateurs de la constitution américaine ont davantage mis en valeur la dimension politique du titulaire du pouvoir constituant, plus conforme à leur dessein fédéral. Il importait en effet de ne pas donner prise à l'argument antifédéraliste selon lequel la constitution étant l'œuvre du peuple américain entendu comme formant une nation homogène, celle-ci fondait un Etat souverain. Ainsi, c'est le citoyen qui est mis au cœur de l'entreprise constituante, comme en témoignent les écrits de James Wilson. Selon cet auteur, « le pouvoir suprême ou souverain de la société réside dans les citoyens dans leur ensemble ; et [...] ils détiennent toujours le pouvoir d'abolir, d'altérer ou d'amender leur constitution »²⁵².

94.- C'est en définitive cette conception proprement politique du peuple, envisagé comme une communauté de citoyens, qui nous semble être au cœur du concept de pouvoir constituant. Nul n'est besoin de la nation ethnique ou historique pour fonder l'ordre juridique.

L'adoption de l'acte constituant, qui symbolise, selon la belle formule du professeur Chaumont, « la tendance de l'être à persévérer dans l'être »²⁵³ de la communauté des citoyens, peut être portée par la seule force du projet politique. L'adhésion à un projet

²⁵⁰ Ainsi, selon Sieyès, « une société politique, un peuple, une nation sont des termes synonymes. Une société politique ne peut être qu'une association volontaire et libre [dans laquelle] des hommes s'unissent pour un intérêt commun ». Emmanuel-Joseph SIEYES, *Contre la ré-totale* (1792), texte inédit, reproduit in Pasquale PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris, Editions Odile Jacob, 1998, 262 pages, spéc. pp. 175-176.

²⁵¹ Selon Sieyès, « la nation existe avant tout, elle est l'origine de tout », Emmanuel-Joseph SIEYES, *Qu'est-ce que le tiers état ?* (1789), éd. critique avec une introduction de E. Champion, Paris, Société de l'histoire de la Révolution française, 1888, p. 44.

²⁵² James WILSON, *Works*, reproduit in Thierry CHOPIN, *La République « une et divisible »...*, op. cit., p. 161.

²⁵³ Charles CHAUMONT, « Recherche sur le contenu irréductible du concept de souveraineté », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, pp. 114-151, spéc. p. 137.

politique, à une véritable « idée d'œuvre » au sens où l'entendait Maurice Hauriou²⁵⁴, peut suffire à agréger les volontés individuelles et à produire l'unité politique que requiert l'adoption de la constitution. Carl Schmitt, pourtant défenseur d'une homogénéité substantielle de la nation, fait de la conscience d'exister politiquement le seul critère permettant de définir le titulaire légitime du pouvoir constituant. Selon cet auteur, « la théorie du pouvoir constituant du peuple présuppose la volonté consciente d'exister politiquement, donc une nation »²⁵⁵. Quant à la nation, ce terme désigne, chez Carl Schmitt, « le peuple en tant qu'unité capable d'action politique, avec la conscience de sa spécificité politique et la volonté d'exister politiquement, tandis que le peuple qui n'existe pas comme nation ne représente qu'un groupement humain dont la cohésion peut être ethnique, culturelle, mais pas nécessairement *politique* »²⁵⁶. Cette dernière phrase montre bien que la conscience d'exister politiquement, qui légitime l'accession de la communauté de citoyens au pouvoir constituant, peut être facilitée mais jamais déterminée par l'homogénéité culturelle, linguistique ou historique²⁵⁷. Enfin, Georges Vedel a démontré que le principe de la souveraineté nationale signifiait avant tout « qu'un pouvoir légitime ne peut procéder que des gouvernés eux-mêmes »²⁵⁸. Le fait que ce principe démocratique se soit historiquement déroulé dans le cadre de la nation est purement contingent. Pour cet auteur, « la “supraconstitutionnalité” qui s'attache au principe démocratique ne marque pas de son sceau le qualificatif “national” »²⁵⁹.

L'autre argument qui milite en faveur de la dissociation entre la communauté des citoyens, titulaire du pouvoir constituant, et la notion historique, ethnique et culturelle de nation est fourni par M. Jürgen Habermas. Selon cet auteur il est en effet « impossible d'expliquer en termes purement normatifs comment doit se *composer* la *totalité fondamentale* des personnes qui se rassemblent pour régler leur vie en commun de façon

²⁵⁴ Sur ce point voir notamment, Maurice HAURIUO, *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, centre de philosophie politique et juridique, 1986, 191 pages, pp. 90 et s.

²⁵⁵ Carl SCHMITT, *Théorie de la constitution, op. cit.*, p. 215.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 215. Le même argument se trouve chez M. Olivier Beaud, qui affirme que le peuple (au sens sociologique) devient une nation (au sens politique) « quand il prend conscience de son existence politique (de son identité politique) et devient donc capable d'agir politiquement ». Cf. Olivier BEAUD, « Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel », in Andreas AUER et Jean-François FLAUSS (Dir.), *Le référendum européen*, actes du colloque international de Strasbourg des 21 et 22 février 1997, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 148.

²⁵⁷ Cf. Thomas SCHMITZ, « Le peuple européen et son rôle lors d'un acte constituant dans l'Union européenne », *RDP*, n° 6/2003, pp. 1709-1742, spéc. p. 1713 : « l'homogénéité est un critère pour la capacité intégrative d'un peuple, mais non pour son existence ou sa qualification en tant que peuple ».

²⁵⁸ Georges VEDEL, « Les racines de la querelle constitutionnelle sur l'élection du Parlement européen », *Pouvoirs*, 1977, pp. 23-36, spéc. p. 34.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 35. De même Thierry Chopin affirme qu'il est possible de « découpler l'idée de suprématie populaire de la souveraineté nationale », Thierry CHOPIN, « L'héritage du fédéralisme ? Etats-Unis/Europe », *Notes de la Fondation Robert Schuman*, n° 8/2002, 89 pages, spéc. p. 57.

légitime par les moyens du droit positif »²⁶⁰. Si historiquement ce sont les nations (définies comme des communautés d'origine, culturellement homogènes) qui se sont incarnées dans la forme étatique, on ne peut en déduire aucune règle juridique quant au titulaire du pouvoir constituant.

95.- Par conséquent, le titulaire du pouvoir constituant est le peuple entendu au sens politique, c'est-à-dire, concrètement, l'ensemble des citoyens qui composent l'ensemble politique que la constitution aura pour but de légitimer et de fonder. Certes, dans ce cas, la question subsiste de savoir comment « une société purement civique pourrait-elle mobiliser les peuples et leur permettrait-elle de former une société ? »²⁶¹. Ainsi que le note Dominique Schnapper, « toute nation est à la fois civique et ethnique », ou, plus précisément, « toute société démocratique organisée comporte de manière indissoluble des éléments dits ethniques – une culture, une langue, une histoire commune et la conscience de partager cette culture et cette mémoire – et un principe civique, selon lequel les individus sont également citoyens par-delà leur diversité et leurs inégalités »²⁶². Sans vouloir remettre en cause cette analyse, nous pensons cependant que la faiblesse voire l'absence du versant « ethnique » de la communauté de citoyens peut être palliée par la force de la volonté politique partagée, accompagnée le cas échéant d'un embryon de culture et d'histoire communes ou du moins présentées comme telles. La théorie du patriotisme constitutionnel développée par M. Habermas peut venir au secours de cette assertion dans la mesure où cet auteur a montré que la formation délibérative de la volonté des citoyens pouvait constituer en soi un mode de légitimation de la décision. Le rôle intégrateur jusqu'alors dévolu à la nation peut alors être transféré au processus démocratique lui-même, qui « constitue *en dernière instance* le médium dans lequel se développe une solidarité abstraite, engendrée sous forme juridique au moyen de la participation politique »²⁶³. C'est ainsi par le biais du principe de discussion, celle-ci étant organisée dans le cadre de l'espace public regroupant l'ensemble des citoyens de l'ordre à légitimer, que peut advenir une véritable démocratie postnationale. De même M. Jean-Marc Ferry répond-il à ses détracteurs, lorsqu'ils pointent le fait que la loyauté à des principes universels abstraits ne saurait remplacer l'attachement à une identité nationale, que le patriotisme constitutionnel ne se résume pas à un patriotisme juridique mais repose sur une

²⁶⁰ ²⁶⁰ Jürgen HABERMAS, *Après l'Etat-nation. Une nouvelle constellation politique*, traduit de l'allemand par Rainer Rochlitz, Paris, Fayard, 2000, p. 106.

²⁶¹ Dominique SCHNAPPER, *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, *op. cit.*, p. 258.

²⁶² *Ibid.*, p. 259.

²⁶³ Jürgen HABERMAS, *Après l'Etat-nation. Une nouvelle constellation politique*, *op. cit.*, p. 71.

« culture politique partagée »²⁶⁴ par les citoyens. Analysant les conditions de formation d'une telle culture partagée, M. Jean-Marc Ferry insiste sur la nécessité que les peuples ouvrent leur culture politique et mémoire historique les unes aux autres sur la base d'une « éthique reconstructive »²⁶⁵ permettant l'émergence d'une communauté politique postnationale.

96.- En définitive, le pouvoir constituant « n'est que l'instrument de mesure de la conscience de soi d'une nation »²⁶⁶, qui peut dépendre de facteurs objectifs tels que la langue, la culture ou l'histoire partagée mais peut aussi se bâtir sur des éléments plus abstraits, tels qu'un projet politique ou l'adhésion à des valeurs partagées. La caractérisation du peuple, titulaire du pouvoir constituant, comme l'ensemble des citoyens emporte plusieurs conséquences.

c. Communauté de citoyens, démocratie postnationale et projet fédéral

97.- Tout d'abord, dès lors que la communauté de citoyens, titulaire du pouvoir constituant, cesse d'être pensée en lien avec des critères substantiels, alors l'acte constituant peut très bien être le premier acte par lequel cette citoyenneté est formalisée. M. Bruno Bernardi montre ainsi que « la décision n'est pas la manifestation d'un sujet préexistant, car c'est dans la décision même qu'il se pose comme sujet »²⁶⁷.

98.- De plus, la dissociation conceptuelle entre la nation, communauté d'origine et le pouvoir constituant permet d'envisager la création d'associations politiques originales telles que la Fédération. En effet, la position doctrinale des nationaux-républicains ne permet pas de penser la constitution d'entités supranationales à moins de reproduire à cette échelle le lien selon eux indissoluble entre démocratie et nation et donc de faire de la Fédération un super-Etat. A défaut de nation homogène existant à l'échelle supranationale, la démocratie est réputée ne pas pouvoir advenir, ce qui réduit les possibilités d'association entre Etats à la sphère internationale classique.

²⁶⁴ Jean-Marc FERRY, *Europe, la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, op. cit., p. 66.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 67. Voir aussi, sur la notion d'éthique reconstructive, Jean-Marc FERRY, *L'éthique reconstructive*, Paris, Editions du cerf, 1996, 115 pages.

²⁶⁶ Stéphane PIERRE-CAPS, « L'Union européenne, *demos* et légitimité : de l'Etat-nation à la Multination », *Civitas Europa*, n° 1/1998, p. 48.

²⁶⁷ Bruno BERNARDI, *Qu'est-ce qu'une décision politique ?*, Paris, J. Vrin, 2003, 128 pages, spéc. p. 48.

A l'inverse, pour les tenants d'une citoyenneté postnationale fondée sur le seul projet politique partagé par la communauté des citoyens, une Fédération démocratique peut voir le jour. Ainsi, la théorie que défendent MM. Jürgen Habermas et Jean-Marc Ferry consiste à fonder l'ordre juridique et politique fédéral sur un patriotisme constitutionnel dont l'émergence est rendue possible par la « mise en confrontation des cultures nationales dans un espace commun »²⁶⁸, tandis que le patriotisme culturel, porté par les différentes composantes de la Fédération, s'exprimerait au niveau national dans la constitution des Etats membres. La théorie de la Multination, développée par le professeur Stéphane Pierré-Caps d'après les jalons posés par Karl Renner²⁶⁹, se donne également pour but de penser l'unité politique tout en maintenant la pluralité nationale. La dualité dont cette forme politique originale est porteuse « repose toute entière sur une séparation entre la dimension politique [...], exprimée au niveau central, et la dimension culturelle, exprimée par la réalité nationale sous-jacente, instance de légitimation de cette nouvelle société politique que l'on peut qualifier de *Multination* »²⁷⁰. Dans cette hypothèse, le pouvoir constituant de l'Etat multinational serait composé de l'ensemble des pouvoirs constituants nationaux, agissant de concert pour légitimer la nouvelle entité politique.

99.- Si le concept de pouvoir constituant est nécessairement lié à sa dimension démocratique, le peuple qui en est le sujet peut être défini comme l'ensemble des citoyens disposant, sur le territoire de l'entité politique en question, des droits civiques et politiques nécessaires à l'adoption de l'acte constituant. Une telle définition permet d'envisager la constitution d'une entité politique postnationale fondée sur les nations mais qui ne reproduit pas à son échelle l'équation statonationale. Cette hypothèse implique cependant que la relation traditionnellement faite entre les notions de peuple et d'Etat fasse à son tour l'objet d'un examen critique.

²⁶⁸ Jean-Marc FERRY, in Jean-Marc FERRY et Paul THIBAUD, *Discussion sur l'Europe*, op. cit., p. 189.

²⁶⁹ Voir à ce titre Karl RENNEN, *La nation, mythe et réalité*, trad. de l'allemand par Stéphane Pierré-Caps et Claude Tixador, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1998, 134 pages.

²⁷⁰ Stéphane PIERRE-CAPS, « L'Union européenne, *demos* et légitimité : de l'Etat-nation à la Multination », op. cit., p. 50. Pour cet auteur, la Multination se définit comme une « société politique composée de plusieurs communautés nationales, mais unies par la volonté de partager un destin commun », Stéphane PIERRE-CAPS, *La Multination. L'avenir des minorités en Europe centrale et orientale*, Paris, Editions Odile Jacob, 1995, 337 pages, spéc. p. 9.

2. L'identification entre peuple et Etat

L'autre question que pose en effet le principe du pouvoir constituant est de savoir s'il implique forcément une identification entre le peuple (ou la nation) et l'Etat qu'il institue par le biais de l'acte constituant.

100.- La plupart des auteurs qui récusent la possibilité de dissocier les concepts de nation et d'Etat partent du même présupposé selon lequel le pouvoir politique doit réaliser une identification aussi complète que possible entre gouvernants et gouvernés. Diverses solutions peuvent alors être mises en place.

Ainsi, selon Thomas Hobbes, le peuple n'acquiert une existence qu'à travers le souverain. En l'absence de celui-ci, seule la multitude existe mais celle-ci ne peut ni vouloir ni agir car seul le souverain crée l'unité du peuple²⁷¹. Le peuple accepte la domination du souverain car c'est sa seule manière d'exister en tant que peuple. Il n'est peuple que par la représentation du souverain et donc s'identifie avec lui.

On peut percevoir une certaine filiation entre la pensée hobbesienne et la théorie allemande de l'organe, développée par Georg Jellinek et Otto Gierke et reprise avec quelques modifications par Raymond Carré de Malberg²⁷². Si la théorie de l'organe aboutit à nier la notion de représentation²⁷³, elle cherche tout de même à surmonter l'opposition entre les gouvernés et les gouvernants en les concevant comme une entité unique. A rebours de la doctrine qui voit dans l'Etat et dans les gouvernants des personnes distinctes des gouvernés, ces auteurs ne conçoivent pas le peuple sans l'organe qui lui donne son existence. Plus encore, c'est de cette organisation de l'Etat que découle l'unité de la nation et non l'inverse. Comme le note Carré de Malberg, « l'organe ne fait qu'un avec la collectivité, en ce que

²⁷¹ Thomas HOBBS, *Léviathan ou La matière, la forme et la puissance d'un Etat ecclésiastique et civil*, op. cit., p. 275 : « c'est l'unité du représentant, et non pas l'unité des représentés, qui fait que la personne est unique ».

²⁷² Sur la particularité de la théorie de l'organe chez Carré de Malberg, voir Eric MAULIN, *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, Thèse, Paris 2, 1997, Paris, PUF, 2003, 368 pages, spéc. pp. 198-237. Voir aussi Pierre BRUNET, *Vouloir pour la nation : le concept de représentation dans la théorie de l'Etat*, Thèse, Paris, 1997, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, Mont Saint-Aignan, publications de l'Université de Rouen, 2004, 396 pages, spéc. pp. 44-49.

²⁷³ En effet la notion de représentation suppose deux personnes distinctes dont l'une agit pour le compte de l'autre, tandis que la théorie de l'organe refuse de considérer la nation en dehors des organes par lesquels elle agit. Selon Carré de Malberg, les députés « ne sont donc point les représentants d'une volonté nationale distincte de la leur, ils sont un organe par lequel la nation devient capable de vouloir », Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, tome 2 (1922), Paris, réédition du CNRS, 1962, 638 pages, p. 285.

l'existence d'organes est pour celle-ci la condition même d'où dépend essentiellement la formation et le maintien de son unité »²⁷⁴.

La théorie que développe Rousseau dans le *Contrat social* part aussi de la recherche d'une identité entre les gouvernés et les gouvernants seule capable selon lui de légitimer le pouvoir politique. Cependant il récuse la possibilité d'une représentation parfaite de la volonté générale, qui ne peut émaner que de la réunion des citoyens. Le seul moyen d'identifier gouvernés et gouvernants consiste donc à faire en sorte que le peuple détenteur de la souveraineté l'exerce aussi par le biais de la formation de la loi, émanation de la volonté générale.

Toutes ces solutions (la représentation absolue, la théorie de l'organe et la démocratie pure), présentent la particularité de pousser tellement loin l'identification entre gouvernants et gouvernés que le peuple en tant qu'unité devient indissociable de l'ordre politique qu'il institue. Comme le montre M. Pasquale Pasquino, dans ces hypothèses, l'unité politique du peuple et l'Etat sont une seule et même chose²⁷⁵. La constitution, qui prend appui sur l'antériorité et la suprématie du peuple afin de limiter l'action des gouvernants, n'a plus lieu d'être puisque le peuple se gouverne lui-même (soit réellement, soit par le recours à la fiction de la représentation absolue).

101.- Le principe du pouvoir constituant ne s'engage pas dans cette voie et, en abandonnant l'idée selon laquelle le peuple doit *s'identifier* avec les gouvernants, permet d'envisager une forme d'association politique qui ne reflète pas forcément l'unité du peuple. Pour les révolutionnaires américains et français il suffit que le peuple soit à *la base* du pouvoir politique. L'acte constituant, acte de souveraineté du peuple, permet de résorber l'écart entre le fondement et l'exercice du pouvoir. C'est cet acte qui signe l'unité politique d'un peuple et non plus la forme politique dans laquelle il s'incarne. Le peuple, unité politique, n'a plus besoin de l'Etat pour matérialiser son unité (même si le plus souvent il s'incarne en un Etat) dans la mesure où il le fait à travers la constitution. Celle-ci peut alors très bien diviser l'exercice du pouvoir de commander entre différents niveaux, dès lors que la souveraineté n'est plus attachée au pouvoir de commander mais désigne le titre à agir de ce pouvoir, son titre de légitimité.

²⁷⁴ Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution...*, tome 2, *op. cit.*, p. 288.

²⁷⁵ Pasquale PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris, Editions Odile Jacob, 1998, 262 pages, spéc. pp. 63-64.

C'est sur ce raisonnement que repose la fédération américaine. Les peuples des Etats américains ayant décidé de former une nouvelle entité politique se superposant aux unités politiques déjà existantes, ils ont manifesté cette volonté d'union dans la constitution fédérale, qui répartit le pouvoir politique entre deux niveaux de gouvernement. Ce n'est d'ailleurs peut-être pas un hasard si le principe du pouvoir constituant est apparu lors de la construction d'une nouvelle forme d'association politique, distincte de l'Etat car n'incarnant pas exclusivement l'unité politique d'un peuple, mais reposant sur la volonté d'union de différents peuples exprimée dans une constitution. La construction fédérale américaine avait besoin, de par sa spécificité, de la doctrine du pouvoir constituant qui dissocie l'unité politique du peuple et son institutionnalisation.

102.- En France au contraire et par la suite en Europe continentale, la théorie du pouvoir constituant ne s'est jamais réellement affranchie du cadre spécifique de l'Etat-nation. La raison tient à ce que les révolutionnaires de 1789 ont attribué le pouvoir constituant non au peuple, mais à la nation. Au-delà de la différence sémantique, la nation est en effet un être particulier qui ne peut exprimer l'unité de sa volonté que par la voie de sa représentation. Si la théorie de la représentation chez Sieyès n'est pas conçue de manière aussi radicale que chez Hobbes²⁷⁶, la subordination de l'exercice du pouvoir constituant de la nation à sa représentation obscurcit la conception du pouvoir constituant en tant que seul fondement de l'ordre politique. Comme le montre M. Lucien Jaume, « la position *d'extériorité* du Tiers [...] se trouve compensée et même neutralisée par une logique de la représentation qui *incorpore* le représenté au représentant »²⁷⁷. A cette première difficulté née de la représentation de la nation s'en est ajoutée une seconde dans la mesure où en France, la représentation de la nation (l'assemblée, titulaire du pouvoir législatif mais aussi du pouvoir constituant) est devenue le véritable souverain. En localisant de nouveau le souverain à l'intérieur de l'ordre juridique, il devient difficile d'envisager que l'assemblée, en exerçant le pouvoir constituant, puisse être à l'origine de plusieurs niveaux de gouvernement, et l'Etat tend alors à se définir comme la personnification de la nation.

²⁷⁶ Cf. Pasquale PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, op. cit., p. 67 : « la représentation produit en effet, pour l'abbé, non point l'unité du peuple – comme chez Hobbes –, mais simplement la forme unitaire du contenu de la volonté nationale ».

²⁷⁷ Lucien JAUME, « Représentation », in Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (Dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit., pp. 651-657, spéc. p. 653. Dans cette citation Lucien Jaume parle de Hobbes, mais il montre que sur ce point la doctrine de Sieyès est sous certains aspects comparable.

103.- Ce n'est donc pas le principe du pouvoir constituant, mais seulement sa mise en pratique en France, pays marqué par des siècles d'absolutisme royal, qui est à l'origine de l'assimilation de la nation à l'Etat. Au contraire, en théorie, l'attribution du pouvoir constituant au peuple, en plaçant le souverain à l'extérieur de l'ordre politique, permet d'envisager une répartition de la puissance publique entre différents niveaux de gouvernement sans pour autant porter atteinte à l'unité politique du peuple. L'exemple de la Fédération, association politique composée d'entités politiques préexistantes et qui entendent conserver leur statut particulier, illustre bien cette hypothèse. Cette construction politique et juridique originale repose en effet sur le pouvoir constituant des peuples composant la Fédération, réunis par l'adoption de l'acte constituant, qui prend ici la forme d'un pacte constitutionnel ou pacte fédératif.

Les deux concepts qui forment le noyau dur du pouvoir constituant ayant été éclaircis, il convient de s'interroger sur les liens créés entre le concept de pouvoir constituant, d'une part, et ceux d'Etat et de souveraineté, d'autre part.

II. L'ETAT ET LA SOUVERAINETE : LES LIMITES DU POUVOIR CONSTITUANT ?

Le concept de pouvoir constituant est traditionnellement défini comme le pouvoir qu'a le peuple d'adopter la constitution de l'Etat. Souveraineté et Etat sont ainsi considérés comme l'horizon indépassable du concept de pouvoir constituant, dont ils constitueraient les limites. Cette affirmation doit être nuancée. En effet, l'analyse du concept de pouvoir constituant entraîne une nécessaire redéfinition de la notion de souveraineté (A). Dès lors que la souveraineté du peuple apparaît comme la seule souveraineté dans l'ordre constitutionnel, il est permis d'envisager que celle-ci soit, indifféremment, à l'origine d'un ordre constitutionnel étatique ou d'une Fédération (B).

A. Pouvoir constituant et souveraineté

104.- Le principal apport du concept de pouvoir constituant est de bouleverser la signification traditionnelle de la souveraineté (1). Attribut du peuple constituant, son seul objet est désormais de fonder l'ordre juridique par le biais de l'acte constituant. Située à l'extérieur de l'ordre juridique, cette nouvelle conception de la souveraineté nous paraît remettre en cause l'assimilation traditionnellement faite entre pouvoir de révision et pouvoir constituant (2).

1. La redéfinition de la souveraineté impliquée par le concept de pouvoir constituant

Si la souveraineté se définissait, depuis Bodin, comme un pouvoir absolu de commander (a), l'introduction du concept de pouvoir constituant a opéré une rupture radicale avec cette conception. La souveraineté, attribut du peuple titulaire du pouvoir constituant, se réduit désormais à un simple principe de légitimité de l'ordre juridique (b).

a. La définition traditionnelle de la souveraineté : une puissance absolue de commandement

105.- Raymond Carré de Malberg donne du mot souveraineté la définition suivante : « dans son sens originaire, il désigne le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante, et en particulier la puissance étatique. Dans une seconde acception, il désigne l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'Etat, et il est par suite synonyme de cette dernière. Enfin, il sert à caractériser la position qu'occupe dans l'Etat le titulaire suprême de la puissance étatique, et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe »²⁷⁸. On retrouve dans cette définition classique les trois sens de la souveraineté : la souveraineté *de* l'Etat, la souveraineté comme puissance publique, et enfin la souveraineté *dans* l'Etat.

106.- Lorsqu'on parle de la souveraineté *de* l'Etat, on s'attache à la puissance de commander qui est propre à l'Etat, qui permet de le distinguer des autres groupements humains et qui donc en constitue le critère. Cette puissance particulière de l'Etat est la

²⁷⁸ Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, tome 1 (1920), Paris, réédition du CNRS, 1962, p. 79.

traduction juridique du mouvement de concentration des pouvoirs en faveur du roi, pouvoirs qui ont été imputés à la personne juridique « Etat » par la suite²⁷⁹. Ainsi entendue, la souveraineté signifie deux choses : sur le plan externe, l'Etat ne peut être subordonné à aucun autre Etat. Les seules limitations qu'il accepte dans la sphère internationale sont celles qu'il a librement consenties. Celles-ci, loin de borner sa souveraineté, en constituent au contraire l'expression²⁸⁰. Sur le plan interne, la souveraineté de l'Etat signifie qu'il possède la puissance suprême à l'intérieur de l'ordre juridique. Souveraineté externe et souveraineté interne ont, dans ce premier sens, un contenu essentiellement négatif, dans la mesure où la souveraineté de l'Etat signifie avant tout la « négation de toute entrave ou subordination »²⁸¹.

107.- Si la souveraineté définit négativement l'Etat comme le groupement humain qui ne reconnaît aucun supérieur, certains auteurs ont cherché à définir positivement la souveraineté. On rejoint ici le deuxième sens du mot souveraineté mis en lumière par Carré de Malberg : la souveraineté entendue comme l'ensemble des compétences étatiques, c'est-à-dire la puissance publique. L'expression « souveraineté de l'Etat » traduit alors la monopolisation du droit positif par l'Etat, le fait que tous les pouvoirs puissent lui être rapportés.

Certains auteurs, surtout parmi la doctrine allemande, ont récusé cette définition substantielle de la souveraineté. Selon eux, le seul contenu positif qui puisse être assigné à la notion de souveraineté réside dans la faculté qu'il confère à l'Etat de déterminer lui-même l'étendue de sa compétence²⁸². On ne peut donc pas déduire un contenu positif de la notion de souveraineté, puisque, comme le note Jellinek, « l'Etat, en vertu de sa souveraineté, n'a pas tous les droits régaliens possibles ; [mais] il ne possède que ceux dont il s'est, à un

²⁷⁹ Cf. Georg JELLINEK : « de ces luttes, ce n'est pas la *respublica* toute entière ou la *civitas* qui sort victorieuse, [...] c'est le pouvoir du roi. [...] La doctrine italienne des corporations avait commencé à reconnaître le caractère corporatif de l'Etat ; la concentration du pouvoir de l'Etat dans la main du Prince amène à l'idée qu'un tel pouvoir est un élément constitutif de l'Etat ». Georg JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit : deuxième partie, théorie juridique de l'Etat* (1900), trad. de G. Fardis, Paris, éd. Panthéon-Assas, diff. LGDJ, 2005, 574 pages, spéc. p. 92.

²⁸⁰ C'est la position défendue par la Cour permanente de justice internationale, dans son arrêt du 17 août 1923, Vapeur « Wimbledon ».

²⁸¹ Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution...*, tome 1, *op. cit.*, p. 72. Voir aussi Georg JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit : deuxième partie...*, *op. cit.*, p. 99 : « la tâche de cette idée de souveraineté [reste] de nier énergiquement, au fur et à mesure de ses progrès, tous les pouvoirs qui se dressent contre elle ».

²⁸² Pour ces auteurs, La souveraineté n'est pas le critère distinctif de l'Etat, mais seulement un degré de la puissance d'Etat. Il y a donc pour ces auteurs des Etats souverains et des Etats non-souverains. Cette distinction sera reprise par Carré de Malberg.

moment donné, attribué l'exercice »²⁸³. Cette théorie allemande, connue sous le nom de *Kompetenz-Kompetenz* (théorie de la compétence de la compétence), fut reprise par Louis Le Fur qui en fit le critère permettant de distinguer l'Etat fédéral de la confédération.

108.- La question de la souveraineté *dans* l'Etat fait l'objet de controverses. Pour les tenants de la doctrine du droit naturel, la question de la souveraineté *dans* l'Etat consiste à rechercher l'origine du pouvoir souverain *de* l'Etat. Ainsi, historiquement ont été mises en balance la théorie de la souveraineté du peuple, considérant le peuple comme la source de tous les pouvoirs existant dans l'Etat, et la théorie de la souveraineté du roi, proclamant l'origine divine des pouvoirs du monarque. L'origine populaire, royale ou divine du pouvoir avait pour fonction essentielle de justifier celui-ci et la souveraineté dans l'Etat pouvait dès lors se communiquer à l'Etat et devenir son critère.

Pour les auteurs positivistes au contraire, la seule souveraineté que l'on peut identifier au sein de l'Etat est une souveraineté d'organe. En effet, selon ces auteurs, il n'existe de droit qu'une fois posé, qu'une fois l'ordre juridique étatique mis en place. La seule source du pouvoir de l'Etat se trouve donc dans l'Etat lui-même, dans l'ordre juridique qu'il met en place en s'autolimitant²⁸⁴. Dans ce sens, parler de souveraineté nationale ne signifie pas, selon Carré de Malberg, « que la puissance étatique elle-même ait son siège effectif dans la nation, [car] en se constituant, la nation ne fait pas passer à des mandataires tels ou tels pouvoirs concrets qui auraient préexisté en elle. La vérité est au contraire qu'elle ne fait naître ces pouvoirs et qu'elle ne les acquiert que par le fait même de l'établissement de sa constitution »²⁸⁵. La question du souverain *dans* l'Etat se résume donc à rechercher, dans la constitution en vigueur, quels sont les organes qui occupent la position suprême. Pour Carré de Malberg, la constitution de 1875, imprégnée par le principe de la souveraineté nationale, désigne le Parlement comme organe suprême. En effet, cet organe dispose de la puissance législative et, lorsqu'il s'érige en Assemblée nationale, de la compétence constituante. Raymond Carré de Malberg s'intéresse donc, pour rechercher l'organe souverain dans l'Etat, au titulaire du pouvoir de réviser la constitution. Pour cet auteur, comme pour les auteurs

²⁸³ Georg JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit : deuxième partie...*, *op. cit.*, p. 139.

²⁸⁴ Georg JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit : deuxième partie...*, *op. cit.*, p. 107 : « la question touchant la source du pouvoir du prince qui s'était trouvée, dès le début, liée avec la doctrine toute récente de la souveraineté, aurait dû amener les esprits à voir cette source dans l'Etat » (souligné par nous). Raymond Carré de Malberg a été profondément marqué par cette doctrine allemande de l'autolimitation, qui fonde sa conception de la souveraineté nationale. Sur ce point voir Eric MAULIN, *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, Thèse, Paris 2, 1997, Paris, PUF, 2003, 368 pages, spéc. pp. 78 et s.

²⁸⁵ Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution...*, tome 1, *op. cit.*, p. 88, note 4.

positivistes, la souveraineté dans l'Etat ne peut être trouvée à l'extérieur de celui-ci, dans la mesure où « à l'origine de l'Etat, il n'y a place que pour du fait, et non pour du droit »²⁸⁶. La question du pouvoir constituant « originaire » se voit donc dénier toute valeur juridique et est remplacée par ces auteurs par l'étude de la compétence de modifier la constitution²⁸⁷.

Cette vision de la souveraineté nie l'innovation radicale que constitue le concept de pouvoir constituant, qui suppose une dissociation nette entre le peuple et l'Etat, le premier étant antérieur et à l'origine du second.

b. La souveraineté constituante : le pouvoir du peuple de fonder l'ordre juridique par le biais de l'acte constituant

109.- Si le transfert de la souveraineté du monarque au peuple a modifié l'essence de celle-ci, c'est en ce sens que les trois significations de la souveraineté ne sont plus réunies à l'intérieur de l'Etat, en la personne du monarque ou du législateur.

Le transfert de la souveraineté au peuple se manifeste dans l'apparition du concept de pouvoir constituant. Ce concept signifie, comme on l'a vu, que le peuple est à l'origine de l'ordre juridique qu'il fonde par le biais de l'acte constituant. Or, si le peuple, titulaire de la souveraineté est à *l'origine* de l'ordre juridique, il devient inconcevable de parler de souverain *dans* l'Etat²⁸⁸. L'apparition du concept de pouvoir constituant a justement pour but de faire disparaître toute souveraineté à l'intérieur de l'ordre juridique²⁸⁹, pour ne laisser subsister que des organes constitués dont les pouvoirs sont définis et limités par la constitution. Le souverain est désormais dans une position d'extériorité par rapport à l'ordre juridique ce qui implique de redéfinir les attributs de la souveraineté dont il est titulaire.

²⁸⁶ Cf. Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution...*, tome 2, *op. cit.*, p. 491. Voir aussi, *ibid.*, p. 490 : « il apparaît que le droit proprement dit ne peut se concevoir que dans l'Etat une fois formé ; et par suite, il est vain de rechercher le fondement ou la genèse *juridiques* de l'Etat. L'Etat, étant la source du droit, ne peut pas avoir lui-même sa source dans le droit ».

²⁸⁷ De là est issue la distinction traditionnelle entre pouvoir constituant originaire et dérivé, initiée par Carré de Malberg, et développée par Burdeau dans sa thèse de doctorat. Les appellations de « pouvoir constituant originaire » et « pouvoir constituant institué » ou « dérivé » datent d'un article de Roger BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », *RDP*, 1942, pp. 47-90.

²⁸⁸ Sauf peut-être dans une certaine mesure, qui sera discutée ci-dessous, paragraphes 121.- et suivants.

²⁸⁹ Dieter Grimm affirme ainsi que « la constitution a été inventée pour supprimer la souveraineté au sens originel du terme », c'est-à-dire entendue comme droit absolu de gouverner. Cf. Dieter GRIMM, « Souveraineté et *checks and balances* », in Michel TROPER et Lucien JAUME (Dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 231.

110.- Extérieure à l'ordre juridique, la souveraineté du peuple ne peut plus être entendue comme puissance de gouverner mais comme origine juridique et justification de cette puissance²⁹⁰. Le pouvoir constituant nécessite de faire une distinction, autrefois sans objet, entre la souveraineté du peuple et la puissance publique qui est communiquée par le peuple aux gouvernants en vertu de l'acte constituant²⁹¹. La souveraineté ne peut plus faire l'objet d'une définition unique, comme lorsque son titulaire était à la fois source et détenteur de la puissance de commandement.

La souveraineté du peuple, telle qu'elle a été expérimentée par la révolution américaine et théorisée par l'abbé Sieyès, fait de son titulaire l'autorité suprême de l'ordre juridique. Cela signifie tout d'abord que tous les pouvoirs dans l'Etat doivent être rapportés au peuple et en ce sens la souveraineté du peuple fonctionne comme un principe de légitimité de l'action des gouvernants. Mais la souveraineté du peuple se manifeste aussi sur le plan juridique, dans le pouvoir du peuple d'adopter l'acte constituant, qui fonde l'ordre juridique. Le pouvoir constituant est donc le seul pouvoir que le peuple exerce effectivement, tandis que la puissance publique est déléguée aux pouvoirs constitués. Le principe de la souveraineté du peuple esquisse un système politique particulier, que M. Bruce Ackerman nomme la « démocratie dualiste »²⁹², dans lequel on distingue les moments constitutionnels et les phases de politique ordinaire. Pendant les moments constitutionnels, le peuple apparaît pour trancher les enjeux fondamentaux de la société. Durant les phases de politique ordinaire en revanche, le peuple s'efface pour laisser parler, en son nom, les organes qu'il a mis en place. Le rôle de la justice constitutionnelle, garant de la volonté exprimée par le pouvoir constituant, est alors fondamental pendant ces périodes de politique ordinaire. Limités par la constitution et le juge constitutionnel, les pouvoirs constitués ne peuvent être considérés comme souverains²⁹³. Ils se bornent à exercer la puissance publique sur la base d'une habilitation du peuple, autorité suprême.

²⁹⁰ Cf. « La simple proclamation d'un titulaire de la souveraineté, auquel ne correspond déjà plus l'exercice immédiat du pouvoir politique, a une signification très différente : elle se limite à établir quelle est la source suprême de la légitimité au sein d'un Etat ». Luis Maria DIEZ-PICAZO, « Les pièges de la souveraineté », in Renaud DEHOUSSE (Dir.), *Une constitution pour l'Europe ?*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2002, pp. 39-68, spéc. p. 54.

²⁹¹ Cf. Edouard LABOULAYE, *Questions constitutionnelles*, Paris, Charpentier, 1872, 440 pages, spéc. p. 384 : « tout pouvoir qui n'est pas délégué au gouvernement en termes exprès et formels appartient au peuple, et ne peut appartenir qu'à lui ».

²⁹² Bruce ACKERMAN, *Au nom du peuple. Les fondements de la démocratie américaine* (1991), trad. de Jean-Fabien Spitz, Paris, Calmann-Lévy, 1998, 434 pages.

²⁹³ Cf. Dieter GRIMM, « Souveraineté et *checks and balances* », *op. cit.*, p. 231 : « la souveraineté, dans le sens originel du mot, est donc incompatible avec la constitution. La souveraineté pleine existe au moment de la création d'une constitution et devient latente dès que la constitution est entrée en vigueur ».

111.- De cette hiérarchisation entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués découle selon certains auteurs l'impossibilité de la représentation constituante. La représentation de la volonté constituante, l'histoire constitutionnelle française est là pour en attester, pose un problème majeur qui est celui de la possible usurpation de la souveraineté du peuple par l'organe chargé de le représenter. En France en effet, si la souveraineté fut transférée du roi à la nation, cette dernière était censée ne pas avoir d'existence en-dehors de sa représentation. L'Assemblée était la véritable souveraine et le principe du pouvoir constituant conçu comme supérieur aux pouvoirs constitués n'était pas effectif²⁹⁴. Si des raisons pratiques militent indéniablement en faveur de l'intervention d'une assemblée de représentants afin de concevoir le texte constitutionnel, il nous paraît être de la plus haute importance que la ratification de la constitution soit l'apanage du peuple. A défaut, le spectre de la souveraineté parlementaire réapparaît et avec lui la négation de la souveraineté du peuple. L'expression juridique de la souveraineté du peuple doit être le droit, détenu par le peuple et exercé par lui, de ratifier la constitution. Cette « inaliénabilité du pouvoir constituant » se justifie par la séparation, introduite par la souveraineté du peuple, entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués.

Cette même hiérarchie entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués interdit de considérer que le pouvoir de révision, improprement qualifié de pouvoir constituant dérivé ou institué, puisse porter atteinte à la souveraineté du peuple. Ces deux pouvoirs sont en effet d'une nature différente.

2. Différence de nature entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision

112.- L'analyse que nous avons faite du concept de pouvoir constituant nous amène à la conclusion que le pouvoir de révision ne peut lui être assimilé. Ce dernier étant nécessairement limité (a), il convient d'étudier les conséquences juridiques qui découlent de cette constatation (b).

²⁹⁴ Voir le regard que porte Edouard Laboulaye sur ce système : « en nommant une assemblée [constituante] le peuple fait acte de souverain ; mais du même coup, il abdique au profit de ses représentants, sans même se réserver le droit de contrôler et d'accepter ce qu'on fait en son nom. Les constituants ne sont pas les mandataires, ils sont les maîtres du pays ». Cf. Edouard LABOULAYE, *Questions constitutionnelles, op. cit.*, spéc. p. 371.

a. La question de la limitation du pouvoir de révision

Les relations qu'entretiennent le pouvoir constituant et le pouvoir de révision peuvent être envisagées sous deux angles opposés. Nous présenterons tout d'abord la thèse positiviste puis les critiques qu'on peut lui adresser.

- La thèse positiviste

113.- Le terme « pouvoir de révision » désigne le pouvoir de modifier la norme suprême de l'ordre juridique. Traditionnellement qualifié de « pouvoir constituant institué » ou « dérivé », il est envisagé, depuis Carré de Malberg, dans une relation d'opposition avec le pouvoir constituant originaire. Cet auteur, soutenu par Georges Burdeau dans sa thèse de doctorat²⁹⁵ et désormais rallié par la majorité de la doctrine, distingue radicalement le pouvoir constituant originaire, pouvoir de fait, et le pouvoir constituant dérivé, seul saisissable par le droit²⁹⁶. Malgré cette opposition fondamentale entre les deux types de pouvoir constituant, la doctrine rattache le pouvoir de révision à la catégorie de pouvoir constituant.

Le rapprochement entre ces deux types de pouvoir constituant se fonde sur la prise en compte d'un critère matériel : la possibilité de modifier le texte fondateur de l'ordre juridique. Ainsi, le pouvoir de révision serait l'un des visages du pouvoir constituant dans la mesure où il a le même objet qui est de produire du droit constitutionnel. Le doyen Georges Vedel définit ainsi indistinctement le pouvoir constituant comme « le pouvoir d'établir ou de modifier la constitution »²⁹⁷. Ce prisme particulier permet à la doctrine, majoritairement positiviste, de donner un contenu au concept de pouvoir constituant. Dans la mesure où ces auteurs rejettent hors de la sphère du droit le pouvoir constituant originaire, qualifier le pouvoir de révision de pouvoir constituant dérivé leur permet d'appréhender juridiquement le

²⁹⁵ Cf. Georges BURDEAU, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, thèse, Paris, 1930, Mâcon, J. Buguet-Comptour, 1930, 349 pages. Voir p. XV : « En réalité, le juriste ne devrait parler que du pouvoir de révision et jamais du pouvoir constituant proprement dit, celui qui établit la première constitution, qui n'est qu'un fait ». On sait que Burdeau reviendra dans ses ouvrages ultérieurs sur la question de la juridicité du pouvoir constituant originaire.

²⁹⁶ Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution...*, tome 2, *op. cit.*, p. 490-491 : « la formation initiale de l'Etat, comme aussi sa première organisation, ne peuvent être considérées que comme un pur fait, qui n'est susceptible d'être classé dans aucune catégorie juridique, car ce fait n'est point gouverné par des principes de droit [...]. En d'autres termes, à l'origine de l'Etat, il n'y a place que pour du fait, et non pour du droit ». *Ibid.*, p. 493 : « En revanche, il reste à constater que cette théorie [la théorie de l'organe] s'adapte parfaitement à l'exercice du pouvoir constituant et aux révisions constitutionnelles, dans l'Etat une fois formé ».

²⁹⁷ Georges VEDEL, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1984, 616 pages, spéc. p. 114.

concept de pouvoir constituant²⁹⁸. L'opposition établie par l'abbé Sieyès entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués prend alors les traits d'une distinction entre le pouvoir de révision et les autres pouvoirs constitués. Le pouvoir de révision appartenant au genre « pouvoir constituant », il lui serait loisible de modifier à l'envi la constitution tandis que les autres institutions ne le pourraient pas.

114.- C'est en effet de cette réduction du pouvoir constituant au pouvoir de révision que découle la thèse dite de l'illimitation matérielle du pouvoir de révision, bien résumée par la prise de position du doyen Vedel à l'occasion de l'adoption du traité de Maastricht : « le pouvoir constituant dérivé n'est pas un pouvoir d'une autre nature que le pouvoir constituant initial : la constitution lui donne sa procédure [...], elle ne borne point son étendue »²⁹⁹. L'illimitation matérielle du pouvoir de révision peut prendre deux formes : la révision totale de la constitution et la révision, par le pouvoir de révision, du fondement de sa propre compétence (la révision de la procédure de révision)³⁰⁰. La révision de dispositions expressément soustraites du pouvoir de révision par la constitution (*cf.* l'article 89, alinéa 5 de la constitution de la Ve république, ou l'article 79, paragraphe 3, de la loi fondamentale allemande) est de même juridiquement possible, dès lors que le pouvoir de révision prend soin de réviser au préalable la disposition en cause.

La position défendue par ces auteurs est justifiée par l'argumentaire suivant. La limitation du pouvoir de révision est impossible à fonder juridiquement. En effet, soit le pouvoir de révision est limité (sur le plan procédural ou matériel) par la constitution elle-même. Dans ce cas, le pouvoir de révision ne peut être lié par ces dispositions dans la mesure où il est justement habilité à modifier les règles établies par le texte constitutionnel. De plus, étant souverain³⁰¹ (car appartenant à la catégorie juridique « pouvoir constituant »), il lui est

²⁹⁸ Toujours selon Georges VEDEL (*ibid.*, p. 160) : le pouvoir de révision « est constituant par ses effets ; il est constitué quant à ses conditions d'exercice ».

²⁹⁹ Georges VEDEL, « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, pp. 173-180, spéc. p. 179. Voir aussi en ce sens Bruno GENEVOIS, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA*, 1998, pp. 909-921.

³⁰⁰ Selon Guy HERAUD, il s'agit là de deux cas d'« accession légale » du pouvoir de révision à la puissance originaire. *Cf.* Guy HERAUD, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, thèse, Toulouse, 1945, Paris, Sirey, 1945, 489 pages, spéc. pp. 217 et s.

³⁰¹ *Cf.* Georges VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs* n° 67/1993, pp. 71-97, spéc. p. 90 : « le pouvoir constituant (en l'espèce « dérivé ») est souverain. Il n'est dérivé que sous l'aspect organique et formel ; il est l'égal du pouvoir constituant originaire du point de vue matériel, c'est-à-dire pour ce qui regarde le contenu de la constitution ».

loisible de modifier les dispositions constitutionnelles, même celles qui encadrent sa propre compétence. Soit le pouvoir de révision est limité par des règles extérieures et supérieures à la constitution, c'est-à-dire des règles supraconstitutionnelles (celles-ci étant un avatar du droit naturel), mais cette possibilité est exclue du fait du postulat positiviste selon lequel il n'existe de droit qu'à l'intérieur de l'Etat, posé par la constitution et les règles qui en découlent³⁰². Le concept de supraconstitutionnalité étant pour ces auteurs « logiquement inconstructible »³⁰³, le pouvoir de révision est juridiquement illimité.

Cette analyse aurait été reçue par le Conseil constitutionnel, celui-ci ayant jugé, dans sa décision du 2 septembre 1992, que « le pouvoir constituant [en l'espèce, dérivé] est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée »³⁰⁴. Selon la majorité des commentateurs de cette décision, le Conseil constitutionnel se serait prononcé clairement contre la thèse de la supraconstitutionnalité (en l'espèce, était en question la valeur du principe de souveraineté de la nation) et contre celle de la limitation du pouvoir de révision. Ainsi, le doyen Vedel en tire la conclusion selon laquelle « la souveraineté nationale ne peut bénéficier d'aucun statut de supériorité. Elle est l'une des normes de valeur constitutionnelle avec d'autres et peut être tenue en échec par une révision constitutionnelle »³⁰⁵.

La précision apportée par le Conseil constitutionnel, selon laquelle la souveraineté du pouvoir de révision était entendue « sous réserve » du respect de certaines dispositions constitutionnelles³⁰⁶ n'est pas une contradiction dans les termes pour ces auteurs. En effet, cela signifie seulement que le pouvoir de révision doit respecter les formes et les limites édictées par la constitution, sauf à réviser celles-ci préalablement. Cependant, « que les modalités d'exercice du pouvoir constituant soient différentes [...] n'implique pas une différence de nature du pouvoir constituant »³⁰⁷.

³⁰² Cf. Dominique TURPIN, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2007, 846 pages, spéc. p. 133.

³⁰³ *Ibid.*, p. 81.

³⁰⁴ Cons. const., décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, Maastricht II, *Rec.* p. 76.

³⁰⁵ Georges VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs* n° 67/1993, p. 81.

³⁰⁶ Cons. const., décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, Maastricht II, *op. cit.* : « sous réserve d'une part des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la constitution ne peut être engagée ou poursuivie qui résultent des articles 7, 16 et 89, al. 4 du texte constitutionnel, et, d'autre part, du respect des prescriptions du 5^e alinéa de l'article 89 en vertu desquelles "la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision" [...] le pouvoir constituant est souverain ».

³⁰⁷ Robert BADINTER, « Le Conseil constitutionnel et le pouvoir constituant », in *Libertés, mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 217-225, spéc. p. 219.

Pour ces auteurs, la seule manière de limiter le pouvoir de révision est de prévoir dans la constitution l'intangibilité de certaines dispositions fondamentales et de donner compétence au juge constitutionnel pour faire respecter, au besoin par le pouvoir de révision lui-même, ces limites, comme c'est le cas en Allemagne. Cependant, dans l'optique de ces auteurs, rien n'interdirait alors au pouvoir de révision, souverain par nature, de réviser au préalable les dispositions limitant son action et celles organisant la compétence du juge constitutionnel.

Cette thèse n'est selon nous pas acceptable et nous allons tenter de mettre en lumière ses contradictions, ainsi que d'analyser les autres angles d'approche que propose la doctrine.

- La critique de la thèse positiviste

115.- Le professeur Olivier Beaud a magistralement démontré que les arguments positivistes étaient dépourvus de bien-fondé³⁰⁸. En effet, selon la doctrine positiviste, la thèse de la limitation matérielle de la constitution se fonde sur « une mystérieuse “supraconstitutionnalité” qui emprunte au droit naturel sa commode plasticité et au droit positif sa vertu de contrainte »³⁰⁹. Or, les dispositions dont le respect s'impose au pouvoir de révision ne sont pas supraconstitutionnelles mais découlent (expressément ou de manière tacite) de la constitution elle-même. Il faudrait ici davantage parler d'une hiérarchie au sein de la constitution, certaines de ses dispositions étant hors d'atteinte du pouvoir de révision, en raison de sa nature constituée (c'est-à-dire subordonnée au pouvoir constituant)³¹⁰. Si les limites au pouvoir de révision découlent de la constitution elle-même, l'argument relatif au droit naturel tombe de lui-même. Quant à la prétendue mise à mal de la souveraineté du pouvoir constituant, elle implique d'assimiler pouvoir constituant et pouvoir de révision, ce que nous nous refusons à faire. La souveraineté appartient au pouvoir constituant originaire et la limitation matérielle du pouvoir de révision, loin de lui porter atteinte, vise en dernier ressort à la garantir.

³⁰⁸ Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, pp. 329-357.

³⁰⁹ Georges VEDEL, « Schengen et Maastricht », *op. cit.* p. 179.

³¹⁰ Voir à cet égard Vlad CONSTANTINESCO et Stéphane PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2007, 570 pages, spéc. p. 222. Voir aussi Moea VONSY, « Le “Parlement constituant” n'est pas souverain », *RDV*, 2007, pp. 793-815.

A rebours de la doctrine positiviste, nous défendons la thèse selon laquelle le pouvoir de révision ne saurait être assimilé au pouvoir constituant originaire. Nous avons montré que le concept de pouvoir constituant, tel qu'il a été mis en œuvre et théorisé lors des révolutions américaines et françaises, s'entend du pouvoir du peuple de fonder l'ordre juridique par l'acte constituant. Dans cette optique, le pouvoir de révision n'est qu'un pouvoir constitué parmi d'autres et la compétence qu'il détient en vue de modifier le texte constitutionnel n'est en aucun cas comparable à l'exercice du pouvoir constituant. Le pouvoir de révision ne peut être qualifié de souverain dans la mesure où l'apparition du concept de pouvoir constituant signifie justement la disparition de la souveraineté à l'intérieur de l'ordre juridique.

116.- L'analyse théorique du concept de pouvoir constituant montre que le pouvoir de révision ne peut être que limité par les choix fondamentaux du pouvoir originaire. En effet, œuvre du constituant, le pouvoir de révision ne peut remettre en cause les décisions de son auteur mais dispose seulement de la compétence de modifier certaines normes ayant une valeur constitutionnelle. Carl Schmitt a bâti l'opposition entre « constitution » et « loi constitutionnelle » afin de restituer la véritable marge de manœuvre du pouvoir de révision. Selon cet auteur, la constitution « est un choix conscient qu'accomplit *pour elle-même* et que se donne à *elle-même* l'unité politique à travers le titulaire du pouvoir constituant »³¹¹. Quant aux lois constitutionnelles, elles ne font que concrétiser la décision politique contenue dans la constitution et ne sont juridiquement valides que parce qu'elles sont conformes à la constitution. Seules ces lois constitutionnelles, à l'exclusion de la constitution proprement dite, peuvent être modifiées par le biais de la procédure de révision. Il serait en effet inadmissible que le pouvoir de révision, qui trouve sa source dans la constitution, puisse porter atteinte à celle-ci. Par conséquent, « l'acte constituant et la "révision" de la constitution, c'est-à-dire la révision de dispositions précises des lois constitutionnelles, sont [...] *qualitativement* différents »³¹².

Georges Burdeau professe la même opinion lorsqu'il énonce que la constitution ne tire pas sa suprématie d'un critère formel³¹³ mais de son contenu matériel. En effet, la

³¹¹ Carl SCHMITT, *Théorie de la constitution*, *op. cit.*, p. 152.

³¹² *Ibid.*, p. 157.

³¹³ Carl Schmitt a aussi montré que la conception formelle de la constitution est réductrice et procède d'une inversion du raisonnement. En effet, au départ la rigidité de la constitution était conçue comme le corollaire nécessaire de sa suprématie matérielle. C'est parce qu'elle contenait les principes fondamentaux de l'Etat que

constitution « fonde juridiquement l'idée de droit dominante en énonçant et sanctionnant le finalisme de l'institution étatique »³¹⁴ et organise la répartition des compétences au sein de l'Etat. Du fait de ces caractéristiques, la constitution est nécessairement supérieure aux pouvoirs qu'elle met en place. De ce fait, le pouvoir abusivement qualifié de pouvoir constituant dérivé ne peut s'arroger le pouvoir constituant. Seules des révisions limitées relèvent de sa compétence, le critère avancé par Burdeau étant la distinction entre « les réformes qui portent atteinte à la forme générale des institutions, à l'esprit du régime politique ou à la substance de l'idée de droit incorporée dans le pouvoir étatique d'une part, et d'autre part les transformations qui visent seulement à améliorer le fonctionnement des mécanismes constitutionnels existants »³¹⁵.

De même, Maurice Hauriou établit l'existence, dans toute constitution, de principes fondamentaux, qui « constituent une sorte de légitimité constitutionnelle [prenant] place au-dessus même de la constitution écrite »³¹⁶. L'exemple qu'il cite à cet égard est celui de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 (introduite par la révision du 14 août 1884), qui prohibe la révision de la forme républicaine du gouvernement. La caractéristique principale de cette « légitimité constitutionnelle » (qui n'est pas à proprement parler supraconstitutionnelle puisqu'elle peut être prévue par la constitution), est de ne pas être subordonnée « aux aléas des révisions constitutionnelles auxquels tout le reste de la constitution est soumis »³¹⁷. Derrière cette « légitimité constitutionnelle », on retrouve bien entendu l'idée d'œuvre mise en valeur par la théorie de l'institution et de la fondation.

Enfin, plus récemment, certains auteurs ont tenté de montrer que l'article 89, alinéa 5, de la constitution française de 1958 devait être interprété comme empêchant toute révision portant atteinte à la nature étatique de la République Française³¹⁸, ou encore à ses principes essentiels tels que le suffrage universel, le régime représentatif ou la séparation des

ses dispositions ne pouvaient être modifiées que selon une procédure spécifique. Mais tirer de l'existence de cette procédure le critère absolu permettant d'identifier une norme constitutionnelle est un non-sens (voir *Théorie de la constitution*, *op. cit.*, pp. 148-150).

³¹⁴ Georges BURDEAU, *Traité de science politique, tome 4 : Le statut du pouvoir dans l'Etat*, Paris, LGDJ, 3^{ème} édition, 1983, p. 180.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 197.

³¹⁶ Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1923, 741 pages, spéc. p. 296.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 297.

³¹⁸ Cf. Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, 512 pages, spéc. pp. 480 et s.

pouvoirs³¹⁹. La décision du Conseil constitutionnel Maastricht II précitée peut d'ailleurs être interprétée comme ayant reconnu l'intangibilité de l'article 89, alinéa 5 de la constitution, les juges de la rue Montpensier ayant consacré la « souveraineté » du pouvoir de révision « sous réserve » de cette disposition. Cependant, la justiciabilité de cette intangibilité est sujette à caution, le Conseil constitutionnel ayant décliné sa compétence pour connaître des révisions constitutionnelles³²⁰, qu'elles aient été adoptées par le Congrès ou par voie référendaire³²¹. En tout état de cause, ce n'est pas parce que le droit positif français n'a pas aménagé la sanction juridictionnelle de la violation des principes supérieurs de la constitution que ceux-ci sont inexistant³²² et certains Etats connaissent des dispositions constitutionnelles intangibles et juridictionnellement protégées de toute atteinte, y compris d'atteintes émanant du pouvoir de révision³²³.

En dernière analyse, qu'on la nomme « idée de droit », « idée d'œuvre » ou « légitimité constitutionnelle », le choix fondamental édicté par le titulaire du pouvoir s'impose aux pouvoirs constitués et, avec eux, au pouvoir de révision. Quelles sont dès lors les conséquences juridiques qui découlent de cette différence de nature entre pouvoir constituant et pouvoir de révision ?

³¹⁹ Didier MAUS, « Les décisions du Conseil constitutionnel relatives au traité sur l'Union européenne », *RFDC*, n°11/1992, pp. 389-412, spéc. p. 412. Mme Vonsy cite d'autres principes tels que l'indivisibilité de la République, son caractère démocratique, laïque et social, ainsi que le principe d'égalité, Moea VONSY, « Le "Parlement constituant" n'est pas souverain », art. précité, spéc. pp. 809 et s.

³²⁰ Cons. const., décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République, *JO* du 29 mars 2003, pp. 55-70. Sur cette décision, voir notamment Jean-Pierre CAMBY, « Supra-constitutionnalité : la fin d'un mythe », *RDP*, 2003, pp. 665-688 et Thomas MEINDL, « Le Conseil constitutionnel aurait pu se reconnaître compétent », *RDP*, 2003, pp. 741-763.

³²¹ Cons. const., décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, Maastricht III, *Rec.* p. 94.

³²² Voir en ce sens Pierre MOUZET, « Le rapport de constitutionnalité. Les enseignements de la Ve République », *RDP*, 2007, pp. 959-990, spéc. p. 977.

³²³ Ainsi, en Italie, la Cour constitutionnelle s'est reconnue compétente pour juger de la constitutionnalité des lois de révision, tant par rapport aux « principes que la constitution range parmi les limites absolues au pouvoir de révision comme la forme républicaine du gouvernement que des principes qui [...] appartiennent à l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la constitution italienne », Cour constitutionnelle italienne, sentence n° 1146/1988 du 29 décembre 1988, citée in Bruno GENEVOIS, « Entretien avec le Président de la Cour constitutionnelle italienne : M. Renato Granata », *CCC*, n°6/1998, pp. 36-45. De même, la Cour fédérale allemande a accepté de connaître de la constitutionnalité des lois de révision constitutionnelle, au vu notamment des dispositions de l'article 79, alinéa 3 de la Loi fondamentale, Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision du 15 décembre 1970, *BVerfGE*, 30, p. 1, comm. Michel FROMONT, *RDP*, 1971, pp. 1423-1427. Voir aussi Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision du 23 avril 1991, *BVerfGE*, 84, p. 90, citée in Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 398. La cour suprême indienne a même partiellement invalidé un amendement à la Constitution qui portait selon elle atteinte aux droits fondamentaux garantis par la Constitution : Cour suprême indienne, 24 avril 1973, Kesavananda Bharati vs. State of Kerala, AIR 1973 SC 1461, disponible sur le site openjudis à l'adresse suivante : <http://openarchive.in/newcases/29981.htm>.

b. Conséquences de la distinction entre pouvoir constituant et pouvoir de révision

117.- N'étant pas de la même nature que le pouvoir constituant, le pouvoir de révision ne dispose que de compétences limitées. En particulier, il ne peut ni réviser totalement la constitution ni modifier le fondement de sa propre compétence. Cependant, un cas particulier doit faire l'objet d'une étude spécifique. En effet, la thèse de la limitation matérielle de pouvoir de révision s'applique-t-elle lorsque le peuple agit en tant que magistrat constitutionnel ?

- L'impossibilité de la révision totale

118.- Tout d'abord, même lorsque la constitution elle-même octroie à l'organe de révision le pouvoir de réviser totalement la constitution, il ne nous semble pas que cet organe accède à la puissance originaire.

En effet, il faut toujours distinguer, à l'instar de Carl Schmitt, la constitution, œuvre du pouvoir constituant originaire, hors de portée des pouvoirs constitués, et les lois constitutionnelles qui n'en sont que la concrétisation et qui peuvent être modifiées par le pouvoir de révision. Même si ce dernier se voit reconnaître, par les lois constitutionnelles, la compétence de « réviser totalement la constitution », il ne peut s'agir que de la compétence de révision totale des lois constitutionnelles. Comme l'a montré l'abbé Sieyès, le pouvoir constituant originaire est inaliénable et le peuple ne peut attribuer cette puissance originaire à l'organe de révision sauf à remettre en cause le concept même de pouvoir constituant.

La pratique constitutionnelle montre d'ailleurs que dans les exemples de révision totale de la constitution, les principes qui structurent l'ordre constitutionnel ne sont généralement pas mis à bas. Ainsi, la Suisse a connu, en 1998, une refonte totale de sa constitution. La constitution du 29 mai 1874 (elle-même résultant d'une révision totale de la constitution de 1848) prévoyait la possibilité d'une révision totale de la constitution. Conformément à l'article 120 de la constitution de 1874, l'Assemblée fédérale a décrété, par arrêté du 3 juin 1987³²⁴, la révision totale de la constitution. Par cet arrêté, le Conseil fédéral a ainsi reçu le mandat de « mettre à jour le droit constitutionnel actuel, écrit et non écrit, [de]

³²⁴ Pour les débats et pour l'arrêté, voir le *Bulletin officiel du Conseil des Etats*, 1986, n° 783-808, et le *Bulletin officiel du Conseil national*, 1987, n° 626-673.

le rendre compréhensible, [de] l'ordonner systématiquement et [d'] en unifier la langue ainsi que la densité normative »³²⁵. *A contrario*, il n'était pas question, pour le Conseil fédéral, de remettre en cause les principes essentiels de la Confédération helvétique (la structure fédérale, la démocratie directe, les rapports fondamentaux entre le Conseil fédéral et le Parlement, la neutralité et la solidarité en matière de politique étrangère, l'ordre social et économique). La nouvelle constitution, promulguée le 18 avril 1999, respecte donc ces principes, ce qui confirme que le pouvoir de révision, même dans le cadre d'une révision totale, ne dispose pas d'une compétence originaire.

- L'impossibilité de la révision de la révision

119.- En second lieu, la modification, par le pouvoir de révision, du fondement de sa propre compétence n'est pas plus envisageable que la révision totale de la constitution.

Certes, une telle révision est légale si on se limite à vérifier que les règles constitutionnelles qui encadrent la compétence de révision ont bien été respectées. M. Guy Héraud affirme ainsi que « l'organe de révision peut, sans violer la constitution [...], procéder à une modification de la constitution qui aboutisse à l'instauration d'un pouvoir originaire absolu »³²⁶. De même, le doyen Vedel a soutenu la thèse de la légalité de la double révision successive³²⁷, qui est à l'heure actuelle soutenue par la majorité de la doctrine française³²⁸.

Ce cas de figure n'est cependant pas admissible si l'on accorde foi à la distinction schmittienne entre constitution et loi constitutionnelle. Pour cet auteur nous l'avons dit, le pouvoir de révision est limité et ne peut jamais prétendre à la puissance originaire (nous réservons pour l'instant le cas dans lequel le peuple détient le pouvoir de révision). Le pouvoir de révision peut modifier les lois constitutionnelles mais il ne saurait remettre en cause la constitution. S'il le fait, il ne s'agit plus d'une révision de la constitution mais d'une « abrogation de la constitution ». Il y a même « anéantissement de la constitution » si le pouvoir de révision remplace le pouvoir constituant par un autre pouvoir, basé sur un autre

³²⁵ Cf. article 3 de l'arrêté précité.

³²⁶ Guy HERAUD, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, op. cit., p. 239.

³²⁷ Georges VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, rééd. Dalloz, 2002, 616 pages, spéc. p. 277.

³²⁸ Cf. Guy CARCASSONNE, *La Constitution*, Paris, éditions du Seuil, 8^{ème} éd., 2007, 454 pages, spéc. p. 380 ; Bernard CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 24^{ème} éd., 2007, 598 pages, spéc. p. 35 ; Francis HAMON et Michel TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 30^{ème} éd., 2007, 908 pages, spéc. p. 43.

principe de légitimité³²⁹. L'accession du pouvoir de révision au pouvoir constituant originaire, même si elle a lieu dans le respect des règles de forme prévues par la constitution ne peut jamais être légale, même si elle n'est pas toujours sanctionnée.

120.- Le cas des actes constitutionnels de 1940 doit à cet égard être mentionné. En effet, il a été soutenu que ces actes, pris par le Maréchal Pétain, étaient licites dans la mesure où il n'y a pas eu rupture de la légalité constitutionnelle. Selon Roger Bonnard, s'il y a eu révolution politique, sur le plan juridique la révolution a emprunté une voie légale³³⁰. Selon cet auteur, par la loi constitutionnelle du 10 juin 1940, l'Assemblée nationale, organe de révision, aurait attribué le pouvoir de révision au Maréchal Pétain en modifiant implicitement l'article 8 de la loi du 25 février 1875 relative à la révision³³¹.

Nous partageons cependant l'opinion de Georges Berlia, selon laquelle « il y a rupture de la licéité constitutionnelle entre le régime antérieur à 1940 et celui, *en fait*, lui a succédé »³³². Si nous nous référons à la distinction schmittienne entre constitution et loi constitutionnelle, il faut en conclure que l'Assemblée nationale, en modifiant la procédure de révision, n'a pas seulement modifié (ce qui eût été en son pouvoir), les lois constitutionnelles, mais aussi la constitution qui attribue à l'Assemblée et à elle seule cette compétence³³³. De plus, l'Assemblée ne s'est pas limitée à « abroger » la constitution, mais elle l'a « anéantie » (selon la terminologie utilisée par Carl Schmitt) car elle lui a substitué un nouveau pouvoir constituant doté de la compétence originaire. Georges Berlia se réfère lui aussi à une « constitution » au sens où l'entend Carl Schmitt afin de répondre à l'argumentation de Roger Bonnard. Selon Georges Berlia, l'interdiction de la délégation du pouvoir de révision « n'a de sens et de portée que parce qu'elle permet de réaliser et de maintenir le démembrement de la

³²⁹ Sur la distinction entre les notions de révision, d'abrogation, d'anéantissement et de suspension de la constitution, voir Carl SCHMITT, *Théorie de la constitution*, *op. cit.*, pp. 237-239.

³³⁰ Cf. Roger BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », *RD*, 1942, pp. 47-90, spéc. pp. 75-76.

³³¹ La loi constitutionnelle du 10 juin 1940 est rédigée ainsi : « l'Assemblée nationale donne tous pouvoirs au Gouvernement de la République, sous l'autorité et la signature du Maréchal Pétain, à l'effet de promulguer par un ou plusieurs actes, une nouvelle constitution de l'Etat français ». Roger Bonnard n'admettant pas que l'Assemblée ait pu déléguer son pouvoir de révision au Maréchal Pétain, il est obligé de supposer que par cette loi l'Assemblée a entendu modifier les dispositions relatives à la procédure de révision et ainsi attribuer (et non plus déléguer) le pouvoir de révision au maréchal Pétain. Voir Roger BONNARD, « Les actes constitutionnels de 1940 », *op. cit.*, pp. 81-90.

³³² Georges BERLIA, « La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », *RD*, 1944, pp. 45-57, spéc. p. 56 (souligné par nous).

³³³ Cf. Carl SCHMITT, *Théorie de la constitution*, *op. cit.*, p. 241 : « le pouvoir de révision constitutionnelle ne contient donc que le pouvoir d'apporter à des dispositions légiconstitutionnelles des modifications, additions, compléments, suppressions, etc., mais pas le pouvoir de donner une nouvelle constitution, et pas davantage le pouvoir de modifier le fondement de sa propre compétence » (souligné par nous).

souveraineté étatique »³³⁴. Par conséquent, « ce but, cette origine interdisent *a fortiori* l'attribution de compétences qui permettrait un démembrement plus large, plus effectif de la souveraineté dans l'Etat »³³⁵. Cet auteur fonde donc la prohibition de l'Assemblée d'attribuer à un autre organe le pouvoir de révision sur la prééminence de certains principes, c'est-à-dire sur la véritable constitution.

Plus largement, il semble que la révision de la procédure de révision doive être interprétée comme un « détournement de procédure »³³⁶ ou comme une « fraude à la constitution »³³⁷ qui pourrait être sanctionnée par le juge constitutionnel. Une telle éventualité ne peut en effet être exclue comme en témoigne l'exemple de l'Inde, où la Cour suprême a censuré un amendement à la constitution qui avait supprimé toutes les limitations au pouvoir de révision, au motif qu'il portait atteinte à la structure fédérale de l'Etat³³⁸.

- La limitation matérielle du pouvoir de révision populaire

121.- La dernière question à aborder concernant la limitation du pouvoir de révision concerne le cas dans lequel le peuple lui-même est chargé de la révision constitutionnelle. Dans ce cas, faut-il privilégier le fait qu'il s'agisse du peuple, titulaire du pouvoir constituant, et ainsi admettre qu'il puisse s'affranchir des limites posées par la constitution lorsqu'il agit en tant qu'organe de révision (thèse de la souveraineté « absolue » du peuple) ? Ou au contraire faire primer sa nature instituée afin de lui opposer les mêmes limitations que tout organe de révision, au risque d'encourir le reproche selon lequel la souveraineté appartient au peuple, quel que soit son mode d'expression ?

La thèse de la souveraineté « absolue » du peuple est notamment défendue par Carl Schmitt, qui affirme que « le pouvoir constituant n'est pas abrogé ou évacué parce qu'il s'est exercé une fois. [La volonté constituante] continue à exister à côté de la constitution et au-dessus d'elle »³³⁹. Pour les tenants de l'autre thèse, notamment défendue par M. Olivier

³³⁴ Georges BERLIA, « La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », *op. cit.*, p. 55.

³³⁵ *Ibid.*, p. 54.

³³⁶ Louis FAVOREU, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67/1993, pp. 71-77, spéc. p. 76.

³³⁷ Georges LIET-VEAUX, « La fraude à la constitution », *RDP*, 1943, pp. 116-150.

³³⁸ Voir Charles CADOUX, « Inde : la crise politique et constitutionnelle des années 1975-1980. Vers une transformation du système politique indien ? », *RDP*, 1980, pp. 1513-1561, spéc. pp. 1546 et s.

³³⁹ Carl SCHMITT, *Théorie de la constitution*, *op. cit.*, p. 212.

Beaud, le peuple, lorsqu'il agit dans le cadre de la constitution, n'est qu'un magistrat constitutionnel. Il n'est pas souverain et doit donc exercer les compétences qui lui ont été limitativement attribuées par la constitution. La souveraineté du peuple cède ici le pas à « l'immutabilité de l'acte constituant »³⁴⁰, au nom de la défense de la vision libérale du constitutionnalisme.

La principale critique qu'adresse M. Beaud à la thèse de la souveraineté « absolue » du peuple réside dans la « possibilité d'une constitution autoritaire à fondement populaire »³⁴¹, inconcevable selon lui dans la mesure où l'objet même de la constitution serait de limiter les pouvoirs des gouvernants. La technique de la limitation de la révision devrait donc être conçue strictement afin d'empêcher « une éventuelle usurpation de la majorité électorale par des ennemis de la constitution qui détourneraient le recours au peuple »³⁴². L'intention est louable, mais l'on voit mal en quoi seul le pouvoir de révision populaire serait potentiellement destructeur de la liberté du peuple. La même crainte, que le peuple adopte une constitution autoritaire, peut en effet découler de l'action du pouvoir constituant originaire lui-même³⁴³.

122.- En revanche, le problème que pose la théorie absolutiste de la souveraineté du peuple est qu'elle remet fondamentalement en cause la définition de la souveraineté du peuple comme étant dans une position d'extériorité par rapport à la constitution. L'identité organique entre le peuple, titulaire du pouvoir constituant, et le peuple, magistrat constitutionnel chargé du pouvoir de révision ne devrait pas pouvoir remettre en cause cette vérité première de la démocratie constitutionnelle, qui est d'évincer toute puissance absolue de commander à l'intérieur de l'ordre juridique. Les pouvoirs constitués, quels qu'ils soient, ne devraient donc pas pouvoir contourner les limites fixées par le pouvoir constituant.

Il est cependant indéniable que, lorsque le peuple s'exprime, il peut être difficile en pratique de distinguer s'il a agi en tant que magistrat constitutionnel et comme tel lié par la constitution, ou s'il a revêtu les atours du peuple souverain, titulaire du pouvoir constituant. Ainsi selon M. Ernst-Wolfgang Böckenförde, chaque fois que le peuple agit en tant que

³⁴⁰ Voir Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., pp. 403-439.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 434.

³⁴² *Ibid.*, p. 436.

³⁴³ Bruno BERNARDI note bien à cet égard que « le pouvoir constituant peut être à la fois le titre de la liberté et celui de la servitude, de la légitimité et de l'arbitraire ». Cf. Bruno BERNARDI, *Qu'est-ce qu'une décision politique ?*, Paris, J. Vrin, 2003, 128 pages, spéc. p. 43.

pouvoir constitué, le peuple inorganisé titulaire du pouvoir constituant est présent³⁴⁴. Toute violation de la constitution par le peuple peut être analysée comme un acte du pouvoir constituant originaire. Il n'en reste pas moins que cette situation s'apparente à une révolution au sens juridique du terme. De même M. Beaud a-t-il élaboré une véritable typologie des interventions populaires au titre du pouvoir de révision. Ainsi, « lorsque le peuple s'exprime, il faut d'abord rechercher si l'objet de sa décision porte sur des dispositions fondamentales (sur des matières de souveraineté) ou sur des objets secondaires. Il est souverain dans le premier cas, et sa décision est incontestable. En revanche, dans le second cas, l'acte de révision populaire est, tout comme l'acte de révision parlementaire, un acte contestable »³⁴⁵. Ce faisant, il reconnaît une certaine intervention du peuple à l'intérieur de l'ordre juridique mais, afin de ne pas entamer sa théorie de la limitation matérielle du pouvoir de révision, il refuse de considérer que le peuple agit dans ces cas en tant qu'autorité constituée et requalifie ses actes en tant qu'actes constituants³⁴⁶.

123.- En définitive, la thèse de la souveraineté « absolue » du peuple nous semble condamnable en ce qu'elle heurte la définition de la souveraineté véhiculée par le concept de pouvoir constituant. Il ne fait cependant aucun doute que le peuple peut, en pratique, mettre à profit le pouvoir de révision qui lui est octroyé par la constitution pour adopter des décisions essentielles qui peuvent remanier en profondeur le régime politique. Il faudra donc en déduire que le peuple s'est, par cet acte, de nouveau drapé dans sa majesté de constituant originaire et a procédé, non à une révision constitutionnelle, mais à une « abrogation de la constitution » au sens où l'entend Carl Schmitt, c'est-à-dire une modification du « choix global du genre et de la forme de l'unité politique »³⁴⁷. Une révision de la constitution peut donc dissimuler un véritable acte constituant du peuple souverain et, dans cette hypothèse, la souveraineté demeure à l'extérieur de l'ordre juridique.

³⁴⁴ Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, « Die Verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts », in Ulrich K. PREUSS, *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen*, Frankfurt-am-Main, Fischer, 1994, pp. 58-80, spéc. p. 69 : « Denn immer dann, wenn das Volk als organisierte Größe, in Form der Aktivbürgerschaft, handelnd auftritt, ist auch das unorganisierte Volk des *pouvoir constituant* irgendwie beteiligt und mit anwesend ».

³⁴⁵ Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, op. cit., p. 439.

³⁴⁶ *Ibid.*, pp. 383-386.

³⁴⁷ Carl SCHMITT, *Théorie de la constitution*, op. cit., p. 151.

La souveraineté du peuple ayant été définie, il convient de s'intéresser à la souveraineté de l'Etat et, à travers cette question, au lien prétendument indissoluble entre pouvoir constituant et Etat.

B. Pouvoir constituant et Etat

124.- Les positivistes, en définissant l'Etat comme une personne juridique dotée de la souveraineté, entendue comme compétence de la compétence, sont à l'origine du parallélisme existant entre « pouvoir constituant » (au sens que les positivistes donnent à ce terme) et Etat.

Le pouvoir constituant, chez les positivistes, n'est que la propriété que possède l'Etat (par le biais de la procédure de révision) de se réformer lui-même³⁴⁸, ce qui est la manifestation de sa souveraineté. Ainsi est établie la relation, pensée comme indissociable, entre la maîtrise du droit positif (c'est-à-dire la compétence de la compétence, le pouvoir constituant pour les positivistes) et la souveraineté de l'Etat. La « compétence de la compétence » peut dès lors devenir le critère juridique permettant de distinguer entre l'Etat souverain et les entités non souveraines, qui ne détiennent qu'une puissance de domination dérivée de celle de l'Etat.

Dans l'optique qui est la nôtre, c'est-à-dire celle qui consiste à concevoir l'ordre juridique étatique comme étant fondé par le peuple, qui lui préexiste, il est évident que parler de souveraineté de l'Etat dans le sens où l'entendent les positivistes n'a guère de sens.

125.- M. Olivier Beaud, contrairement au présupposé positiviste, accepte de distinguer l'Etat de la constitution. Ainsi, il distingue deux types de souveraineté : « celle qui se rapporte à la maîtrise de la constitution - la souveraineté constituante - et celle qui a trait au contenu des pouvoirs de l'Etat - la souveraineté comme puissance publique »³⁴⁹. Cependant, il rapporte finalement ces deux définitions à la souveraineté de l'Etat, lorsqu'il énonce que « la puissance publique (souveraineté de l'Etat) est la condition d'existence de la

³⁴⁸ Pour les positivistes en effet, l'Etat n'est rien d'autre que l'ordre juridique qu'il met en place pour exercer sa puissance. Si le droit n'existe qu'une fois l'Etat mis en place, il ne peut y avoir de pouvoir constituant au sens où nous l'avons défini.

³⁴⁹ Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat, op. cit.*, p. 208.

souveraineté constituante »³⁵⁰. En fait, les trois conceptions de la souveraineté se rejoignent dans une conception globalisante. Deux des acceptions de la souveraineté (la souveraineté de l'Etat et la souveraineté-puissance publique) sont dans un rapport d'identité, tandis que la troisième acception (la souveraineté constituante) présuppose les deux autres³⁵¹.

126.- Cette thèse, selon laquelle la souveraineté du peuple présuppose celle de l'Etat nous paraît nier totalement le concept même de pouvoir constituant. Selon nous, le pouvoir constituant est forcément antérieur à l'Etat, dans la mesure où c'est par sa volonté souveraine qu'il le fonde et lui transfère des droits de puissance publique. C'est donc bien la souveraineté de l'Etat qui présuppose la souveraineté du peuple et non l'inverse.

En fait, le but de la construction de M. Olivier Beaud est d'accréditer l'idée selon laquelle la souveraineté de l'Etat est inhérente (parce qu'antérieure) à la notion de constitution et comme telle doit être protégée par celle-ci. Cependant, la prise en compte de la souveraineté constituante ne peut avoir comme conséquence que l'antécédence du peuple par rapport à la constitution et à l'Etat, personne juridique titulaire des droits de puissance publique.

En effet, il revient au peuple de décider, souverainement, si les droits de puissance publique qu'il institue seront imputés à l'Etat, ou à une autre association politique. En aucun cas la souveraineté de l'Etat ne peut signifier que celui-ci aurait un droit originaire à disposer de l'étendue de ses compétences, puisque c'est le peuple qui fixe cette étendue par l'acte constituant. La prétendue « souveraineté de l'Etat », loin de conférer à l'Etat une position suprême par rapport au corps politique, indique simplement que le peuple a choisi de s'incarner en un Etat, auquel il a confié l'ensemble de la puissance publique.

127.- Sur le plan externe de même, la notion de souveraineté de l'Etat doit se voir attribuer une signification beaucoup plus modeste, son but étant de permettre l'édification du droit international sur la base du principe de l'égalité souveraine des Etats. En ce sens, elle est simplement synonyme d'indépendance de l'Etat sur le plan international.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 209.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 208 : « De même que l'individu n'a des droits que grâce et par l'Etat, de même l'Etat constitutionnel doit être un Etat avant de pouvoir être un Etat constitutionnel ».

Cependant, dans cette acception, la notion de souveraineté de l'Etat n'est pas vraiment significative, dans la mesure où d'autres entités, dépourvues de la qualité étatique, peuvent se voir reconnaître la qualité de sujet de l'ordre juridique international et jouir de certains droits qui y sont attachés. C'est ainsi que Mme Elisabeth Zoller peut affirmer que « dire qu'une fédération d'Etats n'est pas un Etat, ne veut pas dire qu'elle n'est pas une entité souveraine au sens du droit international »³⁵², précisément parce que la Fédération dispose de certaines compétences sur le plan international. De même M. Charles Chaumont a démontré que la souveraineté de l'Etat était seulement « une aptitude à exercer certaines compétences provenant de l'expression, à travers l'Etat de l'existence d'une nation »³⁵³. « Signe extérieur de l'existence de la nation »³⁵⁴, la souveraineté ne s'applique à l'Etat que si la nation a choisi de prendre forme sous ses traits. Autrement dit, si la nation choisit de s'incarner dans une association politique non étatique, telle que la Fédération, alors celle-ci peut posséder des compétences sur le plan international, celles-ci n'étant que la « forme internationale d'exercice de la souveraineté démocratique »³⁵⁵.

128.- Si la souveraineté ne permet plus de spécifier l'Etat au sein de la catégorie plus vaste des entités politiques, cela ne signifie pas que l'Etat et la Fédération soient des constructions juridiques équivalentes. En effet, tandis que l'Etat est construit sur un système hiérarchique impliquant la subordination des entités infra-étatiques et se caractérisant par la monopolisation de la puissance publique sur son territoire³⁵⁶, la Fédération est un système de gouvernement incomplet, institué en vue de la gestion en commun de certaines compétences. La pensée politique américaine, beaucoup plus pragmatique, peut apporter des éclaircissements à cet égard. Comme le note Mme Zoller, « pour elle, la souveraineté est dans le peuple, et la séparation entre les deux formes d'unité politique que sont l'Etat unitaire et la fédération d'Etats se fait non par la souveraineté, *mais bien par la notion d'Etat* »³⁵⁷. Il faut en effet bien comprendre que, pour les américains, si l'Union est considéré comme un Etat

³⁵² Elisabeth ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *op. cit.*, p. 64.

³⁵³ Charles CHAUMONT, « Recherche sur le contenu irréductible du concept de souveraineté », *op. cit.*, p. 137.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 139.

³⁵⁵ Jérôme ROUX, *Le principe de la souveraineté de l'Etat dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Montpellier I, 1998, 613 pages, spéc. p. 551.

³⁵⁶ Cf. pour M. Olivier Beaud, « vue de l'extérieur, la Fédération ressemble à un sujet de droit international. Mais, à l'intérieur, il lui manque le pouvoir suprême de domination sur l'ensemble du territoire puisqu'elle se heurte à l'existence des Etats membres dont elle doit respecter les droits ». Olivier BEAUD, « Fédéralisme et souveraineté, notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP*, 1998, p. 105.

³⁵⁷ Elisabeth ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *op. cit.*, p. 64 (souligné par nous).

sur le plan international, elle n'est jamais qualifiée d'Etat au plan du droit interne. Pour eux, « le gouvernement fédéral n'est pas un "Etat" au sens du droit constitutionnel, mais le *gouvernement* d'une fédération d'Etats. [...] Le système fédéral américain n'est pas, comme l'Etat au sens du droit interne, cette forme d'organisation politique qui a progressivement monopolisé à son profit la régulation de l'ensemble de la société »³⁵⁸.

129.- Quant à la théorie de la « compétence de la compétence », censée pouvoir répondre de manière infaillible à la question de savoir qui, dans une forme d'Etat composée, dispose de la souveraineté, elle semble être d'une utilité plus que réduite³⁵⁹. En effet, le seul intérêt de cette théorie est de distinguer entre un Etat, reposant sur le pouvoir constituant du peuple, et une organisation internationale, dont l'acte fondateur n'est pas un acte du pouvoir constituant populaire, mais un traité adopté par les Etats membres. Au-delà, elle semble impuissante à rendre compte de la réalité. En effet toute Fédération véritable cherche à bâtir une union politique durable entre des entités politiques souhaitant conserver ce caractère. Dans cette optique, l'essentiel est d'éviter que l'un des niveaux ait la capacité d'étendre ses compétences au détriment de l'autre. Pour reprendre l'exemple des Etats-Unis, Mme Elisabeth Zoller affirme qu'« ils forment un ensemble dans lequel l'Union et les Etats s'hétéro-limitent réciproquement de sorte que ni la première ni les seconds n'ont la "puissance étatique" [ici entendue comme synonyme de compétence de la compétence] »³⁶⁰. Dans la Fédération, parler de « compétence de la compétence » en lien avec l'un des deux niveaux de gouvernement est tout simplement un non-sens, dans la mesure où seul le pouvoir constituant bénéficie du pouvoir de modifier la répartition des compétences.

130.- S'il est juste de dire, comme l'affirme M. Olivier Beaud, que l'idée de Fédération doit se construire sans la notion de souveraineté, il nous semble que la Fédération récuse seulement la notion de souveraineté de l'Etat, mais nullement celle de souveraineté du peuple. En effet, dès lors que la souveraineté du peuple n'a d'effet qu'à l'extérieur de l'ordre juridique, qu'elle constitue, il devient possible de penser la Fédération autrement qu'à travers

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 61.

³⁵⁹ Voir en ce sens Jean-Paul JACQUE, « Le projet de traité établissant une constitution pour l'Europe. Constitutionnalisation ou révision des traités », in Paul DEMARET, Inge GOVAERE et Dominik HANF (éd.), *30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe*, Bruxelles, Presses interuniversitaires européennes, 2005, pp. 41-52, spéc. p. 50.

³⁶⁰ Elisabeth ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *op. cit.*, p. 68.

le prisme de la souveraineté entendue comme « compétence de la compétence » ou à travers celui de la souveraineté-puissance publique. Le peuple souverain, par l'acte constituant, peut très bien décider de répartir les droits de puissance publique entre deux niveaux de gouvernement sans qu'il donne à l'un la prééminence sur l'autre. Dans ce cas, aucun des deux niveaux ne pourra être qualifié de souverain mais le peuple, lui, conserve la souveraineté constituante. Le pouvoir constituant du peuple n'est donc pas, selon nous, réductible à l'Etat, mais peut fonder une Fédération d'Etats.



131.- Si le concept de pouvoir constituant semble indissolublement lié aux notions de peuple et de constitution, qui désignent respectivement le titulaire de ce pouvoir et l'objet sur lequel il s'exerce, le lien avec les notions d'Etat et de souveraineté peut être réévalué sans que le concept de pouvoir constituant ne soit substantiellement altéré. En effet, l'Etat n'est que la forme contemporaine d'institutionnalisation du pouvoir politique et, partant, il peut être soutenu que le concept de pouvoir constituant n'est lié à l'Etat que de manière contingente. Quant à la souveraineté, si l'apparition du pouvoir constituant est traditionnellement décrite comme résultant du transfert de la souveraineté au peuple, il convient de noter que cette notion a subi une mutation fondamentale du fait de ce changement de titulaire. La souveraineté ayant été remise à une entité collective – le peuple – ne pouvant exercer lui-même le pouvoir, celle-ci ne peut dès lors être définie comme un pouvoir absolu de commander.

Cette première conclusion est fondamentale dans la mesure où elle permet d'envisager la transposition du concept de pouvoir constituant à l'Union européenne, alors même que cette entité ne peut être qualifiée d'Etat. L'essentiel pour que l'on puisse identifier le concept de pouvoir constituant au sein de l'Union européenne sans que cette notion soit pour autant diluée à l'extrême est de caractériser un acte constituant adopté par le peuple, ces deux notions étant elles-mêmes susceptibles d'être redéfinies.

132.- En effet, et c'est là notre seconde conclusion, le concept de pouvoir constituant, s'il implique nécessairement la caractérisation d'un acte constituant et d'un titulaire conçu comme étant le peuple, peut se satisfaire d'une définition large de ces deux caractéristiques. Ainsi, de même que la constitution, objet du pouvoir constituant, ne doit pas forcément être entendue comme un acte unilatéral, son titulaire, le peuple, peut être défini comme un ensemble composé de plusieurs peuples, sans que le pouvoir constituant perde sa nature intrinsèque.

CONCLUSION DU CHAPITRE PRELIMINAIRE

133.- Les révolutions américaine et française, à l'origine du concept de pouvoir constituant, ne se sont pas limitées à transférer la souveraineté du roi au peuple, transfert dont résulte le concept de pouvoir constituant. En conférant la souveraineté à un nouveau titulaire qui ne pouvait pas l'exercer lui-même, les révolutions de la fin du XVIII^e siècle ont généré une nouvelle définition de la souveraineté. Si celle-ci a gardé l'essentiel de ses caractéristiques (puissance originaire, absolue et inaliénable), elle ne s'applique plus au détenteur du pouvoir de commander, mais constitue le *fondement* de ce pouvoir. Fusionnant la question de la légitimité de l'exercice du pouvoir et celle de sa légalité, le concept de pouvoir constituant s'efforce de permettre l'autogouvernement du peuple. L'acte constituant, expression juridique de la souveraineté constituante du peuple, est tout à la fois l'acte par lequel le peuple, par une décision collective, manifeste son unité en tant que peuple et met en place l'ordre juridique qu'il se donne pour se gouverner.

134.- Cette nouvelle définition de la souveraineté permet d'envisager l'application du concept de pouvoir constituant à des formes d'associations politiques autres qu'étatiques, dans la mesure où la souveraineté appartient désormais au peuple, juridiquement distinct de l'Etat et antérieur à celui-ci. Cette perspective implique en retour la possibilité de réévaluer les notions de peuple et de constitution, qui constituent le noyau dur du concept de pouvoir constituant. En effet, dès lors que le concept de pouvoir constituant n'est plus indissolublement lié à l'Etat, il peut fonder des formes d'association politiques caractérisées par le pluralisme. Si le pouvoir constituant est alors toujours le pouvoir du peuple d'adopter la constitution, la signification de ces deux termes peut être renouvelée, le peuple pouvant être lui-même composé d'une pluralité de peuples et la constitution pouvant exister comme acte plurilatéral émanant de ces peuples réunis.

135.- Cette nouvelle lecture du concept de pouvoir constituant, permise par l'analyse historique de l'apparition de ce concept, constituait le préalable indispensable à sa transposition dans la sphère des Communautés et de l'Union européenne. Si une recherche sur le pouvoir constituant européen est envisageable sans que ce concept subisse une trop forte dénaturation, c'est à la condition de pouvoir identifier les deux notions qui en

constituent le noyau incompressible, à savoir la constitution et le peuple. Or, la rigueur juridique impose de considérer que ce concept fait actuellement défaut au sein de l'ordre juridique communautaire, celui-ci reposant sur des traités négociés et conclus par les Etats membres. C'est donc d'un évitement du pouvoir constituant européen, lié au choix de la méthode fonctionnaliste par les Pères fondateurs de la construction européenne, dont il sera question dans la première partie de cette étude.

PREMIERE PARTIE

L'EVITEMENT FONCTIONNALISTE DU POUVOIR CONSTITUANT EUROPEEN

136.- Conformément à la grille de lecture définie dans le chapitre préliminaire de cette étude, la recherche du pouvoir constituant européen doit s'attacher à identifier tant son objet, la constitution, que son titulaire, le peuple. Or, fondé sur des traités conclus par les Etats membres, l'ordre juridique communautaire semble exclure le concept de pouvoir constituant dans ses deux caractéristiques.

Si le concept de pouvoir constituant ne peut être identifié au sein de l'ordre juridique communautaire dans sa physionomie actuelle, une explication doit tout de même être fournie au phénomène, décrit par la majorité de la doctrine, de « constitutionnalisation »³⁶¹ de cet ordre juridique. Le terme « constitutionnalisation », auquel fait écho la notion de « développement constitutionnel » (*Verfassungsentwicklung*) bâtie par la doctrine allemande³⁶², est utilisé pour décrire le fait que les traités fondateurs de l'ordre juridique communautaire et européen ont, au fur et à mesure du mouvement d'intégration européenne, développé les caractéristiques des constitutions étatiques et, par voie de conséquence, que l'ordre juridique communautaire s'est progressivement mué en un système politique fondé sur des bases constitutionnelles. La constitutionnalisation, qui visait initialement les textes fondateurs, s'est ainsi propagée à l'ordre juridique dans sa globalité et est à l'origine d'un véritable ordre constitutionnel, qui se distingue cependant des ordres constitutionnels étatiques par deux caractéristiques majeures. En effet, cet ordre constitutionnel ne repose pas sur une constitution adoptée par un peuple mais sur un traité, qui est formellement l'œuvre des Etats. Le phénomène de constitutionnalisation a donc réussi la gageure de produire un objet constitutionnel sans l'intervention directe du peuple, titulaire du pouvoir constituant. Le processus d'intégration européenne est ainsi caractérisé par un décalage entre objet et titulaire du pouvoir constituant qui a pris forme lors de la fondation des traités de Rome et de Paris et

³⁶¹ Selon M. Weiler, « constitutionalization implies a combined and circular process by which the treaties were interpreted by techniques associated with constitutional documents rather than multi-partite treaties and in which the treaties both as cause and effect assumed the higher law attributes of a constitution » [la constitutionnalisation décrit le processus combiné et circulaire par lequel les traités ont été interprétés par le biais de techniques traditionnellement réservées aux textes constitutionnels plutôt qu'aux conventions internationales, la cause (mais aussi la conséquence) étant que les traités présentent les attributs normatifs d'une constitution]. Cf. Joseph H. H. WEILER, « Supranationalism revisited – a retrospective - the European Communities after 30 years », in Werner MAIHOFER (Dir.), *Noi si mura, selected working papers of the European University Institute*, Florence, European University Institute, 1986, pp. 341-396, spéc. p. 382.

³⁶² Sur cette notion voir notamment Jörg GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe. Modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des Communautés et de l'Union européennes*, thèse, Strasbourg, 1996, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1997, 425 pages, spéc. pp. 203 et s.

qui perdure encore aujourd'hui³⁶³. Ce décalage n'est cependant pas le produit aléatoire d'un développement juridique anarchique. Il a été consciencieusement orchestré par les fondateurs eux-mêmes, suivant en cela la méthode fonctionnelle définie par Jean Monnet, dont le processus d'intégration constitue la traduction juridique.

La méthode dite des « petits pas » a ainsi été transposée au développement constitutionnel européen lui-même, le recours au concept de pouvoir constituant étant exclu et remplacé par l'action des Etats fondant l'ordre juridique communautaire sur la base de traités internationaux. Ce pouvoir des Etats peut être qualifié de « pouvoir fondateur », concept bâti en opposition au concept de pouvoir constituant et qu'il conviendra de définir (titre 1). Ce pouvoir fondateur des Etats, conformément à la visée fédéraliste de l'entreprise communautaire, a donné naissance à un objet constitutionnel en devenir, appelé à se développer et à s'enrichir progressivement par l'action d'une « fonction constituante » trouvant son fondement dans les traités eux-mêmes (titre 2).

L'évitement du pouvoir constituant européen se donne alors à voir dans l'action combinée de ce pouvoir fondateur des Etats et de cette fonction constituante, qui doivent être rigoureusement distingués du concept de pouvoir constituant.

³⁶³ En témoigne la résurgence de la méthode fonctionnelle d'intégration après l'échec du processus de ratification du traité établissant une constitution pour l'Europe. Le Conseil européen de Bruxelles des 21, 22 et 23 juin 2007 s'est en effet prononcé pour l'adoption d'un traité simplifié, afin que, selon les termes mêmes de l'un des initiateurs de ce traité (le président français Nicolas Sarkozy), l'Union européenne se dote rapidement des moyens de « fonctionner ».

TITRE 1.

L'ÉVITEMENT IMPLIQUE PAR L'EXISTENCE D'UN POUVOIR FONDATEUR DES ÉTATS

137.- L'affirmation selon laquelle la fondation de l'ordre juridique communautaire est une traduction de la souveraineté internationale des Etats membres des Communautés européennes peut être vérifiée à deux niveaux. Tout d'abord, les Etats apparaissent comme les « Maîtres des traités » originaires, leur conclusion étant placée sous le signe du droit international. Ensuite, l'acte auquel ils ont donné naissance était bien une convention internationale, régie comme telle par le droit international. Les critères permettant de caractériser le concept de pouvoir constituant, à savoir le titulaire de ce pouvoir (le peuple) et l'objet sur lequel il s'exerce (une constitution), ne trouvent pas à s'appliquer en ce qui concerne la fondation de l'ordre juridique communautaire. Par conséquent, l'utilisation que font certains auteurs³⁶⁴ du concept de pouvoir constituant pour qualifier le pouvoir des Etats d'adopter l'acte constitutif d'une organisation internationale nous paraît contestable, en ce qu'elle méconnaît précisément les liens indissolubles existant entre ce concept et les notions de peuple et de constitution.

138.- Cependant, l'appréhension des traités originaires en tant que « constitution », ou « charte constitutionnelle de base »³⁶⁵ de l'ordre juridique communautaire permet de renouveler le débat, en localisant au sein de l'ordre juridique communautaire un objet constitutionnel émanant des Etats. De ce fait, il peut être soutenu que les Etats ont exercé, lors de l'adoption des traités originaires formant la constitution de l'ordre juridique communautaire, un « pouvoir fondateur ». Celui-ci, dans la mesure où il a donné naissance à

³⁶⁴ Cf. Constance CHEVALLIER-GOVERS, « Actes constitutifs des organisations internationales et constitutions nationales », *RGDIP* 2001, pp. 373-412.

³⁶⁵ CJCE, 23 avril 1986, « Les Verts » c/ Parlement, aff. 294/83, *Rec.* p. 1339, spéc. pt. 23. Voir aussi CJCE, 14 décembre 1991, Accord sur la création de l'Espace économique européen, avis 1/91, *Rec.* p. 6079, spéc. pt. 21.

un objet constitutionnel, peut être considéré comme l'équivalent fonctionnel du concept de pouvoir constituant (chapitre 1). Ce pouvoir des Etats ne peut toutefois être assimilé au concept de pouvoir constituant du fait de son incomplétude. L'identification d'un objet constitutionnel ne saurait en effet suffire à caractériser le concept de pouvoir constituant dès lors que cet acte constituant ne peut être considéré comme étant l'œuvre du peuple. Or les traités fondateurs de l'ordre juridique communautaire sont à porter au crédit des Etats et la participation de leurs peuples à l'opération de fondation par le biais des ratifications et des révisions constitutionnelles nationales ne saurait pallier cette lacune au regard du concept de pouvoir constituant (chapitre 2).

Chapitre 1.

Le pouvoir fondateur des Etats, équivalent fonctionnel du pouvoir constituant

139.- Selon la méthode fonctionnaliste prônée par les Pères fondateurs de la construction européenne, la « Fédération européenne » seule susceptible de préserver la paix en Europe ne s'est pas faite « d'un coup, dans une construction d'ensemble [mais] par des réalisations concrètes, créant d'abord une solidarité de fait »³⁶⁶. Le choix de cette méthode est cependant ambigu en ce qu'il affecte de rompre avec les mécanismes emblématiques de la méthode « fédérale-constitutionnelle », tels que le concept de pouvoir constituant, tout en tentant de reproduire leurs résultats. Ce sont donc les Etats qui, en adoptant les traités originaires, ont mis en place la « constitution » de l'ordre juridique communautaire, évinçant ainsi le recours au concept de pouvoir constituant.

Si l'objet consubstantiel au concept de pouvoir constituant (la constitution) peut ainsi être localisé, il n'en va pas de même de son titulaire (le peuple), dans la mesure où les Etats sont juridiquement les auteurs des traités originaires. En même temps, le droit international ne possède pas de terme permettant de spécifier, parmi les actes des Etats ayant pour but l'adoption de traités internationaux classiques, ceux dont l'objet est l'adoption d'une constitution. Certains auteurs proposent donc de faire prévaloir la nature « constitutionnelle » du traité considéré, et de nommer « pouvoir constituant » le pouvoir des Etats qui s'exerce lors de son adoption³⁶⁷. Cependant, cette solution n'est selon nous pas satisfaisante dans la mesure où elle fait l'impasse sur l'un des attributs majeurs du concept de pouvoir constituant, à savoir qu'il doit être l'émanation de la volonté populaire.

³⁶⁶ Voir le discours prononcé par Robert Schuman, dans le Salon de l'horloge du Quai d'Orsay, le 9 mai 1950.

³⁶⁷ Voir à cet égard l'article de Constance CHEVALLIER-GOVERS, « Actes constitutifs des organisations internationales et constitutions nationales », *RGDIP* 2001, pp. 373-412.

140.- L'analyse institutionnelle développée par Maurice Hauriou et particulièrement la notion de fondation qui la complète peuvent cependant permettre de renouveler le débat. En effet, c'est bien un « pouvoir fondateur », au sens où l'entendait Maurice Hauriou, qui a donné naissance aux trois Communautés. Qualifier de pouvoir fondateur le pouvoir des Etats membres permet sans nul doute d'enrichir l'analyse, dans la mesure où, bien que distinct par nature du pouvoir constituant, les deux concepts entretiennent certaines similitudes qu'il convient de mettre à jour.

Tout d'abord, bien que relevant formellement du droit international, les traités originaires possèdent certaines caractéristiques, tant matérielles que formelles, qui autorisent à les analyser comme formant la « constitution » de l'ordre juridique communautaire et ce, dès leur adoption. A rebours de la distinction traditionnellement faite entre traité et constitution, l'un étant généralement considéré comme l'exacte antithèse de l'autre, nous proposons en effet de dissocier la norme constitutionnelle de l'acte dont elle peut être issue (et qui peut être un acte unilatéral, mais aussi un contrat, conclu entre des Etats ou des peuples)³⁶⁸. Le pouvoir fondateur des Etats peut alors être considéré comme ayant la même fonction que le concept de pouvoir constituant, à savoir l'adoption de la constitution de l'ordre juridique considéré (section 1).

De même, à l'image du concept de pouvoir constituant, le pouvoir fondateur des Etats a pour but l'institutionnalisation d'une idée d'œuvre et sa protection à l'égard des organes chargés de la mettre en œuvre. En témoigne le statut spécifique du pouvoir de révision au sein de l'ordre juridique communautaire, qui a été conçu dès l'origine pour garantir la perpétuation de cette idée d'œuvre, transposant en cela les enseignements issus du constitutionnalisme visant à limiter l'action du pouvoir de révision (section 2).

L'évitement du concept de pouvoir constituant réside alors dans le fait que l'adoption de la « constitution » de l'ordre juridique communautaire résulte de l'action du pouvoir fondateur des Etats qui, même s'il emprunte au pouvoir constituant certaines de ses caractéristiques, ne peut lui être assimilé.

³⁶⁸ Louis Le Fur, dans sa thèse de doctorat, acceptait déjà le principe de cette distinction, lorsqu'il affirme que « de la formation contractuelle d'un rapport de droit ne résulte nullement la nature contractuelle de ce rapport », Louis LE FUR, *Etat fédéral et confédération d'Etats*, op. cit., p. 580. Voir aussi, pour une application de cette distinction aux traités internationaux, Paul REUTER, « The operational and normative aspects of treaties », *Israel Law Review*, n° 20/1985, pp. 123-136. Voir de même Jean-Paul JACQUE, « Acte et norme en droit international public », *RCADI*, tome 227 (1991), pp. 357-417.

SECTION 1 : L'ADOPTION PAR LES ÉTATS DE LA « CONSTITUTION » DE L'ORDRE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE

141.- Conformément au concept de pouvoir constituant dont il constitue, au sein de l'ordre juridique, l'équivalent fonctionnel, le pouvoir fondateur des Etats s'est exercé sur les traités communautaires, qui peuvent être considérés comme la « constitution » de l'ordre juridique communautaire.

Il convient de noter qu'il s'agit ici de montrer que les traités fondateurs de l'ordre juridique communautaire peuvent être, *dès leur adoption*, qualifiés de constitution des Communautés. En effet, si l'analyse « constitutionnelle » des traités communautaires est courante à compter de l'adoption du traité de Maastricht³⁶⁹, notre étude, qui tend à qualifier le pouvoir qu'ont exercé les Etats lors de l'adoption des traités fondateurs, doit faire abstraction des développements ultérieurs du droit communautaire pour n'embrasser que leurs dispositions originelles. S'il est indéniable que les traités originaires doivent être compris, malgré l'originalité de certaines de leurs dispositions, comme des traités internationaux au sens du droit international (I.) cette affirmation ne nous paraît pas incompatible avec la caractérisation d'une dimension constitutionnelle de ces normes (II.).

I. LE « PATRIMOINE GENETIQUE INTERETATIQUE »³⁷⁰ DES TRAITES ORIGINAIRES

142.- Le traité, selon M. Pierre-Marie Dupuy, peut être défini comme « l'expression de volontés concordantes, émanant de sujets de droit dotés de la capacité requise, en vue de produire des effets juridiques régis par le droit international »³⁷¹. Les traités communautaires ne dérogent en aucune façon à cette définition. Ce sont en effet des traités multilatéraux, conclus par six « Hautes Parties Contractantes » ayant la qualité étatique³⁷², et constitutifs d'organisations internationales : les Communautés européennes. La catégorie de traité étant

³⁶⁹ Voir par exemple Marie-Françoise LABOUZ (Dir.), *Les accords de Maastricht et la constitution de l'Union européenne*, actes de la septième journée d'actualité internationale organisée à Nanterre le 27 juin 1992, Paris, Montchrestien, 1992, 241 pages.

³⁷⁰ Cf. Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3^{ème} édition, 2001, spéc. p. 79.

³⁷¹ Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 8^{ème} édition, 2006, 849 pages, spéc. p. 259.

³⁷² Selon l'article 6 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, « tout Etat a la capacité de conclure des traités ».

définie exclusivement par ses caractéristiques formelles, l'étude de la procédure d'adoption des traités communautaires devrait suffire à entraîner la qualification de traité (A.), nonobstant la présence de dispositions originales au regard du droit international (B.).

A. La procédure internationale de conclusion des traités originaires

La conclusion des trois traités communautaires peut être envisagée sous l'angle du droit international, qui distingue généralement deux phases : l'élaboration du texte de la convention et l'expression, par l'Etat, du consentement à être lié par le traité. Selon les traités originaires, la dernière phase requiert la ratification des traités par les autorités nationales constitutionnellement compétentes³⁷³. L'échec du traité instituant la Communauté européenne de défense témoigne de l'importance primordiale de cette exigence.

1. La conclusion du traité de Paris

143.- Dans un discours historique du 9 mai 1950, Robert Schuman propose à l'Allemagne ainsi qu'aux autres pays d'Europe la mise en commun de leur production de charbon et d'acier. Suite à cette déclaration, cinq Etats acceptèrent avec enthousiasme de négocier avec la France, l'Angleterre renonçant à se rallier à ce projet. La négociation du texte du traité s'est faite, comme pour la plupart des traités multilatéraux, au sein d'une conférence intergouvernementale réunissant les délégations des six pays³⁷⁴. Cette conférence, qui s'est réunie à Paris du 20 juin 1950 au 18 avril 1951, avait pour mission de proposer aux gouvernements les moyens de mettre en œuvre le plan Schuman.

Les négociations du traité CECA révèlent la prégnance de la méthode diplomatique. Sous la présidence de Jean Monnet, les négociateurs ont tout d'abord réglé les questions institutionnelles, les délégués du Bénélux ayant œuvré pour la création d'un organe intergouvernemental chargé de contrebalancer les pouvoirs de la Haute autorité. Après avoir

³⁷³ Konrad Adenauer, qui avait bien vu l'objectif éminemment politique du plan Schuman, insiste dans son discours du 13 juin 1950, devant le Bundestag, sur le fait que le traité CECA serait ratifié par les Parlements nationaux. Cf. « *In der Erklärung des französischen Kabinetts ist ausdrücklich betont worden, daß Staatsverträge abgeschlossen werden sollen, die von den Parlamenten ratifiziert werden müssen, so daß also Sie, meine Damen und Herren vom Bundestag, wenn die Dinge gereift sind, das ganze Material erhalten werden und Sie dann die Entscheidung darüber zu treffen haben, ob der Vertrag angenommen oder abgelehnt wird* ». *In Verhandlungen des deutschen Bundestages*, Sitzung vom 13. Juni 1950. 1950, N° 4, p. 2459.

³⁷⁴ Les délégations étaient dirigées par Walter Hallstein (Allemagne), Maximilian Suetens (Belgique), Jean Monnet (France), Paolo Emilio Taviani (Italie), Albert Wehrer (Luxembourg), Dirk Spierenburg (Pays-Bas).

failli achopper sur l'épineuse question de la décartellisation de l'industrie lourde allemande³⁷⁵, les discussions ont abouti à un texte paraphé le 19 mars 1951 par les délégués nationaux. Le paraphe n'ayant en droit international qu'une valeur provisoire, la signature est intervenue à Paris le 18 avril 1951, après un dernier examen du texte au niveau ministériel afin de régler certaines questions sensibles³⁷⁶. Comme le note Jean Monnet dans ses mémoires, « [les ministres] avaient décidé, mais six Parlements nationaux devaient maintenant ratifier. Il nous faudrait une longue patience »³⁷⁷.

144.- Si la signature peut parfois constituer à elle seule l'expression du consentement de l'Etat à être lié par un traité (c'est le cas pour la catégorie des accords en forme simplifiée), il en va autrement pour les accords conclus en forme solennelle pour lesquels la ratification est requise. C'est le cas du traité CECA, dont l'article 99 dispose : « Le présent traité sera ratifié par tous les Etats membres, en conformité de leurs règles constitutionnelles respectives ; les instruments de ratification seront déposés auprès du Gouvernement de la République Française ». Dans les six pays considérés, les ratifications ont emprunté la voie parlementaire. Les peuples des Six n'ont donc donné leur assentiment aux traités communautaires que par la voix de leurs représentants. Déjà à cette époque, des voix s'élèvent pour critiquer l'absence d'association du peuple à un débat jugé essentiel. Ainsi, Emile Roche, membre du Conseil économique français, dénonce la technicité du traité et l'opacité de sa conclusion. « Avant que l'opinion et les parlementaires aient eu le temps d'étudier vraiment un texte long et difficile, les ministres des Affaires étrangères des six pays intéressés y apposaient leurs signatures. [...] Ce mépris des techniciens pour le vulgaire, cette volonté de travailler en secret et sans tenir compte de la volonté des peuples, [...] nous les retrouvons aujourd'hui. Ne sommes-nous pas en droit d'assurer que nous les retrouverons, demain, au sein de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, et d'examiner à la

³⁷⁵ Voir à ce titre la lettre de Jean Monnet à Robert Schuman, en date du 22 janvier 1951, dans laquelle il expose les divergences de fond relatives aux articles 60 et 61 du projet de traité (règles relatives aux cartels et aux concentrations), in *Jean Monnet, Robert Schuman, Correspondance 1947-1953*, Lausanne, Fondation Jean Monnet pour l'Europe, 1986, pp. 97-100. Voir aussi Jean MONNET, *Mémoires*, Paris, Fayard, 1976, 642 pages, spéc. p. 410-412.

³⁷⁶ Il s'agit des questions relatives au nombre de membres de la Haute autorité, au quorum pour les délibérations de la Haute autorité et du Conseil, et au nombre de voix de chaque Etat au sein du Conseil et de l'Assemblée.

³⁷⁷ Jean MONNET, *Mémoires, op. cit.*, p. 418.

lumière de cette hypothèse et de cette expérience les institutions nouvelles qu'on nous propose, qu'on voudrait nous imposer? »³⁷⁸.

145.- En dépit de ces critiques, la ratification parlementaire du traité CECA est obtenue sans réelles difficultés dans les cinq pays ayant accepté la proposition française³⁷⁹.

Le Conseil d'Etat luxembourgeois, saisi de la constitutionnalité de la loi approuvant la ratification du traité de Paris, donne son accord de principe dans un avis du 9 avril 1952³⁸⁰. Après avoir relevé que « l'organisation interétatique que constitue le Traité ne tombe certainement pas sous les prévisions de notre Loi fondamentale », la haute juridiction luxembourgeoise note que « les notions d'indépendance et de souveraineté ont évolué en marge des textes constitutionnels ». C'est sur la base de cette « coutume constitutionnelle » que le Conseil d'Etat retient la conformité du projet de loi de ratification à la constitution.

En France, en revanche, le traité se heurte à l'hostilité des communistes et des gaullistes inquiets du caractère supranational de la Haute autorité. Après avoir posé à deux reprises la question de confiance, le gouvernement obtient le vote du projet par l'Assemblée nationale le 13 décembre 1951. Au Conseil de la République, les opposants au traité sont encore plus nombreux et l'adoption du projet de loi autorisant le Président de la République à ratifier le traité n'intervient que le 1^{er} avril 1952. Une fois les ratifications intervenues, et les instruments de ratification déposés auprès du gouvernement français, le traité CECA entra en vigueur, le 25 juillet 1952, pour une période de cinquante ans.

³⁷⁸ Propos repris in « Le plan Schuman : le traité clandestin ou le règne de la technocratie », *La libre Belgique*, 11 novembre 1951, p. 1.

³⁷⁹ En Allemagne, le projet de loi portant ratification du traité est adopté par le Bundestag le 11 janvier 1952, et par le Bundesrat le 1^{er} février 1952, malgré l'hostilité des communistes et des sociaux-démocrates. En Belgique, le texte fut ratifié par le Sénat le 5 février 1952, puis par la Chambre des députés le 12 juin 1952, les socialistes, inquiets des répercussions de la CECA sur l'industrie minière de leur pays, s'étant abstenus. En Italie, le Sénat a adopté, le 15 mars 1952, le projet de loi par vote assis et levé tandis que la Chambre des députés ratifia le texte le 16 juin 1952. Au Luxembourg, la Chambre des députés a adopté le 13 mai 1952 le projet de loi approuvant le Plan Schuman. Aux Pays-Bas, la Seconde Chambre des États-Généraux a adopté, le 31 octobre 1951, le projet de loi tandis que le 19 février 1952, la Première Chambre des États-Généraux s'exprimait en faveur du texte.

³⁸⁰ Avis du 9 avril 1952 du Conseil d'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, disponible sur le site www.ena.lu

2. L'échec du traité instituant la CED

146.- L'importance de la phase de ratification, signe de la prééminence de la volonté étatique, découle *a contrario* de l'échec du traité instituant la Communauté européenne de défense (CED).

Le projet de CED est né des craintes françaises au sujet du réarmement allemand, vivement souhaité par les américains dans la perspective de la Guerre froide. L'une des solutions afin de contrôler ce réarmement était de l'encadrer dans une Communauté européenne de défense, bâtie sur les mêmes principes que la CECA. Dans cette optique, René Pleven, alors Président du Conseil, proposa en octobre 1950 « la création, pour la défense commune, d'une armée européenne rattachée à des institutions politiques de l'Europe unie »³⁸¹. Cinq pays (Allemagne, Belgique, France, Italie et Luxembourg) répondirent à l'invitation et commencèrent à négocier le traité le 15 février 1951, au sein de la Conférence de Paris. Plus de quinze mois furent nécessaires pour que les cinq délégations parviennent à un accord et le traité instituant la Communauté européenne de défense fut signé à Paris le 27 mai 1952.

Le texte du traité instaurait une armée européenne forte de quarante divisions (plus de 13 000 hommes), ainsi que des institutions spécifiques (un « commissariat » de la Communauté, instance supranationale, un Conseil des Ministres, une Assemblée commune et une Cour de Justice). De plus, l'article 38³⁸² du traité prévoyait que l'Assemblée parlementaire européenne devrait faire des propositions en vue de l'établissement d'une structure fédérale chargée de coordonner et de contrôler démocratiquement la future armée

³⁸¹ Discours de René Pleven devant l'Assemblée nationale, en date du 24 octobre 1950, *JORF*, octobre 1950, p. 7119.

³⁸² Article 38 : « §1. Dans le délai prévu au deuxième paragraphe du présent article, l'Assemblée étudie : a) la constitution d'une Assemblée de la Communauté européenne de défense, élue sur une base démocratique ; b) les pouvoirs qui seraient dévolus à une telle Assemblée ; c) les modifications qui devraient éventuellement être apportées aux dispositions du présent Traité relatives aux autres institutions de la Communauté, notamment en vue de sauvegarder une représentation appropriée des Etats.

Dans ses études, l'Assemblée s'inspirera notamment des principes suivants :

- l'organisation de caractère définitif qui se substituera à la présente organisation provisoire devra être conçue de manière à pouvoir constituer un des éléments d'une structure fédérale ou confédérale ultérieure, fondée sur le principe de la séparation des pouvoirs et comportant, en particulier, un système représentatif bicaméral ;
- l'Assemblée étudiera également les problèmes résultant de la coexistence de différents organismes de coopération européenne déjà créés ou qui viendraient à l'être, afin d'en assurer la coordination dans le cadre de la structure fédérale ou confédérale.

§2. Les propositions de l'Assemblée seront soumises au Conseil dans un délai de six mois à dater de l'entrée en fonctions de l'Assemblée. Avec l'avis du Conseil, ces propositions seront ensuite transmises par le Président de l'Assemblée aux Gouvernements des Etats membres, qui, dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle ils en auront été saisis, convoqueront une Conférence chargée d'examiner lesdites propositions ».

européenne. Cet article 38 fut d'ailleurs mis en application de manière anticipée, avant même que l'ensemble des ratifications soit acquis. Sur son fondement, une assemblée *ad hoc*, présidée par Paul-Henri Spaak, se réunit afin de préparer un projet de traité instituant une Communauté politique européenne (CPE). Cette assemblée rendit le 10 mars 1953 un projet d'inspiration nettement fédéraliste, qui allait pâtir de l'échec de la CED. Le projet est d'inspiration nettement fédérale, comme en témoignent les observateurs de l'époque³⁸³.

Le traité CED, conclu pour une période de cinquante ans ou « jusqu'à son remplacement par une organisation nouvelle résultant de l'établissement de la structure fédérale ou confédérale visée à l'article 38 »³⁸⁴, ne peut cependant entrer en vigueur qu'après la ratification de tous les pays signataires.

147.- Comme le traité de Paris, le traité instituant la CED prévoit, dans son article 131, qu'il devra être « ratifié et ses dispositions exécutées suivant les règles constitutionnelles de chaque Etat membre ».

Le caractère supranational fortement affirmé de la nouvelle Communauté proposée, ainsi que son objectif politique, a suscité de nombreux débats au sein des Etats signataires. Au Luxembourg, le Conseil d'Etat a été une nouvelle fois saisi de la constitutionnalité du projet de loi de ratification. La question est clairement formulée : les dispositions du traité instituant la CED, qui entraînent une « internationalisation des fonctions étatiques [...] sont-elles conciliables avec les textes de la Constitution qui font du Grand-duché un pays souverain et indépendant et qui réservent aux organes nationaux le pouvoir suprême de légiférer, de réglementer et de rendre la justice ? »³⁸⁵. Contrairement à son précédent avis du 9 avril 1952, le Conseil d'Etat luxembourgeois refuse de prendre en considération une éventuelle coutume constitutionnelle pour valider la loi de ratification. En effet, si le juge reconnaît l'existence de coutumes constitutionnelles *praeter legem*, il nie la possibilité de créer « du droit coutumier à l'encontre de la Constitution »³⁸⁶. Sans le secours de la coutume

³⁸³ Voir par exemple Noël HENRY, « Vers la fédération de l'Europe par l'armée intégrée », *Le Monde* du 17 février 1951, p. 1 : « Le projet d'armée européenne se présente ainsi comme une nouvelle tentative de création d'une Fédération réelle et efficace. S'il n'est pas directement question d'élaborer un pacte politique, on semble être dans la bonne voie ».

³⁸⁴ Cf. article 8 du traité instituant la CED.

³⁸⁵ Avis du 31 juillet 1953 du Conseil d'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, disponible sur le site www.ena.lu.

³⁸⁶ *Ibid.*

constitutionnelle, le traité instituant la CED ne peut qu'être déclaré inconstitutionnel³⁸⁷. Ne pouvant émettre de « veto » à l'encontre d'un traité³⁸⁸, le Conseil d'Etat a choisi dans cet avis d'approuver le texte qui lui était soumis, tout en exhortant le gouvernement à réviser la constitution. Cette recommandation du Conseil d'Etat sera suivie d'effets. Le 25 octobre 1956, un nouvel article 49 *bis* intitulé « des pouvoirs internationaux » est inséré dans le chapitre relatif à la puissance souveraine. Cet article permet désormais de déléguer temporairement, à une organisation internationale, « l'exercice d'attributions réservées par la constitution aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire ». L'article 37 de la constitution a lui aussi subi une modification, afin de renforcer les conditions de majorité exigées pour que de tels traités obtiennent l'approbation de la Chambre des députés. Cette réforme constitutionnelle sera mise en œuvre lors de la ratification des traités de Rome.

148.- Finalement, le traité instituant la CED est ratifié par l'Allemagne, la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas (ceux-ci s'étant ralliés au projet au cours de la négociation) au cours de l'année 1953. En France, une intense querelle idéologique divise les partis politiques, de sorte que l'Italie décide d'attendre le résultat du vote des députés français avant d'arrêter sa propre décision. Bien que l'Assemblée nationale ait donné son accord de principe au traité au mois de février 1952 (par 327 voix contre 287), le dépôt du projet de loi autorisant la ratification exacerbe les tensions. Au cours de l'année 1953, le Parti communiste français (PCF) et le Rassemblement du peuple français (RPF), créé par le général de Gaulle, unissent leurs efforts pour combattre le projet qui entraînerait à leurs yeux un abandon de souveraineté nationale inacceptable.

Dans ces conditions, les présidents successifs du Conseil repoussent toujours à plus tard la ratification du traité et Pierre Mendès-France, président du Conseil depuis le 17 juin 1954 tente *in extremis* d'obtenir la modification de certains aspects du traité. Faute d'avoir pu

³⁸⁷ Cf. Avis du 31 juillet 1953 précité : « le Traité a nettement pour objet d'organiser des pouvoirs et des procédures qui se meuvent en marge de la Constitution. Une portion importante des fonctions essentielles de l'Etat passe à des organes supranationaux appelés à légiférer, à décider et à juger souverainement. Dès lors, il est incontestable que, dans les dispositions qui précèdent, les textes du Traité et de la Constitution se trouvent en opposition ».

³⁸⁸ La procédure législative (applicable aux lois d'approbation des traités internationaux) prévoit en effet que tout projet de loi doit être soumis au Conseil d'Etat pour avis (article 83 *bis* de la constitution du Grand-Duché de Luxembourg), et que les lois doivent faire l'objet de deux votes à moins que la Chambre des députés, en accord avec le Conseil d'Etat, n'en décide autrement (article 59). Par conséquent, l'opposition du Conseil d'Etat à un projet de loi ne peut que retarder le vote d'une loi (en rendant le second vote obligatoire), et ménager ainsi un délai de réflexion au législateur.

obtenir ces amendements, Pierre Mendès-France refuse d'engager sa responsabilité politique et de poser la question de confiance de son gouvernement sur la ratification.

Finalement, le 30 août 1954, c'est par le vote d'une simple question préalable que l'Assemblée nationale écarte, par 319 voix contre 244, le traité instituant la CED³⁸⁹. Le parlement français n'ayant pas autorisé le Président à ratifier le traité CED, celui-ci n'a pu entrer en vigueur, conformément à la règle de droit international selon laquelle aucun Etat ne peut être lié sans son consentement. Après l'échec de la CED (et celui, qui suivra bientôt, de la CPE), l'intégration européenne semble dans une impasse. Pourtant, moins de trois années après le « crime du 30 août 1954 », les traités de Rome lui donnent un second souffle.

3. La conclusion des traités de Rome

149.- De nombreuses initiatives sont intervenues, dès 1954, afin de relancer l'intégration européenne. Ainsi, une résolution de l'Assemblée commune de la CECA en date du 2 décembre 1954 propose d'instaurer un groupe de travail pour relancer le processus de construction européenne³⁹⁰. Quelques temps après, ce sont les trois Etats du Bénélux qui proposent un plan visant à la création d'un marché commun³⁹¹. Lors de la conférence de Messine du 1^{er} juin 1955³⁹², les ministres des six Etats fondateurs confient l'étude de ce projet à un comité d'experts qui devra être coordonné par un homme politique. Le comité intergouvernemental présidé par Paul-Henri Spaak tiendra ses réunions au château de Val-Duchesse, près de Bruxelles, à partir du 9 juillet 1955. Le 23 avril 1956, le comité Spaak remet son rapport aux gouvernements des six Etats-membres de la CECA. Celui-ci sera

³⁸⁹ Le 28 août 1954 s'ouvre le débat sur la CED à l'Assemblée nationale. Une motion préjudicielle d'ajournement est déposée par les partisans de la CED. Ses détracteurs lui opposent une question préalable qui permet de rejeter le traité sans aucun débat. Pierre Mendès-France réussit à les faire retirer, mais le lendemain, la question préalable réapparaît. Cette procédure prévoit l'intervention de deux personnes, représentant les intérêts en jeu. Pour les opposants à la CED, c'est le radical Edouard Herriot, qui prend la parole. Cette intervention signera l'arrêt de mort de la CED. Voir les débats à l'Assemblée du 28 au 30 août, *JORF* du 29 août 1954, pp. 4379-4397 ; *JORF* du 30 août 1954, pp. 4398-4451 ; *JORF* du 31 août 1954, pp. 4455-4474.

³⁹⁰ Résolution n° 27 de l'Assemblée commune de la CECA en date du 2 décembre 1954, parue au *JOCE* du 11 décembre 1954.

³⁹¹ Voir le mémorandum des pays du Bénélux aux six Etats de la CECA, annexé au procès-verbal de la conférence de Messine du 1^{er} juin 1955, in *Archives nationales du Luxembourg*, AE 7689, disponible sur le site internet www.ena.lu.

³⁹² Le but initial de ce Conseil spécial des ministres était de trouver un remplaçant à Jean Monnet, anciennement président de la Haute Autorité, qui s'est démis de ses fonctions suite au refus français de ratifier le traité instituant la CED.

approuvé lors de la Conférence de Venise des 29 et 30 mai 1956³⁹³. Le rapport du comité Spaak, proposant l'élaboration de deux traités (un traité instituant un marché commun général et un traité créant une organisation européenne de l'énergie nucléaire), constitue la base des négociations qui seront menées par une conférence intergouvernementale.

150.- La méthode de négociation des traités communautaires commence à s'esquisser. Après l'impulsion initiale (ici donnée par la résolution de l'Assemblée parlementaire et le mémorandum du Bénélux), développée par un groupe d'experts (en l'espèce, le comité Spaak), la négociation du projet de traité est confiée à une conférence intergouvernementale composée des délégations des six pays. Les membres des délégations sont divisés en groupes de travail thématiques (le marché commun, l'Euratom), chaque délégation travaillant en étroite collaboration avec son ministre des affaires étrangères. Les chefs de délégation se réunissent périodiquement afin de faire le point sur les avancées et réservent les points qui font l'objet de désaccords à l'arbitrage des ministres des affaires étrangères³⁹⁴. La Conférence qui se réunit à Paris du 16 au 19 février 1957, réunissant experts, ministres des affaires étrangères et chefs de gouvernement est l'occasion de lever les derniers obstacles. Le 25 mars 1957, à Rome, au Capitole, dans la prestigieuse salle des Horaces et des Curiaces, sont signés les traités instituant la CEE et la CEEA, ainsi qu'une convention relative aux institutions communes³⁹⁵.

151.- Soucieux d'éviter un enlisement comparable à celui ayant entraîné l'échec de la CED, les gouvernements s'empressent de faire ratifier les traités de Rome.

En Allemagne, le traité, ayant conquis les chrétiens-démocrates, les sociaux-démocrates et une partie des libéraux, est massivement ratifié par le Bundestag le 5 juillet 1957 et par le Bundesrat le 19 juillet 1957.

³⁹³ Voir le communiqué de presse des ministres des affaires étrangères des Six, lors de la conférence de Venise des 29 et 30 mai 1956, in *Documents diplomatiques français*, Paris, Imprimerie nationale, 1988, tome I : 1956, 1er janvier-30 juin, p. 931.

³⁹⁴ Les ministres des affaires étrangères se sont réunis à Paris, les 20 et 21 octobre 1956, afin de débattre des questions laissées en suspens par les experts. Certaines questions n'ayant pu être résolues devront être traitées directement entre les chefs de gouvernement (cf. Communiqué de presse des ministres de affaires étrangères des Six lors de la Conférence de Paris des 20 et 21 octobre 1956, disponible sur le site www.ena.lu).

³⁹⁵ L'Assemblée parlementaire et la Cour de justice sont communes à la CEE, la CEEA et la CECA, tandis que le Comité économique et social est commun à la CEE et à la CECA.

En France, l'Assemblée nationale donne son accord (par 342 voix contre 239) à la ratification des traités, le 9 juillet 1957 et ce malgré l'opposition des gaullistes, des communistes, des poujadistes et d'une partie des radicaux. Le Conseil de la République donne son approbation le 23 juillet 1957 à une large majorité (222 voix contre 70). En Italie la Chambre des députés ratifie les traités le 30 juillet 1957 (par 311 voix contre 144 et 54 abstentions), le Sénat donnant son accord le 9 octobre 1957. Enfin, en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas, les assemblées parlementaires approuvent massivement les traités de Rome à l'automne 1957.

Ratifiés à de larges majorités, les traités CEE et CEEA sont entrés en vigueur le 1^{er} septembre 1958.

152.- Adoptés à l'unanimité des Etats membres après une procédure de négociation diplomatique, les traités communautaires sont placés sous le signe de l'ordre juridique international. Ils doivent donc recevoir la qualification de traité au sens du droit international. A cet égard, l'affirmation selon laquelle de nombreuses dispositions des traités originaux seraient inhabituelles voire inconnues du droit international ne pourrait emporter une qualification différente.

B. L'indifférence de la catégorie de « traité international » au contenu des traités

De nombreuses dispositions témoignent d'une originalité des traités communautaires par rapport aux conventions internationales « classiques ». De telles dispositions ne permettent toutefois pas de récuser la qualification de traité international, cette catégorie juridique étant définie avant tout par des critères formalistes, et ce d'autant plus qu'elles ne sont pas inconnues en droit international.

153.- Dès l'origine, les traités fondateurs déclarent dans leur préambule viser les peuples européens³⁹⁶. Le corollaire de cette reconnaissance des peuples européens est

³⁹⁶ Cf. préambule du traité instituant la CEE, dans lequel les Etats fondateurs se disent « déterminés à établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens ». Voir aussi le préambule du traité instituant la CECA : « résolu à substituer aux rivalités séculaires une fusion de leurs intérêts essentiels, à fonder par l'instauration d'une communauté économique les premières assises d'une communauté plus large et

l'ouverture de voies de recours permettant aux personnes physiques ou morales de saisir la juridiction communautaire en vue de juger un litige les opposant aux institutions communautaires³⁹⁷. Fait particulièrement remarquable au sein de l'ordre juridique international, l'existence de normes « *self-executing* » n'est cependant pas inconnue en droit international, et ne saurait suffire à emporter la qualification de constitution.

154.- Est aussi remarquable la structure institutionnelle mise en place par les traités. La superposition de trois institutions représentant des légitimités distinctes (le Conseil représentant la légitimité intergouvernementale, la Haute autorité des débuts, devenue la Commission, représentant l'intérêt général communautaire, et l'Assemblée, devenue Parlement européen, représentant la légitimité démocratique), est le signe d'une originalité indéniable de l'ordre juridique communautaire.

155.- De même, l'existence d'une Cour de justice chargée d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité »³⁹⁸ ainsi que l'étendue du système contentieux communautaire contrastent au sein de l'ordre juridique international, généralement caractérisé par des juridictions à la compétence facultative. Parmi les traits qui singularisent la juridiction communautaire par rapport aux juridictions internationales classiques, on peut en effet noter sa compétence obligatoire dès lors qu'elle est prévue par les traités³⁹⁹, l'exclusivité de la compétence de la Cour pour statuer sur les litiges qui lui sont attribués, empêchant tant l'intervention des juridictions nationales que celle d'autres juridictions⁴⁰⁰ et le fait que les arrêts de la Cour soient dotés d'une force exécutoire, non seulement dans l'ordre juridique communautaire, mais aussi dans les ordres juridiques internes⁴⁰¹. Bien que révélatrices de la volonté de dépasser le strict intergouvernementalisme,

plus profonde entre des peuples longtemps opposés par des divisions sanglantes, et à jeter les bases d'institutions capables d'orienter un destin désormais partagé [...] ».

³⁹⁷ Cf. art. 230 (ex-art. 173) CE pour le recours en annulation, art. 232 (ex-art. 175) CE pour le recours en carence, et art. 235 (ex-art. 178) CE pour les actions en responsabilité. Les personnes physiques peuvent aussi être concernées par les voies de recours ouvertes dans le cadre du contentieux de la fonction publique, cf. art. 236 (ex-art. 179) CE.

³⁹⁸ Article 220 TCE.

³⁹⁹ Au contraire, en droit international, la compétence des juridictions internationales est généralement subordonnée à une déclaration préalable d'acceptation de la part de l'Etat défendeur.

⁴⁰⁰ Cf. art. 292 (ex-art. 219) TCE : « les Etats membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du présent Traité à un mode de règlement autre que ceux prévus par celui-ci ».

⁴⁰¹ Voir les articles 244 (ex-art. 187) et 256 (ex-art. 192) TCE.

ces dispositions ne peuvent pas non plus accréditer la thèse selon laquelle l'ordre juridique communautaire aurait rompu les attaches le liant à l'ordre juridique international.

156.- Pour certains auteurs, la procédure de révision prévue par les traités communautaires marquerait la spécificité de cet ordre juridique par rapport au droit international. M. Hans Jürgen Lambers relève ainsi deux particularités de la procédure de révision : d'une part, le fait que les Etats ne soient plus maîtres de décider de la convocation d'une conférence intergouvernementale (cette convocation résulte en effet d'une décision majoritaire du Conseil, organe communautaire) et, d'autre part, la place réservée à l'intervention des institutions communautaires aux stades de l'initiative et de l'élaboration des modifications⁴⁰².

Ces deux caractéristiques ne sont pourtant pas inconnues du droit international. En effet, si la Convention de Vienne de 1969, dans son article 40, paragraphe 2, prévoit que tout Etat partie à un traité « est en droit de prendre part à la décision sur la suite à donner » à une proposition de modification, le consentement unanime des Etats n'est pas exigé. De plus, de nombreuses organisations internationales confient au dépositaire le soin de convoquer une conférence de révision. Parfois, celui-ci dispose même d'une compétence discrétionnaire en la matière⁴⁰³. Toujours en ce qui concerne l'initiative de la révision, le droit international connaît des exemples de « clauses de rendez-vous », à l'image de celle prévue par le traité de Maastricht⁴⁰⁴. Ainsi, l'article 123 du statut de la Cour pénale internationale prévoit la convocation, par le secrétaire général de l'O.N.U., d'une conférence de révision dans les sept ans de son entrée en vigueur⁴⁰⁵. La décision de mettre en œuvre la procédure de révision ne semble donc pas être, aux yeux du droit international, une prérogative essentielle des Etats.

Il en va de même pour la participation des institutions communautaires à l'élaboration des amendements. M. Alain Pellet note ainsi qu' « en règle générale, les modifications aux

⁴⁰² Cf. Hans Jürgen LAMBERS, « Les clauses de révision des traités instituant les Communautés européennes », *AFDI*, 1961, pp. 593-631, spéc. pp. 596-597.

⁴⁰³ Cf. Article 97 du protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux : « toute Haute Partie contractante pourra proposer des amendements au présent protocole. Le texte de tout projet d'amendement sera communiqué au dépositaire qui, après consultation de l'ensemble des Hautes Parties contractantes et du Comité international de la Croix-Rouge, décidera s'il convient de convoquer une conférence pour examiner le ou les amendements proposés ».

⁴⁰⁴ Article N, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne : « une conférence des représentants des gouvernements des Etats membres sera convoquée en 1996 pour examiner, conformément aux objectifs énoncés aux articles A et B des dispositions communes, les dispositions du présent traité pour lesquelles une révision est prévue ».

⁴⁰⁵ Le statut de Rome du 17 juillet 1988 étant entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002, la conférence de révision devra être convoquée au mois de juillet 2009.

actes constitutifs des organisations internationales [...] sont discutées par le principal organe de celle-ci conformément à ses règles habituelles de procédure »⁴⁰⁶.

Présentes dans l'ordre juridique international, les procédures de révision des traités communautaires ne sauraient emporter la qualification de constitution, pas plus que la prohibition des réserves⁴⁰⁷, la conclusion des traités pour une durée illimitée (à l'exception du traité CECA, conclu pour une durée de cinquante ans), ou encore le silence des traités quant à la possibilité d'une dénonciation unilatérale.

157.- Certes, ces caractéristiques originales du droit communautaire dénotent une volonté d'opérer une distanciation par rapport au droit international. Cependant, dans la mesure où les traités se définissent par rapport au critère formel de leur adoption, cette circonstance ne saurait suffire à détacher les traités communautaires de l'ordre juridique international.

En revanche, cette même affirmation ne saurait selon nous empêcher la recherche d'une dimension constitutionnelle des traités communautaires. Comme nous l'avons montré précédemment⁴⁰⁸, nous pensons que les catégories de traité et de constitution ne sont pas les deux faces d'une même médaille, mais peuvent exister de manière cumulative⁴⁰⁹. Ainsi, la constitution peut exister sous la forme d'un traité, dès lors que certaines caractéristiques matérielles et formelles existent.

⁴⁰⁶ Patrick DAILLIER, Alain PELLET et Nguyen QUOC DINH, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7^{ème} édition, 2002, 1510 pages, spéc. p. 299. A titre d'exemple, les amendements aux Conventions de l'Organisation internationale du travail sont généralement élaborés par la Conférence générale du travail.

⁴⁰⁷ La prohibition des réserves a été explicitement consacrée par la Cour de justice, dans une ordonnance du 22 juin 1965, *San Michele c/ Haute Autorité de la CECA*, aff. 9/65, *Rec.* p. 35. Selon le juge communautaire : « il résulte des actes de ratification, par lesquels les Etats membres se sont engagés de façon identique, que tous les Etats ont adhéré au traité dans les mêmes conditions, définitivement et sans réserves autres que celles exprimées dans les protocoles additionnels ».

⁴⁰⁸ Voir *supra*, paragraphes 78.- et suivants.

⁴⁰⁹ Voir en ce sens Jean-Paul JACQUE, « Le projet de traité établissant une constitution pour l'Europe. Constitutionnalisation ou révision des traités », in Paul DEMARET, Inge GOVAERE et Dominik HANF (éd.), *30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe*, Bruxelles, Presses interuniversitaires européennes, 2005, pp. 41-52, spéc. pp. 44 et s.

II. LA DIMENSION CONSTITUTIONNELLE DES TRAITES ORIGINAIRES

En dépit de leur indiscutable « patrimoine génétique interétatique »⁴¹⁰, les traités fondateurs peuvent être appréhendés sous le prisme constitutionnel, du moins si on limite l'analyse à l'ordre juridique communautaire. D'une part, leur substance peut être, dans une certaine mesure, appréciée à l'aune de la conception matérielle de la constitution (A.). D'autre part, bien que non assimilables à la notion de constitution, définie comme « la loi fondamentale et suprême que se donne un peuple libre »⁴¹¹, les traités communautaires comprennent une dimension formelle qui autorise la comparaison avec la notion de constitution (B.).

A. La dimension matériellement constitutionnelle des traités originaires

La pertinence de l'assimilation de la substance des traités fondateurs à celle d'une constitution doit être mise à l'épreuve de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, qui déclare : « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » (1. et 2.). Si les prescriptions de cet article ne sont qu'imparfaitement remplies par les traités originaires, le fait qu'ils puissent être considérés comme « l'officialisation d'une idée de droit »⁴¹² permet tout de même de leur conférer une substance matériellement constitutionnelle (3.).

1. La séparation des pouvoirs dans l'ordre juridique communautaire

158.- Le principe libéral de la séparation des pouvoirs est classiquement compris comme emportant deux conséquences distinctes mais complémentaires : la séparation fonctionnelle des pouvoirs d'une part, impliquant que chaque fonction soit entièrement et exclusivement attribuée à une institution, et la séparation organique des pouvoirs, d'autre part, signifiant que les différentes institutions doivent être totalement indépendantes les unes

⁴¹⁰ Cf. Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 79.

⁴¹¹ Elisabeth ZOLLER, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 30.

⁴¹² Cf. Georges BURDEAU « Une survivance, la notion de constitution », in *L'évolution du droit public : études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 53-62, spéc. p. 57.

des autres⁴¹³. Sous cet angle, il est indéniable que les Communautés n'ont pas été, à l'origine, structurées sur le principe de la séparation des pouvoirs, dans la mesure où l'on ne peut identifier, au sein de l'appareil institutionnel, un pouvoir législatif, un pouvoir exécutif, et un pouvoir judiciaire distincts et indépendants⁴¹⁴. Au contraire, les Communautés sont bâties sur un système de « collaboration fonctionnelle »⁴¹⁵, ou d'« intrication fonctionnelle »⁴¹⁶ des pouvoirs, dans lequel les fonctions législatives et exécutives ne sont qu'imparfaitement distinguées et exercées conjointement par les trois institutions. Ainsi, le Conseil exerce la fonction normative, avec l'indispensable concours de la Commission, qui dispose du pouvoir d'initiative, tandis que le Parlement européen est associé à des degrés divers à la formation de la décision.

159.- En l'absence de séparation des pouvoirs telle que la conçoit la doctrine constitutionnaliste, faut-il réfuter la qualification constitutionnelle des traités communautaires ? Nous ne le pensons pas.

Tout d'abord en effet, rares sont les systèmes constitutionnels qui appliquent une stricte séparation des pouvoirs, et la plupart connaissent une certaine dose de collaboration, sinon expressément prévue, du moins effective en pratique, entre les institutions. De plus et surtout, la traduction juridique du principe politique de la séparation des pouvoirs a été remise en cause par Raymond Carré de Malberg. Cet auteur a en effet démontré que la séparation fonctionnelle ne pouvait aboutir à ce que, selon la formule chère à Montesquieu, « le pouvoir arrête le pouvoir », dans la mesure où les différentes fonctions étatiques étaient hiérarchisées⁴¹⁷. Le principe de séparation des pouvoirs s'entendrait ainsi, de manière essentiellement négative, non pas comme visant à « prescrire une certaine répartition des

⁴¹³ Sur la définition traditionnelle de la séparation des pouvoirs, voir Michel TROPER, « Séparation des pouvoirs », in Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 2003, pp. 708-714.

⁴¹⁴ Cf. Vlad CONSTANTINESCO, « Les institutions communautaires, présentation générale », *JCl. Europe traité*, fasc. 200 ; Koen LENAERTS, « Some reflections on the separation of powers in the European Community », *CML Rev.*, n° 1/1991, pp. 11-35, spéc. p. 11. Voir aussi Pierre PESCATORE, « L'exécutif communautaire : justification du quadripartisme institué par les traités de Paris et de Rome », *CDE*, n° 4/1978, pp. 387-406, spéc. p. 387.

⁴¹⁵ Cf. Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3^{ème} édition, 2001, 779 pages, spéc. pp. 258 et s.

⁴¹⁶ Selon la dénomination utilisée par Claude BLUMANN et Louis DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Litec, 3^{ème} édition, 2007, 653 pages, spéc. pp. 255 et s.

⁴¹⁷ Cf. Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, tome 2 (1922), Paris, réédition du CNRS, 1962, 638 pages, spéc. p. 49 : « par la force même des choses, la hiérarchie qui s'établit entre les fonctions entraîne inévitablement une inégalité correspondante parmi les organes ».

compétences entre diverses autorités, mais seulement à interdire qu'elles soient concentrées entre les mêmes mains »⁴¹⁸. En ce sens, la collaboration fonctionnelle des trois institutions communautaires représentant des légitimités distinctes serait paradoxalement plus conforme au principe de séparation des pouvoirs que l'aménagement actuel des pouvoirs au sein des Etats modernes, dévoyé par le principe majoritaire. Il est donc possible de soutenir que la répartition des pouvoirs au sein de l'ordre juridique communautaire, est, dès l'origine, conforme à l'essence du principe libéral de la séparation des pouvoirs, véhiculé par le constitutionnalisme.

2. La question de la déclaration des droits

160.- La question de l'existence d'une déclaration des droits est en revanche plus problématique. L'absence d'une telle déclaration des droits dans les traités constitutifs se conçoit aisément étant donné que leurs dispositions, à l'origine limitées au domaine économique, étaient peu susceptibles de porter atteinte aux droits fondamentaux des individus. De plus, les Pères fondateurs avaient à l'esprit la Convention européenne des droits de l'homme qui venait d'être adoptée et à laquelle une déclaration des droits incluse dans les traités communautaires risquait de porter ombrage. En dépit du « silence assourdissant »⁴¹⁹ des traités originaires, certaines dispositions peuvent être analysées comme un embryon de droits fondamentaux dont les destinataires seraient les individus. Il s'agit, en premier lieu, du principe de non-discrimination, et, en second lieu, du principe de libre circulation.

161.- Le principe de non-discrimination, qui figure à l'origine à l'article 7 du traité instituant la CEE (actuel art. 12 CE), énonce de manière générale que : « dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité ». Certes, l'analogie avec les droits de l'homme semble de prime abord relever davantage d'une vue de l'esprit que de la réalité juridique. Cependant, cette disposition doit être lue à la lumière de la spécificité de l'ordre juridique communautaire, dont les règles s'adressent aussi bien aux Etats qu'à leurs

⁴¹⁸ Michel TROPER, « Séparation des pouvoirs », *op. cit.*, p. 710.

⁴¹⁹ Frédéric SUDRE, « L'apport du droit international et européen à la protection communautaire des droits fondamentaux », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, pp. 169-194, spéc. p. 170.

ressortissants. Ces derniers bénéficient donc d'un véritable droit à recevoir un traitement égal, en dehors de toute considération liée à leur nationalité, sur le territoire communautaire.

162.- Quant au principe de libre circulation, il constitue dès le départ l'une des quatre grandes libertés prévues par le traité CEE. Si le principe de la libre circulation entretient un lien de parenté avec la liberté d'aller et venir, il est plus restrictif dans la mesure où il ne saisit les individus qu'à travers l'activité économique qu'ils exercent. Ne bénéficiant qu'aux « travailleurs », le principe de libre circulation dont ils peuvent se prévaloir va cependant au-delà de la simple liberté d'aller et venir, puisqu'il englobe la liberté professionnelle et le droit de séjour.

163.- Ces droits sont opposables tant aux institutions communautaires qu'aux Etats, du moins lorsque ceux-ci interviennent dans le champ d'application des traités communautaires. S'agissant de la justiciabilité de ce droit, nous avons vu que les particuliers bénéficiaient de droits de recours permettant de faire sanctionner la violation, par les institutions communautaires, des droits qu'ils tirent des normes issues des traités. De plus, la Cour ayant très tôt reconnu l'effet direct de ces dispositions⁴²⁰, les particuliers peuvent donc se prévaloir de cet article pour contester, devant les juridictions nationales, une législation de l'Etat ou une mesure individuelle y portant atteinte.

164.- Assimilables dans leur substance à des droits fondamentaux, et sanctionnés par les juridictions nationales et communautaires, les principes de non-discrimination et de libre circulation ne peuvent cependant mériter l'appellation de « droits fondamentaux », dans la mesure où ils ne sont pas applicables à tous les ressortissants des Etats membres mais semblent davantage liés à leur qualité d'agents économiques. Il semble donc difficile de conclure à l'existence d'un catalogue de droits fondamentaux des individus, similaire à celui que l'on peut trouver dans la plupart des constitutions étatiques. L'embryon de droits existant à l'intention des individus, couplée à l'« idée de droit » qu'officialise les traités communautaires, peut cependant suffire à caractériser la dimension constitutionnelle de ce texte.

⁴²⁰ Voir, pour le principe de non-discrimination, CJCE, 13 février 1969, Walt Wilhelm, aff. 14/68, *Rec.* p. 1.

3. La concrétisation d'une « idée de droit »

165.- L'idée de droit qui préside à la création des Communautés est sans conteste la volonté de maintenir la paix entre les Etats fondateurs. Le préambule du traité instituant la CECA est profondément empreint de cet objectif, auquel la création du marché commun du charbon et de l'acier est subordonnée⁴²¹. Dans l'esprit des Pères fondateurs, la CECA est en effet moins conçue comme une fin en soi que comme le moyen de mettre un terme à la rivalité séculaire opposant la France et l'Allemagne. L'idée est en effet d'imbriquer les intérêts des deux puissances naguère ennemies de telle sorte qu'un nouveau conflit serait politiquement inconcevable et économiquement désastreux.

166.- Un renversement de perspective est perceptible lors de l'adoption du traité instituant la CEE. Si le préambule de ce traité fait de même référence au maintien de la paix, cet objectif n'est mentionné qu'en dernier⁴²², tandis qu'est mise en valeur la détermination des Etats à « établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens ». De moyen au service de la paix, l'intégration des Etats et de leurs peuples est devenue la fin de la construction européenne⁴²³. Cet objectif doit être assuré par la mise en place de quatre grandes libertés économiques et de politiques communes. Les institutions créées ont pour tâche principale de mettre en œuvre et de faire respecter les dispositions des traités. L'examen de la substance des traités révèle donc l'existence d'une idée de droit,

⁴²¹ Cf. Préambule du traité instituant la CECA : « Considérant que la paix mondiale ne peut être sauvegardée que par des efforts créateurs à la mesure des dangers qui la menacent ; Convaincus que la contribution qu'une Europe organisée et vivante peut apporter à la civilisation est indispensable au maintien de relations pacifiques ; Conscients que l'Europe ne se construira que par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait, et par l'établissement de bases communes de développement économique ; Soucieux de concourir par l'expansion de leurs productions fondamentales au relèvement du niveau de vie et au progrès des œuvres de paix ; Résolus à substituer aux rivalités séculaires une fusion de leurs intérêts essentiels, à fonder par l'instauration d'une communauté économique les premières assises d'une communauté plus large et plus profonde entre des peuples longtemps opposés par des divisions sanglantes, et à jeter les bases d'institutions capables d'orienter un destin désormais partagé ; Ont décidé de créer une Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier [...] ».

⁴²² Cf. Préambule du traité instituant la CEE : « [...] Résolus à affermir, par la constitution de cet ensemble de ressources, les sauvegardes de la paix et de la liberté, et appelant les autres peuples de l'Europe qui partagent leur idéal à s'associer à leur effort ;

Ont décidé de créer une Communauté Economique Européenne [...] ».

⁴²³ Sur la notion d'intégration comme « idée d'œuvre commune » de la construction communautaire, voir Pierre PESCATORE, *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, réimpression de l'ouvrage publié chez Sijthoof-Leiden en 1972, Bruxelles, Bruylant, 2005, 100 pages.

partagée par les Etats fondateurs, consistant en la volonté d'intégrer les Etats et les peuples européens dans un ensemble unifié.

167.- Cette idée de droit ne comprend cependant pas, selon nous, la volonté de faire disparaître les Etats en tant qu'entités indépendantes. En témoignent des dispositions telles que l'entrée en vigueur des traités et la procédure générale de révision, soumises à l'exigence de ratification unanime de la part des Etats, ou encore le principe de la compétence d'attribution dont dispose les Communautés, dont la méconnaissance peut être sanctionnée par la Cour de justice. L'idée de droit qui irrigue les traités fondateurs est donc proche dans son essence du fédéralisme, qui peut se décrire comme une théorie politique visant à faire coexister deux niveaux de gouvernement sur un même territoire.

168.- En définitive, l'affirmation selon laquelle les traités originaires peuvent être considérés comme l'équivalent *fonctionnel* d'une constitution dépasse le simple constat qu'ils déterminent, comme toutes les chartes constitutives d'organisations internationales, la dévolution et les modalités d'exercice du pouvoir au sein de l'ordre juridique communautaire. Cette dimension matériellement constitutionnelle doit en effet être complétée par deux caractéristiques, qui témoignent de l'originalité des traités communautaires par rapport aux constitutions d'organisations internationales : le fait qu'ils limitent l'action des institutions, conformément à la vision constitutionnaliste formalisée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et, en dernier ressort, le fait qu'ils soient l'incarnation d'une « idée de droit ».

169.- Cependant, une caractéristique fait incontestablement défaut aux traités communautaires : leur adoption par le peuple souverain, dont découle la suprématie de cette catégorie de normes⁴²⁴. En dépit de ce vice initial, il est possible de considérer les traités comme la norme suprême de l'ordre juridique communautaire et, en cela, la comparaison avec la conception formelle de la constitution peut être soutenue.

⁴²⁴ Cf. Dominique CHAGNOLLAUD, *Droit constitutionnel contemporain, tome 1, op. cit.*, p. 150 : les traités communautaires « ne sauraient être assimilés à la norme suprême d'un Etat reposant sur la volonté du souverain, seul détenteur du pouvoir constituant originaire : le peuple ».

B. La dimension formellement constitutionnelle des traités originaires

170.- Selon la majorité des auteurs, la caractéristique principale de la constitution, à savoir sa valeur hiérarchique suprême, ne saurait être localisée dans les traités originaires. Que l'on fasse découler la suprématie de la constitution de son auteur (le peuple, titulaire du pouvoir originaire) ou du fait que la validité de cette norme ne dépend d'aucune autre norme juridique, les traités communautaires, adoptés par les Etats sur la base des dispositions constitutionnelles et des principes de droit international général qui permettent la conclusion de traités internationaux, ne sauraient être assimilés à une constitution.

Cette position est bien résumée par M. Jérôme Roux, selon qui « ce qui interdit d'analyser les traités européens comme une Constitution au sens plein du terme, c'est que l'acte constituant, unilatéral ou non, adopté dans un cadre étatique ou pas, ne peut être pensé que comme l'expression normative d'une souveraineté entendue comme une puissance initiale ou comme la source du pouvoir. Or, en ce sens, la souveraineté fait défaut à la Communauté (et *a fortiori* à l'Union) dont les traités fondateurs sont le fruit de la volonté commune des Etats partie et non d'un quelconque corps souverain européen »⁴²⁵.

Tout en souscrivant entièrement à cette analyse, il convient de montrer que les traités originaires forment la norme suprême de l'ordre juridique communautaire, cette caractéristique autorisant, comme nous l'avons montré ci-dessus⁴²⁶, à les qualifier de constitution de l'ordre juridique communautaire.

171.- Les traités constitutifs présentent une dimension formelle comparable à celle des constitutions, dans la mesure où certaines dispositions aménagent leur valeur hiérarchique suprême au sein de l'ordre juridique communautaire.

Cette suprématie des traités fondateurs au sein de leur ordre juridique propre est tout d'abord garantie par l'existence de voies de recours telles que, au premier chef, le recours en annulation, qui permet d'annuler un acte pris par les institutions communautaires en violation des dispositions des traités. Comparable à un contrôle de constitutionnalité dont les traités originaires formeraient les normes de référence, l'existence de cette procédure permet de renforcer leur autorité et de définir une hiérarchie entre droit primaire et droit dérivé. La supériorité des traités institutifs sur les autres sources du droit communautaire découle aussi

⁴²⁵ Jérôme ROUX, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2006, 317 pages, spéc. p. 46.

⁴²⁶ Cf. *supra*, paragraphes 82.- et suivants.

du contrôle préventif (quoique facultatif) des traités conclus par la Communauté. Aux termes de l'article 300 (ex-art. 228), paragraphes 5 et 6, TCE, le Conseil, la Commission ou un Etat membre (et, depuis le traité de Nice, le Parlement européen) peuvent « recueillir l'avis de la Cour de justice sur la compatibilité d'un accord envisagé avec les dispositions du présent traité ». L'avis négatif de la Cour n'ouvre le choix qu'entre trois possibilités : renoncer à l'accord projeté, le renégocier afin d'éliminer les incompatibilités relevées, ou amender les traités. Cette procédure, assimilable à un « contrôle préventif de constitutionnalité »⁴²⁷, permet de sauvegarder la supériorité des traités institutifs ainsi que d'éviter les incohérences dans la hiérarchie des normes. La consécration jurisprudentielle d'une hypothèse de contrôle *a posteriori* de la compatibilité de traités conclus par la Communauté avec les traités originaires a encore renforcé la valeur hiérarchique de ces derniers, comme nous le verrons ci-dessous⁴²⁸.

172.- En second lieu, les procédures de révision jouent un rôle non négligeable dans l'appréhension des traités sous l'angle normatif qui caractérise les normes constitutionnelles. En effet, en faisant obstacle à la révision des traités par le droit dérivé et en exigeant au contraire le respect de règles procédurales contraignantes (telles que la ratification unanime des Etats selon leurs règles constitutionnelles respectives), l'existence de procédures spécifiques de révision contribue à renforcer l'autorité du droit originaire par rapport au droit dérivé. Comme nous le verrons ultérieurement, la jurisprudence de la Cour de justice a considérablement amplifié l'importance des procédures de révision, en affirmant leur exclusivité⁴²⁹. La présence dans les traités primitifs de telles procédures de révision accrédite cependant l'idée selon laquelle dès l'origine les traités constitutifs définissent, à l'instar d'une constitution rigide, une hiérarchie des normes qui fonde l'ordre juridique communautaire.

Par ces dispositions diverses qui aménagent la suprématie des traités par rapport aux autres normes de droit dérivé, il peut être soutenu que les traités originaires forment la constitution de l'ordre juridique communautaire.

⁴²⁷ Jörg GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, thèse Strasbourg, 1996, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1997, 425 pages, spéc. p. 181. Voir aussi, pour une comparaison entre le contrôle effectué par la Cour de Luxembourg sur le fondement de l'article 300 TCE et le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur la base de l'article 54 de la Constitution française, Vlad CONSTANTINESCO, « Les rapports entre les traités et la constitution : du droit interne au droit communautaire », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, tome 1, pp. 463-481.

⁴²⁸ Voir *infra*, paragraphe 366.-

⁴²⁹ CJCE, 8 avril 1976, Defrenne, aff. 43/75, *Rec.* p. 455.

173.- Il convient cependant de noter que la valeur hiérarchique suprême des traités ne produit pas d'effets en dehors de l'ordre juridique communautaire. Les traités ne contiennent en effet aucune clause similaire à l'article 31 de la Loi fondamentale allemande, qui, par l'expression « *Bundesrecht bricht Landesrecht* », consacre la suprématie du droit fédéral. Si les traités communautaires peuvent se voir reconnaître un effet juridique à l'intérieur des ordres juridique étatiques, il ne peut s'agir d'une véritable *suprématie*, mais d'une simple *primauté*, organisée par les différentes constitutions et similaire à la primauté du droit international⁴³⁰. Cette limitation du champ d'application de la suprématie ne remet pas en cause la qualification de constitution, dans la mesure où nous avons défini cette notion comme la norme juridique suprême de l'ordre juridique qu'elle vise à créer. Bien plus, cette limitation est conforme à l'idée de droit qui informe les traités originaires.

L'idée de droit que nous avons cru déceler dans l'institution des Communautés, proche dans son essence du fédéralisme, implique en effet la possibilité de faire coexister, au sein d'un même ordre juridique, deux niveaux de gouvernement dont aucun ne serait subordonné à l'autre. Pour que cette construction politique soit théoriquement concevable, il semble indispensable que l'acte fondant l'association politique englobante ne puisse porter atteinte aux constitutions nationales, celles-ci étant l'expression de la souveraineté constituante des peuples des Etats membres. Dans cette optique, le fait que les traités fondateurs forment une véritable constitution pour l'ordre juridique communautaire mais ne puissent étendre leurs effets au-delà de la sphère de l'ordre juridique (en-dehors de la primauté reconnue à l'ensemble des normes internationales), peut constituer une technique adéquate de mise en œuvre de l'idée de droit.



174.- Par conséquent, bien que conclus par des Etats et respectant ainsi le critère de la catégorie de traité international, les traités originaires comportent, par leur substance et leur place au sein de l'ordre juridique communautaire, des caractéristiques qui autorisent à les considérer comme étant la constitution de l'ordre juridique communautaire et ainsi à valider le critère relatif à l'objet du pouvoir constituant. Le fait qu'ils soient l'œuvre des Etats et non

⁴³⁰ La jurisprudence de la Cour est cependant susceptible de remettre en cause cette affirmation, comme nous le montrerons ultérieurement. Voir *infra*, paragraphes 421.- et suivants.

des peuples empêche cependant d'affirmer qu'ils sont la manifestation du concept de pouvoir constituant. Seul un « pouvoir fondateur » peut être caractérisé à l'origine des Communautés. Cela n'empêche pas que ce pouvoir fondateur puisse être considéré comme l'équivalent fonctionnel, au niveau de l'ordre juridique communautaire, du concept de pouvoir constituant, dans la mesure où il procède de la même volonté d'instituer une idée de droit et de la protéger de l'action des pouvoirs constitués, y compris du pouvoir de révision.

SECTION 2 : L'ADOPTION DES TRAITES, EXPRESSION D'UN POUVOIR FONDATEUR DES ÉTATS MEMBRES

175.- A ce stade de l'analyse, nous pouvons conclure que les Etats membres ont adopté, par voie de traité international, la constitution de l'ordre juridique communautaire. En cela, le pouvoir fondateur mis en œuvre par les Etats peut être comparé au concept de pouvoir constituant dont la fonction consiste de même à adopter la norme fondatrice d'un ordre juridique donné.

La comparaison ne s'arrête cependant pas ici, dans la mesure où le pouvoir fondateur des Etats s'est aussi attaché, à l'instar du pouvoir constituant, à institutionnaliser une idée d'œuvre et à en assurer la perpétuation, notamment en la protégeant de l'action des organes chargés de la mettre en œuvre (I.). Dans l'ordre juridique communautaire, c'est l'aménagement des procédures de révision qui a permis de garantir cet objectif (II.). En dépit de ces analogies avec le concept de pouvoir constituant, le pouvoir fondateur des Etats ne saurait cependant lui être assimilé (III.).

I. LA FONCTION DU POUVOIR FONDATEUR DES ETATS : INSTITUTIONNALISER ET PERPETUER L'IDEE D'ŒUVRE

Le pouvoir fondateur qu'ont exercé les Etats à l'origine de l'ordre juridique communautaire a eu pour objet d'institutionnaliser une idée d'œuvre particulière (A.). Les

révisions intervenues sur la base des traités fondateurs constituent une manifestation de la prévalence de cette idée d'œuvre initiale au sein de l'ordre juridique communautaire (B.).

A. L'adoption des traités originaires et l'institutionnalisation d'une idée d'œuvre

176.- La fondation constitue une partie essentielle de la théorie de l'institution, en ce qu'elle marque le point de départ du phénomène juridique de l'institution⁴³¹. En effet, l'institution, selon Hauriou, est « une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement ». Pour acquérir la durée caractéristique de l'institution, l'idée d'œuvre doit cependant s'incarner dans un « pouvoir de gouvernement organisé »⁴³². L'opération de fondation est ce qui permet cette transformation de l'idée d'œuvre en phénomène juridique. L'adoption des traités originaires peut être analysée sous le prisme particulier du pouvoir fondateur (1.) qui, bien que distinct par nature du pouvoir constituant, entretient certaines similitudes avec ce concept (3.).

1. Les caractéristiques du pouvoir fondateur

L'opération de fondation a fait l'objet d'une analyse détaillée de la part de l'initiateur de la théorie de l'institution, tant dans ses éléments constitutifs (a.) que dans son processus de réalisation (b.). Le pouvoir exercé par les Etats lors de l'adoption des traités institutifs peut être appréhendé sous l'angle de la fondation, dans ces deux dimensions.

a. Caractérisation de l'opération de fondation

177.- Quelles sont les caractéristiques de l'opération de fondation, qui permet de concrétiser juridiquement l'idée d'œuvre promue par les fondateurs ? Maurice Hauriou relève, au sein de l'opération de fondation, l'existence de quatre éléments :

⁴³¹ Cf. Maurice HAURIU, *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, centre de philosophie politique et juridique, 1986, 191 pages, spéc. p. 97 : « les institutions naissent, vivent et meurent juridiquement ; elles naissent par des opérations de fondation qui leur fournissent leur fondement juridique en se continuant ». Voir aussi p. 96 : « l'objet essentiel [de la théorie de l'institution] est de démontrer que la fondation des institutions présente un caractère juridique ».

⁴³² *Ibid.*, p. 102.

- « 1° la manifestation de volonté commune avec intention de fonder ;
- 2° la rédaction des statuts ;
- 3° l'organisation de fait de l'institution corporative ;
- 4° la reconnaissance de sa personnalité juridique »⁴³³.

178.- La fondation des Communautés européennes ne déroge pas à cette définition. Par les trois traités qui en constituent les fondements, les six Etats fondateurs ont en effet à la fois manifesté leur volonté de fonder l'ordre juridique communautaire et adopté les statuts des trois Communautés. Les traités originaires réalisent de même l'organisation de fait des Communautés (mise en place de la structure institutionnelle, répartition et modalités d'exercice des compétences) et leur reconnaissent la personnalité juridique⁴³⁴. On peut donc en déduire qu'un pouvoir fondateur a été exercé par les six Etats membres et a pris les traits de trois traités internationaux.

179.- Parmi les quatre éléments relevés, le premier suffit selon Hauriou à conférer un caractère juridique à l'opération de fondation et donc à l'institution qui en découle⁴³⁵. C'est en effet par un « faisceau des consentements »⁴³⁶ que la multiplicité des volontés individuelles se fond en un corps social et que l'unité de l'opération est assurée.

Décomposant ce « faisceau des consentements », Hauriou note trois facteurs qui contribuent à son avènement :

- « 1° l'unité dans l'objet des consentements [l'idée d'œuvre] ;
- 2° l'action d'un pouvoir ;
- 3° le lien d'une procédure »⁴³⁷.

⁴³³ *Ibid.*, p. 120.

⁴³⁴ Les dispositions reconnaissant la personnalité juridique des Communautés se trouvent aux articles 281 du traité CE, art. 6 du traité CECA, et art. 185 du traité CEEA.

⁴³⁵ Maurice HAURIUO, *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Caen, centre de philosophie politique et juridique, 1986, 191 pages, p. 120 : « la manifestation de volonté commune avec intention de fonder constitue [...] le fondement juridique, non seulement de l'opération de fondation, mais de l'existence même du corps constitué ».

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 121.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 122.

180.- Ici encore, l'analyse peut être transposée à la fondation des Communautés. Celles-ci sont issues d'un faisceau de consentements étatiques et les trois facteurs cités ont effectivement contribué à assurer l'unité de l'opération fondatrice. L'unité dans l'objet des consentements est assurée par l'existence d'une « idée d'œuvre » (ou « idée de droit ») partagée par les Etats fondateurs dès l'origine : la volonté d'intégration et le respect de leur existence. En ce qui concerne le deuxième facteur, les Etats fondateurs, en adoptant les traités institutifs, ont effectivement usé d'un pouvoir qui leur est reconnu en tant qu'Etats souverains, sujets de l'ordre juridique international : la faculté de contracter des engagements internationaux⁴³⁸. Quant au troisième élément, le « lien d'une procédure », il est selon Hauriou « l'élément formel extérieur nécessaire pour que l'opération fondatrice, malgré sa complexité et la succession de ses moments, obtienne l'unité d'un acte juridique »⁴³⁹. En ce qui concerne l'adoption des traités communautaires, le lien procédural est formé par les règles de droit international qui régissent la procédure de conclusion des engagements internationaux. Ces règles du droit international général (dont la plupart sont codifiées par la convention de Vienne du 23 mai 1969) permettent de conférer une unité à tous les actes qui interviennent dans le cadre de la procédure de conclusion d'un traité, de la désignation des autorités habilitées à négocier au nom de l'Etat au dépôt des instruments de ratification, en passant par l'expression par l'Etat du consentement à être lié par le texte conventionnel.

181.- Les trois facteurs permettant d'aboutir à un « faisceau de consentements », élément consubstantiel à l'opération fondatrice, se retrouvent donc dans le processus d'adoption des traités institutifs. Un autre angle d'approche de l'opération de fondation, plus dynamique, peut être mis à profit dans l'analyse de la mise en place de l'ordre juridique communautaire.

b. Déroulement de l'opération de fondation

182.- Le modèle proposé par Hauriou se révèle particulièrement intéressant pour analyser la dynamique de l'intégration européenne. Selon Hauriou, l'idée d'œuvre ne peut surgir directement du corps social. Contrairement à ce qu'enseignent les théories du contrat

⁴³⁸ Cf. CPJI, 17 août 1923, affaire du Vapeur Wimbledon, Série A, n° 1, p. 25 : « la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat ».

⁴³⁹ Maurice HAURIOU, *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, op. cit., p. 123.

social, la masse ne peut ni formuler ni débattre collectivement d'une idée d'œuvre. Il faut que celle-ci soit médiatisée par un groupe de fondateurs, ceux-ci ayant pour tâche de mettre en place les organes de l'institution. Ce n'est que dans un second temps que l'idée d'œuvre se propage et recueille l'assentiment des membres du groupe. Il y a donc un premier stade, qui est celui de « l'incorporation », durant lequel l'institution est mise en place par les fondateurs⁴⁴⁰. Puis, vient le stade de la « personnification », dans lequel il se produit des « manifestations de communion » de la part des membres du groupe considéré⁴⁴¹. Ces deux mouvements, qui permettent « l'intériorisation » de l'idée d'œuvre, tout d'abord au niveau des organes de gouvernement puis à celui de la communauté, fondent la continuité et la permanence de l'institution.

183.- Sans adhérer aux utilisations qui ont pu découler de cette analyse⁴⁴², on ne peut nier qu'elle ait des vertus explicatives de la réalité communautaire. En effet, il est possible de distinguer, dans l'adoption des traités institutifs, l'action d'un groupe de fondateurs (les « Pères fondateurs ») ayant eu l'intuition de l'intégration communautaire. Puis cette idée a été soumise aux Etats qui ont collectivement délibéré et mis en place les organes propres à assurer la réalisation de cette idée d'œuvre : c'est la fondation proprement dite, qui permet l'intériorisation de l'idée d'œuvre au niveau des organes de gouvernement. La phase suivante, au cours de laquelle ce ne sont plus les organes de gouvernement mais les membres du groupe qui perpétuent la fondation en manifestant leur attachement à l'idée d'œuvre, est actuellement en question. Les « manifestations de communion » qui sont indispensables à l'inscription de l'institution dans la durée viennent surtout des représentants des citoyens (gouvernements et parlements nationaux). Quant aux citoyens, leur adhésion à l'idée d'œuvre est plus diffuse et peut se déduire de la simple « acceptation de la règle du jeu ». Les résultats négatifs aux référendums de ratification du traité établissant une constitution pour l'Europe, en France et au Pays-Bas, de même que le rejet par le peuple

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 110 : « L'Etat est *incorporé* lorsqu'il est parvenu au stade du gouvernement représentatif ; alors, un premier travail *d'intériorisation* est accompli en ce sens que les organes du gouvernement, avec leurs pouvoirs de volonté, agissent pour le bien commun dans le cadre de l'idée directrice de l'Etat » (souligné par nous).

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 111 : « L'Etat est *personnifié* lorsqu'il est parvenu au stade de la liberté politique avec participation des citoyens au gouvernement ; alors, un second travail *d'intériorisation* s'est accompli en ce sens que, dans le cadre de l'idée directrice, se produisent maintenant des *manifestations de communion* des membres du groupe qui se mêlent aux décisions des organes du gouvernement représentatif » (souligné par nous).

⁴⁴² Comme le note Olivier Beaud dans sa préface à la *Théorie de la constitution* (*op. cit.*, spéc. pp. 33-41), Carl Schmitt s'est beaucoup inspiré des écrits d'Hauriou. Il en a exacerbé certains aspects, tels que les « manifestations de communion », remplacées par l'acclamation chez Schmitt. Cf. *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 219 : « la forme naturelle de la manifestation directe de la volonté d'un peuple est le cri d'approbation ou de refus de la foule rassemblée, l'acclamation ».

irlandais du traité de Lisbonne, ne témoignent pas forcément d'une remise en cause de l'idée d'intégration mais seulement de sa concrétisation particulière.

184.- L'analyse dynamique de l'opération de fondation montre qu'à l'évidence les Etats membres ont mis en œuvre un pouvoir fondateur, qui s'est exercé lors de l'adoption des traités institutifs. La qualification de pouvoir fondateur emporte certaines conséquences juridiques importantes, qui permettent de spécifier le pouvoir exercé par les Etats membres lors de l'adoption des traités constitutifs.

2. Le pouvoir fondateur des Etats et l'institutionnalisation d'une idée d'œuvre

Envisager le pouvoir des Etats membres comme un pouvoir fondateur au sens de la théorie institutionnelle a deux mérites qu'il convient de souligner. En mettant au centre l'idée d'œuvre portée par les fondateurs (a.), l'analyse institutionnelle permet de considérer le mouvement d'intégration européenne comme une fondation sans cesse renouvelée (b.).

a. L'idée d'œuvre : intégration des Etats membres et maintien de leur souveraineté

185.- Selon Maurice Hauriou, « une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social »⁴⁴³. Cette idée d'œuvre permet d'identifier à la fois le groupe porteur de cette idée et le régime juridique applicable à l'institution créée par le groupe.

Or, l'idée d'œuvre (ou idée de droit) à la base des Communautés européennes est, comme nous l'avons déjà montré, l'intégration des Etats et des peuples au sein d'un ensemble plus vaste. Ainsi que l'a noté dès 1960 l'avocat général Karl Roemer, « les traités européens ne sont [...] rien d'autre que la mise en œuvre partielle d'un grand programme général dominé par l'idée de l'intégration complète des Etats européens »⁴⁴⁴. Cette perspective de l'intégration est sous-jacente dans les préambules des trois traités considérés. Le préambule du traité CECA dispose en effet que par ce traité, les Etats sont « résolus [...] à

⁴⁴³ Maurice HAURIUO, *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, op. cit., p. 96.

⁴⁴⁴ Conclusions présentées par l'avocat général Karl Roemer le 10 mai 1960, aff. jointes 27/59 et 39/59, Campolongo c/ Haute Autorité, *Rec.* p. 795.

fonder par l'instauration d'une Communauté économique les premières assises d'une Communauté plus large et plus profonde entre des peuples longtemps opposés par des divisions sanglantes, et à jeter les bases d'institutions capables d'orienter un destin désormais partagé ». Quant au traité de Rome instituant la CEE, il se propose de bâtir une « union sans cesse plus étroite entre les peuples européens ».

Cette idée de « destin partagé », d' « union des peuples », est une allusion à peine voilée à la « Fédération européenne » qu'appelait de ses vœux Robert Schuman dans son discours du 9 mai 1950. Le terme n'apparaît pas dans les traités originaires mais les dispositions matérielles des traités dessinent, en filigrane, la Fédération à venir.

C'est bien une idée « d'emprise du présent sur l'avenir »⁴⁴⁵ qui a animé les Pères fondateurs des Communautés européennes. Comme le note le doyen Hauriou, « les fondateurs primitifs [...] ont planté dans le milieu social une idée vivante qui, une fois plantée, s'y développe par elle-même »⁴⁴⁶.

186.- L'idée d'intégration qui a guidé la fondation de l'ordre juridique communautaire emporte deux conséquences fondamentales.

D'une part, l'idée d'intégration s'est juridiquement traduite, dans les traités communautaires, par l'existence de nombreuses dispositions permettant l'expansion du droit communautaire, dans le sens d'un mimétisme constitutionnel qui le pousse à s'éloigner toujours davantage du modèle internationaliste. Ainsi, au fil des révisions, les traités communautaires tendent de plus en plus à se rapprocher, du moins par leur contenu, du modèle de la constitution étatique. De nombreux auteurs insistent ainsi sur le « caractère évolutif de la constitution communautaire »⁴⁴⁷. Ainsi, M. Jean-Paul Jacqué a étudié les multiples facettes du « dynamisme communautaire »⁴⁴⁸, qui se traduit, comme nous le verrons ultérieurement, dans les traités ou dans la pratique des institutions et des représentants des Etats. De même, M. Jörg Gerkrath a repris la notion utilisée par la doctrine

⁴⁴⁵ Georges RENARD, *L'institution, fondement d'une rénovation de l'ordre social*, Paris, Flammarion, 1933, 225 pages, spéc. p. 155.

⁴⁴⁶ Maurice HAURIOU, *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, *op. cit.*, p. 121.

⁴⁴⁷ Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3^{ème} édition, 2001, pp. 100 et s. Voir aussi Roland BIEBER et Georg RESS (Dir.), *Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts – The dynamics of EC-Law : die Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts im Lichte nachfolgender Praxis der Mitgliedstaaten und der EG-Organen*, Baden-Baden, Nomos, 1987, 457 pages.

⁴⁴⁸ Voir Jean-Paul JACQUE, « Cours général de droit communautaire », *RCADE*, vol. I-1 (1990), spéc. pp. 247-317. Voir aussi, du même auteur, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 4^{ème} édition, 2006, 779 pages, spéc. pp. 21-35.

allemande de « développement constitutionnel »⁴⁴⁹ (*Verfassungsentwicklung*) afin de rendre compte de cette « vocation » des traités originaires à devenir la constitution des Communautés.

187.- Portées par cet objectif dynamique et à l'aide des pouvoirs spécifiques qui leur ont été attribués, les Communautés cherchent à atteindre, au-delà des Etats fondateurs, les individus, destinataires ultimes de l'intégration européenne. C'est dans ce mouvement que réside l'autre conséquence juridique découlant de « l'idée d'intégration » qui gouverne la construction communautaire : le dessaisissement potentiel des Etats au profit des peuples. En ce sens, la consécration par le traité de Maastricht du concept de citoyenneté européenne relève de l'idée de droit initiale, dont elle constitue l'un des prolongements indispensables.

Henry Lesguillons a bien vu ce dessaisissement des Etats, inscrit dès l'origine dans ce qu'il nomme le « traité-fondation ». Même si, au départ, l'individu n'a pas un rôle politique prééminent dans ce type de traité, « l'existence juridique de ce rôle est reconnue et son développement virtuel »⁴⁵⁰. Au fur et à mesure du développement de l'institution, « les individus contribuent à perpétuer la fondation en adhérant à l'idée directrice. [Dès lors], l'institution est suffisamment achevée pour échapper définitivement à ses fondateurs du fait que, par l'intimité qu'elle établit et par l'adhésion qu'elle provoque, elle appartient également à d'autres »⁴⁵¹.

188.- Ce dessaisissement des Etats, en germe dans les traités communautaires, est cependant problématique car il est potentiellement en opposition avec la seconde dimension de l'idée d'œuvre que nous croyons déceler dans la fondation de l'ordre juridique communautaire : la préservation de la souveraineté des Etats. En effet, le fait que ceux-ci aient choisi, pour incarner leur volonté d'intégration, de mettre en place des organisations par le biais de traités internationaux, témoigne de leur volonté de préserver leur indépendance. D'autres éléments, tels que la mise en place d'une institution chargée de représenter les intérêts interétatiques (le Conseil), le fait que les Communautés ne disposent que de la compétence d'attribution ou encore la mise en œuvre de la procédure générale de révision, qui nécessite l'accord unanime des Etats membres, plaident en ce sens. Cette contradiction en

⁴⁴⁹ Jörg GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, op. cit., pp. 204 et s.

⁴⁵⁰ Henry LESGUILLONS, *L'application d'un traité-fondation : le traité instituant la CEE*, op. cit., p. 85.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 85.

germe dans les traités institutifs peut cependant très bien ne jamais éclore, à condition que l'équilibre entre ces deux pôles soit sans cesse maintenu. Nous verrons ultérieurement comment les enseignements tirés du fédéralisme permettent d'envisager une solution.

189.- L'idée d'œuvre est au centre de la théorie institutionnelle. C'est la force de cette idée qui constitue, selon Hauriou, « le fondement juridique, non seulement de l'opération de fondation, mais de l'existence même du corps constitué »⁴⁵². Les actes juridiques subséquents à la fondation doivent nécessairement contribuer à perpétuer cette idée d'œuvre. Conformément à cette définition, le mouvement d'intégration européenne apparaît comme une fondation sans cesse renouvelée.

b. L'intégration européenne : une fondation sans cesse renouvelée

190.- L'analyse d'Hauriou est intéressante en ce qu'elle envisage la fondation de l'institution, non pas comme un acte juridique isolé, mais comme un processus qui, comme l'institution, s'inscrit dans la durée. Ainsi, selon cet auteur, les institutions « naissent par des opérations juridiques de fondation qui leur fournissent leur fondement juridique *en se continuant* »⁴⁵³. Pour donner naissance à une institution, la fondation doit s'étaler dans le temps, que ce soit par l'action des organes du gouvernement ou du groupe social considéré. C'est ainsi que la pratique ou les actes qui vont se développer sur la base de l'acte constitutif, peuvent être analysés comme des prolongements de l'opération de fondation, qui assurent ainsi la continuité de l'institution.

191.- Si l'on transpose un tel raisonnement aux Communautés européennes, il est possible d'apprécier de nombreux actes comme des prolongements de l'opération de fondation.

C'est le cas pour les révisions⁴⁵⁴ des traités institutifs, qui peuvent être comprises dans un même mouvement de perpétuation de l'idée fondatrice, dès lors que celle-ci est reprise et développée. Cet angle d'approche est particulièrement important en ce qui concerne le traité de Maastricht. En effet, ce traité est difficilement saisissable dans la mesure où il s'analyse

⁴⁵² Maurice HAURIOU, *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, op. cit., p. 120.

⁴⁵³ *Ibid.*, p. 97 (souligné par nous).

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 122 : « la fondation de l'Etat [...] se répète sous nos yeux à chaque révision de la constitution ».

formellement comme une révision des traités institutifs, adopté suivant la procédure de révision visée aux articles 96 du traité CECA, 236 du traité CEE, et 204 du traité CEEA. Cependant, sur le plan matériel, il adjoint aux Communautés une nouvelle entité, l'Union européenne, dont le traité institutif inclut les trois traités existants. L'analyse institutionnelle permet, en mettant en avant l'idée d'œuvre, d'insister davantage sur le caractère fondateur du traité de Maastricht. En effet, il est indéniable que le traité de Maastricht, en instituant l'Union européenne ou en consacrant le concept de citoyenneté européenne, se rapproche de l'objectif initial d'une « union sans cesse plus étroite entre les peuples ». Pour les mêmes raisons, le traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007⁴⁵⁵, qui a prévu de remplacer les traités actuels par deux traités pourra, s'il est un jour ratifié par l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne, être analysé comme un prolongement de l'opération de fondation initiale.

Il en va de même des adhésions de nouveaux Etats aux Communautés et à l'Union européennes, qui peuvent être considérées comme un acte de foi à l'égard de l'idée d'intégration européenne s'inscrivant dans le sillage de l'acte de fondation initial. En dépit de leur succession dans le temps, les adhésions relèvent d'une même volonté commune des Etats de fonder l'ordre juridique communautaire. D'ailleurs, Maurice Hauriou précise que les déclarations de volonté multiples qui signent l'opération de fondation peuvent être émises simultanément ou séparément. En effet, selon cet auteur, il suffit que l'idée directrice soit connue de tous les fondateurs. Ainsi, même successives, « ces manifestations de volonté, ainsi faites en communion, forment un faisceau consensuel qui produit l'effet juridique voulu, c'est-à-dire qui opère juridiquement la fondation »⁴⁵⁶.

La pratique et les actes des institutions peuvent aussi être analysés comme les courroies de transmission de l'impulsion initiale, ce qui permet d'expliquer et de justifier leur caractère intégrationniste très marqué⁴⁵⁷. C'est le cas notamment de la jurisprudence communautaire, dont les acquis ont fortement contribué à faire évoluer l'intégration européenne.

Enfin, chaque « manifestation de communion », qu'elle émane des organes du pouvoir ou des membres du groupe considéré, s'inscrit dans la continuité de la fondation originelle. Si cela est patent lors des révisions ou des adhésions aux traités, on peut voir de

⁴⁵⁵ Le traité sur l'Union européenne et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁴⁵⁶ Maurice HAURIOU, *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, op. cit., p 121.

⁴⁵⁷ Voir *infra*, première partie, titre 2, consacré à la fonction constituante des institutions et des Etats.

telles manifestations dans la simple contribution des acteurs au fonctionnement de l'institution et dans le respect des procédures.

192.- Si ces actes et pratiques peuvent être appréhendés sous le même angle et ainsi participer à l'unité et à la permanence de l'institution créée, c'est à la condition qu'ils reprennent et réaffirment l'idée initiale, l'idée d'œuvre des fondateurs. En dernier ressort, c'est cette idée qui constitue le ciment de l'unité de l'institution.

Le fait que la permanence de l'idée d'œuvre soit assurée au sein de l'ordre juridique communautaire nous permet alors, malgré la différence de nature qui les sépare, de mettre en parallèle le pouvoir fondateur des Etats et le concept de pouvoir constituant. Plus précisément, le pouvoir fondateur des Etats nous semble constituer l' « équivalent fonctionnel » du pouvoir constituant au sein de l'ordre juridique communautaire, en ce qu'il a pour but de perpétuer l'idée d'œuvre. La mise en œuvre des révisions des traités illustre selon nous le fait que les avancées de la construction européenne sont subordonnées au respect de l'idée d'œuvre des fondateurs. Juridiquement, cela se traduit par la limitation du pouvoir de révision au sein de l'ordre juridique communautaire.

B. La révision des traités et la perpétuation de l'idée d'œuvre

193.- Analyser le pouvoir des Etats comme un pouvoir fondateur permet, en mettant l'accent sur la prévalence de l'idée d'œuvre, de justifier théoriquement la transposition de la thèse de la limitation matérielle du pouvoir de révision à l'ordre juridique communautaire (1). L'analyse des révisions intervenues dans l'ordre juridique communautaire, dont la dernière en date a donné lieu au traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, montre d'ailleurs que les Etats ont globalement respecté l'idée d'œuvre qu'ils avaient initialement assignée aux Communautés européennes (2.)

1. La transposition à l'ordre juridique communautaire de la thèse de la limitation du pouvoir de révision

Après avoir justifié, sur le plan théorique, la possibilité de transposer la thèse de la limitation du pouvoir de révision sur la base de la théorie de l'institution (a.), il conviendra de vérifier si cette thèse est reçue, en pratique, dans l'ordre juridique communautaire (b.).

a. La justification théorique de la transposition

194.- Si la thèse de la limitation matérielle du pouvoir de révision est minoritaire en droit interne, elle est totalement absente en droit international. Selon les règles et les principes du droit international général, les Etats sont libres de s'engager et de modifier la teneur de leurs engagements internationaux, sous la seule réserve du respect du consensualisme. Même les règles formelles relatives à la révision des engagements internationaux ne sont pas opposables aux Etats, en vertu de leur souveraineté. En cette matière, l'absence de formalisme est la règle, comme le consacre l'article 39 de la convention de Vienne, qui dispose : « un traité peut être amendé par accord entre les parties ». *A fortiori*, aucune limite relative à la substance de l'amendement n'est valable en droit international. Certes, comme le rappelle l'article 53 de la convention de Vienne, « est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général ». Cette disposition peut très bien trouver à s'appliquer à l'encontre d'un traité de révision d'un accord international. Cependant, la limitation matérielle n'est pas ici propre à la révision. Les caractéristiques propres au droit international semblent donc faire obstacle à la transposition de cette thèse.

195.- Selon nous cependant, la thèse de la limitation matérielle du pouvoir de révision peut être transposée à l'ordre juridique communautaire sur la base de la théorie de l'institution. Comme nous l'avons montré, la théorie de l'institution fait primer l'idée d'œuvre sur son incarnation dans l'institution, la première conditionnant l'existence de la seconde. De même, la continuité juridique de l'institution s'explique par le fait que la fondation est perpétuée par les actes et la pratique ultérieure des organes et des membres du groupe intéressé. Cela suppose que ces actes et cette pratique soient conformes à l'idée d'œuvre ayant motivé la fondation initiale de l'institution.

196.- En ce qui concerne les Communautés européennes, l'idée d'œuvre est, nous semble-t-il, double : elle repose à la fois sur la volonté d'intégration des Etats (volonté de créer un ordre juridique ayant des intérêts propres, distincts de ceux de ses membres et de ce fait autonome et indépendant par rapport à ceux-ci), et sur la préservation de leur souveraineté. Cette idée d'œuvre a été concrétisée par les Etats, qui, en exerçant un pouvoir fondateur, ont adopté les traités constitutifs des Communautés européennes.

197.- Cette idée d'œuvre doit donc, selon nous, agir comme une limite matérielle à l'exercice du pouvoir de révision dans l'ordre juridique communautaire. En pratique, cela implique que la mise en œuvre de la procédure de révision ne puisse aller à l'encontre des choix initiaux des Etats, ni en approfondissant l'intégration jusqu'à créer un véritable Etat fédéral, ni en remettant en cause les principes fondateurs de l'ordre juridique communautaire. Ainsi, selon M. Jean-Paul Jacqué, dans l'hypothèse où les Etats « désireraient construire une nouvelle entité dépassant largement par sa nature et ses compétences la Communauté actuelle [...] on ne se situerait plus dans le cadre d'une révision »⁴⁵⁸. L'auteur se base ici sur une conception limitée du pouvoir de révision, sa mise en œuvre n'étant envisageable que pour les « amendements du traité qui n'impliquent pas un changement de nature »⁴⁵⁹.

S'il est possible de concevoir théoriquement la limitation du pouvoir de révision en dehors de l'ordre juridique interne, sur le fondement de la théorie de l'institution, il convient de voir si cette thèse est reçue et effectivement appliquée dans l'ordre juridique communautaire.

b. La réception de la thèse de la limitation matérielle du pouvoir de révision par le droit communautaire

198.- Tout d'abord, il convient de noter que la notion de limite matérielle au pouvoir de révision n'est pas totalement inconnue du droit communautaire. Ainsi, dès l'origine, le traité CECA a érigé des limites matérielles au pouvoir de révision, lorsque celui-ci s'exerce

⁴⁵⁸ Jean-Paul JACQUE, « Cours général de droit communautaire », *op. cit.* p. 271.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 271.

dans le cadre de l'article 95, alinéas 3 et 4 du traité CECA⁴⁶⁰. Cependant, l'existence de telles limites semble être davantage justifiée par le fait que l'article 95 organise une procédure de révision purement communautaire. La Cour a d'ailleurs jugé qu'« il ressort de l'ensemble de ces conditions qu'*il ne saurait être dérogé à la procédure normale de révision* que dans les cas où il n'est porté atteinte ni à la structure générale du traité ni aux rapports entre la Communauté et les Etats membres, et tout particulièrement aux relations entre les pouvoirs transférés à la Communauté et les pouvoirs réservés aux Etats membres »⁴⁶¹. *A contrario*, les limites visées à l'article 95, alinéas 2 et 3 du traité CECA pourraient être franchies par la mise en œuvre de la procédure normale de révision.

Une autre limitation matérielle explicite au pouvoir de révision a été introduite par le traité de Maastricht. Selon l'article N, paragraphe 2, « une conférence des représentants des gouvernements des Etats membres sera convoquée en 1996 pour examiner, conformément aux objectifs énoncés aux articles A et B des dispositions communes, les dispositions du présent traité pour lesquelles une révision est prévue ». Le pouvoir de révision est ici expressément lié par l'objectif, qui ressort des dispositions de l'article B, premier alinéa, cinquième tiret, du traité UE, de « maintenir intégralement l'acquis communautaire et de le développer », ainsi que « d'assurer l'efficacité des mécanismes et institutions communautaires ». L'article N, paragraphe 2, montre bien que la révision est considérée comme « instrumentale et subordonnée »⁴⁶² à la réalisation des objectifs fixés par les Etats dans les traités originaires.

On peut aussi citer l'article 118 (ex-art. 109 G) TCE, qui dispose : « la composition en monnaies du panier de l'Ecu reste inchangée. Dès le début de la troisième phase, la valeur de l'Ecu est irrévocablement fixée, conformément à l'article 123, paragraphe 4 ». Cet article 123, paragraphe 4 (ex-art. 109 L) TCE, renvoie à un acte du Conseil le soin de fixer, de manière irrévocable, les taux de conversion entre les monnaies nationales et la monnaie européenne. Ces articles organisent l'intangibilité de la valeur de l'Ecu par rapport aux monnaies nationales, celle-ci étant contenue dans un acte de droit dérivé (l'acte du Conseil visé par l'article 123, paragraphe 4, CE). Dans la mesure où ces dispositions érigent plutôt une limite à la modification de l'acte du Conseil, il est cependant difficile de parler d'une

⁴⁶⁰ Les modifications apportées dans le cadre de cet article ne peuvent « porter atteinte aux dispositions des articles 2, 3 et 4 ou au rapport des pouvoirs respectivement attribués à la Haute Autorité et aux autres institutions de la Communauté ».

⁴⁶¹ CJCE, avis 1/59 du 17 décembre 1959, Procédure de révision au titre de l'article 95, alinéas 3 et 4, du traité CECA, *Rec.* p. 533.

⁴⁶² José Luis da CRUZ VILACA et Nuno PICARRA, « Y a-t-il des limites matérielles à la révision des traités instituant les Communautés européennes ? », *CDE*, n° 1-2/1993, pp. 3-37, spéc. p. 28.

véritable limite matérielle au pouvoir de révision. Il faudrait plutôt ici parler d'une limite matérielle implicite ou indirecte, étant donné que la modification des articles 118 et 123, paragraphe 4 TCE serait préjudiciable à l'objectif de protection de la valeur de l'Ecu, incluse dans l'acte du Conseil.

Enfin, le traité récemment signé à Lisbonne s'est inspiré de la technique de la limitation matérielle, spécifiquement en ce qui concerne les procédures de révision simplifiées. L'une des innovations de ce traité, d'ailleurs reprise du traité établissant une constitution pour l'Europe, consiste en effet à opérer une distinction entre une procédure de révision ordinaire (qui pérennise la méthode conventionnelle) et des procédures de révision simplifiées, l'une permettant au Conseil européen de modifier, par une décision adoptée à l'unanimité, les dispositions de la troisième partie du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁴⁶³, l'autre autorisant cette même institution à décider du passage de l'unanimité à la majorité qualifiée, ou d'une procédure législative spéciale à la procédure ordinaire⁴⁶⁴. Ce sont ces deux procédures qui font l'objet d'une forme de limitation matérielle.

S'agissant de la première procédure, l'article ayant vocation à devenir l'article 48, paragraphe 6, du traité sur l'Union européenne prohibe son utilisation en vue d'« accroître les compétences attribuées à l'Union » européenne. La technique de la limitation matérielle est ici utilisée pour tenter de réduire le phénomène souvent décrié d'expansion subreptice des compétences de l'Union, de telles extensions ayant dorénavant vocation à être menées par le jeu de la procédure ordinaire de révision.

Quant à la seconde procédure de révision simplifiée, assimilable à une clause passerelle généralisée, elle fait de même l'objet d'une limitation matérielle en excluant de son champ d'application certaines dispositions expressément listées. Paradoxalement, les limitations matérielles ne figurent pas dans l'article 48, paragraphe 7 du traité sur l'Union européenne, mais dans l'article 353 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁴⁶⁵, qui interdit la mise en œuvre de cette procédure de révision pour modifier les règles relatives à la fixation du système des ressources propres de l'Union, à l'adoption du cadre financier pluriannuel, à la mise en œuvre de la clause de flexibilité, ou encore aux modalités de vote

⁴⁶³ Voir l'article 48, paragraphe 6 du traité sur l'Union européenne tel qu'il devrait être modifié par le traité de Lisbonne.

⁴⁶⁴ Cette décision doit être prise par le Conseil européen à l'unanimité après approbation du Parlement européen, et peut être mise en échec par l'opposition d'un seul parlement national. Voir l'article 48, paragraphe 7 du traité sur l'Union européenne tel qu'il devrait être modifié par le traité de Lisbonne.

⁴⁶⁵ L'article 353 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose : « L'article 48 du traité sur l'Union européenne ne s'applique pas aux articles suivants : 311, troisième et quatrième alinéas, 312, paragraphe 2, premier alinéa, 352, et 354 ».

applicables à la suspension de certains droits résultant du traité, en cas de violation grave et persistante des droits fondamentaux par un Etat membre. Cet article introduit donc une différenciation entre les dispositions du traité, certaines pouvant être modifiées par la clause passerelle générale (ou procédure simplifiée), tandis que d'autres bénéficient d'une rigidité plus conséquente, reflet de la volonté des Etats de maintenir l'unanimité dans les domaines pour lesquels une intégration accrue n'est pas souhaitée.

Sans qu'on puisse ici réellement parler de limitation matérielle du pouvoir de révision, dans la mesure où les modifications prohibées peuvent intervenir sur le fondement de la procédure de révision ordinaire, ces mécanismes en empruntent l'esprit, dans la mesure où une procédure explicitement qualifiée de procédure de révision comprend une limitation des possibilités d'action intervenant sur son fondement. La technique de la limitation matérielle du pouvoir de révision est en quelque sorte à la fois amplifiée, dans son champ d'application, puisqu'elle touche désormais les deux dispositions ayant vocation à régir les procédures générales (quoique simplifiées) de révision, et restreinte dans sa mise en œuvre, dans la mesure où celle-ci peut être contournée par le recours à la procédure ordinaire de révision.

199.- Si l'on excepte les limitations prévues par le traité de Lisbonne, qui ne sont pas encore en vigueur, force est de constater que les limites matérielles *explicites* à l'intervention du pouvoir de révision ne semblent pas réellement en lien avec l'idée d'œuvre que nous avons cru pouvoir déceler dans la fondation des Communautés. Il faut donc en déduire que l'idée d'œuvre constituerait, au sein de l'ordre juridique communautaire, une limite matérielle *implicite* au pouvoir de révision. Certains auteurs ont ainsi mis en valeur plusieurs principes intangibles, qui définiraient « l'identité de la constitution »⁴⁶⁶ : l'existence de la Communauté et des Etats membres⁴⁶⁷, le principe de la répartition des compétences, les droits fondamentaux, la structure institutionnelle et le fonctionnement du marché commun, et enfin, la rigidité de la charte constitutionnelle elle-même⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ José Luis da CRUZ VILACA et Nuno PICARRA, « Y a-t-il des limites matérielles à la révision des traités instituant les Communautés européennes ? », *CDE*, n° 1-2/1993, pp. 3-37, spéc. p. 33.

⁴⁶⁷ Cf. Roland BIEBER, « Les limites matérielles et formelles à la révision des traités établissant la Communauté européenne », *RMCUE*, 1993, pp. 343-350, spéc. p. 348 : « l'existence même de la Communauté, le processus structuré d'une union "sans cesse plus étroite" entre les peuples de l'Europe qui repose sur une dialectique entre le respect des Etats membres pour l'Union et le respect de l'Union pour l'identité de ses Etats membres, semble constituer l'un des principes intangibles découlant de la réalité de l'Union ».

⁴⁶⁸ José Luis da CRUZ VILACA et Nuno PICARRA, « Y a-t-il des limites matérielles à la révision des traités instituant les Communautés européennes ? », *op. cit.*, p. 36.

200.- Le problème que pose la transposition de la limitation du pouvoir de révision au sein de l'ordre juridique communautaire est celui de son effectivité, la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes à cet égard étant susceptible de recevoir des interprétations divergentes.

La question des limites matérielles au pouvoir de révision s'est posée pour la première fois lors de l'adoption, par la Cour, de l'avis 1/91 relatif à la création de l'Espace économique européen (EEE)⁴⁶⁹. Dans cet avis était essentiellement soumise au juge communautaire la question de la compatibilité, au regard des traités originaires, du mécanisme juridictionnel que l'accord relatif à l'EEE prévoyait d'instaurer. Analysant les divergences existant entre le projet d'accord et les traités communautaires, la Cour a déclaré que « le mécanisme juridictionnel prévu par l'accord port[ait] atteinte à l'article 164 du traité CEE et, plus généralement, aux fondements mêmes de la Communauté » et que, « pour les mêmes raisons, une modification de cette disposition [l'article 238 TCE] dans le sens indiqué par la Commission ne saurait remédier à l'incompatibilité du système juridictionnel de l'accord avec le droit communautaire ». Selon la formulation retenue par la Cour, le système juridictionnel mis en place par l'accord EEE remettrait en cause, non seulement l'article 164 TCE (nouvel article 220 TCE), qui fait de la Cour l'interprète unique et authentique des traités originaires, mais aussi, plus généralement, les fondements même de la Communauté. C'est cette atteinte aux fondements de la Communauté qui empêcherait le pouvoir de révision d'amender l'article 238 TCE (nouvel article 310 TCE), afin d'inclure la possibilité de mettre en place un tel mécanisme juridictionnel. Ce faisant, la Cour aurait dégagé un « “noyau dur” constituant *eo ipso* une limite matérielle à la révision du traité »⁴⁷⁰.

Cette interprétation fait cependant l'objet de vifs débats dans la doctrine et certains auteurs soulignent que si la Cour a exclu la révision de l'article 238 TCE comme moyen de remédier à l'incompatibilité existant entre le projet d'accord et l'article 164 TCE, elle a

⁴⁶⁹ CJCE, avis 1/91 du 14 décembre 1991, projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen, *Rec.* p. I-6079.

⁴⁷⁰ José Luis da CRUZ VILACA et Nuno PICARRA, « Y a-t-il des limites matérielles à la révision des traités instituant les Communautés européennes ? », *op. cit.*, p. 26. De même M. Rostane Mehdi analyse-t-il l'avis 1/91 précité comme ayant placé « les fondements de la Communauté, au cœur desquels se trouvent notamment les principes de coopération loyale, de subsidiarité, de primauté ou d'effet direct [...] hors de portée du pouvoir constituant ». Rostane MEHDI, « L'acquis et les Etats membres », *RAE-LEA*, 2001-2002, pp. 1037-1047, spéc. p. 1042.

implicitement invité à réviser l'article 164 lui-même⁴⁷¹. L'avis 1/92 confirmerait cette position puisque la Cour a jugé, à propos du même projet d'accord, que « les compétences conférées par le traité à la Cour ne peuvent être modifiées que dans le cadre de la procédure visée à son article 236 »⁴⁷². De même, dans l'avis 2/94, la Cour a estimé que l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales « revêtirait une envergure constitutionnelle et dépasserait donc, par sa nature, les limites de l'article 235. Elle ne saurait donc être réalisée que par la voie d'une modification du traité »⁴⁷³. Le débat n'est cependant pas clos et connaît même un regain d'intérêt depuis les conclusions présentées dans l'affaire Omega. Dans cette affaire, l'avocat général Mme Stix-Hackl a en effet proposé de « reconnaître aux droits fondamentaux et aux droits de l'homme une certaine primauté sur le droit originaire "général" »⁴⁷⁴. La hiérarchisation du droit originaire sur la base de critères matériels proposée dans cette affaire pourrait se traduire par l'impossibilité de réviser les principes fondamentaux de la construction communautaire. Si la Cour n'a pas suivi l'avocat général sur ce point, le raisonnement développé par Mme Stix-Hackl témoigne de l'actualité d'une telle préoccupation. De même, dans un récent arrêt Kadi rendu en Grande chambre le 3 septembre 2008, la Cour de justice a jugé que « le contrôle juridictionnel [des actes communautaires] au regard des droits fondamentaux [...] constitue une garantie constitutionnelle relevant des *fondements mêmes de la Communauté* »⁴⁷⁵. La similitude de la formulation employée avec celle de l'avis 1/91 précité pourrait indiquer que la Cour entend réserver aux droits fondamentaux, et à ses compétences en la matière, une place privilégiée au sein du droit originaire.

⁴⁷¹ Cf. Noreen BURROWS, « The risks of widening without deepening », *ELR*, n° 4/1992, pp. 352-360, spéc. p. 360. Voir aussi Marc-André GAUDISSERT, « La portée des avis 1/91 et 1/92 de la Cour de justice des Communautés européennes », *RMUE*, n° 2/1992, pp. 121-136, spéc. pp. 131-132.

⁴⁷² CJCE, avis 1/92 du 10 avril 1992, projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen, *Rec.* p. I-2821, point 32.

⁴⁷³ CJCE, avis 2/94 du 28 mars 1996, Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Rec.* p. I-1759.

⁴⁷⁴ Conclusions de l'avocat général Stix-Hackl présentées le 18 mars 2004 dans l'affaire Omega, aff. C-36/02, *Rec.* p. I-9609, spéc. pt. 50 : « Cependant, il vaudrait la peine de se demander si, eu égard aux valeurs protégées par les droits de l'homme et les droits fondamentaux, à l'image de la Communauté en tant que Communauté fondée sur le respect de ces droits et, surtout, à la référence – imposée par l'opinion actuellement prévalente – à la protection des droits de l'homme en tant que condition de la légitimité de toute forme d'organisation de l'État, il ne serait pas possible de reconnaître aux droits fondamentaux et aux droits de l'homme une certaine primauté sur le droit originaire "général" ».

⁴⁷⁵ CJCE, 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat, aff. jointes C-402 et C-415/05, non encore publié au *Recueil*, spéc. pt. 290 (souligné par nous).

201.- En définitive, si certaines limites matérielles au pouvoir de révision découlent expressément des traités communautaires, d'autres peuvent être déduites de l'esprit des traités, c'est-à-dire de leur finalité. Le fait que ces limites matérielles ne soient pas sanctionnées par le juge communautaire ne signifie pas qu'elles n'existent pas, mais simplement que le juge communautaire n'a pas reçu compétence pour en connaître. La Cour de justice n'est en effet pas compétente pour connaître d'un recours en annulation dirigé contre une révision des traités, ce type d'acte ne faisant pas partie des actes énumérés à l'article 230 TCE⁴⁷⁶. Si elle ne peut sanctionner une révision des traités intervenue en violation des principes fondateurs de l'ordre juridique communautaire, la Cour dispose néanmoins de ressources lui permettant d'atténuer les disparités pouvant exister entre les traités fondateurs et leurs révisions. Ainsi, la Cour a jugé que l'interprétation d'un traité d'adhésion devait se faire « en tenant compte des fondements et du système de la Communauté, tels qu'ils ont été fixés par le traité CEE »⁴⁷⁷. Cette jurisprudence confirme selon nous l'existence d'une limitation matérielle au pouvoir de révision, non juridictionnellement sanctionnée, au sein de l'ordre juridique communautaire.

202.- De plus, la thèse des limitations matérielles semble être le corollaire indispensable du pouvoir fondateur des Etats. Si un pouvoir fondateur s'est exercé lors de l'adoption des traités originaires, alors l'ordre juridique mis en place a acquis une existence autonome qui interdit aux Etats d'en disposer librement. Les institutions et les procédures mises en place lors de cette opération de fondation ayant pour unique but de réaliser l'idée d'œuvre des fondateurs, elles doivent lui être subordonnées. Le pouvoir de révision ne peut qu'être soumis aux mêmes limites.

203.- Par cette caractéristique, qui est de limiter le pouvoir de révision sur la base de l'idée d'œuvre, le pouvoir fondateur des Etats est fonctionnellement équivalent au concept de pouvoir constituant. Mais si la caractérisation d'un pouvoir fondateur permet de justifier théoriquement la limitation du pouvoir de révision, il convient de vérifier si les Etats membres, en mettant en œuvre le pouvoir de révision dont ils sont titulaires, se sont effectivement attachés à perpétuer l'idée d'œuvre.

⁴⁷⁶ Voir, pour un recours en annulation dirigé à l'encontre d'un traité d'adhésion, CJCE, 28 avril 1988, LAISA c/ Conseil, aff. 35/86, *Rec.* p. 2313.

⁴⁷⁷ CJCE, 29 mars 1979, Commission c/ Royaume-Uni, aff. 231/78, *Rec.* p. 1447, spéc. pt. 12. Voir aussi, dans le même sens, CJCE, 25 février 1988, Commission c/ Grèce, aff. jointes 194 et 241/85, *Rec.* p. 1037.

2. La mise en œuvre des révisions dans l'ordre juridique communautaire

Malgré la possibilité pratique, pour les Etats, de transgresser les limites matérielles s'imposant au pouvoir de révision (a.), l'analyse des révisions intervenues au cours de l'intégration européenne montre que les Etats ne se sont pas départis de l'idée d'œuvre qui les avait initialement animés (b.).

a. La possibilité pratique d'une transgression des limites du pouvoir de révision en cas d'identité de titulaire

204.- Nous avons vu, s'agissant du pouvoir constituant du peuple, qu'il pouvait être difficile en pratique de savoir si le peuple, agissant comme magistrat constitutionnel, était lié par les choix opérés par le peuple titulaire du pouvoir constituant originaire. Si cette limitation peut se justifier en théorie, elle est difficilement réalisable en pratique, ne serait-ce que parce que les juridictions constitutionnelles ne sont souvent pas compétentes pour connaître des actes adoptés par le peuple.

De la même manière il peut être difficile, au sein de l'ordre juridique communautaire, de faire respecter les limites posées par les Etats, titulaires du pouvoir fondateur, dans la mesure où ce sont ces mêmes Etats qui sont en grande partie titulaires du pouvoir de révision⁴⁷⁸. Cette situation est renforcée par l'absence de compétence du juge communautaire pour sanctionner le non-respect de telles limites matérielles. Comme pour le pouvoir constituant, la coïncidence organique entre le titulaire du pouvoir fondateur et le titulaire du pouvoir de révision compromet la mise en œuvre de la limitation du pouvoir de révision, censée garantir la prévalence et la perpétuation de l'idée d'œuvre.

205.- Par conséquent, même théoriquement impossible, une révision des traités dérogeant à l'idée d'œuvre fixée par les fondateurs reste en pratique envisageable. C'est ainsi que les révisions successives des traités communautaires doivent être analysées en recherchant tout d'abord s'il y a eu une rupture dans la continuité juridique, signe de l'apparition d'un pouvoir originaire qui pourrait, s'il est détenu par les peuples, être un pouvoir constituant originaire. Même en l'absence de rupture dans la continuité juridique, il

⁴⁷⁸ Si les institutions communautaires bénéficient d'une compétence pour modifier les traités, sur le fondement des procédures spécifiques de révision, celles-ci ont un champ d'application très limité, comme nous le verrons ultérieurement. Voir *infra*, paragraphes 226.- et suivants.

faut avoir à l'esprit qu'une révision conforme à la procédure peut dissimuler une « abrogation » ou un « anéantissement »⁴⁷⁹ de la charte constitutive de l'ordre juridique communautaire. L'abrogation de la charte constitutive communautaire pourrait découler d'une modification, conforme à la procédure de révision, de l'idée de droit qui gouverne la construction européenne (essentiellement l'intégration et la souveraineté des Etats). De telles modifications n'étant pas du ressort du pouvoir de révision, il faudrait alors en déduire que les Etats ont à nouveau exercé leur pouvoir fondateur. Quant à l'anéantissement de la charte constitutive, il ne pourrait résulter que d'une substitution du principe de légitimité qui soutient l'ordre juridique communautaire, c'est-à-dire le remplacement de la légitimité étatique par un pouvoir constituant communautaire.

De telles hypothèses (rupture juridique, abrogation ou anéantissement de la charte constitutive) peuvent-elles être relevées dans l'ordre juridique communautaire ?

b. Les révisions des traités originaires et la perpétuation de l'idée d'œuvre

206.- Par son appellation et sa méthode d'élaboration, le traité établissant une constitution pour l'Europe se positionne dans une logique de rupture juridique. Cependant, aucun anéantissement ni abrogation de la charte constitutive de l'ordre juridique européen ne peut être mise à son crédit, comme nous le montrerons dans la seconde partie de cette étude. L'échec de ce traité, amorcé par les résultats négatifs aux référendums de ratification organisés en France et aux Pays-Bas, a d'ailleurs donné lieu à la signature du traité de Lisbonne le 13 décembre 2007⁴⁸⁰. Ce dernier a été négocié de manière « traditionnelle », par les représentants des Etats membres réunis au sein d'une conférence intergouvernementale agissant selon le mandat qui leur avait été conféré par le Conseil européen de Bruxelles des

⁴⁷⁹ Selon Carl SCHMITT, l'abrogation de la constitution vise la situation dans laquelle la révision atteint le fondement même de la constitution (et non les seules lois constitutionnelles), sans toutefois que le pouvoir constituant qui la fondait soit remplacé. Il y aurait en revanche anéantissement de la constitution si la modification portant atteinte à son noyau dur était le fait d'un autre pouvoir constituant. Sur cette distinction, voir Carl SCHMITT, *Théorie de la constitution*, *op. cit.*, pp. 237-239.

⁴⁸⁰ Sur ce traité, voir Jean-Luc SAURON, *Comprendre le traité de Lisbonne. Texte consolidé intégral des traités, explications et commentaires*, Paris, Gualino, 2008, 351 pages. Voir aussi Serge VAN RAEPENBUSCH, « La réforme institutionnelle du traité de Lisbonne : l'émergence juridique de l'Union européenne », *CDE*, 2007, pp. 573-622 ; Paul CRAIG, « The treaty of Lisbon : process, architecture and substance », *ELR*, 2008, pp. 137-166 ; Dominique GRANDGUILLOT, *L'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Paris, Gualino, 2008, 48 pages ; Henri OBERDORFF, « Le traité de Lisbonne : une sortie de crise pour l'Union européenne ou plus ? », *RDP*, 2008, pp. 774-786 ; Jean-paul JACQUE, « Du Traité constitutionnel au Traité de Lisbonne », *RDP*, 2008, pp. 824-831.

21 et 22 juin 2007⁴⁸¹ et adopté à l'unanimité des Etats membres. Son entrée en vigueur, rendue problématique du fait de l'échec du référendum irlandais du 12 juin 2008, est selon ses dispositions subordonnée à la ratification unanime des Etats membres. Ce traité ne comporte donc aucune rupture juridique pouvant être qualifiée d'anéantissement de la constitution de l'ordre juridique communautaire, de la même manière d'ailleurs que les autres révisions des traités fondateurs.

207.- Si aucun anéantissement de la constitution de l'ordre juridique européen ne peut être caractérisé à l'occasion de la révision des traités fondateurs, on peut toutefois recenser des tentatives de rupture juridique.

Ainsi, le « référendum d'orientation » qui s'est déroulé en Italie le 18 juin 1989⁴⁸², et dont l'objet était de confier le pouvoir constituant communautaire au Parlement européen illustre bien l'hypothèse de la rupture juridique, dans la mesure où le peuple italien a sciemment et souverainement décidé de contourner la procédure de révision prévue par les traités originaires. A supposer qu'elle soit suivie par tous les peuples des Etats membres et qu'elle débouche effectivement sur la rédaction, par le Parlement européen, d'une constitution européenne approuvée par les peuples européens, la rupture juridique serait doublée d'un anéantissement de la constitution au sens où l'entendait Carl Schmitt. Le pouvoir fondateur des Etats serait en effet remplacé par le pouvoir constituant du peuple. Inutile de remarquer que cette hypothèse est hautement improbable, tant sur le plan juridique (le référendum n'étant pas aménagé dans tous les Etats membres), que sur le plan politique.

208.- Un autre exemple de tentative de rupture juridique peut être analysé. Il s'agit du projet de traité instituant l'Union européenne élaboré par le Parlement européen sous l'égide de son président, Altiero Spinelli, et adopté par cette institution le 14 février 1984⁴⁸³.

⁴⁸¹ Le mandat de la conférence intergouvernementale est disponible à l'adresse suivante : <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/07/st11/st11218.fr07.pdf>.

⁴⁸² Ce référendum, prescrit par la loi constitutionnelle du 3 avril 1989, a obtenu 88,1% de votes favorables. La participation au vote a été de 80,7% (sachant que la tenue de ce référendum s'est déroulée le jour du scrutin visant à élire les représentants italiens au Parlement européen).

⁴⁸³ Le texte du projet de traité est publié au *JOCE*, n° C 77 du 19 mars 1984, p. 33. Pour une analyse, voir Roland BIEBER, Jean-Paul JACQUE et Joseph H.H. WEILER, *L'Europe de demain - Une Union sans cesse plus étroite. Analyse critique du projet de traité instituant l'Union européenne*, Luxembourg, OPOCE, 1985, 369 pages. Voir aussi Francesco CAPOTORTI, Meinhard HILF, Francis JACOBS et Jean-Paul JACQUE, *Le traité d'Union européenne, commentaire du projet adopté par le Parlement européen le 14 février 1984*, Bruxelles, Editions de l'ULB, 1985, 30 pages.

Proposé à la ratification des Etats membres, ce projet de traité contient en son article 82 une disposition originale relative à son entrée en vigueur. Selon les termes de cet article : « lorsque le présent traité aura été ratifié par une majorité d'Etats membres des Communautés dont la population forme les deux tiers de la population globale des Communautés, les gouvernements des Etats membres ayant ratifié se réuniront immédiatement pour décider d'un commun accord des procédures et de la date d'entrée en vigueur du présent traité ainsi que des relations avec les Etats membres qui n'ont pas encore ratifié ».

La substance de cette disposition est clairement en contradiction avec l'article 236 TCE, qui prévoit que les amendements aux traités doivent être ratifiés par tous les Etats membres. Comme l'ont noté certains commentateurs du projet de traité, aucune construction juridique ne permettant de remédier à cette incompatibilité, il faut donc en conclure au « caractère révolutionnaire de l'entreprise »⁴⁸⁴. On peut ici faire un parallèle avec l'adoption de la constitution américaine de 1787 qui, présentée comme une simple révision des Articles de confédération de 1777, a opéré une véritable rupture juridique par rapport à son fondement légal. En effet, tandis que les Articles de confédération soumettaient l'adoption des révisions à l'accord unanime des législatures d'Etat, le projet adopté par la Convention de Philadelphie pouvait entrer en vigueur dès lors que neuf Etats sur treize seulement l'avaient ratifié⁴⁸⁵.

Le projet de traité Spinelli n'a pas été adopté, en partie du fait des difficultés liées à sa procédure d'adoption. A ce sujet, M. Weiler avait noté avec clairvoyance que « la légalité de la procédure d'adoption est un problème que fera surgir sous une forme ou sous une autre toute restructuration future de la Communauté »⁴⁸⁶. Il est vrai que l'évolution des Communautés ne peut découler que d'une rupture juridique ou d'une modification des traités originaires qualifiée, en raison de son ampleur, d'abrogation de la constitution.

209.- Malgré l'existence de ces tentatives de rupture juridique, qui s'analysent comme la volonté de substituer au pouvoir fondateur des Etats un véritable pouvoir constituant, force est de constater que les révisions intervenues ont globalement maintenu l'idée d'œuvre ancrée par les fondateurs dans les Communautés originelles. Celle-ci a un

⁴⁸⁴ Cf. Joseph H.H. WEILER et James MODRALL, « La création de l'Union européenne et sa relation avec les traités CEE », in Roland BIEBER, Jean-Paul JACQUE et Joseph H.H. WEILER (Dir.), *L'Europe de demain - Une Union sans cesse plus étroite : analyse critique du projet de traité instituant l'Union européenne*, Luxembourg, 1985, pp. 173-189, spéc. p. 189.

⁴⁸⁵ Il convient tout de même de noter que, selon l'article VII de la constitution élaborée par la convention de Philadelphie, celle-ci ne devait entrer en vigueur qu'entre ceux des Etats l'ayant ratifiée.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 175.

« double-visage » et s'attache, d'une part, à intégrer les Etats et les peuples européens dans un ensemble plus vaste et d'autre part à maintenir la souveraineté des Etats.

Les différentes révisions intervenues au cours de l'intégration européenne n'ont pas fondamentalement remis en cause ces choix originels. La preuve en est que chaque approfondissement de l'intégration a été en quelque sorte compensé par l'introduction de mécanismes visant à préserver la souveraineté des Etats.

Ainsi, l'Acte unique européen a incontestablement approfondi l'intégration des Etats, en dotant les Communautés de nouveaux moyens permettant l'achèvement du marché intérieur (dans ce but, l'accent est mis sur l'élimination des obstacles aux échanges intracommunautaires mais aussi sur le développement de la cohésion économique et sociale). De même, c'est ce traité qui a donné une base conventionnelle à la coopération en matière de politique étrangère, posant les fondations d'une union politique européenne. En contrepartie, l'institutionnalisation du Conseil européen a renforcé la dimension intergouvernementale de l'édifice institutionnel communautaire et par là même œuvré en faveur de la préservation des moyens d'action des Etats au sein du jeu institutionnel.

De même, le traité de Maastricht est souvent présenté comme opérant un véritable saut qualitatif dans l'intégration européenne, du fait de l'extension du champ des compétences de la Communauté à de nouveaux domaines, parfois sensibles (l'industrie, la recherche, la politique sociale, mais aussi la politique monétaire impliquée par la mise en place de l'Union économique et monétaire, et la politique commune des visas à l'égard des ressortissants des pays tiers) et surtout du fait de l'introduction de la citoyenneté de l'Union⁴⁸⁷. Cette institution est en effet, selon nous, une parfaite illustration de la dualité qui anime l'idée de droit initiale. Couramment analysée en lien avec le mouvement d'intégration, dont elle signifierait le degré politique ainsi atteint, l'importance de la consécration de la citoyenneté de l'Union a souvent été relativisée par le fait qu'elle est médiatisée par la

⁴⁸⁷ Pour l'analyse de l'insertion de la citoyenneté de l'Union dans le traité de Maastricht, voir Carlos CLOSA, « The concept of citizenship in the treaty on EU », *CML Rev.*, 1992, pp. 1137-1169 ; Yves GAUTIER, « Citoyenneté européenne », in Ami BARAV et Christian PHILIP (Dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, pp. 161-169 ; Henri LABAYLE, « Vers une citoyenneté de européenne », *LPA*, n° 76/1992, pp. 23-52 ; Jean-Denis MOUTON, « Ressortissants communautaires », *Rép. Dalloz dr. com.*, et, du même auteur, *La citoyenneté de l'Union : passé, présent et avenir*, Saarbrücken, Europa-Institut, Universität des Saarlandes, 1996, 20 pages ; Constantin STEPHANOU, « Identité et citoyenneté européennes », *RMC*, 1991, pp. 30-39, Paul MAGNETTE, *La citoyenneté européenne, droits, politiques et institutions*, thèse sciences politiques, Bruxelles, 1999, Bruxelles, Editions de l'université de Bruxelles, 1999, 249 pages ; Christian PHILIP et Panayotis SOLDATOS (Dir.), *La citoyenneté européenne*, Montréal, université de Montréal, 2000, 269 pages (avec notamment les contributions de Robert KOVAR, « L'émergence et l'affirmation du concept de citoyenneté européenne dans le processus d'intégration européenne », pp. 81-94 et Joël RIDEAU, « Les dimensions politiques de la citoyenneté dans l'Union européenne », pp. 193-224).

possession du statut de national d'un Etat membre⁴⁸⁸. Faisant progresser l'intégration européenne tout en reconnaissant explicitement la pluralité des Etats à la base de la construction communautaire, « l'article 17 du TCE [...] illustre la double logique à l'œuvre dans l'entité communautaire »⁴⁸⁹. Sur le plan décisionnel, l'intégration se concrétise par l'extension du vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil et par le renforcement du rôle du Parlement européen du fait de la nouvelle procédure de codécision. Il faut toutefois noter que ces avancées n'ont pu être réalisées qu'en contrepartie d'une différenciation entre les Etats, signe du maintien de leur souveraineté. En effet, l'accord à onze sur la politique sociale (inclus dans le protocole n° 14 sur la politique sociale) a permis d'entériner l'exclusion du Royaume-Uni dans ce domaine, tandis que les protocoles n° 11 et 12, ont consenti des exemptions au profit du Royaume-Uni et du Danemark pour le passage à la monnaie unique. De même, le traité instituant l'Union européenne met en place deux piliers non communautaires, (le premier consacré à la politique étrangère et de sécurité commune, le second relatif à la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures), qui accroissent le poids de l'intergouvernementalisme, même si l'on peut noter que le champ des questions d'intérêt commun se trouve par là même augmenté. Enfin, l'article F (actuel art. 6) TUE, qui affirme que « l'Union respecte l'identité nationale des Etats membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques » peut être lu sous deux angles, qui révèlent le double visage de l'idée d'œuvre. D'une part, cet article, en reconnaissant le « fait étatique », semble vouloir garantir l'identité nationale des Etats membres et par conséquent leur autonomie constitutionnelle⁴⁹⁰. D'autre part, cet article peut aussi être interprété comme « la consécration d'une clause d'homogénéité typique des systèmes fédéraux »⁴⁹¹, ce qui accentue alors son caractère intégrateur.

S'agissant du traité d'Amsterdam, les progrès dans l'intégration résultent de la communautarisation partielle du troisième pilier⁴⁹² et de l'incorporation dans le deuxième pilier de l'acquis Schengen (obtenue sous réserve de modalités particulières applicables au Danemark, à l'Irlande et au Royaume-Uni). Le traité d'Amsterdam institue de même un Haut

⁴⁸⁸ Cf. Robert KOVAR et Denys SIMON, « La citoyenneté européenne », *CDE*, n° 3-4/1993, pp. 285-315, spéc. pp. 289 et s. ; Siofra O'LEARY, « Nationality law and Community citizenship : a tale of two uneasy bedfellows », *YEL*, n° 12/1992, pp. 353-384.

⁴⁸⁹ Cf. Myriam BENLOLO-CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, thèse, Paris X, 2005, Bruxelles, Bruylant, 2007, 782 pages, spéc. p. 23.

⁴⁹⁰ Sur l'analyse de cet article sous l'angle de la théorie des droits fondamentaux des Etats, voir *infra*, paragraphes 426.- et suivants.

⁴⁹¹ Cf. Jörg GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, *op. cit.*, p. 132.

⁴⁹² Il s'agit de l'ensemble des compétences en matière de politique commune des visas, d'asile, d'immigration et de coopération judiciaire en matière civile, qui font désormais l'objet du titre IV du traité CE.

représentant pour la PESC (art. 26 TUE), et amorce une politique de défense commune en prévoyant la possibilité de mener des missions opérationnelles (art. 17 TUE). Sur le plan décisionnel, on assiste à une nouvelle extension du vote à la majorité qualifiée, ainsi qu'à l'extension et à la simplification de la procédure de codécision. De plus, le nouvel article 7 TUE institue une procédure permettant de constater « l'existence d'une violation grave et persistante par un Etat membre » des principes fondateurs de l'Union européenne, énoncés à l'article 6 TUE. La possibilité de suspendre les droits d'un Etat membre se rendant coupable d'une telle violation, qui a pu être décriée comme portant atteinte à la souveraineté des Etats, témoigne du niveau d'intégration réalisé, sur le plan des valeurs, entre les Etats membres de l'Union. En ce qui concerne les mesures pouvant être mises au crédit de la préservation de la souveraineté des Etats, on peut relever l'introduction d'un protocole spécial sur le rôle des Parlements nationaux dans l'Union européenne, qui donne un statut à la Conférence des organes spécialisés dans les affaires communautaires (COSAC). De même, l'adoption d'un protocole relatif aux conditions d'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité permet, en clarifiant les règles relatives à l'exercice des compétences partagées, de réduire les risques d'empiètement du droit communautaire sur les compétences étatiques. Enfin, si l'institution des « coopérations renforcées » (titre VII TUE) peut être analysée comme favorisant l'intégration communautaire, dans la mesure où cette disposition peut permettre à certains Etats membres de progresser plus rapidement sans être paralysés par l'opposition d'Etats plus réticents, elle autorise aussi ces derniers à refuser de nouveaux transferts de « souveraineté » sans pour autant quitter l'entreprise commune. En ce sens, les coopérations renforcées préservent la souveraineté des Etats.

Quant au traité de Nice, son objet était surtout de résoudre les questions institutionnelles laissées en suspens par le traité d'Amsterdam. Les nouvelles dispositions institutionnelles adoptées, rendues nécessaires dans la perspective de l'élargissement de l'Union à de nouveaux Etats, n'ont remis en cause ni la volonté d'intégration ni la souveraineté constituante des peuples européens.

La même analyse relative à la perpétuation de l'idée d'œuvre initiale peut être conduite s'agissant du traité établissant une constitution pour l'Europe et du traité modificatif signé à Lisbonne le 13 décembre 2007⁴⁹³, comme nous aurons l'occasion de le voir plus en détail dans la deuxième partie de cette étude.

⁴⁹³ Le professeur Denys Simon note ainsi qu'avec le traité de Lisbonne « est ainsi renoué paradoxalement le fil de la démarche fonctionnaliste des pères fondateurs » dans la mesure où, « comme les précédentes révisions, il

210.- La caractérisation d'un pouvoir fondateur, exercé par les Etats lors de l'adoption des traités originaires, a permis d'envisager les révisions comme limitées par la nécessaire prévalence de l'idée d'œuvre, qui se définit par la volonté de maintenir un équilibre durable entre deux objectifs opposés : l'intégration des Etats, d'une part, et le maintien de leur souveraineté, d'autre part. Pour l'instant, cet équilibre a été maintenu au fil des révisions.

Du fait de la maîtrise, par les Etats, de la procédure de révision, et en l'absence de sanction juridictionnelle des limites matérielles du pouvoir de révision, le maintien de l'équilibre incorporé dans l'idée d'œuvre passe justement par l'aménagement de la procédure de révision elle-même. Celle-ci doit en effet être en mesure d'éviter que l'une des composantes du pouvoir de révision (les institutions et les Etats membres) puisse se saisir du pouvoir de révision, outrepasser ses limites et réaliser un « changement de constitution » ou une abrogation de celle-ci. C'est dans cet esprit qu'il convient d'examiner, dans un second temps, l'aménagement des procédures de révision dans l'ordre juridique communautaire.

II. LA FONCTION DES PROCEDURES DE REVISION : GARANTIR LE RESPECT DE L'IDEE D'ŒUVRE

211.- Les traités fondateurs contiennent plusieurs clauses de révision, qui peuvent être classées suivant le degré de participation des institutions communautaires et le pouvoir conservé par les Etats. Ainsi, à côté de la procédure générale de révision (A.), existent des procédures spécifiques (qui se caractérisent par une intervention plus marquée des institutions) et des procédures autonomes, qui font l'économie de la phase de ratification (B.).

L'analyse de ces procédures de révision et de leur mise en pratique révèle une tension entre deux pôles : la communautarisation des procédures de révision, d'une part, et le maintien de l'exigence du consensualisme propre au droit international, d'autre part.

“marque une nouvelle étape plus étroite dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples d'Europe” », Denys SIMON, « Les fondations : l'Europe modeste ? », *Europe*, juillet 2008, dossier spécial sur le traité de Lisbonne, pp. 32-37, spéc. p. 32.

A. La procédure générale de révision

La procédure générale de révision, qui ménage une participation des institutions communautaires tout en requérant la ratification unanime des Etats, constitue une garantie quant à la perpétuation de l'idée d'œuvre au sein de l'ordre juridique communautaire (1.). Le fait que cet équilibre entre les différentes légitimités s'exprimant au cours du processus de révision soit rendu effectif, tant par la pratique des Etats que par la jurisprudence de la Cour, renforce d'ailleurs cette conclusion (2.).

1. L'aménagement de la procédure générale de révision : l'équilibre entre la participation des institutions et celle des Etats membres

212.- A l'origine, la révision des traités communautaires était réglée par les articles 96 du traité CECA⁴⁹⁴, 236 du traité CEE⁴⁹⁵, et 204 du traité CEEA. L'article 236 CEE a été repris, sans grand changement, pour former la procédure commune de révision (art. 48 TUE). Comme pour les traités internationaux classiques, trois phases peuvent être distinguées : l'initiative, la négociation des amendements et les ratifications nationales. Chacune de ces phases fait intervenir soit les institutions communautaires, soit les Etats membres, dans une recherche d'équilibre seule susceptible de garantir la perpétuation de l'idée d'œuvre voulue par les fondateurs. Ainsi, chaque accentuation du rôle des institutions communautaires au sein de la procédure générale de révision (a.) a été contrebalancée par un renforcement parallèle de l'intervention du Conseil européen, organe interétatique par excellence (b.).

⁴⁹⁴ Art. 96 du traité CECA : « après l'expiration de la période de transition, le gouvernement de chaque Etat membre et la Haute Autorité pourront proposer des amendements au présent Traité. Cette proposition sera soumise au Conseil. Si celui-ci émet, à la majorité des deux tiers, un avis favorable à la réunion d'une conférence des représentants des gouvernements des Etats membres, celle-ci est immédiatement convoquée par le président du Conseil, en vue d'arrêter d'un commun accord les modifications à apporter aux dispositions du Traité. Ces amendements entreront en vigueur après avoir été ratifiés par tous les Etats membres en conformité de leurs règles constitutionnelles respectives ».

⁴⁹⁵ Art. 236 du traité CEE : « le gouvernement de tout Etat membre ou la Commission peut soumettre au Conseil des projets tendant à la révision du présent Traité. Si le Conseil, après avoir consulté l'Assemblée et le cas échéant la Commission, émet un avis favorable à la réunion d'une conférence des représentants des gouvernements des Etats membres, celle-ci est convoquée par le président du Conseil en vue d'arrêter d'un commun accord les modifications à apporter au présent Traité. Les amendements entreront en vigueur après avoir été ratifiés par tous les Etats membres en conformité de leurs règles constitutionnelles respectives ».

a. Le rôle grandissant des institutions communautaires dans la procédure générale de révision

213.- L'initiative et l'élaboration des amendements font une large place à l'intervention des institutions communautaires. En effet, l'initiative de la révision appartient, selon ces dispositions, soit au gouvernement d'un Etat membre, soit à la Commission (ou à la Haute Autorité de la CECA). Puis, il revient au Conseil de convoquer une conférence intergouvernementale, après avoir recueilli l'avis du Parlement européen et, le cas échéant, celui de la Commission. C'est cette conférence intergouvernementale qui est chargée d'élaborer et d'adopter les révisions aux traités, celles-ci ne devenant définitives que lorsqu'elles ont été ratifiées par tous les Etats.

214.- La pratique a encore intensifié la participation des institutions communautaires, le Parlement européen et la Commission mettant à profit la consultation obligatoire prévue par les traités. Ainsi, ces deux institutions ont multiplié les prises de position (résolutions, livres blancs, etc.⁴⁹⁶), antérieurement à la tenue de la conférence intergouvernementale, afin d'influencer les travaux de celle-ci. Progressivement, la Commission et dans une moindre mesure le Parlement européen, ont été associés aux réunions de la conférence intergouvernementale. La négociation du traité d'Amsterdam s'est tenue à différents niveaux, chacun comportant un représentant de la Commission⁴⁹⁷. Le Parlement européen quant à lui a été davantage associé à la conférence intergouvernementale ayant préparé le traité de Nice, par le biais d'observateurs et de réunions informelles précédant chaque session ministérielle. Le traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, qui fait de la Convention l'une des voies de la révision ordinaire des traités⁴⁹⁸, permet à la

⁴⁹⁶ On peut citer, à titre d'exemple, la résolution de l'Assemblée parlementaire en date du 24 novembre 1960, relative à la fusion des exécutifs des Communautés européennes (*JOCE* n° 60 du 16 décembre 1960, pp. 1509-1510) ; le projet de traité sur l'Union européenne adopté par le Parlement européen le 14 février 1984 (*JOCE* n° C 77 du 19 mars 1984, pp. 53 et s.), le livre blanc de la Commission sur l'achèvement du marché intérieur, en date du 14 juin 1985 (COM/85/310 final). La préparation du traité d'Amsterdam a donné lieu à de nombreuses prises de décision de la part des institutions : résolution du Parlement européen en date du 17 mai 1995 (*JOCE* n° C 151 du 19 juin 1995, pp. 56-67), avis de la Commission en date du 28 février 1996 : *Renforcer l'Union politique et préparer l'élargissement*, (COM/96/90 final). Voir aussi, préalablement à la négociation du traité de Lisbonne, l'avis de la Commission en date du 10 juillet 2007 : *Réformer l'Europe pour le XXI^e siècle*, COM(2007)412 final.

⁴⁹⁷ Les négociations se sont déroulées au niveau des experts, au niveau des représentants des ministres et du représentant du président de la Commission ensuite, puis des ministres assistés d'un membre de la Commission, et enfin, au niveau des chefs d'Etat et de gouvernement et du président de la Commission, lors des Conseils européens.

⁴⁹⁸ L'article ayant vocation à devenir l'article 48 du traité sur l'Union européenne une fois le traité de Lisbonne entré en vigueur reprend en effet les dispositions de l'article IV-443 du traité établissant une constitution pour l'Europe, qui institutionnalisait la méthode conventionnelle afin de réviser les traités fondateurs.

Commission et au Parlement d'être pleinement intégrés au sein de l'instance chargée d'élaborer les révisions aux traités.

L'accroissement du rôle des institutions communautaires a été contrebalancé par la consécration d'un rôle prépondérant du Conseil européen, à chaque stade de la procédure de révision.

b. Le renforcement parallèle du rôle du Conseil européen

215.- Depuis l'instauration du Conseil européen, cet organe intergouvernemental a marqué son emprise sur la procédure de révision, introduisant au sein du mécanisme d'évolution des Communautés et de l'Union européennes une « déviation »⁴⁹⁹, voire une déviance interétatique.

Tout d'abord, le Conseil européen est à l'origine du lancement des processus de révisions⁵⁰⁰. Cette fonction, même si elle n'est pas codifiée dans les dispositions relatives à la procédure de révision, est conforme à l'article 4, premier alinéa, du traité UE, qui dispose : « le Conseil européen donne à l'Union les impulsions nécessaires à son développement et en définit les orientations politiques générales ».

Ensuite, la décision de convoquer une conférence intergouvernementale est aussi prise par le Conseil européen. Ainsi, c'est le Conseil européen de Milan des 28 et 29 juin 1985⁵⁰¹ qui a pris la décision de réunir la conférence ayant abouti à l'Acte unique européen. De même, c'est le Conseil européen de Madrid de juin 1989 qui a approuvé, à l'unanimité, le principe de la révision devant mener à l'adoption du traité sur l'Union européenne⁵⁰². Quant au traité de Lisbonne, le lancement de sa négociation est à porter au crédit du Conseil européen de Bruxelles des 21 et 22 juin 2007⁵⁰³. Le Conseil européen définit généralement

⁴⁹⁹ Panayotis SOLDATOS, « Le Conseil européen et la conférence intergouvernementale : une déviation par rapport à la méthode communautaire de révision des traités », in *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit constitutionnel*, actes du colloque du 27 octobre 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 53-63.

⁵⁰⁰ Cf. pour l'adoption de l'Acte unique européen, il faut souligner l'impulsion politique donnée lors du Conseil européen de Fontainebleau des 25 et 26 juin 1984, (voir les conclusions au *Bull. CE* n° 6/1984, pp. 10-12). Voir aussi, à l'origine du traité de Maastricht, le Conseil européen de Hanovre des 27 et 28 juin 1988 (*Bull. CE* n° 6/1988, p. 184), et, pour le traité de Nice, le rôle joué par le conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999 (*Bull. UE* n° 6/1999, pp. 7-40).

⁵⁰¹ *Bull. CE* n° 6/1985, pp. 13-16. On peut noter que la décision prise lors de ce Conseil européen, a été prise contre la volonté de trois Etats (Royaume-Uni, Danemark et Grèce). En effet, l'article 236 TCE n'ayant pas expressément prévu de règle de majorité, c'est la règle de la majorité simple qui s'applique.

⁵⁰² Voir les conclusions in *Bull. CE*, n° 6/1989, p. 11.

⁵⁰³ Voir les conclusions in *Bull. UE*, n° 6/2007, pts. I.1 et s.

les orientations de la conférence intergouvernementale⁵⁰⁴ et, pendant toute la durée de celle-ci, joue un rôle d'organe d'appel chargé de résoudre les difficultés issues de la négociation⁵⁰⁵.

216.- La nature juridique des conclusions du Conseil européen est, dans ce domaine, difficile à évaluer. En effet, le traité ne mentionne que les fonctions du Conseil européen, à l'exclusion des actes qu'il est autorisé à prendre. Si les réunions du Conseil européen donnent lieu à la publication de « conclusions de la présidence », celles-ci sont traditionnellement considérées comme étant dépourvues de valeur juridique. Les prises de position émises à cette occasion ne sont que des accords politiques devant être mis en œuvre par le Conseil conformément aux procédures prévues par les traités. Cependant, les décisions prises par le Conseil européen en matière de révision des traités ont une valeur juridique indéniable, puisqu'elles entraînent l'ouverture de la conférence intergouvernementale ou déterminent son ordre du jour. Le traité de Lisbonne, qui accorde au Conseil européen la qualité d'institution de l'Union européenne, codifie la pratique en reconnaissant son rôle primordial dans la mise en œuvre de la procédure ordinaire de révision⁵⁰⁶.

217.- En définitive, la procédure générale de révision est organisée de manière à équilibrer les velléités intégrationnistes des institutions communautaires d'une part, et la tendance souverainiste des Etats membres d'autre part, par l'instauration d'un subtil équilibre entre les institutions qui prennent part à ces procédures. Le traité de Lisbonne amplifie encore cette recherche d'équilibre, les dispositions régissant la procédure de révision ordinaire précisant que celle-ci peut être mise en œuvre, pour « accroître *ou pour réduire* les

⁵⁰⁴ Voir les conclusions du Conseil européen de Rome des 27 et 28 octobre 1990, qui détermine les objectifs d'un traité sur l'Union économique et monétaire et d'un traité sur l'Union politique. Voir les conclusions du Conseil européen de Lisbonne qui précise le mandat de la conférence intergouvernementale ayant procédé à la négociation du traité de Lisbonne (*Bull. UE*, n° 6/2007, pts. I.1 et s.). Le mandat de la conférence intergouvernementale est disponible à l'adresse suivante : <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/07/st11/st11218.fr07.pdf>.

⁵⁰⁵ Ainsi, le Conseil européen de Maastricht des 9 et 10 décembre 1991 a permis d'obtenir l'accord du Royaume-Uni, et du Danemark en leur accordant des dérogations (participation facultative à la troisième phase de l'UEM pour ces deux Etats, régime dérogatoire pour le Danemark en matière de défense, et dans le domaine social pour le Royaume-Uni).

⁵⁰⁶ L'article ayant vocation à devenir l'article 48 du traité sur l'Union européenne, une fois le traité de Lisbonne ratifié, consacre ainsi le rôle du Conseil européen pour décider de convoquer une Convention ou une conférence intergouvernementale (selon l'ampleur des modifications à apporter aux traités). Le Conseil européen intervient aussi, à l'issue du processus de révision, lorsqu'« à l'issue d'un délai de deux ans à compter de la signature d'un traité modifiant les traités, les quatre cinquièmes des Etats membres ont ratifié ledit traité et qu'un ou plusieurs Etats membres ont rencontré des difficultés pour procéder à ladite ratification ». Cet article est intégralement repris de l'article IV-443 du traité établissant une constitution pour l'Europe.

compétences attribuées à l'Union par les traités ». Cette précision est en effet conforme à l'idée d'œuvre, dans la mesure où elle permet de modifier les traités soit pour approfondir l'intégration, soit au contraire pour permettre aux Etats de recouvrer certaines compétences, même si on peut noter un rééquilibrage de l'équilibre dynamique atteint par la construction européenne en faveur de la préservation des Etats⁵⁰⁷.

218.- Si les procédures de révision ont été aménagées de manière à perpétuer l'idée d'œuvre initiale, la pratique corrobore cette analyse dans la mesure où chaque accroissement des pouvoirs ou de la place prise par les institutions communautaires a été compensé par une intensification du rôle du Conseil européen. La jurisprudence de la Cour relative à l'exclusivité des procédures de révision permet d'ailleurs de sanctionner juridiquement le maintien de cet équilibre.

2. La garantie juridictionnelle de l'équilibre atteint par la procédure générale de révision : l'exclusivité des procédures de révision

219.- L'agencement de la procédure générale de révision n'est pas seulement important parce qu'il comporte une participation des institutions communautaires mais aussi et surtout parce que l'équilibre qu'il réalise est censé garantir que le *contenu* des révisions soit conforme à l'idée d'œuvre voulue par les fondateurs. Cette garantie resterait cependant lettre morte si les Etats, ou les institutions, pouvaient passer outre la procédure de révision et modifier les traités de leur propre initiative. La question des limites formelles au pouvoir de révision est donc fondamentale dans l'optique de perpétuer l'idée d'œuvre des fondateurs.

220.- Il convient tout d'abord de noter que si toutes les révisions mises en œuvre postérieurement à l'adoption des traités de Rome ont été réalisées conformément à la procédure générale de révision, le traité CECA a fait l'objet de deux révisions par acte

⁵⁰⁷ La précision ajoutée par l'article 48, paragraphe 2 TUE nous paraît en effet difficilement conciliable avec la notion d'acquis communautaire, qui n'est d'ailleurs pas reprise dans le traité modificatif à la différence des traités existants qui mentionnent ce principe à deux reprises (article 2 et 3 TUE) et du traité établissant une constitution pour l'Europe, qui mentionnait, dans son préambule, la nécessité d'assurer la « continuité de l'acquis communautaire ». Loin d'être purement rhétorique, cette insertion dénote la volonté des Etats d'apporter un démenti à la thèse du transfert définitif de compétences, énoncée par la Cour dans l'arrêt Costa précité, selon laquelle « le transfert opéré par les Etats [...] entraîne une limitation définitive de leurs droits souverains ».

contraire des Etats membres, comme cela est permis par les règles du droit international général⁵⁰⁸. En effet, le traité du 27 octobre 1956 consacrant le retour de la Sarre à l'Allemagne a entraîné une modification du champ d'application du traité CECA, sans que la procédure de révision prévue ait été mise en œuvre. De même, la convention du 25 mars 1957 relative aux institutions communes a introduit une modification dans les dispositions institutionnelles du traité CECA, encore une fois sans que la procédure de révision ait été respectée. Ces deux exemples ne prouvent cependant pas que les traités fondateurs puissent être révisés par consentement unanime des Etats. En effet, ces traités ont été adoptés avant l'expiration de la période de transition, c'est-à-dire à une période où l'article 96 du traité CECA relatif à la mise en œuvre de la procédure de révision n'était pas encore applicable.

221.- La pratique des révisions semble donc globalement conforme aux stipulations des traités. De plus, l'exclusivité des procédures de révision est garantie par la Cour de Justice qui s'oppose tant aux agissements contraires des Etats qu'à ceux des institutions communautaires.

En ce qui concerne les institutions, comme nous le verrons ultérieurement, c'est le plus souvent par le biais de pratiques qu'elles ont tenté de modifier les règles fixées par les traités. La Cour refuse que de telles pratiques puissent produire des effets juridiques, jugeant qu'« une simple pratique du Conseil n'est pas susceptible de déroger à des règles du traité »⁵⁰⁹ et n'est donc pas en mesure de donner base légale à un acte de droit dérivé. Par là même, elle préserve le droit que possède chaque Etat de s'opposer à une révision des traités qu'il jugerait non conforme à ses intérêts. Quant aux actes des institutions qui dérogeraient aux traités originaires (et pourraient donc être interprétés comme modifiant ceux-ci), ils peuvent être sanctionnés par le biais du recours en annulation.

222.- Ce n'est pas le cas pour les actes des Etats membres qui, n'étant pas des actes pris par les institutions énumérés à l'article 230, ne peuvent faire l'objet d'un recours en annulation pour violation des règles du traité. La Cour de justice sauvegarde tout de même

⁵⁰⁸ L'article 39 de la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 dispose : « tout traité peut être amendé par accord entre les parties ». Il convient tout de même de noter que l'article 5 de cette même convention dispose que celle-ci ne s'applique aux traités constitutifs d'une organisation internationale que « sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation ». Le droit international général semble donc justifier l'exclusivité des procédures de révision adoptées au sein d'une organisation internationale.

⁵⁰⁹ CJCE, 23 février 1988, Royaume-Uni c/ Conseil, aff. 68/86, *Rec.* p. 855, pt. 24.

l'effet utile des règles relatives à la procédure de révision, par exemple dans le cadre des questions préjudicielles.

Ainsi, dans l'arrêt *Defrenne*⁵¹⁰, la Cour était confrontée à une question préjudicielle visant à déterminer si l'article 119 CE relatif à l'égalité de rémunération entre hommes et femmes était d'effet direct et si oui, à compter de quelle date. En effet, si l'article 119 CE prévoyait que les discriminations devaient être supprimées au plus tard à la fin de la première étape de la période de transition, les Etats s'étaient accordés, par une résolution du 30 décembre 1961, pour retarder cette échéance. La Cour a cependant refusé de tenir compte de cette résolution, au motif qu'« une modification du traité ne peut résulter – sans préjudice de dispositions spécifiques – que d'une révision opérée en conformité de l'article 236 »⁵¹¹. Le contournement de la procédure de révision a donc été sanctionné par l'inopposabilité de la résolution litigieuse des Etats membres. Confrontée à une situation similaire dans l'arrêt *Manghera*⁵¹², la Cour a jugé qu'une résolution des Etats membres, adoptée en dehors de la procédure de révision prévue par les traités, « ne saurait produire des effets opposables aux justiciables [et] qu'en particulier, l'échéance mentionnée dans la résolution ne peut prévaloir sur celle inscrite dans le traité »⁵¹³.

223.- D'autres solutions peuvent être envisagées pour sanctionner, sur le plan juridictionnel, des révisions des traités intervenues en dehors des procédures prévues à cet effet. Ainsi, la Commission pourrait introduire un recours en manquement à l'encontre des Etats, sur le fondement de l'article 226 TCE, en arguant que le non-respect des règles relatives à la procédure de révision constitue une entorse aux obligations qui leur incombent en vertu du traité. Si la Cour estimait que les Etats ont effectivement manqué à leurs obligations, ils pourraient être contraints, le cas échéant sous peine d'astreinte, à faire cesser la violation, par exemple en respectant la procédure de révision évincée. De même, on peut imaginer que la Cour annule la décision du Conseil de convoquer une conférence intergouvernementale en vue d'une révision, pour violation des formes substantielles⁵¹⁴, si cette décision était prise sans consultation préalable du Parlement européen et de la Commission. L'utilisation de la technique de l'exception d'illégalité, prévue à l'article 241

⁵¹⁰ CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne*, aff. 43/75, *Rec.* p. 455.

⁵¹¹ *Ibid.*, pt. 58.

⁵¹² CJCE, 3 février 1976, *Manghera*, aff. 59/75, *Rec.* p. 91.

⁵¹³ *Ibid.*, pt. 21.

⁵¹⁴ La Cour a déjà annulé un règlement du Conseil au motif que celui-ci avait été adopté sans que le Parlement européen ait été consulté. Cf. CJCE, 29 octobre 1980, aff. 138/79, *Roquettes frères*, *Rec.* p. 3360.

TCE, pourrait aussi être mise en œuvre. Il serait en effet concevable, à l'occasion d'un recours contre un règlement, d'exciper de son inapplicabilité, découlant de ce que le traité sur lequel il se fonde a été adopté en méconnaissance des règles relatives à la procédure de révision. Plus généralement, la Cour pourrait refuser la valeur juridiquement contraignante d'une révision intervenue en méconnaissance des limites s'imposant à elle. Enfin, la Cour pourrait être amenée à se prononcer, dans le cadre d'une question préjudicielle, sur la compatibilité avec le traité d'une révision entreprise en dehors de la procédure prévue et déclarer celle-ci inopposable, comme dans l'arrêt Defrenne précité. Le respect de la procédure de révision serait alors, bien que de manière indirecte, juridictionnellement assuré.

224.- Par conséquent, en dépit de deux précédents en sens contraire, il est désormais acquis que les Etats ne peuvent, même à l'unanimité, modifier les traités en dehors des procédures prévues. En effet, les institutions communautaires incarnent chacune une légitimité propre qui doit s'exercer lors de la mise en œuvre de la procédure de révision. Cette participation des institutions resterait lettre morte si les Etats pouvaient, de leur propre chef, s'en dispenser. Ce raisonnement, qui sous-tend la jurisprudence de la Cour relative à l'exclusivité de la procédure de révision, est renforcé par les enseignements de la théorie de l'institution. En effet, la mise en place de l'institution fait émerger une nouvelle personne morale autonome, qui possède dès cet instant des intérêts propres, distincts de ceux de ses fondateurs. Le processus d'institutionnalisation permet donc de comprendre la nécessaire limitation (sur le plan formel) du pouvoir des fondateurs, ce qui n'est pas sans rappeler l'autoliasion (théorique) du peuple lorsque celui-ci intervient en tant que magistrat constitutionnel pour réviser la constitution.

Il reste dorénavant à envisager les procédures spécifiques de révision. Dans la mesure où elles accentuent la participation des institutions communautaires, il convient de se demander leur existence n'est pas problématique au regard de la préservation de l'équilibre voulu par les fondateurs.

B. Les procédures spécifiques de révision

225.- Deux types de procédures seront successivement étudiés. Les procédures simplifiées de révision, d'une part (1.), et les procédures autonomes de révision, d'autre part (2.). Pour chacune d'entre elles, il s'agira de montrer que ces procédures tentent de maintenir un équilibre entre les intérêts divergents des différentes institutions communautaires, le but final étant de faire en sorte que l'idée d'œuvre soit respectée à chaque stade du développement du droit communautaire.

1. Les procédures simplifiées de révision

Si les procédures simplifiées se distinguent par une participation accrue des institutions communautaires (a.), la pratique qui s'est développée sur leur fondement atteste de la volonté des Etats membres de ne pas se dessaisir de leurs droits (b.).

a. Le recensement des procédures simplifiées

226.- Dès l'origine les traités ont prévu la possibilité de réviser certains de leurs points selon une procédure simplifiée. Plus précisément, il s'agit ici de mesures de mise en œuvre de principes préalablement définis dans les traités originaires, dont l'objet consiste davantage à compléter les traités institutifs qu'à les modifier. Cependant, les actes qui découlent de ces articles ont valeur de droit primaire, comme en témoigne l'acte du 20 septembre 1976 portant élection des représentants à l'Assemblée au suffrage universel, ou encore la décision du 21 avril 1970 relative aux ressources propres. Pour cette raison, certains auteurs les qualifient de « révisions autonomes »⁵¹⁵. Le point commun de ces procédures réside dans l'accentuation de la participation des institutions tout au long du processus (de l'initiative à l'adoption), les droits des Etats étant tout de même sauvegardés par l'exigence d'une ratification unanime. Celle-ci est d'autant plus nécessaire que les dispositions qui peuvent être adoptées par leur biais ont pour but de développer l'intégration des Communautés, que ce soit en permettant l'élection de l'Assemblée au suffrage universel, en lui attribuant des ressources propres ou encore en développant les droits liés à la citoyenneté de l'Union.

⁵¹⁵ Cf. Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 306.

227.- Deux procédures simplifiées peuvent être relevées dans les traités originaires. L'article 190, paragraphe 4, du traité TCE (ex-art. 138, paragraphe 3, TCEE) concerne l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct et la procédure électorale applicable, tandis que l'article 269 (ex-art. 201) TCE est relatif à l'attribution de ressources propres à la Communauté. Ces procédures se distinguent par le fait que l'initiative, l'élaboration et l'adoption de l'amendement sont entièrement remises à une institution communautaire. Dans le cadre de l'article 190 TCE, l'initiative et l'élaboration du projet électoral reviennent à l'institution intéressée (le Parlement européen), l'adoption étant de la compétence du Conseil, statuant à l'unanimité après avis conforme du Parlement européen. Quant aux ressources propres, l'initiative et l'élaboration de la modification relèvent de la compétence de la Commission, le Conseil arrêtant les dispositions par un vote à l'unanimité, après consultation du Parlement européen. Dans les deux cas cependant, les Etats conservent la maîtrise formelle de la modification envisagée, celle-ci ne pouvant entrer en vigueur qu'après leur « adoption, par les Etats membres, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives ».

228.- Les traités ultérieurs ont repris le système de la procédure simplifiée, afin de permettre le développement des droits liés à la qualité de citoyen de l'Union européenne (article 22 TCE⁵¹⁶). De même, l'article 229 A TCE, inséré par le traité de Nice, permet au Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, d'étendre la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes dans le domaine des titres de propriété industrielle. Aucun acte n'a encore été adopté sur la base de ces deux articles, mais la Commission a proposé, le 23 décembre 2003, un projet tendant à attribuer à la Cour la compétence en matière de brevet communautaire⁵¹⁷. On peut aussi noter l'existence de procédures de révision simplifiées dans les piliers non communautaires. Ainsi, l'article 17, paragraphe 1, TUE permet au Conseil européen de recommander le passage d'une politique de défense commune à une défense commune. De même, l'article 42 TUE permet la communautarisation des actions relevant de la coopération policière et judiciaire en matière pénale. On peut noter que l'article 42 TUE, contrairement à

⁵¹⁶ Selon l'article 22 du traité CE : « le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut arrêter des dispositions tendant à compléter les droits prévus à la présente partie [deuxième partie : citoyenneté de l'Union], dispositions dont il recommandera l'adoption par les Etats membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives ».

⁵¹⁷ Proposition de décision du Conseil, du 23 décembre 2003, attribuant à la Cour de justice la compétence pour statuer sur les litiges relatifs au brevet communautaire, COM 2003/827 final.

l'article 17 TUE, prévoit la consultation du Parlement européen. Dans ces deux cas, la décision fait l'objet d'une adoption par les Etats membres, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives. Ces dispositions n'ont pas encore été mises en œuvre, bien qu'un accord politique ait été obtenu au Conseil européen de Bruxelles des 4 et 5 novembre 2004 pour passer de l'unanimité à la majorité qualifiée en matière d'immigration illégale⁵¹⁸.

229.- Le traité de Lisbonne, qui reprend ici quasiment à l'identique les dispositions du traité établissant une constitution pour l'Europe⁵¹⁹, augmente considérablement le nombre des procédures simplifiées, à la mesure des enjeux considérables auxquels l'évolution de l'intégration européenne est confrontée. Le défi est en effet de taille, dans la mesure où la défense des intérêts des Etats nécessite le maintien de l'unanimité lors de l'adoption des révisions, tandis que la nécessité de ne pas bloquer toute possibilité d'évolution dans une Union comptant près de trente membres devrait au contraire conduire à l'abandon de ces exigences. A ces exigences tenant à la perpétuation de l'idée d'œuvre s'est ajoutée la prise en compte de la légitime demande de démocratisation de la procédure de révision, aboutissant à la refonte partielle des procédures de révision.

Tout d'abord, la mise en œuvre de la procédure ordinaire de révision peut être simplifiée par la décision du Conseil européen de ne pas convoquer de Convention « lorsque l'ampleur des modifications ne le justifie pas ».

Ensuite, à cette procédure générale de révision ont été adjointes deux procédures de révision simplifiées. L'une d'elles, qui figure à l'article 48, paragraphe 7 TUE est en fait une « clause passerelle » générale, permettant au Conseil européen de passer, pour certaines matières, de la procédure législative spéciale à la procédure législative ordinaire, ou du champ de l'unanimité à la majorité qualifiée. Cette disposition voit cependant sa mise en pratique compromise par la nécessité, d'une part, de recueillir l'assentiment unanime des membres du Conseil européen, et d'autre part, de ne pas susciter l'opposition d'un seul parlement national. En effet, toute initiative prise par le Conseil européen dans le cadre de cet article doit être transmise aux parlements nationaux, qui disposent d'un délai de six mois

⁵¹⁸ Voir les conclusions de ce Conseil européen, *Bull. UE*, n° 11/2004.

⁵¹⁹ La décision du Conseil constitutionnel en date du 20 décembre 2007 relative à la compatibilité du traité de Lisbonne avec la Constitution est d'ailleurs émaillée de renvois à la décision rendue par cette même juridiction le 19 novembre 2004, à propos du traité établissant une constitution pour l'Europe. Voir à ce titre Cons. const., décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, *JO* du 29 décembre 2007. Sur cette décision voir notamment Jérôme ROUX, « Le Conseil constitutionnel et le contrôle de constitutionnalité du traité de Lisbonne : *bis repetita* ? », *RTDE*, 2008, pp. 5-27.

pour signifier leur éventuelle opposition, celle-ci empêchant le franchissement de la passerelle. Comme l'a bien noté M. Triantafyllou, « l'obstacle est d'envergure et se rapproche, en réalité, de l'exigence de respecter les règles constitutionnelles nationales sur la ratification des révisions du traité »⁵²⁰.

La seconde procédure simplifiée, qui figure à l'article 48, paragraphe 6 TUE, ne concerne que les dispositions de la troisième partie du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui comprend les politiques et actions internes de l'Union. Le pouvoir de décision revient au Conseil européen statuant à l'unanimité, étant entendu que les Etats doivent approuver (et non ratifier) la décision de révision selon leurs règles constitutionnelles respectives. Plusieurs remarques doivent être faites concernant cette procédure. En effet, tout d'abord, elle ne semble pas réellement distincte de la procédure normale de révision, du moins dans sa version « allégée », dans la mesure où la conférence intergouvernementale est simplement remplacée par le Conseil européen et l'exigence de ratification unanime par l'approbation unanime. De plus, cette procédure de révision n'aurait de simplifiée que le nom, dans la mesure où elle ne permet pas de faire échec à la règle de la « double unanimité ». Enfin, cette procédure est expressément limitée par le troisième alinéa de l'article 48, paragraphe 6 TUE, aux termes duquel la décision de révision « ne peut pas accroître les compétences attribuées à l'Union dans le présent traité ». La possibilité d'emprunter la procédure simplifiée semble donc être cantonnée à la modification du processus décisionnel, problème pour lequel la clause passerelle de l'article 48, paragraphe 7 fournit déjà un instrument. Etant quasiment similaire à la procédure ordinaire de révision, et ayant un champ d'application identique à celui de la clause passerelle générale, la procédure visée à l'article 48, paragraphe 6 TUE ne paraît pas avoir atteint son but originel, à savoir faciliter l'adaptation des traités dans une Union élargie.

Ces procédures de révision visent par conséquent clairement à privilégier les intérêts des Etats, aux dépens de la nécessaire évolution du traité. Paradoxalement, un tel agencement peut se révéler néfaste pour la préservation des droits des Etats, dans la mesure où elle tend à favoriser une évolution du droit communautaire en dehors des procédures prévues à cet effet, notamment par les canaux de la fonction constituante des institutions⁵²¹. Autrement dit, si

⁵²⁰ Dimitris TRIANTAFYLLOU, « Les procédures d'adoption et de révision du traité constitutionnel », *op. cit.*, p. 240.

⁵²¹ Sur cette notion voir *infra*, première partie, titre 2.

l'exigence d'unanimité se donne pour but de légitimer le développement du droit communautaire en refusant qu'une modification du traité puisse intervenir sans l'accord des Etats, celle-ci, en rendant impossible ou du moins excessivement compliquée toute réforme d'envergure, peut aboutir à renforcer le développement endogène du droit communautaire, à l'origine de la crise de légitimité affectant l'Union européenne.

230.- Ce constat doit cependant être tempéré par la prise en compte de dispositions spécifiques, qui semblent propres à permettre une adaptation du traité dans des matières déterminées.

On retrouve ainsi, dans le traité de Lisbonne, les dispositions permettant la mise en œuvre des prescriptions relatives à la citoyenneté de l'Union⁵²², à l'élection du Parlement européen selon une procédure électorale uniforme⁵²³, ainsi qu'à la mise en place du système des ressources propres de l'Union⁵²⁴. Dans le même ordre d'idées, l'article 262 du traité sur le fonctionnement de l'Union autorise l'extension de la compétence de la Cour aux litiges relatifs aux titres européens de propriété industrielle.

D'autres dispositions relèvent davantage de l'adaptation des traités aux évolutions pouvant affecter l'évolution de l'intégration européenne. A titre d'exemple, l'article 257 du traité sur le fonctionnement de l'Union permet de créer des chambres juridictionnelles chargées de certaines catégories de recours. Moins symboliques pour la souveraineté des Etats, ces dispositions ne sont pas subordonnées à l'exigence d'une ratification unanime.

Enfin, le mécanisme de la clause passerelle, permettant au Conseil ou au Conseil européen, statuant à l'unanimité, d'assouplir le processus décisionnel dans un domaine déterminé a été décliné dans de nombreux domaines essentiels pour le processus d'intégration, qu'il s'agisse de matières touchant à la vie des citoyens⁵²⁵, de matières éminemment politiques telles que la politique étrangère et de sécurité commune⁵²⁶ ou de l'adoption du cadre financier pluriannuel⁵²⁷. On peut rapprocher de cette technique de la

⁵²² Article 25 TFUE.

⁵²³ Article 223 TFUE.

⁵²⁴ Article 311 TFUE.

⁵²⁵ Voir les articles 153, paragraphe 2 TFUE (pour la politique sociale), 81, paragraphe 3 TFUE (pour la coopération judiciaire en matière civile), et 192, paragraphe 2 TFUE (pour l'environnement).

⁵²⁶ L'article 31, paragraphe 3 TUE permet au Conseil européen, à l'unanimité, d'adopter une décision européenne autorisant le Conseil à statuer à la majorité qualifiée dans certaines matières relevant de la politique étrangère et de sécurité commune.

⁵²⁷ L'article 312 TFUE permet au Conseil européen, à l'unanimité, d'adopter une décision européenne autorisant le Conseil à statuer à la majorité qualifiée pour fixer le cadre financier pluriannuel.

clause passerelle l'article 42, paragraphe 2 TUE qui prévoit que le Conseil européen pourra décider, à l'unanimité, du passage à une défense commune. L'enjeu est cependant tellement fondamental pour la préservation de la souveraineté des Etats que cette hypothèse est subordonnée à l'adoption, par les Etats membres, d'une décision dans ce sens conformément à leurs règles constitutionnelles respectives.

Les dispositions qui organisent ces procédures simplifiées sont incontestablement marquées par la volonté de faire progresser l'intégration en marge des conférences intergouvernementales, marquées par des techniques de négociation et de compromis peu favorables aux avancées. Dans le même temps, les droits des Etats ne sont pas remis en cause. Tout d'abord, ceux-ci ont accepté le principe de l'insertion de telles procédures dans les traités originaires. De plus, pour les dispositions relevant de matières primordiales pour la souveraineté des Etats, la ratification de ceux-ci est requise. Les Etats ont donc consenti à l'origine, et leur consentement est également indispensable à l'issue du processus. Enfin, chacune de ces procédures ménage une place significative à l'organe interétatique, à savoir le Conseil Européen.

En dépit des précautions dont se sont entourés les Etats pour éviter que ces procédures ne leur échappent, la pratique témoigne de leur volonté de se ressaisir des possibilités qu'elles ouvrent, par le biais d'une intervention grandissante du Conseil européen.

b. La pratique des procédures simplifiées

231.- Seuls les articles 269 et 190 TCE ont à ce jour reçu une application. La mise en œuvre des deux procédures a fait en pratique une large place à l'intervention du Conseil européen, ce qui est révélateur de la crainte des Etats de voir la maîtrise de ces mécanismes leur échapper.

En ce qui concerne l'élection au suffrage universel direct, les membres de l'Assemblée adoptèrent très tôt un projet⁵²⁸, qui rencontra les réticences des gouvernements jusqu'à ce que les chefs d'Etat et de gouvernement parviennent à un accord sur le principe de

⁵²⁸ Résolution du 17 mai 1960, portant adoption d'un projet de Convention sur l'élection de l'Assemblée parlementaire européenne au suffrage universel direct, *JOCE* du 2 juin 1960, pp. 834-860.

l'élection au suffrage universel direct, lors du Sommet de Paris de décembre 1974. Finalement, les négociations eurent lieu au niveau du Conseil européen, et le Conseil adopta l' « Acte portant élection des représentants à l'Assemblée au suffrage universel direct » le 20 septembre 1976⁵²⁹. Cet acte est très important dans la mesure où l'élection des membres de l'Assemblée au suffrage universel direct autorise une légitimation démocratique directe de cette institution.

L'adoption d'une procédure électorale uniforme serait un autre pas dans cette direction et dès 1982 le Parlement européen réclama une telle mesure, mais cette requête ne fut pas suivie d'effets. Face à cette situation de blocage, le traité de Maastricht modifia l'article 190, paragraphe 4, CE afin d'admettre la possibilité de définir, au lieu de la procédure électorale uniforme, des « principes communs à tous les Etats membres ». Le nouvel article reconnaissait de plus le pouvoir d'avis conforme du Parlement européen avant l'adoption du projet par le Conseil. Sur la base de ces nouvelles dispositions, le Conseil adopta, en 2002, une décision modifiant l'acte du 20 septembre 1976⁵³⁰ afin de mettre en place certains principes (dont le scrutin proportionnel). L'article ayant vocation à devenir l'article 223 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne reprend presque à l'identique l'article 190, paragraphe 4, du traité CE mais comme le prouve l'expérience, l'accord sur un texte satisfaisant à la fois l'objectif d'intégration du Parlement européen et les réticences des Etats membres sera difficile à obtenir.

232.- La question des ressources propres est éminemment liée à l'intégration des Etats membres et à la perspective fédérale qui était celle des Pères fondateurs. En effet, le budget des Etats fédéraux est financé par des impôts prélevés directement sur les personnes physiques et morales. A l'inverse, les dépenses des organisations internationales sont financées par des contributions des Etats. C'était d'ailleurs le système retenu par les traités originaires (*cf.* article 200 TCEE), l'article 201 permettant cependant de faire évoluer le système de financement des Communautés, en leur octroyant des « ressources propres ».

La Commission a fait dès 1965 des propositions en ce sens mais celles-ci, trop ambitieuses, entraîneront la « crise de la chaise vide ». Ce n'est qu'après le Sommet de la

⁵²⁹ Voir la décision n° 76/787 du 20 septembre 1976, et l'Acte qui y est annexé, *JOCE* L 278 du 8 octobre 1976, pp. 5-11. L'acte et la décision le portant sont entrés en vigueur, après ratification des Etats, le 1^{er} juillet 1978, et les premières élections eurent lieu sur son fondement du 7 au 10 juin 1979.

⁵³⁰ Décision n° 2002/772 du 25 juin et du 23 septembre 2002, *JOCE* L 283 du 21 octobre 2002, pp. 1-4.

Haye de décembre 1969⁵³¹ que la Commission a pu présenter un nouveau projet, adopté par le Conseil le 21 avril 1970⁵³². Cette décision, intégrée au droit originaire, dotait les Communautés de trois types de ressources propres : des prélèvements agricoles, des droits de douane et un pourcentage de la TVA perçue par les Etats. Suite à cette décision, le traité de Maastricht a modifié l'article 201 afin d'intégrer le principe du financement du budget communautaire par ressources propres. En ce qui concerne la fixation du système des ressources propres, le Parlement européen n'a pas obtenu une réévaluation de son pouvoir consultatif et le pouvoir du Conseil et des Etats a été conservé. Depuis, les décisions ultérieures ont été clairement marquées, tant dans leur adoption que dans leur contenu, par la logique intergouvernementale. En effet, c'est dans le cadre du Conseil européen que se sont déroulées, depuis les années 1980, toutes les discussions budgétaires, les décisions « ressources propres » ne faisant qu'entériner l'accord obtenu au sein de cet organe⁵³³. Quant au contenu de ces décisions, les Etats ont refusé de faire évoluer le financement du budget communautaire vers un système fiscal de type fédéral. Au contraire, les décisions ont successivement plafonné les ressources propres, puis réintroduit le système des contributions étatiques⁵³⁴.

Dans une communication du 10 février 2004⁵³⁵, la Commission a proposé d'instituer une « ressource fiscale visible des citoyens et/ou des opérateurs économiques », mais cette proposition n'a pas été reprise par le traité de Lisbonne. Si celui-ci réaffirme le principe du financement intégral par des ressources propres, la procédure de détermination de ces ressources reste marquée par l'intergouvernementalisme. L'article ayant vocation à devenir

⁵³¹ Cf. point 5 du communiqué final du sommet : « [les chefs d'Etat et de gouvernement] conviennent de remplacer progressivement dans le cadre de ces règlements financiers, en tenant compte de tous les intérêts en cause, les contributions des Pays membres par des ressources propres dans le but d'arriver à terme au financement intégral des budgets des Communautés conformément à la procédure prévue à l'article 201 du Traité instituant la CEE », *Bull. CE*, n° 1/70, pp. 12-19.

⁵³² Décision n° 70/243 du 21 avril 1970, relative au remplacement des contributions financières des États membres par des ressources propres aux Communautés, *JOCE* L 94 du 28 avril 1970, pp. 19-22. Cette décision est entrée en vigueur, après approbation des Etats, le 1^{er} janvier 1971.

⁵³³ La deuxième décision relative aux ressources propres vise d'ailleurs expressément les conclusions du Conseil européen de Fontainebleau de décembre 1984 ayant instauré le « mécanisme correcteur » au profit du Royaume-Uni. Cf. Décision n° 85 :257 du 7 mai 1985, relative au système des ressources propres des Communautés, *JOCE* L 128 du 14 mai 1985, pp. 15-17. De la même manière, la décision n° 88/376 du 24 juin 1988 (*JOCE* L 185 du 15 juillet 1988, pp. 24-28) entérine les conclusions du Conseil européen de Bruxelles de février 1988 (« Paquet Delors I ») ; la décision 94/728 du 31 octobre 1994 (*JOCE* L 293 du 12 novembre 1994, pp. 9-13) celles du Conseil européen d'Edimbourg de décembre 1992, et enfin, la décision 2000/597 du 29 septembre 2000 (*JOCE* L 253 du 7 octobre 2000, pp. 42-46), celles du Conseil européen de Berlin des 24 et 25 mars 1999.

⁵³⁴ Sur cette évolution, voir Philippe MANIN, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Paris, Pedone, 2004, 555 pages, spéc. pp. 181-192.

⁵³⁵ Communication de la Commission en date du 10 février 2004, *Construire notre avenir commun, définir les moyens budgétaires de l'Union élargie (2007/2013)*, COM 2004/101 final.

l'article 311 TFUE prévoit en effet que le système de ressources propres est mis en place par une loi européenne votée par le Conseil à l'unanimité, le Parlement européen ayant toujours un pouvoir uniquement consultatif. L'entrée en vigueur de ce système est de plus toujours conditionnée par l'approbation des Etats⁵³⁶.

233.- Au final, l'existence de procédures (de révision ou de mise en œuvre des traités) simplifiées ne nous paraît pas préjudiciable à la pérennisation de l'idée d'œuvre. En effet, la participation accrue des institutions communautaires doit être relativisée, la pratique montrant clairement, pour les deux procédures étudiées, l'emprise du Conseil européen. La même conclusion peut-elle être faite s'agissant de la procédure, purement communautaire, de « petite révision » mise en place par l'article 95, alinéas 3 et 4 du traité CECA ?

2. La « petite révision » du traité CECA

234.- Appelée « petite révision », l'objectif de la procédure instituée par l'article 95, alinéas 3 et 4 du traité CECA était très ambitieux, mais la pratique est restée très limitée et les traités de Rome n'ont pas repris cette procédure. Aux termes de cet article :

« Après l'expiration de la période de transition prévue par la convention sur les dispositions transitoires, si des difficultés imprévues, révélées par l'expérience, dans les modalités d'application du présent traité ou un changement profond des conditions économiques ou techniques qui affecte directement le marché commun du charbon et de l'acier rendent nécessaire une adaptation des règles relatives à l'exercice par la Haute Autorité des pouvoirs qui lui sont conférés, des modifications appropriées peuvent y être apportées, sans qu'elles puissent porter atteinte aux dispositions des articles 2, 3 et 4 ou au rapport des pouvoirs respectivement attribués à la Haute Autorité et aux autres institutions de la Communauté.

Ces modifications font l'objet de propositions établies en accord par la Haute Autorité et par le Conseil, statuant à la majorité des cinq sixièmes de ses membres, et soumises à l'avis de la Cour. Dans son examen, la Cour a pleine compétence pour apprécier tous les éléments de fait et de droit. Si, à la suite de cet examen, la Cour reconnaît la conformité des propositions aux dispositions de l'alinéa qui précède, elles sont transmises à l'Assemblée et entrent en vigueur si elles sont approuvées à la majorité des trois quarts des voix exprimées et à la majorité des deux tiers des membres qui composent l'Assemblée ».

⁵³⁶ Le projet de traité adopté par la Convention était plus ambitieux, puisqu'il limitait la procédure finalement retenue à la fixation des plafonds de ressources et à la création ou l'abrogation de catégories de ressources. En revanche, s'agissant des « modalités des ressources », le projet des conventionnels prévoyait la compétence du Conseil des ministres votant à la majorité qualifiée après approbation du Parlement européen. L'entrée en vigueur de telles dispositions n'était cependant pas soumise à l'approbation des Etats.

235.- Plusieurs remarques doivent être faites.

Tout d'abord, la procédure fait intervenir les seules institutions communautaires. La Haute Autorité et le Conseil, statuant à la majorité des cinq sixièmes, sont chargés d'élaborer conjointement le contenu des modifications proposées qui seront par la suite déferées pour avis à la Cour de Justice. En l'absence d'opposition formée par la Haute juridiction, l'entrée en vigueur des amendements est soumise à l'approbation de l'Assemblée, celle-ci se prononçant selon des conditions de majorité renforcée. Il faut tout de suite noter ce que cette procédure a de novateur. Dès 1951 en effet, l'Assemblée composée de membres des Parlements nationaux détient le pouvoir de modifier le traité fondant la CECA et ce sans que les Etats aient le pouvoir de s'y opposer. Même l'unanimité n'est pas exigée au sein du Conseil, institution représentant les intérêts des Etats. L'équilibre recherché au sein de la procédure de révision n'est-il pas ici rompu au détriment des Etats ?

236.- Il convient, afin de se prononcer sur cette question, d'analyser les limites et conditions auxquelles est soumise cette procédure, ainsi que la pratique qui en a découlé⁵³⁷. Le jeu de l'article 95 est en effet strictement circonscrit, quant à ses conditions de déclenchement, quant à son objet et quant aux règles qu'elle doit respecter. La Cour s'est de plus montrée particulièrement exigeante dans l'examen de ces limites.

L'article 95, alinéa 3 TCECA énonce deux cas dans lesquels cette procédure peut être mise en œuvre. Il s'agit, d'une part, de « difficultés imprévues dans les modalités d'application du traité » et, d'autre part, d'un « changement profond des conditions économiques ou techniques qui affectent directement le marché commun ». Ces conditions sont exposées dans des termes assez restrictifs (le changement doit être « profond », et doit

⁵³⁷ La procédure a été employée seulement trois fois par les institutions communautaires. Le premier projet de révision touchait l'article 56 TCECA (article relatif à la possibilité, pour la Haute autorité, d'accorder des aides de restructuration aux travailleurs touchés par le chômage dans les secteurs relevant de la CECA). La proposition de modification, adoptée le 17 novembre 1959 par le Conseil et la Haute Autorité, a reçu un avis négatif de la part de la Cour de Justice (avis 1/59 du 17 décembre 1959, *Rec.* p. 533). Tenant compte de cet avis, les institutions communautaires présentèrent un nouveau projet, qui fut avalisé par la Cour (avis 1/60 du 4 mars 1960, Procédure de révision au titre de l'article 95, alinéas 3 et 4, du traité CECA, *Rec.* p. 107). La proposition de modification fut adoptée par l'Assemblée le 29 mars 1960 (*JOCE* n° 33 du 16 mai 1960, p. 781/60). Seule cette révision a abouti, le dernier projet sur la base de l'article 95 TCECA sera présenté le 18 juillet 1961 (proposition de modification de l'article 65, paragraphes 2 et 5 TCECA, ayant pour but d'autoriser certains accords entre entreprises). Dans un avis 1/61 du 13 décembre 1961, Modification de l'article 65 du traité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (*Rec.* p. 505), la Cour a estimé que les conditions posées à l'article 95, alinéa 3 TCECA n'étaient en l'espèce pas remplies.

affecter le marché commun de manière « directe »), mais dans ses trois avis, la Cour a considéré que cette première condition était remplie⁵³⁸.

La deuxième condition est relative à l'objet de cette procédure. La révision ne peut avoir pour but, selon l'article 95 du traité CECA, que « l'adaptation des règles relatives à l'exercice, par la Haute Autorité, des pouvoirs qui lui sont conférés ». Cette condition exclut l'attribution de pouvoirs nouveaux à la Haute Autorité, comme la Cour l'a noté dans son avis 1/59. L'article 95 TCECA doit donc se limiter à adapter les règles relatives à des pouvoirs existants, ce qui comprend les règles de forme et de procédure mais aussi les conditions de fond posées par les traités⁵³⁹. Dans son avis 1/61, la Cour a jugé que la modification envisagée consistait en un « élargissement tellement vaste et incertain des compétences actuelles qu'il s'agirait d'une modification qualitative et non seulement quantitative de ces compétences, en d'autres termes un pouvoir nouveau »⁵⁴⁰. Il est donc possible d'adapter les pouvoirs confiés à la Haute Autorité mais dans une mesure réduite, la Cour ayant tendance à considérer qu'une extension des conditions est similaire à l'octroi d'un nouveau pouvoir. De plus, la modification proposée doit respecter certains principes fondamentaux des traités.

La troisième limite posée par l'article 95, alinéa 3 concerne en effet l'obligation de ne pas porter atteinte aux articles 2, 3 et 4 du traité CECA, ni aux rapports des pouvoirs entre les différentes institutions. La Cour applique ces limites de manière très extensive, puisqu'elle a jugé dans un considérant de principe, qu'« il ressort de l'ensemble de ces conditions qu'il ne saurait être dérogé à la procédure normale de révision que dans les cas où il n'est porté atteinte ni à la structure générale du traité ni aux rapports entre la Communauté et les Etats membres, et tout particulièrement aux relations entre les pouvoirs transférés à la Communauté et les pouvoirs réservés aux Etats membres »⁵⁴¹. Elle a d'ailleurs fait une application de ces conditions implicites, jugeant qu'une modification du traité consistant à prolonger la période transitoire mettait en cause la structure générale du traité et n'était, de ce fait, pas admissible sur la base de l'article 95 du traité CECA⁵⁴².

⁵³⁸ Dans les trois cas, la Cour a estimé que la situation relevait d'un « changement profond des conditions économiques ou techniques », du fait de « l'apparition sur le marché de nouvelles sources d'énergie » (avis 1/59), ou d'un accroissement de la concurrence (avis 1/59 et 1/61, préc.).

⁵³⁹ Selon la CJCE, limiter l'article 95 à l'adaptation des règles de procédure et de forme (à l'exclusion des conditions de fond), serait contraire à la volonté des auteurs du traité CECA, qui considéraient cette disposition « comme un moyen adéquat pour permettre à la Communauté de faire face à un “changement profond des conditions économiques ou techniques” » (avis 1/60).

⁵⁴⁰ Avis 1/61, précité. Sur cette question, voir Hans-Jürgen LAMBERS, « Les clauses de révision des traités instituant les Communautés européennes », *op. cit.*, pp. 618-622.

⁵⁴¹ Avis 1/59, préc., p. 556.

⁵⁴² Avis 1/59, préc.

237.- L'interprétation des conditions de la « petite révision » par la CJCE vise clairement à protéger la souveraineté des Etats et l'équilibre général auquel ils ont initialement consenti. L'effet utile et le rôle de l'article 95 TCECA dans le système du traité sont de ce fait un peu amoindris, ce qui explique que cette disposition soit tombée en désuétude. La position de la Cour s'explique néanmoins par la coexistence, dans le traité CECA, de deux procédures de révision. L'une étant générale et l'autre spécifique, cette dernière se devait de recevoir un champ d'application limité.

238.- Même si elles ne sont pas spécifiques à l'ordre juridique communautaire⁵⁴³, les procédures spécifiques de révision permettent de concrétiser l'idée d'intégration des Pères fondateurs. En effet, les matières dans lesquelles elles ont été instaurées sont souvent des matières éminemment politiques (procédure électorale pour l'élection du Parlement européen, droits de citoyenneté, fiscalité, etc.) et l'existence de procédures « allégées » facilite les avancées dans ces domaines. Le « développement constitutionnel » était donc en germe dans les traités originaires et les procédures de révision sont là pour témoigner de l'idée d'œuvre qui irrigue l'ordre juridique communautaire. Pourtant, on a remarqué une nette tendance des Etats à se ressaisir, via le Conseil européen, de ces procédures, les détournant ainsi, au moins sur la forme, de leur but originel. Ceci n'est pas forcément contradictoire avec l'objectif d'intégration. En effet, selon Mme Elisabeth Zoller, une Fédération (mais ce raisonnement est plus largement applicable à tout ordre composé) est une « forme de gouvernement qui se recompose et se redéfinit sans cesse, elle est un navire qui cherche le chenal entre deux écueils, la consolidation et le démembrement »⁵⁴⁴. Partant de là, plus la substance du pacte fondateur se développe, plus les mécanismes de gouvernement empruntent au droit international des techniques permettant de lutter contre la consolidation. La participation grandissante du Conseil européen ne serait donc que la concrétisation de ce phénomène, en ce qui concerne les procédures de révision.

⁵⁴³ Certaines chartes constitutives d'organisations internationales contiennent aussi des clauses de révision autonomes, ne faisant intervenir que les organes de l'organisation, à l'exclusion des Etats membres. A titre d'exemple, l'article 108 de la Charte des Nations Unies prévoit que « les amendements à la présente Charte entreront en vigueur pour tous les Membres des Nations Unies quand ils auront été adoptés à la majorité des deux tiers des membres de l'Assemblée générale et ratifiés, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives, par les deux tiers des Membres de l'Organisation, y compris tous les membres permanents du Conseil de sécurité ».

⁵⁴⁴ Elisabeth ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *op. cit.*, p. 71.

Dans les ordres juridiques composés plus que dans tout autre ordre juridique, les différents niveaux de pouvoir doivent être clairement cantonnés dans leurs attributions respectives, suivant la répartition des compétences voulue par le fondateur originaire. La procédure de révision revêt donc une importance toute particulière, puisqu'elle doit permettre de faire évoluer le système, tout en veillant à ne pas remettre en cause la répartition des compétences. Si par cette caractéristique le pouvoir fondateur des Etats peut être comparé au concept de pouvoir constituant, celui-ci possède certains attributs qui l'en distinguent fondamentalement.

III. LE POUVOIR FONDATEUR DES ETATS, DISTINCT PAR NATURE DU CONCEPT DE POUVOIR CONSTITUANT

Si le concept de pouvoir constituant appartient au genre plus large du « pouvoir fondateur », il ne lui est cependant pas réductible du fait de certaines caractéristiques qui lui sont propres (1.). Le pouvoir fondateur des Etats de la Communauté, dépourvu de ces caractéristiques, ne peut être qualifié de pouvoir constituant (2.).

1. L'irréductibilité du pouvoir constituant au pouvoir fondateur

239.- L'analyse que fait Hauriou du pouvoir fondateur peut être transposée au pouvoir constituant originaire. Maurice Hauriou, dans son *Précis de droit constitutionnel*, applique la théorie de l'institutionnel à l'Etat et les analyses relatives à la fondation à l'opération constituante. Ainsi, « l'opération par laquelle s'établissent les règles de la superlégalité constitutionnelle ne diffère point par sa nature, de celle par laquelle s'établissent toutes les autres règles du droit ; c'est une opération de fondation qui suppose un pouvoir fondateur [qui ici] prend le nom de *pouvoir constituant* »⁵⁴⁵.

En effet, les quatre éléments qui caractérisent l'opération de fondation⁵⁴⁶ se retrouvent clairement dans l'opération constituante. Ainsi, par l'acte constituant, le peuple exprime sa volonté commune de constituer l'Etat, tandis que la norme juridique résultant de cet acte (la

⁵⁴⁵ Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1923, p. 286.

⁵⁴⁶ Selon HAURIOU, ces quatre éléments sont : la manifestation de volonté avec intention de fonder, la rédaction des statuts, l'organisation de l'institution corporative et la reconnaissance de la personnalité juridique (voir *supra*).

constitution) forme le statut de l'Etat en même temps qu'elle met en place ses organes et reconnaît sa personnalité juridique.

240.- Le pouvoir constituant étant un pouvoir fondateur, il en emprunte les caractéristiques principales. Cependant, il n'est pas tout à fait réductible à cette catégorie. Les caractéristiques du pouvoir constituant sont, selon Hauriou, d'appartenir à la nation et d'être un pouvoir de nature différente que le pouvoir législatif ordinaire⁵⁴⁷.

Le pouvoir constituant apparaît donc comme une expression particulière du pouvoir fondateur, qui aurait pour caractéristiques principales d'appartenir au peuple et d'avoir pour objet la « rédaction du statut constitutionnel »⁵⁴⁸, c'est-à-dire du « statut de l'Etat considéré comme une corporation »⁵⁴⁹. Le détour par la théorie de la fondation nous permet de retrouver les deux caractéristiques principales du concept de pouvoir constituant : son titulaire inaliénable, le peuple, et l'objet par lequel il exprime sa souveraineté, à savoir la constitution.

Ces caractéristiques entraînent une différence de nature essentielle entre les deux concepts, empêchant que l'on utilise le concept de pouvoir constituant pour qualifier le pouvoir fondateur des Etats dans les Communautés.

2. Le pouvoir fondateur des Etats à l'aune du concept de pouvoir constituant

241.- C'est assurément la dimension démocratique, consubstantielle à l'idée de pouvoir constituant, qui permet d'écarter sans appel ce concept pour qualifier le pouvoir fondateur des Etats membres. En aucun cas il n'est possible d'inférer de la conclusion des trois traités originaires la volonté d'unité politique des peuples européens. Si l'union des peuples est mentionnée dans les traités, ce n'est qu'une perspective lointaine et, en tout état de cause, voulue par des Etats. Quel que soit le contenu des traités originaires (l'intégration

⁵⁴⁷ Cf. *ibid.*, p. 288 : « le pouvoir législatif est constitué et l'autre pouvoir est constituant ; et ce n'est pas seulement une différence entre des matières plus ou moins fondamentales réglées par les deux pouvoirs, c'est bien une différence de nature de pouvoir ».

⁵⁴⁸ Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^{ème} édition, 1929, 759 pages, spéc. p. 246.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 246.

élargie qu'ils mettent en place et leur vocation constituante), leur soumission au droit international révèle, de la part des Etats, la volonté de ne pas abdiquer leur souveraineté⁵⁵⁰.

242.- En second lieu, bien que la conclusion d'un traité international constitue la manifestation, par l'Etat, de sa souveraineté internationale, ce pouvoir ne peut être qualifié d'originaire. En effet, nous partons du postulat selon lequel l'Etat et la constitution sont distincts, la constitution étant l'acte par lequel le peuple fonde l'ordre juridique étatique. Ce n'est donc que par le biais de la constitution que l'Etat dispose de la capacité à s'engager sur la scène internationale. D'ailleurs, dans les Fédérations, qui sont formées de deux niveaux de pouvoir, le peuple choisit quel est l'échelon qui va disposer de la compétence internationale (en général, l'échelon central). Le pouvoir des Etats de conclure des conventions internationales n'étant que second par rapport à la constitution, c'est une autre caractéristique du pouvoir constituant originaire qui fait défaut.

243.- Par conséquent, nous rejetons sans appel l'utilisation du concept de pouvoir constituant pour qualifier le pouvoir exercé par les Etats membres lors de la fondation des Communautés européennes. Que penser cependant de l'emploi de ce terme, au sein même de l'ordre juridique communautaire ?

Nous assistons en effet depuis quelques années à l'introduction de ce vocabulaire au niveau de la juridiction communautaire. Comme souvent, ce sont les avocats généraux qui ont initié le mouvement, l'avocat général Lenz étant le premier à avoir utilisé ce terme dans ses conclusions présentées le 4 février 1997, dans une affaire France contre Parlement européen⁵⁵¹. Dans cette affaire, l'avocat général Lenz a qualifié de « pouvoir constituant de la Communauté »⁵⁵² l'article 216 TCE (nouvel article 289 TCE) permettant aux gouvernements des Etats membres de fixer d'un commun accord le siège des institutions. L'expression « pouvoir constituant » est ici utilisée pour désigner l'un des articles permettant d'amender, ou du moins d'ajouter une disposition (en l'espèce le siège des institutions) aux traités

⁵⁵⁰ Patrick DAILLIER, Alain PELLET et Nguyen QUOC DINH, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7^{ème} édition, 2002, 1510 pages, spéc. p. 125 : « conclure un traité est d'abord un *attribut de la souveraineté* en même temps que son *exercice* ». Voir aussi l'arrêt de la Cour permanente de justice internationale (CPJI), 17 août 1923, affaire du Vapeur Wimbledon, Série A, n° 1, p. 25 : « la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat ».

⁵⁵¹ Conclusions présentées par l'avocat général Lenz le 4 février 1997, aff. C-345/95, France c/ Parlement européen, *Rec.* p. I-5215.

⁵⁵² Voir le point 28 des conclusions précitées.

originaires. Cet article n'étant pas une procédure de révision à proprement parler (mais plutôt une procédure permettant d'adopter des mesures d'exécution du traité CE), il est probable que l'avocat général ait privilégié la prise en compte du titulaire de ce pouvoir (en l'espèce les Etats fondateurs). On peut ajouter que, sans surprise, la Cour ne reprend pas cette expression dans l'arrêt ayant suivi ces conclusions⁵⁵³.

Le 11 mars 1999, dans une affaire Parlement européen contre Conseil⁵⁵⁴, c'est au tour de l'avocat général Mischo de filer la métaphore constitutionnelle en recourant à la notion de pouvoir constituant. Il s'agissait ici de donner plus de poids à la nouvelle rédaction de l'article 228 (devenu article 300), paragraphe 3 TCE, subordonnant la conclusion de certains accords internationaux à l'avis conforme du Parlement européen⁵⁵⁵. Encore une fois, le terme « pouvoir constituant » utilisé pour désigner le pouvoir de révision n'a pas été repris par la Cour de justice⁵⁵⁶.

La première utilisation du terme « pouvoir constituant » par le juge communautaire revient au Tribunal de première instance des Communautés européennes. Dans un arrêt du 27 juin 2000⁵⁵⁷, le Tribunal, confronté à un argument des sociétés requérantes relatif aux conditions de recevabilité du recours en annulation, a répondu que le défaut de protection juridictionnelle résultant de l'absence de voies de recours internes, à le supposer établi, « ne saurait autoriser le Tribunal à se substituer au pouvoir constituant communautaire en vue de procéder à une modification du système des voies de recours » (point 75). Le terme « pouvoir constituant », qui plus est qualifié de « communautaire », est ici utilisé pour désigner le pouvoir de révision institué par les traités. La même expression peut être retrouvée, dans des circonstances similaires, dans deux autres arrêts du Tribunal⁵⁵⁸. A notre connaissance, la Cour n'a jamais utilisé le terme « pouvoir constituant » pour désigner le pouvoir des Etats d'adopter ou de réviser la charte constitutive de l'ordre juridique communautaire. Lorsqu'elle

⁵⁵³ CJCE, 1^{er} octobre 1997, France c/ Parlement européen, aff. C-345/95, *Rec.* p. I-5215.

⁵⁵⁴ Conclusions de l'avocat général M. Mischo présentées le 11 mars 1999 dans l'affaire C-189/97, Parlement européen c/ Conseil, *Rec.* p. I-4741.

⁵⁵⁵ Voir au point 39 des conclusions précitées : « refuser de voir dans l'accord de pêche avec la Mauritanie un accord nécessitant, pour sa conclusion, l'avis conforme du Parlement conduirait, en limitant l'application de cette disposition à des cas tout à fait exceptionnels, à la priver de tout effet utile, alors qu'elle est la traduction d'une volonté incontestable du pouvoir constituant des Communautés d'associer plus étroitement le Parlement, branche de l'autorité budgétaire, à la conduite des relations extérieures de la Communauté ».

⁵⁵⁶ CJCE, 8 juillet 1999, Parlement européen c/ Conseil, aff. C-189/97, *Rec.* p. I-4741.

⁵⁵⁷ TPICE, 27 juin 2000, Salamander AG et a. c/ Parlement européen et Conseil, aff. jointes T-172/98, T-175/98 à T-177/98, *Rec.* p. II-2487.

⁵⁵⁸ Voir TPICE, 15 janvier 2003, Philip Morris et a. c/ Commission, aff. jointes T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 et T-272/01, *Rec.* p. II-1. Voir aussi TPICE, 21 avril 2005, Holcim AG c/ Commission, aff. T-28/03, *Rec.* p. II-1357.

utilise ce terme, elle entend uniquement se référer au pouvoir constituant au sein des Etats⁵⁵⁹. A notre sens, l'utilisation de ce terme par les avocats généraux et par le Tribunal de première instance révèle davantage une stratégie rhétorique qu'une volonté de qualifier juridiquement le pouvoir de révision ou le pouvoir fondateur des Etats membres.

Ainsi, le concept de pouvoir fondateur est fondamentalement distinct de l'expression particulière que constitue le pouvoir constituant, même s'il possède, au sein de l'ordre juridique communautaire, les mêmes fonctions.



244.- Par l'action de leur pouvoir fondateur, les Etats ont donné vie à une idée d'œuvre qui s'est incarnée dans l'ordre juridique communautaire et qui consiste en une marche vers l'intégration bornée par le maintien de l'existence des Etats. Le parallèle avec le concept de pouvoir constituant est ici patent, dans la mesure où par son action, le peuple souverain institutionnalise une idée de droit qui constitue la finalité de l'association politique. De plus, à l'instar de l'acte constituant du peuple, l'acte résultant de l'intervention du pouvoir fondateur des Etats s'impose à l'ensemble des institutions communautaires, ce qui se traduit juridiquement par la limitation du pouvoir de révision ainsi que par l'agencement des procédures de révision et la garantie de leur exclusivité au sein de cet ordre juridique. Par ces traits communs, le pouvoir fondateur des Etats membres peut ainsi être considéré comme l'équivalent fonctionnel, au niveau communautaire, du pouvoir constituant. Cette circonstance ne saurait cependant autoriser à le qualifier de pouvoir constituant européen en l'absence de son titulaire : le peuple.

⁵⁵⁹ Voir par exemple CJCE, 20 mai 2003, Rechnungshof c/ Österreichischer Rundfunk, aff. jointes C-465/00, C-138/01 et C-139/01, Rec. p. I-4989.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

245.- Au terme de ce premier chapitre, le concept de pouvoir constituant demeure introuvable dans l'ordre juridique communautaire. Conformément à la méthode fonctionnelle choisie, impliquant le refus de recourir au concept de pouvoir constituant, ce sont les Etats qui ont institué l'ordre juridique communautaire. Qualifié de « pouvoir fondateur » par référence à la théorie de l'institution développée par le doyen Hauriou, le pouvoir mis en œuvre par les Etats ne laisse cependant pas de rappeler les mécanismes inhérents au concept de pouvoir constituant. En effet, comme le pouvoir constituant, le pouvoir fondateur des Etats a eu pour objet l'adoption de la « constitution » de l'ordre juridique communautaire, celle-ci ayant pris la forme de traités internationaux. A l'instar du pouvoir constituant de même, c'est une véritable idée d'œuvre, visant à unir les Etats dans un ensemble plus vaste sans les anéantir, qui s'est incarnée dans les traités originaux. Cette idée d'œuvre a dès l'origine été protégée de l'action des institutions communautaires, y compris de l'intervention du pouvoir de révision, selon des mécanismes qui ne sont pas sans rappeler les enseignements tirés du constitutionnalisme.

246.- Le fait que le pouvoir fondateur des Etats emprunte certaines caractéristiques au concept de pouvoir constituant ne doit pas surprendre, dès lors que la méthode fonctionnelle est guidée par deux objectifs partiellement contradictoires qui sont d'une part, l'unification politique à long terme de l'Europe et par conséquent la constitutionnalisation de cet ordre juridique et, d'autre part, le refus de la méthode « fédérale-constitutionnelle »⁵⁶⁰ consistant à mettre en place cette union politique par l'adoption d'un acte constituant véritable. Si le pouvoir constituant devait donc être évincé de l'ordre juridique communautaire, il convenait tout de même de faire en sorte que l'action du pouvoir fondateur des Etats conduise à des résultats comparables, ce qui explique la présence de fonctions traditionnellement liées au concept de pouvoir constituant.

247.- En dépit de cette équivalence fonctionnelle, le pouvoir fondateur des Etats ne peut être assimilé au concept de pouvoir constituant. Lui fait essentiellement défaut l'absence

⁵⁶⁰ Cf. Léontin-Jean CONSTANTINESCO, « Fédéralisme-constitutionnalisme ou fonctionnalisme ? Réflexions sur la méthode de l'intégration européenne », in *Mélanges Fernand Dehousse*, vol. 2 : *La construction européenne*, Bruxelles, Paris, éditions Labor, Fernand Nathan, 1979, pp. 19-27.

du titulaire de ce pouvoir, qui doit être le peuple pour que le concept de pouvoir constituant conserve son intégrité. Cette incomplétude du pouvoir fondateur des Etats ne saurait être palliée par la prise en compte de l'intervention des peuples des Etats au cours de la procédure conduisant à l'introduction des traités originaires au sein des ordres juridiques nationaux.

Chapitre 2.

L'incomplétude du pouvoir fondateur des Etats

248.- Si l'on considère que les traités communautaires, négociés et adoptés par les Etats, forment la constitution de l'ordre juridique communautaire, nous avons déjà montré que le pouvoir que détiennent les Etats de les adopter et de les modifier ne peut être considéré comme la manifestation d'un pouvoir constituant européen et ce essentiellement au vu de l'absence du titulaire de ce pouvoir (le peuple). Le pouvoir fondateur des Etats, s'il s'apparente par certains éléments au concept de pouvoir constituant, ne peut être totalement assimilé à ce dernier.

249.- Pour autant, le peuple n'est pas totalement éradiqué de l'adoption des traités originaires, qu'il intervienne lors de la procédure de ratification, afin d'autoriser celle-ci, ou lors de la révision de la constitution nationale parfois impliquée par l'intégration. La prise en compte de ces deux procédures ne peut-elle alors remédier à l'incomplétude du pouvoir fondateur des Etats ?

De nombreux auteurs insistent ainsi sur la participation populaire à l'adoption des traités communautaires, par le biais des procédures nationales de ratification, qualifiant de « pouvoir constituant de l'organisation internationale »⁵⁶¹ le pouvoir exercé par le peuple à cette occasion. Ainsi, selon Mme Constance Chevallier-Govers, « certaines constitutions nationales prévoient que les traités particulièrement importants doivent faire l'objet d'une autorisation législative, autorisation qui peut prendre la forme d'un référendum. Dans ce cas,

⁵⁶¹ Constance CHEVALLIER-GOVERS, « Actes constitutifs des organisations internationales et constitutions nationales », *RGDIP*, n° 2/2001, p. 386.

c'est le peuple qui *exerce directement le pouvoir constituant*. On pourrait même ici parler de *référendum constituant* »⁵⁶².

En ce qui concerne les révisions des constitutions nationales, l'emploi du concept de pouvoir constituant serait lié à l'« intégration de la construction européenne »⁵⁶³ que celles-ci réalisent par le biais des « clauses-Europe ». Pour certains auteurs, le pouvoir constituant européen se donnerait à voir dans cette « acceptation constitutionnelle »⁵⁶⁴ de l'ordre juridique communautaire par le biais des constitutions nationales.

250.- Ces hypothèses doivent être vérifiées, en tenant compte du noyau dur du concept de pouvoir constituant tel que nous l'avons défini ci-dessus. En effet, il importe de ne pas diluer à l'extrême ce concept et donc de ne l'utiliser que lorsque ses deux caractéristiques essentielles sont réunies, à savoir son titulaire (le peuple), et l'objet sur lequel il s'exerce (la constitution). A cet égard, si les procédures de ratification et de révision prévues par les constitutions nationales peuvent aménager une participation plus ou moins importante du peuple, cette circonstance ne saurait suffire à entraîner la qualification de pouvoir constituant. Il convient en effet de rechercher si les modalités d'expression des peuples des Etats membres, lors des procédures nationales de ratification et de révision, rassemblent toutes les caractéristiques attendues de la manifestation du pouvoir constituant dans un ordre juridique donné. Quant à la condition relative à l'objet du pouvoir constituant, son respect invite à vérifier si les procédures de ratification ou, le cas échéant, les révisions des constitutions nationales peuvent être analysées comme ayant pour objet l'adoption de la constitution de l'ordre juridique communautaire. Or, la prise en compte de ces deux conditions aboutit à refuser toute pertinence à l'assimilation entre l'intervention du peuple lors de la mise en œuvre du pouvoir constituant européen, d'une part, et l'intervention du

⁵⁶² *Ibid.*, p. 386 (souligné par nous).

⁵⁶³ Cf. Joël RIDEAU, « L'intégration de la construction européenne dans les constitutions nationales », in Hélène GAUDIN (Dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Paris, Economica, 2001, pp. 259-297.

⁵⁶⁴ Hélène GAUDIN, « Révision des traités communautaires, révision des constitutions nationales : recherche sur la symétrie d'un phénomène », in *Mélanges en hommage à Guy Isaac : 50 ans de droit communautaire*, tome 2, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2004, pp. 541-557, spéc. p. 544. Voir aussi, pour une affirmation encore plus explicite, Olivier GOHIN, « La nature juridique de la nouvelle Union européenne », in Armel PECHEUL et Olivier GOHIN (Dir.), *La nouvelle Union européenne. Approches critiques de la Constitution européenne*, Paris, éd. François-Xavier de Guibert, 2000. Selon cet auteur, « il existe bien un pouvoir constituant originaire de l'Union qui est formé par la somme de tous les pouvoirs constituants dérivés des Etats membres » (*ibid.*, p. 81).

peuple lors de la procédure de ratification (section 1) ou lors des révisions de la constitution nationale (section 2), d'autre part.

L'incomplétude du pouvoir fondateur des Etats, signe de l'évitement du concept de pouvoir constituant européen, est alors révélée par l'étude de la participation des peuples à l'introduction des traités originaires dans les ordres juridiques nationaux⁵⁶⁵.

SECTION 1 : L'IMPUISSANCE DES RATIFICATIONS NATIONALES A FONDER LE POUVOIR CONSTITUANT EUROPEEN

251.- Examiner les liens existant entre les actes nationaux de ratification des traités européens et la caractérisation d'un pouvoir constituant européen ne va pas de soi. Cet angle d'approche part de la nécessité de trouver un lien de rattachement entre les traités européens, envisagés comme la charte constitutionnelle de l'ordre juridique communautaire, et les citoyens. La méthode intergouvernementale d'adoption et de révision des traités communautaires étant marquée par l'absence du peuple, titulaire du pouvoir constituant, il est proposé de mobiliser les procédures nationales de ratification, qui permettent aux peuples de se prononcer, directement ou indirectement, sur les traités européens.

252.- En effet, les articles des traités originaires relatifs à l'entrée en vigueur, à la révision ou à l'adhésion de nouveaux Etats prévoient qu'ils doivent être ratifiés par les Etats membres « en conformité de leurs règles constitutionnelles respectives ». Or, toutes les constitutions des Etats membres associent les peuples, directement ou par la voie de leurs représentants, à la procédure de ratification. Cette association des peuples à l'adoption des

⁵⁶⁵ Pour les développements ci-dessous, nous nous sommes appuyés sur les ouvrages suivants : Jean-Claude MASCLET et Didier MAUS (Dir.), *Les constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe*, Paris, La documentation française, 1993, 239 pages ; Marie-Françoise LABOUZ (Dir.), *Les accords de Maastricht et la constitution de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 1992, 241 pages ; « Les constitutions européennes et le traité de Maastricht », *RFDC* n° 12/92 ; Didier MAUS et Olivier PASSELECQ (Dir.), *Le traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales*, Paris, La documentation française, 1998, 133 pages ; Joël RIDEAU (Dir.), *Les Etats membres de l'Union européenne. Adaptations – mutations – résistances*, Paris, LGDJ, 1997, 540 pages ; Thibaut DE BERRANGER, *Constitutions nationales et construction communautaire*, thèse, Nantes, 1992, Paris, LGDJ, 1995, 564 pages.

traités fondateurs, *via* les procédures de ratification, ne peut-elle alors être qualifiée de pouvoir constituant européen ?

Certains auteurs envisagent ainsi les ratifications nationales comme des actes par lesquels les peuples auraient donné leur accord à l'intégration européenne et se seraient ainsi accordés sur les contours d'un « projet politique européen »⁵⁶⁶. Le pouvoir constituant européen se manifesterait donc dans la convergence des actes de ratifications nationales. Cette thèse serait de plus confirmée par la prise en compte d'une tendance à l'association directe des peuples, par le biais d'autorisations référendaires de ratification. Le choix de la technique référendaire serait ainsi le signe d'une constitutionnalisation formelle de l'Union européenne. En effet, si la constitution peut être définie comme « la loi fondamentale et suprême que se donne un peuple libre »⁵⁶⁷, alors la participation directe des peuples européens à la ratification des traités communautaires permettrait de se rapprocher de cette définition.

Si l'existence d'une tendance à la participation directe des citoyens à la construction de l'ordre juridique communautaire ne peut être niée (I.), il paraît en revanche beaucoup plus incertain d'y voir l'expression d'un pouvoir constituant européen (II.).

I. L'EXISTENCE D'UNE TENDANCE A L'ASSOCIATION DIRECTE DES PEUPLES A L'INTEGRATION EUROPEENNE

Cette tendance à l'accroissement des procédures référendaires de ratification se vérifie en ce qui concerne l'adhésion à l'Union (A.), mais elle est beaucoup moins marquée s'agissant des révisions des traités fondateurs (B.), ce qui pose avec acuité la question de la pertinence de l'institution référendaire dans l'Union européenne (C.)

⁵⁶⁶ Estelle LEPKA, Sandrine TEREBUS, « Les ratifications nationales, manifestations d'un projet politique européen ? La face cachée du Traité d'Amsterdam », *RTDE*, 2003, pp. 365-388.

⁵⁶⁷ Elisabeth ZOLLER, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 30.

A. L'accroissement de l'utilisation de la technique référendaire pour les adhésions aux traités fondateurs

Si les traités fondateurs n'ont pas fait l'objet de référendums préalablement à leur ratification, cette technique a en revanche été utilisée pour les adhésions ultérieures.

253.- Le premier élargissement des Communautés européennes a vu l'organisation de quatre référendums de ratification, le premier ayant eu lieu en France. Le 23 avril 1972, le peuple français était invité, sur la base de l'article 11 de la constitution, à autoriser la ratification du traité signé à Bruxelles le 22 janvier 1972 ayant pour objet l'adhésion aux Communautés de quatre nouveaux Etats. Dans l'histoire de l'intégration européenne, la France est le seul Etat à avoir utilisé la voie référendaire pour ratifier un traité d'adhésion alors qu'elle avait déjà la qualité de membre. Cette solution a d'ailleurs été critiquée sur le plan interne au motif que les conditions exigées par l'article 11, tenant aux « incidences sur le fonctionnement des institutions », n'étaient en l'espèce pas remplies. Les débats entourant la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe ont cependant réactivé le débat sur la nécessité de soumettre les traités d'adhésion à l'assentiment populaire dans les Etats membres. La loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 a en effet introduit dans la constitution française un nouvel article 88-5 qui dispose : « tout projet de loi autorisant la ratification d'un traité relatif à l'adhésion d'un Etat à l'Union européenne et aux Communautés européennes est soumis au référendum par le Président de la République ». L'insertion de cette disposition était avant tout motivée par des préoccupations d'ordre politique (en l'espèce, éviter que le débat précédant le référendum sur le traité constitutionnel en France n'achoppe sur la question de l'adhésion de la Turquie), mais les controverses qu'elle a suscitées ont mené à sa modification. La révision constitutionnelle relative à la modernisation des institutions de la Ve République, promulguée le 23 juillet 2008, a ainsi ajouté à l'article 88-5 de la constitution un nouvel alinéa permettant aux assemblées d'autoriser la ratification d'un tel traité d'adhésion par un vote du Congrès⁵⁶⁸. En cas de vote par les deux assemblées d'une motion ayant un tel objet, il revient alors au Président de la République de trancher entre la voie référendaire et la voie parlementaire. Il convient aussi de

⁵⁶⁸ Voir l'article 44 de la loi constitutionnelle n° 2008/724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, *JORF* n° 171 du 24 juillet 2008, p. 1189, qui introduit un nouvel article 88-5, alinéa 2, ainsi rédigé : « toutefois, par le vote d'une motion adoptée en termes identiques par chaque assemblée à la majorité des trois cinquièmes, le Parlement peut autoriser l'adoption du projet de loi selon la procédure prévue au troisième alinéa de l'article 89 ».

préciser que selon l'article 47 de cette loi constitutionnelle, l'article 88-5 n'est pas applicable aux adhésions pour lesquelles l'ouverture des négociations a été décidée avant le 1^{er} juillet 2004, ce qui devrait éviter que l'adhésion de la Croatie ne soit obérée par l'issue d'un scrutin français. Pour les adhésions ultérieures, en revanche, la question de l'utilisation de cette procédure se posera avec acuité et ce d'autant plus que les événements récents ont montré toute la difficulté de l'utilisation de la voie référendaire dès lors qu'il s'agit d'une question relative à l'intégration européenne.

254.- En tout état de cause, en 1972, le peuple français a autorisé le Président à ratifier le traité d'adhésion. Tel ne fut pas le cas en Norvège, le peuple ayant rejeté, lors du référendum du 25 septembre 1972, l'adhésion aux Communautés⁵⁶⁹. Alors même que ce référendum était strictement consultatif, l'échec de la consultation populaire a entraîné le rejet du traité, le Parlement ne parvenant pas à rassembler la majorité des trois quart nécessaire à l'adoption de la loi de ratification⁵⁷⁰.

Une semaine plus tard, les danois furent appelés à se prononcer par la voie référendaire, sur la base de l'article 20 de la constitution. Selon cet article, l'adoption des projets de loi autorisant la délégation de pouvoirs à des autorités supranationales doit réunir une majorité des cinq sixième des membres du Parlement (*Folketing*). Si cette majorité n'est pas obtenue et que le Gouvernement maintient le projet de loi, celui-ci doit être soumis au référendum. Le référendum des 1^{er} et 2 octobre 1972 a obtenu plus de 63% de votes positifs, permettant ainsi l'adhésion du Danemark aux Communautés.

L'adhésion de l'Irlande a elle aussi nécessité l'organisation d'un référendum, le 10 mai 1972, mais celui-ci a eu pour objet, non l'autorisation de ratifier le traité, mais la révision de la constitution. L'article 46 de la constitution irlandaise exige que toute révision fasse l'objet d'un référendum et chaque étape de la construction communautaire a ainsi nécessité une telle révision, ce que reflète l'article 29, paragraphe 4.

⁵⁶⁹ Lors de ce référendum, le non l'a emporté avec plus de 53,5% des suffrages exprimés, la participation au vote ayant été très élevée (plus de 77% des inscrits).

⁵⁷⁰ Cf. selon l'article 93 de la constitution norvégienne du 17 mai 1814 : « afin d'assurer la paix et la sécurité internationales et de promouvoir l'ordre juridique international et la coopération internationale, le *Storting* [parlement] peut à la majorité des trois quarts des voix, accepter qu'une organisation internationale à laquelle la Norvège adhère ou va adhérer puisse, dans un domaine défini, exercer des pouvoirs qui en vertu de la présente Constitution sont dévolus aux autorités norvégiennes, à l'exception toutefois du pouvoir de modifier ladite Constitution. Comme pour les délibérations portant sur les révisions de la Constitution, deux tiers au moins du nombre des membres du *Storting* doivent être présents lorsque celui-ci donne son approbation ».

255.- Le cas du Royaume-Uni est à part. En l'absence de constitution écrite, l'institution du référendum a longtemps été controversée dans la mesure où elle semblait en contradiction avec le principe de la souveraineté du Parlement. Néanmoins, il a été admis que le Parlement pouvait autoriser l'organisation de référendums par une loi spécifique. Cette possibilité a été mise en œuvre pour la première fois le 5 juin 1975, la population étant consultée sur le maintien du Royaume-Uni dans la Communauté européenne. Ce référendum a eu lieu après que le Royaume-Uni a adhéré aux Communautés européennes, l'autorisation de ratifier étant intervenue à l'époque par la voie parlementaire. Cependant, en 1974, les travaillistes venant d'arriver au pouvoir ont remis en cause les traités conclus par le gouvernement précédent et ont demandé sa renégociation. Le référendum de 1975 portait donc sur le compromis adopté lors du sommet européen de Paris de décembre 1974 qui consistait principalement en l'adoption d'un mécanisme correcteur. Il s'agissait d'un référendum consultatif mais son résultat positif (67,2% de votes positifs) a eu pour conséquence de clore le débat relatif au retrait du Royaume-Uni des Communautés européennes.

256.- Les adhésions de la Grèce (en 1979), de l'Espagne et du Portugal (en 1985) n'ont pas donné lieu à référendum. En revanche, le quatrième élargissement de l'Union et des Communautés européennes a donné lieu à des référendums dans tous les Etats candidats. L'Autriche, la Finlande et la Suède ont, par la voie de leur peuple, accepté la ratification du traité d'adhésion⁵⁷¹, tandis que l'électorat norvégien s'est une nouvelle fois prononcé contre la ratification de ce traité⁵⁷². La tendance à la tenue de référendums dans les pays candidats à l'adhésion a été confirmée lors de l'adhésion des dix nouveaux Etats. En effet, à l'exception de Chypre⁵⁷³, les peuples des neuf autres Etats se sont prononcés sur la ratification du traité d'adhésion, solennellement signé à Athènes le 16 avril 2003. Les référendums ont tous

⁵⁷¹ Référendum du 12 juin 1994 en Autriche (66,4% de votes positifs, 81,3% d'électeurs inscrits ayant participé au scrutin) ; référendum du 16 octobre 1994 en Finlande (le « oui » ayant recueilli 56,9% des suffrages exprimés, et la participation ayant atteint le chiffre de 74% des électeurs inscrits) ; référendum du 13 novembre 1994 en Suède (52,2% de votes positifs et 82,4 % de participation). Il convient tout de même de noter que l'objet de ces référendums n'a pas directement porté sur l'autorisation de ratifier le traité d'adhésion. En Autriche, le référendum a à la fois consisté en une autorisation de ratifier et en une révision totale de la constitution. Dans les deux autres Etats, les référendums, uniquement consultatifs, étaient limités à approuver la révision de la constitution préalablement effectuée par la voie parlementaire.

⁵⁷² Le référendum norvégien, organisé le 28 novembre 1994, s'est soldé par un échec, le « non » ayant recueilli 52,2% des suffrages exprimés, la participation ayant été massive (plus de 88,4% des inscrits).

⁵⁷³ L'île n'ayant pu être réunifiée avant l'adhésion, il fut décidé de ne pas organiser de référendum de ratification.

permis la ratification du traité d'adhésion⁵⁷⁴, qui est entré en vigueur le 1^{er} mai 2004. En revanche, la ratification du traité d'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie, signé à Luxembourg le 25 avril 2005, n'a pas été autorisée par la voie référendaire.

Il est intéressant de noter que la plupart des Etats ayant adhéré postérieurement à l'entrée en vigueur du traité de Maastricht ont décidé de recourir au référendum de ratification, témoignant implicitement du saut qualitatif réalisé par ce traité.

B. La réticence à l'utilisation de la technique référendaire pour les révisions des traités fondateurs

257.- Paradoxalement, le traité de Maastricht, alors qu'il marquait incontestablement une progression dans l'intégration européenne, n'a été ratifié par la voie référendaire que dans trois Etats seulement. Le constat peut être généralisé, dans la mesure où les révisions des traités fondateurs n'ont pas entraîné une recrudescence des ratifications référendaires. Ceci est d'autant plus préjudiciable que ces traités modifient parfois de manière substantielle les traités originaires. De plus, les traités originaires n'ayant pas été soumis aux peuples des Etats fondateurs ni à ceux des premiers adhérents, le choix de la voie référendaire pour entériner la ratification de l'Acte unique européen ou des traités ultérieurs eût été judicieux.

Cette constatation n'est pas remise en cause par l'analyse du processus de ratification du traité établissant une constitution pour l'Europe. En effet, en dépit du caractère constitutionnel affiché du texte, seuls 2 Etats (l'Espagne⁵⁷⁵ et le Luxembourg⁵⁷⁶) sur les 14

⁵⁷⁴ Les résultats sont les suivants (le premier chiffre donnant le taux de participation, en pourcentage des électeurs inscrits, les deuxième et troisième chiffres donnant respectivement le taux de votes positifs et négatifs, en pourcentage des votes exprimés). :

Malte (référendum du 8 mars 2003)	91%	53,6%	46,3%
Slovénie (référendum du 23 mars 2003)	55%	89,7%	10,3%
Hongrie (référendum du 12 avril 2003)	45,6%	83,7%	16,2%
Lituanie (référendum des 10 et 11 mai 2003)	65%	89,9%	10,1%
Slovaquie (référendum des 16 et 17 mai 2003)	52%	92,4%	6,2%
Pologne (référendum des 7 et 8 juin 2003)	59%	77,4%	22,5%
République tchèque (référendum des 13 et 14 juin 2003)	55%	77,3%	22,7%
Estonie (référendum du 14 septembre 2003)	63%	67%	33%
Lettonie (référendum du 20 septembre 2003)	72,5%	67%	32%

⁵⁷⁵ Les espagnols ont été les premiers électeurs à être consultés sur la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe, dans le cadre d'un référendum non obligatoire organisé le 20 février 2005 et qui a obtenu 76,73% de votes positifs.

⁵⁷⁶ Au Luxembourg, un référendum consultatif a eu lieu le 10 juillet 2005 et a obtenu 56,52% des voix en faveur de la ratification du traité établissant une constitution pour l'Europe.

ayant effectivement ratifié le traité ont autorisé la ratification de ce traité par la voie référendaire. Quatre autres Etats (le Danemark, l'Irlande et le Royaume-Uni et le Portugal) s'étaient initialement prononcés pour la voie référendaire mais ont choisi de reporter l'organisation du scrutin suite à l'issue négative des consultations populaires organisées en France et aux Pays-Bas. Si l'on excepte deux Etats indécis quant à l'organisation d'un référendum (la Pologne et la République tchèque), ce sont donc 15 Etats sur les 25 soumis à l'exigence de ratification qui n'avaient pas prévu de soumettre le texte directement au peuple.

Cette réticence à l'utilisation de la technique référendaire pour autoriser la ratification des révisions des traités fondateurs est encore plus marquée pour le traité de Lisbonne, ce texte ayant été rédigé de manière à permettre aux Etats d'éluder, dans les cas où cela était constitutionnellement envisageable, le recours au référendum.

258.- Si l'on se limite à l'examen des traités de révision en vigueur à ce jour, trois Etats ont utilisé l'institution référendaire afin d'autoriser la ratification des traités de révision ou, pour le cas de l'Irlande, afin de réviser leur constitution préalablement à la ratification.

En Irlande en effet, la nécessité de constitutionnaliser chaque étape de l'intégration européenne découle d'un arrêt du 9 avril 1987 rendu par la Cour suprême irlandaise dans l'affaire Raymond Crotty contre Gouvernement d'Irlande⁵⁷⁷, dans lequel cette juridiction a jugé que la révision effectuée préalablement à l'adhésion de l'Irlande en 1972 ne couvrait pas l'intégralité des avancées réalisées par l'Acte unique européen. La ratification de ce traité a donc nécessité une modification de la constitution, elle-même insuffisante pour couvrir la ratification du traité de Maastricht, chaque étape de l'intégration européenne devant dès lors être inscrite dans le texte constitutionnel. Si les révisions préalables à la ratification de l'Acte unique européen et des traités de Maastricht et d'Amsterdam ont bénéficié d'un soutien sans faille de l'électorat irlandais, il n'en a pas été de même pour le traité de Nice. Alors que l'Irlande était le premier pays à se prononcer, le 7 juin 2001, les irlandais ont refusé à 54% de modifier leur constitution, rendant impossible la ratification du traité de Nice. Le taux de participation ayant été très faible (moins de 37% des inscrits), l'échec a été imputé à un défaut d'information que le gouvernement s'est empressé de combler. Une information adéquate et la déclaration du Conseil européen de Séville du 21 juin 2002 garantissant la

⁵⁷⁷ Sur cet arrêt Crotty c/ Gouvernement d'Irlande, voir Kieran St C. BRADLEY, « L'acte unique et la constitution irlandaise », *RMC*, 1988, pp. 87-93.

neutralité de l'Irlande a suffi à lever les craintes de l'électorat, qui a accepté de constitutionnaliser le nouveau traité lors du référendum organisé le 19 octobre 2002.

Le peuple irlandais, seul consulté sur le traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, a mis en péril l'entrée en vigueur de ce texte en refusant à une majorité de 53,4% de réviser la constitution pour permettre la ratification de ce traité. L'entrée en vigueur de ce texte nécessitant la ratification unanime des Etats, celle-ci a pour l'instant été reportée *sine die*, les dirigeants européens étant confrontés à la lourde tâche de trouver une issue à la crise institutionnelle et politique qui agite l'Europe.

Si l'Irlande est l'Etat ayant eu le plus fréquemment recours au référendum, du fait de ses dispositions constitutionnelles, il convient de rappeler que ces référendums n'ont pas pour but d'autoriser la ratification des traités européens mais bien de réviser la constitution préalablement à celle-ci. Ces référendums peuvent cependant être pris en compte afin de mesurer l'importance de l'institution référendaire dans la construction européenne.

259.- En second lieu, l'Etat ayant eu recours le plus fréquemment au référendum de ratification pour les traités de révision est le Danemark. Nous avons déjà noté que l'adhésion du Danemark aux Communautés européennes avait nécessité l'organisation d'un référendum, dans la mesure où la majorité requise par l'article 20 de la constitution n'avait pas été atteinte. L'article 20 étant applicable à la ratification de traités dont l'objet est de transférer des compétences à une organisation, le recours à cet article n'a pas été considéré comme indispensable pour l'Acte unique européen. Ce traité a donc été ratifié sur la base de l'article 19 de la constitution, qui autorise le Roi à ratifier les traités avec l'accord du *Folketing*, celui-ci se prononçant à la majorité simple. Néanmoins, un référendum consultatif a été organisé, le peuple approuvant à 56,2% des suffrages exprimés la ratification de l'Acte unique. La ratification du traité de Maastricht, dont le contenu impliquait de nouveaux transferts de compétences, ne pouvait se faire sur la seule base de l'article 19 précité. L'article 20 a donc été mis en œuvre mais la majorité des cinq sixième des membres du *Folketing* exigée par cet article n'ayant pas été atteinte, un référendum a dû être organisé. Le 2 juin 1992, les danois ont refusé à 50,7% des suffrages exprimés d'autoriser la ratification du traité de Maastricht⁵⁷⁸. La ratification ne pouvant pas se produire en l'état et la renégociation du traité,

⁵⁷⁸ Sur les raisons de cet échec, voir Hjalte RASMUSSEN, « Propos non conformistes sur les référendums nationaux d'intégration européenne », in Andreas AUER et Jean-François FLAUSS (Dir.), *Le référendum*

de même que le retrait danois, étant exclus, la solution a consisté en l'adoption, lors du Conseil européen d'Edimbourg de décembre 1992, d'un compromis⁵⁷⁹ servant de base à l'organisation d'un nouveau référendum dont l'issue fut positive⁵⁸⁰. La ratification du traité d'Amsterdam, réalisée par la voie référendaire, s'est déroulée sans heurts⁵⁸¹, tandis que la ratification du traité de Nice s'est faite par la voie parlementaire. Pour le traité établissant une constitution pour l'Europe, la voie référendaire initialement envisagée a été repoussée suite aux résultats des référendums français et néerlandais⁵⁸².

260.- Enfin, en France le Président de la République a décidé d'emprunter la voie de l'article 11 de la constitution⁵⁸³ pour ratifier le traité de Maastricht. Le référendum du 20 septembre 1992 a permis au peuple français de donner son accord à l'approfondissement de l'intégration européenne, celle-ci recueillant 50,8% de votes positifs. Le référendum a eu lieu après que la révision de la constitution, rendue nécessaire par le jugement d'incompatibilité rendu par le Conseil constitutionnel, a été effectuée par la voie parlementaire. Cette circonstance minimise quelque peu l'influence du référendum français, qui a pu apparaître comme simplement confirmatif de la décision parlementaire.

La voie de l'article 11 de la constitution a aussi été utilisée pour autoriser la ratification du traité établissant une constitution pour l'Europe, le vote négatif des français ayant freiné les velléités référendaires de certains Etats et contribué au discrédit dont souffre

européen, Actes du colloque international de Strasbourg des 21 et 22 février 1997, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 115-121.

⁵⁷⁹ La nature juridique de cet acte est discutée. En effet, il s'agit d'un ensemble composé de décisions des chefs d'Etat et de gouvernement réunis au sein du Conseil européen, de déclarations du Conseil européen et de déclarations unilatérales du Danemark. Actes hors nomenclature, ils ne sont en tout état de cause pas justiciables devant la CJCE. Cependant, la position officielle du Danemark consiste à soutenir la valeur juridique du compromis d'Edimbourg sur la base d'un accord de droit international. D'ailleurs, le gouvernement danois a fait enregistrer cet accord auprès du secrétariat général de l'ONU. Sur cette question, voir Eva GLISTRUP, « Le traité sur l'Union européenne : la ratification du Danemark », *RMCUE*, 1994, pp. 9-16.

⁵⁸⁰ Le second référendum eut lieu le 18 mai 1993, et les votes positifs ont réunis plus de 56,8% des suffrages exprimés. Il convient de noter que cette seconde consultation n'était pas juridiquement obligatoire, dans la mesure où le Parlement avait préalablement autorisé la ratification, en réunissant la majorité des cinq sixième requise par l'article 20. Cependant, il eût été politiquement inacceptable de ne pas soumettre le traité, et le compromis d'Edimbourg à l'assentiment populaire.

⁵⁸¹ Le référendum danois du 28 mai 1998 a recueilli près de 55,1% de votes positifs, la participation ayant atteint 74,8% des électeurs inscrits.

⁵⁸² Le 17 juin 2005, le Premier ministre danois a ainsi ajourné le référendum de ratification qui était prévu pour le 27 septembre 2005.

⁵⁸³ Article 11 de la constitution du 4 octobre 1958 : « Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal Officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique ou sociale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions.

actuellement l'institution référendaire, ce dont témoigne par ailleurs le processus de ratification du traité de Lisbonne actuellement en cours.

Au terme de ce rapide panorama, le constat contrasté de l'association directe des peuples au développement de l'intégration européenne invite à considérer le rôle et la fonction de l'institution référendaire dans le cadre européen.

C. La pertinence de l'institution référendaire dans le cadre de l'Union européenne en question

261.- Certes, la faible importance des ratifications référendaires en matière de révision des traités communautaires peut s'expliquer par l'objet du texte soumis au peuple. Si la consultation du peuple se justifie pour l'adhésion à l'Union et aux Communautés, tel ne serait pas le cas pour les révisions des traités institutifs. Comme le note M. Joël Rideau, on peut différencier « deux types de situations : celles dans lesquelles les peuples doivent choisir entre le maintien du *statu quo* et une évolution d'une ampleur variable selon les textes proposés à leurs votes, pour laquelle peut jouer un effet d'engrenage, et celles dans lesquelles le peuple est appelé à choisir entre la participation ou la non-participation à une entité existante »⁵⁸⁴. De plus, dans certains Etats, on considère que les révisions ultérieures des traités originaux sont couvertes par l'approbation initiale donnée par le peuple.

Cependant, on ne peut s'empêcher de penser que si les gouvernements sont prêts à faire dépendre l'adhésion à l'Union des résultats du référendum, ils sont beaucoup plus réticents à soumettre les avancées ultérieures de l'intégration européenne à la sanction populaire. Lorsque de tels référendums ont été organisés, c'était soit sur la base de considérations politiques internes à l'Etat membre (cela était patent pour le référendum français de 1972), soit sur la base d'une obligation constitutionnelle (c'est le cas de l'Irlande et du Danemark). En tout état de cause, la réitération du référendum en Irlande et au Danemark montre bien que les gouvernants n'acceptent de suivre le verdict des urnes que si celui-ci est favorable à l'intégration européenne, accréditant la thèse selon laquelle l'édification de l'ordre juridique communautaire se fait sans les peuples. Sous cet angle, les référendums irlandais et danois sont un échec et doivent être dénoncés. Les critiques qu'ils

⁵⁸⁴ Joël RIDEAU, « Les référendums nationaux dans le contexte de l'intégration européenne », in Andreas AUER et Jean-François FLAUSS (Dir.), *Le référendum européen*, op. cit., pp. 81-113, spéc. p. 87.

ont fait naître expliquent d'ailleurs que la voie de la reconsultation des électeurs irlandais, suite au référendum négatif du 12 juin 2008, ne soit pas privilégiée par les dirigeants européens.

262.- Les exemples danois et irlandais montrent en tout état de cause les limites de l'institution référendaire dans le cadre de l'Union européenne ou du moins les limites qui découlent de leur organisation au plan national. Ainsi, les défauts traditionnellement soulignés du référendum (le caractère manichéen de la consultation, la complexité du sujet soumis aux électeurs, la potentielle dérive plébiscitaire et les risques que le scrutin soit affecté par des considérations de politique intérieure⁵⁸⁵) sont décuplés dans le cadre de l'Union européenne. Seul un référendum de dimension européenne pourrait permettre aux peuples de réellement mesurer les enjeux de la question qui leur est soumise, à condition que les conséquences de leur vote (et notamment d'un vote négatif) soient dès le départ clairement exprimées.

263.- En dépit des défaillances de l'institution référendaire, il existe une tendance notable, plus marquée pour les traités d'adhésion, à utiliser le référendum pour ratifier les traités européens. Mais quelle est la signification juridique, dans l'Union européenne, des ratifications nationales ? Peut-on déduire de la tendance précitée que les ratifications nationales constituent, ou ont vocation à constituer, l'expression d'un pouvoir constituant européen ? Autrement dit, « le recours au référendum a-t-il été assez fréquent pour accréditer la thèse d'un contrat social communautaire originel ? »⁵⁸⁶. Il nous semble que la réponse à cette question doive être négative et que les ratifications nationales doivent être considérées comme impuissantes à fonder le pouvoir constituant européen.

⁵⁸⁵ On peut trouver trace de cette préoccupation dans le rapport du Sénat relatif à la ratification du traité d'Amsterdam : « il est clair qu'un référendum sur la construction européenne ne serait pas sans inconvénient dans le contexte actuel. [...] Les difficultés économiques et sociales que connaît actuellement notre pays, ainsi que le malaise politique qu'il traverse, pourraient fausser le sens de la consultation ». *Le sénat face au traité d'Amsterdam*, Rapport d'information n° 432, session 1997-98, fait au nom de la Délégation du Sénat pour l'Union européenne par Pierre FAUCHON.

⁵⁸⁶ Cf. Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, « Le rôle du référendum dans la construction de l'Europe », in Francis HAMON et Olivier PASSELECQ (Dir.), *Le référendum en Europe : bilan et perspectives*, actes du colloque des 28 et 29 janvier 2000 à la Maison de l'Europe à Paris, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 180.

II. L'IRREDUCTIBILITE DU POUVOIR CONSTITUANT EUROPEEN A LA CONVERGENCE DES RATIFICATIONS NATIONALES

264.- Comme nous l'avons noté, c'est depuis que les ratifications sont intervenues par la voie référendaire que certains auteurs ont examiné ces actes sous le prisme du pouvoir constituant européen. Le parallèle entre l'utilisation de cette technique et le concept de pouvoir constituant est établi en ces termes par Mme Hélène Gaudin : « est-on si loin [...] d'un pouvoir constituant originaire, avec la ratification, par la voie référendaire, dont on sait qu'elle "constitue l'expression directe de la souveraineté nationale", du traité de Maastricht ? »⁵⁸⁷.

De même, M. Maulin note un changement de signification de la procédure de ratification lorsque celle-ci s'applique à un traité international organisant un transfert important de compétences. Dès lors, cette procédure ne traduirait plus seulement « l'engagement du pouvoir exécutif de faire appliquer le traité dans l'ordre juridique interne », mais prendrait une « véritable dimension constituante »⁵⁸⁸.

265.- Il n'est cependant pas acceptable, selon nous, de se fonder sur le seul titulaire du pouvoir de ratification et sur ses modalités d'expression pour justifier l'emploi du concept de pouvoir constituant. On a ainsi tendance à faire primer le fait référendaire sur l'objet de son intervention, qui est d'autoriser la ratification d'un traité, tandis que l'objet du pouvoir constituant consiste strictement en l'adoption de la constitution, norme à la fois suprême et fondatrice de l'ordre juridique (A.). De plus, si la dimension démocratique inhérente au concept de pouvoir constituant est bien présente dans les actes de ratification, ceux-ci ne peuvent être assimilés à des actes de souveraineté du peuple et ce, même si l'on prend en compte le fait référendaire (B.).

⁵⁸⁷ Hélène GAUDIN, « Révision des traités communautaires, révision des constitutions nationales : recherche sur la symétrie d'un phénomène », *op. cit.*, p. 556.

⁵⁸⁸ Eric MAULIN, « Le pouvoir constituant dans l'Union européenne », *Droits*, n° 45/2007, pp. 73-88, spéc. p. 83.

A. La nature juridique des actes de ratification

266.- Tout d'abord, il convient de rappeler que la ratification désigne, aux termes de la convention de Vienne sur le droit des traités, « l'acte international [...] par lequel un Etat établit sur le plan international son consentement à être lié par un traité »⁵⁸⁹. La plupart des constitutions attribuent à l'exécutif la compétence d'adopter formellement l'acte de ratification. Ainsi en France, c'est le Président de la République qui d'après l'article 52 de la constitution exprime le consentement de l'Etat à être lié sur le plan international en signant les lettres patentes de ratification. Parfois, cette compétence est subordonnée au respect de certaines formalités sur le plan interne. Le plus souvent, les constitutions prévoient l'intervention du Parlement préalablement à l'expression de l'engagement définitif à être lié. Cependant, les solutions adoptées sont très diverses, allant d'une simple faculté de consulter le Parlement⁵⁹⁰, ou d'une obligation de consultation⁵⁹¹, à l'obligation d'obtenir l'autorisation du Parlement, cette dernière solution étant la plus fréquemment adoptée par les constitutions européennes. Ainsi, en France, l'article 53 de la constitution prévoit que dans certains cas la ratification ne pourra être réalisée qu'après l'obtention d'une autorisation parlementaire. La constitution prévoit aussi parfois que l'autorisation de ratifier doit être donnée par le peuple, son assentiment étant recueilli à l'issue d'un référendum⁵⁹². Cependant la loi d'autorisation est un simple « acte-condition »⁵⁹³. Elle constitue un préalable nécessaire mais non suffisant pour engager l'Etat sur le plan international. La loi d'autorisation n'équivaut pas à un ordre de ratifier et le président conserve pour ce faire un pouvoir discrétionnaire, même si, sur le plan politique, il peut paraître difficile pour le chef de l'exécutif de refuser de donner suite à l'accord donné par le peuple ou par ses représentants.

On le voit, toute discussion sur la ratification suppose au préalable de bien différencier l'acte de ratification lui-même, qui a une signification sur le plan international, et la procédure nationale précédant la ratification, qui implique souvent le peuple ou ses

⁵⁸⁹ Article 2. 1. b. de la convention de Vienne.

⁵⁹⁰ Au Royaume-Uni le principe est que la Couronne peut ratifier les traités sans faire intervenir les assemblées. Cependant, une loi est intervenue pour rendre cette consultation obligatoire en matière communautaire. En effet, l'*European Parliamentary Elections Act* de 1978 prévoit que « le Royaume-Uni ne ratifie aucun traité qui confère au Parlement européen des compétences additionnelles sans l'approbation d'une loi nationale ».

⁵⁹¹ Ainsi, l'article 29, paragraphe 5, 1^o de la constitution irlandaise du 1^{er} juillet 1937 dispose : « Tout accord international auquel l'Etat adhère est soumis au *Dail Eireann* ». Cependant, dans le cas spécifique des traités entraînant une charge pour les fonds publics, la simple consultation ne suffit pas, et l'article 29, paragraphe 5, 2^o requiert l'approbation du Parlement préalablement à leur ratification.

⁵⁹² Cf. article 11 de la constitution française du 4 octobre 1958.

⁵⁹³ Cf. Nguyen QUOC DINH, Patrick DAILLIER et Alain PELLET, *Droit international public : formation du droit, sujets, relations diplomatiques et consulaires*, Paris, LGDJ, 7^{ème} édition, 2002, p. 152.

représentants, mais qui n'a aucune signification propre en droit international⁵⁹⁴. Ce n'est qu'abusivement que l'on qualifie de « loi de ratification » les lois qui se bornent à autoriser une autre autorité à ratifier.

267.- Plus encore, si la loi d'autorisation n'a qu'une signification au plan interne, celle-ci est limitée par son objet, qui est d'autoriser la ratification. Par conséquent, la loi d'autorisation ne modifie pas en elle-même l'ordonnement juridique. Comme le note Mme Elisabeth Zoller, « la portée de son intervention [celle du parlement] est permissive, non normative »⁵⁹⁵. Voir la manifestation du pouvoir constituant européen dans un type d'acte qui ne déploie ses effets, qui plus est non normatifs, au seul plan interne, paraît pour le moins critiquable.

268.- En définitive, si les lois de ratification permettent de rattacher les traités européens aux citoyens des Etats, on ne peut affirmer que leur convergence constitue l'expression d'un pouvoir constituant européen. De plus, le peuple qui s'exprime, directement ou indirectement lors de l'adoption de l'autorisation de ratifier n'est pas en théorie le peuple titulaire de la souveraineté, mais le peuple intervenant en tant que magistrat constitutionnel. La ratification, contrairement à l'acte constituant, n'apparaît donc pas comme un acte de souveraineté du peuple.

B. Les ratifications nationales, distinctes par nature d'un acte de souveraineté du peuple

269.- La thèse selon laquelle les ratifications nationales seraient l'expression d'un pouvoir constituant européen suppose que le peuple ou les parlements, lorsqu'ils approuvent ou autorisent de tels actes, se comportent en titulaires du pouvoir constituant originaire.

Mme Hélène Gaudin s'est à ce titre interrogée sur l'apparition, dans les Etats membres de l'Union européenne, d'une symétrie entre ratification et révision de la constitution. Elle soutient à ce titre que la ratification des traités européens (en principe libre

⁵⁹⁴ Tout au plus la théorie des ratifications imparfaites permet de déclarer invalide un traité conclu par un Etat en violation d'une « règle de son droit interne d'importance fondamentale » (article 46 de la convention de Vienne), ce qui inclut les règles constitutionnelles concernant les pouvoirs de l'organe législatif en matière de ratification.

⁵⁹⁵ Elisabeth ZOLLER, *Droit des relations extérieures*, Paris, PUF, 1992, p. 218.

mais en pratique rendue obligatoire par les liens d'interdépendance mis en place par l'intégration européenne) lierait le pouvoir de révision dans ces Etats, de telle sorte qu'on pourrait parler d'un « glissement » du pouvoir de ratification vers un pouvoir de révision, voire d'une « fusion » entre les deux procédures, de sorte que le pouvoir de ratification pourrait être qualifié de véritable pouvoir constituant⁵⁹⁶. En effet, dans certains Etats (on pense notamment aux Pays-Bas et au Luxembourg), les lois portant autorisation de ratifier doivent être votées à des conditions de majorité identiques à celles qui sont requises pour réviser la constitution. Cependant, le pouvoir constituant qui est mentionné par l'auteur n'est que le pouvoir constituant dérivé. Par conséquent, même s'il était avéré que par le biais de l'autorisation de ratification, les peuples participent à la révision de la constitution, on ne pourrait en tirer de conclusion sur le plan du pouvoir constituant (originaire) européen. Si le pouvoir constituant européen peut être formé d'une convergence des pouvoirs constituant nationaux, du moins doit-il s'agir du pouvoir constituant originaire.

270.- La seule manière envisageable pour que les actes de ratification puissent être considérés comme l'acte de souveraineté des peuples européens réunis serait alors, selon nous, qu'ils agissent sur le fondement d'un titre de compétence européen et non national. Cela pourrait advenir si les traités communautaires subordonnaient leur entrée en vigueur à la ratification, par les peuples européens. Or, à l'heure actuelle, ce sont les constitutions nationales qui prévoient l'intervention du peuple ou de ses représentants pour autoriser la ratification des traités fondateurs.

271.- Les procédures nationales de ratification, bien que faisant intervenir les représentants des citoyens européens, ne semblent donc pas pouvoir constituer l'expression du pouvoir constituant européen. La circonstance que ces procédures font de plus en plus intervenir les peuples de manière directe, par la voie référendaire, permet-elle de modifier ce jugement ? Autrement dit, le fait d'accorder au peuple la compétence d'autoriser la ratification modifie-t-il la nature de la loi d'autorisation, de telle sorte qu'on pourrait qualifier celle-ci d'acte de souveraineté ?

⁵⁹⁶ Hélène GAUDIN, « Révision des traités communautaires, révision des constitutions nationales : recherche sur la symétrie d'un phénomène », *op. cit.*, p. 554.

En France, cette thèse peut s'appuyer sur la décision Maastricht III rendue par le Conseil constitutionnel le 23 septembre 1992. Saisi de la conformité à la constitution de la loi référendaire autorisant la ratification du traité de Maastricht, le Conseil constitutionnel a décliné sa compétence au motif que les lois « adoptées par le Peuple français à la suite d'un référendum [...] constituent l'expression directe de la souveraineté nationale »⁵⁹⁷. La Haute juridiction semble donc considérer que le peuple, consulté sur la base de l'article 11, peut faire œuvre de constituant originaire, rendant par là même impossible le contrôle du juge constitutionnel sur les actes adoptés.

272.- Nous pensons au contraire que la loi d'autorisation n'est pas d'une nature différente lorsqu'elle est votée par le peuple, celui-ci agissant alors en tant que magistrat constitutionnel et nullement sous les traits du constituant originaire. La rédaction de l'article 11 de la constitution témoigne selon nous du souci de ne pas conférer au peuple, par le biais du référendum sur le vote de la loi d'autorisation, le pouvoir de modifier la constitution. Selon cet article, le Président de la République « peut soumettre au référendum tout projet de loi [...] tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, *sans être contraire à la Constitution*, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions ». Cette formulation spécifique est avant tout destinée à prévenir la possibilité de faire appel au peuple pour ratifier un traité violant la constitution. Si les pouvoirs du peuple dans le cadre de l'article 11 sont circonscrits, il est exclu de les comparer à l'exercice du pouvoir constituant originaire. En présence d'un traité modifiant la constitution, la seule voie praticable est celle de l'article 54, qui impose la révision préalablement à l'autorisation de ratifier et donc la mise en œuvre de l'article 89 de la constitution, suivie le plus souvent de la réunion du Congrès⁵⁹⁸. Or, dans cette hypothèse, comme le note Mme Zoller, « c'est la révision, et non l'autorisation de ratification, qui devient l'acte politique essentiel. Une fois la première acquise, la seconde n'est qu'un acte dérivé »⁵⁹⁹. Même sur le plan politique, il est difficile de qualifier l'autorisation référendaire de ratification de « référendum de souveraineté »⁶⁰⁰.

⁵⁹⁷ Cons. const., décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, Maastricht III, *Rec.* p. 94.

⁵⁹⁸ Il est en effet difficilement envisageable de faire appel au peuple à deux reprises, une fois pour réviser la constitution, et ensuite pour autoriser la ratification du traité qui est désormais conforme à la constitution. Par conséquent, c'est généralement le Congrès qui sera chargé de mener à bien la révision de la constitution (la ratification du traité de Maastricht et du traité instituant une constitution pour l'Europe illustrent bien ce cheminement).

⁵⁹⁹ Elisabeth ZOLLER, *Droit des relations extérieures*, Paris, PUF, 1992, p. 336.

⁶⁰⁰ Andreas AUER, « Rapport introductif », in Andreas AUER et Jean-François FLAUSS (Dir.), *Le référendum européen, op. cit.*, p. 28.

Par conséquent, en France du moins, il semble difficile de considérer l'autorisation de ratifier, que celle-ci émane ou non du peuple, comme un acte du pouvoir constituant national. Certes, il est impossible d'exclure que, par le biais des référendums de ratification ou de révision, le peuple outre passe les limites qui s'imposent à lui et que l'acte résultant de cette consultation doive être analysé en un véritable acte de souveraineté. Mais, là encore, cela n'implique pas que l'objet de cet acte soit l'adoption de l'acte constituant.

273.- De plus, même s'il existe une tendance à la recrudescence du fait référendaire dans les Etats membres de l'Union, celle-ci n'est pas encore suffisamment affirmée pour en tirer des conclusions sur le plan de l'édification de l'Europe unie. Il nous semble de plus que les auteurs ont tendance à traiter sur un pied d'égalité les référendums de révision et les référendums de ratification, les premiers étant considérés comme des ratifications implicites des traités. Le but est d'insister sur la cohérence des référendums nationaux et éventuellement d'en déduire la manifestation d'un pouvoir constituant européen. Cette approche est visible dans le rapport introductif présenté par M. Andreas Auer au colloque international de Strasbourg sur le référendum européen. Cet auteur envisage ainsi le référendum européen comme « toute consultation populaire qui se rattache, par son objet, au processus d'intégration européenne »⁶⁰¹, qu'il s'agisse d'un référendum constitutionnel ou d'un référendum de ratification. Ce faisant, on privilégie l'objet et l'auteur de l'acte au détriment de la technique juridique utilisée, alors que révision de la constitution et ratification ne sont en aucun cas comparables. Comme l'a noté Michèle Guillaume-Hofnung, on peut voir dans ces différents arguments « le rôle d'un référendum fantasmé dans la construction européenne »⁶⁰² mais, s'agissant des fondements juridiques, ils ne résistent guère à l'analyse.

274.- Enfin, tirer des conclusions d'une convergence de référendums nationaux paraît quelque peu illusoire, dans la mesure où leur signification et leur impact peut varier considérablement d'un Etat à un autre. Ainsi, l'organisation d'un référendum consultatif au Royaume-Uni a finalement plus de signification politique que la tenue de référendums obligatoires lors de chaque révision des traités. Comme l'a très justement rappelé M. Francis

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 28.

⁶⁰² Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, « Le rôle du référendum dans la construction de l'Europe », *op. cit.*, p. 181.

Delpérée, « les mécanismes référendaires ne peuvent jamais être sortis du contexte constitutionnel dans lequel ils sont utilisés »⁶⁰³.



275.- Au final, deux arguments s’opposent selon nous à considérer que les autorisations de ratification sont l’expression d’un pouvoir constituant européen : le fait qu’elles ne puissent être assimilées à un acte de souveraineté et le fait qu’elles n’aient pas pour objet l’adoption de l’acte constituant de l’ordre juridique communautaire. Les procédures de ratification sont alors à la fois le signe et le fondement de l’incomplétude du pouvoir fondateur des Etats à l’égard du concept de pouvoir constituant.

276.- Si les procédures nationales de ratification ne peuvent en aucun cas constituer l’expression d’un pouvoir constituant européen, elles peuvent en revanche servir à présumer le vouloir-vivre ensemble des peuples européens, par l’adhésion qu’elles expriment à l’idée d’œuvre de la construction européenne. De même, les révisions des constitutions nationales peuvent être analysées comme l’incorporation, au sein des ordres juridiques nationaux, de l’idée d’œuvre européenne. Cette dernière caractéristique a ainsi incité certains auteurs à voir dans les révisions des constitutions nationales la manifestation du pouvoir constituant européen. L’étude rigoureuse de ces procédures doit cependant nous conduire à une conclusion similaire à celle à laquelle nous sommes parvenus à propos des procédures nationales de ratification.

⁶⁰³ Francis DELPEREE, « Allocution d’ouverture », in Andreas AUER et Jean-François FLAUSS (Dir.), *Le référendum européen*, op. cit., p. 20.

SECTION 2 : L'IMPUISSANCE DES REVISIONS CONSTITUTIONNELLES NATIONALES A FONDER LE POUVOIR CONSTITUANT EUROPEEN

277.- L'argument selon lequel le pouvoir constituant européen se donnerait à voir lors des révisions des constitutions des Etats membres impliquées par l'intégration européenne part du constat selon lequel ces révisions tendraient à s'homogénéiser, tant au niveau temporel qu'au niveau substantiel, pour refléter l'idée d'œuvre qui fonde l'intégration européenne. De ce fait, les clauses des constitutions nationales résultant de ces révisions pourraient être analysées comme constitutives, avec les traités européens, d'un « *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht* »⁶⁰⁴ (droit constitutionnel commun), ou d'une « constitution composée »⁶⁰⁵. Le pouvoir constituant européen se manifesterait dès lors dans la convergence de ces révisions constitutionnelles nationales, éléments de la « constitution composée européenne » adoptées par les peuples européens.

Or, s'il ne peut être nié que les révisions constitutionnelles nationales tendent à s'homogénéiser au sein de l'espace constitutionnel européen (I.), cette circonstance ne saurait suffire à emporter la qualification de pouvoir constituant européen (II.).

I. LA TENDANCE A L'HOMOGENEISATION DES REVISIONS CONSTITUTIONNELLES NATIONALES

278.- Cette tendance à l'homogénéisation des révisions constitutionnelles nationales se vérifie à deux niveaux. Tout d'abord, sur le plan temporel, il est possible de mettre en évidence un phénomène de parallélisme entre le développement de la construction

⁶⁰⁴ Voir sur la notion de droit constitutionnel commun, l'article de Peter HÄBERLE, « Gemeineuropäisches Verfassungsrecht », in Roland BIEBER, Pierre WIDMER (Ed.), *L'espace constitutionnel européen, Der europäische Verfassungsraum, European constitutional area*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995, pp. 361-397.

⁶⁰⁵ Cf. Ingolf PERNICE et Franz C.MAYER, « De la constitution composée de l'Europe », *RTDE*, 2000, pp. 623-647. La notion de constitution composée a été développée par M. Pernice dans un article postérieur : Ingolf PERNICE, « Multilevel constitutionalism in the European Union », *ELR*, n° 27/2002, pp. 511-529. Voir aussi la notion de « constitutionnalisme dualiste » développée par Jean-François FLAUSS, « Auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht aus französischer Sicht », *Europarecht*, n° 1/2000, pp. 31-40, spéc. pp. 31 et s ; ainsi que la notion de « *zweierlei Verfassungsrecht* » étudiée par Armin VON BOGDANDY, « *Zweierlei Verfassungsrecht. Europäisierung als Gefährdung des Gesellschaftlichen Grundkonsenses* », *Der Staat*, n° 2/2000, pp. 163-184.

communautaire et la révision des constitutions nationales (A.). Ensuite, la substance des clauses insérées lors de telles révisions constitutionnelles tend à revêtir une homogénéité matérielle (B.).

A. Le parallélisme entre les révisions des constitutions nationales et le développement de l'intégration européenne.

Ce parallélisme s'est manifesté tant lors de l'adhésion aux Communautés ou à l'Union européennes (1.) que lors des révisions des traités originaires (2.).

1. Les révisions des constitutions nationales impliquées par l'adhésion aux traités originaires

S'agissant des révisions des constitutions nationales liées à l'adhésion aux Communautés ou à l'Union européenne, elles sont de plus en plus pratiquées, à tel point qu'on pourrait parler à leur égard de « passage obligé ».

279.- Si les constitutions des six Etats fondateurs n'ont pas été révisées dans la perspective de la conclusion des traités originaires, c'est essentiellement parce qu'à l'origine les traités communautaires ne se distinguaient pas fondamentalement des traités internationaux classiques. La plupart des Etats ont donc trouvé dans leur constitution des dispositions leur permettant de transférer des compétences à une organisation internationale. En Allemagne, l'article 24, paragraphe 1 de la Loi fondamentale mentionnant la possibilité de « transférer, par voie législative, des droits de souveraineté à des institutions internationales » a été mis en œuvre. En France et en Italie, la constitution n'envisageait que l'hypothèse des « limitations »⁶⁰⁶ de souveraineté, mais ces dispositions ont tout de même permis de fonder juridiquement l'adoption des traités originaires. La rédaction de la Constitution de la Vème République du 4 octobre 1958 n'a d'ailleurs pas donné lieu à

⁶⁰⁶ Voir à ce titre l'alinéa 15 de la Constitution du 27 octobre 1946, qui dispose : « sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ». Voir aussi l'article 11 de la constitution italienne du 27 décembre 1947 : « l'Italie répudie la guerre en tant qu'instrument d'atteinte à la liberté des autres peuples et comme mode de solution des conflits internationaux ; elle consent, dans des conditions de réciprocité avec les autres États, aux limitations de souveraineté nécessaires à un ordre qui assure la paix et la justice entre les Nations ; elle suscite et favorise les organisations internationales poursuivant ce but ».

l'insertion de clauses faisant référence aux Communautés, même si les articles 11 et 54 de la constitution doivent en partie leur existence aux débats liés à la ratification du traité instituant la CED.

Les constitutions des trois autres Etats fondateurs ne contenaient à l'origine aucune disposition permettant des transferts ou des limitations de souveraineté, ce qui n'a à l'époque pas paru constituer un obstacle insurmontable à la fondation des Communautés. Des dispositions ayant cet objet seront cependant adoptées postérieurement à l'adoption des traités originaires, en 1953 aux Pays-Bas⁶⁰⁷, en 1956 au Luxembourg⁶⁰⁸ et en 1970 en Belgique⁶⁰⁹. Pour ces trois Etats, l'adhésion a eu un impact sur la mise en œuvre du pouvoir de révision postérieurement à l'adhésion. Par la suite, la perspective de l'adhésion sera prise en compte antérieurement à sa réalisation, à l'occasion de la rédaction d'une nouvelle constitution ou par le biais d'une révision constitutionnelle.

280.- La première vague d'adhésion, en 1972, a eu des conséquences constitutionnelles pour les Etats concernés. L'Irlande a procédé, le 8 juin 1972, à un référendum introduisant à l'article 29, paragraphe 4, point 3, une disposition autorisant l'Etat à devenir membre des Communautés européennes. L'adhésion du Danemark n'a pas donné lieu en tant que telle à une révision constitutionnelle cependant cette éventualité avait été prise en compte lors de la révision intégrale du 5 juin 1953. Dès cette date avait été introduit un article 20 permettant de déléguer des attributions « à des autorités en vertu d'une convention passée par accord réciproque avec d'autres Etats en vue de promouvoir la coopération et l'ordre juridique internationaux ». Cette procédure, assortie de règles strictes de majorité, a servi de base légale à l'adhésion de cet Etat aux Communautés européennes. Enfin, à défaut de constitution écrite au sens où nous l'entendons en Europe continentale, l'adhésion de la Grande-Bretagne n'a nécessité aucune révision constitutionnelle. Cependant, une loi adoptée par le Parlement (*l'European Communities Act* de 1972) constitue la base légale de la délégation de pouvoirs aux Communautés.

⁶⁰⁷ La révision constitutionnelle de 1953 a introduit un article 67, paragraphe 1 (dont le contenu figure désormais à l'article 92 de la constitution du 17 février 1983) aux termes duquel : « des compétences législatives, administratives et judiciaires peuvent être conférées par un traité, ou en vertu d'un traité, à des organisations de droit international public [...] ».

⁶⁰⁸ L'article 49 bis, introduit lors de la révision du 25 octobre 1956, dispose : « l'exercice d'attributions réservées par la Constitution aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire peut être temporairement dévolu par traité à des institutions de droit international ».

⁶⁰⁹ L'article 25 bis de la constitution, résultant de la révision constitutionnelle du 20 juillet 1970, dispose : « l'exercice de pouvoirs déterminés peut être attribué par un traité ou par une loi à des institutions de droit international public ». Cette disposition figure désormais à l'article 34 de la constitution adoptée en 1994.

281.- L'éventualité d'une adhésion aux Communautés européennes avait incité la Grèce à introduire une clause de transferts de compétences à l'article 28 de la nouvelle constitution adoptée le 9 juin 1975.

De même, les adhésions du Portugal et de l'Espagne en 1986 n'ont pas donné lieu à des révisions constitutionnelles préalables, dans la mesure où cette perspective avait été prise en compte dès la demande d'adhésion de ces pays. Au Portugal, l'élaboration de la nouvelle constitution aurait pu être l'occasion d'introduire des dispositions faisant référence spécifiquement à l'engagement européen envisagé dès cette époque. Des propositions en ce sens ont d'ailleurs été avancées⁶¹⁰, mais celles-ci n'ont pas été reprises dans la version définitive du texte constitutionnel qui ne contenait en 1976 aucune référence à la possibilité de transférer des compétences à une organisation internationale. La première révision de la constitution en date du 30 septembre 1982 fait référence, dans la perspective de l'adhésion, à l'effet direct dans l'ordre juridique interne des « normes émanant des organes compétents des organisations internationales auxquelles le Portugal participe » (art. 8, paragraphe 3). La seconde révision, postérieure à l'adhésion, renforce l'engagement européen sans toutefois introduire une véritable clause spécifique de transfert de compétences⁶¹¹. Ici l'impact de l'adhésion s'est manifesté à la fois lors de la rédaction de la constitution puis à l'occasion de révisions ultérieures.

En Espagne, l'article 93 permet l'« attribution » ou le « transfert » (ce terme ayant la préférence des traductions anglo-saxonnes) de compétences provenant de la constitution. Cet article, qui figure dans le texte original de la constitution de 1978, a été rédigé dans la perspective de l'adhésion aux Communautés européennes.

282.- Le recours aux révisions constitutionnelles préalables à l'adhésion s'est intensifié à partir de la quatrième vague d'adhésion ayant eu lieu en 1995. A cette date en effet, le Traité de Maastricht avait déjà fait subir à l'intégration européenne un saut qualitatif et rendait d'autant plus indispensable une révision des constitutions des futurs Etats membres. De plus, les Etats candidats à partir de cette date étaient beaucoup plus conscients que les Etats fondateurs des implications juridiques d'une adhésion aux Communautés et à

⁶¹⁰ Voir sur ce point Thibaut DE BERRANGER, *Constitutions nationales et construction communautaire : essai d'approche comparative sur certains aspects constitutionnels nationaux de l'intégration européenne*, thèse, Nantes, 1992, Paris, LGDJ, 1995, 564 pages, spéc. p. 120.

⁶¹¹ La révision constitutionnelle du 8 juillet 1989 a ainsi introduit un article 7, paragraphe 5, qui dispose : « Le Portugal s'emploie à renforcer l'identité européenne et à intensifier l'action des États européens en faveur de la démocratie, de la paix, du progrès économique et de la justice dans les relations entre les peuples ».

l'Union européennes. L'adhésion de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède a donc donné lieu à trois révisions constitutionnelles préalables. Le cas de l'Autriche est particulièrement intéressant puisque le traité d'adhésion a été considéré comme relevant de l'article 44-3 de la constitution aux termes duquel « toute modification d'ensemble de la Constitution fédérale [...] doit être soumise à un référendum de l'ensemble des citoyens de la Fédération ». Le 12 juin 1994 a donc eu lieu un référendum ayant pour objet, non la ratification du traité d'adhésion, mais l'adoption d'une « loi constitutionnelle » dont le but était d'habiliter les organes compétents à conclure ce traité. Le texte constitutionnel n'a cependant pas fait l'objet d'une refonte totale, comme pourrait le laisser entendre l'expression « modification d'ensemble ». Cette formule désigne en effet toute révision constitutionnelle portant atteinte, comme ce fut le cas pour le traité d'adhésion, aux principes directeurs de la constitution tels que le principe démocratique, le principe de l'Etat de droit, la séparation des pouvoirs où le fédéralisme⁶¹². Depuis l'adoption de cette loi constitutionnelle et la ratification subséquente du traité d'adhésion, le traité instituant l'Union européenne ainsi que les traités communautaires sont généralement considérés comme faisant partie intégrante du bloc de constitutionnalité⁶¹³. La révision constitutionnelle de 1994 a aussi permis d'introduire dans la constitution autrichienne six nouveaux articles regroupés dans un paragraphe spécifiquement dédié à l'Union européenne. Cependant, l'article 9 qui prévoit le transfert de droits de souveraineté ne vise pas explicitement l'Union européenne mais se place encore sur le terrain indifférencié des « organisations internationales ». De même, la révision de la constitution finlandaise a eu pour seul but l'introduction de dispositions relatives aux implications institutionnelles de l'adhésion⁶¹⁴. Seule la Suède a profité de la révision constitutionnelle pour introduire une véritable clause permettant le transfert de compétences aux institutions européennes. Ainsi, le nouvel article 5, inséré dans le chapitre X relatif aux relations avec les autres Etats et les organisations internationales, dispose : « Le *Riksdag* [Diète, chambre unique du Parlement suédois] peut transférer à l'Union européenne son pouvoir de décision dans la mesure où cela n'affecte pas les principes de la Constitution ».

⁶¹² Pour des développements relatifs à l'incidence du traité d'adhésion sur ces principes constitutionnels, voir Sylvie PEYROU-PISTOULET, « Droit constitutionnel et droit communautaire : l'exemple autrichien », *RFDC* n° 46/2001, pp. 237-264, spéc. pp. 242-245.

⁶¹³ Certaines analyses doctrinales divergent cependant sur ce point. Pour un point de vue complet sur la question, voir Sylvie PEYROU-PISTOULET, « Droit constitutionnel et droit communautaire : l'exemple autrichien », *op. cit.*, pp. 247 et s.

⁶¹⁴ L'adoption d'une nouvelle constitution, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2000, n'a pas été l'occasion d'introduire une clause spécifiquement dédiée aux transferts de compétences en direction de l'Union européenne.

283.- L'adhésion des dix nouveaux Etats membres, réalisée par le traité d'Athènes du 16 avril 2003, puis de la Bulgarie et de la Roumanie, initiée par le traité signé à Luxembourg le 25 avril 2005, s'est de même accompagnée de nombreuses révisions constitutionnelles. Celles-ci étaient rendues d'autant plus nécessaires que les Etats concernés, en majorité issus de l'ancien bloc soviétique, venaient seulement de recouvrer leur pleine indépendance. Leurs constitutions étaient donc marquées par la place primordiale accordée à la défense de la souveraineté et, corrélativement, par l'absence de clauses permettant de transférer des compétences à des organisations internationales. C'est dans ce contexte initial qu'ont eu lieu les réformes constitutionnelles destinées à permettre l'adhésion de ces pays à l'Union. En dehors de l'insertion d'articles destinés à résoudre des contradictions ponctuelles entre l'ordre juridique communautaire et les constitutions nationales, les révisions ont eu pour but l'introduction de fondements constitutionnels à l'adhésion.

S'agissant de Malte et Chypre, seul le premier Etat a procédé à une révision constitutionnelle, adoptée en juillet 2003. L'article 65 de la constitution maltaise dispose désormais : « le Parlement [...] accepte les principes du droit international, et les obligations internationales et régionales de Malte, en particulier celles issues du traité d'adhésion à l'Union européenne ». En Europe centrale et orientale, neuf Etats ont entamé un processus de révision constitutionnelle préalablement à la signature du traité d'adhésion à l'Union européenne, le dixième Etat, la Pologne, ayant pris en compte cette éventualité lors de la rédaction de la nouvelle constitution adoptée le 2 avril 1997. Les révisions se sont échelonnées de 2001 (révisions des constitutions slovaque et tchèque) à 2005 (révision de la constitution bulgare en date du 25 avril 2005) et ont vu l'organisation de deux référendums. En Estonie, un référendum du 14 septembre 2003 a eu pour but à la fois d'adopter un « acte constitutionnel » amendant la constitution sur la question de l'appartenance à l'Union européenne et d'autoriser la ratification du traité d'adhésion. Les 18 et 19 octobre 2003, un référendum s'est tenu en Roumanie afin d'avaliser la révision constitutionnelle autorisant le « transfert de certaines attributions envers les institutions communautaires, ainsi que de l'exercice en commun avec les autres Etats membres des compétences prévues par ces traités » (article 148 nouveau). A cet égard, si les révisions ont abouti, dans certains Etats, à l'introduction de dispositions faisant spécifiquement référence à l'Union européenne (Bulgarie, l'Estonie, la Hongrie, la Roumanie et la Slovaquie), la plupart des Etats se sont contentés de clauses de transfert de compétences faisant référence aux « organisations internationales ».

284.- Ce bref rappel montre que, sur les 27 Etats que compte actuellement l'Union européenne, la perspective de l'adhésion a eu une influence sur la substance de 22 constitutions. Ainsi, la perspective d'une adhésion a été prise en compte longtemps avant que celle-ci ne soit effective, lors de la rédaction d'une nouvelle constitution, pour 5 Etats (le Danemark, la Grèce, le Portugal, l'Espagne et la Pologne), tandis que 17 Etats ont procédé à des révisions directement liées à l'adhésion. Seuls 4 Etats ont adopté ces révisions par la voie référendaire (L'Irlande, l'Autriche, l'Estonie et la Roumanie). Il y a donc indéniablement une corrélation entre l'introduction des traités originaires dans l'ordre juridique national et l'exercice du pouvoir de révision. Cette corrélation est aussi marquante s'agissant des révisions nationales liées aux révisions des traités fondateurs.

2. Les révisions des constitutions nationales impliquées par les révisions des traités originaires

285.- Si l'Acte unique européen a nécessité une révision de la constitution irlandaise⁶¹⁵, c'est surtout le traité de Maastricht qui a eu un impact considérable sur les constitutions nationales, occasionnant des changements dans 7 Etats sur 12. Cinq Etats ont ainsi procédé à des révisions constitutionnelles préalablement à la ratification du traité de Maastricht (l'Allemagne⁶¹⁶, l'Espagne⁶¹⁷, la France⁶¹⁸, l'Irlande⁶¹⁹ et le Portugal⁶²⁰), tandis que la Belgique et le Luxembourg ont choisi de réviser leur constitution postérieurement à la ratification⁶²¹. Dans la majorité des cas, il s'est agi d'introduire des dispositions permettant la mise en œuvre du droit de vote et d'éligibilité des citoyens européens lors de certaines élections, de la monnaie unique ainsi que d'autres dispositions telles que la politique des visas (en France par exemple). D'autres Etats ont souhaité aller au-delà et ont introduit des

⁶¹⁵ Dans l'arrêt *Crotty v. An Toiseach and others* du 9 avril 1987, la Cour suprême irlandaise a considéré que l'insertion, dans l'Acte unique européen, d'un titre III consacré à la coopération politique européenne, constituerait pour l'Etat une diminution de sa capacité d'action dans la conduite des relations extérieures. Cette déperdition de compétences n'étant selon la Cour pas couverte par l'article 29, paragraphe 4, point 3 de la constitution (introduit en 1972), la ratification de l'Acte unique européen a dû être précédée d'une révision constitutionnelle, adoptée comme il se doit par la voie référendaire.

⁶¹⁶ Révision constitutionnelle du 21 décembre 1992.

⁶¹⁷ Révision constitutionnelle du 19 août 1992.

⁶¹⁸ Révision constitutionnelle du 25 juin 1992.

⁶¹⁹ Révision constitutionnelle, adoptée par voie référendaire le 17 novembre 1992.

⁶²⁰ Révision constitutionnelle du 17 novembre 1992.

⁶²¹ Dans ces deux Etats, le Conseil d'Etat avait, par voie d'avis, indiqué que les dispositions relatives au droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires étaient contraires à la constitution, et nécessitaient, de ce fait, une révision de celle-ci. Dans les deux Etats cette recommandation n'a pas été suivie, et la révision a eu lieu bien après la ratification. Au Luxembourg, la révision a eu lieu le 23 décembre 1994, tandis qu'en Belgique, l'article 8 de la nouvelle constitution de 1994, relatif au droit de vote et d'éligibilité, a été modifié par la révision du 11 décembre 1998.

dispositions qualifiées de « clauses-Europe », qui insistent sur le but et les moyens de l'intégration européenne (Allemagne et Portugal).

Dans l'ensemble ces révisions ont permis d'adapter les constitutions à la nouvelle dimension prise par l'intégration européenne et la ratification du traité d'Amsterdam n'a nécessité des révisions que dans trois Etats seulement : l'Irlande⁶²², la France⁶²³ et l'Autriche⁶²⁴. De même, le traité de Nice n'a nécessité de révision qu'en Irlande, le processus de révision ayant été mis en œuvre à deux reprises suite au résultat négatif du référendum du 7 juin 2001. Même s'il n'est finalement pas entré en vigueur, le traité établissant une constitution pour l'Europe a nécessité une révision de la constitution française afin de permettre la ratification de certaines dispositions du traité constitutionnel que le Conseil constitutionnel a jugées incompatibles avec la constitution française dans sa décision du 19 novembre 2004⁶²⁵. La loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005⁶²⁶ avait ainsi pour objet de modifier le titre XV de la constitution afin d'autoriser la France à participer à l'Union européenne « dans les conditions fixées par le traité établissant une constitution sur l'Europe », ainsi que pour permettre l'exercice par le Parlement français des prérogatives qui lui avaient été reconnues par ce texte. Le traité constitutionnel n'étant pas entré en vigueur, le titre XV a conservé sa rédaction antérieure, à l'exception de la disposition précitée relative à l'obligation d'organiser un référendum pour autoriser la ratification des traités d'adhésion. De même, la perspective de la ratification du traité de Lisbonne est à l'origine de la révision de la constitution adoptée le 5 février 2008⁶²⁷ suite à la décision du Conseil constitutionnel déclarant ce texte partiellement non conforme à la Constitution⁶²⁸.

Par conséquent, la même corrélation est visible entre les révisions des traités communautaires et les révisions des constitutions nationales, les premières entraînant dans

⁶²² Révision constitutionnelle du 22 mai 1998, adoptée par voie référendaire.

⁶²³ En France, la révision constitutionnelle du 25 janvier 1999 a eu pour but de permettre les transferts de compétences envisagés par le traité d'Amsterdam en matière de libre circulation des personnes (art. 88-2), ainsi que de mettre un place un droit d'information des assemblées concernant les projets européens, et de leur reconnaître le droit de voter des résolutions sur ces textes (art. 88-4).

⁶²⁴ Révision constitutionnelle du 12 mai 1998, rendue nécessaire afin de donner un fondement constitutionnel aux « missions de Petersberg », potentiellement contradictoires avec le statut de neutralité de l'Autriche.

⁶²⁵ Cons. const., décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une constitution pour l'Europe, *Rec.* p. 173.

⁶²⁶ Loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1^{er} mars 2005 modifiant le titre XV de la Constitution, *JORF* n° 51 du 2 mars 2005, p. 3697.

⁶²⁷ Loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008 modifiant le titre XV de la Constitution, *JORF* n° 30 du 5 février 2008, p. 2202.

⁶²⁸ Cons. const., décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, *JORF* du 29 décembre 2007, p. 21813.

leur sillage les secondes. Mme Hélène Gaudin parle à ce titre d'une « symétrie dans le temps »⁶²⁹ des révisions dans les ordres juridiques communautaires et nationaux.

286.- Certes, ce phénomène de concordance n'est pas propre au droit communautaire dans la mesure où la conclusion de traités internationaux classiques peut aussi nécessiter une révision constitutionnelle préalable. Ce qui est frappant cependant dans le cas du droit communautaire, c'est le fait qu'il ait touché la quasi-unanimité des Etats membres et ce selon une régularité remarquable, chaque adhésion ou révision des traités communautaires étant précédée (ou parfois suivie) d'un nombre plus ou moins important de révisions constitutionnelles. Le mouvement d'intégration européenne a ainsi entraîné une véritable banalisation de la révision constitutionnelle, en ce sens qu'il a rendu cette procédure courante et commune parmi les Etats membres de l'Union européenne, ce qui constitue déjà en soi une innovation. Pour de nombreux Etats en effet (surtout parmi les nouveaux Etats membres de l'Union), la révision est enserrée dans des règles très strictes destinées à garantir le caractère immuable du texte constitutionnel.

De plus, l'intégration européenne a banalisé la révision constitutionnelle en la standardisant⁶³⁰, le pouvoir constituant dérivé étant appelé à remplir son office à un moment déterminé par des circonstances extérieures qui s'imposent à lui, en même temps et le plus souvent sur des sujets similaires à ceux qui occupent le pouvoir de révision des autres Etats membres.

287.- Dépossédé du choix du moment, le pouvoir de révision l'est aussi du choix des matières et de la technique constitutionnelle à mettre en œuvre. Le plus souvent en effet, les révisions des constitutions nationales sont déclenchées et conditionnées par un jugement déclarant l'incompatibilité du traité par rapport à la constitution. Pour ne prendre qu'un exemple, sur les sept révisions constitutionnelles impliquées par la ratification du traité de Maastricht, seules celles de l'Irlande (mais la position de la Cour suprême sur ce point était connue depuis 1987) et du Portugal n'ont pas été initiées par un jugement ou un avis

⁶²⁹ Hélène GAUDIN, « Révision des traités communautaires, révision des constitutions nationales : recherche sur la symétrie d'un phénomène », *op. cit.*, p. 542.

⁶³⁰ Cette « standardisation » des révisions constitutionnelles est aussi très marquée sur le plan matériel, comme nous le verrons ci-dessous.

d'incompatibilité. « Révisions provoquées »⁶³¹, les révisions constitutionnelles liées à l'intégration européenne comportent aussi des particularités quant à leur substance.

B. L'homogénéisation matérielle des révisions constitutionnelles nationales

L'homogénéisation matérielle se manifeste par une tendance à l'insertion, dans les constitutions nationales, de clauses spécifiquement dédiées à l'Union européenne (1.). La signification de ce phénomène n'est cependant pas univoque et traduit, de la part des Etats membres, une ambivalence face au développement de l'intégration européenne (2.).

1. La spécificité de l'appartenance à l'Union européenne dans les constitutions nationale

288.- La tendance à l'insertion, dans les constitutions nationales, de clauses spécifiquement dédiées à l'intégration européenne est surtout visible pour les révisions postérieures à la signature du traité de Maastricht.

Antérieurement en effet les révisions ont surtout eu pour but l'insertion, dans les constitutions qui en étaient dépourvues, de clauses permettant le transfert de compétences à une autre entité. Dans cette optique, les Etats ont généralement opté pour des clauses que l'on peut qualifier de « générales » autorisant les « limitations de souveraineté » ou les « transferts de compétences »⁶³² impliquées par l'adhésion à une organisation internationale. Ce fut le cas pour les trois Etats du Bénélux qui ont introduit de telles dispositions dans leur constitution postérieurement à l'adhésion, et pour les Etats dont la rédaction de la constitution a été influencée par la perspective d'une adhésion, à savoir le Danemark, la Grèce, l'Espagne et le Portugal.

289.- A compter du traité de Maastricht en revanche, la teneur des révisions constitutionnelles a subi une évolution notable, du fait des progrès réalisés par ce traité. Créant une nouvelle entité, l'Union européenne, dont le but est de bâtir une « union sans

⁶³¹ Cf. Louis FAVOREU *et alii.*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 10^{ème} éd., 2007, p. 709.

⁶³² Sur cette distinction, qui semble difficile à mettre en pratique, voir Thibaut DE BERRANGER, *Constitutions nationales et construction communautaire: essai d'approche comparative sur certains aspects constitutionnels nationaux de l'intégration européenne*, thèse, Nantes, 1992, Paris, LGDJ, 1995, 564 pages, spéc. pp. 82 et s.

cesse plus étroite entre les peuples », établissant une citoyenneté de l'Union, programmant la mise en place de la monnaie unique et posant les premiers soubassements d'une politique étrangère et de sécurité commune, le traité de Maastricht impliquait des transferts de compétence d'une grande amplitude et touchant des domaines de plus en plus sensibles. Ainsi, dans de nombreux Etats membres, des doutes sont apparus quant à la possibilité de réaliser de tels transferts de compétence sur la base des dispositions constitutionnelles préexistantes. Plusieurs techniques constitutionnelles ont été utilisées afin de « faire sauter le verrou constitutionnel » à la ratification du traité de Maastricht.

290.- Certains Etats ont tout d'abord choisi de constitutionnaliser les points du traité de Maastricht incompatibles avec le texte constitutionnel. Il s'agit ici, d'une technique de « délimitation de l'obstacle constitutionnel »⁶³³ utilisée en Espagne, au Luxembourg et en Belgique pour le droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires à certaines élections, mais aussi en France lors de la rédaction des articles 88-2 et 88-3 nouveaux de la constitution. Cette technique a été utilisée ultérieurement, dans la perspective de la ratification du traité d'Amsterdam et par les Etats candidats dans la perspective d'une adhésion⁶³⁴. La France a fait usage de cette technique afin de donner une assise constitutionnelle aux prérogatives conférées au parlement français par le traité établissant une constitution pour l'Europe et par le traité de Lisbonne⁶³⁵.

291.- La deuxième technique consiste à constitutionnaliser le traité lui-même, celui-ci acquérant dès cet instant une présomption irréfragable de conformité au texte. Cette technique a été utilisée par l'Irlande depuis son adhésion, l'article 29, paragraphe 4, point 3, de la constitution égrenant consciencieusement toutes les étapes juridiques de l'intégration européenne. La France a de même adopté cette méthode, les articles 88-2 et 88-3 autorisant

⁶³³ Selon la formule retenue par Placide M. MABAKA, « L'Europe dans le droit constitutionnel positif des Etats », in Jacques ZILLER (Dir.), *L'eupéanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, Paris, L'Harmattan, 2003, pp. 25-38, spéc. p. 35.

⁶³⁴ Pour un examen détaillé des révisions constitutionnelles « d'appoint », se reporter à l'article de Joël RIDEAU, « L'intégration de la construction européenne dans les constitutions nationales », in Hélène GAUDIN (Dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire : vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, pp. 261-297, spéc. p. 274 et s. Voir aussi, pour un panorama complet de l'adaptation des constitutions des 25 Etats membres de l'Union européenne (Roumanie et Bulgarie exceptées), Joël RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 5^{ème} édition, 2006, 1281 pages, spéc. pp. 1013 et s.

⁶³⁵ Voir la rédaction de l'article 88 de la Constitution prévue par la révision constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, préc., et du 4 février 2008, préc.

les transferts de compétences dans les matières énumérées « selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992 ». Les mêmes articles renvoient également au traité sur l'Union européenne tel qu'il a été modifié par le traité d'Amsterdam, ainsi que, depuis la révision constitutionnelle du 4 février 2008, au traité de Lisbonne du 13 décembre 2007.

292.- Enfin, certains Etats ont mis en place, au sein de leur constitution, une clause générale de transfert de compétences spécifiquement dédiée à l'intégration européenne. Souvent appelées « clauses-Europe », ces dispositions ont vocation, selon la définition qu'en a donné M. Mabaka, à « résoudre, de façon quasi définitive, la controverse de la participation de l'Etat à la construction européenne »⁶³⁶. La France peut être rangée dans cette catégorie, le nouvel article 88-1 de la constitution disposant : « La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences »⁶³⁷. Si cet article a pu longtemps être considéré comme étant dépourvu de valeur juridique autonome, les décisions du Conseil constitutionnel de l'été 2004⁶³⁸ et l'arrêt *Arcelor* du Conseil d'Etat en date du 8 février 2007⁶³⁹ ont apporté un sérieux démenti à cette thèse. De même, la constitution portugaise a été amendée afin d'introduire un nouvel article 7, paragraphe 6 aux termes duquel : « dans des conditions de réciprocité, dans le respect du principe de subsidiarité, et en vue de la cohésion économique et sociale, le Portugal peut passer des conventions sur l'exercice, en commun des pouvoirs nécessaires à la construction de l'Union européenne ».

L'*Europaartikel* allemand doit davantage retenir l'attention pour deux raisons majeures. Tout d'abord, affirmant que « pour l'édification d'une Europe unie, la République fédérale d'Allemagne concourt au développement de l'Union européenne [...] », l'article 23,

⁶³⁶ Placide M. MABAKA, « L'Europe dans le droit constitutionnel positif des Etats », *op. cit.*, p. 31.

⁶³⁷ Le deuxième alinéa de cet article, introduit par la révision constitutionnelle du 4 février 2008 précitée, ajoute qu' « elle peut participer à l'Union européenne dans les conditions prévues par le traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé le 13 décembre 2007 ». Si ledit traité entre en vigueur, l'article 88-1 de la Constitution sera rédigé ainsi : « la République participe à l'Union européenne constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 ».

⁶³⁸ Cons. const., décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, *Rec.* p. 101, et décision n° 2004-497 DC du 1er juillet 2004, Loi relative aux communications électroniques et aux services de la communication audiovisuelle, *Rec.* p. 107.

⁶³⁹ CE Ass., 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, *Rec.* p. 56, *RFDA*, 2007, p. 384, concl. Guyomar.

paragraphe 1, de la Loi fondamentale semble assigner aux organes étatiques un véritable but, qui est de soutenir le mouvement d'intégration européenne. La construction européenne est désormais un objectif étatique (*Staatsziel*)⁶⁴⁰, ce qui ne saurait être neutre du point de vue juridique. Plus encore, par sa référence au « développement de l'Union » l'article 23, paragraphe 1 consent de manière anticipée à tous les développements ultérieurs de l'intégration européenne. Cette « ouverture au développement » (*Entwicklungsoffenheit*)⁶⁴¹ de la constitution allemande ne trouvera son aboutissement que dans l'édification d'une « Europe unie », selon les termes mêmes de l'article 23, paragraphe 1 de la Loi fondamentale⁶⁴². La question de savoir si cette et fera l'objet de développements ultérieurs.

On peut de plus noter que la tendance à l'adoption de « clauses-Europe » s'est récemment confirmée, à l'occasion des révisions précédant la ratification du traité instituant une constitution pour l'Europe. Ainsi, la constitution portugaise, révisée le 24 juillet 2004, a apporté quelques modifications à l'article 7, paragraphe 6, dans un sens plus dynamique. Désormais, « le Portugal peut passer des conventions sur l'exercice, en commun, en coopération ou par les institutions de l'Union des pouvoirs nécessaires à la construction et à *l'approfondissement* de l'Union européenne » (italiques ajoutés).

293.- Cette tendance à l'adoption de clauses de transfert de compétences visant spécifiquement l'Union européenne se retrouve aussi du côté des Etats candidats à l'Union européenne. Si toutes les adhésions ont majoritairement entraîné des révisions constitutionnelles, celles-ci ont longtemps eu pour objet d'insérer des clauses de transfert indistinctement applicables aux « organisations internationales ». A compter de l'entrée en vigueur du traité de Maastricht cependant, les révisions ont davantage pris en compte l'intégration européenne. Ce phénomène est tout d'abord visible lors de la quatrième vague d'adhésion, la constitution suédoise ayant été modifiée préalablement à l'adhésion afin d'inclure un nouvel article 5 permettant le transfert de compétences à l'Union européenne.

Cette tendance s'est clairement accentuée lors des deux vagues d'adhésions suivantes, ayant respectivement conduit à l'entrée de dix, puis de deux nouveaux membres dans

⁶⁴⁰ Sur la signification de cette notion dans la doctrine allemande, voir Christian AUTEXIER, « Le traité de Maastricht et l'ordre constitutionnel allemand », *RFDC* n° 12/1992, pp. 625-639, spéc. p. 630.

⁶⁴¹ Cf. Udo DI FABIO, « Der Neue Art. 23 des Grundgesetzes. Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung ? », *Der Staat*, n° 2/93, pp. 191-217, spéc. p. 195.

⁶⁴² Sur la question de savoir si cette disposition pourrait permettre la dilution de l'Allemagne dans un Etat fédéral européen, vivement discutée en doctrine, voir notamment Udo DI FABIO, « Der Neue Art. 23 des Grundgesetzes. Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung ? », *op. cit.*

l'Union. En effet, six constitutions sur douze font désormais directement référence à l'Union européenne. Il s'agit des constitutions de Malte, de la Bulgarie, de l'Estonie, de la Hongrie, de la Roumanie et de la Slovaquie. Cependant, malgré l'affirmation de la spécificité de l'intégration européenne, ces constitutions prennent soin de ne pas porter atteinte à leur souveraineté récemment acquise. Ainsi, certaines constitutions mentionnent « l'exercice en commun » des compétences impliquées par la qualité d'Etat membre de l'Union⁶⁴³. La constitution slovaque se borne à envisager la possibilité de « transférer *l'exécution d'une partie* de ses compétences aux Communautés et à l'Union européennes »⁶⁴⁴. En Bulgarie, la révision constitutionnelle du 25 février 2005 a introduit de nombreux articles relatifs à l'Union européenne et en particulier une disposition permettant de « conférer » des compétences à l'Union européenne. Cette attribution de pouvoirs n'est cependant pas irréversible, car l'article 85 qui la prévoit permet aussi à l'Assemblée nationale de « dénoncer » les traités qui en sont à l'origine⁶⁴⁵. La constitution estonienne a introduit une référence modeste à « l'appartenance à l'Union européenne » par le biais, non d'une révision mais d'un acte constitutionnel adopté par voie référendaire en même temps que la ratification du traité d'adhésion. On le voit, les dispositions constitutionnelles relatives à l'intégration européenne sont rédigées avec prudence, voire réticence. Elles ne concèdent que ce qui est strictement nécessaire à la signature des traités d'adhésion et en tous cas ne mentionnent jamais l'altération de la souveraineté induite par l'adhésion.

Les autres Etats d'Europe centrale et orientale ont choisi de fonder l'adhésion à l'Union et aux Communautés européennes sur des dispositions indistinctement applicables aux « organisations internationales ». Hormis la constitution lituanienne, qui contenait déjà une disposition de ce type, les autres Etats ont dû réviser leur constitution pour introduire une telle référence⁶⁴⁶. Le choix de l'approche « internationaliste » de l'intégration européenne peut s'expliquer, dans les pays concernés, par l'imminence du référendum d'adhésion et

⁶⁴³ Cf. l'article 148 de la constitution roumaine, adopté par voie référendaire au mois d'octobre 2003, envisage le « transfert de certaines attributions envers les institutions communautaires, ainsi que de l'exercice en commun avec les autres Etats membres des compétences prévues par ces traités ». De même, l'article 2A de la constitution hongroise, introduit en décembre 2002, prévoit que la qualité d'Etat membre de l'Union européenne implique « dans une certaine mesure », « l'exercice conjoint avec les autres Etats membres de certains pouvoirs constitutionnels, en lien avec les droits et obligations conférés par les traités ». Cet article mentionne aussi la possibilité que ces pouvoirs soient « exercés de manière indépendante par les institutions européennes ».

⁶⁴⁴ Cf. article 7, paragraphe 2, introduit en 2001. Les italiques ont été ajoutés.

⁶⁴⁵ Article 85, paragraphe 1, de la constitution bulgare du 13 juillet 1991 : « L'Assemblée nationale ratifie et dénonce par une loi les accords internationaux qui [...] confèrent à l'Union européenne des compétences réglées par la présente Constitution ».

⁶⁴⁶ C'est le cas de la constitution lettone (révision du 8 mars 2003), polonaise (une telle référence avait été introduite dans la nouvelle constitution adoptée le 2 avril 1997), slovène (révisée en mars 2003) et enfin tchèque (révision de 2001).

l'impact probable qu'une clause mentionnant explicitement le transfert de compétences à l'Union pourrait avoir sur un électorat versatile. Dans ces Etats, le processus de réforme constitutionnelle impliqué par l'intégration européenne a été sciemment morcelé, le « premier acte » ayant seulement pour but de permettre la signature du traité d'adhésion⁶⁴⁷. Cela est patent pour les trois Etats baltes dont la constitution proclame de manière particulièrement solennelle leur attachement à la souveraineté⁶⁴⁸ et requiert un référendum pour toute révision portant atteinte à ce principe. Le choix de clauses « internationalistes » a donc été effectué afin de court-circuiter l'exigence constitutionnelle référendaire⁶⁴⁹ tout en donnant une assise constitutionnelle à la signature du traité d'adhésion. Confrontés à une montée de l'euroscepticisme quelques mois seulement avant la tenue des référendums d'adhésion, les pouvoirs publics ont opté pour des réformes constitutionnelles *a minima*, les projets de réforme plus ambitieux étant renvoyés à une date ultérieure.

Il existe donc une tendance réelle, mais qui ne doit pas être exagérée, à réserver à l'Union européenne une situation spéciale au sein des constitutions nationales. Derrière cette « européanisation des droits constitutionnels nationaux »⁶⁵⁰ des logiques antagonistes sont à l'œuvre.

2. L'intégration de l'idée d'œuvre européenne au sein des constitutions nationales

294.- La consécration constitutionnelle de la spécificité de l'intégration européenne constitue l'un des vecteurs de l'autonomisation de l'ordre juridique communautaire par rapport au droit international. En cela, les Etats marquent leur acceptation de l'appartenance à un ensemble plus large, structuré par des principes propres tels que la primauté et l'effet

⁶⁴⁷ Cf. Anelli ALBI, « “Europe” articles in the constitutions of central and eastern European countries », *CML Rev.*, n° 42/2005, pp. 399-423, spéc. p. 418 : « there is an attempt to retain a meaningful substance for the notions of sovereignty and independence, and, by using the “international organization” approach, to build a psychologically neutral bridge for the move from the constitutional silence on international organizations in new constitutions, to a membership of a deeply integrated supranational organization ».

⁶⁴⁸ Voir pour exemple l'article 1 de la constitution estonienne, qui affirme l'éternité et l'inaliénabilité de la souveraineté et de l'indépendance.

⁶⁴⁹ Le référendum n'a pas pu être évité en Estonie. Cependant, l'acte constitutionnel mentionnant l'appartenance de l'Etat à l'Union européenne, adopté par le peuple en même temps que l'autorisation de ratifier du traité d'adhésion, a dérogé à la procédure de révision.

⁶⁵⁰ Sur cette notion voir l'ouvrage collectif suivant : Jacques ZILLER (Dir.), *L'européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, Paris, L'Harmattan, 2003, 336 pages.

direct. Nombreuses sont ainsi les constitutions qui proclament leur appartenance à l'Union ou qui prescrivent à leurs organes de concourir au développement de l'Europe.

Cette spécificité de l'ordre juridique communautaire, à la fois révélée et consacrée par les clauses d'ouverture, est en général mise en valeur par les juridictions nationales. Le Tribunal constitutionnel espagnol a ainsi jugé, dans sa décision du 13 décembre 2004, que « l'article 93 de la Constitution est sans conteste le support constitutionnel de base de l'intégration d'autres ordres juridiques [...] appelés à coexister avec l'ordre interne en tant qu'*ordre autonome quant à leur origine* »⁶⁵¹. De même dans sa décision du 19 novembre 2004, le Conseil constitutionnel français a reconnu que, par l'article 88-1, le constituant avait « consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international »⁶⁵². L'euphémisation de la constitution est ici « active »⁶⁵³, dans le sens où elle est voulue par l'Etat et témoigne de la nécessité d'ancrer constitutionnellement la fondation et la révision des traités communautaires.

295.- Cependant, la concordance des révisions, leur caractère en partie provoqué et leur substance relativement homogène appellent à une autre analyse. L'euphémisation apparaît sous cet angle comme étant commandée par le développement en partie autonome du droit communautaire, par son « développement constitutionnel ». Les révisions des constitutions nationales sont ainsi parfois sous-tendues par une réelle logique de résistance aux progrès de l'intégration européenne et tentent d'ériger des remparts à celle-ci. « Conjugaison d'ouverture et de résistance »⁶⁵⁴ à l'intégration, les clauses constitutionnelles dédiées à l'Europe communautaire semblent au fond refléter l'idée d'œuvre voulue par les fondateurs. Les révisions constitutionnelles nationales peuvent ainsi apparaître comme des actes de perpétuation de l'idée fondatrice au sein des ordres juridiques nationaux.

⁶⁵¹ Tribunal constitutionnel espagnol, déclaration du 13 novembre 2004 sur la compatibilité du traité établissant une constitution pour l'Europe, reproduite in Franck MODERNE, « La question de la primauté du droit de l'Union en Espagne et au Portugal », *RFDA*, 2005, pp. 43-55, spéc. p. 49 (italiques ajoutés).

⁶⁵² Cons. const., décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une constitution pour l'Europe, *Rec.* p. 173.

⁶⁵³ Cf. Rainer ARNOLD, « Peut-on définir le phénomène d'euphémisation des droits constitutionnels nationaux ? », in Jacques ZILLER (Dir.), *L'euphémisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, *op. cit.*, pp. 85-95, spéc. p. 87.

⁶⁵⁴ Constance GREWE et Hélène RUIZ-FABRI, « La situation respective du droit international et du droit communautaire dans le droit constitutionnel des Etats », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, actes du colloque de la SFDI organisé à Bordeaux du 30 septembre au 2 octobre 1999, Paris, Pedone, 2000, pp. 251-282, spéc. p. 262. Voir aussi, sur cette idée, Monica CLAES, « Constitutionalizing Europe at its source : the "European clauses" in the national Constitutions : evolution and typology », *Yearbook of European Law*, n° 24/2005, pp. 81-125.

L'ambivalence des dispositions relatives à l'intégration européenne est particulièrement visible en Allemagne et au Portugal.

296.- L'article 23, paragraphe 1, de la Loi fondamentale prescrit à la République fédérale d'Allemagne de « concour[ir] au développement de l'Union européenne » et mentionne expressément le but de l'entreprise comme étant « l'édification d'une Europe unie ». Par cette formulation, l'Union européenne est placée au cœur des « objectifs assignés à l'action de l'Etat » (*Staatsziel*). Cependant, les transferts de souveraineté qui sont autorisés dans ce but sont subordonnés au respect, par l'Union européenne, de certains principes essentiels. La démocratie, l'Etat de droit, l'Etat social et fédératif ainsi que le principe de subsidiarité sont ainsi expressément cités par l'article 23, paragraphe 1 de la Loi fondamentale. De plus, la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne doit être d'un niveau équivalent à celui résultant de la Loi fondamentale. Ces dispositions peuvent être analysées comme l'exigence d'une « congruence structurelle »⁶⁵⁵ ou substantielle entre le droit interne et celui de la Communauté, permettant de protéger le noyau dur de la constitution sans pour autant remettre en cause le développement de l'Union européenne. Comme l'ont montré MM. Werner Von Simson et Jürgen Schwarze, « la constitution de la République fédérale d'Allemagne, dont le noyau repose sur les principes démocratiques, la liberté, l'Etat de droit et l'Etat social, ne permet pas de livrer le citoyen à une puissance souveraine qui ne soit pas tenue au respect de tels objectifs »⁶⁵⁶. L'article 23, paragraphe 1 de la Loi fondamentale érige de même une véritable réserve de constitutionnalité substantielle à l'intégration européenne. En effet, tant l'institution que les révisions ultérieures des traités fondateurs sont désormais soumises aux exigences de l'article 79, paragraphe 3 de la Loi fondamentale qui prohibe toute révision constitutionnelle portant atteinte aux principes fondateurs de l'Etat allemand.

⁶⁵⁵ L'article 23, paragraphe 1, LF apparaît sur ce point comme une constitutionnalisation formelle des décisions Solange I et II de la cour constitutionnelle allemande. Sur la notion de « *strukturelle Kongruenz* » voir l'article de Udo DI FABIO, « Der Neue Art. 23 des Grundgesetzes. Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung ? », *op. cit.*, pp. 199 et s.

⁶⁵⁶ Werner VON SIMSON et Jürgen SCHWARZE, *Europäische Integration und Grundgesetz : Maastricht und die Folgen für das deutsche Verfassungsrecht*, New York, Walter de Gruyter, 1992, 192 pages, spéc. p. 45. La traduction est empruntée à Christian AUTEXIER, « Le traité de Maastricht et l'ordre constitutionnel allemand », *op. cit.*, p. 627.

297.- La constitution portugaise recèle le même paradoxe. Ainsi, l'article 7, paragraphe 5 de la constitution proclame la participation de l'Etat au « renforcement de l'identité européenne », tandis que le paragraphe 6 du même article autorise le Portugal à « passer des conventions sur l'exercice, en commun, en coopération ou par les institutions de l'Union, des pouvoirs nécessaires à la construction et à l'approfondissement de l'Union européenne ». Dans le même temps cependant, des conditions ont été, dès 1992, posées au transfert de ces pouvoirs. A cette date, il s'agissait selon l'article 7, paragraphe 6, de garantir la réciprocité des engagements, la subsidiarité, ainsi que la réalisation de la cohésion économique et sociale. Cette disposition a été modifiée en 2004 afin d'ajouter une référence aux « principes fondamentaux de l'Etat de droit démocratique ».

298.- Enfin, dans certains Etats, la réserve de constitutionnalité n'est pas expressément formulée dans le texte constitutionnel mais découle de l'interprétation qu'en a faite le juge constitutionnel. Ainsi, en Italie, la Cour constitutionnelle vérifie que les traités fondateurs de l'ordre juridique communautaire ne violent pas « les principes fondamentaux de [l']ordre constitutionnel, ou les droits inaliénables de la personne humaine »⁶⁵⁷. De même, en France, l'insertion d'un nouvel article 88-1 dans la constitution a été l'occasion, pour le juge constitutionnel français, d'initier une nouvelle ligne jurisprudentielle visant à refuser de faire primer un acte de droit communautaire au sein de l'ordre juridique interne dès lors que celui-ci porterait atteinte aux « règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France »⁶⁵⁸. Cette jurisprudence n'est pas univoque, mais illustre au contraire parfaitement, selon nous, la dialectique entre ouverture et résistance à l'intégration découlant de la spécificité de la construction communautaire. En effet, sur le plan de la spécificité, le juge constitutionnel français distingue désormais clairement, depuis ses décisions de l'été 2004 précitées, la situation du droit international et celle du droit communautaire. La situation du droit international au sein de l'ordre juridique français est régie par l'article 55 de la constitution, qui énonce une règle de conflit de loi visant à faire primer les règles de droit international sur la loi. La sanction de cette règle constitutionnelle n'appartient cependant qu'aux juridictions de droit commun, le Conseil constitutionnel s'étant déclaré incompétent pour « examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord

⁶⁵⁷ Cour constitutionnelle italienne, sentence n° 183/1973 du 27 décembre 1973, Frontini et Pozzani, *CDE*, n° 1-2/1975, pp. 114-148.

⁶⁵⁸ Cons. const., décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, *Rec.* p. 88, spéc. cons. 19.

international»⁶⁵⁹. La situation du droit communautaire est différente au sein de l'ordre juridique interne et se distingue par son fondement constitutionnel, l'article 88-1, qui consacre l'ouverture de la constitution à l'intégration européenne et suppose de ce fait un traitement différencié des normes issues de cet ordre juridique. En particulier, l'article 88-1 de la constitution comporte certaines exigences (notamment l'exigence de transposition des directives), dont il appartient au Conseil constitutionnel de connaître⁶⁶⁰. Par cette affirmation, le Conseil constitutionnel est ainsi partiellement revenu sur sa jurisprudence IVG, montrant par là même que le droit communautaire devait bénéficier d'une situation particulière au sein de l'ordre juridique français. Son contrôle du respect, par le législateur, de l'exigence constitutionnelle de transposition est cependant subordonné à de nombreuses limites. Tout d'abord, il ne peut examiner la compatibilité d'une loi avec une directive que si cette loi a pour objet la transposition de cette directive⁶⁶¹. En second lieu, il ne peut sanctionner que les incompatibilités « manifestes » entre la loi et la directive⁶⁶². Enfin, une disposition constitutionnelle relative à l'identité constitutionnelle de la France est susceptible de faire obstacle à ce contrôle. Dans ce cas en effet, l'exigence constitutionnelle de transposition doit céder devant le respect du noyau dur de la constitution. Ces limites ne sont cependant pas telles qu'il ne puisse effectuer son contrôle, comme en témoigne la décision du 30 novembre 2006 dans laquelle le Conseil constitutionnel a jugé manifestement incompatibles, avec les objectifs des directives qu'elles avaient pour objet de transposer, certaines dispositions de la loi relative au secteur de l'énergie⁶⁶³.

Quant à la dialectique entre ouverture et résistance à l'intégration, elle se manifeste, pour le premier versant de l'alternative, dans le refus du juge constitutionnel de contrôler la constitutionnalité d'une loi se bornant à « tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises »⁶⁶⁴ d'une directive, dans la mesure où cela équivaldrait à examiner la constitutionnalité du droit communautaire. Le juge constitutionnel renvoie dans ce cas à la protection juridictionnelle effectuée par la Cour, saisie au besoin par la voie du renvoi préjudiciel, à moins qu'une « disposition expresse » de la constitution (c'est-à-dire,

⁶⁵⁹ Cons. const., décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, *Rec.* p. 19, spéc. cons. 7.

⁶⁶⁰ Voir, pour une première affirmation implicite, Cons. const., décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances, *Rec.* p. 50, spéc. cons. 28. Puis, pour une affirmation explicite, Cons. const., décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, précitée, cons. 18.

⁶⁶¹ Cons. const. décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, précitée, cons. 28.

⁶⁶² Cons. const., décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, précitée, cons. 20.

⁶⁶³ Cons. const., décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie, *Rec.* p. 120, spéc. cons. 9.

⁶⁶⁴ Cons. const., décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, préc., cons. 7 à 9, et décision n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, préc., cons. 18 et 19.

qui n'a pas d'équivalent en droit communautaire) ne fasse obstacle à l'exigence de transposition, auquel cas le Conseil constitutionnel retrouverait sa compétence de principe pour vérifier la constitutionnalité de la loi. Cette réserve de constitutionnalité, qui fait écho à l'atteinte aux « règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle française » consacrée par les décisions de 2006, met en lumière le second versant de l'alternative, c'est-à-dire la volonté du juge de protéger le noyau dur identitaire de la constitution. Les deux facettes de ce raisonnement ont été transposées par le juge administratif, celui-ci ayant jugé, dans un arrêt Arcelor rendu le 8 février 2007, que le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires assurant directement la transposition de directives inconditionnelles et précises devait, sur la base de l'article 88-1 de la constitution, être soumis à des « modalités particulières »⁶⁶⁵. Ainsi, dès lors qu'est invoqué un principe de valeur constitutionnelle, le juge administratif n'est compétent pour apprécier la constitutionnalité du décret que s'il n'existe pas, en droit communautaire, de principe équivalent dont le juge communautaire assure l'effectivité. S'il existe dans l'ordre juridique communautaire un principe équivalent, le juge administratif doit rechercher si la directive est compatible avec les droits fondamentaux garantis par ces dispositions et peut, en l'absence de difficulté sérieuse, écarter le moyen invoqué ou, dans le cas contraire, saisir la Cour de Luxembourg d'une question préjudicielle⁶⁶⁶.

Par ces décisions, les juges constitutionnel et administratif français s'efforcent d'aménager la coexistence pacifique des règles issues de deux ordres juridiques distincts, ayant chacune sa pyramide normative propre, tout en réservant le cas de l'atteinte au noyau dur du texte dont il tire sa compétence.

299.- Par conséquent, les clauses ci-dessus analysées tentent donc, en un même mouvement, de permettre le développement de l'ordre juridique communautaire tout en préservant ce qui forme le noyau dur de l'identité étatique. De ce fait, il est possible de

⁶⁶⁵ CE Ass., 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, *Rec.* p. 56, cons. 11.

⁶⁶⁶ Ainsi le Conseil d'Etat a-t-il déclaré compatible avec les articles 6 et 8 de la convention européenne des droits de l'homme la directive du 4 décembre 2001 relative à la lutte contre le blanchiment et la loi du 11 février 2004 en assurant l'exacte transposition, puis a partiellement annulé le décret du 26 juin 2006 méconnaissant certaines de ses dispositions (CE, 10 avril 2008, Conseil national des barreaux et a., Conseil des barreaux européens, req. n° 296845 et n° 296907, non encore publié au *Recueil*, *JCP G*, n° 16/2008, act. 260, obs. Chantal CUTAJAR, *Europe*, 2008, repère n° 5, obs. Denys SIMON). Il est à noter que le Conseil d'Etat se fonde expressément dans cet arrêt sur l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes ayant déclaré cette même directive compatible avec les dispositions suscitées, à la faveur d'une interprétation conforme (CJCE, 26 juin 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophones et a., aff. C-305/05, *Rec.* p. I-5305, *Europe*, 2007, comm. 201, obs. Denys SIMON).

soutenir que ces clauses (et l'interprétation juridictionnelle qui en est faite) révèlent une appropriation, par les pouvoirs de révision nationaux, de l'idée d'œuvre européenne. Cette intégration de l'idée d'œuvre au sein des ordres juridiques des Etats membres ne conduit-elle pas à constitutionnaliser l'Union européenne par le biais des constitutions nationales⁶⁶⁷ ? Or, si la constitution européenne est visible dans cette juxtaposition de dispositions constitutionnelles dédiées à l'Europe, l'objet du pouvoir constituant est identifié. Le pouvoir constituant européen, aux mains des peuples titulaires du pouvoir de révision, ne se manifesterait-il pas lors de l'adoption des dispositions constitutionnelles nationales consacrées à l'intégration européenne ? Bien que l'idée d'œuvre ayant guidé la fondation des Communautés puisse être considérée comme intégrée dans les ordres juridiques nationaux par le biais des révisions constitutionnelles nationales, cette particularité doit être considérée comme étant sans incidence sur la caractérisation du pouvoir constituant européen.

II. L'IRREDUCTIBILITE DU POUVOIR CONSTITUANT EUROPEEN A LA CONVERGENCE DES REVISIONS NATIONALES

300.- L'insertion de clauses faisant explicitement référence à l'Union européenne, introduites dans les constitutions nationales au gré des adhésions ou des révisions des traités fondateurs ne peut-elle être analysée comme le vecteur original de la constitutionnalisation de l'Union européenne ? Selon certains auteurs, toute réflexion relative à la constitutionnalisation de l'Union doit désormais intégrer les constitutions nationales, dont les dispositions fondent et limitent le développement de l'ordre juridique communautaire.

Ainsi, selon Mme Hélène Gaudin, les révisions des constitutions nationales traduiraient « l'appartenance à un espace constitutionnel commun [...] venant englober l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique constitutionnel national »⁶⁶⁸. Il ne faut cependant pas en déduire, croyons-nous, que ces révisions constituent l'expression du

⁶⁶⁷ Le professeur Vlad Constantinesco note ainsi que « c'est dans le cadre d'une véritable dialectique entre les droits constitutionnels nationaux et le droit de l'Union européenne que s'opère la constitutionnalisation de l'Union européenne qui constitue un processus impliquant, dans un dialogue continu et une interaction constante, les interprètes constitutionnels et les pouvoirs constituants nationaux d'une part, et la procédure de révision des traités fondant l'Union et les Communautés européennes de l'autre », Vlad CONSTANTINESCO, « La constitutionnalisation de l'Union européenne », in Joël RIDEAU, *De la Communauté de droit à l'Union de droit, continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 133-152, spéc. p. 138.

⁶⁶⁸ Hélène GAUDIN, « Révision des traités communautaires, révision des constitutions nationales : recherche sur la symétrie d'un phénomène », *op. cit.*, p. 546.

pouvoir constituant européen. Il convient ici de démontrer l'irréductibilité du pouvoir constituant européen à la somme des révisions constitutionnelles nationales, dès lors que celles-ci sont assimilées à l'expression du pouvoir constituant originaire (A.). Même si l'on accepte, à l'instar d'Olivier Beaud, de distinguer pouvoir de révision et pouvoir constituant originaire, il ne peut être soutenu, selon nous, que les révisions constitutionnelles nationales intervenues jusqu'ici doivent être requalifiées en tant qu'actes constitutifs (B.).

Par conséquent, les révisions des constitutions nationales doivent être considérées comme impuissantes à remédier à l'incomplétude du pouvoir fondateur des Etats à l'égard du concept de pouvoir constituant.

A. Les révisions constitutionnelles nationales, distinctes par nature d'un acte de souveraineté du peuple

301.- Selon certains auteurs, l'ordre juridique communautaire serait caractérisé par l'existence d'une « procédure constituante commune »⁶⁶⁹, contribuant à la formation de l'espace constitutionnel commun par la liaison (ou symétrie) entre les révisions des traités et les révisions des constitutions nationales. Mme Hélène Gaudin montre ainsi l'existence d'un processus à double, voir triple détente (si on inclut l'intervention du juge constitutionnel), impliquant dans un même mouvement la révision des traités, le contrôle de compatibilité effectué par les juridictions constitutionnelles nationales et la révision des constitutions nationales. Ce processus serait selon cet auteur à l'origine d'une constitutionnalisation formelle de l'ordre juridique communautaire.

Le pouvoir constituant européen est-il à l'œuvre dans cette procédure constituante commune ? Sans le dire explicitement, Mme Gaudin considère tout de même que par ce processus, « c'est le mode d'expression de la souveraineté qui se trouve affecté par la construction européenne »⁶⁷⁰. Deux arguments, qu'il convient d'analyser, fondent son discours : le fait que la ratification des traités communautaires lierait le pouvoir constituant, d'une part, et la tendance à établir une parité entre ratification et révision constitutionnelle, d'autre part.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, p. 552.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 553.

302.- En premier lieu, Mme Hélène Gaudin voit dans la symétrie ci-dessus décrite entre révision des traités et révision des constitutions nationales le signe que dans l'Union européenne, la ratification des traités lierait le pouvoir de révision, par le biais du contrôle de compatibilité. Ce phénomène serait le signe d'une « atteinte à l'autonomie constitutionnelle de l'Etat »⁶⁷¹, celui-ci étant tenu de réviser sa propre constitution pour satisfaire à ses engagements européens⁶⁷². Plus encore, le « déplacement de la liberté de l'Etat »⁶⁷³ du pouvoir de révision au pouvoir de ratification serait tel que celui-ci « glisserait vers un pouvoir constituant »⁶⁷⁴.

Ces développements appellent plusieurs remarques. Tout d'abord, le but ultime de cette argumentation étant de montrer que le pouvoir constituant européen se manifeste, par un effet de translation ou de « glissement », lors de la ratification des traités originaires, nous renvoyons à nos développements sur ce point⁶⁷⁵. Cependant, l'argument relatif à l'altération de la souveraineté, entraînée par une perte d'autonomie du pouvoir de révision, doit faire l'objet d'une analyse distincte.

Sur ce point, la liaison du pouvoir de révision par la ratification des traités communautaires, bien que réelle, ne nous semble pas constituer une différence de nature avec la situation qui prévaut en droit international classique. L'important est ici le contenu des dispositions conventionnelles et leur incidence sur la substance de la constitution. Or les traités européens ne sont pas les seuls à avoir une telle incidence. Ainsi, de nombreux Etats ont été amenés à modifier leur constitution en vue d'adhérer à la Convention européenne des

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 554.

⁶⁷² Jörg GERKRATH résume très bien le paradoxe selon lequel « les Etats membres, en tant que “Maîtres des traités” ne sont plus tout à fait maîtres de leurs propres constitutions ». Jörg GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, thèse, Strasbourg, 1996, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1997, 425 pages, spéc. p. 285.

⁶⁷³ Hélène GAUDIN, « Révision des traités communautaires, révision des constitutions nationales : recherche sur la symétrie d'un phénomène », *op. cit.*, p. 554.

⁶⁷⁴ *Ibid.*

⁶⁷⁵ Voir *supra*, paragraphes 251.- et suivants.

droits de l'Homme⁶⁷⁶ ou préalablement à la ratification du traité portant statut de la Cour pénale internationale signé à Rome le 18 juillet 1998⁶⁷⁷.

De plus, s'il est possible de parler, comme l'affirme M. Didier Maus, d'une véritable « obligation de conformité »⁶⁷⁸ des constitutions nationales, celle-ci ne découle pas du droit communautaire mais bien des constitutions nationales elles-mêmes. Ce sont en effet les constitutions des Etats membres ou du moins l'interprétation qu'en donnent les juridictions constitutionnelles qui imposent, à l'instar de l'article 54 de la constitution française, la révision préalable de la constitution. Le principe de primauté du droit communautaire, que la Cour de justice des Communautés européennes fait valoir à l'encontre du droit constitutionnel lui-même⁶⁷⁹, n'est pas en cause ici. En effet, ce principe (qui n'est d'ailleurs pas appliqué dans toutes sa rigueur par les juridictions suprêmes nationales⁶⁸⁰), ne vaut qu'à l'égard des traités communautaires en vigueur et donc régulièrement ratifiés. Dès lors, si l'obligation de réviser la constitution découle de la constitution elle-même, il paraît difficile d'y voir une altération de la souveraineté des Etats.

Ensuite, si l'on s'intéresse à la substance des révisions constitutionnelles, prétendument rendues obligatoires par la construction européenne, on s'aperçoit que par ce biais, les institutions étatiques ont aussi cherché à encadrer, voire à limiter le développement des compétences communautaires. La mise en œuvre de la révision ne consiste dès lors pas seulement en une adaptation passive voire forcée du texte fondateur, mais révèle une véritable stratégie constitutionnelle à l'égard de l'Union européenne. En conséquence, il est possible d'affirmer que « le processus de l'intégration européenne n'obéit pas seulement à sa

⁶⁷⁶ Ainsi, en Autriche, l'adhésion à la CEDH a été considérée comme emportant modification totale de la constitution, procédure pour laquelle un référendum est requis préalablement à la ratification. En Allemagne, les dispositions de Loi fondamentale allemande relatives au droit d'asile (art. 16) ont dû être modifiées pour tenir compte de l'adhésion à la CEDH. Voir aussi la constitution suédoise (article 23 du chapitre II, relatif aux droits fondamentaux, et article 5 du chapitre X, relatif aux relations internationales).

⁶⁷⁷ Voir le nouvel article 53-2 de la constitution française, issu de la loi constitutionnelle n° 99-568 du 8 juillet 1999, aux termes duquel : « la République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998 ».

⁶⁷⁸ Cf. Didier MAUS, « L'influence du droit international contemporain sur l'exercice du pouvoir constituant », in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, pp. 87-102, spéc. pp. 90 et s.

⁶⁷⁹ CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. n° 11/70, *Rec.* p. 533 : « l'invocation d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat ».

⁶⁸⁰ Voir à cet égard CE Ass., 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, *Rec.* p. 368, *RFDA*, 1998, conclusions Mme Maugüé, pp. 1081 et s. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a jugé, à propos de l'article 55 de la constitution, que « la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ».

propre dynamique, il est également tributaire des dispositifs d'ouverture et/ou de résistance à son endroit de la part des droits internes »⁶⁸¹.

Enfin, il nous semble exclu de parler d'une mutation du « pouvoir constituant » des Etats membres, dans la mesure où seul le pouvoir de révision semble être lié par la ratification des traités communautaires. Il faut tout de même réserver l'hypothèse, qui sera discutée ultérieurement, selon laquelle la modification des constitutions nationales impliquée par la ratification des traités communautaires nécessiterait un acte du pouvoir constituant originaire.

303.- En second lieu, la parité qui semble se dessiner, dans l'espace constitutionnel européen, entre la procédure de ratification et la procédure de révision serait un autre signe, selon Mme Gaudin, de l'altération des modes d'expression de la souveraineté. En effet, reconnaître que la ratification d'un traité peut emporter révision (implicite) de la constitution modifierait l'ordre des responsabilités au sein de l'Etat et priverait ainsi le « pouvoir constituant » dérivé de ses prérogatives. Au final, l'émergence d'une procédure commune de ratification et de révision de la constitution serait le signe de l'apparition d'un pouvoir constituant européen⁶⁸².

Encore une fois, l'argumentation semble ici bâtie sur une confusion contestable entre pouvoir de révision et pouvoir constituant. Considérer, comme le font certaines constitutions, que la ratification des traités équivaut à une révision de la constitution n'a d'incidences que sur la mise en œuvre du pouvoir de révision, qui n'est pas assimilable au pouvoir constituant. Cette constatation est de plus renforcée par le fait que dans les constitutions qui prévoient une telle « fusion » entre les procédures, la ratification, bien que soustraite aux conditions de forme de la révision, est soumise à ses conditions matérielles.

Ainsi, la Loi fondamentale allemande, par le biais de son article 23, paragraphe 1, permet, dans le cas spécifique de l'Union européenne, une « dispense à la règle selon laquelle

⁶⁸¹ Constance GREWE et Hélène RUIZ-FABRI, « La situation respective du droit international et du droit communautaire dans le droit constitutionnel des Etats », *op. cit.*, p. 254.

⁶⁸² Hélène GAUDIN énonce cette thèse sous forme de question : « est-on si loin d'une révision implicite, voire même d'un pouvoir constituant originaire, avec la ratification, par la voie référendaire [...] du traité de Maastricht ? ». Hélène GAUDIN, « Révision des traités communautaires, révision des constitutions nationales : recherche sur la symétrie d'un phénomène », *op. cit.*, p. 555.

toute révision de la constitution doit être une révision formelle »⁶⁸³. Cependant, l'institution ou la révision des traités fondateurs ne doit pas de ce fait pouvoir porter atteinte au noyau dur de l'identité constitutionnelle allemande. Dans cette optique, l'article 23 précité dispose : « l'article 79, paragraphes 2 et 3, est applicable à l'institution de l'Union européenne ainsi qu'aux modifications de ses bases conventionnelles et autres textes comparables qui modifient ou complètent la présente Loi fondamentale dans son contenu ou rendent possible de tels compléments ou modifications ».

En Italie de même, la Cour constitutionnelle accepte de considérer que les traités communautaires et leurs révisions successives sont « couverts » par l'article 11 de la constitution, qui dispose : « l'Italie [...] consent, dans des conditions de réciprocité avec les autres Etats, aux limitations de souveraineté nécessaires à un ordre qui assure la paix et la justice entre les Nations ; elle suscite et favorise les organisations internationales poursuivant ce but ». Cette « couverture constitutionnelle »⁶⁸⁴ implique la possibilité pour les traités qui en bénéficient de déroger à la constitution. Cependant, ceci n'est permis que dans les limites du respect des « principes fondamentaux de [l']ordre constitutionnel, ou [d]es droits inaliénables de la personne humaine »⁶⁸⁵. La ratification des traités communautaires peut donc avoir pour effet une révision implicite de la constitution nationale, mais celle-ci ne peut porter atteinte à certaines valeurs considérées comme supérieures. La limite entre les modifications constitutionnelles qui peuvent être entreprises par les pouvoirs constitués et celles, plus fondamentales, qui ne peuvent être mises en œuvre que par le peuple titulaire du pouvoir constituant est ainsi transposée à la ratification des traités communautaires.

Par ailleurs, la majorité des Etats n'admet pas la possibilité de procéder à une révision par le biais de la ratification d'un traité. Ainsi, en France, depuis 1992, le Conseil constitutionnel juge « qu'au cas où des engagements internationaux [...] contiennent une clause contraire à la Constitution ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision

⁶⁸³ Christian AUTEXIER, « Le traité de Maastricht et l'ordre constitutionnel allemand », *RFDC* n° 12/1992, pp. 625-639, spéc. p. 634.

⁶⁸⁴ Cf. Massimo LUCIANI, « La constitution italienne et les obstacles à l'intégration européenne », « La constitution italienne et les obstacles à l'intégration européenne », *RFDC*, n° 12/1992, pp. 663-677, spéc. p. 666.

⁶⁸⁵ Cour constitutionnelle italienne, sentence n° 183/1973 du 27 décembre 1973, Frontini et Pozzani, *CDE*, n° 1-2/1975, pp. 114-148.

constitutionnelle »⁶⁸⁶. De même en Espagne, le Tribunal constitutionnel a écarté la possibilité de ratifier, par le biais de l'article 93, un traité contenant des dispositions contraires à la constitution, au motif que la révision doit toujours être expresse⁶⁸⁷.

304.- Au final, à supposer que les caractéristiques relevées par Mme Hélène Gaudin permettent de mettre en lumière un processus constituant commun, celui-ci ne saurait être assimilé à l'expression d'un pouvoir constituant européen. En effet, si l'objet du pouvoir constituant européen peut être (partiellement) identifié dans l'adoption de clauses constitutionnelles consacrant l'idée d'œuvre européenne, le titulaire de ce pouvoir n'est pas le peuple souverain, mais le pouvoir de révision. La juxtaposition d'actes émanant des pouvoirs constitués nationaux ne peut donc pas être analysée comme la manifestation du pouvoir constituant européen.

Si l'on accepte, à l'instar du professeur Olivier Beaud, d'opérer une distinction entre pouvoir de révision et pouvoir constituant, il ne semble pas non plus que les révisions intervenues jusqu'à présent puissent être qualifiées d'actes constituants.

B. L'impossible requalification des révisions constitutionnelles nationales en tant qu'actes constituants

305.- L'hypothèse discutée ici prend appui sur la thèse, développée par M. Olivier Beaud, selon laquelle la ratification du traité de Maastricht aurait été autorisée, non par un acte des pouvoirs constitués, mais par un acte du peuple originaire. Selon cet auteur en effet, le pouvoir de révision étant matériellement limité, sa seule intervention ne peut autoriser la ratification d'un traité touchant le noyau dur de la constitution⁶⁸⁸. Or, le traité de Maastricht, par les transferts de compétences étendus qu'il réalise, porterait atteinte à l'indivisibilité de la puissance publique, marque de la souveraineté de l'Etat et condition de la souveraineté du

⁶⁸⁶ Cons. const., décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, Maastricht I, *Rec.* p. 55, cons. 14. Voir aussi Cons. const., décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, Traité d'Amsterdam, *Rec.* p. 344, cons. 7.

⁶⁸⁷ Tribunal constitutionnel espagnol, déclaration du 1^{er} juillet 1992, Traité de Maastricht, *AJJC* 1992, p. 419. Pour une analyse de cette décision, voir Francisco RUBIO LLORENTE, « La constitution espagnole et le traité de Maastricht », *RFDC*, n° 12/1992, pp. 651-662, spéc. pp. 658 et s.

⁶⁸⁸ Cf. la « limitation matérielle de la révision constitutionnelle vaut donc aussi pour le cas des lois constitutionnelles de révision autorisant implicitement la ratification d'un traité formellement, international, mais dont le contenu implique un changement matériel de la constitution ». Olivier BEAUD, « La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le traité de Maastricht », *RFDA*, 1993, pp. 1045-1068, spéc. p. 1046.

peuple. La loi constitutionnelle de révision du 25 juin 1992 ayant permis la ratification en France de ce traité devrait donc être requalifiée d' « acte constituant »⁶⁸⁹.

Partant de cette requalification des révisions constitutionnelles nationales en autant d'actes constituants des peuples des Etats, il serait possible de voir dans la réunion de tels actes la manifestation du pouvoir constituant européen.

306.- Si cette thèse n'encourt pas les mêmes reproches que la thèse précédente, dans la mesure où elle n'opère pas de confusion critiquable entre pouvoir de révision et pouvoir constituant, elle doit cependant être écartée dans la mesure où les révisions constitutionnelles nationales ne semblent pas pouvoir être requalifiées d'actes constituants. Selon nous, le titulaire du pouvoir de révision n'a pas, en adoptant la loi constitutionnelle du 25 juin 1992, outrepassé les limites qui lui étaient fixées. En effet, le transfert de compétences en direction des Communautés et de l'Union européennes ne nous paraît pas porter atteinte à la souveraineté dans la mesure celle-ci doit être comprise, depuis l'apparition du concept de pouvoir constituant, comme limitée à la notion de souveraineté constituante du peuple⁶⁹⁰. Dès lors, seul le principe de la souveraineté constituante du peuple et son corollaire, à savoir l'existence de ce peuple en tant qu'Etat, personne morale de droit public indépendante sur le plan international, doivent être soustraits à toute modification de la part du titulaire du pouvoir de révision. Or, ni la souveraineté constituante du peuple, ni la qualité étatique des communautés politiques nationales n'ont été remises en cause par la révision du 25 juin 1992, qui ne fait qu'entériner de nouveaux transferts de compétence. Plus généralement, le transfert aux Communautés et à l'Union européennes de nouvelles compétences, même régaliennes, ne saurait porter atteinte à la souveraineté constituante du peuple dès lors qu'il conserve le droit d'autodétermination constituante au sein de l'Etat.

De plus, les révisions constitutionnelles nationales impliquées par l'appartenance à l'ordre juridique communautaire ne sauraient remettre en cause le principe de la souveraineté constituante du peuple dans la mesure où l'idée d'œuvre sous-jacente à l'intégration européenne comporte, comme nous l'avons montré précédemment, la préservation de l'existence de ses composantes de base.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 1046.

⁶⁹⁰ Voir *supra*, paragraphes 124.- et suivants.

307.- Dans le même sens, la doctrine allemande a bâti le concept d' « étaticité ouverte »⁶⁹¹ (*offene Staatlichkeit*) pour penser le maintien de l'étaticité dans un environnement globalisé. Dans un tel environnement, assurer les missions étatiques telles que la sécurité, la régulation de l'économie et le bien-être social dépend de la capacité des Etats à prendre leurs décisions de manière concertée. Certaines matières telles que la lutte contre le terrorisme ou la protection de l'environnement, pour ne prendre que les exemples les plus marquants, requièrent une coopération de tous les acteurs intervenant sur la scène internationale. De ce fait, la capacité des Etats à exercer certaines compétences étatiques au niveau supranational ou international serait désormais le seul moyen de préserver leur étaticité, définie comme une « étaticité ouverte ». Le nouvel article 88-1 de la constitution française, de même que le nouvel article 23 de la constitution allemande, loin de porter atteinte à l'étaticité des entités politiques considérées, la renforcerait en permettant à l'Etat de remplir de manière efficiente les tâches qui lui ont été assignées pas le peuple lui-même⁶⁹². Selon certains auteurs, la volonté du pouvoir constituant originaire devrait être interprétée à la lumière de ces nouvelles exigences⁶⁹³, ce qui permettrait d'autoriser le pouvoir de révision à insérer des clauses d'ouverture aux ordres juridiques supranationaux.

Si de telles clauses ne pourraient justifier l'inclusion des Etats dans un Etat fédéral supprimant l'existence politique des Etats, elles peuvent tout à fait, selon nous, autoriser l'appartenance à un ensemble tel que les Communautés et l'Union européennes, qui ne visent à supprimer ni l'étaticité de ses membres, ni le pouvoir constituant des peuples qui la fondent. Ainsi, l'adoption de « clauses-Europe » a pu être effectuée par le pouvoir de révision, mettant en œuvre la volonté implicite du constituant originaire de préserver la qualité d'Etat de l'entité politique qu'il a mise en place, dans un monde globalisé.

⁶⁹¹ Sur ce concept, voir Klaus VOGEL, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit*, Tübingen, Mohr, 1964, 51 pages ; Stephan HOBE, « Der kooperationsoffene Verfassungsstaat », *Der Staat*, n° 37/1998, pp. 521-546. Voir aussi Peter HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 2ème édition, 1998, 1188 pages, spéc. pp. 175 et s.

⁶⁹² Manfred ZULEEG, « The European constitution under constitutional constraints. The German scenario », *ELR*, 1997, pp. 19-34, spéc. p. 22.

⁶⁹³ Selon Anneli ALBI, « one may ask if the *pouvoir constituant's* will was indeed sovereign statehood as an end, or rather as a mean to achieve the values which the state is to provide – welfare, security, framework for national solidarity. [...] Considering that the processes of internationalization have resulted in the state being able to perform these tasks only through international organization, the will of *pouvoir constituant* should be interpreted in this light ». Anneli ALBI, « Estonia's sovereignty in perspective of EU accession. Rethinking traditional concepts », Bachelor Thesis, Tartu University, 1999, texte disponible à l'adresse suivante : www.ut.ee/ABVKeskus/publ/1999/souverignity.pdf.

Dès lors que les révisions constitutionnelles nationales ne peuvent être requalifiées d'actes constitutants, il semble exclu de voir dans leur réunion, même convergente, la manifestation du pouvoir constituant européen.



308.- Au final, quels que soient les présupposés théoriques sur lesquels elle se fonde, la thèse visant à voir le pouvoir constituant européen, soit dans la convergence des révisions constitutionnelles nationales, à l'origine d'une procédure constituante commune, soit dans la réunion des révisions constitutionnelles nationales, considérées comme des actes constitutants, ne nous semble pas pertinente. Si les révisions constitutionnelles nationales contribuent à l'intériorisation de l'idée d'œuvre ayant guidé la construction communautaire à l'intérieur des ordres juridiques nationaux, cette circonstance ne saurait entraîner la qualification de pouvoir constituant. Cette conception doit de plus être rejetée en ce qu'elle repose (sauf dans la construction théorique du professeur Olivier Beaud) sur l'assimilation, selon nous erronée, entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision.

L'analyse des révisions constitutionnelles nationales renforce par conséquent la thèse de l'incomplétude du pouvoir fondateur des Etats à l'égard du concept de pouvoir constituant.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

309.- Ni les ratifications ni les révisions des constitutions nationales ne peuvent pallier l'absence d'intervention du ou des peuples européens lors de l'adoption des traités originaires. Bien qu'ils fassent intervenir, plus ou moins directement, les peuples des Etats membres, une assimilation entre ces actes et l'acte constituant devant résulter de la mise en œuvre du pouvoir constituant ne résiste pas à une analyse rigoureuse. Cette incomplétude du pouvoir fondateur des Etats à l'égard du concept de pouvoir constituant participe ainsi de l'éviction de ce concept de l'ordre juridique communautaire.

310.- L'étude des ratifications et des révisions des constitutions nationales se révèle cependant fructueuse dans l'optique qui est la nôtre. Tout d'abord en effet les procédures nationales de ratifications, spécifiquement celles ayant eu lieu par la voie référendaire, permettent de présumer un « vouloir-vivre ensemble » des peuples européens sur la base duquel pourra s'ériger le moment venu un acte constituant des peuples européens, cotitulaires du pouvoir constituant européen.

De même, comme nous l'avons montré, les révisions constitutionnelles nationales semblent reprendre à leur compte l'idée d'œuvre des Etats fondateurs. Bien que la convergence des révisions constitutionnelles nationales ne puisse être assimilée à l'expression du pouvoir constituant européen, ce phénomène dénote tout de même l'intériorisation de l'idée d'œuvre au sein des ordres juridiques nationaux. Dans cette optique, les peuples européens, bien que non titulaires du pouvoir constituant européen, peuvent être considérés, au même titre que les Etats, comme les fondateurs, ou du moins les continuateurs de l'opération de fondation. Cette constatation renforce de même le « vouloir-vivre ensemble » précédemment décelé dans les ratifications nationales. En ce sens, les ratifications et les révisions des constitutions nationales peuvent être interprétées comme autant de renouvellements de l'opération de fondation initiale.

CONCLUSION DU TITRE 1

311.- Le concept de pouvoir constituant ayant été défini comme le pouvoir détenu par le peuple d'adopter l'acte fondateur d'un ordre juridique donné, force est de constater que l'adoption et la révision des traités originaires illustrent son absence au sein de l'ordre juridique communautaire. Excepté la procédure de révision à l'origine du traité établissant une Constitution pour l'Europe qui, même si elle n'a pas abouti, peut paraître en rupture avec les autres révisions des traités⁶⁹⁴, le droit originaire doit son existence à l'action des Etats membres réunis pour adopter, par la voie de traités internationaux, les textes fondant et modifiant les Communautés et l'Union européennes.

Dans le même temps et conformément à l'objectif avoué des Pères fondateurs de la construction européenne, les traités institutifs, par la mise en commun de certaines activités sectorielles, tendaient à l'intégration des Etats membres dans une structure de type fédéral. En témoigne la présence, au sein des traités originaires, de mécanismes caractéristiques de ces entités. Le phénomène couramment qualifié de « constitutionnalisation » des traités communautaires, visant à décrire le fait que ceux-ci ont progressivement acquis des attributs traditionnellement liés à la notion de constitution, était donc en germe dans la méthode fonctionnaliste choisie par les fondateurs.

312.- L'ordre juridique communautaire peut alors être décrit comme étant fondé sur une « constitution » ne résultant pas de l'action d'un pouvoir constituant. Cette contradiction apparente peut cependant être dépassée sur le fondement de la théorie de l'institution développée par le doyen Hauriou. Dans la lignée de ses enseignements, l'action des Etats peut être qualifiée de « pouvoir fondateur » dans la mesure où celle-ci a eu pour objet l'institutionnalisation d'une véritable « idée d'œuvre » consistant dans le rapprochement des Etats membres au sein d'une entité les englobant sans les supprimer. La force de l'idée d'œuvre explique ainsi que celle-ci ait pu s'incarner dans une institution dont l'existence s'est rapidement imposée aux Etats fondateurs eux-mêmes. En ce qu'elle vise à faire des traités originaires la norme suprême fondant l'ordre juridique communautaire, l'opération de fondation peut être comparée à l'action du pouvoir constituant originaire. Sous cet angle, le pouvoir fondateur des Etats a pu apparaître comme l'équivalent fonctionnel, au sein de

⁶⁹⁴ Pour cette raison, la révision initiée par la réunion d'une Convention sur l'avenir de l'Union ne sera examinée que dans la seconde partie de cette étude.

l'ordre juridique communautaire, du concept de pouvoir constituant. Il n'a pu néanmoins apparaître comme son égal du fait de l'absence de son titulaire, absence à laquelle la prise en compte de l'intervention populaire lors des procédures de ratification et des révisions constitutionnelles nationales n'a pu remédier. Similitude et incomplétude à l'égard du concept de pouvoir constituant, tel semble devoir être caractérisé ce pouvoir fondateur des Etats qui, à la manière d'une asymptote, tend vers le pouvoir constituant originaire sans jamais l'atteindre. Le terme d'évitement semble alors caractériser en retour la situation du pouvoir constituant au sein de l'ordre juridique communautaire, résolument exclu de l'adoption et de la révision des traités institutifs et en même temps paré d'une aura ayant conduit les fondateurs à s'inspirer de ses caractéristiques.

313.- Si l'évitement du pouvoir constituant européen réside dans l'existence de mécanismes ayant permis la constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire par des moyens détournés, il convient de noter que le pouvoir fondateur des Etats n'en constitue que l'une des illustrations. En effet, la « constitution » de l'ordre juridique communautaire ne découle pas seulement de la fondation des Communautés et de la révision des traités qui en constituent le fondement mais aussi de la pratique des institutions et des représentants des Etats membres au sein de l'ordre juridique communautaire. Fortement intégratrices, ces pratiques, qui révèlent la détention d'une véritable « fonction constituante » de la part de leurs auteurs, doivent être considérées, au même titre que le pouvoir fondateur des Etats, comme étant à l'origine du phénomène d'évitement du pouvoir constituant européen.

TITRE 2.

L'EVITEMENT PERPETUE PAR L'ESSOR D'UNE FONCTION CONSTITUANTE

314.- Si les Etats ont à l'origine exercé le pouvoir fondateur, qui partage certaines caractéristiques avec le concept de pouvoir constituant, la constitutionnalisation ultérieure de cet ordre juridique a surtout été l'œuvre des institutions qu'ils ont mis en place. Bien que non titulaires du pouvoir fondateur, les institutions ont exercé un pouvoir fonctionnellement comparable, par son objet, à celui des Etats membres, à savoir la concrétisation d'un véritable ordre constitutionnel. Du fait de cet objet, les institutions communautaires jouent au sein de cet ordre juridique un rôle de « constituant secondaire »⁶⁹⁵ qu'il conviendra de mettre en lumière dans la mesure où il semble caractériser la construction communautaire.

315.- Certes, ni la Cour de justice, malgré sa jurisprudence intégrationniste qui lui a parfois valu la qualification de « gouvernement des juges »⁶⁹⁶, ni les autres institutions communautaires ni les Etats, qui, par leurs pratiques, ont pu enrichir le contenu des traités originaires, ne détiennent le pouvoir constituant. Cette constatation découle de l'absence irréductible du titulaire de ce pouvoir, qui doit être le peuple pour que ce concept, identifié comme étant le pouvoir d'auto-institution de la société, conserve un sens.

Cependant, leur action a consisté à mettre en place, développer et enrichir la « constitution » de l'ordre juridique communautaire, selon la méthode fonctionnaliste prônée par les Pères fondateurs de la construction européenne. Ce faisant, les institutions, au premier plan desquelles la Cour de justice, sont à l'origine d'une phénomène de « développement

⁶⁹⁵ Cf. Vlad CONSTANTINESCO, « La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité ? », in *Rechtsvergleichung Europarecht und Staatenintegration : Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Carl Heymanns verlag KG, 1983, pp. 109-123, spéc. p. 123.

⁶⁹⁶ Jean-Pierre COLIN, *Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes*, thèse, Nancy, 1963, Paris, LGDJ, 1966, 544 pages. Contrairement à ce que pourrait laisser penser le titre, les conclusions de l'auteur nuancent largement l'accusation faite à la Cour de justice.

constitutionnel »⁶⁹⁷ (*Verfassungsentwicklung*) qui selon certains auteurs caractérise l'ordre juridique communautaires.

Distincte du concept de pouvoir constituant par ses titulaires tout en ayant le même objet constitutionnel, l'action des institutions et des Etats peut être appréciée à l'aune de la notion de « fonction constituante »⁶⁹⁸ forgée par Mme Gaudin pour dépeindre la fonction normative exercée par la Cour de justice des Communautés européennes. La fonction constituante des institutions et des Etats membres doit donc être considérée, au même titre que le pouvoir fondateur des Etats, comme l'un des vecteurs de l'évitement du pouvoir constituant européen, le recours à cette notion ayant pour but de montrer que le développement constitutionnel de l'ordre juridique communautaire a emprunté d'autres canaux que l'intervention du pouvoir constituant.

316.- Selon Mme Gaudin, la fonction constituante de la Cour se caractérise par le fait que par ce biais, cette institution « participe à l'élaboration de notions et de régimes non inscrits dans les traités et qui pourtant viennent les compléter, les préciser »⁶⁹⁹. Cependant, dans la mesure où « fonction, certes, n'est ni pouvoir, ni procédure, fonction implique aussi sa finalisation et une moindre indépendance »⁷⁰⁰, Mme Gaudin a montré que celle-ci devait être autorisée par, et subordonnée au, pouvoir constituant.

Conformément à cette définition, trois critères permettent de caractériser la notion de « fonction constituante », qui sera utilisée pour décrire l'action des institutions et des Etats visant à la constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire.

En premier lieu, la fonction constituante doit tendre au développement constitutionnel des traités originaires. Cette « action constituante » peut prendre différentes formes. Ainsi, certains actes ou pratiques des institutions peuvent être analysés comme les sources matérielles des traités originaires, en ce qu'ils ont pu orienter les révisions futures des traités. Dans ce cas, la fonction constituante se résume à une fonction d'anticipation des révisions

⁶⁹⁷ Voir à ce sujet Jörg GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, thèse, Strasbourg, 1996, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1997, 425 pages.

⁶⁹⁸ Hélène GAUDIN, « La "fonction constituante" de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit constitutionnel*, Actes du colloque de la CEDECE du 27 octobre 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 25-52.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 25.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 26.

formelles. Une autre dimension de la fonction constituante consiste dans la faculté conférée aux institutions et aux Etats de mettre en œuvre, préciser ou encore combler les lacunes des traités originaires. Ici la fonction constituante implique un enrichissement substantiel de la charte constitutionnelle de base. La fonction constituante se traduit encore parfois dans l'infléchissement des règles du traité et participe ainsi au dynamisme de l'ordre juridique communautaire, témoignant de ses facultés d'adaptation. Dans ces deux derniers visages (la concrétisation et l'infléchissement des traités de base), la fonction constituante ne se limite plus à enrichir les sources matérielles des traités originaires, mais semble bien avoir une influence sur les sources formelles du droit constitutionnel européen. Si la fonction constituante des institutions ne peut se traduire par la modification formelle des traités, elle peut cependant, en fonction de la valeur juridique des vecteurs par lesquels elle s'exprime, être à l'origine d'actes intégrés dans le « *corpus* constitutionnel de l'Union européenne »⁷⁰¹ entendu comme l'ensemble des actes dont le respect s'impose aux institutions communautaires. Chaque instrument de la fonction constituante des institutions et des Etats devra donc être analysé afin de montrer en quoi il agit sur la charte constitutionnelle de l'ordre juridique communautaire.

La seconde caractéristique de la fonction constituante est d'être autorisée par les fondateurs. Il conviendra donc de rechercher, pour chaque manifestation de la fonction constituante, l'existence d'un « mandat » des fondateurs, découlant implicitement ou explicitement des dispositions des traités.

Enfin, autorisée par le pouvoir fondateur, la fonction constituante doit lui être subordonnée et doit donc être subordonnée aux traités originaires. C'est cette dernière caractéristique qui nécessite un traitement distinct de la fonction constituante de la Cour de justice et de celle des autres institutions et des Etats membres. En effet, si la Cour de justice fait en sorte, par l'ensemble des voies de droit dont elle dispose, que par leur fonction constituante les institutions et les Etats membres ne puissent porter atteinte aux traités originaires, sa propre fonction constituante ne fait l'objet d'aucun contrôle juridictionnel, ce qui pose la question du respect, par la fonction constituante de la Cour, de cette dernière condition.

⁷⁰¹ Cf. Jörg GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, op. cit., spéc. pp. 316 s.

Il conviendra donc d'étudier successivement la fonction constituante de la Cour de justice des Communautés européennes (chapitre 1), puis celle dévolue aux autres institutions communautaires et, dans une moindre mesure, aux Etats membres (chapitre 2).

Chapitre 1.

La fonction constituante de la Cour de justice

317.- « Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ? »⁷⁰². Par cette question, M. Lecourt résume bien l'interrogation saisissant l'observateur du mouvement de constitutionnalisation qui caractérise depuis ses origines la construction communautaire. Contrairement à la situation qui prévaut au sein des Etats démocratiques modernes, où le peuple est à l'origine des choix essentiels de société qu'il concrétise par la maîtrise du pouvoir constituant, l'ordre juridique communautaire, s'il doit son existence aux fondateurs, semble s'être en grande partie passé de ceux-ci pour développer ses traits constitutionnels. En particulier, ainsi que l'a souligné M. Hjalte Rasmussen, « le caractère constitutionnel du traité doit essentiellement être attribué au talent judiciaire. La métamorphose a eu lieu lorsque, d'affaire en affaire, la Cour interpréta ses dispositions, combla ses lacunes et silences et lorsqu'elle s'employa, de temps en temps, à réécrire certaines de ses stipulations »⁷⁰³. Si la Cour a indéniablement fait œuvre créatrice en bâtissant, à force d'interprétations constructives, un véritable ordre constitutionnel, ce n'est pas de sa propre initiative mais sur la base des traités dont elle est chargée d'assurer la sauvegarde et la mise en œuvre effective. Comme l'a bien montré M. Gerkrath « les Pères fondateurs de la Communauté n'ont pas voulu rédiger une constitution de type fédéral qui n'avait de toute façon aucune chance d'être adoptée. Ils se sont limités à fixer le cadre général dans lequel les institutions communautaires étaient appelés à agir pour réaliser les

⁷⁰² Robert LECOURT, « Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ? », in *L'Europe et le droit, mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 349-361.

⁷⁰³ Hjalte RASMUSSEN, « The Court of justice of the European Communities and the process of integration », in Edmond ORBAN (Dir.), *Fédéralisme et Cours suprêmes*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 199-247, spéc. p. 201 : « the treaty's constitutional character is essentially a matter of judicial craftsmanship. The metamorphosis took place when, from cases to cases, the Court interpreted/construed its provisions, filled its gaps and silences and when it, from time to time, rewrote several of its stipulations ».

objectifs communs »⁷⁰⁴. Ainsi, c'est parce qu'elle peut être considérée comme étant à l'origine, sinon du point de vue formel, tout au moins du point de vue matériel, de l'appréhension de l'ordre juridique communautaire comme un véritable ordre constitutionnel que la jurisprudence doit faire l'objet d'une étude attentive.

En particulier, bien que n'étant pas titulaire du pouvoir constituant, la Cour paraît s'être substituée à lui, à tel point que M. Jacqué a pu affirmer que « le refus des Etats d'élaborer une véritable constitution conduit à la mise en place d'une constitution judiciaire »⁷⁰⁵. Cette action sur l'objet théoriquement réservé au titulaire du pouvoir constituant (ou, en l'espèce, au titulaire du pouvoir fondateur) ne peut être ignorée dans l'optique de notre étude, dans la mesure où elle aboutit à amplifier le phénomène d'évitement du pouvoir constituant précédemment relevé.

Dès lors, la mise en exergue de ce phénomène d'évitement ne peut faire l'économie d'une compréhension des mécanismes de la constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire, au premier rang desquels semble appartenir la jurisprudence de la Cour. L'apport de cette institution au développement constitutionnel européen devra être mesuré à l'aune de ses réalisations (section 1), tandis que son action sera appréhendée à l'aune de la notion de « fonction constituante », notion dont il conviendra de déterminer les contours (section 2).

SECTION 1 : LA CONTRIBUTION DE LA COUR DE JUSTICE A LA CONSTITUTIONNALISATION DE L'ORDRE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE

318.- Par sa jurisprudence créatrice, la Cour de justice a grandement contribué à la constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire, c'est-à-dire à l'appréhension de

⁷⁰⁴ Jörg GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, op. cit., spéc. p. 207.

⁷⁰⁵ Jean-Paul JACQUE, « Le rôle du droit dans l'intégration », *Philosophie politique*, 1991, pp. 119-133, spéc. p. 132.

l'ordre juridique communautaire comme un ordre juridique autonome, régi par des règles propres et dont les traités fondateurs constitueraient, à l'instar des constitutions nationales, la norme suprême.

Tous les éléments de cette construction jurisprudentielle étant largement interdépendants, il peut sembler artificiel voire illusoire de tenter de les systématiser. Nous distinguerons toutefois, selon la dichotomie utilisée par M. Pescatore au sujet de l'acquis communautaire⁷⁰⁶, la contribution de la Cour à la constitutionnalisation matérielle (II.), puis formelle (III.) de l'ordre juridique communautaire, étant entendu que ces deux aspects requièrent, au préalable, de considérer l'ordre juridique communautaire comme un ordre juridique autonome (I.).

I. LA CONTRIBUTION DE LA COUR A L'AUTONOMISATION DE L'ORDRE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE

319.- En affirmant successivement, que la Communauté constitue un « nouvel ordre juridique de droit international »⁷⁰⁷, puis un « ordre juridique propre »⁷⁰⁸ différent des traités internationaux, la Cour a posé les soubassements d'une construction jurisprudentielle visant à affirmer l'autonomie de l'ordre juridique communautaire. Préalable à la constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire (A.), l'autonomisation de cet ordre juridique a d'abord pris la forme de l'exclusion partielle du droit international (B.).

A. L'autonomisation de l'ordre juridique communautaire, préalable à la constitutionnalisation

320.- L'autonomie primaire d'un ordre juridique signifie, dans une perspective kelsenienne, que celui-ci dispose lui-même du fondement de sa validité (*Geltungsgrund*)⁷⁰⁹. Dans la mesure où les traités communautaires sont formellement des conventions internationales, le fondement de leur validité réside en dernier ressort dans le fondement de

⁷⁰⁶ Cf. Pierre PESCATORE, « Aspects judiciaires de l' "acquis communautaire" », *RTDE*, 1981, pp. 617-651.

⁷⁰⁷ CJCE, 5 février 1963, Van Gend en Loos, aff. 26/62, *Rec.* p. 3, spéc. p. 23.

⁷⁰⁸ CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ ENEL, aff. 6/64, *Rec.* p. 1141, spéc. p. 1158.

⁷⁰⁹ Cf. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. par Charles Eisenmann de la 2^{ème} édition de la *Reine Rechtslehre*, Paris, Dalloz, 1962, 496 pages, spéc. pp. 255 et s.

validité des ordres juridiques nationaux dont ils découlent, à savoir les constitutions étatiques. Si les traités fondateurs ne peuvent donc juridiquement prétendre à l'autonomie primaire, la Cour de justice s'est efforcée de promouvoir l'indépendance de ceux-ci à l'égard des constitutions nationales et du droit international dont ils ne constituent qu'un sous-système. Cette autonomisation de l'ordre juridique communautaire vise à lui faire acquérir, à défaut de l'autonomie primaire, une autonomie fonctionnelle, « secondaire »⁷¹⁰, qui peut se définir comme la capacité de l'Union à produire ses propres règles.

321.- L'autonomie de l'ordre juridique communautaire obtenue par la voie prétorienne tend à accréditer la thèse selon laquelle cet ordre juridique ne serait tributaire, pour déterminer ses conditions de validité, que des traités qui le fondent, à l'exclusion de normes extérieures appartenant à l'ordre juridique international ou aux ordres juridiques nationaux⁷¹¹. En ce sens, l'autonomisation implique une certaine rupture du droit communautaire à l'égard du droit international dont il ne constitue qu'un sous-système. C'est en ce sens que la Cour a jugé, dans l'arrêt *Costa* précité, que le droit communautaire était « issu d'une source autonome »⁷¹², niant ainsi partiellement le rattachement de l'ordre juridique communautaire à l'ordre international afin d'asseoir son autonomie par rapport aux constitutions nationales. L'autonomisation implique aussi en effet une rupture par rapport aux constitutions nationales, qui constituent en dernier ressort les normes dont découle la validité des traités originaires. Le lien existant entre les traités originaires et les constitutions nationales a donc été contesté par la Cour de justice, celle-ci jugeant que « la validité [des

⁷¹⁰ Voir, sur la distinction entre autonomie primaire et secondaire, Karine CAUNES, « La nature du système juridique européen : retour sur le principe de primauté », in Jacques ZILLER (Dir.), *L'eupéanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, actes du colloque des 9 et 10 mai 2003, L'Harmattan, Paris, 2003, pp. 281-298, spéc. pp. 283 et s.

⁷¹¹ Cf. Jean BOULOUIS, « Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général », *RCADI*, vol. 235 (1992), pp. 9-79, spéc. p. 41 : « que l'ordre juridique communautaire soit issu de cette source autonome qu'est le traité doit s'entendre en ce sens que, dans son économie générale aussi bien que dans les règles qui le composent, cet ordre n'est tributaire que de ce seul traité ». Voir aussi, dans le même sens, Robert KOVAR, « L'édification de l'ordre juridique communautaire », *RCADE*, 1993, vol. IV-1, pp. 13-122, spéc. pp. 34 et s ; Jean-Claude GAUTRON, « Un ordre juridique autonome et hiérarchisé », in Joël RIDEAU (Dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit : continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 25-64.

⁷¹² CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. préc., p. 1160. Selon Yann Laurans, l'autonomisation opérée par la Cour de justice peut être analysée comme « une forme de réécriture des modalités d'édiction du traité ». Yann LAURANS, « Recherches sur la catégorie juridique de traité constitutionnel », mémoire D.E.A. Nancy 2, 2005, *Civitas Europa*, n° 14/2005, pp. 7-156.

actes communautaires] ne saurait être appréciée qu'en fonction du droit communautaire »⁷¹³ et en aucun cas des droits nationaux, mêmes constitutionnels⁷¹⁴.

322.- La Cour de justice a fondé l'affirmation prétorienne de l'autonomie du droit communautaire sur la « nature spécifique originale »⁷¹⁵ des traités communautaires par rapport aux traités internationaux classiques⁷¹⁶. On peut apercevoir une trace de ce lien entre dimension constitutionnelle des traités originaires et autonomie du droit communautaire dans les conclusions de l'avocat général Karl Roemer dans l'affaire Van Gend en Loos. M. Roemer notait en effet que la nature matérielle originale des traités originaires empêchait qu'ils puissent être interprétés « à la seule lumière du droit des gens »⁷¹⁷. Parmi les caractéristiques spécifiques du droit communautaire justifiant son autonomie, la Cour a plus précisément mis en valeur le fait que les traités fondateurs visaient, au-delà des Etats, les peuples européens. Plus qu'un accord entre Etats, les traités fondateurs devraient être analysés comme la manifestation d'une convention entre les peuples européens, ce « glissement épistémologique dans la conception du droit communautaire et de la source de son autorité normative »⁷¹⁸ autorisant l'indépendance vis-à-vis des constitutions nationales.

323.- Les rapports qu'entretient l'autonomisation de l'ordre juridique communautaire avec l'appréhension des traités originaires sous l'angle constitutionnel sont donc doublement réciproques. D'une part, c'est la substance matériellement constitutionnelle des traités originaires, présente dès l'origine et donc témoignant de la volonté des Etats fondateurs d'émanciper l'ordre juridique communautaire de la tutelle internationale, qui a

⁷¹³ CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. 11/70, *Rec.* p. 1125, spéc. pt. 3. Voir aussi, dans le même sens, CJCE, 21 mai 1987, Albako, aff. 249/85, *Rec.* p. 2345, spéc. pt. 14.

⁷¹⁴ CJCE, 17 octobre 1989, Dow Chemical Ibérica, aff. jointes 97 à 99/87, *Rec.* p. 3165, spéc. pt. 38 : « l'invocation d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat ».

⁷¹⁵ CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ ENEL, aff. préc., p. 1160.

⁷¹⁶ Cf. Denys SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in *Droit international, droit communautaire, perspectives actuelles*, in *Droit international, droit communautaire, perspectives actuelles*, actes du XXXIII^e colloque de la SFDI, Paris, Pedone, 2000, pp. 207-249, spéc. pp. 219 et s. M. Simon met surtout l'accent sur « la dimension économique de la construction européenne [qui] attribue par conséquent par une sorte d'*impératif catégorique* une condition particulière au droit communautaire », *ibid.*, p. 222.

⁷¹⁷ Conclusions de l'avocat général Karl Roemer présentées le 12 décembre 1962 dans l'affaire 26/62, Van Gend en Loos, *Rec.* p. 3.

⁷¹⁸ Miguel Poiars MADURO, « The importance of being called a constitution : constitutional authority and the authority of constitutionalism », *IJCL*, n° 3/2005, pp. 332-356, spéc. p. 337 : « this constitutional construction was legitimated by the Court on the basis of what one could call an epistemological shift in the understanding of EC law and the source of its normative authority » (traduit par nos soins).

autorisé la Cour à fonder l'autonomie du droit communautaire. D'autre part, la constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire apparaît comme étant à son tour fondée sur l'autonomie de ses sources. En effet, dans la mesure où l'autonomie d'un ordre juridique implique, selon le professeur Denys Simon, que « les différentes règles juridiques qui le composent doivent toutes pouvoir être rapportées [...] à une norme de base commune qui leur confère leur validité et leur cohérence »⁷¹⁹, l'autonomie apparaît comme le présupposé nécessaire à l'appréhension des traités originaires en tant que constitution de cet ordre⁷²⁰.

Les premières manifestations de l'autonomie du droit communautaire ont consisté pour la Cour de justice à exclure de l'ordre juridique communautaire certaines techniques relevant de l'ordre juridique international et dont l'importation serait préjudiciable à l'intégration européenne.

B. L'exclusion des mécanismes issus du droit international, expression de l'autonomie du droit communautaire

324.- L'affirmation de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire impliquant, selon M. Boulouis, que « cet ordre se suffit à lui-même, de sorte qu'il ne soit pas nécessaire de faire appel à des principes ou à des règles que le traité ne contiendrait pas »⁷²¹, la Cour a écarté de nombreux mécanismes issus du droit international. Il en va ainsi des « exceptions préliminaires », permettant de contester l'ouverture d'une instance devant une juridiction internationale (1.) et des faits justificatifs traditionnellement considérés comme permettant de délier un Etat de ses obligations internationales (2.).

1. L'exclusion des exceptions préliminaires de l'ordre juridique communautaire

En droit international, les exceptions préliminaires sont des objections qu'adresse l'Etat défendeur à la juridiction internationale et qui portent, soit sur la compétence du juge, soit sur la recevabilité de la requête.

⁷¹⁹ Denys SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *op. cit.*, p. 213.

⁷²⁰ Voir en ce sens, *supra*, paragraphe 76.-

⁷²¹ Jean BOULOUIS, « Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général », *op. cit.*, p. 41.

325.- En ce qui concerne l'incompétence, les juridictions internationales sont très souvent saisies de telles exceptions, sur lesquelles elles doivent statuer *in limine litis* du fait du caractère consensuel de leur juridiction⁷²². Ainsi, la compétence de la Cour internationale de Justice est en principe facultative, subordonnée à la conclusion d'un compromis qui contient l'accord des parties pour saisir le Cour, la définition de l'objet du litige ainsi que les questions posées aux juges. Ce n'est que par exception (qui est d'ailleurs en pratique restée limitée) que les Etats parties au Statut de la Cour peuvent souscrire à la clause facultative de juridiction obligatoire prévue à l'article 36, paragraphe 2, du statut. Cette clause facultative peut faire l'objet de réserves, qui permettent aux Etats de limiter la juridiction de la Cour dans le temps et d'un point de vue matériel. Rien de tel en droit communautaire où la compétence de la Cour de justice est, du fait de son insertion dans le cadre institutionnel mis en place par les traités fondateurs, obligatoire et non susceptible de faire l'objet de réserves. L'ensemble des voies de recours fixées par les traités fondateurs permet à la Cour de remplir sa mission, qui consiste, aux termes de l'article 220 CE, à « assure[r] le respect du droit dans l'interprétation et l'application » des traités.

326.- S'agissant de la recevabilité des requêtes soumises à la Cour, les Etats ont en vain tenté d'invoquer des exceptions traditionnellement acceptées en droit international.

Ainsi, la technique anglo-saxonne de *l'estoppel*, reconnue en droit international et qui consiste à s'opposer à ce qu'une partie à un procès prenne une position contredisant ce qu'elle a antérieurement admis⁷²³, a été invoquée sans succès devant la Cour, tant lors d'un contentieux entre Etats et institutions⁷²⁴ qu'à l'occasion d'un conflit interinstitutionnel⁷²⁵ ou encore dans un litige opposant des requérants individuels aux institutions communautaires⁷²⁶. La justification de ce rejet repose sur la volonté de préserver le système contentieux mis en place par les traités originaires. Dès lors, « la recevabilité du recours d'un Etat membre ne saurait dépendre d'éventuelles omissions ou d'erreurs antérieures des gouvernements »⁷²⁷.

⁷²² CPJI, 13 septembre 1928, affaire Usine de Chorzow (fond), série A, n° 17, p. 37 : « la juridiction de la Cour dépend de la volonté de parties ». Voir aussi CIJ, 15 juin 1954, affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943, *Rec.* 1954, p. 32 : « la Cour ne peut exercer sa juridiction à l'égard d'un Etat si ce n'est avec le consentement de ce dernier ».

⁷²³ Voir à ce titre CIJ, 18 novembre 1960, affaire de la sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906, *Rec.* p. 209. Voir aussi CIJ, 15 juin 1962, affaire du Temple de Préah Vihéar (fond), *Rec.* p. 23.

⁷²⁴ CJCE, 10 février 1983, Luxembourg c/ Parlement, aff. 230/81, *Rec.* p. 255.

⁷²⁵ CJCE, 20 mai 2008, Commission c/ Conseil, aff. C-91/05, non encore publié au *Recueil*, *Europe*, 2008, comm. 217, obs. Denys SIMON.

⁷²⁶ CJCE, 7 mai 1991, Nakajima, aff. C-69/89, *Rec.* p. 2069.

⁷²⁷ CJCE, 10 février 1983, Luxembourg c/ Parlement, aff. préc., spéc. pt. 26.

L'exclusion de *l'estoppel* semble cependant être limitée aux litiges relatifs à la structure institutionnelle de la Communauté, comme l'a rappelé la Cour dans l'arrêt AETR du 31 mars 1971⁷²⁸.

De même, la règle de droit international coutumier sur l'épuisement des voies de recours internes, traditionnellement opposée aux requérants individuels devant les juridictions internationales qui leur sont ouvertes, est dépourvue d'effet en droit communautaire. La Cour a en effet jugé, dans un arrêt Humblet du 16 décembre 1960, que « la Cour étant compétente pour trancher la question de droit qui lui est soumise [...], le fait que le requérant n'a pas épuisé la voie judiciaire devant les tribunaux de son pays ne s'oppose pas à la recevabilité du recours »⁷²⁹.

Enfin, c'est surtout dans le cadre du recours en manquement que les Etats ont contesté la recevabilité du recours introduit par la Commission, en invoquant l'absence de préjudice, ou encore le défaut d'intérêt à agir de celle-ci du fait de la cessation du manquement allégué. La Cour de justice rejette traditionnellement ces arguments, en arguant du fait que contrairement aux principes qui gouvernent la responsabilité des Etats en droit international, la procédure en constatation de manquement prévue à l'article 226 (ex-art. 169) CE est une procédure objective. Ainsi, elle a pu juger que « l'existence d'un préjudice subi par les autres Etats membres [n'est pas une] condition de l'exercice de la procédure en constatation de manquement »⁷³⁰, ou encore que « même au cas où le manquement aurait été éliminé postérieurement au délai déterminé en vertu de l'alinéa 2 du même article [226, ex-art. 169 CE], la poursuite de l'action conserve un intérêt »⁷³¹.

2. L'exclusion partielle des faits justificatifs de l'ordre juridique communautaire

L'autre domaine dans lequel la Cour de justice des Communautés refuse traditionnellement la transposition du droit international, concerne les faits justificatifs invoqués par les Etats dans le cadre du recours en constatation de manquement. En droit international, les Etats peuvent justifier l'inexécution d'un traité en arguant, soit de

⁷²⁸ CJCE, 31 mars 1971, Commission c/ Conseil (AETR), aff. 22/70, *Rec.* p. 263, spéc. pt. 63 : « attendu que les questions déferées à la Cour par la Commission *concernent la structure institutionnelle* de la Communauté, la recevabilité du recours ne saurait dépendre d'omissions ou d'erreurs antérieures de la partie requérante ».

⁷²⁹ CJCE, 16 décembre 1960, Humblet, aff. 6/60, *Rec.* p. 1127, spéc. p. 1151. Voir cependant, *contra*, CJCE, 14 juillet 1967, Kampffmeyer, aff. 5/66, *Rec.* p. 317 (mais en l'espèce il s'agissait d'éviter qu'un cumul de responsabilités puisse aboutir à un cumul de réparations).

⁷³⁰ CJCE, 14 décembre 1971, Commission c/ France, aff. 7/71, *Rec.* p. 1003, spéc. pt. 50.

⁷³¹ CJCE, 7 février 1973, Commission c/ Italie, aff. 39/72, *Rec.* p. 101, spéc. pt. 9.

circonstances liées au comportement des parties, soit de circonstances extérieures et indépendantes de celles-ci. De tels faits justificatifs ne sont en principe pas admis par la Cour de Luxembourg.

327.- En premier lieu, la Cour a dénié toute valeur juridique au principe de *l'exceptio non adimpleti contractus*, reconnu dans l'ordre juridique international⁷³², selon lequel le non-respect des dispositions d'un traité par l'un des Etats signataires justifie l'extinction ou du moins la suspension de ce traité jusqu'à la cessation du manquement. Justifiée par l'existence d'une procédure institutionnalisée de règlement des conflits au sein de l'ordre juridique communautaire, qui implique l'« interdiction pour les Etats membres de se faire justice eux-mêmes »⁷³³, la jurisprudence de la Cour récuse la possibilité pour un Etat membre d'alléguer une méconnaissance du traité par un autre Etat membre pour justifier son propre manquement⁷³⁴ ou pour contester la recevabilité du recours en manquement dirigé contre lui⁷³⁵. *A fortiori* les Etats ne peuvent-ils « s'autoriser à prendre, unilatéralement, des mesures correctives ou des mesures de défense, destinées à obvier à une méconnaissance éventuelle, par un autre Etat membre, des règles du traité »⁷³⁶. Ainsi la technique des représailles pacifiques ou des contre-mesures est-elle clairement bannie de l'ordre juridique communautaire⁷³⁷.

328.- De même, les Etats ne peuvent justifier leur manquement en arguant de la caducité des dispositions des traités, qui « ne se présume pas »⁷³⁸ selon la Cour de justice, ou

⁷³² Ce principe, qui peut être rapproché de la règle traditionnelle de réciprocité, est codifié à l'article 60 de la convention de Vienne sur le droit des traités, et a été admis par la jurisprudence. Voir à ce titre, CIJ, avis consultatif du 21 juin 1971, Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie, *Rec.* p. 16. Dans cette affaire, la Cour a affirmé l'existence d'un « principe juridique général selon lequel le droit de mettre fin à un traité comme conséquence de sa violation doit être présumé exister pour tous les traités ».

⁷³³ CJCE, 13 novembre 1964, Commission c/ Luxembourg et Belgique, aff. jointes 90 et 91/63, *Rec.* p. 1217, spéc. p. 1232. Intervenant quelques jours après le prononcé de l'arrêt Costa c/ ENEL, cet arrêt de la Cour se base expressément sur l'originalité de l'ordre juridique communautaire : « le traité ne se borne pas à créer des obligations réciproques entre les différents sujets auxquels il s'applique, mais établit un ordre juridique nouveau qui règle les pouvoirs, droits et obligations desdits sujets, ainsi que les procédures nécessaires pour faire constater et sanctionner toute violation éventuelle » (spéc. p. 1232).

⁷³⁴ CJCE, 25 septembre 1979, Commission c/ France, aff. 232/78, *Rec.* p. 792, spéc. pt. 9.

⁷³⁵ CJCE, 14 février 1984, Commission c/ RFA, aff. 325/82, *Rec.* p. 777, spéc. pt. 11.

⁷³⁶ CJCE, 25 septembre 1979, Commission c/ France, *op. cit.*, spéc. pt. 9.

⁷³⁷ A moins que de telles mesures ne soient prévues par les traités. Ainsi l'article 88 du traité CECA permet aux Etats de prendre des mesures dérogatoires aux traités en cas de manquement de la part d'un autre Etat, à la condition cependant d'obtenir une autorisation préalable de la Haute autorité.

⁷³⁸ CJCE, 14 décembre 1971, Commission c/ France, aff. 7/71, *Rec.*, p. 1003, spéc. pt. 18.

du retour aux Etats des compétences transférées mais non exercées par les institutions⁷³⁹. Cette solution, qui pourrait se prévaloir de l'existence d'une règle de droit international relative à la désuétude des traités internationaux⁷⁴⁰ est inapplicable dans l'ordre juridique communautaire du fait de la « durée illimitée »⁷⁴¹ des traités et du « transfert de compétence total et définitif au profit de la Communauté »⁷⁴². Si les traités communautaires ne peuvent tomber en désuétude du fait d'un accord implicite entre les parties, une telle suspension ou modification ne peut pas non plus intervenir par accord exprès entre les parties.

329.- S'agissant de l'admission de circonstances extérieures aux parties, il était traditionnellement admis que la nécessité ou l'urgence⁷⁴³ ne pouvaient justifier un manquement aux obligations découlant des traités. On peut cependant noter une admission limitée de la règle de droit international relative à l'impossibilité d'exécution, codifiée à l'article 61 de la convention de Vienne. En effet, la Cour a jugé que le seul moyen de défense susceptible d'être invoqué par un Etat membre contre un recours en manquement introduit par la Commission sur la base de l'article 88 (ex-art. 93), paragraphe 2, du traité, est celui tiré d'une impossibilité absolue d'exécuter correctement la décision⁷⁴⁴. Elle interprète cependant très strictement cette condition, qui ne peut être considérée comme remplie « lorsque le gouvernement défendeur se borne à faire part à la Commission des difficultés juridiques, politiques ou pratiques que présentait la mise en œuvre de la décision, sans entreprendre une véritable démarche auprès des entreprises en cause aux fins de récupérer l'aide et sans proposer à la Commission des modalités alternatives de mise en œuvre de la décision qui auraient permis de surmonter les difficultés »⁷⁴⁵. La Cour n'a toujours pas, à ce jour, admis qu'un Etat se serait trouvé dans une telle situation.

⁷³⁹ CJCE, 5 mai 1981, Commission c/ Royaume-Uni, aff. 804/79, *Rec.*, p. 1045, spéc. pt. 20.

⁷⁴⁰ Voir à ce titre la sentence arbitrale du 21 octobre 1861 rendue par le Sénat de Hambourg dans l'affaire Yuille-Shortridge (Royaume-Uni c/ Portugal), *R.A.I.* II, p. 78.

⁷⁴¹ CJCE, 14 décembre 1971, Commission c/ France, aff. préc., spéc. pt. 19.

⁷⁴² CJCE, 5 mai 1981, Commission c/ Royaume-Uni, aff. préc., pt. 20.

⁷⁴³ CJCE, 19 décembre 1961, Commission c/ Italie, aff. 7/61, *Rec.* p. 633, spéc. p. 657 : « les arguments tirés de la nécessité et de l'urgence doivent être rejetés ».

⁷⁴⁴ CJCE, 15 janvier 1986, Commission c/ Belgique, aff. 52/84, *Rec.* p. 89, pt. 14 ; CJCE, 10 juin 1993, Commission c/ Grèce, aff. C-183/91, *Rec.* p. 3131, pt. 10.

⁷⁴⁵ Voir en ce sens CJCE, 2 février 1989, Commission c/ Allemagne, aff. 94/87, *Rec.* p. 175, pt. 10 ; CJCE, 29 janvier 1998, Commission c/ Italie, aff. C-280/95, *Rec.* p. 259, pt. 14 ; CJCE, 2 juillet 2002, Commission c/ Espagne, aff. C-499/99, *Rec.* p. 6031 ; CJCE, 1^{er} avril 2004, Commission c/ Italie, aff. 99/02, *Rec.* p. 3353.

330.- Par conséquent, la spécificité des traités fondateurs, qui découle de leur objet novateur par rapport aux organisations internationales classiques (la concrétisation d'une idée d'œuvre orientée vers l'intégration des Etats) a justifié, selon l'expression employée par M. Denys Simon, « le rejet de la greffe internationale sur l'arbre communautaire »⁷⁴⁶. En effet, les principes classiques du droit international, construits pour les besoins d'une société internationale basée sur des rapports de coopération et de coordination entre Etats membres, se révèlent inappropriés à l'édification d'une organisation d'intégration, dont ils risqueraient de saper les fondements. Finalement, l'autonomie de l'ordre juridique communautaire, déduite des dispositions des traités fondateurs, a servi de base à la réticence exprimée à l'égard des mécanismes issus du droit international, cette réticence venant à son tour renforcer l'autonomie du droit communautaire. La construction de l'autonomie du droit communautaire, est ainsi un processus circulaire, qui s'auto-alimente du fait de l'inclusion immédiate des principes dégagés par la Cour au cœur de l'acquis communautaire, par principe irréversible. Cette construction en spirale de l'autonomie communautaire, amorcée par le rejet, d'abord timide puis de plus en plus marqué, du droit international, a trouvé ses prolongements dans l'affirmation du caractère constitutionnel des traités fondateurs.

II. LA CONTRIBUTION DE LA COUR A LA CONSTITUTIONNALISATION MATERIELLE DES TRAITES

331.- Par sa jurisprudence créatrice, la Cour a développé le caractère matériellement constitutionnel des traités fondateurs. Etant donné l'apport considérable de la jurisprudence de la Cour à l'enrichissement de la substance des traités⁷⁴⁷, nous mettrons en lumière trois dimensions de la jurisprudence de la Cour, par lesquels cette institution a particulièrement œuvré en faveur de l'appréhension des traités originaires sous l'angle matériellement constitutionnel : la préservation de la répartition des compétences au sein de l'ordre juridique

⁷⁴⁶ Denys SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, Thèse, Nancy 2, 1979, Paris, Pedone, 1981, 936 pages, spéc. p. 549. Voir aussi, du même auteur « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in *Droit international, droit communautaire, perspectives actuelles*, actes du XXXIII^e colloque de la SFDI, Paris, Pedone, 2000, pp. 207-249.

⁷⁴⁷ Voir sur ce point Jean-Paul JACQUE, « Cours général de droit communautaire », *op. cit.* Voir aussi, du même auteur, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, spéc. pp. 50 et s. Voir aussi Marc BLANQUET, « L'acquis constitutionnel », *RAE-LEA*, 2001-2002, pp. 941-975, et plus spécialement les développements consacrés à l'enrichissement constitutionnel par la Cour de justice, pp. 957 et s.

communautaire (A.), la consécration des droits fondamentaux (B.), et enfin l'affirmation du principe démocratique (C.).

A. la Cour de justice, juge répartiteur des compétences et des pouvoirs dans l'ordre juridique communautaire

332.- Les Communautés sont régies par les principes de spécialité⁷⁴⁸ et d'attribution des compétences, qui, depuis le traité de Maastricht, figurent à l'article 5 (ex-art. 3B) du traité CE⁷⁴⁹. Si elles ne disposent que des compétences qui leur ont été conférées par les Etats membres, il convient de signaler que celles-ci ne sont pas énumérées dans les traités originaires. En l'absence « d'allocation constitutionnelle d'ensemble des compétences »⁷⁵⁰, la répartition des compétences entre les Communautés et les Etats membres s'est faite au cas par cas, les institutions se fondant sur les pouvoirs qui leur sont attribués par les traités en vue d'atteindre les objectifs assignés aux Communautés figurant aux articles 2 et 3 CE : c'est la méthode dite « fonctionnelle » d'attribution des compétences communautaires⁷⁵¹. Les compétences communautaires résultent donc de cette interaction entre les objectifs des traités et les pouvoirs des institutions⁷⁵², la Cour étant compétente pour vérifier le titre de compétence communautaire sur lequel se sont fondées les institutions pour agir.

Répartition des compétences entre Etats membres et Communautés et répartition des pouvoirs entre institutions sont donc étroitement liées⁷⁵³, dans la mesure où les attributions des institutions découlent de la possession, par la Communauté, d'un titre de compétence. Le

⁷⁴⁸ Sur le principe de spécialité voir l'étude de Charles CHAUMONT, « La signification du principe de spécialité des organisations internationales », in *Problèmes de droit de gens : mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, pp. 5-66.

⁷⁴⁹ Auparavant, le principe de la compétence d'attribution découlait implicitement de l'article 4 du traité CEE (devenu article 7 TCE) qui visait les pouvoirs des institutions (et non les compétences communautaires). Cet article dispose : « chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le présent traité ».

⁷⁵⁰ Vlad CONSTANTINESCO et Valérie MICHEL, « Compétences communautaires », *Rép. Dalloz dr. com.*, spéc. pt. 75.

⁷⁵¹ Paul Reuter évoque à ce titre un « procédé punctiforme » de définition des compétences communautaires, Paul REUTER, *Organisations européennes*, Paris, PUF, 1965, 451 pages, spéc. p. 215.

⁷⁵² Sur la distinction entre compétences des Communautés, pouvoirs des institutions, et objectifs des Communautés, voir Vlad CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, thèse, Nancy 2, 1974, Paris, LGDJ, 1974, 492 pages.

⁷⁵³ M. Guy Guillermin a d'ailleurs souligné « le lien étroit qui existe entre le respect de la répartition horizontale des compétences entre institutions et le respect de la répartition verticale des compétences entre les communautés et les Etats membres ». Guy GUILLERMIN, « Le principe de l'équilibre institutionnel dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 1992, pp. 319-346, spéc. p. 345.

choix de la base juridique fondant l'action des institutions est donc primordial en ce qu'il doit permettre de vérifier que la Communauté dispose bien d'une compétence. Cependant, la question de la répartition des pouvoirs entre les institutions ne se réduit pas à la question de la répartition des compétences entre les deux niveaux de pouvoir existant au sein de l'ordre juridique communautaire. Elle possède aussi une dynamique intrinsèque, que révèle l'autre facette du contentieux de la base juridique. En effet, dans la mesure où les dispositions des traités peuvent prévoir des procédures décisionnelles différentes en fonction des domaines, le choix de la base juridique peut avoir des conséquences sur l'équilibre institutionnel mis en place par les Etats fondateurs. Ces deux questions soulèvent par conséquent des problématiques propres qui justifient leur examen séparé.

1. La répartition des compétences entre les Communautés et les Etats membres

333.- Si le principe d'attribution des compétences tend, en théorie, à faire des compétences communautaires l'exception, le principe étant celui des compétences étatiques, il convient d'étudier la lecture qu'en a faite la Cour de justice.

En effet, privée de clause de répartition des compétences analogue à celles qui figurent dans les constitutions fédérales, la Cour de justice a pris en compte tant la finalité de l'intégration que le dynamisme inscrit dans les traités pour identifier les compétences communautaires (a.), mais aussi pour en réguler l'exercice, tant par les institutions communautaires que par les Etats (b.).

a. L'apport de la jurisprudence à la répartition des compétences entre les Communautés et les Etats membres

334.- S'agissant de l'identification des compétences communautaires⁷⁵⁴, la jurisprudence de la Cour a contribué à élargir le champ des compétences communautaires, notamment par le recours à la théorie des compétences implicites⁷⁵⁵ permettant l'action des

⁷⁵⁴ Sur la question de la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres, Voir plus généralement Valérie MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, thèse, Paris I, 2000, Paris, L'Harmattan, 2003, 704 pages, et Kosmas BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, thèse, Strasbourg, 1999, Athènes, Sakkoulas, Bruxelles, Bruylant, 1999, 876 pages.

⁷⁵⁵ Denys Simon utilise d'ailleurs la terminologie plus précise de « compétences impliquées », en référence à la doctrine des *implied powers* consacrée par la Cour suprême des Etats-Unis, Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 107. Le manuel de Guy Isaac et Marc Blanquet mentionne de manière

institutions en vue de réaliser les objectifs de la Communauté, alors même que les traités n'auraient pas prévu les pouvoirs nécessaires à cette action⁷⁵⁶. C'est dans le domaine des compétences externes que cette théorie a le plus développé ses effets, la Cour jugeant que la compétence de la Communauté de conclure des accords internationaux pouvait découler, non seulement d'une habilitation expresse des traités, mais aussi « d'autres dispositions du traité et d'actes pris, dans le cadre de ces dispositions, par les institutions de la Communauté »⁷⁵⁷. Cette affirmation a permis de poser le principe selon lequel les compétences externes devaient s'aligner sur l'existence d'une compétence normative interne, que celle-ci ait été mise en œuvre préalablement ou non⁷⁵⁸.

Quant à la question de la nature, exclusive ou non, de la compétence de la Communauté pour conclure des accords externes, il convient de dissocier selon que l'on se trouve dans un domaine où la compétence externe découle de l'exercice par la Communauté de sa compétence normative sur le plan interne, ou de la nécessité de passer un accord externe pour mettre en œuvre un objectif communautaire. Dans la première hypothèse, l'existence d'une compétence communautaire exclusive trouve sa justification dans la doctrine de la préemption⁷⁵⁹. Selon ce principe, emprunté aux ordres juridiques fédéraux⁷⁶⁰, les Etats membres ne sont autorisés à exercer leurs compétences que dans la mesure et aussi

imagée les « compétences de prolongement ». Guy ISAAC et Marc BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, 9^{ème} édition, 2006, 539 pages, spéc. p. 53.

⁷⁵⁶ CJCE, 29 novembre 1956, Fédéchar, aff. 8/55, *Rec.* p. 291, spéc. p. 304 : « Les normes établies par un traité international ou par une loi impliquent les normes sans lesquelles les premières n'auraient pas de sens ou ne permettraient pas une application raisonnable et utile ».

⁷⁵⁷ CJCE, 31 mars 1971, Commission c/ Conseil (AETR), aff. 22/70, *Rec.* p. 263, spéc. pt. 16.

⁷⁵⁸ CJCE, 14 juillet 1976, Kramer, aff. jointes 3, 4 et 6/76, *Rec.* p. 1308, spéc. pt. 33. Voir surtout CJCE, avis 1/76 du 26 avril 1977, Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure, *Rec.* p. 741, spéc. pt. 4. Certains auteurs distinguent alors les compétences externes « parallèles », qui découlent de l'existence d'une réglementation interne communautaire, et les compétences externes « potentielles », qui découlent de l'existence d'une compétence communautaire, celle-ci n'ayant cependant pas encore été mise en œuvre (Cf. Luciana Serena ROSSI, « De l'avis 1/03 à l'arrêt MOX : communautarisation des relations extérieures de la Communauté européenne en raison de la cohérence du système », in Marianne DONY et Lucia Serena ROSSI (Dir.), *Démocratie, cohérence et transparence. Vers une constitutionnalisation de l'Union européenne ?*, Bruxelles, Editions de l'université de Bruxelles, 2008, pp. 155-169). Mme Valérie Michel distingue quant à elle la doctrine de l'affectation, selon laquelle la compétence externe implicite se justifie par la nécessité d'éviter une remise en cause des règles internes et la doctrine de la nécessité, consacrée par l'avis 1/76, selon laquelle la compétence externe implicite est nécessaire à la réalisation d'un objectif communautaire, Valérie MICHEL, « Les compétences externes implicites : continuité jurisprudentielle et clarification méthodologique », *Europe*, oct. 2006, étude 10, pp. 4-8.

⁷⁵⁹ Sur le principe de préemption dans l'ordre juridique communautaire, voir Valérie MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, thèse, Paris I Panthéon Sorbonne, 2000, Paris, L'Harmattan, 2003, 704 pages, spéc. pp. 381-413 ; Kosmas BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, thèse, Strasbourg, 1999, Athènes, Sakkoulas, Bruxelles, Bruylant, 1999, 876 pages, spéc. pp. 285 s.

⁷⁶⁰ Sur la consécration de la théorie de la *preemption* par la Cour suprême des Etats-Unis, voir Koenraad LENAERTS, *Le juge et la constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, thèse, Université catholique de Louvain, 1982, Bruxelles, Bruylant, 1988, 817 pages, spéc. pp. 176 et s.

longtemps que la Communauté n'a pas exercé les siennes⁷⁶¹. Appliqué aux compétences externes, ce principe implique l'exclusivité de la compétence de la Communauté dès lors que des règles communes ont été adoptées au plan interne, que ces règles relèvent des politiques communes⁷⁶², des politiques communautaires⁷⁶³ ou de l'harmonisation des législations nationales, pourvu dans ce cas que l'harmonisation soit complète⁷⁶⁴. En effet, la justification de l'exclusivité de la compétence repose plus largement sur l'analyse des effets de la conclusion de l'accord sur les règles communautaires, comme la Cour a eu l'occasion de le préciser dans l'avis 1/03 du 7 février 2006⁷⁶⁵. Cependant, dès lors que la compétence externe intervient dans un domaine dans lequel la compétence normative interne n'a pas été préalablement exercée, ce type de justification ne peut être retenu, et il semble que la compétence soit alors nécessairement exclusive⁷⁶⁶.

335.- L'application d'une méthode d'interprétation téléologique, combinée à la consécration de concepts régulateurs tels que le principe de préemption, l'obligation de coopération loyale figurant à l'article 10 TCE⁷⁶⁷ ou encore le principe de cohérence de l'action extérieure de la Communauté⁷⁶⁸ permet en définitive de faire de la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres une matière en perpétuelle évolution et ainsi de renforcer le champ des compétences communautaires.

⁷⁶¹ CJCE, 14 juillet 1976, Kramer, aff. précitée, spéc. pts. 39 et 40 : « la Communauté n'ayant pas encore exercé pleinement ses fonctions en la matière [...] les Etats membres avaient le pouvoir d'assumer [...] des engagements relatifs à la conservation des ressources biologiques de la mer. [...] Il y a lieu de préciser, [...] que cette compétence des Etats membres n'a qu'un caractère transitoire ».

⁷⁶² CJCE, 31 mars 1971, Commission c/ Conseil (AETR), aff. préc., pts. 17 et 18.

⁷⁶³ CJCE, avis 2/91 du 19 mars 1993, Convention n°170 de l'Organisation internationale du Travail concernant la sécurité dans l'utilisation des produits chimiques au travail, *Rec.* p. I-10/61, pts. 18 et s.

⁷⁶⁴ CJCE, avis 1/94 du 15 novembre 1994, Accords GATs et TRIPs, *Rec.* p. I-5667, spéc. pt. 77. Voir aussi CJCE, avis 2/92 du 24 mars 1995, Troisième décision de l'OCDE relative au traitement national, *Rec.* p. I-521 ; CJCE, avis 2/00 du 6 décembre 2001, Protocole de Cartagena, *Rec.* p. I-9713, pt. 46.

⁷⁶⁵ Selon la Cour, « l'existence d'une compétence, de surcroît non expressément prévue par le traité et de nature exclusive, doit trouver son fondement dans des conclusions tirées d'une analyse concrète de la relation qui existe entre l'accord envisagé et le droit communautaire en vigueur et dont il ressort que la conclusion d'un tel accord est susceptible d'affecter les règles communautaires », CJCE, avis 1/03 du 7 février 2006, Nouvelle convention de Lugano, *Rec.* p. I-1145, spéc. pt. 124. Pour un commentaire de cette décision, voir *RDUE*, 2006, p. 472-478, obs. Thien Uyen DO.

⁷⁶⁶ Voir à ce titre Valérie MICHEL, « Les compétences externes implicites : continuité jurisprudentielle et clarification méthodologique », art. préc., spéc. p. 8.

⁷⁶⁷ Voir par exemple les arrêts « open skies » du 5 novembre 2002, sanctionnant certains Etats membres pour avoir conclu, en violation de l'article 10 CE, des accords internationaux concernant les tarifs aériens pratiqués par les transporteurs désignés par les Etats-Unis d'Amérique sur des liaisons intracommunautaires, CJCE, 5 novembre 2002, Commission c/ Allemagne, aff. C-476/98, *Rec.* p. I-9855, spéc. pt. 137.

⁷⁶⁸ Voir à ce titre CJCE, 20 mai 2008, Commission c/ Conseil, aff. C-91/05, non encore publié au *Recueil, Europe*, 2008, comm. 217, obs. Denys SIMON.

Parallèlement aux principes gouvernant la dévolution des compétences, qui revêtent une importance fondamentale dans la mesure où le transfert de compétences au profit de la Communauté est réputé être « total et définitif »⁷⁶⁹, il existe des principes conditionnant l'exercice des compétences communautaires.

b. L'apport de la jurisprudence à la régulation de l'exercice des compétences communautaires

Parmi les principes gouvernant l'exercice des compétences communautaires, les principes de subsidiarité et de proportionnalité sont susceptibles d'emporter des conséquences contradictoires sur la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres.

336.- Les principes de subsidiarité et de proportionnalité, consacrés par le traité de Maastricht aux côtés du principe d'attribution des compétences, ont vocation à réguler l'exercice des compétences communautaires. Le principe de subsidiarité, qui ne trouve à s'appliquer que dans les domaines de compétences concurrentes ou partagées, est formulé de telle manière qu'il puisse impliquer aussi bien une extension des compétences communautaires qu'une limitation de celles-ci⁷⁷⁰. Cependant, il participe incontestablement d'une volonté des Etats membres de renverser la tendance précédemment décrite ayant conduit à leur dessaisissement progressif au profit des Communautés. La consécration formelle du principe jurisprudentiel de proportionnalité participe de la même volonté de rationaliser l'action des institutions communautaires, ici en limitant l'intensité normative de l'action des institutions à ce qui est strictement nécessaire à la réalisation des objectifs visés⁷⁷¹.

⁷⁶⁹ CJCE, 5 mai 1981, Commission c/ Royaume-Uni, aff. 804/79, *Rec.* p. 1045, spéc. pt. 20. Voir déjà dans l'arrêt Costa c/ ENEL précité, spéc. p. 1160 : « le transfert opéré par les Etats [...] entraîne une limitation définitive de leurs droits souverains ». La Cour a aussi jugé qu'« un dessaisissement des attributions [...] conférées et le retour des objets qu'elles concernent dans le domaine de compétence des seuls Etats ne pourrait intervenir qu'en vertu d'une disposition expresse du traité », c'est-à-dire d'une révision formelle des traités. CJCE, 14 décembre 1971, Commission c/ France, aff. 7/71, *Rec.* p. 1003, spéc. pt. 20.

⁷⁷⁰ Voir sur ce point Hervé BRIBOSIA, « Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres », *RMUE*, n° 4/1992, pp. 165- 188.

⁷⁷¹ Sur l'application de ce principe par le juge communautaire, voir Kosmas BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, *op. cit.*, spéc. pp. 765 et s.

337.- Cette préoccupation des Etats membres semble avoir été entendue par la Cour de justice et, après une effusion des compétences communautaires, la jurisprudence récente semble s'orienter vers une interprétation plus stricte des compétences communautaires, notamment par la mise en œuvre du principe de subsidiarité. Ainsi la Cour ne limite plus son contrôle relatif au principe de subsidiarité à la seule question de la motivation⁷⁷², mais vérifie, sur le fond, que l'action menée se justifie en se référant tant aux réglementations nationales qu'à la nécessité et à l'intensité de l'action communautaire.

338.- Plus largement, la Cour adopte depuis quelques temps une lecture plus stricte du champ des compétences communautaires, ce contrôle étant particulièrement poussé en ce qui concerne les actes fondés sur l'article 95 (ex-art. 100 A) TCE, relatif au rapprochement des législations⁷⁷³. Ainsi, la Cour a annulé la directive de 1998 relative à la publicité en faveur des produits du tabac dont les dispositions dépassaient le champ de ce qui était permis par l'article 95 du traité CE, refusant que la Communauté puisse par ce biais porter atteinte aux domaines de compétence réservés aux Etats⁷⁷⁴. De plus, malgré la consécration jurisprudentielle de la possibilité pour la Communauté d'imposer des sanctions pénales pour certains comportements portant une atteinte grave aux intérêts communautaires⁷⁷⁵, le champ d'action du droit communautaire ne saurait être illimité. Ainsi, la détermination du type et du niveau des sanctions pénales ne relève pas de la compétence communautaire, ainsi que l'a jugé la Cour dans un arrêt du 23 octobre 2007⁷⁷⁶. De même, la Cour a annulé la décision du Conseil portant conclusion de l'accord dit « PNR »⁷⁷⁷ au motif que celui-ci « a pour objet la

⁷⁷² Le contrôle de la Cour sur le respect du principe de subsidiarité et sa restriction au contrôle de la motivation est particulièrement visible dans l'arrêt CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne c/ Parlement européen et Conseil*, aff. C-233/94, *Rec. p. I-3405*, spéc. pts. 24 et s.

⁷⁷³ Voir par exemple CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco et Imperial Tobacco*, aff. C-491/01, *Rec. p. I-11453*, spéc. pts. 177 à 185 ; CJCE, 22 mai 2003, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-103/01, *Rec. p. I-5369*, spéc. pts 46-47.

⁷⁷⁴ CJCE, 5 octobre 2000, *Allemagne c/ Parlement et Conseil* (affaire dite de la publicité pour les produits du tabac), aff. C-376/98, *Rec. p. 8419*. Pour le rejet du recours dirigé contre la directive n° 2003/33/CE, adoptée suite à cet arrêt, voir CJCE, 12 décembre 2006, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, aff. C-380/03, *Rec. p. I-11573*, *RDUE*, 2007, pp. 188-195, obs. Elise MUIR.

⁷⁷⁵ CJCE, 13 septembre 2005, *Commission c/ Conseil*, aff. C-176/03, *Rec. p. I-7879*, spéc. pt 48. Pour un commentaire de cette décision, voir par exemple l'article de Henri LABAYLE, « L'ouverture de la jarre de Pandore, réflexions sur la compétence de la Communauté en matière pénale », *CDE*, n° 3-4/2006, pp. 379-428.

⁷⁷⁶ CJCE, 23 octobre 2007, *Commission c/ Conseil*, aff. C-440/05, *Rec. p. I-9097*, *RDUE*, 2008, pp. 173-181, obs. Eulalia SANFRUTOS CANO.

⁷⁷⁷ Décision du Conseil n° 2004/496/CE du 17 mai 2004 concernant la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et les Etats-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données détenues par des transporteurs aériens au bureau des douanes et de la protection des frontières des Etats-Unis, *JOUE* n° L 183 du 20 mai 2004, pp. 83-85.

sécurité publique et les activités de l'Etat relatives à des domaines du droit pénal »⁷⁷⁸ et ne saurait de ce fait être couvert par les bases juridiques utilisées.

339.- Enfin, la Cour s'est aussi attachée à encadrer les compétences d'exécution du droit communautaire par les Etats membres. Il s'agit ici de la répartition « verticale » des compétences entre les Etats membres et les Communautés, selon laquelle en l'absence de compétences d'exécution conférées aux institutions communautaires par les traités, ce sont les Etats qui sont responsables de l'application du droit communautaire au sein de leurs ordres juridiques. Si l'exécution nationale du droit communautaire est gouvernée par le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats⁷⁷⁹, celle-ci ne saurait être absolue, dans la mesure où cette reconnaissance risquerait de remettre en cause l'exigence d'uniformité du droit communautaire. La Cour a donc progressivement encadré cette autonomie par les principes d'équivalence et d'effectivité qui encadrent l'office du juge national, juge communautaire de droit commun⁷⁸⁰. Selon ces principes, les voies de recours ouvertes aux actions fondées sur le droit communautaire ne doivent pas être moins favorables que celles ouvertes aux actions fondées sur le droit interne. Corrélativement, les voies de droit nationales ne doivent pas aboutir à rendre pratiquement impossible, ou du moins excessivement difficile, les actions fondées sur le droit communautaire⁷⁸¹. En outre, le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats doit s'effacer lorsque sont en cause les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique communautaire, dont le respect s'impose aux Etats lorsqu'ils agissent dans le champ du droit communautaire⁷⁸². Cet encadrement de l'office du juge national s'est intensifié jusqu'à contraindre le juge national à s'affranchir des règles nationales⁷⁸³, voire à écarter, sous certaines conditions, des principes

⁷⁷⁸ CJCE, 30 mai 2006, Parlement européen c/ Conseil et Commission, aff. jointes C-317 et C-318/04, *Rec.* p. I-4721, pts. 56 et s.

⁷⁷⁹ Selon ce principe, « dans les cas où la mise en œuvre d'un règlement communautaire incombe aux autorités nationales, il convient d'admettre qu'en principe cette application se fasse dans le respect des formes et procédures du droit national », CJCE, 11 février 1971, Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor, aff. 39/70, *Rec.* p. 49, spéc. pt. 4. Sur ce principe voir notamment Joël RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 5^{ème} édition, 2006, 1281 pages, spéc. pp. 896 et s.

⁷⁸⁰ Voir, pour une formulation particulièrement détaillée des obligations découlant de ces principes, CJCE, 21 septembre 1983, Deutsche Milchkontor, aff. jointes 205 à 215/82, *Rec.* p. 2633.

⁷⁸¹ Voir, pour une application récente de ce principe à la responsabilité des Etats du fait des violations du droit communautaire imputables aux juridictions nationales, CJCE, 13 juin 2006, Traghetti del Mediterraneo, aff. C-173/03, *Rec.* p. I-5177.

⁷⁸² CJCE, 10 avril 2003, Steffensen, aff. C-276/01, *Rec.* p. I-3735, *Annuaire de droit européen*, n° 1/2003, chron. de jurisprudence de la CJCE, spéc. pp. 501-503, obs. Dominique RITLENG.

⁷⁸³ Voir par exemple CJCE, 19 novembre 1990, Factortame, aff. C-213/89, *Rec.* p. I-2433, spéc. pt. 23 : « la juridiction nationale qui, saisie d'un litige concernant le droit communautaire, estime que le seul obstacle qui

tels que l'autorité de la chose jugée⁷⁸⁴ ou encore le principe de sécurité juridique⁷⁸⁵ afin de donner leur plein effet aux dispositions de droit communautaire. Elle peut même aboutir à encadrer la compétence pénale des Etats membres, selon le principe dit de « pénalisation appropriée », lorsque seules des règles de cette nature sont à même de correspondre à l'exigence jurisprudentielle de prévoir des sanctions « effectives, dissuasives et proportionnées »⁷⁸⁶. Conférant une « investiture directe »⁷⁸⁷ au juge national, le principe de coopération loyale, appliqué à l'exécution du droit communautaire, possède un effet structurant dans la mesure où il contribue à dresser les contours du statut d'Etat membre de l'Union européenne⁷⁸⁸.

340.- Par conséquent, la jurisprudence de la Cour de justice en matière de répartition des compétences a contribué à accroître le domaine d'intervention du droit communautaire au-delà des limites des compétences qui lui étaient expressément assignées par les Etats fondateurs. M. Maduro a qualifié d'« européanisation »⁷⁸⁹ ce processus d'extension des compétences communautaires, qui aboutit à communautariser les fonctions étatiques traditionnelles. Si la jurisprudence de la Cour en la matière peut être analysée, du fait de

s'oppose à ce qu'elle ordonne des mesures provisoires est une règle du droit national, doit écarter l'application de cette règle ».

⁷⁸⁴ CJCE, 18 juillet 2007, Lucchini, aff. C-119/05, *Rec.* p. I-6199, spéc. pts 60-63. Pour un commentaire de cet arrêt voir *Europe*, 2007, comm. 235, obs. Denys SIMON. Voir aussi CJCE, 28 juin 2001, Larys, aff. C-118/00, *Rec.* p. I-5063.

⁷⁸⁵ Voir notamment CJCE, 12 février 2008, Willy Kempter KG, aff. C-2/06, non encore publié au *Recueil*, *Europe*, 2008, comm. 107, obs. Denys SIMON. Dans cet arrêt, la Cour affirme que si le droit communautaire n'exige pas qu'un organe administratif soit, en principe, obligé de revenir sur une décision administrative ayant acquis un caractère définitif, « des circonstances particulières peuvent être susceptibles, en vertu du principe de coopération découlant de l'article 10 CE, d'imposer à un organe administratif national de réexaminer une décision administrative devenue définitive à la suite de l'épuisement des voies de recours internes, afin de tenir compte de l'interprétation d'une disposition de droit communautaire pertinente retenue postérieurement par la Cour » (pt. 38). Voir aussi, pour une formulation similaire, CJCE, 13 janvier 2004, Kühne & Heitz, aff. C-453/00, *Rec.* p. I-837, pt. 27, *Europe*, 2004, comm. 66, obs. Denys SIMON et *Annuaire de droit européen*, n° 2/2004, chron. de jurisprudence de la CJCE, spéc. pp. 739-744, obs. Dominique RITLÉNG.

⁷⁸⁶ Voir par exemple CJCE, 8 juillet 1999, Procédures pénales c/ MA Nunes, aff. C-186/98, *Rec.* p. 4883, spéc. pt. 14 : « l'article 5 impose aux Etats membres de prendre toutes mesures effectives pour sanctionner des comportements qui portent atteinte aux intérêts financiers de la Communauté. De telles mesures peuvent inclure des sanctions pénales même lorsque la réglementation communautaire ne prévoit qu'une sanction de nature civile. La sanction prévue doit être [...] effective, proportionnée et dissuasive ».

⁷⁸⁷ Denys SIMON, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? », *L'Europe et le droit, mélanges en hommage à Jean Boulois*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 481-493, spéc. p. 491.

⁷⁸⁸ Sur cette question, voir Muriel BARBIER-LE BRIS, « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les Etats membres de l'Union européenne, des Etats pas comme les autres », in *Le droit de l'Union européenne en principes, liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Editions Apogée, 2006, pp. 419-457.

⁷⁸⁹ Cf. Miguel Poiaras MADURO, « Where to look for legitimacy ? », communication présentée à la conférence de l'Arena qui s'est déroulée en mars 2002, à Oslo, sur le thème suivant : *Democracy and European Governance*. Texte de la communication disponible à l'adresse suivante : <http://www.arena.uio.no/events/Conference2002/documents/Maduro.doc>.

l'extension du champ d'action de l'ordre juridique communautaire, comme entraînant une constitutionnalisation matérielle des traités fondateurs, elle renforce aussi la structuration de cet ordre juridique. En effet, en l'absence de clause permettant d'opérer un partage clair des compétences entre les deux niveaux de gouvernement, c'est la Cour qui a dégagé des principes gouvernant tant la dévolution que l'exercice des compétences. Cette fonction de juge répartiteur des compétences est consubstantielle à la perception constitutionnelle de l'entreprise communautaire⁷⁹⁰ et c'est en ce sens que la Cour a pu juger, dans son avis relatif au protocole de Carthagène, que le choix de la base juridique revêtait « une importance de nature constitutionnelle »⁷⁹¹. Le contrôle de la Cour sur le choix de la base juridique des actes de droit communautaire constitue en effet l'une des garanties de la répartition des compétences et, au-delà, du maintien de l'existence des Etats-membres. En cela elle est, conformément à sa mission, gardienne des équilibres voulus par les fondateurs et de l'idée d'œuvre qu'ils ont souhaité institutionnaliser par le biais des traités. L'idée d'œuvre est de même présente dans la jurisprudence de la Cour relative à la répartition des pouvoirs entre les institutions communautaires.

2. La répartition des pouvoirs entre les institutions communautaires

341.- La répartition des pouvoirs entre les institutions relève de la compétence de la Cour au titre de la mission qui lui a été confiée d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités. Cette fonction lui permet de vérifier si les institutions ont fait une utilisation correcte des dispositions des traités et, en particulier, si le choix de la base juridique ne dissimule pas la volonté de porter atteinte aux droits des autres institutions. Très souvent, le contentieux de la base juridique est ainsi élevé pour régler un conflit interinstitutionnel, mais il permet en même temps à la Cour de statuer sur la

⁷⁹⁰ Sur ce point voir Hélène GAUDIN, « La répartition des compétences Communauté-Etats membres. Un Janus constitutionnel », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs : mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 629-647.

⁷⁹¹ CJCE, 6 décembre 2001, Protocole de Cartagena, avis 2/00, *Rec.* p. 9713, spéc. pt. 5. Cette formule a été reprise par l'avocat général Léger, dans les conclusions présentées le 22 novembre 2005, dans les affaires jointes C-317/04 et C-318/04, Parlement c/ Conseil et Commission, *Rec.* p. 4721. Sur la dimension « constitutionnelle » du contrôle de la base juridique, voir Christian KOHLER et Jean-Charles ENGEL, « La choix approprié de la base juridique pour la législation communautaire : enjeux constitutionnels et principes directeurs », *Europe*, n° 1/2007, Etude 1, pp. 5-10.

répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres, voire sur la ventilation opérée entre les différents piliers sur lesquels repose l'Union européenne⁷⁹².

C'est d'ailleurs la question de l'articulation entre les différents piliers qui est à l'origine de l'arrêt du 13 septembre 2005 dans lequel la Cour a reconnu la compétence de la Communauté en matière pénale⁷⁹³. En effet, la Commission contestait ici la décision-cadre du Conseil relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, critiquant le choix de fonder un tel acte sur le titre VI du traité sur l'Union européenne. Si la répartition des pouvoirs entre les institutions constituait l'enjeu immédiat de la requête (la Commission n'ayant pas le monopole de l'initiative dans le troisième pilier et le Parlement européen n'étant pas co-législateur), la question de la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres était prépondérante du fait de la sensibilité de la matière en jeu. Cet arrêt illustre par conséquent tant le double enjeu du contentieux de la base juridique que le pouvoir conféré à la Cour par ce biais, que certains ont pu comparer à une véritable « compétence de la compétence ». En effet, par cet arrêt qui selon M. Labayle « renoue avec l'esprit de ses jurisprudences fondatrices »⁷⁹⁴, la Cour a posé les soubassements d'une compétence communautaire dans le domaine régalién du droit de punir, confirmant l'envergure constitutionnelle du contentieux de la base juridique.

342.- Liée à la répartition des compétences entre les Etats et la Communauté, la question de la répartition des pouvoirs entre les institutions ne s'y résume cependant pas. Elle a en effet acquis une relative autonomie dans la jurisprudence de la Cour, lui permettant de faire respecter les équilibres mis en place par les fondateurs. Le juge communautaire a pour ce faire dégagé le principe d'« équilibre institutionnel »⁷⁹⁵, qui trouve une expression particulière dans le contentieux dit de la base juridique.

⁷⁹² Voir par exemple CJCE, 12 mai 1998, Commission c/ Conseil (affaire dite des « visas aéroportuaires »), aff. C-170/96, *Rec.* p. I-2763. Dans cet arrêt la Cour a jugé qu'il lui incombait de « veiller à ce que les actes dont le Conseil prétend qu'ils relèvent de l'article K.3 [devenu 31], paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne n'empiètent pas sur les compétences que les dispositions du traité CE attribuent à la Communauté » (*ibid.*, spéc. pts. 16 et 17). Cette solution était d'autant plus innovante que la Cour était à l'époque quasiment incompétente à l'égard du troisième pilier. Voir de même CJCE, 20 mai 2008, aff. C-91/05, Commission c/ Conseil, non encore publié au *Recueil, Europe*, 2008, comm. 217, obs. Denys SIMON. Dans cet arrêt, le conflit interinstitutionnel dissimulait soulevait la question de la répartition des compétences entre le titre V TUE et les dispositions du traité CE relatives à la coopération au développement.

⁷⁹³ CJCE, 13 septembre 2005, Commission c/ Conseil, aff. précitée.

⁷⁹⁴ Henri LABAYLE, « L'ouverture de la jarre de Pandore, réflexions sur la compétence de la Communauté en matière pénale », *CDE*, n° 3-4/2006, pp. 379-428, spéc. p. 381.

⁷⁹⁵ CJCE, 13 juin 1958, Meroni, aff. 10/56, *Rec.* p. 53.

En effet, le choix d'une base juridique au lieu d'une autre peut avoir des répercussions sur l'équilibre institutionnel, dans la mesure où il détermine la procédure à suivre pour adopter l'acte et, en particulier, les modalités de vote au Conseil et l'étendue de l'association du Parlement. La Cour contrôle ainsi les fondements de l'acte envisagé et annule celui-ci s'il est fondé sur une base juridique erronée. Sous cet angle, le recours au principe de l'équilibre institutionnel vise à préserver la répartition des pouvoirs entre les institutions, qui ne peuvent outrepasser les limites qui leur sont fixées ni *a fortiori* étendre leurs pouvoirs au détriment des pouvoirs des autres institutions. Le principe de l'équilibre institutionnel est ici fonctionnellement équivalent au principe de séparation des pouvoirs, dont l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen nous enseigne qu'il s'agit s'une caractéristique essentielle de toute constitution.

343.- Le principe d'équilibre institutionnel constitue, plus largement, l'une des techniques utilisées par la Cour pour préserver les choix opérés par les fondateurs et, à travers eux, l'idée d'œuvre qu'ils ont cherché à institutionnaliser par le biais des traités. En effet, la structure institutionnelle communautaire est fondée sur une répartition des pouvoirs entre les différentes institutions, celles-ci intervenant selon une procédure et avec un poids respectif différents suivant les secteurs considérés. Comme l'a montré M. Jean-Paul Jacqué, « le fonctionnement du processus décisionnel a été largement conditionné par les intérêts en cause dans chaque secteur »⁷⁹⁶, les domaines touchant aux compétences régaliennes des Etats tels que la fiscalité ou la politique sociale étant traditionnellement réservés à l'intervention du Conseil, statuant à l'unanimité, tandis que les secteurs moins sensibles pouvaient s'accommoder d'une participation plus ou moins importante du Parlement européen. C'est parce que la répartition des pouvoirs entre les institutions est d'une importance capitale au regard des objectifs des traités, à savoir l'intégration, d'une part, et le maintien de l'existence des Etats, d'autre part, que la Cour se doit de faire respecter l'équilibre institutionnel tel qu'il résulte des traités fondateurs.

La jurisprudence de la Cour relative à la délégation de compétences témoigne de cette préoccupation. Ainsi, dans l'arrêt Meroni précité, la Cour a jugé que le principe de l'équilibre institutionnel s'opposait à ce qu'une institution délègue, en dehors de toute stipulation du traité, un pouvoir discrétionnaire à des organismes juridiquement distincts et dotés de

⁷⁹⁶ Jean-Paul JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne, op. cit.*, p. 215.

pouvoirs propres (en l'espèce, il s'agissait des « organismes de Bruxelles », chargés par la Haute autorité de la péréquation des ferrailles importées).

La « comitologie », pratique du Conseil consistant à mettre en place des comités composés de représentants des Etats membres, dont la tâche consiste à encadrer la Commission dans l'exercice des compétences d'exécution qui peuvent lui être déléguées, a de même été examinée à l'aune du principe d'équilibre institutionnel. Dans la mesure où les « comités de gestion »⁷⁹⁷ n'ont pas le pouvoir de prendre une décision aux lieux et place de la Commission et du Conseil, leur création n'est selon la Cour pas susceptible de « fausser la structure communautaire et l'équilibre institutionnel »⁷⁹⁸. En revanche, l'institution d'un fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure, extérieur aux Communautés et auquel il était prévue de confier des pouvoirs appartenant aux institutions, a été considérée par la Cour comme une « modification de la Constitution interne de la Communauté par l'altération d'éléments essentiels de la structure communautaire en ce qui concerne [...] les prérogatives des institutions »⁷⁹⁹.

Enfin, la pratique du Conseil consistant à créer des bases juridiques dérivées a récemment été rejetée par la Cour, dans la mesure où un tel choix avait pour conséquence de contourner les règles du traité prévoyant l'association du Parlement selon la procédure de codécision et portait donc atteinte au principe d'équilibre institutionnel⁸⁰⁰. Rappelant que « les règles relatives à la formation de la volonté des institutions communautaires sont établies par le traité et ne sont à la disposition ni des Etats membres ni des institutions »⁸⁰¹, la Cour a par là même formulé un « principe d'indisponibilité des compétences »⁸⁰² des institutions, découlant du principe d'équilibre institutionnel.

344.- La jurisprudence de la Cour visant à garantir la répartition des pouvoirs entre les institutions est matériellement constitutionnelle par sa similitude avec le principe de

⁷⁹⁷ Les comités de gestion sont chargés de donner des avis à la Commission sur les mesures d'exécution que celle-ci souhaite prendre. Si la Commission peut prendre une mesure quel que soit l'avis du comité de gestion, un avis négatif de sa part l'oblige cependant à communiquer le contenu des mesures envisagées au Conseil, qui peut, le cas échéant, se ménager une faculté d'évocation.

⁷⁹⁸ CJCE, 17 décembre 1970, Köster (affaire dite « comitologie »), aff. 25/70, *Rec.* p. 1161, pt. 9.

⁷⁹⁹ CJCE, 26 avril 1977, Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure, avis 1/76, *Rec.* p. 754, pt. 12.

⁸⁰⁰ CJCE, 6 mai 2008, Parlement c/ Conseil, aff. C-133/06, non encore publié au *Recueil, Europe*, 2008, comm. 228, obs. Fabienne KAUFF-GAZIN.

⁸⁰¹ *Ibid.*, pt. 54.

⁸⁰² Selon la formule utilisée par l'avocat général M. Maduro, dans ses conclusions présentées le 27 septembre 2007 dans l'affaire C-133/06, précitée, pt. 30.

séparation des pouvoirs. Le principe d'équilibre institutionnel qui fonde cette jurisprudence permet ainsi de limiter l'action des différentes institutions, de telle sorte que celles-ci ne puissent porter atteinte aux choix essentiels effectués par les fondateurs. Mais le principe d'équilibre institutionnel comporte aussi une autre dimension, plus dynamique, qui a permis de développer une autre facette des traités communautaires : il s'agit du principe démocratique.

B. Le développement jurisprudentiel du principe démocratique

345.- A l'origine, la légitimation démocratique des Communautés était censée découler en premier lieu du contrôle exercé par les parlements nationaux sur les représentants des gouvernements siégeant au Conseil. La légitimation émanant de l'assemblée composée de représentants élus des peuples européens ne devait être qu'accessoire, comme en témoigne la relative inconsistance des pouvoirs qui lui étaient initialement conférés par les traités. Limitées à des compétences consultatives et de contrôle, les prérogatives de l'Assemblée, devenue Parlement européen, ont évolué au fil des révisions jusqu'à parvenir à la parité décisionnelle avec le Conseil européen dans le cadre de la procédure de codécision. La légitimation démocratique de l'ordre juridique communautaire a alors davantage pris appui sur le Parlement européen, le préambule de l'Acte unique européen affirmant à cet égard que cette institution constitue « un moyen d'expression indispensable [...] des peuples démocratiques européens ». La Cour, par sa jurisprudence intégratrice, a contribué à accroître les prérogatives du Parlement européen, faisant ainsi du principe démocratique un principe à valeur juridique. Ce faisant, elle a incontestablement œuvré en faveur de la transposition, à la sphère communautaire, du modèle de la démocratie parlementaire qui structure les ordres juridiques étatiques (1.). Dans le même temps, l'édification jurisprudentielle d'un statut du citoyen européen participe de la légitimation de l'Union européenne sur le modèle de la démocratie représentative (2.).

1. L'accroissement des prérogatives du Parlement européen et l'édification progressive d'une démocratie parlementaire européenne

L'action de la Cour de justice en faveur du développement des prérogatives du Parlement européen a pris appui sur le principe d'équilibre institutionnel, qui a été

instrumentalisé, à la manière d'un cheval de Troie démocratique, tant pour donner leur plein effet aux attributions embryonnaires du Parlement européen que pour attribuer, de manière parfois controversée, de nouveaux pouvoirs à cette institution.

346.- Le contentieux de la base juridique a tout d'abord permis à la Cour de donner leur pleine effectivité aux dispositions des traités aménageant les pouvoirs du Parlement européen. Dans la mesure où le choix de la base juridique peut avoir, nous l'avons vu, des conséquences sur l'association du Parlement européen à la procédure décisionnelle, la Cour s'est employée à vérifier que ce choix ne visait pas à restreindre les droits de cette institution. Ainsi, elle a pu juger que s'il est permis, à titre exceptionnel, de recourir à une double base juridique⁸⁰³, c'est à la double condition que les procédures prévues par les différents articles ne soient pas incompatibles et qu'elles ne portent pas atteinte aux droits du Parlement⁸⁰⁴.

De même, la jurisprudence de la Cour s'est attachée à faire respecter l'obligation de consultation du Parlement européen dans les cas où celle-ci est prévue par les traités. Qualifiée d'« élément essentiel de l'équilibre institutionnel voulu par le traité »⁸⁰⁵, l'omission de la consultation du Parlement européen peut entraîner l'annulation de l'acte litigieux pour violation des formes substantielles. La Cour a ensuite précisé le contenu de cette obligation de consultation, déployant les conséquences juridiques du principe d'équilibre institutionnel. Ainsi, ce principe implique non seulement que la consultation ait lieu lorsque cela est prévu par les traités, mais encore que le Conseil laisse au Parlement le temps nécessaire pour que celui-ci puisse rendre son avis, au besoin en convoquant une session extraordinaire⁸⁰⁶. De même, le principe d'équilibre institutionnel serait méconnu si le Parlement européen n'était pas mis en mesure de se prononcer à nouveau sur le texte soumis

⁸⁰³ Voir par exemple CJCE, 10 janvier 2006, *Commission c/ Parlement et Conseil*, aff. 178/03, *Rec.* p. 107. En l'espèce la Cour a admis le recours à une double base juridique, dans la mesure où « sur le plan de ses finalités comme sur celui de son contenu, le règlement attaqué [règlement n° 304/2003 concernant les exportations et importations de produits chimiques dangereux] comporte en effet des composantes commerciale et environnementale qui sont liées d'une façon tellement indissociable qu'un recours conjoint aux articles 133 CE et 175, paragraphe 1, CE s'imposait pour l'adoption de cet acte ».

⁸⁰⁴ CJCE, 26 mars 1987, *Commission c/ Conseil* (affaire dite « dioxyde de titane »), aff. 45/86, *Rec.* p. 1493. Voir aussi CJCE, 25 février 1999, *Parlement/Conseil*, aff. C-164/97 et C-165/97, *Rec.* p. 1139. Cette vérification a été effectuée par la Cour dans deux arrêts du même jour : CJCE, 10 janvier 2006, *Commission c/ Parlement et Conseil*, aff. 178/03, préc., et CJCE, 10 janvier 2006, *Commission c/ Conseil* (affaire dite « convention de Rotterdam »), aff. 94/03, *Rec.* p. 1.

⁸⁰⁵ CJCE, 29 octobre 1980, *Roquette* (affaire dite « isoglucose »), aff. 138/79, *Rec.* p. 3333.

⁸⁰⁶ CJCE, 29 octobre 1980, *Roquette*, aff. préc. Il convient toutefois de noter que le Parlement européen est tenu d'une obligation de coopération loyale avec les institutions impliquant qu'il rende son avis dans un délai raisonnable, afin que le Conseil puisse adopter l'acte envisagé en temps utile. Voir à ce titre CJCE, 30 mars 1995, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-65/93, *Rec.* p. 643.

au vote du Conseil, lorsque celui-ci diffère sensiblement de la proposition sur la base de laquelle il avait initialement été consulté⁸⁰⁷. Enfin, le même principe impose qu'une directive d'exécution, modifiant une directive de base adoptée après consultation du Parlement, soit elle-même adoptée après consultation de cette institution⁸⁰⁸.

La volonté de la Cour de donner son plein effet à la consultation du Parlement européen a été clairement reliée à la dimension démocratique en germe de la Communauté. En effet, dans l'arrêt Roquette du 29 octobre 1980, la Cour a dit pour droit que « la participation effective du Parlement au processus législatif de la Communauté, selon les procédures prévues par le traité [...] constitue l'expression d'un principe démocratique fondamental, selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative »⁸⁰⁹. L'équilibre institutionnel, dans son acception « préservatrice » des équilibres existants, a donc permis de rendre effective la procédure de consultation, principale voie d'expression de la démocratie représentative au début de la construction communautaire. En cela, ce principe peut être considéré, comme l'a montré le professeur Constantinesco, comme « la manifestation de la volonté de rendre effectif le principe démocratique dans un cadre international »⁸¹⁰.

347.- Mais le principe d'équilibre institutionnel, contrairement à ce que pourrait laisser entendre son appellation même, possède une véritable dimension dynamique, la Cour l'ayant utilisé afin de faire évoluer, en marge des révisions des traités, le droit communautaire originaire.

En effet, c'est sur la base de l'équilibre institutionnel que la Cour a bâti sa jurisprudence relative à la « légitimation active » du Parlement européen. Celle-ci a été admise dans l'arrêt « Tchernobyl » du 22 mai 1990⁸¹¹, par un raisonnement fondé, non plus sur la dimension statique de l'équilibre institutionnel, mais sur une analyse dynamique des conséquences que ce principe implique. Ainsi, la Cour a jugé que sa mission de veiller au

⁸⁰⁷ CJCE, 1^{er} juin 1994, Parlement c/ Conseil, aff. C-388/92, *Rec.* p. 2067. La « reconsultation » du Parlement ne s'impose toutefois qu'en cas de « modification substantielle » de la proposition initiale, sauf si cette modification substantielle résulte de la reprise d'amendements proposés par le Parlement. A cet égard, voir, CJCE, 16 juillet 1992, Parlement c/ Conseil, aff. C-65/90, *Rec.* p. 4593.

⁸⁰⁸ CJCE, 18 juin 1996, Parlement c/ Conseil, aff. C-303/94, *Rec.* p. 29/43.

⁸⁰⁹ CJCE, 29 octobre 1980, Roquette, aff. préc., pt. 33.

⁸¹⁰ Vlad CONSTANTINESCO, « L'équilibre institutionnel dans la Constitution de l'Union européenne », in *Le droit de l'Union européenne en principes, liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Editions Apogée, 2006, pp. 481-491, spéc. p. 482.

⁸¹¹ CJCE, 22 mai 1990, Parlement c/ Conseil (affaire dite du « règlement post-Tchernobyl »), aff. C-70/88, *Rec.* p. 2041.

respect du droit impliquait qu'elle puisse assurer le maintien de l'équilibre institutionnel, dont les prérogatives du Parlement forment l'un des « éléments essentiels ». C'est pour assurer la « pleine application des dispositions des traités relatives à l'équilibre institutionnel » que la Cour a décidé de combler la « lacune procédurale » concernant l'exercice, par le Parlement, du recours en annulation. Revenant sur la solution énoncée moins de deux ans auparavant, dans son arrêt « comitologie »⁸¹², la Cour a ainsi jugé que « le Parlement [était] recevable à saisir la Cour d'un recours en annulation dirigé contre un acte du Conseil ou de la Commission, à la condition que ce recours ne tende qu'à la sauvegarde de ses prérogatives et qu'il ne se fonde que sur des moyens tirés de la violation de celles-ci ». Qualifiée par certains auteurs de véritable « révision judiciaire »⁸¹³, cette solution jurisprudentielle tend à aligner le statut contentieux du Parlement européen sur celui du Conseil, afin de renforcer la double légitimité devant structurer les Communautés européennes. Dans la mesure où cette jurisprudence tend à ériger le principe démocratique comme valeur de l'Union⁸¹⁴, elle participe d'une fonction constituante de la Cour de justice.

La définition progressive, par la Cour de justice, d'un statut du citoyen européen, contribue de même au renforcement du principe démocratique dans l'Union européenne.

2. La définition jurisprudentielle d'un statut du citoyen européen

348.- La citoyenneté européenne, consacrée par le traité de Maastricht, confère à tout individu possédant la nationalité d'un Etat membre certains droits définis par les articles 18 à 21 du traité CE (droit de séjour et de circulation sur le territoire des Etats membres, droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales dans l'Etat membre de résidence, droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen, protection diplomatique et consulaire de la part de tout Etat membre, droit de pétition et droit de saisine du médiateur). Par les droits politiques qu'elle confère à ses titulaires, la citoyenneté européenne atteste de la volonté de donner à l'Union européenne un fondement plus démocratique en permettant, dans une mesure certes encore réduite, la participation des individus à l'exercice du pouvoir. En cela la jurisprudence de la Cour, qui s'attache prudemment à approfondir les droits liés à

⁸¹² CJCE, 17 décembre 1970, Köster, aff. préc.

⁸¹³ Cf. Jean-Paul JACQUE, note sous CJCE, 23 avril 1986, « Les Verts », publiée in *RTDE* 1986, pp. 500-511, spéc. p. 505.

⁸¹⁴ Sur le principe de démocratie comme valeur fondatrice de l'ordre juridique communautaire, voir Jean-Paul JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., pp. 74 et s.

la qualité de citoyen, concourt à affermir l’ancrage démocratique de la Communauté et de l’Union européennes.

349.- C’est à propos du droit de séjour et de libre circulation que la jurisprudence de la Cour de justice a connu les développements les plus importants. Aux termes de l’article 18 du traité CE, « tout citoyen de l’Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, *sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent traité et par les dispositions prises pour son application* ». Du fait de sa formulation, l’article 18 n’était tout d’abord apparu que comme un article déclaratoire, sans aucune valeur ajoutée par rapport aux dispositions de droit dérivé organisant la libre circulation des personnes⁸¹⁵ et le droit de séjour des ressortissants communautaires⁸¹⁶.

La Cour, dans sa jurisprudence récente, tend cependant à conférer à l’article 18 une valeur juridique intrinsèque, se manifestant notamment par une interprétation restrictive des conditions posées à la liberté de séjour et de circulation des citoyens européens⁸¹⁷. Ainsi, dans l’arrêt Martinez Sala du 12 mai 1998, l’invocation de la citoyenneté européenne a permis d’élargir le champ d’application *ratione personae* du traité, permettant à la requérante de bénéficier du principe de non-discrimination dans le champ d’application *ratione materiae* du traité⁸¹⁸. Si cette extension du champ d’application *ratione personae* du traité et la reconnaissance consécutive de l’égalité de traitement dans le champ d’application du traité

⁸¹⁵ Selon les traités, la libre circulation des personnes concerne à la fois les travailleurs (article 39 CE), et les personnes exerçant une activité non salariée dans la mesure où elles peuvent se prévaloir de la liberté d’établissement (article 43) ou de la libre prestation de services (article 50). Si l’exercice d’une activité économique conditionne, selon ces dispositions, la libre circulation des personnes, celle-ci peut être soumise à des restrictions tenant à la protection de l’ordre public, de la sécurité publique ou de la santé publique (articles 39, paragraphe 3, et 46, paragraphe 1, CE). Ces dispositions ont été précisées par le règlement n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l’intérieur de la Communauté, *JOCE* n° L 257 du 19 octobre 1968, pp. 2–12.

⁸¹⁶ Le droit de séjour sur le territoire d’un Etat membre bénéficie à tout travailleur possédant la nationalité d’un Etat membre. Il a été aménagé par la directive n° 90/364 du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour (*JOCE* n° L 180 du 13 juillet 1990), puis étendu par voie de directive aux travailleurs salariés et non-salariés ayant cessé leur activité professionnelle et aux étudiants. Ces directives ont été abrogées et remplacées par une directive n° 2004/38 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l’Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, *JOUE* n° L 158 du 30 avril 2004, pp. 77-123.

⁸¹⁷ Cela ressort particulièrement de l’arrêt Baumbast, dans lequel la Cour a jugé qu’ « un citoyen de l’Union européenne qui ne bénéficie plus dans l’Etat membre d’accueil d’un droit de séjour comme travailleur migrant peut, en qualité de citoyen de l’Union, y bénéficier d’un droit de séjour par application directe de l’article 18, paragraphe 1, CE. L’exercice de ce droit est soumis aux limitations et conditions visées à cette disposition, mais les autorités compétentes et, le cas échéant, les juridictions nationales doivent veiller à ce que l’application desdites limitations et conditions soit faite dans le respect des principes généraux du droit communautaire et, notamment, du principe de proportionnalité ». CJCE, 17 septembre 2002, Baumbast, aff. C-413/99, *Rec.* p. I-7091, spéc. pt. 94.

⁸¹⁸ CJCE, 12 mai 1998, Martinez Sala, aff. C-85/96, *Rec.* p. I-2691, spéc. pt. 59 et s.

permettent à tout citoyen européen d'exiger de tout Etat membre un traitement identique aux nationaux⁸¹⁹, elles l'autorisent également à contraindre son propre Etat à lui accorder un traitement qui ne soit pas « moins favorable que celui dont il bénéficierait s'il n'avait pas fait usage des facilités ouvertes par le traité en matière de circulation des personnes »⁸²⁰. La juridiction communautaire a même jugé que le statut de citoyen européen justifiait la mise à l'écart des règles de droit belge régissant l'attribution des noms de famille, afin que les enfants d'un ressortissant espagnol résidant en Belgique puissent se prévaloir du nom dont ils seraient titulaires en vertu des règles de filiation espagnoles⁸²¹. En somme, la Cour paraît s'être engagée sur la voie de la réalisation de l'affirmation selon laquelle « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres »⁸²².

De plus, la Cour s'attache à garantir l'effectivité des dispositions organisant la libre circulation des citoyens de l'Union, en particulier en leur permettant de mener une vie familiale normale sur le territoire de l'Etat membre d'accueil⁸²³. Cette jurisprudence a récemment connu une évolution notable, la Cour étant explicitement revenue, dans un arrêt *Metock* rendu le 25 juillet 2008⁸²⁴, sur la condition posée dans l'arrêt *Akrich* de 2003⁸²⁵ selon laquelle le ressortissant d'un pays tiers, conjoint d'un citoyen de l'Union, doit légalement séjourner dans un Etat membre lorsque son déplacement a lieu vers un autre Etat membre dans lequel le citoyen de l'Union migre ou a migré. La Cour, en prenant appui sur les droits fondamentaux des individus, affranchit progressivement le principe de libre circulation des citoyens des conditions qui pourraient nuire à sa pleine effectivité.

⁸¹⁹ Voir par exemple, pour le droit d'un étudiant français résidant en Belgique au bénéfice du revenu minimum belge, alors même que selon le droit dérivé il aurait dû établir qu'il disposait de ressources suffisantes pour pouvoir vivre en Belgique : CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, *Rec.* p. I-6193.

⁸²⁰ Voir par exemple, pour le calcul de l'impôt sur le revenu, CJCE, 9 nov. 2006, *Turpeinen*, aff. C-520/04, *Rec.* p. I-10695. Voir aussi, pour une condition de résidence exigée en contrepartie du versement de prestations sociales, CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen*, aff. C-192/05, *Rec.* p. I-10451.

⁸²¹ CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, *Rec.* p. I-11613, *Annuaire de droit européen*, n° 1/2003, pp. 504-508, obs. Loïc AZOULAI.

⁸²² CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, *Rec.* p. I-6193, spéc. pt. 31. Voir de même CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, aff. C-224/98, *Rec.* p. I-6191, spéc. pt. 28.

⁸²³ Voir, pour l'affirmation par la Cour de l'importance d'assurer la protection de la vie familiale des ressortissants des Etats membres afin d'éliminer les obstacles à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité CE : CJCE, 11 juillet 2002, *Carpenter*, aff. C-60/00, *Rec.* p. I-6279, pt. 38 ; CJCE, 25 juillet 2002, *MRAX*, aff. C-459/99, *Rec.* p. I-6591, pt. 53 ; CJCE, 14 avril 2005, *Commission c/ Espagne*, aff. C-157/03, *Rec.* p. I-2911, pt. 26 ; CJCE, 31 janvier 2006, *Commission c/ Espagne*, aff. C-503/03, *Rec.* p. I-1097, pt. 41 ; CJCE, 27 avril 2006, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-441/02, *Rec.* p. I-3449, pt. 109.

⁸²⁴ CJCE, 25 juillet 2008, *Metock*, aff. C-127/08, non encore publié au *Recueil*, spéc. pt. 58.

⁸²⁵ CJCE, 23 septembre 2003, *Akrich*, aff. C-109/01, *Rec.* p. I-9607.

On peut en voir un autre exemple dans la jurisprudence de la Cour relative à la soumission du versement de prestations sociales à une condition de résidence sur le territoire de l'Etat qui les dispense. Selon la Cour, une telle condition doit être considérée comme contraire au droit communautaire, dans la mesure où elle tend à dissuader les citoyens européens, bénéficiaires d'une telle prestation, de faire usage des libertés de circulation qui leur sont reconnues par le droit communautaire⁸²⁶. Si l'objectif de limitation de la solidarité aux seules personnes qui sont suffisamment intégrées dans la société est susceptible de constituer, dans certains cas, une raison objective d'intérêt général permettant de justifier une restriction à la liberté de circulation, l'avocat général M. Poiares Maduro invitait la Cour dans ses conclusions dans une affaire Nerkowska à « ne plus concevoir le lien légitime d'intégration uniquement dans le cadre étroit de la communauté nationale mais aussi dans celui plus large de la société des peuples de l'Union »⁸²⁷.

Les solutions consacrées dans ces affaires sont importantes pour l'entreprise de constitutionnalisation dans la mesure où le renforcement du lien entre citoyenneté européenne et droit de séjour et de circulation amorcé par voie prétorienne est à même de développer l'*affectio societatis*⁸²⁸ nécessaire à l'édification d'une véritable démocratie à l'échelle européenne. Sur ce plan, bien qu'encore embryonnaire, la jurisprudence de la Cour relative à la citoyenneté européenne est sans aucun doute matériellement constitutionnelle.

350.- En ce qui concerne les droits politiques en revanche, l'apport de la jurisprudence de la Cour doit être nuancé. Dans deux affaires jugées le 12 septembre 2006, la Cour a en effet autorisé les Etats membres à dissocier l'octroi du titre de citoyen européen (automatiquement accordé aux individus possédant la nationalité d'un Etat membre) et les conditions d'exercice de certains droits politiques liés à cette qualité, par exemple en soumettant l'exercice du droit de vote et d'éligibilité des ressortissants néerlandais, citoyens

⁸²⁶ Voir, pour une pension pour les victimes de la guerre, CJCE, 26 octobre 2006, Tas-Hagen, aff. C-192/05, *Rec.* p. I-10451, pt. 35 et CJCE, 22 mai 2008, Nerkowska, aff. C-499/06, non encore publié au *Recueil*, pts. 31 et s. Voir aussi, à propos de prestations versées à des étudiants, CJCE, 11 juillet 2002, D'Hoop, aff. précitée, pt. 38 et CJCE, 15 mars 2005, Bidar, aff. C-209/03, *Rec.* p. I-2119, pt. 57 et, à propos de prestations versées à des demandeurs d'emploi, CJCE, 23 mars 2004, Collins, aff. C-138/02, *Rec.* p. I-2703, pt. 67, et CJCE, 15 septembre 2005, Ioannidis, aff. C-258/04, *Rec.* p. I-8275, pt. 30.

⁸²⁷ Voir les conclusions de l'avocat général M. Poiares Maduro présentées le 28 février 2008 dans l'affaire C-499/06, Nerkowska, non encore publiées au *Recueil*, spéc. pt. 23.

⁸²⁸ Cf. Vlad CONSTANTINESCO, « Je t'aime, moi non plus ! La société européenne en quête d'affection ? », *in Etat, société et pouvoir à l'aube du XXIe siècle : mélanges en l'honneur de François Borella*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1999, pp. 143-163.

européens, à une condition de résidence sur le territoire européen⁸²⁹, ou en accordant ce même droit à des résidents de Gibraltar ne possédant pas la nationalité d'un Etat membre⁸³⁰. La solution retenue par la Cour, aux termes de laquelle « en l'état actuel du droit communautaire, la détermination des titulaires du droit de vote et d'éligibilité ressortit à la compétence de chaque Etat membre dans le respect du droit communautaire »⁸³¹, a pu être décriée comme aboutissant à instaurer « des droits du citoyens à géométrie variable selon le droit en cause »⁸³². Même si l'on peut regretter que la Cour n'ait pas saisi l'occasion qui s'offrait à elle pour encadrer davantage les conditions d'attribution et d'exercice des droits de vote conférés aux citoyens européens, cette auto-limitation de la Cour n'est pas forcément, comme nous le verrons ultérieurement, contradictoire avec la caractérisation d'une fonction constituante de la Cour de justice. En effet, en réaffirmant par là même la nature plurale de la citoyenneté européenne, la Cour conforte l'idée d'œuvre initiale, qui se nourrit autant du processus d'intégration que de la défense de l'existence des communautés étatiques⁸³³.

Autre champ privilégié de l'action de la Cour de justice, ayant cette fois-ci fait l'objet d'une exploitation jurisprudentielle intensive, les droits fondamentaux doivent maintenant être examinés sous l'angle de la constitutionnalisation matérielle de l'ordre juridique communautaire.

⁸²⁹ CJCE, 12 septembre 2006, Eman et Sevinger, aff. C-300/04, *Rec.* p. I-8055. Dans cette affaire, la réglementation néerlandaise a cependant été jugée constitutive d'une discrimination injustifiée, dans la mesure où les ressortissants néerlandais résidant dans un pays tiers à l'Union européenne pouvaient s'inscrire sur les listes électorales tandis que les ressortissants néerlandais résidant à Aruba ne le pouvaient pas.

⁸³⁰ CJCE, 12 septembre 2006, Espagne c/ Royaume-Uni, aff. C-145/04, *Rec.* p. I-7917.

⁸³¹ CJCE, 12 septembre 2006, Eman et Sevinger, aff. préc., spéc. pt. 45 ; CJCE, 12 septembre 2006, Espagne c/ Royaume-Uni, aff. préc., pt. 78.

⁸³² Fabienne KAUFF-GAZIN, *Europe*, novembre 2006, comm. n° 300, p. 9.

⁸³³ Voir sur ce point Emmanuelle BROUSSY, Francis DONNAT et Christian LAMBERT, « *Suum cuique* : la Cour de justice ignore-t-elle la souveraineté des Etats-membres ? », in *L'Etat souverain dans le monde d'aujourd'hui. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet*, Paris, Pedone, 2008, pp. 19-25, spéc. p. 25.

C. La consécration jurisprudentielle des droits fondamentaux⁸³⁴

351.- Comme nous l'avons déjà montré, les traités originaires ne contenaient pas de catalogue de droits fondamentaux destinés à protéger les citoyens de l'arbitraire des institutions communautaires. Cette situation, outre qu'elle compliquait la qualification des traités en tant que véritable constitution, a été instrumentalisée par certaines cours constitutionnelles nationales en vue de faire échec à la primauté du droit communautaire, du moins tant que n'existerait pas, dans l'ordre juridique communautaire, une protection satisfaisante des droits fondamentaux. Il était en effet exclu, pour ces juridictions, que la création des Communautés se traduise par un fléchissement de la protection des droits fondamentaux. Or cela était la conséquence directe tant de l'absence, dans les traités originaires, de dispositions en ce sens, que de la jurisprudence de la Cour qui avait refusé par deux fois de faire prévaloir à l'encontre des actes des institutions les droits fondamentaux protégés par les Etats membres⁸³⁵. La Cour constitutionnelle allemande⁸³⁶, suivie par la Cour constitutionnelle italienne⁸³⁷, s'est donc réservé le droit de contrôler la compatibilité du droit communautaire dérivé par rapport aux droits fondamentaux consacrés par la Loi fondamentale pour pouvoir le cas échéant décider de son inapplicabilité.

352.- Face au risque de désagrégation que présentaient ces décisions des juridictions suprêmes nationales, la Cour a comblé, par la voie prétorienne, la lacune des traités

⁸³⁴ Sur la consécration jurisprudentielle des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire, voir Frédéric SUDRE et Henri LABAYLE (Dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 531 pages. Voir aussi Joël RIDEAU, « Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme », *RCADI*, tome 265 (1997), pp. 9-480 ; Koen LENAERTS, « Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, vol. 1, pp. 423-455 ; Federico MANCINI et Vittorio DI BUCCI, « Le développement des droits fondamentaux en tant que partie du droit communautaire », *RCADE*, 1991, Vol. I-1, pp. 35-52 ; Henri LABAYLE, « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, 1998, numéro spécial, pp. 75-91 ; Joël RIDEAU, « Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes. Techniques de protection », in Louis FAVOREU (Dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, actes du colloque d'Aix-en-Provence des 19-21 février 1981, Paris, Economica, 1982, 540 pages, spéc. pp. 409-427 ; Louis DUBOUIS, « Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes. Objet et portée de la protection », *ibid.*, pp. 429-451.

⁸³⁵ CJCE, 4 février 1959, *Stork c/ Haute autorité de la CECA*, aff. 1/58, *Rec.* p. 43 (en l'espèce étaient invoqués, à l'encontre d'une décision de la Haute autorité, les articles 2 et 20 de la Loi fondamentale allemande). Voir aussi CJCE, 12 février 1960, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr*, aff. jointes 16 à 18/59, *Rec.* p. 45.

⁸³⁶ Voir la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 29 mars 1974, *Solange I*, *RTDE*, 1975, pp. 316-336.

⁸³⁷ Voir les sentences de la Cour constitutionnelle italienne, n° 183/1973 du 27 décembre 1973, *Frontini et Pozzani*, *CDE*, n° 1-2/1975, pp. 114-148 et la sentence n° 170/1984 du 8 juin 1984, *Granital*, *CDE*, n° 2/1986, pp. 185-202.

originaires sur ce point⁸³⁸. Dans un arrêt de 1969, elle a ainsi ouvert la voie à l'élaboration d'un système de protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire, en jugeant que les droits fondamentaux de la personne sont « compris dans les principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect »⁸³⁹. Par la suite, elle a précisé qu'il convenait, pour identifier ces droits fondamentaux, de s'inspirer des « traditions constitutionnelles communes aux Etats membres »⁸⁴⁰, ainsi que des « instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré »⁸⁴¹, au premier titre desquels figure la convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950, qui revêt selon la Cour une « signification particulière »⁸⁴².

353.- S'agissant du contenu de ces droits, il est possible de dissocier dans la jurisprudence de la Cour, des droits individuels tels que le respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance⁸⁴³, la liberté religieuse⁸⁴⁴, la liberté d'expression⁸⁴⁵ ou le droit de propriété⁸⁴⁶, et des droits davantage liés à l'activité économique des individus, tels que le droit au libre exercice d'une activité économique⁸⁴⁷, la liberté syndicale⁸⁴⁸, le droit de mener une action collective⁸⁴⁹ ou la protection du secret des

⁸³⁸ Voir, sur cette extension du champ du contrôle juridictionnel de la Cour analysé à l'aune du concept de « juridictionnalisation », Fabrice PICOD, « Le développement de la juridictionnalisation », in Joël RIDEAU (Dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit : continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 261-286.

⁸³⁹ CJCE, 12 novembre 1969, Stauder, aff. 29/69, *Rec.* p. 419.

⁸⁴⁰ CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. préc.

⁸⁴¹ CJCE, 14 mai 1974, Nold, aff. 4/73, *Rec.* p. 491. Voir aussi CJCE, 13 décembre 1979, Hauer, aff. 44/79, *Rec.* p. 3727, et CJCE, 13 juillet 1989, Wachauf, aff. 5/88, *Rec.* p. 2609.

⁸⁴² CJCE, 21 septembre 1989, Hoechst, aff. jointes 46/87 et 227/88, *Rec.* p. 2859, pt. 13. Voir aussi, plus récemment, CJCE, 18 janvier 2007, PKK et KNK c/ Conseil, aff. C-229/05, *Rec.* p. I-439, pt. 76, CJCE, 12 juin 2003, Schmidberger, aff. C-112/00, *Rec.* p. I-5659, pt. 71, et CJCE, 27 juin 2006, Parlement européen c/ Conseil, aff. C-540/03, *Rec.* p. I-5769, pt. 35.

⁸⁴³ CJCE, 12 novembre 1969, Stauder, aff. préc. Voir aussi CJCE, 26 juin 1980, National Panasonic, aff. 136/79, *Rec.* p. 2033.

⁸⁴⁴ CJCE, 27 octobre 1976, Prais, aff. 130/75, *Rec.* p. 1589.

⁸⁴⁵ CJCE, 17 janvier 1984, VBVB et VBBB c/ Commission, aff. jointes 43/82 et 63/82, *Rec.* p. 1589. Voir aussi CJCE, 18 juin 1991, ERT, aff. C-260/89, *Rec.* p. I-2925.

⁸⁴⁶ CJCE, 13 décembre 1979, Hauer, aff. préc. Voir aussi CJCE, 11 juillet 1989, Schröder, aff. 265/87, *Rec.* p. 2237.

⁸⁴⁷ CJCE, 27 septembre 1979, Eridiana, aff. 230/78, *Rec.* p. 2749.

⁸⁴⁸ CJCE, 28 octobre 1975, Rutili, aff. 36/75, *Rec.* p. 1219.

⁸⁴⁹ CJCE, 11 décembre 2007, Viking, aff. C-438/05, non encore publié au *Recueil, Europe*, 2008, comm. n° 40, obs. Denys SIMON. Voir aussi CJCE, 18 décembre 2007, Laval, aff. C-341/05, non encore publié au *Recueil, Europe*, 2008, comm. n° 40, obs. Denys SIMON. Sur ces arrêts voir aussi Pierre RODIERE, « Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective », *RTDE*, 2008, pp. 47-66.

affaires⁸⁵⁰. C'est ainsi quasiment l'ensemble des droits consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme qui va investir la sphère du droit communautaire, entraînant une réévaluation des positions des juridictions constitutionnelles nationales⁸⁵¹. La jurisprudence de la Cour sera reprise, comme nous aurons l'occasion de le voir ci-dessous⁸⁵², par les traités originaux.

354.- La Cour ne s'est cependant pas contentée de consacrer les droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique communautaire. Elle s'est également attachée à en garantir l'effectivité, par différents procédés jurisprudentiels. Elle a ainsi soumis au respect de ces droits fondamentaux non seulement les institutions, mais aussi les Etats membres, du moins lorsque ces derniers agissent dans le cadre du droit communautaire⁸⁵³ ou lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union⁸⁵⁴. Si les droits fondamentaux font partie des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect, ils doivent également être considérés comme des sources de légalité des actes pris dans les piliers non communautaires,

⁸⁵⁰ CJCE, 24 juin 1986, *Akzo*, aff. 53/85, *Rec.* p. 1965 ; CJCE, 14 février 2008, *Varec*, aff. C-450/06, non encore publié au *Recueil*, *Europe*, 2008, comm. 103, obs. Valérie MICHEL.

⁸⁵¹ Ainsi, en 1986, la Cour constitutionnelle allemande a estimé, dans un arrêt dit « *Solange II* », qu'aussi longtemps que la protection des droits fondamentaux serait équivalente, au sein de l'ordre juridique communautaire, au standard de protection érigé par la Loi fondamentale, elle n'examinerait pas la compatibilité du droit communautaire dérivé à l'aune des droits fondamentaux de la Loi fondamentale » (Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision du 22 octobre 1986, dite « *Solange II* », publiée in *RTDE*, 1987, p. 537). Elle a par la suite encore assoupli sa position, déclarant, dans une décision « *Solange III* », qu'elle n'examinerait le grief tiré d'une violation des droits fondamentaux par le droit communautaire dérivé qu'en cas de dégradation du niveau général de protection des droits fondamentaux dans la Communauté (décision du 7 juin 2000, dite « *Solange III* », publiée in *EuGRZ*, 2000, p. 328. Pour un commentaire de cette décision, voir Willy ZIMMER, « De nouvelles bases pour la coopération entre la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour de justice de Luxembourg ? », *Europe*, 2001, chron. 2, pp. 4-6).

⁸⁵² Voir *infra*, paragraphes 415.- et suivants.

⁸⁵³ Voir en ce sens CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89, *Rec.* p. I-2925, pt. 43 ; CJCE, 26 juin 1997, *Familia press*, aff. C-368/95, *Rec.* p. I-3689. L'obligation faite aux Etats de respecter les droits fondamentaux est même susceptible de limiter l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats, comme l'a jugé la Cour dans un arrêt du 10 avril 2003, *Steffensen*, aff. C-276/01, *Rec.* p. I-3735, *Annuaire de droit européen*, n° 1/2003, pp. 501-503, chron. Dominique RITLÉNG. Certains avocats généraux appellent cependant à une extension du contrôle de compatibilité des mesures nationales par rapport aux droits fondamentaux, dans la mesure où « des violations graves et persistantes qui soulignent un problème de nature systémique dans la protection des droits fondamentaux de l'Etat membre constitueraient [...] des violations des règles sur la libre circulation, en raison de la menace qu'elles feraient directement peser sur la dimension transnationale de la citoyenneté européenne et sur l'intégrité de l'ordre juridique communautaire », conclusions de l'avocat général M. Poiares Maduro présentées le 12 septembre 2007 dans l'affaire *Centro Europa 7 Srl*, aff. C-280/05, non encore publiées au *Recueil*, spéc. pt. 22. Voir également les conclusions de l'avocat général M. Jacobs présentées le 9 décembre 1992 dans l'affaire *Konstandinis*, aff. C-168/91, *Rec.* p. I-1191, spéc. pt. 46 : « un ressortissant communautaire qui se rend dans un autre Etat membre en qualité de travailleur salarié ou non salarié [...] a le droit d'affirmer "civis europeus sum" et d'invoquer ce statut pour s'opposer à toute violation de ses droits fondamentaux ».

⁸⁵⁴ Cf. CJCE, 27 février 2007, *Gestoras Pro Amnistía*, aff. C-354/04 P, *Rec.* p. I-1570, pt. 51 et CJCE, 27 février 2007, *Segi*, aff. C-355/04 P, *Rec.* p. I-1657, pt. 51.

comme la Cour a eu l'occasion de le rappeler dans l'arrêt rendu sur renvoi préjudiciel à propos du très controversé mandat d'arrêt européen⁸⁵⁵.

355.- Au-delà de l'extension du champ d'application des droits fondamentaux, la garantie de ces principes a été assurée par la Cour par diverses techniques contentieuses, telles que la réserve d'interprétation qui lui a permis d'ôter des directives « anti-blanchiment » tout ferment de contrariété au regard du secret professionnel de l'avocat, qui découle du principe plus général du droit à un procès équitable⁸⁵⁶. Plus largement, l'obligation d'interprétation conforme, tant du droit communautaire que du droit national⁸⁵⁷, apparaît comme étant l'une des techniques privilégiées de la Cour afin d'assurer l'effectivité des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique communautaire.

356.- On peut de plus noter une légère inflexion dans la jurisprudence du juge communautaire, celui-ci faisant plus souvent prévaloir les droits fondamentaux, et ce même lorsque ceux-ci sont confrontés à des libertés garanties par les traités originaires⁸⁵⁸. La Cour a de même qualifié de « principe constitutionnel » le principe selon lequel tous les actes communautaires (y compris ceux mettant en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies) doivent respecter les droits fondamentaux⁸⁵⁹. Dans cet arrêt Kadi, rendu en

⁸⁵⁵ CJCE, 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW*, aff. C-303/05, *Rec.* p. I-3633, pt. 45, *RDUE*, n°2/2007, pp. 472-481, obs. Eulalia SANFRUTOS CANO ; *Europe*, 2007, comm. 281, obs. Fabienne KAUFF-GAZIN.

⁸⁵⁶ Voir notamment CJCE, 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophones*, aff. C-305/05, *Rec.* p. I-5305, spéc. pt. 28 : « lorsqu'un texte du droit dérivé communautaire est susceptible de plus d'une interprétation, il convient de donner la préférence à celle qui rend la disposition conforme au traité plutôt qu'à celle conduisant à constater son incompatibilité avec celui-ci. Il incombe, en effet, aux Etats membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme au droit communautaire, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation d'un texte du droit dérivé qui entrerait en conflit avec les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire ou avec les autres principes généraux du droit communautaire » (italiques ajoutés). Pour un commentaire de cet arrêt, voir *RDUE*, n° 4/2007, pp. 907-929, obs. Peter PECHO et Franck MICHEL et *Europe*, 2007, comm. 201, obs. Denys SIMON.

⁸⁵⁷ Voir en ce sens CJCE, 17 janvier 2008, *Velasco Navarro*, aff. C-246/06, non encore publié au *Recueil*, pts. 31 et s. Sur cet arrêt voir *Europe*, 2008, comm. 74, obs. Anne RIGAUX.

⁸⁵⁸ Voir en ce sens l'arrêt *Omega*, dans lequel la Cour a jugé que la protection de la dignité humaine, principe ayant valeur de principe général du droit au sein de l'ordre juridique communautaire, « constitu[ait] un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre prestation de services », CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, *Rec.* p. I-9609, spéc. pt. 35. Voir aussi, dans le même sens, CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, *Rec.* p. 5659, pt. 91.

⁸⁵⁹ CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat*, aff. jointes C-402 et 451/05 P, non encore publié au *Recueil*, spéc. pt. 285. Dans cet arrêt, la Cour s'est reconnue compétente pour apprécier « la légalité de l'ensemble des actes communautaires au regard des droits fondamentaux faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire, y compris [celle des] actes communautaires qui, tel le règlement litigieux, visent à mettre en œuvre des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies » (pt. 326). Elle a finalement annulé le règlement litigieux prévoyant un gel des fonds et des avoirs des

Grande chambre, la Cour a même affirmé que le contrôle de conformité des actes communautaires au regard des droits fondamentaux constituait une « garantie constitutionnelle relevant des fondements mêmes de la Communauté »⁸⁶⁰.

357.- Cependant, la Cour ne fait pas systématiquement primer les droits fondamentaux dans les recours dont elle est saisie⁸⁶¹ et certains auteurs ont pu décrier un « climat intellectuel peu favorable à la dynamique des droits fondamentaux de la personne »⁸⁶². Est ainsi en butte aux critiques la jurisprudence de la Cour relative aux conditions de recevabilité des recours individuels⁸⁶³. Alors que le tribunal de première instance a proposé d'assouplir les conditions tenant à l'exigence d'un lien direct et individuel entre le requérant et l'acte contesté, en se basant sur le droit à un recours juridictionnel effectif consacré à l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme⁸⁶⁴, la Cour a toujours refusé de modifier son interprétation de l'article 230, alinéa 4 TCE⁸⁶⁵. Bien que, dans un arrêt de 2007⁸⁶⁶, la Cour semble avoir aligné les conditions de recevabilité des recours individuels introduits devant elle sur celles qui découlent de la Convention européenne des droits de l'homme⁸⁶⁷, elle n'a jamais réitéré cette affirmation qui semble

requérants pour violation du droit à une protection juridictionnelle effective et du droit fondamental au respect de la propriété.

⁸⁶⁰ *Ibid.*, pt. 290.

⁸⁶¹ Voir notamment CJCE, 11 décembre 2007, Viking, aff. C-438/05, non encore publié au *Recueil, Europe*, 2008, comm. n° 40, obs. Denys SIMON. Voir aussi dans une moindre mesure, la Cour renvoyant au juge national la question de la proportionnalité de l'action collective restreignant la liberté d'établissement, CJCE, 18 décembre 2007, Laval, aff. C-341/05, non encore publié au *Recueil, Europe*, 2008, comm. n° 40, obs. Denys SIMON.

⁸⁶² Henri LABAYLE, « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice dans l'espace de liberté, de sécurité et justice », *RTDE*, 2006, pp. 1-46, spéc. p. 45. Dans cet article, l'auteur fustige la position de la Cour de Luxembourg et de son avocat général Mme Kokott dans l'affaire concernant la validité de la directive relative au droit au regroupement familial (CJCE, 27 juin 2006, Parlement européen c/ Conseil, aff. C-540-03, *Rec.* p. I-5769, *Europe*, 2006, comm. 236, obs. Fabienne KAUFF-GAZIN).

⁸⁶³ Selon la célèbre jurisprudence Plaumann, « les sujets autres que les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être concernés individuellement que si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et, de ce fait, les individualise d'une manière analogue à celle dont le destinataire d'une décision le serait » CJCE, 15 juillet 1963, Plaumann, aff. 25/62, *Rec.* p. 197, spéc. p. 223. Cette jurisprudence est toujours d'actualité, pour un exemple récent voir CJCE, 22 novembre 2007, Sniace SA, aff. C-260/05 P, non encore publié au *Recueil*, spéc. pt. 53. Pour un commentaire de cet arrêt, voir *Europe*, 2008, comm. 17, obs. Laurence IDOT.

⁸⁶⁴ TPICE, 3 mai 2002, Jégo-Quéré, aff. T-177/01, *Rec.* p. II-2365.

⁸⁶⁵ Voir CJCE, 25 juillet 2002, Union de Pequeños Agricultores, aff. C-50/00, *Rec.* p. I-6677, spéc. pts. 38 à 45 ; CJCE, 1^{er} avril 2004, Jégo-Quéré, aff. C-263/02, *Rec.* p. I-I-3425, spéc. pts. 29 à 39.

⁸⁶⁶ CJCE, 18 janvier 2007, PKK et KNK c/ Conseil, aff. C-229/05, *Rec.* p. I-439, *Europe*, 2007, comm. n° 82, obs. Eric MEISSE. Voir aussi, sur cet arrêt, Sébastien MARCIALI, « Enfin un élargissement des conditions de recevabilité des recours en annulation des personnes physiques et morales », *RMCUE*, 2007, pp. 379-389.

⁸⁶⁷ Dans cette affaire, la Cour juge en effet que « la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans son état actuel semble indiquer que le KNK ne pourrait pas établir qu'il a la qualité de victime au sens de l'article 34 de la CEDH et, par conséquent, ne serait pas recevable à saisir cette juridiction. Par voie de

avoir été dictée par les faits de l'espèce⁸⁶⁸. L'arrêt Unibet du 13 mars 2007⁸⁶⁹ laisse toutefois entrevoir une évolution de la jurisprudence communautaire sur ce point, la Cour ayant clairement consacré, selon l'expression de M. Blumann, l'existence d'un « droit à ne pas se placer dans l'illégalité »⁸⁷⁰ qui pourrait conduire la Cour à ouvrir davantage le prétoire aux particuliers en leur permettant notamment d'agir contre une mesure réglementaire ne comportant pas de mesures d'exécution⁸⁷¹.

358.- En dépit de ces lacunes dans la protection juridictionnelle des particuliers devant la Cour de justice des Communautés européennes, le niveau de protection des droits fondamentaux résultant de cette construction prétorienne a été jugé équivalent à celui des constitutions internes par les juridictions suprêmes nationales, mais aussi par la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour de Strasbourg a en effet jugé, dans un arrêt *Bosphorus* du 30 juin 2005, que les mesures étatiques prises sur la base du droit communautaire devaient être réputées justifiées dans la mesure où la Communauté européenne « accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention »⁸⁷².

conséquence, dans les circonstances de la présente affaire, il n'est démontré aucune contradiction entre la CEDH et l'article 230, quatrième alinéa, CE », CJCE, 18 janvier 2007, *PKK et KNK c/ Conseil*, aff. préc., pts. 82 et 83.

⁸⁶⁸ Il paraît en effet plus probable que la Cour ait seulement voulu dissuader le requérant d'introduire devant la Cour de Strasbourg une requête similaire à celle ayant donné lieu à la décision *Segi et Gestoras Pro-Amnistia* de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour Eur. D.H., 23 mai 2002, *Segi et autres et Gestoras Pro-Amnistia et autres c/ quinze Etats de l'Union européenne*, req. jointes n° 6422/02 et n°9916/02, *Rec.* 2002-V).

⁸⁶⁹ CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, *Rec.* p. I-2271. Sur cet arrêt, voir notamment Arnaud VAN WAEYENBERGE et Peter PECHO, « L'arrêt Unibet et le traité de Lisbonne. Un pari sur l'avenir de la protection juridictionnelle effective », *CDE*, 2008, pp. 123-156.

⁸⁷⁰ Claude BLUMANN, « Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire », *JCP G*, n° 30/2007, I 175, pp. 13-22, spéc. p. 19. Quant à la formulation de ce « droit à ne pas se placer dans l'illégalité », elle figure au point 64 de l'arrêt Unibet précité : « si [la requérante] était contrainte de s'exposer à des procédures administratives ou pénales à son encontre et aux sanctions qui peuvent en découler, comme seule voie de droit pour contester la conformité des dispositions nationales en cause avec le droit communautaire, cela ne suffirait pas pour lui assurer une telle protection juridictionnelle effective ».

⁸⁷¹ La jurisprudence postérieure à l'arrêt Unibet ne paraît cependant pas s'engager dans cette voie, et il semble plutôt que cet arrêt énonce une obligation à l'égard des juridictions nationales (*cf.* en ce sens, voir CJCE, 22 mars 2007, *Regione Siciliana*, aff. C-15/06, *Rec.* p. I-2591, spéc. pt. 39). Il faudra donc attendre l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne qui inclut une telle avancée dans l'article ayant vocation à devenir l'article 230, paragraphe 4 TFUE.

⁸⁷² Cour Eur. D.H., 30 juin 2005, *Bosphorus c/ Irlande*, req. n° 45036/98, spéc. pt. 155. A propos de cet arrêt voir Fabienne KAUFF-GAZIN, « L'arrêt *Bosphorus* de la CEDH : quand le juge de Strasbourg décerne un label de protection satisfaisante des droits fondamentaux », *LPA*, 24 novembre 2005, pp. 9-21 ; Jean-Paul JACQUE, « L'arrêt *Bosphorus*, une jurisprudence Solange II de la Cour EDH ? », *RTDE*, 2005, pp. 749-767 ; Frédéric SUDRE, « La conventionnalité du système communautaire de protection des droits fondamentaux », *JCP G*, n°

359.- La reconnaissance de ces droits, ainsi que leur sanction par la Cour de Luxembourg participe à la transformation de la Communauté en une véritable « Communauté de droit »⁸⁷³, notion impliquant à la fois le respect de la hiérarchie normative et l'existence d'un contrôle juridictionnel effectif, mais aussi la garantie substantielle des droits fondamentaux⁸⁷⁴. De plus, la structuration de l'ordre juridique communautaire se rapproche de ce fait de l'une des exigences posées par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen à la caractérisation d'une véritable constitution.

360.- Au final, la Cour, par une interprétation constructive des traités fondateurs, a élargi le champ des compétences communautaires à de nouveaux espaces, accroissant ainsi le domaine d'intervention des institutions communautaires. Comme l'a montré M. Maduro, la constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire, entendue comme la soumission des institutions communautaires à des techniques de limitation des pouvoirs (séparation des pouvoirs et droits fondamentaux) est la conséquence directe de ce mouvement d'extension des compétences normatives, dans la mesure où elle a permis de « justifier et légitimer la prétention au pouvoir politique et normatif des Communautés européennes »⁸⁷⁵. La promotion de ce « constitutionnalisme défensif »⁸⁷⁶ a ainsi contribué à enrichir la substance constitutionnelle des traités fondateurs, et à structurer ceux-ci à la manière d'une constitution fédérale.

Parallèlement à la constitutionnalisation matérielle ou substantielle de l'ordre juridique communautaire, la jurisprudence de la Cour de justice a aussi contribué à la constitutionnalisation formelle de cet ordre juridique.

39/2005, II-10128 ; Christophe MAUBERNARD, « Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme : l'équivalence procédurale », *RAE-LEA*, n° 1/2006, pp. 65-81.

⁸⁷³ CJCE, 23 avril 1986, « Les Verts », aff. 294/83, *Rec.* p. 1365.

⁸⁷⁴ Voir en ce sens Denys SIMON, « La Communauté de droit », in Frédéric SUDRE et Henri LABAYLE (Dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 85-123 spéc. p. 94.

⁸⁷⁵ Miguel Pinares MADURO, « The importance of being called a constitution : constitutional authority and the authority of constitutionalism », *op. cit.*, p. 341 : « [the constitutionalism] chiefly consisted of the adoption of a series of constitutional doctrines necessary to justify and legitimate the assumption of normative and political authority by the European Communities » (traduit par nos soins).

⁸⁷⁶ *Ibid.*, p. 341.

III. LA CONTRIBUTION DE LA COUR A LA CONSTITUTIONNALISATION FORMELLE DES TRAITES

361.- Par l'expression « constitutionnalisation formelle », il s'agit ici de montrer que la Cour s'est attachée à développer les caractéristiques des traités communautaires, de telle sorte que ceux-ci se rapprochent d'une constitution entendue au sens formel comme étant la norme suprême de l'ordre juridique⁸⁷⁷. Cette assertion se vérifie tout d'abord pour l'ordre juridique communautaire, la Cour s'étant attachée à assurer la suprématie des traités sur les autres normes de cet ordre juridique (A.). Mais la Cour a également tenté d'affirmer, par la consécration du principe de primauté, la suprématie des traités originaires par rapport aux droits nationaux (B.).

A. La garantie juridictionnelle de la suprématie des traités fondateurs au sein de l'ordre juridique communautaire

La suprématie des traités fondateurs a été garantie par la Cour, au sein de l'ordre juridique communautaire, tant à l'égard des actes adoptés par les institutions (1.) qu'à l'égard des accords internationaux conclus par la Communauté (2.).

1. La suprématie des traités fondateurs à l'égard des actes adoptés par les institutions

362.- Nous avons déjà montré que la suprématie des dispositions des traités fondateurs au sein de l'ordre juridique communautaire était assurée par l'existence de procédures de révision spécifiques, dont la Cour a consacré l'exclusivité⁸⁷⁸. Si cette jurisprudence était surtout destinée à empêcher les Etats de transposer, au sein de l'ordre juridique communautaire, la théorie internationaliste de l'acte contraire, la Cour a jugé, dans une affaire opposant le Royaume-Uni et le Conseil, que les règles établies par les traités

⁸⁷⁷ Cf. Vlad CONSTANTINESCO, « La constitutionnalisation de l'Union européenne », in Joël RIDEAU, *De la Communauté de droit à l'Union de droit, continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 133-152, spéc. p. 137 : « la constitutionnalisation désigne le processus par lequel une norme dépourvue de ce caractère acquiert une valeur juridique constitutionnelle, c'est-à-dire est placée au-dessus, au sommet des autres normes de l'ordre juridique considéré ».

⁸⁷⁸ CJCE, 8 avril 1976, Defrenne, aff. préc.

n'étaient « à la disposition ni des Etats membres, ni des institutions elles-mêmes »⁸⁷⁹. En ce sens, elle a pu juger qu' « une simple pratique du Conseil n'est pas susceptible de déroger à des règles du traité et ne peut dès lors créer un précédent liant les institutions »⁸⁸⁰. Par cette affirmation, la Cour protège les traités fondateurs de toute révision intervenant en dehors des procédures prévues à cet effet, faisant ainsi des traités l'équivalent d'une constitution rigide.

Plus généralement, la jurisprudence de la Cour relative au recours en annulation, d'une part, et au recours préjudiciel en appréciation de validité, d'autre part, révèle l'existence d'une hiérarchie marquée entre les traités institutifs et les actes pris par les institutions sur la base de ceux-ci.

363.- Le recours en annulation, prévu à l'article 230 TCE permet à la Cour de sanctionner les actes qu'il énumère qui seraient contraires aux traités fondateurs ou « à toute règle de droit relative à son application ». Si le bloc de légalité communautaire comprend ainsi à la fois les traités et le droit dérivé, la jurisprudence considère les traités, à la manière d'une constitution, comme la norme de référence ultime du contrôle de légalité. En ce sens, le recours en annulation offre une garantie juridictionnelle à la suprématie des traités fondateurs.

Cette prévalence des traités originaires est largement assurée par la Cour, grâce à une appréciation extensive de la notion d'actes pouvant faire l'objet d'un recours en annulation. En effet, la Cour a toujours admis que des actes innommés des institutions communautaires pouvaient produire des effets juridiques, s'il ressortait de leurs dispositions que leur auteur en avait l'intention. Ainsi, la Cour a accepté, dans l'arrêt AETR du 31 mars 1971⁸⁸¹, qu'une délibération du Conseil, bien qu'étant un acte hors nomenclature, puisse faire l'objet d'un recours en annulation pour autant que la matière sur laquelle elle porte relève du champ des compétences communautaires. Il en va de même pour un « code de conduite » adopté par la

⁸⁷⁹ CJCE, 23 février 1988, Royaume-Uni c/ Conseil, aff. préc., pt. 38 (souligné par nous). Voir aussi CJCE, 6 mai 2008, Parlement c/ Conseil, aff. C-133/06, non encore publié au *Recueil*, spéc. pt. 54.

⁸⁸⁰ CJCE, 9 novembre 1995, Allemagne c/ Conseil, aff. C-426/93, *Rec.* p. 3743, spéc. pt. 21. Voir aussi CJCE, 9 août 1994, France c/ Commission, aff. C-327/91, *Rec.* p. 3666, spéc. pt. 36. La jurisprudence de la Cour sur cette question se démarque nettement du droit international général, qui considère au contraire qu'une pratique émanant des organes d'une organisation internationale puisse modifier la charte constitutive. La Cour internationale de justice a en effet admis, contrairement aux stipulations de l'article 27, paragraphe 3, de la Charte des Nations unies, que l'abstention d'un membre permanent du Conseil de Sécurité n'empêchait pas, « conformément à une pratique communément admise », l'adoption d'une résolution (*Cf.* CIJ, avis consultatif du 21 juin 1971, Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie, *Rec.* p. 16, spéc. p. 22).

⁸⁸¹ CJCE, 31 mars 1971, Commission c/ Conseil (AETR), aff. préc.

Commission, dans la mesure où celui-ci ne se borne pas à expliciter les obligations découlant d'un règlement, mais établit des obligations spécifiques à la charge des Etats membres non prévues par le règlement initial. Ayant déclaré le recours recevable, la Cour a donc annulé, pour incompétence, le code de conduite par lequel la Commission s'était arrogée des pouvoirs qu'elle ne possédait pas en vertu des traités⁸⁸². L'admission d'un recours en annulation contre un acte innommé entraîne en effet, le plus souvent, son annulation pour incompétence de son auteur, les institutions cherchant par le recours à de tels actes à se dégager du carcan des traités originaires. Cette pratique est cependant sérieusement critiquée par la Cour qui a réaffirmé, à l'occasion d'un recours en annulation dirigé contre une communication de la Commission, que « le principe de sécurité juridique requiert que tout acte visant à créer des effets juridiques emprunte sa force obligatoire à une disposition du droit communautaire qui doit expressément être indiquée comme base légale et qui prescrit la forme juridique dont l'acte doit être revêtu »⁸⁸³.

Enfin, la prévalence des traités fondateurs est assurée par les conséquences juridiques du contrôle opéré sur le fondement de l'article 230 TCE. En effet, l'article 231 TCE précise que « si le recours est fondé, la Cour de justice déclare nul et non avenue l'acte contesté ». L'annulation ayant un effet rétroactif, l'acte doit être censé n'avoir jamais existé, et l'institution auteur de l'acte doit donc, conformément à l'article 233 TCE, « prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt ». A défaut, elle pourra faire l'objet d'un recours en carence, le juge communautaire ne disposant pas de pouvoirs d'injonction. Le pouvoir d'invalidation dont la Cour dispose à l'égard des normes contraires aux traités originaires découle de sa valeur hiérarchiquement suprême au sein de l'ordre juridique communautaire. Cette suprématie des traités est renforcée par la technique du renvoi préjudiciel⁸⁸⁴ en appréciation de validité, dont la Cour a consacré la complémentarité avec le recours en annulation.

364.- La procédure consacrée à l'article 234 du traité CE, permet en effet au juge national de demander à la Cour de justice de se prononcer sur la validité des actes de droit dérivé. L'existence de cette procédure découle de ce que les juges nationaux sont, selon l'expression consacrée, juges communautaires de droit commun, du fait de la primauté et de

⁸⁸² Cf. CJCE, 13 novembre 1991, France c/ Commission, aff. C-303/90, *Rec.* p. 5315.

⁸⁸³ CJCE, 16 juin 1993, France c/ Commission, aff. C-325/91, *Rec.* p. 3283, spéc. pt. 26.

⁸⁸⁴ Sur cette procédure voir Jean-Louis CLERGERIE, *Le renvoi préjudiciel*, Paris, Ellipses, 2000, 174 pages.

l'applicabilité directe des normes de droit communautaire. De ce fait, ils peuvent être saisis, par la technique de la voie d'exception, d'une question tenant à la validité d'un acte de droit communautaire. Or, comme l'a souligné M. Jean Boulouis, « le juge national est radicalement incompétent pour se prononcer sur la légalité d'actes institutionnels dont les conditions de validité sont déterminées dans un autre ordre juridique que le sien et sont placées sous le contrôle d'un juge spécialement institué à cet effet »⁸⁸⁵. A cet égard, les traités institutifs n'ont pas consacré une hiérarchie juridictionnelle entre la Cour de justice et les juges nationaux, à l'instar de ce qui peut exister dans les tribunaux fédéraux et dont le corollaire serait l'existence d'un pouvoir de cassation attribué à la Cour. La compétence de la Cour de justice, ainsi que l'uniformité d'interprétation du droit communautaire sont cependant préservées par ce mécanisme de renvoi préjudiciel, qui instaure une véritable coopération entre les différents acteurs de l'espace juridictionnel communautaire.

L'utilisation de cette procédure est donc un moyen adéquat de faire respecter, au sein de l'ordre juridique communautaire, la prévalence des traités fondateurs. Mme Frédérique Berrod a ainsi montré que cette voie de droit était conçue, par le juge communautaire, comme un moyen de « compenser » les limites du recours en annulation⁸⁸⁶. Ce dernier, limité dans le temps (le délai de recevabilité du recours est en effet fixé à deux mois à compter de la notification ou de la publication de l'acte) et ouvert aux requérants institutionnels seulement, ne permet en effet pas à lui seul de garantir la suprématie des traités fondateurs et plus largement de faire respecter la légalité au sein de l'ordre juridique communautaire. L'efficacité du renvoi préjudiciel est de plus renforcée par la volonté de la Cour de faire de ce mécanisme l'équivalent du recours en annulation. Toujours selon Mme Berrod, la Cour a ainsi consacré la « complémentarité »⁸⁸⁷ de ces deux voies de droit, afin que son contrôle soit identique, tant sur le plan des motifs d'invalidité susceptibles d'être soulevés que sur celui de l'étendue du contrôle. En effet, tous les actes de droit dérivé, même hors nomenclature, peuvent faire l'objet d'une question préjudicielle, apportant ainsi une garantie supplémentaire à la suprématie du droit originaire.

Il convient toute fois de noter que l'arrêt TWD rendu le 9 mars 1994 est susceptible de limiter l'effectivité du renvoi préjudiciel en appréciation de validité, dans la mesure où il

⁸⁸⁵ Jean BOULOUIS, « Nouvelles réflexions à propos du caractère “préjudiciel” de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales », in *Etudes de droit des Communautés européennes : mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, pp. 23-31, spéc. p. 26.

⁸⁸⁶ Frédérique BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, thèse, Strasbourg III, 2002, Paris, Dalloz, 2003, 1136 pages, spéc. pp. 257 et s.

⁸⁸⁷ *Ibid.*, pp. 259 et s.

subordonne la recevabilité du renvoi préjudiciel à la démonstration que le requérant n'aurait pas pu introduire un recours en annulation de l'acte litigieux⁸⁸⁸. En introduisant une telle cause de forclusion à l'encontre du renvoi préjudiciel, bientôt étendue à l'exception d'illégalité⁸⁸⁹, la jurisprudence de la Cour renforce indubitablement la complémentarité entre les deux voies de droit. Elle n'en réduit pas moins l'effectivité du contrôle de la légalité de même que le droit à une protection juridictionnelle effective⁸⁹⁰.

En dépit de cette dernière remarque, le recours en annulation et le renvoi préjudiciel en appréciation de validité s'allient pour faire respecter le primat des traités fondateurs au sein de l'ordre juridique communautaire, à l'égard des actes pris par les institutions et destinés à produire des effets de droit. Le système des voies de recours permet aussi d'assurer la prévalence des traités fondateurs à l'égard des sources externes du droit communautaire.

2. La suprématie des traités fondateurs à l'égard des accords internationaux conclus par la Communauté

La question de la prévalence des traités fondateurs à l'égard des sources externes du droit communautaire doit être examinée à l'aune des deux procédures règlementant les rapports entre ces deux normes : la voie, mise en place par le traité, du contrôle *a priori* de compatibilité et la voie, consacrée de manière prétorienne, du contrôle *a posteriori* des accords externes de la Communauté.

365.- L'article 300 (ex-art. 228), paragraphes 5 et 6 du traité CE charge la Cour de contrôler, avant leur conclusion, la compatibilité des accords internationaux de la

⁸⁸⁸ CJCE, 9 mars 1994, TWD Textilwerke, aff. C-188/92, *Rec.* p. I-846, spéc. pt. 17.

⁸⁸⁹ TPICE, 12 juillet 2001, Christina Kik, aff. T-120/99, *Rec.* p. II-2235, spéc. pt. 21 : « l'article 241CE [...] est l'expression d'un principe général assurant à toute partie le droit de contester, en vue d'obtenir l'annulation d'une décision qui la concerne directement et individuellement, la validité des actes institutionnels antérieurs, constituant la base juridique de la décision attaquée, si cette partie ne disposait pas du droit d'introduire, en vertu de l'article 230 CE, un recours direct contre ces actes, dont elle subit ainsi les conséquences sans avoir été en mesure d'en demander l'annulation ». Il convient tout de même de noter que cette compensation entre les deux voies de recours ne vaut pas pour les requérants privilégiés, qui peuvent agir sur le fondement de l'article 241 TCE alors même qu'ils auraient pu exercer un recours en annulation contre l'acte litigieux. Voir à cet égard CJCE, 10 juillet 2003, Commission c/ BCE, aff. C-11/00, *Rec.* p. I-7147, et CJCE, 15 mai 2008, Espagne c/ Conseil, aff. C-442/04, non encore publié au *Recueil, Europe*, 2008, comm. 239, obs. Fabienne KAUFF-GAZIN.

⁸⁹⁰ Voir sur ce point Dominique RITLENG, « Pour une systématique des contentieux au profit d'une protection juridictionnelle effective », in *Mélanges en hommage à Guy Isaac : 50 ans de droit communautaire*, tome 2, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2004, pp.735-772.

Communauté avec le traité CE⁸⁹¹. Un avis négatif de la Cour ne fait pas obstacle à la conclusion de l'accord envisagé, mais oblige seulement les institutions à mettre en œuvre préalablement la procédure de l'article 48 du traité sur l'Union européenne. A défaut, l'accord doit être, soit renégocié, soit purement et simplement abandonné. A l'instar du Conseil constitutionnel français, le juge communautaire est ici chargé d'empêcher la survenance de tout conflit entre les traités constitutifs et un accord communautaire. On ne saurait cependant déduire de cette procédure une quelconque hiérarchie entre le droit communautaire primaire et le droit d'origine internationale. En effet le juge communautaire n'est nullement chargé de trancher un conflit entre deux normes, puisque l'accord communautaire n'est encore qu'« envisagé »⁸⁹². Tout au plus peut-on soutenir que l'article 300 TCE tend à éviter que les Etats ou les institutions communautaires ne puissent, par le biais d'un accord international, contourner la procédure de révision et ainsi porter atteinte aux traités fondateurs.

De plus, la procédure de l'article 300 TCE comporte certaines limites qu'il convient de mettre en valeur. Tout d'abord, la compétence de la Cour n'est pas obligatoire, mais soumise à la saisine préalable de la haute juridiction, par le Conseil, la Commission, un Etat membre, ou, depuis le traité de Nice, le Parlement européen. Le fait que la saisine de la Cour soit facultative est une limite incontestable à la garantie apportée à la prévalence des traités originaires. Il est en effet dommageable pour la cohérence des sources du droit communautaire que, sur le nombre considérable d'accords conclus par la Communauté chaque année⁸⁹³, seuls seize d'entre eux aient à ce jour fait l'objet d'un contrôle de compatibilité *a priori*. De même, bien que la Cour examine le projet d'accord dans son ensemble, elle limite sa demande d'avis aux moyens avancés par l'auteur de la saisine, réduisant ainsi le champ de son contrôle. La Cour a cependant accepté de connaître, dans le cadre de cette procédure, de questions touchant à la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres⁸⁹⁴, ce qui ne devrait pas influencer sur la compatibilité du

⁸⁹¹ Sur cette procédure, voir l'article de Philippe MANIN, « L'article 228, paragraphe 2, du traité CEE », in *Etudes de droit des Communautés européennes : mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, pp. 289-310.

⁸⁹² Voir en ce sens Vlad CONSTANTINESCO, « Les rapports entre les traités et la constitution : du droit interne au droit communautaire », in *Libertés, justice, tolérance : Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 463-481.

⁸⁹³ Le 9 mai 2007, 510 accords bilatéraux et 149 accords multilatéraux étaient recensés sur le site internet de la Commission européenne. Source : « *treaties office database* », disponible (en anglais uniquement) à l'adresse suivante : <http://ec.europa.eu/world/agreements/>

⁸⁹⁴ CJCE, 11 novembre 1975, avis 1/75, *Rec.* p. 1355 : « La compatibilité d'un accord avec les dispositions du traité doit en effet être évaluée compte tenu de l'ensemble des règles du traité, c'est-à-dire aussi bien des règles qui déterminent l'étendue des compétences des institutions de la Communauté que des règles de fond ».

traité avec les traités institutifs, mais se rapproche davantage d'un contrôle de conformité, et par là même tend à préserver la cohérence du droit originaire⁸⁹⁵.

En définitive, si l'on ne peut tirer de l'article 300 TCE des conclusions en termes de hiérarchie des normes, cette procédure, tant dans son essence que dans la pratique qui en a résulté⁸⁹⁶, procède de la conception d'une suprématie des traités originaires au sein de l'ordre juridique communautaire⁸⁹⁷.

366.- La prévalence des traités originaires sur les accords externes conclus par la Communauté est cependant clairement assurée par le contrôle *a posteriori* de compatibilité de ces accords. La Cour a en effet laissé entendre qu'il existait d'autres moyens de garantir le respect des traités originaires par les accords internationaux conclus par la Communauté.

Ainsi, dans son avis 1/75 du 11 novembre 1975⁸⁹⁸, la Cour de Luxembourg était interrogée sur l'étendue de sa compétence dans le cadre du contrôle de compatibilité mis en place par l'article 300 et notamment sur la question de savoir si son examen pouvait s'étendre à la vérification de la compétence de la Communauté pour conclure l'accord. Pour répondre à cette question, la Cour s'est tout d'abord prononcée sur l'objet de cette procédure, dont le but est selon elle de « prévenir les complications qui résulteraient de contestations en justice relatives à la compatibilité avec le traité d'accords internationaux engageant la Communauté ». Dès lors, il paraît indispensable « d'admettre à cette procédure toutes questions susceptibles d'être soumises à l'appréciation judiciaire soit de la Cour, soit éventuellement des juridictions nationales, pour autant que ces questions [soient] de nature à provoquer des doutes quant à la validité matérielle ou formelle de l'accord au regard du traité ». En particulier, la question de la répartition des compétences « étant en principe susceptibles d'être soumises à la Cour de justice, soit directement, au titre de l'article 169 [devenu 226] ou de l'article 173 [devenu 230], soit par la procédure préjudicielle, il incombe de reconnaître que la Cour peut en être saisie par la procédure préalable de l'article 228

⁸⁹⁵ Sur la distinction entre contrôle de compatibilité et contrôle de conformité, voir Charles EISENMANN, « Le principe de légalité », *EDCE*, 1957, pp. 25-40.

⁸⁹⁶ On pense ici notamment aux formules fortes retenues par la Cour dans l'avis 1/91 précité, selon lesquelles la conclusion de l'accord relatif à l'Espace économique européen porterait atteinte « aux fondements de la Communauté » (pt. 46).

⁸⁹⁷ La Cour a d'ailleurs expressément affirmé que « la primauté [du droit international] au plan du droit communautaire ne s'étendrait pas au droit primaire et, en particulier, aux principes généraux dont font partie les droits fondamentaux », CJCE, 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat, aff. jointes C-402 et C-415/05 P, non encore publié au *Recueil*, spéc. pt. 308.

⁸⁹⁸ CJCE, avis 1/75 du 11 novembre 1975, *Rec.* p. 1355.

[devenu 300] ». Trois procédures peuvent ainsi, selon la Cour, être utilisées pour contester, postérieurement à sa conclusion, un accord international conclu par la Communauté qui entrerait en contradiction avec les dispositions des traités fondateurs : le recours en manquement (pour les accords conclus par les Etats membres au mépris de l'existence d'une compétence communautaire externe), le recours en annulation, ou la voie des questions préjudicielles posées à la Cour par les juridictions nationales.

367.- Encore fallait-il, pour pouvoir mettre en œuvre ces voies de droit, lever l'obstacle qui s'attachait à la recevabilité du recours dirigé contre ces accords externes.

Les arrêts Schroeder⁸⁹⁹ et surtout Haegeman⁹⁰⁰ ont donné l'occasion à la Cour d'affirmer sa compétence de principe pour interpréter les dispositions d'un accord externe de la Communauté. Questionnée par la juridiction nationale sur la validité d'un règlement communautaire au regard de l'accord d'association avec la Grèce, la Cour a jugé que cet accord était, au sens du droit communautaire, « un acte pris par l'une des institutions au sens de l'article 177 [devenu 234] »⁹⁰¹. Il serait donc aussi possible de contrôler, par la voie du renvoi préjudiciel en appréciation de validité, la conformité d'un accord externe avec les dispositions des traités fondateurs.

S'agissant du recours en annulation, la Cour n'a pas admis l'exercice du recours en annulation dirigé contre l'accord lui-même, mais seulement contre l'acte de conclusion, considéré comme détachable pour les besoins du contrôle. Cette voie de droit a été mise en œuvre à de nombreuses reprises⁹⁰² et les arrêts confirment que la Cour opère un véritable contrôle de « constitutionnalité » des accords externes, n'hésitant pas à annuler l'acte de conclusion pour violation du droit originare⁹⁰³.

Ce faisant, la Cour fait clairement primer les exigences tenant à la suprématie des traités fondateurs sur celles découlant de la conclusion d'un accord international. Comme l'a

⁸⁹⁹ CJCE, 7 février 1973, Schroeder, aff. 40/72, *Rec.* p. 125.

⁹⁰⁰ CJCE, 30 avril 1974, Haegeman, aff. 181/73, *Rec.* p. 449.

⁹⁰¹ *Ibid.*, pt. 4.

⁹⁰² Voir par exemple les arrêts CJCE, 27 septembre 1988, Commission c/ Conseil, aff. 165/87, *Rec.* p. 5545 ; CJCE, 9 août 1994, France c/ Commission (accord sur la concurrence), aff. C-327/91, *Rec.* p. 3641 ; CJCE, 7 mars 1996, Parlement c/ Conseil (accord sur les marchés publics), aff. 6-360/93, *Rec.* p. 1195 ; CJCE, 10 mars 1998, Allemagne c/ Conseil (accord-cadre de l'OMC sur les bananes), aff. C-122/95, *Rec.* p. 973 ; CJCE, 11 septembre 2003, Commission c/ Conseil, aff. C-211/01, *Rec.* p. I-8913, *Annuaire de droit européen*, n° 1/2003, pp. 503-304, obs. Dominique RITLÉNG.

⁹⁰³ Dans l'arrêt du 10 mars 1998, Allemagne c/ Conseil précité, la Cour a ainsi annulé l'acte de conclusion de l'accord-cadre de l'OMC sur les bananes, l'accord étant selon elle contraire au principe de non-discrimination.

noté M. Pierre-Yves Monjal, le droit international est un « invité toléré »⁹⁰⁴ de l'ordre juridique communautaire, qui ne peut en aucun cas remettre en cause la cohérence de cet ordre ni, *a fortiori*, la prévalence des traités fondateurs⁹⁰⁵. Les contrôles *a priori* et *a posteriori* de la compatibilité des accords externes combinent alors leurs effets afin de faire respecter cette exigence.

Si la suprématie de la « charte constitutionnelle de base qu'est le traité »⁹⁰⁶ est assurée, au sein de l'ordre juridique communautaire, la Cour ne s'est pas limitée à cette dimension. Elle a cherché, par le biais de l'affirmation du principe de primauté, à assurer la suprématie des traités à l'égard des droits nationaux.

B. L'affirmation jurisprudentielle de la primauté des traités fondateurs au sein des ordres juridiques internes

368.- L'affirmation, par la Cour de justice, de la primauté du droit communautaire a pris une coloration particulièrement stricte du fait de la nécessité de garantir l'application uniforme du droit issu des traités au sein des Etats membres. Couplée à l'effet direct du droit communautaire, la primauté a acquis une dimension proche de la suprématie théoriquement réservée aux constitutions fédérales (1.). Si la primauté n'est tout de même pas comparable à une véritable suprématie, la Cour de justice s'est efforcée de développer des voies de droit efficaces permettant de garantir le respect, par les Etats membres, du droit communautaire (2.).

1. L'affirmation de l'effet direct et de la primauté du droit communautaire, instrument de la constitutionnalisation formelle des traités originaires

369.- En affirmant, dès 1964, que « le traité instituant la CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur

⁹⁰⁴ Pierre-Yves MONJAL, « La guerre des droits aura-t-elle lieu ? Remarques sur le statut contentieux des accords internationaux dans l'ordre juridique communautaire », *RMUE* n° 3/1999, pp. 167-220, spéc. p. 172.

⁹⁰⁵ La Cour en a donné une confirmation éclatante dans le récent arrêt Kadi, jugeant « qu'un accord international ne saurait porter atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités et, partant, à l'autonomie du système juridique communautaire dont la Cour assure le respect ». CJCE, 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat, aff. jointes C-402 et C-415/05 P, non encore publié au *Recueil*, spéc. pt. 282.

⁹⁰⁶ CJCE, 23 avril 1986, « Les Verts », aff. préc.

du traité et qui s'impose à leur juridiction »⁹⁰⁷, la Cour a posé les premiers soubassements de la constitutionnalisation formelle des traités communautaires⁹⁰⁸. Il convient cependant de préciser cette assertion, dans la mesure où l'affirmation prétorienne de la primauté du droit communautaire n'est pas seule à l'origine de cette mutation des traités communautaires (a.). C'est en effet davantage la combinaison entre ce principe et le principe d'effet direct qui a permis à la Cour de justice de maximiser la force de pénétration des traités communautaires au sein des ordres juridiques internes, sans toutefois réussir à hisser les traités à la dignité d'une véritable constitution (b.).

a. L'affirmation de la primauté du droit communautaire

370.- L'apport de la primauté⁹⁰⁹ à la constitutionnalisation des traités ne découle pas de ce que cette primauté est conçue de manière « absolue » par la Cour de justice. Il convient en effet de montrer qu'étant une règle de conflit de normes, la primauté ne peut être qu'absolue et que, par définition, cette caractéristique attachée aux normes communautaires n'implique aucune conséquence en terme de hiérarchie des normes.

371.- La primauté, à la différence de la suprématie qui caractérise les normes constitutionnelles, est une règle permettant de régler les conflits entre des normes appartenant à deux ordres juridiques distincts. Elle est donc par essence absolue, c'est-à-dire qu'elle

⁹⁰⁷ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. préc., spéc. pt. 3.

⁹⁰⁸ Les arrêts *Van Gend en Loos* et *Costa* ont vraiment amorcé ce qu'il est convenu d'appeler la constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire, à tel point qu'il est possible de se demander, à l'instar de M. Robert Lecourt, « Quel eût été le droit des communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ? ». Cf. Robert LECOURT, « Quel eût été le droit des communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ? » in *L'Europe et le droit, mélanges en hommage à Jean Boulouis*, op. cit.

⁹⁰⁹ Sur le principe de primauté du droit communautaire, tel qu'il découle de la jurisprudence de la Cour, voir notamment Robert GARRON, « Réflexions sur la primauté du droit communautaire », *RTDE*, 1969, pp. 28-48 ; Dominique CARREAU, « Droit communautaire et droits nationaux : concurrence ou primauté ? », *RTDE*, 1978, pp. 381-418 ; Vlad CONSTANTINESCO, « La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité ? », in *Rechtsvergleichung Europarecht und Staatenintegration : Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Carl Heymanns verlag KG, 1983, pp. 109-123 ; Bruno DE WITTE, « Retour à "Costa", la primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *RTDE*, 1984, pp. 425-454 ; Denys SIMON, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? », *L'Europe et le droit, mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 481-493 ; Jean-Victor LOUIS, « La primauté, une valeur relative ? », *CDE*, 1995, pp. 23-28 ; Hélène GAUDIN, « Primauté "absolue" ou primauté "relative" ? », in Hélène GAUDIN (Dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Paris, Economica, Aix-en Provence, PUAM, 2001, pp. 97-120 ; Karine CAUNES, « La nature du système juridique européen : retour sur le principe de primauté », in Jacques ZILLER (Dir.), *L'europanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, actes du colloque des 9 et 10 mai 2003, L'Harmattan, Paris, 2003, pp. 281-297 ; Dominique RITLÉNG, « Le principe de primauté du droit de l'Union », *RTDE*, 2005, pp. 285-303.

implique la primauté de l'ensemble des normes auxquelles elle s'attache sur l'ensemble des normes auxquelles elle est opposable et ce, de manière inconditionnelle. S'il en était autrement alors la primauté ne serait pas seulement « relative »⁹¹⁰, mais elle cesserait à ce moment même d'exister. En ce sens, l'affirmation selon laquelle le droit communautaire prime le droit national, y compris constitutionnel⁹¹¹, paraît conforme à la définition même de la primauté. D'ailleurs cette solution est aussi admise par la juridiction internationale, qui n'accepte pas davantage que la Cour de Luxembourg qu'un Etat puisse « invoquer sa propre constitution pour se soustraire aux obligations que lui impose le droit international ou les traités en vigueur »⁹¹². La similarité des positions défendues par les juridictions communautaires et internationales s'explique aisément dès lors que la primauté est une exigence tenant à l'existence même de toute norme dépassant le cadre strictement étatique. Comme l'a montré M. Michel Virally à propos du droit international, celui-ci est « inconcevable autrement que supérieur aux Etats, ses sujets. Nier sa supériorité revient à nier son existence »⁹¹³. L'affirmation est évidemment transposable au droit communautaire (même si la Cour de justice a déployé des trésors d'ingéniosité dans l'arrêt Costa précité afin de fonder la primauté du droit communautaire sur la spécificité de ce droit). Partant, la constitutionnalisation formelle des traités communautaires ne découle donc pas de ce que ceux-ci peuvent être amenés à prévaloir sur les normes constitutionnelles internes. Ceci est d'autant moins vrai que cette éventuelle prévalence du droit communautaire sur le droit constitutionnel national n'emporte aucune conséquence sur la position hiérarchique de ces deux catégories de normes.

⁹¹⁰ Cf. Jean-Victor LOUIS, « La primauté, une valeur relative ? », *op. cit.*

⁹¹¹ Cette solution, qui n'était qu'implicite dans l'arrêt Costa c/ ENEL, préc. (« le droit né du traité ne pourrait donc [...] se voir judiciairement opposer un texte interne *quel qu'il soit* » - italiques ajoutées), a été confirmée par la suite, dans l'arrêt du 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. 11/70, *Rec.* p. 533, spéc. pt. 3 : « l'invoquant d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat ».

⁹¹² CPJI, avis consultatif du 4 février 1932, Traitement des nationaux polonais à Dantzig, série A/B, n° 44, p. 24. *A fortiori*, le juge international refuse d'admettre qu'un Etat puisse se dégager de ses obligations internationales, en invoquant un acte de droit interne, réglementaire, législatif ou encore une décision juridictionnelle interne. Cf. CPJI, 25 mai 1926, Haute-Silésie polonaise, série A, n° 7, p. 19 : « au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des Etats au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives ». Voir aussi CPJI, avis du 31 juillet 1930, question des communautés gréco-bulgares, série B, n° 17, p. 32 : « c'est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre puissances contractantes d'un traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité ».

⁹¹³ Michel VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droit interne », in *Problèmes de droit de gens : mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, pp. 487-505, spéc. p. 497.

372.- En effet, étant une règle de conflit de normes, la primauté vise seulement à désigner la norme applicable dans le cas où des normes issues de deux ordres juridiques distincts apparaissent contradictoires. La reconnaissance de la primauté de l'une des normes n'implique cependant aucune conséquence quant à sa position hiérarchique par rapport à l'autre norme. En particulier, il ne saurait être soutenu que la norme bénéficiant de la primauté constitue le fondement de la validité de la norme à laquelle elle est opposée. La Cour de justice mentionne d'ailleurs à juste titre, dans l'arrêt *Costa contre Enel* précité, que « le droit né du traité ne pourrait donc [...] se voir judiciairement *opposer* un texte interne »⁹¹⁴, montrant par là même que la primauté est avant tout un principe d'opposabilité et non de hiérarchie, ayant des incidences quant à l'applicabilité et non quant à la validité des normes en cause. La primauté n'étant pas susceptible de hisser les traités communautaires à un rang supérieur aux constitutions nationales, la constitutionnalisation formelle des traités ne découle pas, en tant que tel, de ce principe.

373.- De plus, la primauté est affectée d'un défaut intrinsèque tenant à son application. En effet, en tant que règle de conflit de normes, la primauté est destinée à intervenir à deux niveaux distincts, sa mise en œuvre effective dépendant alors de l'organe chargé de l'appliquer. Si, au niveau supranational, le principe de primauté implique l'inopposabilité des normes nationales contraires, il convient de noter que la mise en œuvre de ce principe au niveau interne est laissée à la discrétion des Etats, l'absence d'effectivité de ce principe étant seulement sanctionnée par la mise en jeu de leur responsabilité internationale. C'est ainsi que certains auteurs ont pu évoquer la « dualité » ou la « dissymétrie »⁹¹⁵ du principe de primauté, sa force juridique dépendant du cadre dans lequel elle est appliquée.

374.- Dès lors, soutenir que l'affirmation de la primauté a œuvré en faveur de la constitutionnalisation formelle des traités communautaires implique de prendre en compte d'autres éléments et notamment le jeu du principe d'applicabilité directe du droit communautaire. En effet, c'est par le truchement de ces deux principes combinés que la Cour a été amenée à reformuler les relations entre droit communautaire et droit national dans des

⁹¹⁴ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. préc., spéc. pt. 3 (italiques ajoutés).

⁹¹⁵ Cf. Hélène GAUDIN, « Primauté “absolue” ou primauté “relative” ? », *op. cit.*, pp. 98 et 100.

termes très exigeants, qui ont pu être comparés aux rapports de validité caractérisant la suprématie théoriquement réservée aux normes constitutionnelles.

b. Les effets de la combinaison de la primauté et de l'effet direct du droit communautaire

375.- Si la primauté du droit communautaire est incapable à elle seule de contribuer à la constitutionnalisation formelle des traités communautaires, c'est surtout du fait de la faible force juridique du versant interne du principe de primauté⁹¹⁶. La prise en compte du principe d'applicabilité directe a cependant permis à la Cour de renforcer la force juridique du principe de primauté interne.

Combinée à l'effet direct, la formulation de la primauté du droit communautaire apparaît particulièrement exigeante dans la mesure où ce principe a pour effet, « non seulement de rendre inapplicable de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute disposition contraire de la législation nationale existante, mais encore - en tant que ces dispositions et actes font partie intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des Etats membres - d'empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec des normes communautaires »⁹¹⁷.

376.- La formule issue de l'arrêt *Simmenthal* combine différents aspects. Tout d'abord, s'agissant de la situation du droit communautaire par rapport au droit national existant, la Cour de justice précise que la combinaison des principes de primauté et d'applicabilité directe ont pour effet de rendre inapplicables *de plein droit* les règles nationales contraires. Ce faisant, la Cour ne se borne pas à tirer les conséquences, dans son ordre juridique, de la primauté du droit communautaire, mais prend parti sur la manière dont celle-ci déploie ses effets au sein de l'ordre juridique interne. Par l'expression « de plein droit », elle semble signifier que la primauté du droit communautaire ne saurait dépendre de son application effective par les juges nationaux. Cette position est justifiée par la prise en compte de l'applicabilité directe du droit communautaire, qui confère aux particuliers des

⁹¹⁶ Le professeur Quoc Dinh parle ainsi d'une effectivité « à éclipse » du principe de primauté, celle-ci étant dépendante de l'application qu'en font les juges internes, Nguyen QUOC DINH, « La jurisprudence actuelle et le contrôle de la conformité des lois aux traités », *AFDI*, 1975, pp. 859-887, spéc. p. 868.

⁹¹⁷ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.* p. 629, spéc. pt. 17.

droits que les juridictions nationales, en leur qualité de juges communautaires de droit commun, doivent sauvegarder. La combinaison des principes d'applicabilité directe et de primauté autorise ainsi la Cour de justice à formuler une véritable obligation à l'égard des juridictions nationales relative à la mise en œuvre de la primauté « interne ». Il convient cependant de noter que le passage d'une formulation du principe de primauté en termes de responsabilité de l'Etat, à une formulation en termes d' « obligation »⁹¹⁸, n'a pu se faire, ainsi que l'a souligné M. Bruno de Witte, que du fait de l'existence du mécanisme de renvoi préjudiciel, permettant à la Cour d'intervenir avant que le principe de primauté ne soit méconnu⁹¹⁹.

Ce n'est cependant pas cette caractéristique de la primauté, combinée à l'applicabilité directe du droit communautaire, qui autorise à parler de constitutionnalisation formelle des traités. En effet, même si les obligations découlant du principe de primauté sont de ce fait renforcées, il s'agit toujours d'une règle de conflit de normes et de son corollaire, la question de l'applicabilité de l'une d'entre elles. Or, la seconde dimension de l'arrêt Simmenthal semble aller au-delà.

377.- En effet, dans un second temps, la Cour juge que la primauté du droit communautaire directement applicable empêche « la formation valable » de toute législation nationale incompatible. Par cette formulation, la Cour de justice semble prendre parti non seulement sur la primauté d'application du droit communautaire, mais aussi, de manière indirecte, sur la valeur hiérarchique du droit communautaire au sein des ordres juridiques nationaux. Le terme de validité, étranger au référentiel de la primauté, caractérise en effet le type de relations inhérent à la hiérarchie des normes. En ce sens, si la législation nationale tire sa validité, comme la Cour semble le laisser entendre, du droit communautaire (avec lequel elle doit être compatible sous peine de n'être pas valable), alors les traités communautaires pourraient être considérés comme la norme suprême d'un ordre juridique unique, définissant, à la manière d'une constitution fédérale, une pyramide normative englobant les normes nationales.

⁹¹⁸ *Ibid.*, pt. 24 : « le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes, au besoin en laissant inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale » (italiques ajoutées).

⁹¹⁹ Voir à ce titre Bruno DE WITTE, « Retour à "Costa", la primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *op. cit.*, p. 433.

378.- En somme, la lecture combinée des principes de primauté et d'applicabilité directe a permis à la Cour de développer une stratégie de revendication de suprématie (et non plus seulement de primauté) des traités communautaires, contribuant à leur constitutionnalisation formelle. Comme l'a montré le professeur Dominique Carreau, ces deux principes structurels constituent en effet les « moyens juridiques privilégiés grâce auxquels un nouvel ordre centralisé peut naître, se superposer, l'emporter et se substituer progressivement aux divers ordres "locaux" »⁹²⁰.

379.- Il convient cependant de noter que la Cour est ultérieurement revenue sur cette formulation particulièrement intégratrice du principe de primauté du droit communautaire. Dans une affaire rendue sur renvoi préjudiciel du juge italien, la Cour s'est attachée à préciser les conséquences de la primauté du droit communautaire. Selon les aveux mêmes de la Cour, « il ne saurait [...] être déduit de l'arrêt *Simmenthal*, précité, que l'incompatibilité avec le droit communautaire d'une norme de droit national postérieure a pour effet de rendre celle-ci *inexistante* »⁹²¹. La seule obligation qui incombe au juge national dans cette situation est alors « d'écarter *l'application* de cette norme [...] que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire »⁹²².

Par cette clarification, la Cour a souhaité réaffirmer que la primauté du droit communautaire, bien qu'absolue, ne devait pas être comprise comme emportant des rapports de validité comparables à ceux que dessinent une véritable constitution.

Si les caractéristiques attachées aux normes communautaires participent tout de même de la constitutionnalisation formelle du droit issu des traités, c'est essentiellement du fait du système contentieux original qui le caractérise et qui a permis à la Cour d'en garantir le respect par les Etats membres.

⁹²⁰ Dominique CARREAU, « Droit communautaire et droits nationaux : concurrence ou primauté ? », *op. cit.*, p. 390.

⁹²¹ CJCE, 22 octobre 1998, Ministero delle Finanze contre IN.CO.GE.'90 Srl et a., aff. jointes C-10/97 à C-22/97, *Rec.* p. I-06307, spéc. pt. 20 (italiques ajoutés).

⁹²² *Ibid.*, pts. 20 et 21 (italiques ajoutés).

2. Les voies de droit permettant à la Cour d'assurer le respect, par les Etats membres, du droit communautaire

Deux voies de droit ont permis à la Cour de s'assurer du respect de la légalité communautaire par les Etats membres : le recours en manquement, d'une part, et le mécanisme du renvoi préjudiciel, d'autre part. La possibilité, pour les particuliers, d'engager la responsabilité d'un Etat membre pour violation du droit communautaire forme le corollaire de ces mécanismes juridictionnels destinés à assurer l'application uniforme et la primauté du droit communautaire.

380.- Prévu par les articles 226 à 228 TCE, le recours en constatation de manquement permet à la Cour, saisie par la Commission ou par un Etat membre, de reconnaître qu'un Etat a « manqué à une des obligations qui lui incombent » en vertu du traité instituant la Communauté européenne⁹²³.

Les Etats étant responsables de l'exécution, sur leur territoire, du droit communautaire, l'existence d'une voie de droit sanctionnant le non-respect de cette obligation générale était indispensable pour assurer l'application uniforme et l'effectivité de ce droit. Alors que le traité ne définit pas la notion de manquement d'Etat, la Cour de justice s'est appliquée à développer les potentialités de ce contrôle afin de l'orienter vers un véritable contrôle de la légalité des actes étatiques.

S'agissant du manquement tout d'abord, la Cour a jugé qu'il pouvait résulter aussi bien d'un acte, d'un comportement positif⁹²⁴ ou d'une abstention⁹²⁵, contraires au droit communautaire. L'exécution tardive de l'obligation peut être constitutive d'un manquement⁹²⁶, de même que le recours conserve son intérêt alors même que l'Etat aurait mis fin au manquement. La Cour a même eu l'occasion de sanctionner un manquement potentiel, constitué par la seule existence de dispositions nationales contraires au droit

⁹²³ Un recours similaire existe dans le traité CEEA (art. 141 et 142 CEEA), et existait dans le traité CECA (art. 88, alinéas 1 et 3 CECA).

⁹²⁴ Ainsi, une pratique administrative peut être constitutive d'un manquement : CJCE, 14 juillet 1988, Commission c/ Belgique, aff. 298/86, *Rec.* p. 4343.

⁹²⁵ L'exemple le plus probant à cet égard est la non-transposition des directives à l'issue du délai de transposition.

⁹²⁶ Cf. CJCE, 17 février 1970, Commission c/ Italie, aff. 31/69, *Rec.* p. 487 (pour l'absence de paiement, « dans un délai raisonnable », de sommes dues aux exportateurs en vertu du droit communautaire).

communautaire, alors même que celles-ci n'étaient pas appliquées⁹²⁷. La Cour ne restreint pas la catégorie des organes pouvant être à l'origine d'un manquement imputable à l'Etat. Ainsi, elle accepte de connaître de violations du droit communautaire émanant de toute autorité étatique, même « constitutionnellement indépendante »⁹²⁸, dès lors qu'elle est chargée de fonctions étatiques. Les organes judiciaires ne font pas exception, dans la mesure où par leur jurisprudence, ils pourraient être amenés à adopter une position contraire au droit communautaire, comme la Cour l'a récemment jugé dans une affaire Commission contre Italie⁹²⁹. Cette dernière constatation est importante dans la mesure où la Cour pourrait, par ce moyen détourné, obtenir le respect, par les juridictions nationales, de son acception particulière du principe de primauté. Cette acception large de l'auteur de manquement a de même permis à la Cour de censurer les actions de collectivités territoriales⁹³⁰ et même d'organismes privés, dès lors qu'ils exercent leur activité sous le contrôle de l'Etat et bénéficient pour cela de prérogatives de puissance publique⁹³¹. Dans l'affaire de la « guerre des fraises » opposant la France et l'Espagne, la Cour a imputé à la France un manquement trouvant son origine dans des barrages routiers imputables à des personnes privées. Cette solution s'est basée sur l'ex-article 5 (devenu art. 10) du traité CE, qui impose aux Etats une obligation de « bonne foi communautaire » impliquant qu'ils prennent « toutes mesures nécessaires et appropriées pour assurer sur leur territoire le respect de cette liberté fondamentale [en l'espèce, la libre circulation des marchandises] »⁹³².

Plus généralement, le « bloc de la légalité » auquel la Cour confronte les actes des Etats comprend l'ensemble des sources du droit communautaire produisant des effets juridiques, c'est-à-dire, en premier lieu, les traités originaires, les normes de droit dérivé, les accords externes conclus par la Communauté⁹³³, mais aussi les actes atypiques⁹³⁴, et les principes généraux du droit⁹³⁵.

⁹²⁷ CJCE, 4 avril 1974, Commission c/ France (code du travail maritime), aff. 167/73, *Rec.* p. 359. La Cour a cependant refusé de considérer qu'un simple projet de texte puisse être constitutif d'un manquement. Voir CJCE, ordonnance du 13 septembre 2000, Commission c/ France, aff. C-341/97, *Rec.* p. 6611.

⁹²⁸ CJCE, 5 mai 1970, Commission c/ Belgique, aff. 77/69, *Rec.* p. 237. Voir aussi CJCE, 18 novembre 1970, Commission c/ Italie, aff. 8/70, *Rec.* p. 961.

⁹²⁹ CJCE, 9 décembre 2003, Commission c/ Italie, aff. C-129/00, *Rec.* p. 14637. Voir déjà en 1992, CJCE, 31 mars 1992, Commission c/ Danemark, aff. C-52/90, *Rec.* p. 2187 (la procédure n'était cependant pas allée à son terme, mais avait été rejetée pour irrecevabilité du fait de la non-communication des griefs par la Commission).

⁹³⁰ Voir, pour un manquement imputable à un *Land* allemand, CJCE, 17 octobre 1991, Commission c/ Allemagne, aff. C-58/89, *Rec.* p. 4983.

⁹³¹ CJCE, 24 novembre 1982, Commission c/ Irlande (*buy irish*), aff. 249/81, *Rec.* p. 5987.

⁹³² CJCE, 9 décembre 1997, Commission, soutenue par Espagne et Royaume-Uni c/ France, aff. C-265-95, *Rec.* p. 6959.

⁹³³ Ceux-ci lient en effet, aux termes de l'article 300, paragraphe 7, CE, « les institutions de la Communauté et les Etats membres ».

Le corollaire de cette conception large du manquement réside dans une interprétation restrictive des faits justificatifs susceptibles d'être soutenus par les Etats. Comme nous avons eu l'occasion de le montrer, la procédure de manquement est une procédure objective, contrairement aux actions en responsabilité engagées en droit international, dont les Etats peuvent se dégager en invoquant par exemple le principe de réciprocité. Cette « objectivisation » du recours en constatation de manquement témoigne de sa fonction au sein du système des voies de recours, qui consiste principalement à assurer le respect de la légalité au sein de l'ordre juridique communautaire, ce qui implique une application uniforme et effective de ses règles par l'ensemble des Etats.

Eu égard à la fonction éminente du recours en constatation de manquement, ses effets peuvent paraître plus problématiques, la Cour ne disposant ni du pouvoir d'annuler les actes étatiques contraires au droit communautaire, ni du pouvoir d'injonction. Seul l'article 228 TCE fait obligation à l'Etat et plus généralement à toutes les autorités étatiques de « prendre les mesures que comporte l'exécution de cet arrêt ». Le non-respect de cette obligation est susceptible de donner lieu à un nouveau recours, la constatation du « manquement sur manquement » pouvant, depuis le traité de Maastricht, s'accompagner de la condamnation de l'Etat au paiement d'une somme forfaitaire et/ou d'une astreinte⁹³⁶. Malgré cette possibilité, utilisée par la Cour⁹³⁷, la procédure de manquement, souvent longue, reste d'une efficacité toute relative. Le mécanisme du renvoi préjudiciel en interprétation permet de compléter cette voie de droit.

⁹³⁴ Voir par exemple CJCE, 4 oct. 1979, France c/ Royaume-Uni, aff. 141/78, *Rec.* p. 2923 ; CJCE, 10 juillet 1980, Commission c/ Royaume-Uni, aff. 32/79, *Rec.* p. 2403. Dans ces deux affaires il était question d'une « résolution » du Conseil du 3 novembre 1976 relative à la conservation des ressources halieutiques.

⁹³⁵ Voir par exemple CJCE, 6 mai 1980, Commission c/ Belgique, aff. 102/79, *Rec.* p. 1473, pour un manquement résultant de la transposition de directives communautaires par la voie de simples pratiques administratives, jugée contraire au principe général de clarté et de précision du droit inhérent au principe de sécurité juridique.

⁹³⁶ Sur la possibilité, consacrée par la Cour, de cumuler les sanctions pécuniaires, voir CJCE, 12 juillet 2005, Commission c/ France, aff. C-304/02, *Rec.* p. 6263, et les conclusions de l'avocat général Geelhoed, présentées le 29 avril 2004. Pour un commentaire de cette décisions, voir Anne RIGAUX, « Manquement sur manquement : la France expérimente le cumul de sanctions pécuniaires », *Europe*, octobre 2005, étude 10, pp. 9-12.

⁹³⁷ CJCE, 4 juillet 2000, Commission c/ Grèce (affaire dite des « déchets grecs »), aff. C-387/97, *Rec.* p. 5047, *Europe*, 2000, comm. 296, obs. Denys SIMON ; CJCE, 25 novembre 2003, Commission c/ Espagne, aff. C-278/01, *Rec.* p. 4141, *Europe*, 2004, comm. 6, obs. Flavien MARIATTE ; CJCE, 12 juillet 2005, Commission c/ France, aff. préc. ; CJCE, 14 mars 2006, Commission c/ France, aff. C-177/04, *Rec.* p. I-2461, *Europe*, 2006, comm. 143, obs. Anne RIGAUX ; CJCE, 18 juillet 2006, Commission c/ Italie, aff. C-119/04, *Rec.* p. I-6885, *Europe*, 2006, comm. 271, obs. Anne RIGAUX ; CJCE, 18 juillet 2007, Commission c/ Allemagne, aff. C-503/04, *Rec.* p. I-6153, *Europe*, 2007, comm. 240, obs. Denys SIMON ; CJCE, 10 janvier 2008, Commission c/ Portugal, aff. C-70/06, non encore publié au *Recueil*, *Europe*, 2008, comm. 77, obs. Anne RIGAUX.

381.- En effet, aux termes de l'article 234 a) CE, la Cour est compétente « pour statuer, à titre préjudiciel sur l'interprétation du présent traité ». Cette disposition, dont la raison d'être réside dans la nécessaire interprétation et application uniformes du droit communautaire⁹³⁸, permet au juge communautaire d'interpréter des règles de droit communautaire, à charge pour le juge national d'en faire application au litige dont il est saisi, en laissant au besoin inappliquée la règle nationale contraire au droit communautaire. Si la ligne de démarcation entre les compétences des deux juridictions semble claire, la pratique des renvois préjudiciels montre que cette procédure a surtout servi à accroître les pouvoirs de la Cour de justice⁹³⁹. En effet, les questions sont le plus souvent formulées de manière à permettre au juge communautaire de se prononcer sur la conformité des règles nationales au regard du droit communautaire⁹⁴⁰. De plus, la Cour, sous prétexte de livrer au juge une réponse lui permettant de remplir son office de manière adéquate, livre le plus souvent des interprétations très précises et clairement orientées vers la résolution du litige soumis au juge national⁹⁴¹. Au final, le juge communautaire s'est appliqué à donner à cette procédure de coopération une intensité maximale, afin de faire respecter le principe de légalité au sein de l'ordre juridique communautaire. La formule retenue dans l'arrêt Van Gend en Loos est à cet égard éclairante, dans la mesure où la Cour montre clairement le parallèle entre le recours en

⁹³⁸ Sur cette question, voir Julio BAQUERO-CRUZ, « La procédure préjudicielle suffit-elle à garantir l'efficacité et l'uniformité du droit de l'Union européenne ? », in Loïc AZOULAI et Laurence BURGORGUE-LARSEN (Dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 274 pages, spéc. pp. 241-266.

⁹³⁹ Edouard DUBOUT évoque à ce titre un « dévoiement » de la procédure de renvoi préjudiciel en interprétation révélant selon lui la tentative de la Cour de Luxembourg d'instaurer un « lien de soumission en lieu et place du principe de coopération » entre juridictions nationales et communautaires, Edouard DUBOUT, « Le “contentieux de la troisième génération” ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire », *RTDE*, 2007, pp.427-443, spéc. pp. 433 et s. Le professeur Picod note de même que la voie préjudicielle permet au juge communautaire « d'introduire des rapports de hiérarchie » avec les juridictions nationales, Fabrice PICOD, « La coopération juridictionnelle », in Josiane AUVRET-FINCK (Dir.), *L'Union européenne, carrefour des coopérations*, Paris, LGDJ, 2002, 441 pages, pp. 197-230, spéc. p. 222.

⁹⁴⁰ Dans l'arrêt « Cassis de Dijon » par exemple, le juge allemand avait clairement posé la question en termes de compatibilité de la réglementation nationale avec le droit communautaire : « La notion de mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation au sens de l'article 30 du traité CE est-elle à interpréter en ce sens qu'elle s'applique également à la fixation d'une teneur minimale en esprit-de-vin pour les alcools destinés à la consommation humaine, prévue par la loi allemande sur le monopole des alcools, qui a pour effet d'empêcher la mise en circulation en RFA de produits traditionnels d'autres États membres dont la teneur en esprit-de-vin est inférieure à la limite fixée ? », CJCE, 20 février 1979, Rewe-Zentral (dit « Cassis de Dijon »), aff. 120/78, *Rec.* p. 649, spéc. pt. 5.

⁹⁴¹ Ainsi, dans un arrêt en date du 10 janvier 2006, la Cour de Luxembourg, saisie par le Conseil d'Etat français d'une question préjudicielle en appréciation de validité a doublement outrepassé ses compétences puisqu'elle a livré une interprétation des directives litigieuses puis a statué sur la compatibilité du droit interne avec celles-ci (CJCE, 10 janvier 2006, De Groot, aff. C-147/04, *Rec.* p. I-245). Le Conseil d'Etat français, destinataire de la réponse de la Cour, a cependant jugé qu'il n'était pas lié par l'appréciation du juge communautaire relative à la conformité au droit communautaire de la disposition nationale mise en cause devant lui (CE, 11 décembre 2006, Société De Groot En Slot Allium BV, *Rec.* p. 512. Sur cet arrêt voir Frédéric DIEU, « Le Conseil d'Etat face à l'autorité des interprétations données par la CJCE dans le cadre d'un renvoi préjudiciel : une position délicate », *RTDE*, 2007, pp. 473-490).

constatation de manquement et le renvoi préjudiciel en interprétation. Ainsi, selon le juge communautaire, « la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace qui s'ajoute à celui que les articles 169 et 170 [devenus 226 et 227] confient à la diligence de la Commission et des Etats membres »⁹⁴².

Recours en constatation de manquement et renvoi préjudiciel en interprétation conjuguent ainsi leurs effets afin d'engendrer, selon l'expression de Mme Berrod, un « contrôle unifié de la légalité communautaire »⁹⁴³.

382.- Une troisième voie doit être mentionnée, en ce qu'elle parachève le système de protection que les particuliers tirent du droit communautaire et, de manière incidente, permet d'obtenir le respect par les Etats du droit communautaire. Il s'agit de la possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire, affirmée par la Cour dans l'arrêt Francovich du 19 novembre 1991⁹⁴⁴. Par la suite, la Cour a ajouté que ce principe de responsabilité était « valable pour toute hypothèse de violation du droit communautaire par un Etat membre, et ce, quel que soit l'organe de l'Etat membre dont l'action ou l'omission est à l'origine du manquement »⁹⁴⁵. L'arrêt Köbler du 30 septembre 2003 a clairement levé l'hypothèque pesant sur la possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat du fait d'une décision de justice, en affirmant que la jurisprudence Francovich était applicable « lorsque la violation en cause découle d'une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort »⁹⁴⁶. En effet, ces juridictions constituant le dernier rempart contre l'application de normes contraires au droit communautaire, il était normal, eu égard aux « exigences inhérentes à la protection des droits des particuliers qui se prévalent du droit communautaire »⁹⁴⁷ que toute défaillance de leur part soit sanctionnée au même titre que celles de l'administration ou du

⁹⁴² CJCE, 5 février 1963, Van Gend en Loos, aff. précitée, spéc. P. 25.

⁹⁴³ Frédérique BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, op. cit., p. 116.

⁹⁴⁴ CJCE, 19 novembre 1991, Francovich et Bonifaci, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, *Rec.* p. 5357 : « les Etats membres sont tenus de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables ».

⁹⁴⁵ CJCE, 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, *Rec.* p. 1029, spéc. pt. 32.

⁹⁴⁶ CJCE, 30 septembre 2003, Köbler, aff. C-224/01, *Rec.* p. 10239, spéc. pt. 33. Sur cet arrêt, voir Dominique RITLENG, chronique de jurisprudence, *Annuaire de droit européen*, n° 1/2003, pp. 488-496. Voir aussi Denys SIMON, « La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême. A propos de l'arrêt Köbler », *Europe*, novembre 2003, chron. 12, pp. 3-6 et Anne-Sophie BOTELLA, « La responsabilité du juge national », *RTDE*, 2004, pp. 283-315. Les conséquences de l'arrêt Köbler ont été précisées dans un arrêt CJCE, 13 juin 2006, Traghetti del Mediterraneo, aff. C-173/03, *Rec.* p. I-5177. Sur cet arrêt, qui renforce l'exigence de renvoi préjudiciel pesant sur les juridictions nationales, voir notamment Florence CHALTIEL, « Nouvelles précisions sur la responsabilité de l'Etat en droit communautaire », *RMCUE*, 2006, pp. 609-612.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, pt. 36.

législateur. Il convient d'ailleurs de souligner que la Cour a pris soin d'indiquer, dans cet arrêt, que la violation du droit communautaire pouvait découler de « l'inexécution, par la juridiction en cause, de son obligation de renvoi préjudiciel en vertu de l'article 234, troisième alinéa, CE » ou de la « méconnaissance manifeste de la jurisprudence de la Cour en la matière »⁹⁴⁸. En posant ce principe, la Cour renforce davantage l'exigence d'application uniforme du droit communautaire par le juge national, tout en se donnant de nouvelles armes permettant de faire respecter le principe de primauté du droit communautaire. Comme l'a noté M. Ritleng à propos des arrêts *Commission contre Italie* et *Köbler* précités, il est possible de voir dans l'évolution de la jurisprudence actuelle « l'amorce d'une mutation conduisant à considérer la Cour comme un ultime degré de juridiction »⁹⁴⁹, qui permettrait de garantir l'effectivité du principe de primauté tel que l'entend cette juridiction. L'arrêt *Lucchini* en date du 18 juillet 2007, par lequel la Cour a jugé que le principe de l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions d'une juridiction nationale devait s'effacer devant le principe de primauté du droit communautaire, ne fait que renforcer cette conclusion⁹⁵⁰.

383.- La lecture combinée des principes de primauté et d'applicabilité directe du droit communautaire, associée à un système contentieux complet et efficace a ainsi permis à la Cour de mettre en œuvre une véritable stratégie visant à renforcer l'autorité des traités communautaires et leur force de pénétration au sein des ordres juridiques nationaux. Cependant il ne s'agit que d'une stratégie de revendication, et le processus de constitutionnalisation formelle auquel cette stratégie a donné lieu est inachevé. La Cour de justice n'ayant pas les moyens d'invalidier elle-même les normes nationales contraires, ni de contraindre les juridictions nationales à le faire, elle n'a pu hisser les traités communautaires au rang d'une véritable constitution fédérale. La primauté du droit communautaire demeure tributaire, pour son application effective, du bon vouloir des juridictions nationales qui ont adopté une lecture beaucoup plus restrictive de ce principe⁹⁵¹.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, pts. 55 et 56.

⁹⁴⁹ Dominique RITLENG, « Le principe de primauté du droit de l'Union », *RTDE*, 2005, pp. 285-303, spéc. p. 297.

⁹⁵⁰ CJCE, 18 juillet 2007, *Lucchini*, aff. C-119/05, *Rec.* p. I-6199, spéc. pt. 63 : « le droit communautaire s'oppose à l'application d'une disposition du droit national visant à consacrer le principe de l'autorité de la chose jugée telle que l'article 2909 du code civil italien, en tant que son application fait obstacle à la récupération d'une aide d'État octroyée en violation du droit communautaire, et dont l'incompatibilité avec le marché commun a été constatée par une décision de la Commission devenue définitive ». Voir le commentaire de Denys SIMON *in Europe*, octobre 2007, n° 235, pp. 12-14.

⁹⁵¹ Voir *infra*, paragraphes 432.- et suivants.



384.- Si les traités peuvent apparaître comme la charte constitutionnelle de base d'une Communauté de droit, cela est en grande partie dû à la jurisprudence constructive de la Cour de justice des Communautés européennes qui, sur la base des compétences qui lui ont été octroyées, a réussi à faire de l'ordre juridique communautaire un ordre juridique autonome, fondé sur les seuls traités fondateurs dont les caractéristiques formelles et matérielles sont dans une certaine mesure comparables à celle d'une constitution. La contribution de la Cour à la constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire ne peut cependant être assimilée au concept de pouvoir constituant, dont le titulaire est nécessairement le peuple. Néanmoins, l'action de la Cour de justice est la manifestation d'une « fonction constituante » détenue par cette institution, fonction dont il convient dorénavant d'étudier les caractéristiques propres, ainsi que les liens avec le pouvoir fondateur des Etats.

SECTION 2 : LA DETENTION D'UNE FONCTION CONSTITUANTE PAR LA COUR DE JUSTICE

385.- Si la Cour de justice est acteur du processus de constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire, elle ne peut prétendre à la qualification de pouvoir constituant. Outre le défaut de légitimité démocratique de cette institution, le pouvoir de la Cour ne partage aucune des caractéristiques du concept de pouvoir constituant. Ainsi, alors que le pouvoir constituant est forcément originaire, ne procédant de rien d'autre que de lui-même, la Cour de justice est un pouvoir constitué au sein de l'ordre juridique communautaire. Créée par les fondateurs, elle a reçu d'eux ses compétences et attributions (I.) et est donc soumise, comme telle, à l'idée de droit à laquelle elle doit son existence (II.).

I. FONDEMENTS ET INSTRUMENTS DE LA FONCTION CONSTITUANTE DE LA COUR

Le pouvoir normatif de la Cour de justice découle de sa qualité d'interprète authentique des traités (B.). Cette qualité trouve son origine dans les traités originaire (A.), faisant apparaître la fonction constituante de la Cour comme découlant d'un véritable mandat du pouvoir fondateur.

A. Les fondements de la fonction constituante de la Cour

L'analyse des fondements de la fonction constituante de la Cour révèle, à côté des fondements juridiques formulés par les traités (1.), l'existence de circonstances matérielles ayant contribué à l'émergence et au développement de cette fonction particulière du juge communautaire (2.).

1. Les fondements textuels de la fonction constituante de la Cour

386.- La fonction constituante de la Cour de justice plonge ses racines dans les traités fondateurs eux-mêmes et plus particulièrement dans la combinaison entre les dispositions relatives aux buts définis par les traités et celles relatives aux moyens pouvant être mis en œuvre pour les réaliser⁹⁵².

Le but fixé par les traités fondateurs consiste, au sens large, à assurer l'intégration des Etats et de leurs peuples dans un ensemble les englobant sans toutefois les supprimer. La réalisation de ce but doit se faire, dans l'esprit des fondateurs, par étapes successives, de l'instauration du marché commun à la mise en place d'une « union toujours plus étroite entre les peuples d'Europe » en passant par l'établissement de l'union économique et monétaire.

Ayant le statut d'institution au sein de l'ordre juridique communautaire, la Cour est chargée d'assurer, aux termes de l'article 7 CE, « la réalisation des tâches confiées à la Communauté ». Elle se doit donc de servir les buts et objectifs énoncés par les traités

⁹⁵² Robert Lecourt à cet égard souligne la nécessité du rapport existant « entre l'objectif poursuivi et le régime juridique qui en permet la réalisation ». Cf. Robert LECOURT, « Le rôle unificateur du juge dans la Communauté », in *Etudes de droit des Communautés européennes : mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, pp. 223-237, spéc. p. 226.

fondateurs, l'idée d'œuvre à laquelle elle doit son existence. Plus spécifiquement, la Cour est chargée, selon l'article 220 CE, d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité ». Promouvoir l'intégration en exerçant sa fonction juridictionnelle, tel est le but fixé, par les fondateurs, au juge communautaire.

387.- Pour réaliser ces objectifs, la Cour bénéficie de compétences élargies dont l'ensemble forme ce qu'il est convenu d'appeler le système des voies de recours de droit communautaire. Si, comme les autres institutions communautaires, la Cour ne bénéficie que de compétences d'attribution et partage à ce titre l'application du droit communautaire avec les juges nationaux, elle dispose, au sein de l'ordre juridique communautaire du monopole de l'interprétation des règles de droit communautaire. Ce monopole fait même l'objet d'une attention particulière, puisque l'ensemble des voies de droit convergent vers sa protection, que ce soit à l'égard des institutions (à l'aide des recours en annulation, en appréciation de validité, ou de l'exception d'illégalité), à l'égard des juridictions nationales (comme en témoigne l'instauration d'une faculté, voire d'une obligation de saisir la Cour en cas de contestation portant sur l'interprétation d'une norme communautaire) et à l'égard des Etats membres enfin avec l'institution de la procédure en constatation de manquement. L'article 292 TCE réaffirme de plus le principe selon lequel les Etats membres ne sauraient « soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du présent traité à un mode de règlement autre que ceux prévus par celui-ci », et la Cour a récemment accepté de sanctionner l'Irlande pour avoir saisi un tribunal arbitral d'un différend l'opposant au Royaume-Uni quant à l'application d'un accord mixte ayant le statut d'accord communautaire⁹⁵³.

Ce monopole de l'interprétation est en effet indispensable, consubstantiel même à l'existence d'un véritable marché commun, qui ne saurait accepter que les règles communes soient appliquées ou interprétées de manière divergente « sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-

⁹⁵³ CJCE, 30 mai 2006, Commission c/ Irlande (MOX), aff. C-459/03, *Rec.* p. I-4657, *RTDE*, 2007, pp. 165-182, obs. Yann KERBRAT et Philippe MADDALON. Pour un commentaire approfondi de cette décision, voir Eleftheria NEFRAMI, « La mixité éclairée de l'arrêt "MOX" du 30 mai 2006 : une double interaction, un triple apport », *RDUE*, 2007, pp. 687-713. Voir aussi Luciana Serena ROSSI, « De l'avis 1/03 à l'arrêt MOX : communautarisation des relations extérieures de la Communauté européenne en raison de la cohérence du système », in Marianne DONY et Lucia Serena ROSSI (Dir.), *Démocratie, cohérence et transparence. Vers une constitutionnalisation de l'Union européenne ?*, Bruxelles, Editions de l'université de Bruxelles, 2008, pp. 155-169.

même », selon la formulation retenue par la Cour dans l'arrêt Costa⁹⁵⁴. L'avis 1/91 précité témoigne aussi de ce lien existentiel entre le monopole d'interprétation confié à la Cour et l'essence de l'ordre juridique communautaire, la Cour ayant déclaré incompatible avec le traité l'accord sur l'Espace économique européen au motif que celui-ci instituait une juridiction ayant compétence pour interpréter certaines règles de droit communautaire. En effet, selon la Cour, « en conditionnant l'interprétation future des règles communautaires en matière de libre circulation et de concurrence, le mécanisme juridictionnel prévu par l'accord porte atteinte à l'article 164 [devenu 220] du traité CEE et, plus généralement, aux fondements mêmes de la Communauté »⁹⁵⁵.

388.- Ce monopole de l'interprétation confié à la Cour sur la base des exigences propres à la réalisation des buts du traité constitue le fondement juridique sur lequel s'est développée la fonction constituante de la Cour. Autorisée par les Etats, et même orientée par ceux-ci en direction de la sauvegarde et du développement de l'ordre juridique communautaire, il peut être soutenu que la fonction constituante de la Cour émane d'un véritable mandat du pouvoir fondateur. Ce mandat apparaît d'autant plus clairement que les fondateurs ont fait en sorte, par l'arsenal des voies de droit confiées à la Cour, qu'aucune question de droit communautaire ne puisse lui échapper. Contrairement au Conseil constitutionnel français, qui n'est pas le seul interprète authentique de la constitution, rôle qu'il partage avec le chef de l'Etat, en vertu de l'article 5 de la constitution, et avec les juridictions suprêmes des ordres judiciaire et administratif, la Cour de Luxembourg assure en dernier ressort l'intégralité du contentieux communautaire.

Parallèlement à ce mandat du pouvoir fondateur, révélé par les dispositions qui l'aménagent, la fonction constituante est confortée par les caractéristiques propres du droit communautaire.

2. Les circonstances matérielles propices au développement de la fonction constituante de la Cour

L'ordre juridique communautaire est structuré par les traités fondateurs, dont le contenu et les caractéristiques propres ont rendu plus qu'ailleurs nécessaire l'exercice, par la

⁹⁵⁴ CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ ENEL, aff. préc.

⁹⁵⁵ CJCE, 14 décembre 1991, avis 1/91 préc., spéc. pt. 46.

Cour de justice, de sa fonction d'interprétation, elle-même vecteur de sa fonction constituante.

389.- En premier lieu, confrontée à des traités sectoriels, partiels et parfois lacunaires, la Cour de justice a dû exploiter intensivement ses compétences afin de pouvoir assurer sa mission. C'est de la conjonction entre les insuffisances des traités et la formulation large de la compétence de la Cour qu'est issue la nécessité, pour cette institution, de faire appel à des principes généraux du droit empruntés à des ordres juridiques extérieurs. Ainsi, dans l'arrêt *Algera*⁹⁵⁶, c'est sous peine de commettre un « déni de justice »⁹⁵⁷ que la Cour accepte, pour statuer sur le recours en annulation dirigé contre une décision de retrait, de faire appel aux législations, à la doctrine et à la jurisprudence des Etats membres alors que les traités ne contenaient pas de règles applicables au litige.

390.- En dehors du caractère fragmentaire des traités, leur caractère programmatique contraint la Cour à refuser, au besoin en recourant à une interprétation particulièrement constructive de la volonté des institutions, tout retour en arrière de la construction communautaire. Dans l'arrêt *Commission contre France* de 1971⁹⁵⁸, la France faisait valoir, à l'encontre du recours en manquement dirigé contre elle, que l'abstention du Conseil à prendre les mesures exigées par l'article 76 du traité CEEA aurait entraîné la caducité de la disposition en cause, en l'espèce non respectée par la France. Face à cette argumentation, la Cour a jugé qu'« admettre la caducité de l'ensemble du chapitre VI, sans l'entrée en vigueur de nouvelles dispositions, reviendrait à accepter une rupture de continuité dans un domaine où le traité a [...] prévu la poursuite d'une politique commune ». Ainsi a-t-elle, de manière prétorienne, prolongé les dispositions du traité CEEA alors que les effets de l'article 76 semblaient clairement limités dans le temps, à moins que le Conseil n'intervienne pour

⁹⁵⁶ CJCE, 12 juillet 1957, *Algera*, aff. jointes 7/56, 3 à 7/57, *Rec.* p. 81.

⁹⁵⁷ Pierre Pescatore note à cet égard qu'en « droit international le *non liquet* provoque moins de scandale que le « déni de justice » en droit interne », et souligne « qu'heureusement la Cour des Communautés européennes a fixé son style, pour le plus grand bien de l'efficacité du droit communautaire et de son développement, à une époque où l'horreur du vide juridique a été acceptée sans discussion comme un axiome fondamental de l'éthique judiciaire ». Cf. Pierre PESCATORE, « La carence du législateur communautaire et le devoir du juge », in *Rechtsvergleichung Europarecht und Staatenintegration : Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Carl Heymanns verlag KG, 1983, pp. 559-580, spéc. note 35, p. 576.

⁹⁵⁸ CJCE, 14 décembre 1971, *Commission c/ France*, aff. préc.

confirmer les dispositions en cause, ou les réformer⁹⁵⁹. De même, l'existence dans les traités fondateurs de dispositions programmatiques constitue selon la Cour « des éléments importants, notamment pour l'interprétation d'autres dispositions du traité et du droit communautaire privé »⁹⁶⁰ dans le domaine qu'elles régissent. La Cour de justice analyse donc l'existence de telles clauses évolutives comme l'expression d'une habilitation à interpréter largement tous les ferments d'intégration présents dans les traités.

391.- Un autre facteur explique l'importance prise par la fonction constituante de la Cour : il s'agit de la difficulté de réviser les traités fondateurs.

La première véritable révision des traités fondateurs a eu lieu en 1986, avec l'adoption de l'Acte unique européen, soit environ trente ans après l'entrée en vigueur des traités de Rome. Trente années pendant lesquelles seule la jurisprudence de la Cour était en mesure d'adapter le fonctionnement du marché commun à l'évolution générée par les traités et au dépassement de la sphère économique initiale, de remédier à leurs insuffisances révélées par la pratique et d'empêcher le délitement de la construction communautaire couvant sous les assauts de certaines juridictions nationales. Trente années pendant lesquelles la Cour a affirmé les principes de primauté et d'effet direct du droit communautaire, seuls à même de parvenir, par leurs effets combinés, à ce que les Etats respectent la règle commune qu'ils ont choisi de se donner ; a reconnu, contre la lettre du traité, une certaine invocabilité des directives communautaires devant les juridictions nationales⁹⁶¹ ; a consacré le principe selon lequel « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect »⁹⁶² ; ou encore a accru les compétences de la Communauté par le recours à la théorie des compétences implicites⁹⁶³.

⁹⁵⁹ L'article 76 CEEA dispose, *in fine*, « à l'issue d'une période de sept ans à compter de l'entrée en vigueur du traité, le Conseil peut confirmer l'ensemble de ces dispositions, à défaut de confirmation, de nouvelles dispositions relatives à l'objet du présent chapitre sont arrêtées ».

⁹⁶⁰ CJCE, 29 septembre 1987, Fernando Roberto Giménez Zaera, aff. 126/86, *Rec.* p. 3697, spéc. pts. 13 et 14.

⁹⁶¹ CJCE, 4 décembre 1974, Van Duyn, aff. 41/74, *Rec.* p. 1337, spéc. pts. 12 et s. Sur l'« effet direct » des directives, voir Pierre PESCATORE, « L'effet direct des directives, une tentative de démythification », *Dalloz*, 1980, chron. XXV, pp. 171-176 ; Denys SIMON, « Le Conseil d'Etat et les directives communautaires : du gallicanisme à l'orthodoxie ? », *RTDE*, 1992, pp. 265-283 ; Philippe MANIN, « L'invocabilité des directives, quelques interrogations », *RTDE*, 1990, pp. 669-693.

⁹⁶² CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. préc.

⁹⁶³ CJCE, 31 mars 1971, Commission c/ Conseil (AETR), aff. préc.

392.- Cette fonction constituante de la Cour a souvent été mise en lumière, parfois de manière exagérée, comme en témoigne l'utilisation par la doctrine d'expressions telles que celle de « révision judiciaire »⁹⁶⁴ pour qualifier la jurisprudence relative à la légitimation passive du Parlement européen. Ces prises de position négligent toutefois le fait que la Cour a été habilitée par les fondateurs à développer l'intégration des Etats, tant par les attributions qui lui sont conférées, que, surtout, par le but qu'elle est chargée d'atteindre, comme les autres institutions de la Communauté. En ce sens, c'est bien l'objectif des traités qui « invite, dans chacune de ses dimensions, à suppléer des lacunes, à dissiper des obscurités, à corriger des insuffisances dont il n'est nullement exclu que certaines aient été préméditées tandis que d'autres étaient techniquement inévitables mais qui, ni les unes ni les autres, ne sauraient justifier le juge de renoncer à sa mission »⁹⁶⁵. De la sorte, ce n'est pas la Cour de justice qui, par l'interprétation constructive qu'elle s'est attachée à donner des dispositions qui lui étaient soumises, a créé du droit, mais ce sont les fondateurs eux-mêmes qui, en se donnant un but exigeant et en mandatant la Cour pour le faire respecter, l'ont autorisée à exercer cette fonction constituante. Comme l'a montré M. Simon dans sa thèse de doctorat consacrée à l'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales, « le juge chargé d'interpréter le traité constitutif d'une organisation internationale sera conduit, pour donner son plein effet à la volonté commune des Etats membres, à attribuer aux dispositions de la convention le sens qui tiendra compte des traits spécifiques de son *objet* : parmi les différentes significations autorisées par la lettre du traité, la juridiction choisira celle qui permet de réaliser *l'objectif de coopération ou d'intégration* »⁹⁶⁶.

Si les fondements de cette fonction constituante sont maintenant connus, il convient d'examiner quels vecteurs, quels canaux juridiques celle-ci a empruntés.

B. L'interprétation juridictionnelle et la « découverte » des principes généraux du droit, instruments de la fonction constituante de la Cour

393.- La fonction constituante de la Cour de justice des Communautés européennes se manifeste essentiellement par deux canaux, la « découverte » de principes généraux du

⁹⁶⁴ Voir à ce titre la note précitée de Jean-Paul JACQUE sous CJCE, 23 avril 1986, « Les Verts », in *RTDE* 1986, pp. 500-511, spéc. p. 505.

⁹⁶⁵ Jean BOULOUIS, « A propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes », *Le juge et le droit public : mélanges offerts à Marcel Waline*, vol. 1, Paris, LGDJ, 1974, pp. 149-162, spéc. p. 150.

⁹⁶⁶ Denys SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, op. cit., p. 144 (italiques ajoutés).

droit (1.) et l'interprétation juridictionnelle des textes qui lui sont soumis (2.). Ces deux voies de constitutionnalisation doivent faire l'objet d'une analyse distincte, dans la mesure où elles ne se recoupent pas précisément. En effet, si certains principes généraux du droit sont extraits des « fonds propres »⁹⁶⁷ du droit communautaire, d'autres ne peuvent être rattachés à aucune norme communautaire. En effet, les principes généraux du droit communautaire englobent tant des principes déduits du système des traités que des principes issus, soit du droit international, soit des droits internes des Etats membres⁹⁶⁸. Les emprunts faits par la Cour aux principes issus d'autres ordres juridiques s'expliquent surtout par la volonté de ne pas commettre de déni de justice⁹⁶⁹. Ces principes généraux, dont les principaux sont les droits fondamentaux garantis par les droits constitutionnels nationaux et les instruments internationaux de protection des droits de l'homme, témoignent d'un véritable pouvoir créateur du juge qui ne se réduit pas à l'interprétation de dispositions existantes du droit communautaire.

1. L'apport des principes généraux du droit au développement de normes matériellement et formellement constitutionnelles

394.- A l'exception de l'article 288 (ex-art. 215) TCE, qui fait référence à la détermination des règles régissant la responsabilité extracontractuelle de la Communauté par référence aux « principes généraux communs aux droits des Etats membres », les traités constitutifs ne font pas référence à la catégorie des principes généraux du droit. La Cour de justice s'est cependant reconnue compétente pour consacrer de tels principes⁹⁷⁰, sur le fondement de l'article 220 TCE, qui lui assigne la mission d'assurer le « respect du droit », au sens large. Or, comme le note M. Jean-Paul Jacqué, « le droit ne se résume pas tout entier

⁹⁶⁷ Denys SIMON, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, n° 14/1991, pp. 73-86, spéc. p. 78. On pense ici notamment aux principes structurels de l'ordre juridique communautaire, tels que les principes de libre circulation ou de non-discrimination.

⁹⁶⁸ Voir à ce titre l'étude de Paul REUTER, « Le recours de la Cour de justice des Communautés européennes à des principes généraux de droit », in *Problèmes de droit des gens : mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, pp. 263-283.

⁹⁶⁹ Cela est très clair dans l'arrêt *Algera*, dans lequel la Cour a consacré le principe du retrait des actes unilatéraux communautaires. Dans cet arrêt, elle a en effet jugé : « quant à la possibilité d'un retrait de tels actes, il s'agit là d'un problème de droit administratif bien connu dans la jurisprudence et la doctrine de tous les pays de la Communauté, mais pour la solution duquel le traité ne contient pas de règles. La Cour, sous peine de commettre un déni de justice, est donc obligée de le résoudre en s'inspirant des règles reconnues par les législations, la doctrine et la jurisprudence des pays membres », CJCE, 12 juillet 1957, *Algera*, aff. jointes 7/56 et 3/57 à 7/57, *Rec.* p. 81, spéc. p. 114.

⁹⁷⁰ Voir à ce titre l'étude de Paul REUTER, « Le recours de la Cour de justice des Communautés européennes à des principes généraux de droit », in *Problèmes de droit des gens : mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, pp. 263-283.

dans le droit écrit dans la mesure où tout édifice juridique repose sur un certain nombre de principes non écrits sans lesquels il ne saurait y avoir d'Etat de droit »⁹⁷¹. Principes non écrits, les principes généraux du droit communautaire ont été « découverts »⁹⁷² par la Cour selon une démarche en deux temps, consistant d'une part à faire appel à des principes issus, soit du droit international, soit des droits internes des Etats membres, soit des « fonds propres »⁹⁷³ de l'ordre juridique communautaire, puis, dans un second temps, à vérifier, du moins pour les principes issus d'autres ordres juridiques, si leur réception n'est pas susceptible de porter atteinte au « cadre de la structure et des objectifs de la Communauté »⁹⁷⁴. Selon M. Denys Simon, l'emprunt des principes généraux du droit à des sources externes à l'ordre juridique communautaire ne peut se faire, eu égard à la spécificité du droit communautaire, que « sous bénéfice d'inventaire »⁹⁷⁵.

395.- Par le biais des principes généraux du droit communautaire, la Cour a énoncé des règles juridiques matériellement constitutionnelles, qui sont la manifestation de la « fonction normative »⁹⁷⁶ de la jurisprudence. En effet, tant les droits fondamentaux que les principes découlant du principe de la Communauté de droit⁹⁷⁷ sont indubitablement matériellement constitutionnels en ce qu'ils invitent à assimiler les traités et, au-delà, l'ordre juridique communautaire comme ne visant pas seulement les Etats membres mais aussi leurs ressortissants.

396.- De plus, les principes généraux du droit sont de véritables normes, dont la Cour assure le respect dans le cadre de sa mission juridictionnelle. Elle estime ainsi que ces principes s'imposent aux institutions communautaires dans l'élaboration du droit dérivé, leur

⁹⁷¹ Jean-Paul JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 526.

⁹⁷² Denys Simon qualifie cette découverte, ou invention, au sens étymologique du terme, des principes généraux du droit communautaire, de « bricolage casuistique ». Cf. Denys SIMON, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits* n° 14/1991, pp. 73-86, spéc. p. 75.

⁹⁷³ Selon l'expression utilisée par Denys SIMON, in *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 362.

⁹⁷⁴ Telle est la formulation retenue par la Cour dans l'arrêt du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.* p. 1125.

⁹⁷⁵ Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 360.

⁹⁷⁶ Voir Jean BOULOUIS, « A propos de la fonction normative de la jurisprudence », *Le juge et le droit public : mélanges offerts à Marcel Waline*, vol. 1, Paris, LGDJ, 1974, pp. 149-162.

⁹⁷⁷ On peut citer pour exemple le droit à une protection juridictionnelle effective (CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, *Rec.* p. 1651), ou encore le principe de confiance légitime (CJCE, 28 avril 1988, *Mulder*, aff. 120/86, *Rec.* p. 2344). Sur ce point voir Rébecca-Emmanuëla PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et consécration*, thèse, Université catholique de Louvain, Athènes, Sakkoulas, Bruxelles, Bruylant, 1996, 319 pages. Voir aussi Denys SIMON, « La communauté de droit », op. cit., et, du même auteur, *Le système juridique communautaire*, op. cit., spéc. pp. 295-296.

méconnaissance entraînant l'annulation de l'acte litigieux. La Cour considère de même que les actes des Etats membres doivent être soumis à ces principes, du moins lorsque ceux-ci agissent dans le champ d'application du droit communautaire⁹⁷⁸ ou du moins dans « le cadre du droit communautaire »⁹⁷⁹.

397.- S'agissant du rang hiérarchique des principes généraux du droit au sein de l'ordre juridique communautaire, il convient tout d'abord de noter qu'étant opposables aux institutions, ils ont nécessairement une valeur supérieure au droit dérivé. Cependant la véritable question est de savoir si, par leur biais, la Cour de justice « crée » du droit ayant la même valeur que les traités originaires.

Selon M. Chapus, toute règle juridique occupe au sein de la hiérarchie des normes le rang équivalent à celle de leur source formelle. S'agissant des principes généraux du droit et plus largement des règles jurisprudentielles, ils occupent dans la hiérarchie des normes le rang de leur source formelle, c'est-à-dire de la juridiction qui les a créés⁹⁸⁰. La détermination du rang de la juridiction dans la hiérarchie des sources formelles implique, selon M. Chapus, de « rechercher auxquelles des normes soumises à son jugement il est supérieur, et auxquelles de ces normes il est inférieur »⁹⁸¹. Si l'on transpose ce raisonnement à la Cour de justice, il faudrait en conclure que la jurisprudence de la Cour a une valeur supérieure au droit dérivé, et inférieure au droit originaire, dans la mesure où cette juridiction peut invalider le droit dérivé, mais est soumise au droit originaire qu'elle doit faire respecter sans pouvoir mettre en cause sa validité. Or, l'analyse de la jurisprudence de la Cour montre que les principes généraux du droit ont été hissés, par cette juridiction, à un rang équivalent à celui des traités originaires.

Ainsi, dans l'arrêt Schmidberger en date du 12 juin 2003⁹⁸², la Cour devait se prononcer sur la question de savoir si un Etat pouvait porter atteinte à la liberté de circulation

⁹⁷⁸ CJCE, 13 juillet 1989, Wachauf, aff. 5/88, *Rec.* p. 2609. Voir aussi CJCE, 18 juin 1991, ERT, aff. C-260/89, *Rec.* p. 2925 et, plus récemment, CJCE, 13 avril 2000, Karlsson, aff. C-292/97, *Rec.* p. I-2737. Cette obligation de respect des droits fondamentaux peut ainsi venir limiter le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats, comme l'a jugé la Cour dans un arrêt du 10 avril 2003, Steffensen, aff. C-276/01, *Rec.* p. I-3735, *Annuaire de droit européen*, n° 1/2003, pp. 501-503, chron. Dominique RITLENG.

⁹⁷⁹ Voir à ce titre l'article de Florence ZAMPINI, « La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux "dans le cadre du droit communautaire" », *RTDE*, 1999, pp. 659-707.

⁹⁸⁰ Cf. René CHAPUS, « De la soumission au droit des règlements autonomes », *Dalloz*, 1960, chron. XXII, pp. 121-126. Voir aussi, du même auteur, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *Dalloz*, 1966, chron. XX, pp. 99-106.

⁹⁸¹ René CHAPUS, « De la soumission au droit des règlements autonomes », *op. cit.*, p. 124.

⁹⁸² CJCE, 12 juin 2003, Schmidberger, aff. C-112/00, *Rec.* p. 5659.

des marchandises en se fondant sur la liberté d'expression (en l'espèce, le gouvernement autrichien avait autorisé le déroulement d'une manifestation qui avait bloqué pendant plus de trente heures l'autoroute du Brenner). Confrontée à l'opposition de deux règles, dont l'une découlait directement des traités originaires et l'autre avait valeur de principe général du droit, la Cour a jugé qu'il convenait de « mettre en balance »⁹⁸³ ces deux règles sans se prononcer sur leur valeur hiérarchique respective. En l'espèce, « l'exigence impérative de protection des droits fondamentaux »⁹⁸⁴ a permis, selon la jurisprudence *Cassis de Dijon*⁹⁸⁵, de valider le comportement autrichien au regard des exigences tenant à la libre circulation des marchandises. De même, dans l'arrêt *Omega* du 14 octobre 2004, la Cour a jugé que la protection de la dignité humaine, principe ayant valeur de principe général du droit au sein de l'ordre juridique communautaire, « constitu[ait] un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre prestation de services »⁹⁸⁶. Le fait que, dans ces deux arrêts, la Cour ait tenté d'aménager la coexistence des principes généraux du droit et de règles de droit originaire montre selon nous qu'ils se situent dans un même « bloc de constitutionnalité » dont la valeur hiérarchique est supérieure au droit dérivé mais à l'intérieur duquel la valeur des principes généraux du droit peut varier en fonction de leur contenu et/ou des normes auxquels ils sont confrontés. Dans ces deux arrêts, le fait que les principes généraux du droit aient pu apporter des limitations aux règles issues du traité implique de leur reconnaître un rang hiérarchique identique à celui du droit primaire⁹⁸⁷. M. Jörg Gerkrath professe une opinion similaire lorsqu'il affirme que la Cour de justice des Communautés européennes a érigé « les principes généraux du droit en source formelle complémentaire du droit constitutionnel communautaire dont elle assure le respect »⁹⁸⁸.

398.- En définitive, la consécration, par la Cour de justice, de principes généraux du droit participe incontestablement de la caractérisation d'une fonction constituante dévolue à cette institution, dans la mesure où la Cour crée, par ce biais, des règles ayant à la fois une substance constitutionnelle et une valeur équivalente à celle des traités originaires.

⁹⁸³ *Ibid.*, pt. 81.

⁹⁸⁴ Selon l'expression utilisée par Anne Rigaux et Denys Simon dans leur commentaire de l'arrêt *Schmidberger*, in *Europe*, août-septembre 2003, comm. n° 272, pp. 15-16, spéc. p. 16.

⁹⁸⁵ CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral*, aff. 120/78, *Rec.* p. 649.

⁹⁸⁶ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, *Rec.* p. I-9609, spéc. pt. 35.

⁹⁸⁷ Voir en ce sens les observations du professeur Dominique RITLENG sous l'arrêt *Omega*, chron. de jurisprudence de la CJCE, *Annuaire de droit européen*, n° 2/2004, pp. 786-790, spéc. p. 789.

⁹⁸⁸ Jörg GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, op. cit., p. 211.

L'interprétation juridictionnelle constitue l'autre voie par laquelle se manifeste la fonction constituante de la Cour.

2. L'interprétation juridictionnelle à l'origine d'un véritable pouvoir normatif de la Cour, expression de sa fonction constituante

399.- Par ses caractéristiques intrinsèques, l'interprétation juridictionnelle confère au juge un véritable pouvoir normatif qui, lorsqu'elle a pour support les normes suprêmes d'un ordre juridique donné, constitue le canal privilégié de la fonction constituante (a.). De plus, lorsque ce juge est en même temps l'unique interprète authentique des normes qu'il a pour objet de sauvegarder, la fonction constituante qu'il exerce peut paraître bien proche d'un véritable pouvoir constituant, comme en témoigne le statut de la Cour de justice des Communautés européennes (b.).

a. L'interprétation juridictionnelle et le pouvoir normatif du juge

400.- L'interprétation juridictionnelle, qui peut être définie comme le processus par lequel le juge attribue une signification à un énoncé juridique, est en effet le vecteur par lequel se manifeste un véritable « pouvoir normatif du juge »⁹⁸⁹ et par lequel la fonction constituante de la Cour de justice des Communautés européennes s'est développée.

En effet, contrairement à l'idée répandue selon laquelle, selon la formule chère à Montesquieu, le juge ne serait que « la bouche qui prononce les paroles de la loi », l'interprétation n'est pas une simple fonction de la connaissance. Kelsen a montré, en annexe de la deuxième édition de la *Théorie pure du droit*, que l'interprétation recélait un véritable acte de volonté de la part du juge, dans la mesure où celle-ci consistait à établir le sens de la norme à appliquer⁹⁹⁰. M. Troper a repris cette thèse relative à l'interprétation juridictionnelle, et en a développé toutes les conséquences, aboutissant à la conclusion radicale que « par l'interprétation, l'autorité juridictionnelle [...] détermine intégralement elle-même la

⁹⁸⁹ Et non de la jurisprudence. Stéphane Rials a montré que le pouvoir normatif de la jurisprudence n'existait pas, dans la mesure où c'était le commentateur qui induisait la règle de droit de la somme des arrêts énoncés dans un sens identique. Seul le juge dispose, à travers sa fonction juridictionnelle, d'un pouvoir normatif, dans le sens où il « déduit ses solutions de cette règle nécessairement pré-posée par lui ». Cf. Stéphane RIALS, « Sur une distinction contestables et un trop réel déclin. A propos d'un récent article sur le pouvoir normatif du juge », *AJDA*, 1981, pp. 115-118, spéc. p. 117.

⁹⁹⁰ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. par Charles Eisenmann de la 2^{ème} édition de la *Reine Rechtslehre*, Paris, Dalloz, 1962, 496 pages, spéc. pp. 459-462.

signification de la loi »⁹⁹¹. La Cour de justice des Communautés européennes étant une juridiction, l'interprétation qu'elle donne des dispositions qu'elle est chargée d'appliquer est donc créatrice de normes générales et par là même à l'origine de la fonction constituante de cette institution⁹⁹². Ainsi, il est clair que lorsque le juge énonce le principe selon lequel le principe de l'attribution des compétences ne fait pas obstacle à ce que la Communauté dispose de compétences découlant implicitement des traités⁹⁹³, il édicte une norme véritable, qui ne se trouvait que virtuellement inscrite dans les traités. Comme le faisait à juste titre remarquer M. Marcel Waline, la jurisprudence « développe des règles qui étaient seulement en puissance dans la loi ; et il est difficile de nier qu'elle n'enrichisse, par ses interprétations, les concepts législatifs : à tel point qu'il y a comme une vie de ceux-ci, avec croissance, et parfois... dénaturation »⁹⁹⁴. Les exemples d'interprétations extensives de la Cour, qui ont d'ailleurs pu être qualifiées de *contra legem*⁹⁹⁵, ne manquent pas. Qu'on songe ici à la recevabilité des recours dirigés contre les actes du Parlement européen, avalidée par l'arrêt « Les Verts » de 1986⁹⁹⁶, à la jurisprudence relative à l'invocabilité des directives⁹⁹⁷, qui semble être en totale contradiction avec l'article 249 du traité CE, ou encore à la reconnaissance par la Cour d'une invocabilité minimale des décisions-cadres prises dans le cadre du troisième pilier, consacrée dans un arrêt Pupino de 2005⁹⁹⁸.

401.- Si l'interprétation est créatrice, la méthode d'interprétation⁹⁹⁹ choisie par le juge va se révéler primordiale dans l'exercice, par celui-ci, de sa fonction juridictionnelle (et

⁹⁹¹ Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, 358 pages, spéc. p. 93.

⁹⁹² Denys Simon a appliqué la théorie de l'interprétation conçue comme un acte de volonté aux traités constitutifs d'organisations internationales. Il a ainsi démontré que « le juge, dans son opération d'interprétation, ne découvre pas "le" sens caché, mais attribue "un" sens, en optant parmi les différentes significations logiquement possibles du traité, et exerce de ce fait une compétence qui, loin d'être exclusivement "déclarative", se présente comme largement "constitutive" », Denys SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, *op. cit.*, p. 116.

⁹⁹³ Voir à ce titre l'arrêt AETR précité.

⁹⁹⁴ Marcel WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *La technique et les principes du droit public : études en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, vol. 2, pp. 613-632, spéc. p. 622. Cette théorie de la concrétisation progressive des normes par la jurisprudence peut d'ailleurs être mise en parallèle avec la théorie kelsénienne de la formation du droit par degrés.

⁹⁹⁵ D'ailleurs, comme l'a montré Michel Troper, dès lors que l'on admet que l'interprétation est un véritable acte de volonté du juge, il ne saurait y avoir de signification du texte juridique avant l'interprétation authentique de ce texte, et, partant, aucune « fausse » interprétation. Cf. Michel TROPER, « Interprétation », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, pp. 843-847.

⁹⁹⁶ CJCE, 23 avril 1986, « Les Verts », aff. 294/83, *Rec.* p. 1365.

⁹⁹⁷ CJCE, 4 décembre 1974, Van Duyn, aff. 41/74, *Rec.* p. 1337.

⁹⁹⁸ CJCE, 16 juin 2005, Pupino, aff. C-105/03, *Rec.* p. I-4135, *Europe*, 2005, comm. Fabienne KAUFF-GAZIN ; *RDUE*, n° 3/2005, pp. 650-654, obs. Thien Uyen DO.

⁹⁹⁹ Pour un recensement des différentes méthodes d'interprétation suivies par la Cour de justice, voir, outre la thèse de Denys SIMON, préc., Riccardo MONACO, « Les principes d'interprétation suivis par la Cour de

donc, normative). En effet, l'utilisation de certaines méthodes peut permettre de donner à sa fonction normative une intensité maximale. Or, la Cour de justice des Communautés européennes semble avoir adopté une méthode particulièrement favorable au développement de son ordre juridique et, partant, à la constitutionnalisation de celui-ci.

Confrontées à la nécessité d'interpréter, préalablement à leur application au litige, les textes qui leur sont soumis, les juridictions doivent faire un choix entre différentes méthodes d'interprétation. Entre l'interprétation sémiotique, qui se fonde sur le langage utilisé, l'interprétation génétique, qui tend à découvrir le sens originel du texte, à travers l'étude par exemple des travaux préparatoires, ou l'interprétation téléologique, qui tend à éclairer le sens d'un texte en faisant référence au but poursuivi par son auteur, les conséquences sur la norme dégagée par le juge peuvent être très importantes. Dès lors, sur quels critères se fonde le juge pour choisir, parmi les instruments qu'il a à sa disposition, une méthode d'interprétation ?

S'agissant de l'interprétation juridictionnelle des traités constitutifs d'organisations internationales, M. Denys Simon a montré que le choix du juge dépendait de l'intention originelle des auteurs du traité. Ainsi, « les juridictions internationales, en choisissant, dans la panoplie des outils interprétatifs, les instruments adaptés au degré d'intégration de l'ordre juridique dans lequel s'insère la disposition litigieuse [...] recherchent les lois structurelles qui ont guidé les fondateurs, afin de maintenir la logique et l'homogénéité du plan d'ensemble »¹⁰⁰⁰. L'idée d'œuvre étant, comme nous l'avons montré, l'intégration des Etats, le choix du juge communautaire en faveur d'une interprétation donnant à ce mouvement d'évolution un effet maximal apparaît cohérent. Ainsi a-t-il été conduit, dans sa fonction juridictionnelle, à opter pour une interprétation « systématique », qui consiste selon M. Simon à « réduire les germes d'incohérence et à renforcer les facteurs de cohérence au sein du système juridique communautaire »¹⁰⁰¹. Pour ce faire, le juge a dû dégager les fondements, les objectifs et les principes, tant matériels (tels que le principe de non-discrimination en fonction de la nationalité, ou, bien entendu, les droits fondamentaux), que structurels (au premier plan desquels la primauté et l'effet direct) de l'ordre juridique communautaire. La mise en exergue (indispensable à l'exercice de la fonction juridictionnelle dans un ordre juridique inachevé et parcellaire) de ces principes, pour la plupart

justice des Communautés européennes », in *Problèmes de droit des gens : mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, Pedone 1964, pp. 217-227. Voir aussi Josse MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1986, pp. 5-20, ainsi que le manuel de Guy ISAAC et Marc BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, 9^{ème} édition, 2006, 539 pages, spéc. pp. 244 et s.

¹⁰⁰⁰ Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 88.

¹⁰⁰¹ *Ibid.*, p. 504.

matériellement constitutionnels car relatifs à la structuration de l'ordre juridique communautaire, constitue ainsi le vecteur de la fonction constituante de la Cour¹⁰⁰².

De plus il convient de noter que la mise en œuvre de cette approche particulière, qualifiée de « systématique », dans l'interprétation des traités communautaires n'est pas neutre mais possède intrinsèquement une force d'intégration qui vient en retour agir sur les traités eux-mêmes. En effet, si, ainsi que l'a montré M. Simon, le juge « apprécie le degré d'intégration du système juridique, lequel commande directement le raisonnement interprétatif »¹⁰⁰³, le raisonnement interprétatif systématique favorise l'émergence de principes structurels matériellement constitutionnels sur lesquels la Cour viendra ultérieurement se fonder pour interpréter de nouvelles dispositions soumises à sa sagacité. Ainsi, chaque nouvelle décision constitue le tremplin sur lequel celle-ci viendra prendre appui pour, dans un nouvel élan, franchir une étape supplémentaire dans le niveau d'intégration.

402.- Si le pouvoir normatif du juge communautaire, s'exerçant lors de l'interprétation systématique des dispositions des traités, peut être à l'origine d'une « fonction constituante », ce n'est pas seulement du fait de la mise à jour, par ce biais, de principes matériellement constitutionnels. Il convient en effet de montrer que la norme créée par le juge acquiert un rang équivalent à celui des traités fondateurs et a force obligatoire au sein de l'ordre juridique. Tout d'abord, comme toute interprétation juridictionnelle, l'interprétation donnée par la Cour de justice s'incorpore au texte auquel elle s'applique. Ainsi, « les interprétations attachées par la Cour aux dispositions du traité font corps avec celui-ci et se trouvent donc au même niveau d'autorité que le traité lui-même »¹⁰⁰⁴. Plus encore, si c'est l'interprète qui détermine la signification d'un texte et par là même la norme qu'il contient, il faut en déduire que c'est véritablement l'interprète qui détermine la norme.

¹⁰⁰² Participe aussi de cette fonction constituante la volonté de la Cour de réduire la distinction entre les actes communautaires et les actes pris sur la base du titre VI TUE, et par là même de communautariser par la voie prétorienne le troisième pilier. En témoigne l'arrêt Pupino de 2005, dans lequel la Cour a jugé que sa compétence préjudicielle au titre de l'article 35 UE serait « privée de l'essentiel de son effet utile si les particuliers n'étaient pas en droit d'invoquer les décisions-cadre en vue d'obtenir une interprétation conforme du droit national devant les juridictions des Etats membres » (CJCE, 16 juin 2005, Pupino, aff. C-105/03, *Rec.* p. I-4135, pt. 38).

¹⁰⁰³ Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 505.

¹⁰⁰⁴ Pierre PESCATORE, « La carence du législateur communautaire et le devoir du juge », *op. cit.*, p. 580.

Lorsque cette norme occupe le sommet de la hiérarchie normative, l'interprète authentique¹⁰⁰⁵ ne devient-il pas alors le véritable détenteur du pouvoir constituant ?

b. L'interprétation juridictionnelle authentique et le concept de pouvoir constituant

403.- La thèse attribuant au juge, à travers l'exercice de sa fonction juridictionnelle impliquant l'interprétation des textes qui lui sont soumis, un véritable pouvoir normatif ne laisse pas d'être problématique lorsque ce juge est l'unique interprète authentique de l'ordre juridique considéré. En effet, dans cette situation, il conviendrait en toute logique de conclure que ce n'est pas l'auteur d'un texte mais son interprète authentique qui, en donnant du texte la seule signification juridiquement obligatoire, doit être réputé créer la norme. Poussant le raisonnement à son terme, M. Michel Troper en déduit donc que « le véritable constituant n'est pas l'auteur de la constitution initiale, mais la cour constitutionnelle »¹⁰⁰⁶. Selon la théorie de l'interprétation développée par cet auteur, l'interprétation constitue la constitution, en ce sens qu'elle définit ce qui fait partie de la constitution, détermine la signification des énoncés qui la composent (et en ce sens, est à l'origine des normes constitutionnelles) et, en faisant produire des effets juridiques à cette interprétation (l'annulation des normes infraconstitutionnelles contraires) instaure la suprématie de la constitution par rapport à ces normes. Dès lors, si « on entend par constitution une norme qui s'impose à toutes les autorités, alors c'est bien l'interprète qui a créé la constitution. *La hiérarchie des normes n'est pas le fondement du contrôle de constitutionnalité des lois ; elle en est le produit* »¹⁰⁰⁷.

404.- Cette thèse a selon nous comme principal inconvénient de ne voir le droit constitutionnel qu'à travers le prisme du contrôle juridictionnel de la constitution. En effet, dans la théorie de M. Troper, l'existence de la hiérarchie des normes est conditionnée par celle d'un contrôle de constitutionnalité des lois et il est alors conduit à rechercher « les

¹⁰⁰⁵ Hans Kelsen (à la différence de la doctrine traditionnelle pour laquelle l'interprétation authentique est celle qui émane de l'auteur même de l'acte), qualifie d'authentique l'interprétation donnée par toute autorité habilitée à interpréter, ou celle qui a des effets juridiques obligatoires selon les dispositions en vigueur de l'ordre juridique considéré. Sur les différentes significations de la notion « d'interprète authentique », voir Michel TROPER, « Interprétation », *op. cit.*

¹⁰⁰⁶ Michel TROPER, « Interprétation », *op. cit.*, p. 846.

¹⁰⁰⁷ Michel TROPER, « L'interprétation constitutionnelle », in Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN (Dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, actes de la table ronde de l'AIDC organisée les 15 et 16 octobre 2004 à Bordeaux, Paris, Dalloz, 2005, pp. 13-25, spéc. p. 24.

conséquences que peut avoir sur la nature des relations entre la constitution et les normes émises par les pouvoirs publics l'existence d'un pouvoir d'interprétation »¹⁰⁰⁸. Or cette vision méconnaît selon nous la distinction primordiale existant entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués, fondatrice de l'ordre juridique, de laquelle découle la nécessaire subordination des pouvoirs constitués à leur créateur et à l'idée de droit qu'il incarne. Si le juge constitutionnel pose, en interprétant la constitution, des normes ayant valeur constitutionnelle, son interprétation ne peut jamais être contraire à l'idée de droit contenue dans la constitution dans la mesure où elle procède de ce texte. Si la sanction d'une telle violation ne peut être juridictionnelle, la légitimité de l'intervention du juge tient, ainsi que l'a montré le professeur Louis Favoreu, « à ce qu'il n'a pas le dernier mot »¹⁰⁰⁹. Autrement dit, pour reprendre les termes du doyen Vedel, « 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 »¹⁰¹⁰.

405.- Le problème que pose l'interprétation constitutionnelle peut être transposé à la Cour de justice dans la mesure où celle-ci dispose, au sein de l'ordre juridique communautaire, de la qualité d'interprète authentique¹⁰¹¹ de la « charte constitutionnelle de base » que sont les traités fondateurs. En effet, si en droit international ce sont les Etats, auteurs des traités, qui ont seuls qualité pour interpréter la portée des règles qu'ils se sont eux-mêmes données, cette situation, « conséquence logique du caractère autonormateur du droit international »¹⁰¹², ne prévaut pas au sein de l'ordre juridique communautaire, dans la mesure où les Etats ont abandonné leur compétence d'interprétation à une juridiction dotée d'une compétence obligatoire et exclusive. L'abandon, par les Etats, de leur qualité d'interprète des traités se vérifie d'ailleurs par l'existence du recours en manquement, par le biais duquel la Cour « dit le droit », au besoin à l'encontre des Etats, pourtant à l'origine de la norme qui leur est opposée.

¹⁰⁰⁸ Michel TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp. 133-151, spéc. p. 136.

¹⁰⁰⁹ Louis FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, n° 2/1994, pp. 557-581, spéc. p. 578.

¹⁰¹⁰ Georges VEDEL, « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, *op. cit.*, p. 173.

¹⁰¹¹ C'est aussi la position défendue par Hélène GAUDIN, « La "fonction constituante" de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit constitutionnel*, actes du colloque de la CEDECE du 27 octobre 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 25-52, spéc. pp. 39 et s.

¹⁰¹² Denys SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, *op. cit.*, p. 21.

406.- Ce pouvoir considérable ne peut cependant être qualifié de pouvoir de révision ni *a fortiori* de pouvoir constituant. Distincte par essence de ce concept, la fonction constituante de la Cour n'en partage pas non plus les particularités telles que le caractère originaire ou absolu. En effet, la fonction constituante liée à l'interprétation juridictionnelle apparaît intrinsèquement limitée par la nécessité de la survenance d'un litige. Malgré la large palette d'attributions dont elle dispose, la Cour de justice ne peut s'autosaisir¹⁰¹³, ce qui amoindrit considérablement son pouvoir normatif. Limitée, la fonction constituante de la Cour l'est aussi par les exigences tenant à sa fonction juridictionnelle, comme par exemple l'obligation de se cantonner au cadre du litige qui lui est soumis. De même, dans l'exercice de sa fonction interprétative, quelle que soit la méthode utilisée, le juge est toujours conditionné par les matériaux juridiques existants. C'est en ce sens que M. Denys Simon a pu parler, à propos de l'interprétation juridictionnelle, de l'exercice d'une « compétence semi-discrétionnaire »¹⁰¹⁴.

Etrangères au concept de pouvoir constituant, les caractéristiques propres de la fonction constituante de la Cour doivent maintenant être analysées.

II. LES CARACTERISTIQUES DE LA FONCTION CONSTITUANTE DE LA COUR

407.- Pouvoir constitué au sein de l'ordre juridique communautaire, la Cour doit se voir refuser la qualité de pouvoir constituant communautaire, qualité qu'entraînerait selon M. Troper sa fonction d'interprète authentique des traités. Au contraire, sa nature constituée implique sa subordination vis-à-vis du pouvoir fondateur des Etats (A.), tandis que la perpétuation de l'idée d'œuvre conditionne la légitimité de son intervention (B.).

¹⁰¹³ Voir à ce titre Denys DE BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, thèse, Pau, 1993, Paris, Economica, 1996, 577 pages, spéc. p. 48 : « Le pouvoir, en ce sens, suppose sans doute une capacité d'initiative élargie. Or c'est justement ce qui ne saurait caractériser la fonction juridictionnelle. Car l'initiative d'édiction de ces normes reste refusée au juge, quelle que soit l'étendue de sa liberté d'interprétation, voire de création de normes de référence ».

¹⁰¹⁴ Denys SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, op. cit., p. 143.

A. La subordination au pouvoir fondateur, conséquence de la nature de pouvoir constitué de la Cour

L'affirmation théorique selon laquelle la Cour, pouvoir « constitué » au sein de l'ordre juridique communautaire devrait, malgré les prérogatives considérables dont elle dispose, respecter le pouvoir fondateur des Etats se vérifie en pratique par le refus, de la Cour de se substituer à ceux-ci (1.). Cette déférence de la Cour à l'égard des fondateurs explique leur acceptation de sa jurisprudence souvent intégrationniste (2.).

1. Le refus de la Cour de se substituer aux Etats membres, fondateurs de l'ordre juridique communautaire

408.- Déjà en 1954 la Cour avait jugé, qu'il « n'appartient pas à la Cour de s'exprimer sur l'opportunité du système imposé par le traité ni de suggérer une révision du traité » dans la mesure où elle est chargée « d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité *tel qu'il est établi* »¹⁰¹⁵. De même, dans l'affaire Union de Pequenos Agricultores, la Cour a rejeté l'argumentation développée par les requérants visant à admettre la recevabilité du recours en annulation exercé par des particuliers (non directement et individuellement concernés, comme l'exige pourtant l'article 230, alinéa 4 TCE) à l'encontre d'un acte réglementaire, dès lors que l'absence de voie de droit nationale aboutirait à remettre en cause leur droit à une protection juridictionnelle effective. Selon la Cour en effet, « une telle interprétation ne saurait aboutir à écarter la condition en cause, qui est expressément prévue par le traité, sans excéder les compétences attribuées par celui-ci aux juridictions communautaires ». Et la Cour d'en appeler « aux Etats membres, conformément à l'article 48 UE »¹⁰¹⁶, pour toute révision du système des voies de recours. Par une formule encore plus marquante, le Tribunal de première instance a jugé qu'« il n'appart[enait] pas au juge communautaire de se *substituer au pouvoir constituant communautaire* en vue de procéder à

¹⁰¹⁵ CJCE, 21 décembre 1954, France c/ Haute autorité, aff. 1/54, *Rec.* p. 7 (souligné par nous).

¹⁰¹⁶ CJCE, 25 juillet 2002, Union de Pequenos Agricultores, aff. C-50/00, *Rec.* p. 6677. On retrouve un appel similaire au Etats membres dans l'arrêt Segi, la Cour ayant jugé que « s'agissant de l'Union, les traités ont établi un système de voies de recours dans lequel les compétences de la Cour sont, en vertu de l'article 35 UE, moins étendues dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne qu'elles ne le sont au titre du traité CE [...]. Si un système de voies de recours, et notamment un régime de responsabilité extracontractuelle autre que celui mis en place par les traités est certes envisageable, il appartient, le cas échéant, aux Etats membres, conformément à l'article 48 UE, de réformer le système actuellement en vigueur », CJCE, 27 février 2007, Segi, aff. C-355/04, *Rec.* p. I-1657, pt. 50.

une modification du système des voies de recours et des procédures établi par le traité »¹⁰¹⁷. Cette invitation a d'ailleurs été suivie d'effets dans la mesure où tant le traité établissant une constitution pour l'Europe que le traité de Lisbonne ont modifié les conditions d'accès au prétoire des particuliers¹⁰¹⁸.

409.- Le juge paraît ici circonscrire l'exercice de sa fonction juridictionnelle au respect des limites qui s'imposent à sa nature de « pouvoir constitué », par un comportement résultant davantage d'une autolimitation que d'une véritable obligation juridiquement sanctionnée. Il semble ainsi établir une distinction entre l'interprétation qu'il peut donner d'un texte et qui, grâce à la méthode systématique, peut être à l'origine d'une norme parfois très éloignée du texte qui pourtant la fonde, et les modifications d'« envergure constitutionnelle »¹⁰¹⁹ qui doivent être réservées à l'ensemble des Etats. On peut trouver trace d'une telle conception dans les conclusions de l'avocat général M. Gullman, dans une affaire portant sur la recevabilité des recours en carence et en annulation formés par des particuliers. Confronté à l'argument selon lequel l'absence de voie de droit nationale devrait entraîner la possibilité pour des particuliers d'agir directement en carence ou en annulation devant la Cour de justice, l'avocat général souligne qu'« on ne saurait utiliser, en tant que critère autonome pour interpréter l'article 175, troisième alinéa (et l'article 173, deuxième alinéa), l'existence ou non de la possibilité pour les requérantes de faire usage de voies de recours nationales pour contester indirectement la légalité de règlements communautaires. En effet, cela aurait pour conséquence que *les limitations expresses du traité au droit d'agir des particuliers devraient être éliminées par l'interprétation* lorsque ces limitations impliquent que les intéressés sont en pratique dans l'impossibilité de former un recours. Les particuliers pourraient alors en principe former un recours devant la Cour de justice lorsque les institutions adoptent ou n'adoptent pas des actes généraux et directement applicables qui ne doivent pas être mis en œuvre par les autorités nationales. *Un tel régime nous semble être*

¹⁰¹⁷ TPICE, 15 janvier 2003, Philip Morris International Inc. e. a. c/ Commission, aff. jointes T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 et T-272/01, *Rec.* p. 1, spéc. pt. 124. Voir aussi, pour une formulation similaire concernant de même la recevabilité du recours en annulation formé par les particuliers, TPICE, 27 juin 2000, Salamander, aff. T-172/98, T-175/98 à T-177/98, *Rec.* p. 2487, spéc. pt. 75.

¹⁰¹⁸ Voir l'article III-365, paragraphe 4 TECE et l'article ayant vocation à devenir l'article 230, paragraphe 4 TFUE qui le reproduit à l'identique, selon lequel « toute personne physique ou morale peut former [...] un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, *ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution* » (italiques ajoutées).

¹⁰¹⁹ Selon l'expression utilisée par la Cour dans son avis 2/94 du 28 mars 1996, adhésion de la Communauté à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, *Rec.* p. I-1759.

contraire tant à la lettre qu'à la finalité du traité et ne pourrait donc résulter que d'une révision du traité »¹⁰²⁰. Il appert de ce raisonnement que l'interprétation juridictionnelle doit se limiter à prendre en compte la lettre et éventuellement la finalité du traité tandis que toute interprétation contraire à l'objectif du texte ne pourrait résulter que d'une interprétation donnée par les fondateurs, utilisant la voie de la procédure de révision. On pourrait alors avancer que si la Cour accepte, par la voie de l'interprétation, d'être à l'origine d'une norme *praeter legem*, elle refuse de consacrer une norme qui serait explicitement contraire à la lettre du texte (*contra legem*). En ce sens, les arrêts Foto-Frost¹⁰²¹, TWD¹⁰²², « Les Verts »¹⁰²³, « Tchernobyl »¹⁰²⁴, ou même récemment les arrêts Segi et Gestoras Pro Amnistia¹⁰²⁵ trouveraient leur justification dans le fait que la Cour a seulement, de manière particulièrement constructive il est vrai, interprété le texte des traités. Si, dans ces affaires, elle a consacré des mécanismes juridiques qui ne se trouvaient pas dans les traités¹⁰²⁶, elle n'est cependant jamais allée à l'encontre d'une prescription expresse de ceux-ci.

410.- Il peut paraître paradoxal que dans tous ces arrêts, le juge communautaire se réfère, non au pouvoir fondateur des Etats, mais au pouvoir de révision dont ceux-ci disposent (celui-ci étant même qualifié, par un amalgame courant, de « pouvoir

¹⁰²⁰ Conclusions de l'avocat général Gulmann présentées le 8 juillet 1992, Josef Buckl & Söhne OHG c/ Commission, aff. jointes C-15/91 et C-108/91, *Rec.* p. 6061 (italiques ajoutées).

¹⁰²¹ CJCE, 22 octobre 1987, Foto-Frost, aff. 314/85, *Rec.* p. 4199.

¹⁰²² CJCE, 9 mars 1994, TWD Textilwerke, aff. précitée.

¹⁰²³ CJCE, 23 avril 1986, « Les Verts » c/ Parlement, aff. précitée.

¹⁰²⁴ CJCE, arrêt interlocutoire du 22 mai 1990, Parlement c/ Conseil (affaire dite du « règlement post-Tchernobyl »), aff. précitée.

¹⁰²⁵ CJCE, 27 février 2007, Segi, aff. C-355/04, *Rec.* p. I-1657, CJCE, 27 février 2007, Gestoras Pro Amnistia, aff. C-354/04, *Rec.* p. I-1579. Pour un commentaire de ces arrêts voir Abdelkhaleq BERRAMDANE, « Les limites de la protection juridictionnelle dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne », *RDUE*, 2007, pp. 433-452.

¹⁰²⁶ Ainsi, dans les arrêts Segi et Gestoras Pro Amnistia, la Cour a étendu sa compétence préjudicielle à l'encontre des positions communes prises sur la base de l'article 34 UE, dès lors que celles-ci visent à produire des effets juridiques à l'égard des tiers. Certes, l'article 35 UE limite la compétence préjudicielle de la Cour à certains types d'actes, parmi lesquels ne figurent pas les positions communes, cependant la Cour a interprété l'article 35UE comme étant l'application d'un principe plus général selon lequel tous les actes du troisième pilier visant à produire des effets juridiques devaient pouvoir faire l'objet d'un renvoi préjudiciel en interprétation ou en appréciation de validité (et même d'un recours en annulation introduit par la Commission ou un Etat membre). Bien que particulièrement dynamique, cette interprétation de l'article 35 UE ne semble pas aller à l'encontre du texte des traités. Il en va de même pour la consécration d'une cause jurisprudentielle de forclusion (arrêt TWD), pour l'obligation de renvoi imposée par l'arrêt Foto-Frost, ou encore pour la légitimation active (arrêt « Tchernobyl ») et passive (arrêt « Les Verts ») du Parlement européen, qui si elles n'étaient pas expressément prévues par les traités, n'étaient pas non plus explicitement interdites. D'ailleurs, cette différenciation entre interprétation *praeter* et *contra legem* permet de critiquer la solution consacrée par la Cour dans l'arrêt Union de pequenos agricultores précité, dans la mesure où il ne lui était pas demandé d'aller à l'encontre des conditions prévues à l'article 230 pour le recours en annulation des personnes physiques et morales, mais seulement d'interpréter l'exigence d'un lien direct et individuel à l'aune du droit à une protection juridictionnelle effective.

constituant »). En effet, nous avons montré que le pouvoir de révision était un pouvoir constitué qui comme tel devait être soumis à l'idée d'œuvre des fondateurs. Le refus de la Cour de se substituer au pouvoir *fondateur* des Etats ne devrait donc pas englober, comme la formulation de ses arrêts le laisse pourtant penser, le refus de se substituer au pouvoir de *révision* des traités. Il faut cependant prendre en compte le fait qu'il y a, au sein de l'ordre juridique communautaire, une relative indifférenciation entre pouvoir fondateur et pouvoir de révision, tous deux étant confiés, *in fine*, aux Etats membres. La Cour ne peut donc pas exclure que lorsque les titulaires du pouvoir de révision s'expriment, leur décision contienne, non une simple révision, mais un véritable acte fondateur (similaire dans ses caractéristiques à un acte constituant). En second lieu, même si le pouvoir de révision est, comme la Cour, un pouvoir « constitué » au sein de l'ordre juridique communautaire, lui seul est habilité selon les traités à modifier leurs dispositions. En refusant de se substituer au pouvoir de révision, la Cour ne fait que respecter la répartition des compétences entre le pouvoir juridictionnel et le pouvoir de révision, tel qu'elle résulte des traités. Autrement dit, refuser de se substituer au pouvoir de révision reviendrait bien à un refus de se substituer au pouvoir fondateur, seul compétent pour fixer les sphères de compétences des différentes institutions.

411.- Il convient cependant de noter que si la Cour refuse de se substituer au pouvoir des fondateurs, ce n'est que sur la base d'une autolimitation, et nullement sur le fondement d'une obligation juridiquement sanctionnée. La seule sanction du respect, par la Cour, des limites qui s'imposent à elle consiste dans l'hypothèse d'une révision venant renverser l'interprétation qu'elle aurait donnée d'un texte. Les révisions n'étant pas justiciables devant la Cour de justice, les Etats peuvent en effet par ce biais démentir une interprétation de la Cour qu'ils jugeraient non conforme à leur volonté initiale¹⁰²⁷. Cette situation s'est déjà produite, l'interprétation donnée par la Cour, à l'occasion de l'arrêt Barber¹⁰²⁸, de la notion de « rémunération » au sens de l'article 119 (devenu 141) TCE ayant été neutralisée par l'adoption à Maastricht d'un Protocole relatif à cet article.

¹⁰²⁷ De plus, la procédure de révision étant, comme nous l'avons vu ci-dessus, aménagée de telle sorte que le contenu de la révision reflète l'équilibre initial voulu par les fondateurs, il n'est pas à craindre que les Etats puissent par ce biais, porter atteinte à l'idée de droit.

¹⁰²⁸ CJCE, 17 mai 1990, Barber, aff. 262/88, *Rec.* p. 1889. Il s'agit là, selon M. Christianos, d'un exemple de la « fragilité de l'acquis jurisprudentiel », Vassili CHRISTIANOS, « L'acquis jurisprudentiel », *RAE-LEA*, 2001-2002, pp. 986-990.

412.- Au final, la subordination de la fonction juridictionnelle au pouvoir fondateur et au pouvoir de révision est assurée au sein de l'ordre juridique communautaire, davantage grâce à un « rapport de forces »¹⁰²⁹ entre institutions, Etats membres et juridictions nationales que par le biais de procédures juridiques¹⁰³⁰. En ce sens, M. Maduro note que l'émergence de l'ordre juridique communautaire, ainsi que sa constitutionnalisation, ne sont pas l'œuvre de la seule Cour de justice, mais sont à mettre au crédit d'une « communauté légale qui a habilité la Cour, qui a légitimé la création de ce nouvel ordre juridique fédéral ou supranational [...] et a aussi influencé le contenu de cet ordre juridique, en contrôlant et limitant partiellement sa suprématie »¹⁰³¹. L'existence d'un tel « réseau interprétatif »¹⁰³², combinée au fait que la Cour ait dans l'ensemble respecté les limites qui s'imposaient à sa fonction expliquent d'ailleurs l'acceptation, de la part des Etats, de quelques jurisprudences pour le moins intégratrices telles que la construction de la théorie des compétences externes implicites, ou encore la « légitimation » active et passive du Parlement européen. La validation de la fonction constituante de la Cour par les Etats témoigne ainsi de sa légitimité au sein de l'ordre juridique communautaire.

¹⁰²⁹ Ainsi, selon Michel Troper, « l'interprétation authentique est une activité exercée en commun et son produit est le résultat d'un rapport de forces entre autorités compétentes », Michel TROPER, « Interprétation », *op.cit.*, p. 846. Kosmas Boskovits a de même démontré que l'interprétation juridictionnelle s'insérait dans un « réseau d'interprétations concurrentes du traité », Kosmas BOSKOVITS, « Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté et ses Etats membres », *op. cit.*, pp. 70 et s. Voir aussi pour une position similaire, soutenue à propos du pouvoir d'interprétation de la Cour suprême fédérale des Etats-Unis, Louis FISHER et Nada MOURTADA-SABBAH, « La Cour suprême des Etats-Unis : interprète souverain de la Constitution ? », *RDP*, 2002, pp. 1205-1245.

¹⁰³⁰ A cet égard, la jurisprudence des juridictions suprêmes nationales visant à émettre l'hypothèse d'un contrôle de constitutionnalité des actes de droit dérivé peut apparaître comme une autre manifestation de ce « rapport de forces », visant à faire en sorte que la Cour, par sa jurisprudence, ne porte pas atteinte au noyau dur des constitutions étatiques (voir notamment la décision « Maastricht » de la Cour constitutionnelle allemande, dans laquelle cette juridiction se reconnaît compétente pour écarter l'application du droit communautaire dès lors que les institutions communautaires agiraient *ultra vires* sans que la Cour de justice ne s'y oppose, Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 octobre 1993, *BverfGE* 89, p. 155, traduction française et commentaire de la décision par Constance Grewe in *RUDH*, 1993, pp. 226-292). Bien que ces prises de position soient dépourvues d'effets juridiques à l'égard de la Cour, celle-ci serait incitée à en tenir compte dans la mesure où elles pourraient affecter l'uniformité d'interprétation et d'application du droit communautaire.

¹⁰³¹ Miguel Pinares MADURO, « Contrapunctual law : Europe's constitutional pluralism in action », in Neil WALKER (Dir.), *Sovereignty in transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 501-537, spéc. p. 512 : « It was this community of legal actors that empowered the Court of Justice and legitimised the creation of this new supranational or federal legal order. But it was also this legal community that influenced the content of that legal order and partially controlled and limited its supremacy » (traduit par nos soins).

¹⁰³² François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 pages, spéc. p. 64. Voir aussi les développements que consacrent ces auteurs au raisonnement juridique, *ibid.*, pp. 385 et s., et qui tendent à démontrer la recherche, par les cours constitutionnelles, de l'intention du peuple constituant.

2. L'acceptation de la fonction constituante de la Cour par les Etats fondateurs

Deux attitudes des Etats attestent de la « réception de la doctrine constitutionnelle de la Cour de justice des Communautés européennes et [...] de l'autopositionnement de la Cour induit par cette doctrine »¹⁰³³.

413.- Tout d'abord, les Etats peuvent accepter de manière implicite l'interprétation juridictionnelle donnée par la Cour. C'est le cas pour la théorie des compétences externes implicites, ou encore pour la jurisprudence relative à l'effet direct et, si l'on excepte le traité établissant une constitution pour l'Europe, celle relative à la primauté du droit communautaire. En affirmant ces deux caractéristiques du droit communautaire et ce moins de dix ans après la signature des traités de Rome, la Cour portait pourtant atteinte à l'autonomie des Etats membres. Cependant, si l'on excepte les réticences de certaines cours constitutionnelles nationales en ce qui concerne la primauté du droit communautaire par rapport au droit constitutionnel national, la réaction des Etats face à ces arrêts de principe intégrationnistes a pu être analysée comme révélatrice d'un véritable « paradoxe de l'acquiescement »¹⁰³⁴.

414.- Ensuite, les Etats ont parfois repris formellement, à la faveur d'une révision des traités, l'interprétation donnée par la Cour de justice. Ainsi, la révision ayant conduit à l'adoption du traité sur l'Union européenne a permis de modifier les articles relatifs au recours en annulation, afin de reconnaître, conformément à l'avancée jurisprudentielle réalisée par l'arrêt « Les Verts » de 1986, la « légitimation passive » du Parlement européen. Quant à la légitimation « active » de cette institution, elle avait été reconnue en 1990 par la Cour de justice, mais seulement « à la condition que le recours ne tende qu'à la sauvegarde de ses prérogatives et qu'il ne se fonde que sur les moyens tirés de la violation de celles-ci »¹⁰³⁵. Le traité de Maastricht a de même entériné cette jurisprudence, en précisant, à l'article 230 TCE, que « la Cour de justice est compétente, dans les mêmes conditions, pour se prononcer sur les recours formés par le Parlement européen [...] qui tendent à la sauvegarde des prérogatives de ceux-ci ». Clôturent le mouvement engagé par la Cour de

¹⁰³³ Joseph H. H. WEILER, « Une révolution tranquille. La Cour de justice des Communautés européennes et ses interlocuteurs », *Politix*, n° 32/1995, pp. 119-138, spéc. p. 124.

¹⁰³⁴ Cf. Renaud DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Montchrestien, 2^{ème} édition, 1997, 160 pages, spéc. p. 103.

¹⁰³⁵ CJCE, 22 mai 1990, Parlement c/ Conseil, aff. préc.

justice, le traité de Nice a reconnu le statut de requérant privilégié au Parlement européen, en supprimant les limites à sa qualité pour agir.

415.- L'autre domaine dans lequel l'action de la Cour de justice a été à l'initiative d'une réforme des traités est celui des droits fondamentaux. En dépit du silence initial des traités, la Cour de justice est en effet à l'origine d'une jurisprudence créatrice, imposant aux institutions communautaires et aux Etats membres agissant dans le cadre du droit communautaire qu'ils respectent les droits fondamentaux¹⁰³⁶. Cette jurisprudence a tout d'abord fait l'objet d'une reprise formelle dans une déclaration commune du Parlement européen, de la Commission et du Conseil en date du 5 avril 1977, puis dans le préambule de l'Acte unique européen¹⁰³⁷. Si l'insertion de références faites aux droits fondamentaux ne modifie pas juridiquement leur statut au sein de l'ordre juridique communautaire, on assiste cependant dès cette date à un « phénomène d'accrétion qui, tôt ou tard, a fini par produire ses effets dans l'ordre communautaire, soit en constituant un bain idéologique qui imprègne de façon diffuse l'activité communautaire, soit en se traduisant par un amendement au traité »¹⁰³⁸. En effet, c'est à l'occasion du traité de Maastricht que les droits fondamentaux ont intégré de manière significative les traités originaires, dans la mesure où l'article F, paragraphe 2 (devenu article 6) dispose : « l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ». Si cet article est soustrait à la compétence de la Cour, il constitue une étape décisive dans le développement de la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union. En effet, dès le traité d'Amsterdam, la compétence de la Cour de justice est affirmée vis-à-vis de l'article 6, paragraphe 2, UE, tandis que le respect des principes énoncés à l'article 6, paragraphe 1 (parmi lesquels figure les droits de l'homme et les libertés fondamentales), devient une condition explicite d'adhésion à l'Union européenne. Pour les

¹⁰³⁶ Voir *supra*, paragraphes 351.- et suivants.

¹⁰³⁷ Dans ce préambule, les Etats se disent « décidés à promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les constitutions et lois des Etats membres, dans la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et la Charte sociale européenne, notamment la liberté, l'égalité et la justice sociale ». Dans un arrêt de 1989, la Cour relève d'ailleurs que le respect de la vie familiale « fait partie des droits fondamentaux qui, selon la jurisprudence de la Cour, *réaffirmée dans le préambule de l'Acte unique européen*, sont reconnus par le droit communautaire », CJCE, 18 mai 1989, Commission c/ Allemagne, aff. 249/86, *Rec.* p. 1263 (souligné par nous).

¹⁰³⁸ Jean-Paul JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 51.

Etats membres, la violation « grave et persistante » de ces mêmes principes est susceptible de conduire, au terme d'une procédure de nature politique, à la suspension de droits découlant du traité (dont le droit de vote).

416.- Parallèlement à cet enrichissement de la substance des traités, initié par la Cour puis formellement consacrée par les Etats lors des révisions des traités, la construction jurisprudentielle du juge communautaire a fait l'objet d'une tentative de « codification »¹⁰³⁹ ayant mené à la rédaction de la Charte des droits fondamentaux, approuvée par les chefs d'Etat et de gouvernement lors du Conseil européen de Nice du 7 décembre 2000 et intégrée dans un accord interinstitutionnel adopté par les trois institutions communautaires¹⁰⁴⁰. L'adoption de la Charte témoigne de la volonté de parachever le mimétisme constitutionnel en dotant les traités d'un véritable catalogue de droits. En dépit de son absence de valeur juridique contraignante autonome¹⁰⁴¹, la Charte a fait son apparition dans la jurisprudence communautaire, à travers tout d'abord les conclusions des avocats généraux. Ainsi, l'avocat général Tizzano s'est servi de la Charte comme d'un « paramètre de référence substantiel »¹⁰⁴² afin de déterminer la nature de droit fondamental du droit au congé annuel payé. De même l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer plaide-t-il pour que « que la charte s'impose comme un outil d'interprétation essentiel dans la défense des garanties citoyennes qui font partie du patrimoine des Etats membres »¹⁰⁴³. Dans une autre affaire, il a de même posé comme prémisses que la charte, « sans faire partie du *jus cogens* à proprement parler, du fait qu'elle est dénuée de "valeur contraignante autonome", reflète de manière inestimable le dénominateur commun des valeurs juridiques primordiales dans les Etats membres, dont

¹⁰³⁹ Le Conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999, qui a donné mandat à la une convention pour rédiger la Charte des droits fondamentaux, mentionne explicitement la nécessité de reprendre l'acquis jurisprudentiel en matière de protection des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique communautaire. Aux termes des conclusions du conseil européen en effet : « Le respect des droits fondamentaux est l'un des principes fondateurs de l'Union européenne et la condition indispensable pour sa légitimité. La Cour de Justice européenne a confirmé et défini dans sa jurisprudence l'obligation de l'Union de respecter les droits fondamentaux. Au stade actuel du développement de l'Union, il est nécessaire d'établir une charte de ces droits afin d'ancrer leur importance exceptionnelle et leur portée de manière visible pour les citoyens de l'Union ».

¹⁰⁴⁰ Cf. JOCE n° C364 du 18 décembre 2000, pp. 1-22.

¹⁰⁴¹ Dans l'attente de l'entrée en vigueur, le cas échéant, du traité de Lisbonne qui consacre la valeur juridique de ce texte.

¹⁰⁴² Cf. conclusions de l'avocat général Tizzano présentées le 8 février 2001, Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU), aff. C-173/99, Rec. p. 4881. L'arrêt de la Cour ne fait pas mention de la Charte des droits fondamentaux, mais prend appui sur la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs pour qualifier le droit au congé annuel payé de « principe du droit social communautaire revêtant une importance particulière », CJCE, 26 juin 2001, BECTU, aff. C-173/99, Rec. p. 4881.

¹⁰⁴³ Conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 12 septembre 2006, Advocaten voor de Wereld, aff. C-303/05, Rec. p. I-3633, spéc. pts. 76 et s.

émanent à leur tour les principes généraux du droit communautaire »¹⁰⁴⁴. Suivant le chemin tracé par les avocats généraux, le Tribunal de première instance a fait une première application indirecte de la Charte des droits fondamentaux, dans un arrêt de 2002, *max.mobil contre Commission*¹⁰⁴⁵. Dans cette affaire, le Tribunal a jugé que l'article 41, paragraphe 1, de la charte relatif au traitement diligent et impartial des plaintes « trouve son reflet dans le droit à une bonne administration qui fait partie des principes généraux de l'Etat de droit communs aux traditions constitutionnelles des Etats membres »¹⁰⁴⁶. Il s'agit là d'une application détournée de la charte, qui vient en renfort pour confirmer l'existence d'un principe général du droit communautaire. Quant à la Cour, elle évoquait rarement la charte, ne serait-ce que pour réfuter la position de ses avocats généraux. Cependant, dans un arrêt en date du 27 juin 2006¹⁰⁴⁷, elle a amorcé un changement de cap en jugeant que si la charte n'était pas un instrument juridique contraignant, le législateur communautaire avait entendu en reconnaître l'importance en y faisant référence dans les considérants de la directive attaquée. Puis, dans un arrêt *Unibet* du 13 mars 2007, la Cour a statué sur le fondement du « principe de protection juridictionnelle effective qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres, qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...] et *qui a également été réaffirmé à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* »¹⁰⁴⁸, confirmant ainsi la fonction d'appui de la charte des droits fondamentaux. La jurisprudence récente entérine ce mouvement jurisprudentiel¹⁰⁴⁹, consacrant la valeur juridique indirecte de la charte en tant que vecteur d'interprétation des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁴ Conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 4 décembre 2001, *Überseering*, aff. C-208/00, *Rec.* p. 9915, spéc. pt. 59.

¹⁰⁴⁵ TPICE, 30 janvier 2002, *max.mobil c/ Commission*, aff. T-54/99, *Rec.* p. 313.

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, spéc. pt. 48.

¹⁰⁴⁷ CJCE, 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-540/03, *Rec.* p. 5769, spéc. pt. 38.

¹⁰⁴⁸ CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, *Rec.* p. I-2271, spéc. pt. 37 (souligné par nous). Dans un arrêt du 3 mai 2007, la référence à la charte des droits fondamentaux vient même avant la référence à la convention européenne des droits de l'homme. Cf. CJCE, 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld*, aff. C-303/05, *Rec.* p. I-3633, spéc. pt. 46 (pour la référence à la charte des droits fondamentaux) et pt. 49 (pour la référence à la convention européenne des droits de l'homme). Il en va de même pour l'arrêt CJCE, 14 février 2008, *Varec SA*, aff. C-450/06, non encore publié au *Recueil*.

¹⁰⁴⁹ On trouve ainsi des références à la charte des droits fondamentaux dans les arrêts suivants : CJCE, 11 juillet 2008, *Inga Rinau*, aff. C-195/08, non encore publié au *Recueil* ; CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien*, aff. C-244/06, non encore publié au *Recueil* ; CJCE, 29 janvier 2008, *Productores de Musica de Espana*, aff. C-275/06, non encore publié au *Recueil* ; CJCE, 18 décembre 2007, *Laval*, aff. C-341/05, non encore publié au *Recueil* et CJCE, 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05, pour ne citer que les plus récents.

¹⁰⁵⁰ Selon M. Jacqué, l'arrêt *max.mobil c/ Commission* du Tribunal de première instance a déjà eu un tel objet, ce qui l'autorise à conclure que la charte a « une valeur comparable à celle de la Convention européenne des

417.- On le voit bien à travers ces deux situations, les Etats membres semblent dans l'ensemble favorables à la fonction constituante de la Cour, dont l'impulsion et l'anticipation des révisions formelles semblent être les principales caractéristiques. D'ailleurs, la reprise formelle de la jurisprudence de la Cour viendra fonder de nouveaux arrêts, basés sur l'interprétation extensive de dispositions que la Cour a elle-même initiés, dessinant ainsi un mouvement circulaire par lequel se manifeste la constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire. Si l'acceptation des Etats se mesure à l'aune de l'incorporation des solutions jurisprudentielles dans le droit originaire, celle-ci est aussi visible dans l'accroissement, au fil des révisions des traités, des pouvoirs de la Cour, celle-ci ayant désormais la possibilité de prononcer des sanctions pécuniaires dans le cadre du recours en manquement. Finalement, l'assentiment donné par les Etats à la fonction constituante de la Cour est cohérent dans la mesure où, comme le fait remarquer M. Gerkrath, « en renonçant par la ratification des traités fondateurs à leur pouvoir d'interprétation authentique des traités et en conférant ce pouvoir à la Cour par le biais de l'article 177 [devenu 234] CE, les Etats membres ont eux-mêmes posé les bases de la constitutionnalisation des traités »¹⁰⁵¹. De plus, si on examine la teneur des avancées jurisprudentielles réalisées par la Cour de justice, il apparaît clairement que celle-ci s'est donnée pour but de renforcer l'idée d'œuvre institutionnalisée par les traités. Conditionnant la légitimité de l'intervention de la Cour, la perpétuation de l'idée d'œuvre apparaît ainsi comme l'une des caractéristiques fondamentales de la fonction constituante de la Cour.

B. La perpétuation de l'idée d'œuvre, condition de légitimité de la fonction constituante de la Cour

418.- Subordonnée au pouvoir fondateur des Etats, la fonction constituante de la Cour doit sa légitimité au fait qu'elle participe au développement de l'idée d'œuvre voulue par ceux-ci. En effet, il est patent que l'ensemble de la jurisprudence de la Cour a servi à renforcer l'intégration, premier versant de l'idée d'œuvre que nous avons cru déceler dans les traités fondateurs. D'un ensemble de dispositions conventionnelles éparses, la Cour a fait un ordre juridique autonome et cohérent, informé par des principes structurels tels que la primauté, l'effet direct, la proportionnalité et la subsidiarité. Elle a développé les potentialités

droits de l'homme en droit communautaire ». Cf. Jean-Paul JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 67.

¹⁰⁵¹ Jörg GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, op. cit., p. 227.

des traités, enrichi leur substance constitutionnelle, perfectionné le jeu des relations qui se nouent entre les différents acteurs de cette sphère, Etats, institutions communautaires et citoyens. Par ces adjonctions aux traités, souvent initiatrices de révisions formelles, la Cour a sans conteste donné une impulsion vitale au mouvement d'intégration.

419.- Quant au second versant de l'idée d'œuvre, à savoir la protection de l'existence des Etats, la Cour n'a pas totalement délaissé cet objectif, bien que la conception particulière qu'elle a du principe de primauté du droit communautaire soit susceptible d'y faire obstacle (1.). En tout état de cause, même si la jurisprudence communautaire plus récente semble faire une place à la protection du second versant de l'idée d'œuvre, la protection de l'identité constitutionnelle des Etats semble pour l'instant être l'apanage des juridictions nationales suprêmes (2.).

1. La primauté du droit communautaire, obstacle au respect de l'identité constitutionnelle des Etats membres ?

420.- Si, comme l'a bien noté M. David Blanchard, « la loyauté européenne des Etats se nourrit du respect de leur constitution »¹⁰⁵², cette perspective semble mise à mal du fait de l'acception particulièrement exigeante du principe de primauté du droit communautaire véhiculée par la Cour de justice (a.). Cette jurisprudence de la Cour de Luxembourg doit cependant être tempérée par la prise en compte récente de la problématique de l'identité nationale des Etats, à l'origine d'une discussion doctrinale relative à l'émergence de droits fondamentaux des Etats en droit communautaire (b.).

a. La conception du principe de primauté par la Cour de justice et l'identité constitutionnelle des Etats

421.- En posant de manière prétorienne le principe de la primauté du droit communautaire, la Cour de justice a pris position, non seulement sur la primauté du droit communautaire envisagée du point de vue du droit communautaire, mais aussi, contrairement

¹⁰⁵² David BLANCHARD, *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, thèse, Rennes, 2001, Rennes, Editions Apogée, 2001, 476 pages, spéc. p. 102. De même Loïc Azoulay émet l'idée selon laquelle la Cour « pourrait trouver une légitimité dans l'obligation [...] de tenir compte des orientations des ordres constitutionnels concurrents », Loïc AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTDE*, 2008, pp. 29-45, spéc. p. 43.

à ce qui se passe en droit international, sur la manière dont le juge national doit appliquer la primauté du droit communautaire dans son ordre interne. Développant ce principe, la Cour a pu juger que « l’invocation d’atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu’ils sont formulés par la constitution d’un Etat membre, soit aux principes d’une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d’un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire d’un Etat membre »¹⁰⁵³. Ainsi la Grèce a-t-elle été condamnée en manquement dans la mesure où sa constitution prévoyait que certains emplois devaient être réservés aux nationaux, alors que les dispositions du droit communautaires relatives à la libre circulation des travailleurs ne permettent de réserver aux nationaux que les emplois « comportant une participation, directe ou indirecte, à l’exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l’Etat »¹⁰⁵⁴.

422.- Pour de nombreux auteurs, cette lecture particulièrement exigeante du principe de primauté, combinée avec le principe d’applicabilité directe, aurait pour conséquence de placer le droit communautaire au sommet d’une hiérarchie des normes englobant non seulement le droit communautaire dérivé, mais aussi le droit national, y compris constitutionnel. M. David Blanchard note ainsi qu’avec l’arrêt Costa, la Cour a développé « une vision moniste des rapports entre ordres juridiques privilégi[ant] le déterminant hiérarchique au bénéfice de l’ordre juridique de l’intégration ». Or, une telle « conception hiérarchique et kelsénienne »¹⁰⁵⁵ serait difficilement avec le respect des identités constitutionnelles nationales.

Pour ces auteurs, en affirmant le principe de primauté du droit communautaire, principe structurel de l’intégration communautaire, la Cour de Luxembourg se verrait ainsi dans l’impossibilité de mettre en œuvre la seconde facette de l’idée d’œuvre, relative à la préservation de l’identité constitutionnelle des Etats. La primauté impliquant l’homogénéité, l’identité constitutionnelle des Etats ne pourrait être garantie que par la négociation ponctuelle d’exceptions au principe de primauté, telle qu’on peut en trouver dans le protocole n° 17, annexé au traité de Maastricht. Ce protocole, négocié par l’Irlande suite à l’affaire Grogan précitée, indique qu’aucune disposition des traités « n’affecte l’application en Irlande de l’article 40.3.3 de la constitution ». Si ce protocole, auquel répond une disposition

¹⁰⁵³ CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. précitée, pt. 3.

¹⁰⁵⁴ CJCE, 2 juillet 1996, Commission c/ Grèce, aff. C-290/94, *Rec.* p. 3285.

¹⁰⁵⁵ David BLANCHARD, *La constitutionnalisation de l’Union européenne*, *op. cit.*, spéc. p. 102.

similaire intégrée dans la constitution irlandaise, peut permettre d'écarter la logique de la primauté dans le cas d'espèce, M. David Blanchard affirme que « loin de fournir la preuve de la capacité à penser la diversité, ce type d'exemptions révèle la rigidité de l'intégration »¹⁰⁵⁶.

423.- Cette conception semble toutefois passer sous silence le fait que la primauté du droit communautaire, même lorsqu'elle prend appui sur le principe d'applicabilité directe du droit communautaire, ne saurait emporter des incidences quant à la validité des normes nationales. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le montrer¹⁰⁵⁷, le droit communautaire n'impose que l'inapplication des normes nationales contraires au droit communautaire, et non leur invalidité. Cette distinction est fondamentale et constitue une garantie pour les normes constitutionnelles formant le cœur de l'identité nationale des Etats membres, qui ne peuvent être invalidées du fait de leur contrariété avec le droit issu des traités fondateurs. Tout au plus peuvent-elles être momentanément écartées du fait de leur incompatibilité avec le droit communautaire, pour autant toutefois que la situation qu'elles régissent relève du champ d'application du droit communautaire, ce dernier étant théoriquement défini par les Etats membres eux-mêmes. Corrélativement, de telles normes sont appelées à retrouver leur vigueur dès lors que la situation juridique est purement interne¹⁰⁵⁸, ce qui constitue une seconde garantie à la préservation de l'identité constitutionnelle des Etats.

De plus, dans le champ d'application du droit communautaire, la Cour n'est pas restée totalement insensible à la nécessité de préserver l'existence des Etats. En témoigne l'examen de la jurisprudence récente, que certains auteurs interprètent comme la manifestation de l'émergence, au sein de l'ordre juridique communautaire, de droits fondamentaux des Etats.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*, p. 100.

¹⁰⁵⁷ Voir *supra*, paragraphe 382.-

¹⁰⁵⁸ Voir en ce sens les conclusions de l'avocat général Fennelly présentées le 6 février 1997 dans une affaire Kari Uecker et Vera Jacquet aff. jointes C-64/96 et C-65/96, *Rec.* p. I-3171, spéc. pt. 25 : « rien dans le traité n'empêcherait un Etat membre d'appliquer à une situation purement interne et, partant, étrangère au champ d'application du droit communautaire une disposition nationale dont l'application à une situation régie par le droit communautaire a été jugée incompatible avec le traité ».

b. « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux des Etats en droit communautaire ? »¹⁰⁵⁹

424.- Le thème des « droits fondamentaux des Etats », qui jalonne la théorie kantienne du droit cosmopolitique, a été réactualisé par des philosophes tels que Jean-Marc Ferry¹⁰⁶⁰ ou encore Ulrich Beck¹⁰⁶¹, et par des juristes tels que le professeur Jean-Denis Mouton¹⁰⁶², qui en font le critère d'une forme d'association étatique originale : l'« Etat cosmopolitique », modèle philosophique dont la Fédération constitue la traduction institutionnelle. Cette forme d'association politique se caractériserait ainsi par la reconnaissance et la garantie, au niveau central, non seulement de droits fondamentaux des individus, mais également de droits fondamentaux des Etats¹⁰⁶³. La notion de « droits fondamentaux des Etats » au sens du droit cosmopolitique se différencie de la notion développée au début du XIXe siècle par la doctrine internationaliste, dont les limites ont été pointées par Mme Poirat¹⁰⁶⁴, et tend au contraire à rendre compte d'une stratégie postnationale caractérisée par « la transposition étendue aux peuples et aux Etats des valeurs correspondant traditionnellement aux différentes catégories de droits fondamentaux des individus »¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁵⁹ Cette question constitue d'ailleurs le thème d'une double journée d'études, organisée par l'université de Corse et l'université Nancy 2, et dirigée par Jean-Denis MOUTON et Jean-Christophe BARBATO. La première journée d'études s'est déroulée à Corte le 21 septembre 2007, la seconde est prévue à Nancy à l'automne 2008, actes à paraître.

¹⁰⁶⁰ Cf. Jean-Marc FERRY, *La question de l'Etat européen*, Paris, Gallimard, 2000, 322 pages. Voir aussi, du même auteur, *Europe, la voie kantienne : essai sur l'identité postnationale*, Paris, Editions du Cerf, 2005, 215 pages.

¹⁰⁶¹ Ulrich BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme ?*, Paris, Aubier, 2006, 345 pages. Voir aussi, du même auteur, « Comprendre l'Europe telle qu'elle est », *Le Débat*, n° 129/2004, pp. 67-76.

¹⁰⁶² Jean-Denis MOUTON, « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats dans le système communautaire ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 463-477. Voir aussi, du même auteur, « L'évolution de l'Union européenne : quelles perspectives pour ses relations avec l'autre Europe ? », *RDP*, 2008, pp. 755-773, spéc. pp. 768 et s. Voir de même, sur la question plus générale de la possibilité de transposer la problématique de droits fondamentaux aux personnes morales, Bertrand FAURE, « Les droits fondamentaux des personnes morales », *RDP*, 2008, pp. 233-246.

¹⁰⁶³ Jean-Marc FERRY, *La question de l'Etat européen*, op. cit., spéc. p. 134 : « le *jus cosmopolitanum* [est] à la fois un droit commun des peuples et des individus ».

¹⁰⁶⁴ Mme Florence Poirat a en effet démontré que les droits fondamentaux des Etats, au sens du droit international, ne désignent que les attributs qui découlent logiquement de l'existence objective d'un Etat, c'est-à-dire de la réunion de ses éléments constitutifs. Florence POIRAT, « La doctrine des "droits fondamentaux" de l'Etat », *Droits*, n° 16/1992, pp. 83-91, spéc. p. 88 : « il existe bien des droits dont l'existence ne doit rien à la volonté de l'Etat. Mais l'origine ne doit pas être recherchée dans les postulats qui nourrissent les "droits fondamentaux" classiques, ni dans le *jus cogens*. Ils tiennent tout simplement à l'existence *logique* du respect des éléments constitutifs de l'Etat ».

¹⁰⁶⁵ Jean-Denis MOUTON, « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats dans le système communautaire ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 463-477, spéc. p. 463.

Outre qu'elle traduirait le glissement de l'Union européenne vers la Fédération¹⁰⁶⁶, la reconnaissance jurisprudentielle de véritables droits fondamentaux des Etats membres au sein de l'ordre juridique communautaire serait propre à assurer le respect de l'identité nationale des Etats membres et, partant, à préserver le second versant de l'idée d'œuvre. Or, la jurisprudence de la Cour de justice semble s'orienter vers la prise en compte du fait étatique, à travers la garantie du respect des droits fondamentaux des individus au sein de l'ordre juridique communautaire, d'une part, et à travers la protection naissante de l'identité nationale des Etats, d'autre part.

425.- En premier lieu, la Cour a été contrainte, sous la pression des cours constitutionnelles italienne et allemande, à garantir le respect des droits fondamentaux des individus dans le champ d'action du droit communautaire. Le refus de la Cour de subordonner la validité du droit communautaire au respect des exigences constitutionnelles nationales tenant à la protection des droits fondamentaux, consacré dans l'arrêt Internationale Handelsgesellschaft¹⁰⁶⁷, a tout de suite été suivi de l'affirmation selon laquelle « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect »¹⁰⁶⁸. En ramenant le conflit potentiel entre norme constitutionnelle et droit communautaire à un conflit de normes purement communautaires, la Cour a su apporter une protection adéquate aux valeurs essentielles étatiques, tout en préservant l'autonomie de l'ordre juridique communautaire et la primauté de son droit. Récemment, elle a complété le dispositif de protection des droits fondamentaux en reconnaissant qu'ils pouvaient constituer une « exigence impérieuse d'intérêt général », et a ainsi permis à des mesures nationales restrictives de ne pas tomber sous le coup des dispositions des traités relatives à la libre circulation des marchandises ou des services¹⁰⁶⁹. Les arrêts

¹⁰⁶⁶ Sur cette question, voir *infra*, paragraphes 620.- et suivants.

¹⁰⁶⁷ CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. précitée, pt. 3 : « l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire d'un Etat membre »

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*, pt. 4.

¹⁰⁶⁹ Voir à cet égard CJCE, 14 octobre 2004, Omega, C-36/02, *Rec.* p. I-5659, *Annuaire de droit européen*, n° 2/2004, pp. 786-790, obs. Dominique RITLÉNG ; CJCE, 12 juin 2003, Schmidberger, aff. C-112/00, *Rec.* p. I-5659, *Annuaire de droit européen*, n° 1/2003, pp. 514-518, obs. Loïc AZOULAI et CJCE, 14 février 2008, Dynamic Medien, aff. précitée. Ces arrêts semblent annoncer une volonté de la Cour de développer toutes les potentialités de la technique des exigences impératives d'intérêt général, contrairement à la position suivie par le juge communautaire dans l'arrêt Grogan. Dans cette dernière affaire, la Cour aurait pu, comme l'avait d'ailleurs suggéré l'avocat général Van Gerven, considérer que l'Etat irlandais pouvait interdire la diffusion d'informations relatives aux possibilités d'avortement existant sur le territoire d'autres Etats, dans la mesure où cela était justifié par la conception particulière que se faisait cet Etat de cet acte médical, conception d'ailleurs

Schmidberger¹⁰⁷⁰ et Omega¹⁰⁷¹ ont ainsi pu être interprétés comme témoignant de la « pénétration des *droits fondamentaux des Etats* et des citoyens dans tous les domaines d'activité de l'Union »¹⁰⁷².

426.- De même, l'existence des Etats fait l'objet d'une protection indirecte par le biais de la notion d'« identité nationale des Etats ». Insérée dans le traité de Maastricht, à l'article F (devenu article 6, paragraphe 3) TUE, la notion d'identité nationale, que le traité oblige l'Union à respecter, est généralement considérée comme ayant une « signification à l'évidence plus politique que juridique »¹⁰⁷³. La notion d'identité nationale, qui recouvre à la fois l'« identité culturelle »¹⁰⁷⁴ des Etats (la langue, la culture, ou encore les valeurs particulières qui informent la société) et l'« identité constitutionnelle »¹⁰⁷⁵ des Etats (la forme de l'Etat, l'aménagement institutionnel, l'appréciation particulière des notions liées à l'ordre public), fait cependant l'objet d'une protection indirecte par le juge communautaire.

427.- La première dimension de l'identité nationale des Etats, qui comprend l'identité culturelle des entités étatiques composant l'ordre juridique communautaire, fait actuellement l'objet d'une protection juridictionnelle. Ainsi, la Cour a reconnu que la notion d'« identité nationale » constituait un « but légitime respecté par l'ordre juridique communautaire »¹⁰⁷⁶ pouvant à certaines conditions permettre à des mesures étatiques restrictives de ne pas tomber sous le coup des règles relatives à la libre circulation des personnes. De même, bien qu'elle n'ait pas explicitement mentionné le respect dû à l'identité

intégrée dans la constitution. Cependant, elle a préféré éluder le débat de fond, se livrant par là même à une lecture stricte de la notion d'exigence impérieuse d'intérêt général. Cf. CJCE, 4 octobre 1991, Grogan, aff. C-159/90, *Rec.* p. 4685. Sur cet arrêt, voir Siofra O'LEARY, « The Court as a reluctant constitutional adjudicator : an examination of the abortion information case », *ELR* n° 2/1992, pp. 138-157. Voir aussi la note d'Hélène GAUDEMET-TALLON, in *RTDE*, 1992, pp. 167-180.

¹⁰⁷⁰ CJCE, 12 juin 2003, Schmidberger, aff. précitée.

¹⁰⁷¹ CJCE, 14 octobre 2004, Omega, aff. précitée.

¹⁰⁷² Loïc AZOULAI, chronique de jurisprudence de la CJCE, *Annuaire de droit européen*, n° 1/2003, pp. 514-518, spéc. p. 517 (italiques ajoutés).

¹⁰⁷³ Denys SIMON, « Article F », in Vlad CONSTANTINESCO, Robert KOVAR et Denys SIMON (Dir.), *Traité sur l'Union européenne, commentaire article par article, op. cit.*, pp. 81-90, spéc. p. 88.

¹⁰⁷⁴ Voir à ce titre Jean-Christophe BARBATO, *La diversité culturelle en droit communautaire. Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction communautaire*, thèse, Nancy 2, 2005, Aix-en-Provence, PUAM, 2008, 599 pages. Voir aussi Jean-Marie PONTIER, « La notion et la protection de l'identité culturelle des Etats membres dans le droit de l'Union », in Jean-Denis MOUTON et Jean-Christophe BARBATO (Dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux des Etats en droit communautaire ?*, à paraître.

¹⁰⁷⁵ Cf. Jean-Christophe BARBATO, « La notion d'identité constitutionnelle des Etats membres et sa protection dans le droit de l'Union », in Jean-Denis MOUTON et Jean-Christophe BARBATO (Dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux des Etats en droit communautaire ?*, à paraître.

¹⁰⁷⁶ CJCE, 2 juillet 1996, Commission c/ Luxembourg, aff. C-473/93, *Rec.* p. I-3207, spéc. pt. 35.

nationale, la Cour a admis qu'une réglementation nationale puisse subordonner l'accès à un emploi public à une exigence linguistique, pour autant que celle-ci « s'inscrive dans le cadre d'une politique de promotion de la langue nationale qui est en même temps la première langue officielle, et que cette exigence soit mise en œuvre de façon proportionnée et non discriminatoire »¹⁰⁷⁷. Plus généralement, la jurisprudence a admis l'invocation par les Etats d'exigences impérieuses d'intérêt général tendant à la définition de leur politique culturelle¹⁰⁷⁸. Par ces solutions, la Cour assure indirectement la préservation de certaines caractéristiques inhérentes à la notion d'identité nationale, et plus particulièrement à la notion d'identité culturelle. Certes, l'admission de telles dérogations étant d'interprétation stricte, et soumise au respect des règles du traité telles que le principe de non-discrimination et de proportionnalité, rares sont les arrêts ayant en définitive permis de protéger effectivement l'identité nationale des Etats. Cette circonstance ne suffit cependant pas à dénier toute pertinence à la qualification en tant que droits fondamentaux, dans la mesure où l'existence de limites n'est pas incompatible avec cette notion.

428.- La seconde dimension de l'identité nationale, correspondant à l'identité constitutionnelle, fait de même l'objet d'une protection juridictionnelle indirecte, par le biais tout d'abord du principe d'« autonomie institutionnelle et procédurale ». Dégagé par la jurisprudence¹⁰⁷⁹ et systématisé par le professeur Joël Rideau¹⁰⁸⁰, ce principe implique la liberté des Etats de choisir les principes gouvernant l'aménagement juridictionnel et institutionnel et ce, même lorsqu'ils sont chargés de la mise en œuvre du droit communautaire. Si la protection accordée aux choix constitutionnels des Etats par le biais de l'autonomie institutionnelle et procédurale paraît particulièrement limitée¹⁰⁸¹, la Cour a récemment apporté une protection juridictionnelle plus explicite à la « tradition

¹⁰⁷⁷ CJCE, 28 novembre 1989, Anita Groener, aff. C-379/87, *Rec.* p. I-3967, spéc. pt. 24. Est cependant discriminatoire le fait d'exiger que les connaissances linguistiques aient été acquises sur le territoire national (*ibid.*, pt. 23), ou qu'elles ne puissent être prouvées que par un seul diplôme, délivré sur le territoire national, CJCE, 6 juin 2000, Roman Angonese, aff. C-281/98, *Rec.* p. I-4139, spéc. pts. 39 et s..

¹⁰⁷⁸ On peut ainsi citer la conservation du patrimoine historique et artistique national (CJCE, 26 février 1991, Commission c/ Italie, aff. C-180/89, *Rec.* p. I-709), la valorisation des richesses archéologiques, historiques et artistiques (CJCE, 26 février 1991, Commission c/ France, aff. C-154/89, *Rec.* p. I-659). De même, la Cour a reconnu qu'une politique culturelle pouvait constituer une raison impérieuse d'intérêt général justifiant une restriction à la libre prestation des services dès lors qu'elle avait pour but le maintien du pluralisme indispensable à la liberté d'expression protégée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, CJCE, 25 juillet 1991, Gouda, aff. C-288/89, *Rec.* p. I-4007, spéc. pt. 23.

¹⁰⁷⁹ CJCE, 11 février 1971, Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor, aff. précitée. Voir, pour une illustration récente, CJCE, 13 mars 2007, Unibet, aff. précitée.

¹⁰⁸⁰ Joël RIDEAU, « Le rôle des Etats membres dans l'application du droit communautaire », *AFDI*, 1972, pp. 864-903.

¹⁰⁸¹ Voir *supra*, paragraphe 339.-

constitutionnelle » d'un Etat membre en matière d'octroi du droit de vote et d'éligibilité, jugeant par conséquent que « la détermination des titulaires du droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen ressortit à la compétence de chaque Etat membre dans le respect du droit communautaire »¹⁰⁸². De même le Tribunal de première instance statuant en tant que juge des référés a choisi de faire primer, dans son appréciation de l'existence d'un préjudice grave et irréparable, l'intérêt de l'Italie à voir sa législation électorale respectée par rapport à l'intérêt général du Parlement européen au maintien de ses décisions, montrant par là même l'attachement de la Cour à la sauvegarde d'éléments formant le cœur de l'identité constitutionnelle des Etats¹⁰⁸³. On peut aussi citer à cet égard l'arrêt Omega du 14 octobre 2004 dans lequel la Cour a accepté d'apporter une protection juridictionnelle au « niveau de protection de la dignité humaine que la constitution nationale a entendu assurer sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne »¹⁰⁸⁴, acceptant par là même que les modalités de protection d'un même droit fondamental puissent varier d'un Etat à l'autre¹⁰⁸⁵. Ce faisant, la Cour s'oriente de manière plus franche vers le respect des dispositions spécifiques formant l'identité constitutionnelle des Etats. On peut de même noter une certaine intensification du recours à l'article 6, paragraphe 3 dans les conclusions des avocats généraux, visant à conférer une dimension supérieure à certains aspects jugés essentiels au sein de l'ordre juridique communautaire, tels que la « diversité linguistique »¹⁰⁸⁶, ou encore certaines règles constitutionnelles telles que le principe selon lequel l'accès aux emplois publics a lieu par voie de concours¹⁰⁸⁷.

429.- D'autres moyens, tout aussi indirects, peuvent contribuer à assurer la pérennité des Etats membres. Ainsi, si l'affirmation par la Cour de l'exclusivité des procédures de

¹⁰⁸² CJCE, 12 septembre 2006, Espagne c/ Royaume-Uni, aff. précitée. Voir aussi CJCE, 12 septembre 2006, Eman et Sevinger, aff. précitée. Pour Mme Kauff-Gazin, ces deux arrêts font application d'un principe de « subsidiarité constitutionnelle » qui peut être rapproché de l'article I-5 TECE. Fabienne KAUFF-GAZIN, *Europe*, 2006, comm. 300.

¹⁰⁸³ TPICE (Ord.), 15 nov. 2007, Donnici, aff. T-215/07, non encore publié au *Recueil, Europe*, janv. 2008, comm. n°1, obs. Denys SIMON.

¹⁰⁸⁴ CJCE, 14 octobre 2004, Omega, aff. précitée, spéc. pt. 39.

¹⁰⁸⁵ Déjà, dans l'arrêt Henn and Darby, la Cour avait jugé qu'il « appartient en principe à chaque Etat membre de déterminer les exigences de la moralité publique sur son territoire, *selon sa propre échelle des valeurs* », CJCE, 14 décembre 1979, Henn and Darby, aff. 34/79, *Rec.* p. 3795, spéc. pt. 15 (italiques ajoutés). Voir, pour une réaffirmation récente de ce principe, CJCE, 14 février 2008, Dynamic Medien, aff. précitée, spéc. pt. 44.

¹⁰⁸⁶ Voir les conclusions de l'avocat général Pociès Maduro présentées le 16 décembre 2004, dans l'affaire Espagne c/ Eurojust, aff. C-160/03, *Rec.* p. I-2077, spéc. pt. 24 : « le respect de la diversité linguistique est l'un des aspects essentiels de la protection accordée à l'identité nationale des Etats membres, ainsi qu'il résulte des articles 6, paragraphe 3 ».

¹⁰⁸⁷ Voir les conclusions de l'avocat général Pociès Maduro présentées le 20 septembre 2005 dans l'affaire Marrosu et Sardino, aff. C-53/04, *Rec.* p. I-7213, spéc. pts. 35 et s.

révision se justifie par la volonté de faire respecter le principe d'équilibre institutionnel, la préoccupation de préserver par ce biais les compétences étatiques (et donc, en dernier ressort, leur existence) n'est pas totalement absente. Il en va de même de la volonté de la Cour de ne pas empiéter sur les pouvoirs des Etats fondateurs et de réserver à l'intervention du pouvoir de révision toutes les modifications d' « envergure constitutionnelle »¹⁰⁸⁸.

430.- Ainsi, selon le professeur Jean-Denis Mouton, il est possible de déduire de l'ensemble de ces arrêts l'émergence d'un droit au respect de l'identité nationale au sein de l'ordre juridique communautaire¹⁰⁸⁹. Certains éléments de l'identité culturelle et constitutionnelle des Etats font en effet l'objet d'une protection juridictionnelle au sein de l'ordre juridique communautaire, conformément aux préceptes de la théorie cosmopolitique.

Il convient tout de même de noter que la protection conférée à l'identité nationale n'est pour l'instant que partielle et lacunaire. En effet, l'invocation de l'identité nationale ne permet pour l'instant que de justifier une dérogation aux règles du traité, et comme telle, doit subir le test de nécessité et de proportionnalité permettant *in fine* de valider une mesure restrictive de la liberté de circulation. Or, dans ce contrôle, la Cour fait pour l'instant clairement prévaloir l'objectif d'uniformité du droit communautaire. De plus, si la Cour accepte de prendre en compte les intérêts jugés essentiels par les Etats membres, elle n'a jamais offert une protection positive à l'identité nationale des Etats, par exemple en annulant un acte des institutions communautaires portant atteinte à l'un de ses éléments constitutifs.

Ces jurisprudences paraissent donc insuffisantes au regard de l'objectif légitime de protection des identités nationales, sur lesquelles se fonde la construction européenne. Certes, cette insuffisance peut aisément s'expliquer par le fait que, dans ses débuts du moins, la construction européenne nécessitait que soit développée l'intégration, tandis que l'existence des Etats ne semblait nullement menacée par les Communautés naissantes. A l'heure actuelle cependant, toute progression de l'intégration devra inclure la problématique de la protection de l'identité des Etats.

¹⁰⁸⁸ Cf. CJCE, avis 2/94 du 28 mars 1996, préc.

¹⁰⁸⁹ Jean-Denis MOUTON, « Vers la reconnaissance d'un droit au respect de l'identité nationale dans le droit de l'Union ? », in Jean-Denis MOUTON et Jean-Christophe BARBATO (Dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux des Etats en droit communautaire ?*, à paraître.

431.- L'affirmation du principe de primauté du droit communautaire et la relative insuffisance de la protection accordée à l'identité constitutionnelle des Etats expliquent en tout état de cause que les juridictions suprêmes nationales se soient engagées dans une stratégie de résistance plus ou moins active au développement de l'ordre juridique communautaire, visant à s'octroyer les moyens de protéger effectivement le noyau dur de leur constitution.

2. La protection de l'identité constitutionnelle des Etats membres par les juridictions nationales

432.- Si la Cour promeut, à travers sa jurisprudence, une conception particulièrement exigeante de la primauté du droit communautaire, il n'est pas sûr que celle-ci soit reçue dans toute sa rigueur par les juridictions nationales chargées d'appliquer ce principe. En effet, les juridictions nationales, constitutionnelles ou ordinaires, continuent pour la plupart d'appliquer la primauté du droit communautaire par le biais du filtre constitutionnel que constituent les clauses d'intégration¹⁰⁹⁰. Ainsi, en France, la Cour de cassation fonde la primauté du droit communautaire sur l'article 55 de la constitution depuis l'arrêt Jacques Vabre du 24 mai 1975¹⁰⁹¹, tandis que le Conseil d'Etat, longtemps réfractaire à la primauté du droit communautaire s'agissant des lois postérieures¹⁰⁹², a reconnu cette primauté, basée elle aussi sur l'article 55 de la constitution, dans un arrêt Nicolo du 20 octobre 1989¹⁰⁹³. Depuis peu cependant, c'est l'article 88-1 de la constitution française qui constitue le fondement du principe de primauté et plus généralement des exigences impliquées par l'appartenance de la France aux Communautés et à l'Union européennes¹⁰⁹⁴. Si certaines juridictions nationales (en Allemagne et en Italie par exemple), fondent le

¹⁰⁹⁰ Ce qui fait dire au professeur Constantinesco que la primauté est une « exhortation incantatoire relevant du mythe adressé aux juridictions nationales », Vlad CONSTANTINESCO, « La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité ? », in *Rechtsvergleichung Europarecht und Staatenintegration : Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Carl Heymanns verlag KG, 1983, pp. 109-123, spéc. p. 115. Voir, pour une critique de cette acception « relative » de la primauté par les juridictions nationales, Jean-Victor LOUIS, « La primauté, une valeur relative ? », *CDE*, 1995, pp. 23-28.

¹⁰⁹¹ Cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975, Jacques Vabre, n° 7313556, note Joël RIDEAU in *CDE* 1975, pp. 606 et s.

¹⁰⁹² CE, 1^{er} mars 1968, Syndicat général des fabricants de semoules de France, *Rec.* p. 149.

¹⁰⁹³ CE, 20 octobre 1989, Nicolo, *Rec.* p. 190, concl. Frydman publiées in *RTDE*, 1989, pp. 771-786.

¹⁰⁹⁴ Cons. const., décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, *Rec.* p. 101. ; décision n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, *Rec.* p. 107. Voir aussi CE Ass., 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, *RFDA*, 2007, pp. 384-401, concl. M. Guyomar.

principe de primauté du droit communautaire sur la spécificité de cet ordre juridique, c'est tout de même en combinaison avec les dispositions idoines de leur constitution¹⁰⁹⁵.

En définitive, les Etats continuent à considérer leur constitution comme la source fondant (et donc limitant) la primauté du droit communautaire, refusant l'interprétation jurisprudentielle de la Cour selon laquelle la primauté serait en quelque sorte le produit d'une autogenèse du droit communautaire. Or, tirant sa force de la constitution nationale, le principe de primauté du droit communautaire ne saurait emporter la prévalence du droit communautaire sur celle-ci¹⁰⁹⁶. La mise en œuvre du principe de primauté du droit communautaire par les juridictions nationales n'est donc que partielle, et n'implique l'applicabilité du droit communautaire que lorsque des normes infraconstitutionnelles lui font obstacle.

433.- Parallèlement à cette acception « relative »¹⁰⁹⁷ du principe de primauté du droit communautaire, dérivant de la lecture de celui-ci par le prisme de la constitution, les juridictions nationales se sont attachées à développer un arsenal de techniques juridiques leur permettant de sauvegarder l'identité constitutionnelle de l'Etat, menacée par l'accroissement du champ des compétences communautaires. Cette promotion de l'identité constitutionnelle nationale par le juge national se manifeste essentiellement par l'édification de « réserves de constitutionnalité » au développement de l'intégration communautaire, qui culmine dans les hypothèses de contrôle de constitutionnalité du droit dérivé.

434.- A l'occasion des contrôles impliqués par les révisions des traités communautaires (s'exerçant soit lors du contrôle de la compatibilité avec la constitution d'un traité préalablement à sa ratification, comme en France et en Espagne, ou lors du contrôle *a*

¹⁰⁹⁵ Rostane Mehdi note d'ailleurs que si « le monisme permet, en principe, au juge interne de ne s'appuyer que sur la constitution, le dualisme conduit, contre toute attente, à combiner les fondements constitutionnel et communautaire afin de sauvegarder les caractéristiques du droit issu des traités ». Cf. Rostane MEHDI, « Ordre juridique communautaire – primauté du droit communautaire », *JCl. Europe traité*, fasc. 196.

¹⁰⁹⁶ Le Conseil d'Etat français énonce clairement que « la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle » (CE Ass., 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, *RFDA*, 1998, pp. 1081-1093, concl. Maugüé). Cette solution a été ultérieurement étendue au droit communautaire, dans un arrêt en date du 3 décembre 2001, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique (CE, 3 décembre 2001, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique, *Rec.* p. 624). L'assemblée plénière de la Cour de cassation a adopté une solution similaire, jugeant, dans un arrêt Fraisse en date du 2 juin 2000 (Cass. Ass. Plén. 2 juin 2000, Melle Fraisse, pourvoi n° 90-60274), que « que la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'appliqu[ait] pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle ».

¹⁰⁹⁷ Hélène GAUDIN, « Primauté “absolue” ou primauté “relative” ? », *op. cit.*

posteriori des traités originaires ou des lois les ayant incorporées à l'ordre juridique, comme en Allemagne), les différentes juridictions constitutionnelles nationales ont érigé des limites à l'intégration sous la forme de « réserves de constitutionnalité qui deviennent le réceptacle des valeurs constitutionnelles essentielles »¹⁰⁹⁸. Ainsi, la Cour constitutionnelle italienne a dégagé l'existence d'un noyau dur constitutionnel comprenant « les principes fondamentaux de [l']ordre juridictionnel ou les droits inaliénables de la personne humaine »¹⁰⁹⁹. Plus récemment, le Tribunal constitutionnel espagnol, dans sa déclaration du 13 décembre 2004 statuant sur la conformité à la constitution du traité établissant une constitution pour l'Europe, a jugé que « la cession que l'article 93 rend constitutionnellement possible comporte à son tour des limites matérielles qui s'imposent à elles. Si elles ne figurent pas explicitement dans le précepte constitutionnel, elles découlent implicitement de la constitution [...], et elles se traduisent par le respect de la souveraineté de l'Etat, de nos structures constitutionnelles de base et du système de valeurs et de principes fondamentaux consacrés par notre constitution »¹¹⁰⁰. Le Tribunal constitutionnel polonais, statuant sur la compatibilité du traité d'adhésion avec la constitution, a quant à lui déclaré que « les normes constitutionnelles relatives aux droits et libertés individuels forment un seuil de protection indépassable qui ne peut être abaissé ou mis en cause du fait de l'introduction de dispositions communautaires »¹¹⁰¹. Sur ce fondement, le Tribunal constitutionnel polonais a ainsi annulé certaines dispositions du code de procédure pénale assurant la mise en œuvre, en droit interne, de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, jugées incompatibles avec les dispositions constitutionnelles garantissant les libertés fondamentales des citoyens polonais¹¹⁰². Jusqu'à une date récente, le Conseil constitutionnel français semblait plus

¹⁰⁹⁸ David BLANCHARD, *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 79. Plus généralement, sur cette question voir l'article de Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Les résistances des Etats de droit », in Joël RIDEAU (Dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit : continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 423-458. Voir aussi Thibaut DE BERRANGER, *Constitutions nationales et construction communautaire : essai d'approche comparative sur certains aspects constitutionnels nationaux de l'intégration européenne*, thèse, Nantes, 1992, Paris, LGDJ, 1995, 564 pages.

¹⁰⁹⁹ Cour constitutionnelle italienne, sentence n° 183/1973 du 27 décembre 1973, Frontini et Pozzani, *CDE*, n° 1-2/1975, pp. 114-148. Voir aussi, dans le même sens, la décision Carlsen de la Cour suprême danoise en date du 6 avril 1998, *AJIL*, n° 93/1999, pp. 209-214.

¹¹⁰⁰ Déclaration du Tribunal constitutionnel espagnol du 13 décembre 2004 sur la compatibilité du traité établissant une constitution pour l'Europe avec la Constitution espagnole du 27 décembre 1968, reproduite in Franck MODERNE, « La question de la primauté du droit de l'Union en Espagne et au Portugal », *RFDA*, 2005, pp. 43-55, spéc. p. 47.

¹¹⁰¹ Tribunal constitutionnel polonais, 11 mai 2005, Traité d'adhésion, K 18/04, sommaire en anglais disponible à l'adresse suivante : http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/documents/K_18_04_GB.pdf (citation tirée du point 14 du sommaire anglais, traduite par nos soins). Il convient tout de même de noter que le Tribunal constitutionnel reconnaît la possibilité, pour le législateur constitutionnel, de réviser la constitution, ou, dans un cas extrême, de décider du retrait de la Pologne de l'Union européenne (pt. 13 du sommaire anglais précité).

¹¹⁰² Tribunal constitutionnel polonais, 27 avril 2005, Application du mandat d'arrêt européen aux citoyens polonais, P 1/05, texte intégral disponible en anglais à l'adresse suivante :

ouvert à la construction communautaire que d'autres juridictions, dans la mesure où même un traité opérant un transfert de compétences « contraire à la constitution ou port[ant] atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »¹¹⁰³ pouvait être ratifié à la seule condition de réviser la constitution au préalable. De plus, le refus du Conseil constitutionnel de statuer sur la constitutionnalité d'une révision de la constitution¹¹⁰⁴ permet de laisser le champ libre à l'intégration européenne, tandis que les cours constitutionnelles italiennes et allemandes ont érigé des limites matérielles au pouvoir de révision, alors même que celui-ci se manifesterait par la voie référendaire¹¹⁰⁵. Si un tel contrôle n'a pas encore été mis en œuvre, cette éventualité est propre à circonscrire toute velléité de développement du droit communautaire dans la sphère réservée à l'expression de l'identité constitutionnelle des Etats.

435.- S'inscrivent dans le même mouvement visant à renforcer la protection de l'identité constitutionnelle des Etats la tentative de certaines juridictions de contrôler la constitutionnalité du droit dérivé. Ainsi, dans sa décision *Solange I* précitée, la Cour constitutionnelle allemande s'était déclarée compétente pour juger inapplicables, en Allemagne, les actes communautaires qui se révéleraient incompatibles avec les droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale, en pleine méconnaissance du principe de primauté du droit communautaire. Si cette hypothèse a été clairement remise en cause, au

http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/summaries_assets/documents/P_1_05_full_GB.pdf. Dans cette affaire, le Tribunal constitutionnel polonais s'est toutefois efforcé de concilier l'inconstitutionnalité relevée avec la nécessité pour la Pologne de respecter le droit international, par le biais d'une limitation temporelle des effets de sa décision et par l'appel concomitant à la révision de la constitution (pts. 5 et suivants de la décision).

¹¹⁰³ Cf. Cons. const., décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, dite « Maastricht I », *Rec.* p. 496. Avant cette décision, le contrôle de compatibilité s'effectuait à l'aune de la distinction entre les limitations de souveraineté, qui étaient permises par la constitution, et les transferts de souveraineté qui ne l'étaient pas sans une révision constitutionnelle préalable. Cf. Cons. const., décision n° 76-71 DC des 29-30 décembre 1976, Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct, *Rec.* p. 37.

¹¹⁰⁴ Dans sa décision Maastricht II, le Conseil constitutionnel avait en effet jugé « le pouvoir constituant [en l'espèce, de révision] est souverain » et qu'à ce titre il peut déroger à la constitution (Cons., const., décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, Maastricht II, *Rec.* p. 76, spéc. cons. 19). Malgré cette affirmation, on peut noter que le juge a tout de même contrôlé la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 à travers l'examen de la compatibilité du traité de Maastricht par rapport à la constitution révisée. Cependant, depuis la décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République (*Rec.* p. 293), le doute n'est plus permis. Le Conseil constitutionnel a en effet affirmé sans ambiguïtés son incompétence pour « statuer sur une révision constitutionnelle ». Sur cette décision, voir notamment Jean-Pierre CAMBY, « Supra-constitutionnalité : la fin d'un mythe », *RDP*, 2003, pp. 665-688 et Thomas MEINDL, « Le Conseil constitutionnel aurait pu se reconnaître compétent », *RDP*, 2003, pp. 741-763.

¹¹⁰⁵ Voir à ce titre l'arrêt « Maastricht », dans lequel la Cour de Karlsruhe a jugé que l'article 79-3 de la Loi fondamentale « assigne au pouvoir de révision constitutionnelle des limites et exclut ainsi formellement que, par la voie d'un référendum, une loi de révision portant atteinte au noyau intangible de la Loi fondamentale soit légitimée », Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 octobre 1993, *BverfGE* 89, p. 155, traduction française et commentaire de la décision par Constance Grewe in *RUDH*, 1993, pp. 226-292.

moins pour le contrôle lié au respect des droits fondamentaux, par les décisions *Solange II* et *III*, rendues en 1986 et 2000, la renonciation à ce contrôle est conditionnée par le respect d'un certain standard de protection des droits fondamentaux. De plus, dans sa décision Maastricht du 12 octobre 1993, la même juridiction a émis l'hypothèse d'un contrôle des actes pris par les institutions européennes au regard du traité, qui pourrait aboutir à déclarer inapplicables les normes communautaires adoptées en contrariété avec la répartition des compétences fixées dans les traités¹¹⁰⁶. Si cette jurisprudence n'a pas encore été mise en pratique, elle n'a pas non plus fait l'objet d'une atténuation semblable à celle résultant des arrêts *Solange II* et *III*, et les hypothèses de conflit sont donc toujours envisageables.

436.- De même, en France, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat ont développé une ligne jurisprudentielle visant à protéger le noyau dur de la constitution française de toute intrusion de la part des institutions communautaires. La technique utilisée consiste dans la reconnaissance dans certains cas, de la possibilité de contrôler la constitutionnalité du droit communautaire dérivé.

Dans une décision du 10 juin 2004¹¹⁰⁷, le Conseil constitutionnel était confronté à une loi transposant une directive communautaire, à laquelle les requérants reprochaient différentes causes d'inconstitutionnalité. Indirectement, il était donc demandé au juge de statuer sur la constitutionnalité de normes communautaires de droit dérivé, en contrariété avec le principe de primauté du droit communautaire. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent pour contrôler la constitutionnalité de la loi de transposition se bornant à « tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises » d'une directive, dans la mesure où l'article 88-1 de la constitution a fait de la transposition des directives une véritable « exigence constitutionnelle ». En ajoutant cependant qu'il pourrait être dérogé à cette exigence

¹¹⁰⁶ Selon la Cour, si « des institutions ou des organes européens utilisaient ou développaient le traité d'Union de manière à ne plus recouvrir le traité tel qu'il a servi de fondement à la loi d'incorporation, les actes juridiques pris sur ce fondement ne seraient plus obligatoires sur le territoire de la puissance publique allemande. [...] C'est pourquoi la Cour constitutionnelle fédérale examine si les actes juridiques des institutions et organes européens se tiennent dans les limites des droits de souveraineté concédés à eux où s'ils s'en écartent » (citation reprise in *RUDH* 1993, p. 290). Le Tribunal constitutionnel polonais a adopté la même position dans sa décision sur le traité d'adhésion, spéc. pt. 15 du sommaire anglais précité.

¹¹⁰⁷ Cons. const., décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, *Rec.* p. 101. Voir aussi Cons. const., décision n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, *Rec.* p. 107.

constitutionnelle par le jeu d'une « disposition expresse contraire de la constitution »¹¹⁰⁸, le Conseil constitutionnel est partiellement revenu sur le principe énoncé ci-dessus. Précisant la formule pour le moins ambiguë de « disposition expresse contraire », le Conseil constitutionnel a par la suite jugé que si la transposition d'une directive était une exigence constitutionnelle, celle-ci « ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »¹¹⁰⁹. Par là même, le juge constitutionnel français a introduit en droit français la notion de « noyau dur identitaire de la constitution »¹¹¹⁰. De même, le Conseil d'Etat s'est récemment reconnu compétent pour vérifier la constitutionnalité d'un acte réglementaire transposant une directive communautaire, pour autant du moins qu'il « n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué »¹¹¹¹.

437.- Il ressort de ces décisions que si les juges constitutionnels et administratifs français s'abstiennent dorénavant de contrôler la constitutionnalité des mesures nationales d'exécution du droit communautaire, situation conforme à la primauté du droit communautaire, cette immunité constitutionnelle ne s'applique que si « la directive transposée n'est pas contraire aux prescriptions constitutionnelles qui forment le cœur de l'identité de la France »¹¹¹². Autrement dit, le respect de l'article 88-1 ne saurait entraîner la violation de dispositions inhérentes à l'identité constitutionnelle de la France.

On peut d'ailleurs se demander si cette nouvelle orientation jurisprudentielle n'aboutit pas à remettre en cause la faculté, pour le pouvoir de révision, de déroger à la constitution (faculté qui lui avait pourtant été reconnue par la même juridiction en 1992, dans la décision Maastricht II). En effet, l'article 88-1 a été introduit dans la constitution afin de lever l'obstacle à la ratification du traité de Maastricht. Il faudrait donc en conclure que cet article

¹¹⁰⁸ Cons. const., décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *op. cit.*, spéc. cons. 7 ; Cons. const., décision n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, *op. cit.*, spéc. cons. 18.

¹¹⁰⁹ Cons. const., décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, *Rec.* p. 88, spéc. cons. 19. Voir aussi Cons. const., décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie, *Rec.* p. 120, spéc. cons. 6.

¹¹¹⁰ Cf. Jean-Philippe KOVAR, « Vers un statut du droit d'exécution du droit communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Europe*, 2007, étude n° 2, pp. 4-6, spéc. p. 5.

¹¹¹¹ CE Ass., 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres, *RFDA*, 2007, p. 384, concl. Guyomar. Voir sur cet arrêt Denys SIMON, « La jurisprudence récente du Conseil d'Etat : le grand ralliement à l'Europe des juges ? », *Europe*, mars 2007, étude 3, pp. 5-9.

¹¹¹² Paul CASSIA et Emmanuelle SAULNIER-CASSIA, « Rapports entre la constitution et le droit communautaire », *DA*, n° 10/2006, comm. n° 155, pp. 31-33.

a eu pour but d'autoriser le droit communautaire, originaire comme dérivé, à déroger à la constitution dans la mesure nécessitée par l'adhésion de la France à l'Union et aux Communautés européennes. Or, affirmer qu'il peut être fait obstacle à l'obligation de transposition des directives (et donc à l'article 88-1) en présence d'une « règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »¹¹¹³ revient à nier le pouvoir dérogatoire de l'article 88-1 ou du moins à le limiter aux dispositions ne relevant pas de ce noyau dur. Il en résulterait une hiérarchie entre les dispositions de la constitution¹¹¹⁴, auxquelles il peut être dérogé par le droit communautaire dérivé, cette dérogation étant « couverte » par l'article 88-1, et les dispositions expresses de la constitution (c'est-à-dire qui ne trouvent aucun équivalent en droit communautaire), auxquelles le droit communautaire dérivé ne saurait porter atteinte, cette constatation justifiant le contrôle de constitutionnalité des lois de transposition. Malgré tout, on ne pourrait parler de « supraconstitutionnalité » au sens strict, dans la mesure où le pouvoir de révision pourrait toujours intervenir pour autoriser expressément une dérogation à une disposition relative à « l'identité constitutionnelle de la France », ainsi que le Conseil constitutionnel l'a reconnu dans une décision en date du 27 juillet 2006¹¹¹⁵.

438.- Certains auteurs déduisent de cette construction jurisprudentielle que le droit communautaire occupe désormais « dans le bloc de constitutionnalité une position intermédiaire entre les principes essentiels et ordinaires »¹¹¹⁶. Il ne nous semble cependant pas que l'on puisse déduire de ces décisions des conséquences en terme de hiérarchie des normes, dans la mesure où ni le Conseil constitutionnel ni le Conseil d'Etat ne se sont

¹¹¹³ Cons. const., décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, *Rec.* p. 88, spéc. cons. 19. Voir aussi Cons. const., décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie, *Rec.* p. 120, spéc. cons. 6.

¹¹¹⁴ En ce sens, voir Xavier MAGNON, « Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire », *Europe*, 2004, étude 2, pp. 6-12, spéc. p. 8. Voir aussi François-Charles BOUSQUET, « La responsabilité de l'Etat du fait des dispositions constitutionnelles », *RDJ*, 2007, pp. 937-958.

¹¹¹⁵ Cons. const., décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, *Rec.* p. 88. Dans cette affaire, le Conseil constitutionnel a en effet jugé que « la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, *sauf à ce que le constituant y ait consenti* » (cons. 19, souligné par nous). Cela signifie que si le droit communautaire dérivé est par principe couvert par l'article 88-1, (ceci impliquant l'immunité constitutionnelle des lois de transposition, pour autant que celles-ci réalisent correctement la transposition), cette présomption de conformité doit être écartée en cas d'atteinte à l'identité constitutionnelle de la France. Seule une disposition expresse de la constitution autorisant le droit communautaire à déroger à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France pourrait alors permettre de couvrir la directive (ce que le seul article 88-1 ne saurait autoriser).

¹¹¹⁶ Cf. David BLANCHARD, *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, *op. cit.* spéc. p. 88. Cet auteur évoquait cependant les jurisprudences des cours constitutionnelles allemande et italienne.

reconnus compétents pour invalider le droit communautaire contraire à la constitution mais seulement, dans des hypothèses limitées, pour écarter sa primauté¹¹¹⁷. En tous cas, en posant une présomption de conformité à la constitution du droit communautaire dérivé et donc en facilitant la reconnaissance de sa primauté, sauf à l'encontre d'une règle relative à l'identité constitutionnelle, cette jurisprudence permet de tempérer les effets de l'affirmation péremptoire selon laquelle « la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne saurait s'imposer, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle »¹¹¹⁸. La solution retenue, en atténuant les effets d'une approche fondée sur la hiérarchie des normes et en interprétant les conflits de normes sous l'angle d'une « collision d'obligations constitutionnelles »¹¹¹⁹, semble de ce fait plus favorable à l'intégration européenne¹¹²⁰, même si elle ne permet pas d'appliquer le droit communautaire dans toutes les situations.

439.- Il faudrait cependant, pour circonscrire davantage les hypothèses de conflit, que la Cour reconnaisse explicitement l'exigence du respect de l'identité constitutionnelle des Etats. Une véritable avancée pourrait résulter de la justiciabilité de l'article 6, paragraphe 3 TUE qui, en « faisant de l'union dans le respect des identités un objectif constitutionnel de même valeur que celui de l'union sans cesse plus étroite »¹¹²¹ pourrait amener le juge de Luxembourg à faire évoluer l'interprétation qu'il donne des rapports entre les systèmes juridiques dans un sens plus favorable au pluralisme juridique. Comme nous le verrons ultérieurement, c'est en ce sens que semble s'engager le processus de construction européenne, l'actuel article 6, paragraphe 3 TUE ayant été repris et développé par le traité modificatif signé à Lisbonne le 13 décembre 2007.

¹¹¹⁷ Voir, pour une analyse de cette décision (et plus généralement, des rapports entre bloc de constitutionnalité et bloc de conventionnalité), en termes « d'égalité normative », voir le stimulant article de Ghislaine ALBERTON, « De l'indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2005, pp. 249- 268.

¹¹¹⁸ Cf. CE Ass., 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, aff. préc.

¹¹¹⁹ Neil MAC CORMICK, « Risking constitutional collision in Europe ? », *Oxford Journal of Legal Studies*, n° 18/1998, pp. 517-532.

¹¹²⁰ En témoignent les récents arrêts du Conseil d'Etat, qui se caractérisent par la volonté de donner leur plein effet aux principes de primauté et d'applicabilité directe du droit communautaire, dès lors que les principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France ne sont pas en jeu. Outre les arrêts Arcelor et Conseil national des barreaux précités, il convient ici de mentionner l'arrêt Gestas du 18 juin 2008. Dans cette affaire le Conseil d'Etat a accepté de transposer la jurisprudence Köbler de la Cour de justice, permettant ainsi d'engager la responsabilité de l'Etat « dans le cas où le contenu de la décision juridictionnelle est entachée d'une violation manifeste du droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers » (CE, 18 juin 2008, Gestas, req. n° 296845, non encore publié au *Recueil, JCP A*, n° 31/2008, comm. n° 2187, obs. Jacques MOREAU).

¹¹²¹ David BLANCHARD, *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, op. cit. spéc. p. 104.

440.- L'autre solution, plus pratique que juridique, consisterait à développer un véritable mécanisme de coopération judiciaire, à la mesure du défi que représente la mise en place d'un « pluralisme ordonné », selon l'expression de Mme Delmas-Marty. Dans cette optique, les deux juridictions françaises ont réaffirmé que l'abandon (partiel) du contrôle exercé sur le droit communautaire *via* les mesures nationales d'exécution devait être compensé par le contrôle de la Cour de justice. Comme le note le commissaire du gouvernement Matthias Guyomar dans ses conclusions dans l'affaire Arcelor précitée, les juges constitutionnel et administratif reconnaissent, « lorsque l'identité constitutionnelle de la France n'est pas en cause, la primauté du juge communautaire, seul chargé de faire appliquer les principes communs aux Etats membres »¹¹²². Ainsi, la préséance accordée au juge communautaire dans la protection des droits fondamentaux et des principes communs aux Etats membres paraît à même de minimiser les risques de friction, tandis que l'acceptation d'une compétence subsidiaire des juridictions nationales, pour autant que la protection accordée par la Cour de justice est défaillante, paraît inévitable tant que subsistera la diversité des identités nationales. La résorption des facteurs de dissonance¹¹²³ pourrait être améliorée par la congruence matérielle des ordres constitutionnels, d'une part, et par la reconnaissance, de la part de chaque ordre de juridiction, de la dualité de son office : reconnaissance des deux versants de l'idée d'œuvre par la Cour de justice et mise en place d'une ligne jurisprudentielle propre à en assurer l'effectivité, et acceptation par les juridictions nationales de la duplicité de leur rôle, à la fois organes investis par la constitution et chargés à ce titre d'en assurer le respect, et juges communautaires de droit commun, chargés de la mise en œuvre du principe de primauté du droit communautaire¹¹²⁴.

¹¹²² Conclusions de M. Guyomar dans l'affaire Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres, *RFDA*, 2007, p. 384, spéc. p. 388.

¹¹²³ C'est d'ailleurs dans la direction d'un « droit contrapuntique » (cette expression trouvant ses racines dans la technique musicale du contrepoint, laquelle vise à composer simultanément plusieurs lignes musicales, de manière harmonieuse) que s'orientent les réflexions de M. Maduro, et qui consistent en la mise à jour de principes permettant de préserver ce chant à plusieurs voix dans lequel l'idée d'œuvre trouve sa réalisation. Cf. Miguel Poiras MADURO, « Contrapunctual law : Europe's constitutional pluralism in action », *op. cit.* Voir pour une application pratique ses conclusions présentées le 21 mai 2008 dans l'affaire C-127/07, Arcelor Atlantique et Lorraine e. a., non encore publiées au *Recueil*. Toujours dans le registre musical, le Vice-Président du Conseil d'Etat français M. Jean-Marc SAUVE a évoqué dans son intervention au colloque de la CEDECE du 27 juin 2008 la « polyphonie des juges » (texte de l'intervention disponible sur le site www.conseil-etat.fr).

¹¹²⁴ Voir en ce sens Matthias KUMM, « Who is the final arbiter of constitutionality in Europe ? Three conceptions of the relationship between the German federal constitutional Court and the European Court of justice », *CML Rev.*, n° 36/1999, pp. 351-386, spéc. pp. 379 et s. Voir aussi la position du professeur Azoulai, pour qui « la Cour hérite d'une nouvelle fonction : une fonction de *communication* et *d'interface* [...] avec les différents ordres juridiques qui l'environnent », Loïc AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTDE*, 2008, pp. 29-45, spéc. p. 42.

441.- En l'état actuel de la construction européenne, force est de constater que la perpétuation des deux versants de l'idée d'œuvre repose sur la coexistence de deux systèmes juridictionnels ayant chacun vocation à résoudre les conflits « constitutionnels » entre les normes issues des deux ordres juridiques. Cette situation est d'ailleurs renforcée par le fait que chaque ordre juridictionnel ne dispose d'aucun moyen juridique de contraindre l'autre à adopter sa propre conception de la primauté.

En tout état de cause, cette configuration nous semble, malgré ou peut-être grâce à sa complexité, favorable à la perpétuation de l'idée d'œuvre au sein de l'ordre juridique communautaire. Dans la mesure où la conception du principe de primauté véhiculée par la Cour de justice est susceptible de mettre en danger le noyau dur identitaire des Etats, et qu'une approche fondée sur la primauté inverse et intégrale de la constitution pourrait être dommageable pour l'objectif d'intégration, les rapports de système qui sont en train de s'esquisser s'efforcent, nous semble-t-il, de conjuguer primauté du droit communautaire et respect dû aux identités nationales, condition de la loyauté européenne des Etats membres.



442.- L'utilisation de la notion de « fonction constituante », justifiée par la contribution de la Cour à la constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire, a permis d'en mettre en évidence les vecteurs. Ainsi, il est apparu que c'est essentiellement par le biais de son pouvoir d'interprétation authentique des traités, qui lui a par ailleurs été conféré par les fondateurs que la Cour a œuvré en faveur de l'appréhension de l'ordre juridique communautaire sous l'angle constitutionnel.

443.- L'étude de la fonction constituante de la Cour a aussi permis de mettre en lumière les liens que cette fonction entretient avec le pouvoir fondateur des Etats, d'une part, et le concept de pouvoir constituant, d'autre part.

Si la fonction constituante de la Cour doit être fondamentalement distinguée du concept de pouvoir constituant, du fait notamment du défaut de substance démocratique qui caractérise ce concept, elle en emprunte certaines caractéristiques, notamment par son action en direction de la « constitution » de l'ordre juridique communautaire, qu'elle a contribué à

développer. En cela, le phénomène d'évitement du concept de pouvoir constituant doit être porté à son crédit, de la même manière que le pouvoir fondateur des Etats.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

444.- Par sa fonction constituante, la Cour a réussi la gageure de constitutionnaliser, aux sens matériel et formel, les traités originaires, prenant le relais des Etats et des institutions parfois défaillants dans la mise en œuvre de l'idée d'œuvre voulue par les fondateurs. Celle-ci, qui consiste à unir les Etats sans les unifier au sein d'un ordre juridique global, a ainsi été confortée par la Cour de justice grâce au système contentieux dont elle dispose et à son pouvoir d'interprétation authentique des traités.

Même si elle n'a pas toujours été réceptive à la protection de l'identité constitutionnelle des Etats, pourtant elle aussi inhérente à l'idée d'œuvre des fondateurs, son action demeure irremplaçable, par l'ampleur des réalisations accomplies. Ainsi, par sa jurisprudence, la Cour a contribué à enrichir la matière constitutionnelle des traités et a développé leurs potentialités. Par son interprétation dynamique, elle a de même adapté les traités aux évolutions multiples affectant le mouvement d'intégration et susceptibles, de ce fait, d'y porter atteinte, remédiant ainsi aux carences des révisions formelles, de plus en plus hasardeuses. Enfin, la Cour n'a eu de cesse d'affirmer l'autonomie et la cohérence de l'ordre juridique communautaire, de mettre en lumière les principes structurels qui l'informent et de perfectionner le jeu des relations qui se nouent entre les différents acteurs de cette sphère, Etats, institutions communautaires et citoyens. Alors que son action peut être de ce fait comparée à celle du pouvoir constituant, l'absence de dimension démocratique justifie l'utilisation de la notion de fonction constituante. La mise en lumière de cette caractéristique renforce ainsi le phénomène d'évitement, lié au choix de la méthode fonctionnaliste, du pouvoir constituant européen.

445.- Mais l'action de la Cour de justice a également contribué à renforcer le pouvoir fondateur des Etats, notamment par sa soumission à l'idée d'œuvre qu'ils ont voulu institutionnaliser. Marquant par là même son rôle de « pouvoir constitué » au sein de l'ordre juridique communautaire, elle a encore accentué le rapprochement entre le pouvoir fondateur des Etats et le concept de pouvoir constituant. L'ambivalence de l'évitement, qui est à la fois exclusion formelle et équivalence fonctionnelle à l'égard du concept de pouvoir constituant, est ainsi à son tour illustrée par l'action de la Cour de justice.

446.- A l'origine d'un dynamisme qui, s'il était voulu par les fondateurs, aurait pu ne pas faire l'objet d'un tel zèle, la fonction constituante de la Cour de justice a sans conteste été l'instrument déterminant de la constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire. C'est sur son exemple, et avec son onction, que les institutions communautaires et les États ont contribué, par leur pratique, au développement constitutionnel de l'ordre juridique communautaire.

Chapitre 2.

La fonction constituante des institutions communautaires et des Etats membres

447.- Par leurs interventions au sein de l'ordre juridique communautaire, les institutions communautaires et les Etats membres ont agi sur le contenu matériel des traités, que ce soit en concrétisant leurs dispositions parfois imprécises, en comblant leurs lacunes, en modifiant le sens de leurs prescriptions ou parfois en allant à l'encontre de la lettre de leurs stipulations, sans jamais cependant modifier formellement les traités originaires eux-mêmes. Ayant également contribué à la constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire, l'action des Etats membres et des institutions autres que la Cour de justice peut être appréhendée à l'aune de la même notion de fonction constituante. Dans la mesure où cette fonction constituante est le fait, non du peuple, mais des institutions décisionnelles, d'une part, et de la collectivité des Etats membres, d'autre part, celle-ci ne pourra être juridiquement assimilée à l'action du pouvoir constituant. De la même manière que le pouvoir fondateur des Etats et la fonction constituante de la Cour de Luxembourg, la fonction constituante des institutions et des Etats membres participe ainsi du phénomène d'évitement du pouvoir constituant au sein de l'ordre juridique communautaire, lié comme nous l'avons montré au choix de la méthode fonctionnelle d'intégration.

448.- Bien qu'également révélatrices de l'exclusion du concept de pouvoir constituant au sein de l'ordre juridique communautaire, la fonction constituante des institutions communautaires autres que la Cour, d'une part, et celle des Etats membres, d'autre part, doivent cependant faire l'objet d'analyses distinctes.

Tout d'abord, les traités eux-mêmes distinguent les facteurs de dynamisme « internes » à l'ordre juridique communautaire, c'est-à-dire réservés à l'action des institutions communautaires, des dispositions permettant l'intervention des Etats membres afin de préciser les traités ou de mettre en œuvre certaines de leurs dispositions.

De plus, la fonction constituante des Etats membres semble poser des problèmes spécifiques, dans la mesure où elle émane des titulaires du pouvoir fondateur. Comme en droit interne, où la distinction entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués peut être délicate à effectuer lorsqu'il y a identité organique des titulaires, il faudra savoir si l'on se trouve en présence du pouvoir fondateur lorsque les Etats adoptent des comportements ou des actes contribuant au développement de la charte constitutionnelle de l'ordre juridique communautaire. Ce constat peut mener à des conséquences diversifiées quant à la place de la fonction constituante des Etats, évaluée à l'aune des dispositions pertinentes des traités et de la jurisprudence de la Cour. De ce fait, nous envisagerons successivement la fonction constituante des institutions communautaires autres que la Cour de justice des Communautés européennes (section 1), puis la fonction constituante des Etats membres (section 2).

SECTION 1 : LA FONCTION CONSTITUANTE DES INSTITUTIONS COMMUNAUTAIRES

449.- Analyser la fonction constituante des institutions implique de s'intéresser à ses vecteurs, c'est-à-dire aux instruments empruntés par les institutions pour développer la substance constitutionnelle des traités originaires. Selon que ces instruments ont été formalisés dans un écrit ou qu'ils sont restés à l'état de pratique, leur contribution à la caractérisation d'une fonction constituante des institutions ne sera pas identique. Certes, il est souvent difficile (et parfois artificiel) de distinguer les vecteurs formels et informels de la fonction constituante des institutions, dans la mesure où les actes formels des institutions ont pu être précédés de pratiques informelles qu'ils ne font que sanctionner, tandis que certaines pratiques informelles sont autorisées ou organisées par un ensemble d'écrits de nature diverse. Cependant, il nous semble que la pure pratique des institutions doit recevoir un traitement juridique particulier. Nous examinerons donc successivement les instruments

formels, c'est-à-dire formalisés dans un écrit (I.), puis les instruments informels, non formalisés dans un écrit (II.), de la fonction constituante des institutions communautaires.

I. LES INSTRUMENTS FORMELS DE LA FONCTION CONSTITUANTE DES INSTITUTIONS COMMUNAUTAIRES

Deux types d'actes ont permis aux institutions communautaires d'exercer une fonction constituante au sein de l'ordre juridique communautaire. Les premiers ont été pris sur le fondement des clauses d'adaptation des traités (A.). Quant aux seconds, les actes atypiques, ils n'étaient pas expressément prévus par les traités originaires mais découlent d'une interprétation large de leurs dispositions (B.).

A. La mise en œuvre des clauses d'adaptation, instrument de la fonction constituante des institutions communautaires

450.- A la base de la fondation des trois communautés, l'objectif d'intégration, d'abord économique puis politique, des Etats membres au sein d'un ensemble plus vaste a inspiré l'insertion dans les traités de clauses permettant, en marge des procédures de révision, d'aménager les compétences des Communautés afin de les adapter aux besoins changeants d'une société en perpétuelle évolution. Des clauses d'adaptation, ou « clauses soupapes »¹¹²⁵ émaillent donc les traités, témoignant de l'autorisation donnée par les Etats fondateurs à l'exercice, par les institutions, d'une véritable fonction constituante.

451.- Ainsi, les traités comportent des procédures permettant au Conseil de modifier ou d'adapter certaines dispositions de droit originaire. La plupart des dispositions toujours en vigueur actuellement¹¹²⁶ interviennent en matière institutionnelle. Des dispositions permettent en effet au Conseil de modifier la composition de certaines institutions (le nombre

¹¹²⁵ Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., spéc. p. 105.

¹¹²⁶ En effet, certains articles, liés à la période de transition, ont été abrogés par le traité d'Amsterdam (cf. art. 8 § 5, 14 § 7 et 33 § 8 TCEE permettant de modifier le calendrier prévu pour l'élimination des droits de douane et des restrictions quantitatives. Voir aussi l'art. 38 § 8 TCEE autorisant le Conseil à modifier la liste des produits agricoles soumis au marché commun). De même, l'ex-art. 200 TCEE, qui permettait au Conseil de modifier la clef de répartition des contributions étatiques au budget de la Communauté, a été abrogé par le traité de Maastricht.

de membres de la Commission¹¹²⁷, le nombre de juges¹¹²⁸ ou d'avocats généraux¹¹²⁹ à la Cour), ou les statuts de certains organes communautaires¹¹³⁰. Autre exemple, l'article 168 A TCE, introduit par l'Acte unique européen, donnait au Conseil la possibilité de créer et de déterminer les attributions d'un tribunal de première instance. Conformément à la procédure, la Cour a demandé l'application de cet article et, après consultation de la Commission et du Parlement européen, le Conseil a décidé à l'unanimité de créer le Tribunal de Première Instance des communautés européennes¹¹³¹. Suite à cette décision, l'article 168 A du traité TCE a été modifié afin d'intégrer la nouvelle juridiction et ses attributions. Enfin, le nouvel article 225 A TCE, inséré par le traité de Nice, autorise le Conseil, statuant à l'unanimité après consultation de la Cour de justice, du Parlement européen et de la Commission, à créer des chambres juridictionnelles spécifiques. Cette nouvelle disposition a servi de fondement juridique à la création du tribunal de la fonction publique européenne¹¹³² et pourrait servir de base juridique à la création d'un tribunal du brevet communautaire¹¹³³. La plupart de ces procédures, intervenant en matière institutionnelle, se retrouvent dans le traité de Lisbonne, qui les a d'ailleurs reprises du traité établissant une constitution européenne¹¹³⁴.

La participation des institutions, au premier rang desquelles le Conseil, au développement de la structure institutionnelle permet de considérer que cette institution dispose, par ce biais, d'une fonction constituante.

¹¹²⁷ Article 213 (ex-art. 157), paragraphe 1, du traité CE : « le nombre des membres de la Commission peut être modifié par le Conseil statuant à l'unanimité ».

¹¹²⁸ L'article 221 (ex-art. 165), paragraphe 4 TCEE permettait au Conseil (à l'unanimité), d'augmenter le nombre de juges à la CJCE. Cet article a été mis une fois en application, la décision 81/208 du 30 mars 1981 ayant porté à 11 le nombre de juges (*JOCE* L 100 du 11 avril 1981, p. 20). Les modifications ultérieures du nombre de juges ont été réalisées à l'occasion des révisions générales des traités, et l'article 221, paragraphe 4 TCE a été supprimé.

¹¹²⁹ L'article 222 (ex-art. 166), paragraphe 3 TCEE permet au Conseil, à l'unanimité, d'augmenter le nombre des avocats généraux. Deux décisions ont été prises sur la base de cet article : une décision du 1^{er} janvier 1973 (*JOCE* L 2 du 1^{er} janvier 1973, p. 29), et une décision du 30 mars 1981 (*JOCE* L 100 du 11 avril 1981, p. 21).

¹¹³⁰ Cf. l'art. 107 § 5 TCE pour la possibilité accordée au Conseil de modifier certains articles des statuts du système européen de banques centrales, et l'art. 266, alinéa 3 TCE, introduit par le Traité de Nice, lui permettant de modifier à l'unanimité quelques dispositions des statuts de la banque européenne d'investissement.

¹¹³¹ Décision 88/591 du 24 octobre 1988, *JOCE* L 319 du 25 novembre 1988, pp. 1-8.

¹¹³² Décision 2004/752 du 2 novembre 2004, *JOCE* L 333 du 9 novembre 2004, pp. 7-11.

¹¹³³ Voir la proposition de règlement du Conseil instituant le Tribunal du brevet communautaire et concernant les pourvois formés devant le Tribunal de première instance, en date du 12 décembre 2003, COM/2003/828 final.

¹¹³⁴ Voir par exemple l'article ayant vocation à devenir l'article 17, paragraphe 5 TUE, reprenant l'article I-26, paragraphe 6 du traité constitutionnel (pour le nombre de commissaires) : l'article 134, paragraphe 3 TFUE, tel qu'il résulte du traité de Lisbonne, qui reprend l'article III-392, paragraphe 3 TECE (pour la composition du comité économique et financier), ou encore l'article 127, paragraphe 6 TFUE, issu du traité signé à Lisbonne, et qui reproduit la substance de l'article III-185, paragraphe 6 TECE permettant au Conseil, statuant à l'unanimité après consultation du Parlement européen et de la BCE, de confier à cette dernière des missions en matière de contrôle prudentiel.

452.- D'autres dispositions sont plus significatives au regard de l'objectif d'intégration du traité : les « clauses-passerelles ». Ces dispositions sont ainsi nommées parce qu'elles permettent au Conseil de décider, à l'unanimité, de faire passer certains domaines relevant du champ de l'unanimité à celui de la majorité qualifiée, ou de « communautariser »¹¹³⁵ certains secteurs. L'originalité des « clauses-passerelles » réside dans l'absence de ratification de la part des Etats. Ainsi, l'article 67, paragraphe 2 du traité CE permet au Conseil, statuant à l'unanimité après consultation du Parlement européen, de faire passer la matière de la coopération judiciaire dans les matières civiles, de l'unanimité à la majorité qualifiée et d'adapter les dispositions relatives à la compétence de la Cour de justice dans ce domaine. La même possibilité est ouverte par l'article 137, alinéa 2 TCE, introduit par le traité de Nice, pour certaines matières de la politique sociale¹¹³⁶. Aucune de ces « passerelles » n'a pour l'instant été utilisée.

Le traité signé à Lisbonne en décembre 2007, reconduisant sur ce point les orientations prises par le traité établissant une constitution pour l'Europe, amplifie le recours à de telles clauses permettant de passer, soit du champ de l'unanimité à celui de la majorité qualifiée, soit de la procédure législative spéciale à la procédure ordinaire (codécision du Parlement). Cependant, à la différence des traités antérieurs, la décision dans ces domaines relève du Conseil européen. Parallèlement à la clause passerelle générale (ou procédure de révision simplifiée) qui a vocation à figurer à l'article 48 TUE, de telles dispositions existent en matière de politique étrangère et de sécurité commune¹¹³⁷, en matière budgétaire¹¹³⁸, en matière de politique sociale¹¹³⁹, pour la coopération judiciaire en matière civile¹¹⁴⁰ et en matière pénale¹¹⁴¹ et enfin pour les coopérations renforcées¹¹⁴².

¹¹³⁵ Sur la notion de « communautarisation », envisagée sous l'angle de la constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire, voir Claude BLUMANN, « Quelques réflexions sur la notion de communautarisation dans le cadre de l'Union européenne », in *Droit et politique à la croisée des cultures : mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 61-76.

¹¹³⁶ Il s'agit des trois domaines suivants : protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail, représentation et défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs, y compris la cogestion, et conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers se trouvant en séjour régulier sur le territoire de l'Union.

¹¹³⁷ L'article ayant vocation à devenir, si le traité de Lisbonne est ratifié, l'article 31, paragraphe 3 TUE permet au Conseil européen, à l'unanimité, d'adopter une décision européenne autorisant le Conseil à statuer à la majorité qualifiée dans certaines matières relevant de la PESC.

¹¹³⁸ L'article ayant vocation à devenir l'article 312, paragraphe 2 TFUE permet au Conseil européen, à l'unanimité, d'adopter une décision européenne autorisant le Conseil à statuer à la majorité qualifiée pour fixer le cadre financier pluriannuel.

¹¹³⁹ L'article ayant vocation à devenir l'article 153, paragraphe 2 TFUE reprend les dispositions de l'article 137, alinéa 2 TCE, introduites par le traité de Nice.

¹¹⁴⁰ L'article ayant vocation à devenir l'article 81, paragraphe 3 TFUE permet de passer à la règle de la majorité qualifiée au sein du Conseil avec la codécision du Parlement européen pour certains aspects du droit de la famille ayant une incidence transfrontière, par une décision du Conseil prise à l'unanimité sur proposition de la

453.- L'objectif clair d'intégration que se donnent les clauses-passerelles conforte l'idée d'une fonction constituante accordée aux institutions communautaires. Cependant, la clause ayant le plus œuvré pour le développement des compétences communautaires et par là même pour la caractérisation d'une fonction constituante des institutions est sans conteste l'article 308 TCE.

Afin de démontrer en quoi cet article constitue l'instrument privilégié de la fonction constituante des institutions, il conviendra de montrer que son utilisation extensive, à l'origine du rôle moteur indiscutable de cette procédure (2.), résulte d'une volonté claire des fondateurs de permettre aux institutions d'adapter le fonctionnement des Communautés aux nouveaux besoins issus du processus d'intégration (1.). La Cour s'est cependant attachée à fixer des limites à la fonction constituante dont dispose par ce biais le Conseil (3.).

1. Le fondement de la fonction constituante : un mandat des fondateurs révélé par les termes de l'article 308 TCE

454.- Aux termes de l'article 308 TCE, « si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées »¹¹⁴³. Cette procédure, conforme au principe de spécialité qui régit les organisations internationales, a été conçue pour « atténuer

Commission et après consultation du Parlement européen. Cet article reprend le système instauré par l'article 67, paragraphe 2 du traité CE.

¹¹⁴¹ Le traité de Lisbonne, comme le traité constitutionnel, permet l'harmonisation, par le biais de lois-cadres, dans trois domaines : l'admissibilité mutuelle des preuves entre les Etats membres, les droits des personnes dans la procédure pénale et les droits des victimes de la criminalité. L'article ayant vocation à devenir l'article 82 TFUE permet cependant d'ajouter à ces trois domaines d'autres éléments de la procédure pénale, par une décision du Conseil prise à l'unanimité après approbation du Parlement européen.

¹¹⁴² Normalement, dans le fonctionnement des coopérations renforcées, les règles de décision de l'Union sont applicables : c'est seulement le nombre d'Etats participants qui est modifié. L'article ayant vocation à devenir l'article 333 TFUE lorsque le traité de Lisbonne aura été ratifié introduit deux dérogations possibles à ce principe. Lorsque la coopération renforcée concerne un domaine où l'unanimité est requise pour les décisions du Conseil, celui-ci peut décider, à l'unanimité des Etats participants, que, dans le cadre de la coopération, il prendra désormais ses décisions à la majorité qualifiée ; lorsque la coopération renforcée est régie par une procédure législative spéciale, le Conseil peut décider, à l'unanimité après consultation du Parlement européen, d'appliquer la procédure législative ordinaire.

¹¹⁴³ Des dispositions similaires figurent dans les autres traités communautaires. Ainsi, l'article 203 du traité Euratom est identique à l'article 308 (ex-art. 235) CE, à l'exception de la mention « dans le fonctionnement du marché commun », qui n'y figure pas. Dans le traité CECA (qui a pris fin le 23 juillet 2002), les dispositions relatives aux compétences subsidiaires figuraient à l'article 95, alinéa 1. Le traité établissant une constitution pour l'Europe, qui a maintenu tout en l'améliorant ce mécanisme, consacre son article I-18 à la « clause de flexibilité ».

la rigidité du principe des compétences d'attribution pour des motifs tirés de la nécessaire préservation de l'objet communautaire »¹¹⁴⁴.

455.- La mise en œuvre de cet article suppose donc la réunion de quatre conditions : deux sont relatives à la prise en compte des objectifs de la Communauté (la « réalisation de l'un des objets de la Communauté », « dans le fonctionnement du marché commun »), les deux autres concernent respectivement le constat de la carence de pouvoirs d'action pour réaliser ces objectifs et celui d'une nécessité de l'action communautaire dans ce même but. Lorsque ces quatre conditions sont réunies, le Conseil est habilité à prendre les mesures nécessaires. Ces conditions ont cependant fait l'objet d'une appréciation très libérale, M. Antonio Tizzano évoquant à cet égard la « formation, à l'intérieur de la Communauté, d'une véritable pratique constitutionnelle orientée vers une application particulièrement extensive de l'article 235 [devenu 308] TCE et vers une délimitation en quelque sorte mobile des limites de cette disposition »¹¹⁴⁵.

En effet, si la majorité des actes pris sur le fondement de l'article 308 se réfère à l'un des objets de la Communauté tels qu'ils sont définis dans les articles liminaires des traités (surtout les articles 2 et 3 TCE¹¹⁴⁶), certains mentionnent des objectifs très vagues ou généraux ou qui ne figurent pas explicitement dans les traités, tels que la « réalisation de l'Union économique et monétaire »¹¹⁴⁷. Souvent d'ailleurs l'absence de référence à un objet précis des traités est palliée par le renvoi quasi-incantatoire aux conclusions de Conseils européens ou à des actes des représentants des Etat membres. Il faut donc admettre que l'on peut déduire un « objet de la Communauté » de l'ensemble des traités communautaires¹¹⁴⁸, ainsi que de ses implications et de ses développements, réels ou souhaités. Ainsi Mme Valérie Michel montre-t-elle que la reconnaissance de cette condition se fait généralement

¹¹⁴⁴ Valérie MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, thèse, Paris I, 2000, Paris, L'Harmattan, 2003, 704 pages, p. 269.

¹¹⁴⁵ Antonio TIZZANO, « Quelques observations sur le développement des compétences communautaires », *Pouvoirs*, n° 48/1989, pp. 80-94, spéc. p. 91.

¹¹⁴⁶ La directive du Conseil du 2 avril 1979, concernant la conservation des oiseaux sauvages mentionne, conformément à l'article 2, « l'amélioration des conditions de vie », ainsi que le « développement harmonieux des activités économiques dans la Communauté » (*JOCE* n° L 103 du 25 avril 1979, pp. 1-18).

¹¹⁴⁷ Voir le règlement n° 907/73 du Conseil du 3 avril 1973, instituant un Fonds européen de coopération monétaire (FECOM), au *JOCE* n° L 89 du 05 avril 1973, pp. 2-5. L'article 2 a depuis été complété, la référence à l'Union économique et monétaire apparaissant désormais dans son libellé.

¹¹⁴⁸ *A contrario*, l'article 308 ne peut être mis en œuvre pour réaliser l'un des objectifs du traité sur l'Union européenne, tel que l'un des objectifs cités au titre de la PESC. CJCE, 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat, aff. jointes C-402 et C-415/05 P, non encore publié au *Recueil*, spéc. pts. 196 et s.

sur la base d'une « analyse transversale du traité »¹¹⁴⁹, le Conseil ayant dans certains cas pris appui sur des dispositions incidentes et éparses des traités (voire du droit dérivé) afin d'induire un objet autonome de la Communauté. On peut citer pour exemple la politique régionale, qui n'apparaît que de manière accessoire dans les traités¹¹⁵⁰ mais qui a cependant été érigée en objectif par le Conseil afin de justifier la création du FEDER en 1975¹¹⁵¹.

Quant aux autres conditions, elles sont soit rapidement énoncées par la mention laconique selon laquelle « le traité ne prévoit pas les pouvoirs d'action requis et qu'il y a donc lieu de doter la Communauté de tels pouvoirs en application de l'article 235 [devenu 308] du traité », soit, pour la condition relative au « fonctionnement du marché commun », carrément inexploitée.

456.- Cette pratique extensive de l'article 308, permise par une appréciation jurisprudentielle libérale et englobante¹¹⁵² de ses conditions de mise en œuvre, semble cependant émaner directement d'une habilitation des fondateurs, comme le révèle l'exégèse de cet article.

Les fondateurs ont ainsi pris soin de libeller l'article 308 en des termes généraux légitimant par avance son utilisation extensive. De plus, en assignant au Conseil la finalité de « réalisation des objets de la Communauté », la formulation de cet article invitait la Cour à appréhender largement les conditions de l'article 308, ces dernières étant davantage comprises comme un horizon à atteindre que comme des limites restreignant son utilisation.

On peut de plus voir une preuve supplémentaire de l'intention des Pères fondateurs en comparant l'article 308 TCE à l'article 95, alinéas 1 et 2, du traité CECA. Les nombreuses restrictions mises à l'utilisation de cette procédure dans le traité CECA ayant disparu dans les traités de Rome, il faudrait en déduire l'intention des Etats fondateurs d'assouplir ses conditions de mise en œuvre. L'intention des fondateurs se retrouve dans la volonté exprimée

¹¹⁴⁹ Valérie MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, op. cit., pp. 262-265.

¹¹⁵⁰ Ainsi l'article 72 (devenu 76) CE oblige la Commission à tenir compte, dans sa politique de transports, « des exigences d'une politique régionale appropriée, des besoins des régions sous-développées, ainsi que des problèmes des régions gravement affectées par les circonstances politiques ».

¹¹⁵¹ Règlement n° 724/75 du Conseil, du 18 mars 1975, portant création d'un Fonds européen de développement régional (*JOCE* n° L 73 du 21 mars 1975, pp. 1-7).

¹¹⁵² Mme Valérie Michel observe ainsi très finement qu'« une corrélation automatique s'établit entre la méthode de définition de l'objectif à atteindre et l'absence de pouvoir. L'interprétation extensive de la première condition implique nécessairement la réalisation de la seconde, ce qui permet au Conseil d'accroître les compétences communautaires ». Cf. Valérie MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, op. cit., p. 261.

par les chefs d'Etat et de gouvernement, lors du Sommet de Paris de 1972, « d'utiliser aussi largement que possible toutes les dispositions des traités, y compris l'article 308 du traité CEE »¹¹⁵³. Cette déclaration témoigne, selon M. Tizzano, de « l'acquiescement des Etats membres envers une pratique dont la légalité et l'opportunité avaient souvent été mises en doute auparavant, mais aussi [de] la volonté explicite de ces Etats de dépasser les limites habituellement fixées au champ d'application de l'article 235 »¹¹⁵⁴.

C'est donc sur la base de cette habilitation explicite à faire de l'article 308 TCE un usage « constituant » que le Conseil a grandement contribué au développement des compétences communautaires et donc à l'enrichissement de la charte constitutionnelle de l'ordre juridique communautaire.

2. La contribution de l'article 308 au développement des compétences communautaires

457.- La mise en œuvre de l'article 308 peut être qualifiée de « matériellement constituante », ce qui justifie la qualification de fonction constituante décernée au Conseil lorsqu'il met en œuvre cette procédure. Certes, ce ne sont pas les actes adoptés sur le fondement de l'article 308 qui ont un contenu matériellement constitutionnel. La plupart sont en effet des actes de droit dérivé, dont le contenu est conforme à ce type d'acte. Ce qui est matériellement constituant, c'est l'élargissement du champ des compétences communautaires qui découle de l'emploi de l'article 308. Or, la consécration d'objectifs nouveaux peut être qualifiée d'opération matériellement constituante, dans la mesure où elle confère au Conseil « la faculté [...] d'imprimer à l'article 308 CE une fonction attributive de compétences »¹¹⁵⁵.

458.- Tout d'abord cet article a permis, dans des domaines pour lesquels la Communauté était compétente, de combler des lacunes du traité résultant de situations imprévues ou d'une insuffisance des pouvoirs d'action confiés aux institutions communautaires¹¹⁵⁶. Ici le domaine d'intervention des institutions communautaires n'a pas

¹¹⁵³ Lors du Sommet de Paris d'octobre 1972, voir le *Bull. CE* n° 10/72, p. 15.

¹¹⁵⁴ Antonio TIZZANO, « Quelques observations sur le développement des compétences communautaires », *op. cit.*, p. 91.

¹¹⁵⁵ Valérie MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, *op. cit.* p. 254.

¹¹⁵⁶ La Cour a d'ailleurs accepté cette possibilité en confirmant la validité d'un règlement arrêté par le Conseil sur la base de l'article 308, alors que le traité lui accordait le pouvoir d'adopter des mesures sous forme de directives. Elle a ainsi estimé que « le rapprochement des législations par voie de directives [...] ne pouvant

été élargi, mais les moyens dont disposent ces institutions ont été renforcés. Ainsi l'article 308 TCE a permis l'adoption du règlement relatif aux concentrations¹¹⁵⁷, alors que les concentrations n'étaient pas visées par les traités originaires. De même, suite à la possibilité ouverte par l'arrêt AETR, l'article 308 a permis au Conseil d'entreprendre des actions externes, bien que celles-ci ne soient ni expressément prévues par les traités, ni même impliquées par des compétences internes parallèles¹¹⁵⁸. Surtout, alors même que les traités institutifs ne comportent aucune disposition relative à la lutte contre le terrorisme international, l'article 308 TCE a pu servir de base légale à un règlement communautaire mettant en œuvre une résolution du Conseil de sécurité des Nations destinée à geler les ressources financières des personnes ou organisations liées aux réseaux terroristes¹¹⁵⁹.

459.- Mais surtout, l'article 308 a servi de fondement à l'émergence de nouvelles politiques de la Communauté, dans des domaines qui n'étaient mentionnés que de manière ponctuelle et qui de plus ne faisaient pas partie des objectifs généraux mentionnés dans les articles liminaires des traités. C'est le cas de nombreuses dispositions adoptées sur la base de l'article 308¹¹⁶⁰, l'exemple de la politique de l'environnement étant à cet égard significatif. Ainsi la directive « oiseaux sauvages » de 1979¹¹⁶¹ crée un objectif nouveau difficilement rattachable aux objectifs initiaux des traités : la conservation du milieu naturel. Si, dans cet acte, le Conseil a tout de même cherché à rattacher son action à l'article 2 CE¹¹⁶², les actes ultérieurs, adoptés sur la base de l'article 308, se fondent sur un objectif environnemental

fournir une solution suffisamment efficace, [...] le Conseil pouvait estimer légitimement que le recours à l'article 235 [devenu 308] était justifié dans l'intérêt de la sécurité juridique ». CJCE, 12 juillet 1973, Massey Ferguson, aff. 8-73, *Rec.* p. 897.

¹¹⁵⁷ Règlement n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (*JOCE* n° L 257 du 21 septembre 1990, pp. 13s).

¹¹⁵⁸ Pour une étude détaillée, voir Jean RAUX, « Le recours à l'article 235 du traité CEE en vue de la conclusion d'accords externes », in *Etudes de droit des Communautés européennes : mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, pp. 407-439.

¹¹⁵⁹ Voir sur ce point CJCE, 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat, aff. jointes C-402 et C-415/05 P, non encore publié au *Recueil*.

¹¹⁶⁰ Les avancées majeures traditionnellement citées sont la création du FEDER en 1975 (Règlement n° 724/75 du Conseil du 18 mars 1975, portant création d'un Fonds européen de développement régional, *JOCE* n° L 73 du 21 mars 1975, pp. 1-7), la réalisation de l'Union économique et monétaire, la politique de l'environnement et le droit des sociétés avec la création du G.E.I.E. en 1985 (Règlement n° 724/75 du Conseil du 18 mars 1975, portant création d'un Fonds européen de développement régional, *JOCE* n° L 73 du 21 mars 1975, pp. 1-7).

¹¹⁶¹ Directive n° 79/409 du Conseil du 2 avril 1979, concernant la conservation des oiseaux sauvages, *JOCE* n° L 03 du 25 avril 1979, pp. 1-18.

¹¹⁶² Voir le 6^{ème} considérant de la directive oiseaux sauvages préc., qui vise « l'amélioration des conditions de vie, un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la communauté et une expansion continue et équilibrée »

autonome, non relié aux objectifs initiaux de la Communauté¹¹⁶³. Cette même démarche a fondé le développement des politiques de recherche et d'économie d'énergie.

La consécration d'objectifs nouveaux, tout d'abord formellement reliés aux objets de la Communauté, puis affirmés comme des objectifs autonomes, participent de cette fonction constituante dévolue au Conseil par les traités. Elle est avalisée et même encouragée par la Cour de justice, qui lui a donné son plein effet, en usant d'une méthode d'interprétation « téléobjective »¹¹⁶⁴. Les Etats membres ont ensuite confirmé cette pratique de l'article 308 en révisant formellement les traités afin d'inscrire dans le marbre l'extension du champ des compétences communautaires. L'Acte unique européen a ainsi introduit les politiques de l'environnement et de la recherche, politiques qui, comme on l'a vu, ont d'abord été développées par le biais de l'article 308. Le traité de Maastricht insère à l'article 2 de nouveaux objectifs, parmi lesquels l'objectif de réalisation de « l'Union économique et monétaire », objectif déjà cité dans le règlement FECOM de 1973¹¹⁶⁵.

460.- L'anticipation des révisions, par le schéma que nous venons de dessiner, est l'une des caractéristiques de la fonction constituante dont disposent les institutions. L'autre trait marquant de cette fonction constituante réside dans l'apport de l'article 308 au processus de constitutionnalisation de l'Union européenne, sa mise en œuvre ayant contribué à dépasser le cadre strictement économique qui était celui de la Communauté à l'origine.

Le recours à l'article 308 a tout d'abord permis au Conseil de régler la situation de catégories de personnes non initialement concernées par le droit communautaire car n'ayant pas le statut d'agents économiques. Ainsi l'article 308 a servi à étendre aux travailleurs non salariés le bénéfice des mesures édictées à l'égard des travailleurs salariés en matière de sécurité sociale¹¹⁶⁶. Puis, plus largement, le Conseil a exploité l'article 308 afin d'atteindre le citoyen européen. Ainsi une décision de 1977 se donne pour mission « la

¹¹⁶³ Voir par exemple la directive n°82/176 du Conseil, du 22 mars 1982, concernant les valeurs limites et les objectifs de qualité pour les rejets de mercure du secteur de l'électrolyse des chlorures alcalins (*JOCE* n° L 81 du 27 mars 1982, pp. 29-34),

¹¹⁶⁴ Henry LESGUILLONS, « l'extension des compétences de la C.E.E. par l'article 235 du traité de Rome », *op. cit.*, pp. 891 et s.

¹¹⁶⁵ Règlement n° 907/73 du Conseil du 3 avril 1973, instituant un Fonds européen de coopération monétaire (*JOCE* n° L 89 du 05 avril 1973, pp. 2-5).

¹¹⁶⁶ Règlement n° 1247/92 du Conseil, du 30 avril 1992, modifiant le règlement n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (*JOCE* n° L 136 du 19 mai 1992, pp. 1-6).

protection des citoyens vis-à-vis de l'emploi de moyens informatiques »¹¹⁶⁷. La définition d'un programme d'action pour l'année européenne du tourisme, en 1988, souligne l'importance du tourisme pour « promouvoir une meilleure connaissance des cultures et des modes de vie des Etats membres de la Communauté par les citoyens »¹¹⁶⁸.

Les domaines dans lesquels le Conseil a choisi d'étendre l'action communautaire, sur le fondement de l'article 308, ne sont pas neutres au regard du projet de construction d'une véritable société européenne. La plupart des actes adoptés sur la base de l'article 308 s'en font d'ailleurs l'écho, en faisant référence aux peuples européens. La directive oiseaux sauvages de 1979 vise ainsi « la gestion des ressources naturelles en tant que partie intégrante du patrimoine des peuples européens »¹¹⁶⁹. De même, prenant acte de ce que « la nature multilingue de la Communauté [...] constitue un obstacle pratique au rapprochement des peuples de la Communauté » le Conseil a mis au point un programme de recherche afin d'élaborer un outil informatique de traduction automatique¹¹⁷⁰. Enfin, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement fut créée sur la base de l'article 308 afin de renforcer les liens entre les « peuples d'Europe centrale et orientale [...] et les peuples de la Communauté »¹¹⁷¹.

Ces quelques exemples montrent que très tôt, le Conseil a utilisé l'article 308 comme levier afin de faire émerger une « conscience d'appartenir à l'Europe »¹¹⁷² en s'adressant, par-delà les seuls agents économiques, aux citoyens et aux peuples européens. La politique sociale, environnementale, de recherche, les programmes d'action en direction de la jeunesse ou des personnes handicapées, l'égalité des femmes et des hommes¹¹⁷³, développés sur la base de l'article 308, sont autant de domaines qui témoignent d'un dépassement de l'objet économique initial et qui de ce fait sont susceptibles de faire naître un sentiment d'appartenance à une « Communauté de destin ».

¹¹⁶⁷ Décision n° 77/616 du Conseil, du 27 septembre 1977, arrêtant un ensemble d'études en matière de soutien à l'utilisation de l'informatique (*JOCE* n° L 255 du 6 octobre 1977, pp. 25-27).

¹¹⁶⁸ Décision du Conseil du 21 décembre 1988 sur un programme d'actions pour l'année européenne du tourisme (*JOCE* n° L 17 du 21 janvier 1989, pp. 53-56).

¹¹⁶⁹ Directive n°79/409 du Conseil, du 2 avril 1979, concernant la conservation des oiseaux sauvages, spéc. les considérants 8 et suivants (*JOCE* n° L 103 du 25 avril 1979, pp. 1-18).

¹¹⁷⁰ Décision n° 82/752 du Conseil, du 4 novembre 1982, portant adoption d'un programme de recherche et de développement relatif à un système de traduction automatique de conception avancée (*JOCE* n° L 317 du 13 novembre 1982, pp. 19-23).

¹¹⁷¹ Décision n° 90/674 du Conseil, du 19 novembre 1990, concernant la conclusion de l'accord portant création de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (*JOCE* n° L 372 du 31 décembre 1990, p. 1).

¹¹⁷² Décision n° 91/395 du Conseil, du 29 juillet 1991, portant adoption du programme «Jeunesse pour l'Europe» (*JOCE* n° L 217 du 6 août 1991, pp. 25-30).

¹¹⁷³ Recommandation n° 96/694 du conseil, du 2 décembre 1996, concernant la participation équilibrée des femmes et des hommes aux processus de décision (*JOCE* n° L 319 du 10 décembre 1996, pp. 11-15).

461.- Cette utilisation de l'article 308 TCE en vue de développer les compétences communautaires a suscité de nombreux commentaires en doctrine. La nature juridique de cette technique est âprement discutée, particulièrement au vu des procédures de révision des traités. Certains auteurs n'ont en effet pas hésité à qualifier cette disposition de « procédure purement communautaire »¹¹⁷⁴ de révision du traité, par opposition à la « procédure constitutionnelle » établie par l'article 236 TCE (devenu article 48 TUE). D'autres auteurs considèrent que l'article 308 constitue la « *Kompetenz-Kompetenz* » de la Communauté¹¹⁷⁵, dans la mesure où il permettrait de conférer, à la Communauté, le pouvoir de déterminer les limites de sa propre compétence.

Une telle analyse ne peut être partagée. En effet, l'article 308 ne peut être qualifié de procédure de révision communautaire, ni, *a fortiori*, de pouvoir constituant communautaire dans la mesure où les modifications qu'il peut avoir apportées aux traités, sur le plan de la répartition des compétences notamment, ne sont pas des modifications formelles. S'il est vrai que certaines politiques communautaires ont d'abord été développées sur la base de l'article 308, l'utilisation de cet article n'a pas pu aboutir à une modification formelle de la répartition des compétences entre les Etats et la Communauté, celle-ci ne pouvant découler que de la mise en œuvre de la procédure de révision. Ainsi les compétences communautaires en matière d'environnement et de recherche, initiées par le recours à l'article 308, ont été consacrées par l'Acte Unique européen.

De plus, l'utilisation de l'article 308, bien que d'une importance considérable en pratique, n'est pas illimitée, et la Cour de justice s'est attachée à la circonscrire. En effet, l'une des caractéristiques de la fonction constituante est d'être subordonnée au droit originaire.

3. Les limites fixées à l'utilisation de l'article 308, instrument de la subordination de la fonction constituante des institutions au respect du droit originaire

462.- La fonction constituante est limitée par les dispositions qui en constituent le fondement, et la Cour se reconnaît compétente pour faire respecter les limites qui en découlent. Tout d'abord, le caractère subsidiaire de l'article 308 empêche le Conseil d'utiliser

¹¹⁷⁴ Cf. Roger PINTO, « Champ d'application dans le temps », in Walter Jean GANSHOF VAN DER MEERSCH (Dir.), *Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, p. 646.

¹¹⁷⁵ Cf. Ernst WOHLFARTH (Dir.), *Die europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, Berlin, F. Vahlen, 1960, 953 pages, cité in Robert KOVAR, « Compétences des Communautés européennes », *J-Cl. Europe*, fasc. 420, pt. 23.

cette procédure alternativement à d'autres procédures prévues par le traité¹¹⁷⁶. Cela a été clairement reconnu par la Cour dans l'affaire des préférences généralisées, dans laquelle elle a jugé que « le recours à [l'article 308] comme base juridique d'un acte n'est justifié que si aucune autre disposition du traité ne confère aux institutions communautaires la compétence nécessaire pour arrêter cet acte »¹¹⁷⁷. Il ne faudrait pas en effet que, par le biais de l'article 308, le Conseil puisse contourner la règle de la majorité qualifiée ou encore éviter l'intervention du Parlement européen.

463.- De plus, si la Cour a eu tendance par le passé à interpréter de manière très libérale les conditions de mise en œuvre de l'article 308, l'adoption du protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, annexé au traité d'Amsterdam devrait modifier cette approche. Ainsi, certains actes récents s'efforcent de motiver le respect de ces deux principes¹¹⁷⁸, et si la Cour n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur le respect de ce protocole par un acte adopté sur le fondement de l'article 308, il est probable qu'il conduira à une réévaluation de l'utilisation de cette procédure dans un sens plus restrictif. Ainsi, le respect du principe de subsidiarité devrait renforcer la condition tenant à la nécessité d'une action de la Communauté, autorisant peut être un renforcement du contrôle jurisprudentiel sur l'examen de cette condition (ou du moins sur sa motivation). Quant au principe de proportionnalité, sa prise en compte pourrait jouer sur la condition relative au constat d'une carence des pouvoirs d'action prévus par le traité.

464.- Surtout la Cour de justice est venue préciser les limites de l'utilisation de l'article 308, dans son avis 2/94 du 28 mars 1996¹¹⁷⁹. Saisie de la question de l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, la Cour a dénié à celle-ci une quelconque compétence en matière de droits de l'homme et a refusé de faire jouer l'article 308 à cette fin. La Cour de justice assigne dans cet arrêt une limite claire au jeu de l'article 308, celui-ci ne

¹¹⁷⁶ Cf. Walter GANSHOF VAN DER MEERSCH, L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international, *RCADI*, 1975-V, tome 148, p. 60 : « le principe de l'article 235 proscriit le choix. Il y a là une limite que le Conseil ne saurait franchir ».

¹¹⁷⁷ CJCE, 26 mars 1987, Commission c/ Conseil, aff. 45/86, *Rec.* pp. 1493 et s., pt 13.

¹¹⁷⁸ Voir à cet égard le règlement du Conseil du 8 octobre 2001, relatif au statut de la société européenne, *JOCE* n° L 294 du 10 novembre 2001, pp. 1-21, spéc. pt. 29.

¹¹⁷⁹ CJCE, 28 mars 1996, avis 2/94 sur l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme, *Rec.* pp. I-1759 et s.

pouvant ouvrir la voie à des modifications qui « revêtiraient une envergure constitutionnelle ». En effet, l'usurpation, par le Conseil, du pouvoir de réviser les traités en dehors de la procédure prévue reviendrait à remettre en cause le partage des compétences voulu par les fondateurs, et, *in fine*, le pouvoir de ces derniers.

De plus, si M. Denys Simon, dans son commentaire de cet avis, note qu' « un accord unanime des Etats membres était, en tout état de cause, nécessaire à l'adhésion de la Communauté à la CEDH [...], dans l'hypothèse où la base juridique retenue aurait été l'article 235 CE »¹¹⁸⁰, il nous semble qu'il existe une différence de taille entre les deux procédures. En effet, la mise en œuvre de la procédure de révision permet l'intervention des parlements nationaux *via* les procédures nationales de ratification, tandis que l'article 308 est « une procédure qui, en définitive, finit par concentrer le pouvoir d'extension des compétences communautaires entre les mains de gouvernements, sans aucune possibilité de contrôle par les Parlements nationaux et sans même que, pour le moment, ces derniers puissent être utilement remplacés par le Parlement européen »¹¹⁸¹. Le traité de Lisbonne établissant une constitution pour l'Europe contient des avancées à cet égard, puisque l'article ayant vocation à devenir l'article 352 TFUE lorsque ce traité aura été ratifié soumet l'utilisation de la nouvelle « clause de flexibilité » à l'approbation du Parlement européen, tandis que la Commission est invitée, dans le cadre de la procédure de contrôle du principe de subsidiarité, à attirer l'attention des Parlements nationaux sur l'utilisation de cet article.

465.- Par conséquent, si l'on peut incontestablement souligner la « vocation quasi-constitutionnelle »¹¹⁸² de cet article, eu égard aux effets que celui-ci génère sur la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres, il ne peut être soutenu que cet article donne au Conseil, institution communautaire, une compétence illimitée pour modifier les traités. Le recours à la notion de fonction constituante permet cependant à la fois d'expliquer le rôle intégrateur de cet article et sa nécessaire limitation. D'autres dispositions des traités doivent être interprétées comme les instruments, moins spectaculaires mais néanmoins effectifs, d'une fonction constituante des institutions.

¹¹⁸⁰ Voir Denys SIMON, « L'avis 2/94 du 28 mars 1996 sur l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme », *Europe*, juin 1996, chronique 6, pp. 1-3.

¹¹⁸¹ Antonio TIZZANO, « Quelques observations sur le développement des compétences communautaires », *op. cit.*, p. 93.

¹¹⁸² Catherine FLAESCH-MOUGIN, « Article 235 », in Vlad CONSTANTINESCO, Jean-Paul JACQUE, Robert KOVAR et Denys SIMON (Dir.), *Traité instituant la C.E.E., commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, pp. 1509-1540, spéc. p. 1516.

B. Les actes atypiques, instruments de la fonction constituante des institutions communautaires

466.- Les actes atypiques, nés de la pratique des institutions communautaires, sont légion en droit communautaire. Sous des dénominations variables (résolutions, déclarations, conclusions, communications, livres blancs etc.), ils se distinguent par le fait qu'ils ont vocation à exprimer une intention ou une position de leur auteur et sont plus proches de ce fait d'engagements politiques que de véritables actes normateurs. La qualification de ces actes en tant qu'instruments d'une fonction constituante devra donc intégrer la question de leur valeur juridiquement contraignante, tant cette condition semble être le prérequis à la caractérisation d'une véritable fonction constituante. Dans cette optique, deux sortes d'actes atypiques nous paraissent contribuer à la fonction constituante des institutions communautaires. Il s'agit, d'une part, des actes issus du pouvoir d'auto-organisation interne des institutions, au premier rang desquels le règlement intérieur (1.) et, d'autre part, des actes nés de la collaboration interinstitutionnelle (2.).

1. Les actes issus du pouvoir d'auto-organisation interne des institutions communautaires

467.- Entrent dans cette catégorie les règlements intérieurs des institutions, ainsi que l'ensemble des mesures d'organisation interne prises par les institutions, telles que les circulaires ou les instructions de services. Le statut des fonctionnaires ainsi que les règlements financiers des institutions, qui concernent aussi la « vie interne des institutions » ne seront pas examinés ici car ils donnent lieu à l'adoption de véritables règlements, pris sur le fondement de l'article 249, paragraphe 2 TCE, tandis que la nature juridique des autres mesures d'organisation interne n'est pas clairement établie. Les développements qui suivront se focaliseront surtout sur les règlements intérieurs des institutions¹¹⁸³ et plus

¹¹⁸³ Nous n'envisagerons par la suite que les versions en vigueur des règlements intérieurs des différentes institutions, dont les références de publication sont les suivantes : pour le Parlement européen, 16^{ème} édition du règlement intérieur, publiée au *JOUE* n° L44 du 15 février 2005, pp. 1-140. Pour le Conseil de l'Union européenne, il s'agit d'une décision n° 2006/683 du 15 septembre 2006 portant adoption du règlement intérieur, publiée au *JOUE* n° L285 du 16 octobre 2006, pp. 47-71. Ce règlement a été modifié le 1^{er} janvier 2007 pour tenir compte des adhésions de la Roumanie et de la Bulgarie (Voir la décision du Conseil du 1^{er} janvier 2007 portant modification de son règlement intérieur, *JOUE* n° L1 du 4 janvier 2007, pp. 9-10). Quant à la Commission européenne, son règlement intérieur a été publié au *JOCE* n° L308 du 8 décembre 2000, pp. 26-34, et a dernièrement été modifié par une décision n° 2008/401 du 30 avril 2008 (*JOUE* n° L140 du 30 mai 2008, p. 22) visant à mettre en œuvre la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière environnementale.

particulièrement sur celui du Parlement européen, qui est incontestablement l'institution ayant le plus exploité les possibilités offertes par ce type d'acte.

La Cour tend à adopter une acception large du pouvoir d'auto-organisation interne, permettant aux institutions de développer la charte constitutionnelle de l'ordre juridique communautaire (a.) par l'adoption d'actes ayant une valeur hiérarchique supérieure au droit dérivé (b.). La jurisprudence de la Cour relative à la recevabilité des recours dirigés contre de tels actes aboutit à renforcer encore la fonction constituante dont disposent, par ce biais, les institutions communautaires (c.).

a. La contribution des mesures d'organisation interne au développement de la charte constitutionnelle de l'ordre juridique communautaire

468.- L'objet du règlement intérieur est de préciser les modalités de mise en œuvre des différentes compétences que les traités confèrent aux institutions et en particulier le déroulement de la procédure de prise de décision. Cependant, sur la base de ce pouvoir qui leur a été conféré par les fondateurs¹¹⁸⁴ et que la Cour interprète largement¹¹⁸⁵, les institutions sont allées au-delà de la seule organisation de leur vie interne. Par l'adoption de mesures d'organisation internes, elles ont ainsi cherché à organiser leurs rapports avec les autres institutions, à pallier les carences des autres institutions et des Etats, à mettre en œuvre les dispositions des traités et à orienter leurs révisions. Cette substance constitutionnelle des mesures d'organisation interne, qui a permis aux institutions de développer la charte fondatrice de l'ordre juridique communautaire, est caractéristique d'une fonction constituante.

469.- L'aménagement par le règlement intérieur des relations entre les institutions s'inscrit dans une double logique : il s'agit ici à la fois de concrétiser les dispositions des traités, souvent laconiques sur ce point et d'amener les titulaires du pouvoir de révision à avaliser les équilibres obtenus dans la pratique.

¹¹⁸⁴ Sur la base des articles 199 TCE (pour le Parlement européen), 207 TCE (pour le Conseil), et 218 TCE (pour la Commission).

¹¹⁸⁵ CJCE, 22 septembre 1988, France c/ Parlement, aff. 358/85, *Rec.* p. 4846.

Il faut ici mentionner le Parlement européen, qui a mis au point une stratégie consistant à inscrire dans son règlement intérieur chaque concession obtenue dans la pratique de la part des autres institutions, afin d'en pérenniser les effets. Ont ainsi été intégrées dans le règlement intérieur du Parlement européen des dispositions relatives à l'engagement du Conseil et de la Commission de reconsulter le Parlement européen en cas de modification substantielle de la proposition initiale¹¹⁸⁶, des dispositions concernant l'information des suites réservées à l'avis du Parlement¹¹⁸⁷, ou encore relatives aux questions écrites et orales aux autres institutions¹¹⁸⁸.

Au-delà de la codification de pratiques préexistantes, le Parlement européen a eu recours aux dispositions de son règlement intérieur afin d'influencer l'équilibre institutionnel établi par les traités et de développer toutes les potentialités des compétences qui lui étaient conférées. Ainsi, lorsque la proposition de la Commission est destinée à être approuvée sous réserve de l'adoption d'amendements, le règlement intérieur du Parlement prévoit que le vote de la résolution sera suspendu jusqu'à ce que la Commission fasse connaître son avis sur chaque amendement¹¹⁸⁹. Le but recherché est bien entendu de faire en sorte que les amendements soient repris par la Commission, car dans ce cas le Conseil ne peut s'en détourner qu'en statuant à l'unanimité. Le Parlement européen a donc aménagé sa procédure interne afin de connaître à l'avance l'acceptabilité de ses amendements, le but ultime étant de maximiser ses chances de peser sur le contenu final de l'acte. De même, l'actuel article 39 du règlement intérieur précise les modalités du droit d'initiative indirect conféré au parlement européen par l'article 192 du traité CE. Toujours dans le but d'exploiter au maximum les virtualités des pouvoirs qui lui sont attribués, cet article 39 du règlement intérieur précise que lorsque le Parlement européen invite la Commission à lui soumettre une proposition, sa résolution « indique la base juridique pertinente et est assortie de recommandations détaillées concernant le contenu de la proposition demandée » et « indique les moyens d'assurer une couverture financière suffisante ». Au-delà de la procédure décisionnelle, le règlement intérieur a pu être instrumentalisé par le Parlement afin de renforcer les pouvoirs de nomination dont dispose cette institution, particulièrement à l'égard de la Commission. Ainsi, alors que l'article 158, (devenu 214) paragraphe 2 TCE dispose que « les membres de la Commission ainsi désignés sont soumis, *en tant que collège*, à un vote d'approbation par le

¹¹⁸⁶ Cet engagement figure dorénavant aux articles 49 et 55 du règlement intérieur précité.

¹¹⁸⁷ Cf. article 54 du règlement intérieur du Parlement européen précité.

¹¹⁸⁸ Articles 108 à 111 du règlement intérieur.

¹¹⁸⁹ Cette disposition figure à l'article 54 du règlement intérieur précité.

Parlement européen », l'article 99 du règlement intérieur du Parlement européen indique que les futurs commissaires sont invités à se présenter individuellement devant les commissions parlementaires en fonction de leur domaine d'activité probable.

L'évolution du règlement intérieur du Parlement européen retranscrit donc le déplacement de l'équilibre institutionnel en faveur de cette institution, lié à l'exigence démocratique que cette institution est censée représenter. A côté de l'aménagement des relations avec les autres institutions, qui semble être une particularité du règlement intérieur du Parlement européen¹¹⁹⁰, cet acte a pu constituer un moyen d'orienter les futures révisions des traités.

470.- La seconde fonction du règlement intérieur, en lien avec la caractérisation d'une fonction constituante des institutions, consiste à orienter les révisions futures des traités communautaires. Cette possibilité a de même fait l'objet d'une utilisation intensive par le Parlement européen, qui a inscrit dans son règlement intérieur, bien avant que ces possibilités ne soient sanctionnées par les traités, le droit de pétition des citoyens européens¹¹⁹¹ ou encore la constitution de commissions d'enquête¹¹⁹². Ces techniques bien connues du droit parlementaire ont donc été générées par le Parlement européen lui-même, aiguillant ainsi les titulaires du pouvoir de révision qui les ont formellement inscrites dans les traités à la faveur de l'adoption du traité de Maastricht. L'insertion de nouvelles dispositions dans le règlement intérieur tend donc à administrer, par l'exemple, la preuve de la pertinence des revendications du Parlement européen. Le règlement intérieur des institutions a aussi permis de rendre effectif le droit d'accès aux documents¹¹⁹³ bien avant que celui-ci ne soit consacré par le traité CE, l'insertion de l'actuel article 255 datant du traité d'Amsterdam. Le droit d'accès aux documents des institutions étant relié au principe plus général de transparence,

¹¹⁹⁰ D'ailleurs cette question des relations avec les autres institutions, dont on peut légitimement se demander ce qu'elle a en commun avec la vie *interne* de l'institution, occupe un titre entier du règlement intérieur du Parlement européen (en l'espèce, le titre IV).

¹¹⁹¹ Voir les articles 191 à 193 du règlement intérieur précité.

¹¹⁹² Figurant désormais aux articles 177 à 182 du règlement intérieur précité.

¹¹⁹³ Ainsi, la décision 93/662/CE du Conseil du 6 décembre 1993 portant adoption du règlement intérieur (*JOCE* n° L 304, p. 1) précise, dans son article 22, que « les modalités selon lesquelles le public a accès aux documents du Conseil dont la divulgation n'a pas de conséquences graves ou préjudiciables sont arrêtées par celui-ci ». Conformément à cette disposition, le Conseil a adopté, le 20 décembre 1993, la décision 93/731/CE relative à l'accès du public aux documents du Conseil (*JOCE* n° L 340 du 31 décembre 1993, p. 43). Voir aussi la décision 94/90/CE de la Commission du 8 février 1994 relative à l'accès du public aux documents de la Commission (*JOCE* n° L 46 du 18 février 1994, p. 58). Parallèlement à ces décisions, le principe de l'accès aux documents a fait l'objet d'un code de conduite adopté conjointement par les institutions le 6 décembre 1993 (*JOCE* n° L 340 du 31 décembre 1993, p. 41).

indispensable, selon les termes mêmes de la déclaration de Birmingham¹¹⁹⁴, à la construction d'une « Communauté plus proche des citoyens » et plus généralement à la résorption du déficit démocratique, on mesure l'importance du pouvoir conféré aux institutions par ce biais. Le règlement intérieur apparaît clairement ici comme l'une des sources de la démocratisation de l'Union européenne, elle-même liée au processus de constitutionnalisation en cours.

471.- Le troisième trait marquant du règlement intérieur consiste dans son instrumentalisation aux fins de mise en œuvre des dispositions du traité. La Cour a en effet reconnu aux institutions le pouvoir de mettre en œuvre les dispositions des traités en dehors de toute habilitation de ceux-ci, ce pouvoir se manifestant par l'inscription de dispositions dans le règlement intérieur. Cette situation peut être illustrée par ce qui est couramment nommé la « querelle du siège » du Parlement européen. Face à l'inertie des Etats membres au sujet des lieux de travail du Parlement européen, ayant donné lieu à une situation ubuesque selon laquelle le secrétariat général du Parlement européen est situé à Luxembourg, les sessions plénières se tiennent à Strasbourg et les commissions se réunissent à Bruxelles, les parlementaires ont adopté une série de décisions afin de transférer à Bruxelles une partie du secrétariat général et certaines sessions exceptionnelles. Comme l'a noté M. Jean-Paul Jacqué, « le pouvoir d'auto-organisation apparaît comme un moyen de suppléer à la carence des détenteurs du pouvoir de décision »¹¹⁹⁵ et en l'espèce du pouvoir des Etats de mettre en œuvre les dispositions des traités relatives au siège des institutions. La fonction constituante des institutions est particulièrement visible dans cette faculté, entérinée par la Cour¹¹⁹⁶, de se substituer au pouvoir réservé aux fondateurs.

472.- La fonction constituante des institutions se manifestant par l'adoption de leur règlement intérieur et plus largement de mesures d'organisation internes, n'est pas illimitée. La Cour a en effet clairement affirmé, dans l'arrêt « Les Verts » précité, que les actes adoptés

¹¹⁹⁴ Cette déclaration a été adoptée par le Conseil européen extraordinaire du 16 octobre 1992, *Bull. CE* n° 10/92, spéc. pt. I-8.

¹¹⁹⁵ Jean-Paul JACQUE, « La pratique des institutions communautaires et le développement de la structure institutionnelle communautaire », in Roland BIEBER et Georg RESS (Dir.), *Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts : die Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts im Lichte nachfolgender Praxis der Mitgliedstaaten und der EG-Organen*, Baden-Baden, Nomos, 1987, pp. 377-405, spéc. p. 382.

¹¹⁹⁶ Voir par exemple CJCE, 22 septembre 1988, France c/ Parlement européen, aff. jointes 358/85 et 51/86, *Rec.* p. 4821. Dans cet arrêt, la Cour a reconnu au Parlement européen le pouvoir de régler son organisation interne et d'organiser à Bruxelles des sessions plénières spéciales ou supplémentaires, dès lors que les Etats membres n'ont pas satisfait à leur obligation de fixer de manière définitive le siège de cette institution.

sur ce fondement ne sauraient « empiéter sur les compétences des Etats membres ou des autres institutions ou outrepasser les limites qui sont tracées aux compétences de leur auteur »¹¹⁹⁷. Sur ce fondement, la Cour a annulé la délibération du Parlement européen fixant onze sessions plénières à Strasbourg, en violation de la décision des représentants des gouvernements des Etats membres relative à la fixation des sièges des institutions¹¹⁹⁸. L'obligation de respecter le principe d'attribution des compétences et l'équilibre institutionnel bornent donc l'étendue du pouvoir des institutions, conformément à la caractéristique relevée de la fonction constituante, qui est d'être subordonnée au pouvoir des fondateurs et donc aux traités qu'ils ont mis en place.

A l'intérieur de ces limites cependant, le pouvoir conféré aux institutions par le biais des mesures d'organisation internes est loin d'être négligeable, dans la mesure où les institutions peuvent, par ce biais, adopter des règles matériellement constitutionnelles, touchant à l'aménagement institutionnel ou encore au principe démocratique. Le rang de ces mesures au sein de la hiérarchie des normes communautaires accentue davantage l'importance de la fonction constituante qui s'exprime à travers elles.

b. La valeur hiérarchique des mesures d'organisation interne, supérieure au droit dérivé

473.- Il n'est en effet pas anodin de constater que les actes adoptés par les institutions sur le fondement de leur pouvoir d'auto-organisation interne tiennent une place particulière au sein de l'ordre juridique communautaire. L'examen de la jurisprudence de la Cour à leur égard révèle en effet qu'ils font partie du bloc de légalité auquel peuvent être confrontés les actes de droit dérivé.

Plus précisément, ces actes ne déployant pas d'effets juridiques en dehors de la sphère interne de l'institution considérée, ceux-ci n'engagent que leur auteur. En vertu de l'adage *patere legem quam ipse fecisti*, la Cour n'hésite pas à censurer des actes de droit dérivé pris par les institutions pour violation des formes substantielles découlant de la méconnaissance de leur règlement intérieur. Ainsi, dans un arrêt Royaume-Uni contre Conseil du 23 février

¹¹⁹⁷ CJCE, 23 avril 1986, « Les Verts » c/ Parlement européen, aff. précitée, spéc. pt. 25. Voir dans le même sens CJCE, 10 février 1983, Luxembourg c/ Parlement européen, aff. 230/81, *Rec.* p. 255, spéc. pt. 38 ; CJCE, 28 novembre 1991, Luxembourg c/ Parlement européen, aff. jointes C-213/88 et C-39/89, *Rec.* p. I-5643, spéc. pt. 29.

¹¹⁹⁸ CJCE, 1^{er} octobre 1997, France c/ Parlement européen, aff. C-345/95, *Rec.* p. I-5215.

1988¹¹⁹⁹, la Cour a annulé pour violation des formes substantielles - semble-t-il¹²⁰⁰ - une directive du Conseil adoptée en méconnaissance des dispositions de son règlement intérieur relatives à la procédure écrite. De même a-t-elle annulé une décision de la Commission prise en contradiction avec la procédure d'authentification des actes découlant de l'article 12 de son règlement intérieur, procédure qualifiée de formalité substantielle au sens de l'article 230 TCE¹²⁰¹.

474.- Il convient toutefois de noter que la méconnaissance, par une institution, d'une mesure d'organisation interne n'est pas susceptible d'être soulevée par tous les requérants. Ainsi, dans l'arrêt Nakajima, la Cour a refusé de prendre en compte le moyen des requérants fondé sur la violation des dispositions d'un règlement intérieur, au motif que celles-ci n'étaient pas « pas destinées à assurer la protection des particuliers »¹²⁰². Explicitant la portée de cet arrêt, le Tribunal a jugé, dans un arrêt du 27 février 1992, qu'il convenait de « faire le départ, parmi les dispositions du règlement intérieur d'une institution, entre celles dont la violation ne peut être invoquée par les personnes physiques et morales, parce qu'elles ne concernent que les modalités de fonctionnement interne de l'institution qui ne sont pas susceptibles d'affecter leur situation juridique, et celles dont la violation peut, au contraire, être invoquée, dès lors [qu'elles] sont créatrices de droits et facteur de sécurité juridique pour ces personnes »¹²⁰³. L'invocabilité des dispositions du règlement intérieur des institutions est donc lacunaire¹²⁰⁴, les personnes physiques et morales ne pouvant invoquer que les règles destinées à assurer leur protection, telles que celles relatives à l'accès du public aux documents¹²⁰⁵.

¹¹⁹⁹ CJCE, 23 février 1988, Royaume-Uni c/ Conseil, aff. 68/86, *Rec.* p. 892.

¹²⁰⁰ Une confusion subsiste cependant quand au moyen d'annulation. En effet, la Cour affirme clairement, au point 49, que le non-respect du règlement intérieur « doit être considéré comme une violation des formes substantielles ». Cependant, juste avant, elle avait jugé que « le Conseil est tenu de respecter la règle de procédure qu'il a lui-même fixée à l'article 6, paragraphe 1 du règlement intérieur. Il ne saurait s'en écarter [...] sans modifier formellement ce règlement, qui est un acte arrêté sur la base de l'article 5 du traité instituant un Conseil unique et une Commission unique » (pt. 48), ce qui peut faire penser à la violation du traité ou de toute règle de droit relative à son application au sens de l'article 230 CE.

¹²⁰¹ TPICE, 29 juin 1995, Solvay SA, aff. T-31-91, *Rec.* p. II-1823.

¹²⁰² CJCE, 7 mai 1991, Nakajima All Precision, aff. C-69/89, *Rec.* p. I-2169, spéc.

¹²⁰³ TPICE, 27 février 1992, BASF AG, aff. jointes T-79, 84 à 86, 89, 91, 92, 94, 96, 102 et 104/89, *Rec.* p. II-318.

¹²⁰⁴ Sur ce point voir notamment Dominique RITLENG, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes*, Thèse, Strasbourg III, 1998, 725 pages, spéc. p. 141. Plus généralement, sur la question de la limitation de la recevabilité des moyens de violation des dispositions d'un règlement intérieur, voir, *ibid.*, pp. 311 et s.

¹²⁰⁵ TPICE, 5 mars 1997, WWF UK, aff. T-105, *Rec.* p. II-315, comm. D. RITLENG, *Europe*, mai 1997, n° 147.

En dépit de cette limite, les mesures d'organisation interne, par leur substance et leur insertion dans le bloc de légalité communautaire à un niveau supérieur au droit dérivé, ont permis aux institutions de disposer d'une fonction constituante. Celle-ci est encore accentuée par les règles relatives à la recevabilité des recours dirigée contre de telles mesures.

c. La recevabilité des recours dirigés contre les mesures d'organisation interne et l'accentuation de la fonction constituante des institutions

475.- Les traités originaires ne précisent pas la nature juridique des règlements intérieurs ni, plus largement celle des mesures d'organisation interne. Seul l'article 16 du traité CECA, à la suite d'une modification introduite par le traité de Maastricht, mentionne l'adoption par la Commission de son règlement intérieur et de « mesures d'ordre intérieur propres à assurer le fonctionnement de ses service ». La Cour de justice a dû pallier ce silence initial et dessiner les contours d'un statut contentieux des mesures d'organisation interne. La jurisprudence relative à ces mesures témoigne du souci de favoriser la fonction constituante des institutions, nécessaire au dynamisme par lequel le droit communautaire secrète sa substance constitutionnelle.

476.- Dans la mesure où les mesures d'ordre intérieur ne sont pas destinées à produire d'effets juridiques en dehors de la sphère interne de l'institution concernée, la Cour de justice juge traditionnellement irrecevable le recours en annulation dirigé contre de tels actes¹²⁰⁶. Bien entendu, la Cour n'est pas liée par la dénomination de « mesure d'ordre interne » et vérifiera que de tels actes ne font pas grief, auquel cas le recours en annulation serait recevable. L'appréciation du caractère normatif¹²⁰⁷ ou non de la mesure d'ordre intérieur se fait en fonction de l'objet, du contenu de l'acte et de l'intention de son auteur, mais elle n'est pas aisée, ainsi qu'en témoignent les solutions divergentes adoptées par la Cour et par l'avocat général La Pergola dans une affaire Espagne contre Commission jugée le 6 avril 2000¹²⁰⁸. Selon l'avocat général la Commission a cherché, par l'adoption des

¹²⁰⁶ Cf. CJCE, 12 février 1960, Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr, aff. jointes 16 à 18/59, *Rec.* p. 47, spéc. p. 64 : « la décision [...] n'édicte aucune règle comportant un effet juridique quelconque, ni au point de vue normatif, ni au point de vue individuel ; qu'il s'agit d'une simple mesure d'ordre intérieur ».

¹²⁰⁷ Sur la normativité des actes atypiques, voir Fabrice PICOD, « La normativité du droit communautaire », *CCC*, n° 21/2006, pp. 94-99.

¹²⁰⁸ CJCE, 6 avril 2000, Espagne c/ Commission, aff. C-443/97, *Rec.* p. I-2415, conclusions La Pergola présentées le 28 octobre 1999, *Rec.* p. I-2415. Sur cet arrêt, voir le commentaire de Frédérique BERROD, *in Europe*, juin 2000, n° 166, p. 11.

« orientations internes » litigieuses, à combler une lacune normative du règlement qu'elle se proposait d'interpréter. Par conséquent, alors même que l'acte attaqué n'imposerait pas de nouvelles obligations aux Etats membres, ses dispositions « étendent le champ d'application [du règlement] et constituent donc un acte destiné à produire des effets juridiques propres, ce qui suffit pour conclure qu'elles peuvent faire l'objet d'un recours en annulation »¹²⁰⁹. Admettant la recevabilité du recours, l'avocat général parachevait son raisonnement en annulant l'acte litigieux pour incompétence.

477.- En déclarant le recours irrecevable, la Cour a adopté une conception extensive du pouvoir d'auto-organisation interne des institutions communautaires, alors même qu'était en jeu (sur le fond de la requête), la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres. Le but de cette jurisprudence est bien entendu de permettre aux institutions de développer par ce biais les règles des traités (ou du droit dérivé), ou de combler ses lacunes. La fonction constituante des institutions réside ici, dans cette conjonction de pouvoirs conférés aux institutions par les traités (en l'espèce, le pouvoir d'auto-organisation interne) et d'une interprétation dynamique et extensive de ceux-ci par la Cour.

D'autres actes, issus de même du pouvoir d'organisation interne des institutions constituent les instruments de la fonction constituante conférée aux institutions. Il s'agit des accords interinstitutionnels.

2. Les actes issus de la coopération interinstitutionnelle

478.- A l'origine, la conclusion d'arrangements interinstitutionnels était expressément prévue entre la Commission et le Conseil, à l'article 15 du traité du 8 avril 1965 selon lequel ces deux institutions « organisent d'un commun accord les modalités de leur coopération »¹²¹⁰. Puis la pratique des accords interinstitutionnels s'est développée au-delà de cette disposition, sur la base d'un principe jurisprudentiel de coopération loyale entre les institutions communautaires. La Cour a en effet étendu le champ d'application de l'article 10 TCE, qui fonde l'obligation de coopération loyale des Etats membres, aux relations entre

¹²⁰⁹ Voir la démonstration de l'avocat général La Pergola sur ce point, dans les conclusions précitées, spéc. pts. 21 et s.

¹²¹⁰ Cette disposition a été reprise et figure dans les traités actuels à l'article 218 CE.

les institutions elles-mêmes et a déduit de ce principe une base juridique permettant l'adoption d'accords interinstitutionnels¹²¹¹. La déclaration relative à l'article 10 du traité instituant la Communauté européenne, annexée à l'acte final de la conférence de Nice consacre définitivement cette théorie jurisprudentielle¹²¹². Un autre fondement juridique des accords interinstitutionnels peut être déduit de l'article 7 (ex-article 4) TCE qui confie aux institutions le soin de « réaliser les tâches confiées à la Communauté »¹²¹³. Or, cette mission générale implique que les institutions aient les moyens juridiques nécessaires à sa réalisation ce qui peut passer par l'adoption d'accords interinstitutionnels. La fonction constituante que les institutions détiennent par ce biais découle donc d'une habilitation des fondateurs résultant de la combinaison des articles 7, 10 et 218 TCE.

479.- Sur la base de ce fondement, les actes issus de la coopération institutionnelle ont contribué de façon non négligeable au processus de constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire et à ce titre l'adoption de tels actes peut être analysée comme l'expression d'une fonction constituante des institutions (a.). Combinée à leur substance « constitutionnelle », voire « constituante », la place que leur réserve la Cour au sein de la hiérarchie des normes plaide pour leur insertion dans ce que Jörg Gerkrath nomme le « corpus constitutionnel de l'Union européenne »¹²¹⁴ (b.). La Cour n'en assure pas moins le respect des traités originaires, refusant que par leur fonction constituante les institutions se substituent au pouvoir de révision et par là même portent atteinte à la répartition des compétences voulues par les traités (c.).

a. La substance « constitutionnelle » des accords interinstitutionnels

480.- Ces actes sont nés de la nécessité éprouvée par les institutions de préciser certaines dispositions des traités les concernant afin d'éviter les conflits et d'ajuster leurs

¹²¹¹ CJCE, 27 septembre 1988, Grèce c/ Conseil, aff. 204/86, *Rec.* p. 5323.

¹²¹² Selon ces dispositions, « le devoir de coopération loyale qui résulte de l'article 10 du traité instituant la Communauté européenne et qui régit les relations entre les Etats membres et les institutions communautaires régit également les relations entre les institutions communautaires elles-mêmes. Pour ce qui est des relations entre les institutions, lorsqu'il s'avère nécessaire, dans le cadre de ce devoir de coopération loyale, de faciliter l'application des dispositions du traité instituant la Communauté européenne, le Parlement européen, le Conseil et la Commission peuvent conclure des accords interinstitutionnels ». L'article III-397 du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe contient une règle similaire.

¹²¹³ Pour un commentaire de cet article voir l'article de Roland BIEBER, « The settlement of institutional conflicts on the basis of article 4 of the EEC treaty », *CML Rev.*, 1984, p. 505-523.

¹²¹⁴ Jörg GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, *op. cit.*, pp. 316 s.

compétences respectives. Ils peuvent ainsi modifier de façon sensible des règles des traités relatives à la répartition des compétences entre les institutions.

Ainsi la procédure de concertation prévoyant une intervention accrue du Parlement européen dans l'élaboration de certains actes législatifs a été instituée par une déclaration commune du 4 mars 1975¹²¹⁵ afin de tirer les conséquences, au niveau des compétences normatives du Parlement européen, de l'accroissement de ses pouvoirs budgétaires. La procédure de codécision instituée par le traité de Maastricht, et qui figure désormais à l'article 251 TCE a de même fait l'objet de déclarations communes visant à encadrer sa mise en œuvre par les institutions¹²¹⁶. De la même manière, la matière budgétaire est régie par de nombreux accords interinstitutionnels destinés à prévenir les conflits entre les titulaires de cette compétence, dessinant les contours d'un véritable « code de procédure budgétaire »¹²¹⁷ de l'Union. S'agissant des rapports entre le Parlement européen et la Commission, on peut citer le code de conduite du 9 mars 1995, adopté conjointement par le Parlement européen et la Commission, qui vise à formaliser les engagements pris par ces deux institutions quant à l'ajustement de leurs relations au cours de la procédure « législative ». Ce code de conduite consacre, entre autres, l'engagement de la Commission d'informer le Parlement européen des raisons pour lesquelles elle a décidé de ne pas retenir ses amendements. Au total, les accords interinstitutionnels ont incontestablement été un instrument de l'infléchissement de l'équilibre institutionnel au profit du Parlement européen¹²¹⁸.

Parallèlement à cette influence sur la répartition des pouvoirs entre les institutions, allant dans le sens d'un accroissement des pouvoirs du Parlement européen, les accords interinstitutionnels ont permis aux institutions de fixer des règles de fond témoignant de leur

¹²¹⁵ Déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission du 4 mars 1975, publiée au *JOCE* n° C-89 du 22 avril 1975, p. 1.

¹²¹⁶ Déclaration commune du 25 octobre 1993 sur les modalités pour le déroulement des travaux du Comité de conciliation prévu à l'article 189 B (*JOCE* n° C-329 du 6 décembre 1993, p. 132), modifiée par la déclaration commune du 4 mai 1999 sur les modalités pratiques de la nouvelle procédure de codécision (*JOCE* n° C-148 du 28 mai 1999, p. 1).

¹²¹⁷ Voir à ce titre l'article de Romain GODET, « Le nouveau "code de procédure budgétaire" de l'Union européenne », *RTDE*, 2000, pp. 273-298. Voir aussi l'article de Jean-Pierre CHEVALLIER, « Les accords interinstitutionnels en matière budgétaire : une pièce maîtresse de l'évolution du système financier européen », in François HERVOUËT (Dir.), *Démarche communautaire et construction européenne, vol. 2 : dynamique des méthodes*, Paris, La Documentation française, 2000, pp. 211-223.

¹²¹⁸ Voir Michel WAELBROECK et Denis WAELBROECK, « Les déclarations communes en tant qu'instrument d'accroissement des compétences du Parlement européen », in Jean-Victor LOUIS et Denis WAELBROECK (Dir.), *Le Parlement européen dans l'évolution institutionnelle*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1988, pp. 79-86.

attachement au principe démocratique¹²¹⁹ et au respect des droits fondamentaux¹²²⁰, parfois avant même que ces principes ne soient consacrés par les traités¹²²¹.

L'analyse de la substance de ces accords montre ainsi que leur contenu est matériellement constitutionnel, dans la mesure où ils édictent des règles relatives à l'organisation des institutions et à la répartition des pouvoirs entre elles, ainsi qu'à la garantie des droits fondamentaux, conformément aux dispositions de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

481.- De plus, de nombreux accords interinstitutionnels ont été formellement repris dans les traités originaires à la faveur des révisions des traités constitutifs, étant ainsi à l'origine de ce que certains auteurs ont nommé la « fonction d'anticipation » des accords interinstitutionnels¹²²², caractéristique de la notion de fonction constituante. A titre d'exemple, l'accord interinstitutionnel du 12 avril 1989¹²²³ accordant aux citoyens de l'Union le droit de pétition a précédé la reconnaissance de ce droit par le traité de Maastricht¹²²⁴. De même, dans des domaines chargés de sens pour l'entreprise de constitutionnalisation de l'Union européenne (tels que les droits fondamentaux, la démocratie ou la transparence), les accords interinstitutionnels apparaissent comme de véritables « laboratoires d'essai » des futures réformes. Comme l'ont noté MM. Vanberg et Buchanan, « les acteurs rationnels, conscients de la faillibilité de leurs efforts en terme d'ingénierie constitutionnelle, et sachant qu'ils ne peuvent savoir par avance quelle est la meilleure solution à leurs problèmes constitutionnels [...] peuvent avoir un intérêt à s'assurer la possibilité d'un apprentissage

¹²¹⁹ On peut ainsi citer l'accord interinstitutionnel du 12 avril 1989 sur le droit de pétition, (*JOCE* n° C-120 du 12 avril 1989, p. 90) ; la déclaration commune sur la démocratie, la transparence et la subsidiarité du 25 octobre 1993 (*JOCE* n° C-329 du 6 décembre 1993, p. 132) ; le code de conduite du 6 octobre 1993 concernant l'accès du public aux documents du Conseil et de la Commission (*JOCE* n° L 340 du 31 décembre 1993, p. 41) ainsi que l'accord interinstitutionnel "mieux légiférer" du 16 décembre 2003 (*JOCE* n° C-321 du 31 décembre 2003, p. 1), qui opère la synthèse entre les différents accords interinstitutionnels intervenus en matière de transparence, démocratie et subsidiarité.

¹²²⁰ Voir par exemple la déclaration commune du 5 avril 1977 de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission concernant le respect des droits fondamentaux et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (*JOCE* n° C-103 du 27 avril 1977, p. 1).

¹²²¹ C'est le cas de la déclaration commune précitée du 5 avril 1997, qui proclame l'attachement des institutions aux droits fondamentaux avant même que ceux-ci ne soient consacrés par l'Acte unique européen.

¹²²² Jean-Claude GAUTRON, « Les accords interinstitutionnels dans l'ordre juridique communautaire », in Pierre AVRIL et Michel VERPEAUX (Dir.), *Les règles et principes non écrits du droit public*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2000, pp. 195-208, spéc. p. 203.

¹²²³ *JOCE* n° C-120 du 12 avril 1989, p. 90.

¹²²⁴ Désormais inscrit à l'article 21 (ex-article 8D) du traité CE avec le droit de recours au médiateur, son exercice est réglementé par l'article 194 (ex-article 138D) du traité CE. Il a de plus été consacré à l'article 44 de la Charte des Droits fondamentaux, et figure à l'art II-104 du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe.

constitutionnel, c'est-à-dire la possibilité de corriger et de développer leurs arrangements constitutionnels à la lumière des nouvelles expériences »¹²²⁵.

Cette dynamique s'est précisée depuis l'adoption du traité de Maastricht¹²²⁶, dans le sens d'une reconnaissance de la fonction d'anticipation des accords interinstitutionnels. L'exemple le plus probant à cet égard est celui du principe de subsidiarité. Le traité de Maastricht ayant consacré ce principe¹²²⁷, le Conseil européen d'Edimbourg des 10 et 11 décembre 1992 a invité les trois institutions à rechercher un accord interinstitutionnel permettant son application effective. Celui-ci a été adopté le 25 octobre 1993¹²²⁸. Cependant le processus ne s'est pas arrêté à ce stade, puisque plusieurs dispositions de cet accord interinstitutionnel ont été reprises dans un protocole annexé au traité d'Amsterdam¹²²⁹, leur conférant ainsi la valeur d'une disposition de droit originaire¹²³⁰. L'articulation entre mise en œuvre des traités¹²³¹ et anticipation des futures révisions de ceux-ci, par le biais des accords interinstitutionnels, est l'un des vecteurs du dynamisme communautaire mis en lumière par M. Jean-Paul Jacqué¹²³². Surtout, ce phénomène montre que les institutions, en édictant conjointement des accords interinstitutionnels qui seront formellement repris dans les traités, semblent bénéficier d'une certaine légitimité pour décider indirectement du contenu des normes constitutionnelles dans l'Union européenne.

¹²²⁵ Viktor VANBERG et James BUCHANAN, « Constitutional choice, rational governance and the limits of reason », in K. E. SOLTAN and S. E. ELKIN (Eds), *The constitution of good societies*, Pennsylvania State university press, 1996, pp. 39-56, spec. p. 39 : « rational actors who are aware of the fallibility of their efforts in constitutional construction, who know that they cannot know in advance what the best solution of their constitutional problems are [...] can be expected to have an interest in providing for the possibility of constitutional learning, for the possibility of correcting and developing further their constitutional arrangements in the light of new experience ».

¹²²⁶ Jörg MONAR qualifie le traité de Maastricht de véritable césure dans la manière de concevoir les accords interinstitutionnels. Voir Jörg MONAR, « Interinstitutional agreements : the phenomenon and its new dynamics after Maastricht », *CML Rev.*, 1994, pp. 693-719.

¹²²⁷ Article 3B du traité CE (nouvel article 5 CE).

¹²²⁸ Accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission sur les procédures pour la mise en œuvre du principe de subsidiarité, *JOCE* n° C-329 du 6 décembre 1993, p. 132.

¹²²⁹ Protocole n° 7 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

¹²³⁰ Sur ce phénomène d'« ascension normative », voir l'article de Thierry DEBARD, « Textes interinstitutionnels, constitutionnalisation et révision des traités », in *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit constitutionnel*, actes du colloque du 27 octobre 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 93-110, spéc. pp. 102 et 107.

¹²³¹ Cf. Charles REICH, « La mise en œuvre du traité sur l'Union européenne par les accords interinstitutionnels », *RM CUE*, 1994, pp. 81-85.

¹²³² Jean-Paul JACQUE, « La pratique des institutions communautaires et le développement de la structure institutionnelle communautaire », *op. cit.* Voir aussi, du même auteur, « Cours général de droit communautaire », *RC ADE*, 1990, vol. I-1, spéc. p. 249.

482.- Enfin, les accords interinstitutionnels peuvent aussi dessiner une sorte de statut transitoire, permettant de conférer à un texte de portée incertaine la valeur d'un engagement politique engageant ses signataires, en attendant son intégration dans les sources formelles du droit originaire. Ainsi, la Charte des droits fondamentaux proclamée lors du Conseil européen de Nice en décembre 2000 a été signée par les trois institutions et revêt ainsi la nature d'accord interinstitutionnel. Cette qualification n'est d'ailleurs peut être pas tout à fait étrangère à son entrée récente dans la jurisprudence communautaire¹²³³.

La substance des accords interinstitutionnels, indiscutablement constitutionnelle pour la plupart d'entre eux, a souvent permis d'anticiper ou d'orienter les révisions ultérieures des traités. Si ces caractéristiques sont le signe de la détention par les institutions d'une fonction constituante exercée conjointement, cette constatation est renforcée par la valeur juridique que la Cour reconnaît à ces actes.

b. La valeur hiérarchique des accords interinstitutionnels, supérieure au droit dérivé

483.- En premier lieu, la Cour vérifie, conformément à la célèbre jurisprudence AETR¹²³⁴, si les accords interinstitutionnels qui lui sont soumis ont une force juridique contraignante, cette caractéristique étant révélée par l'utilisation du critère de l'intention des auteurs d'être liés par le texte¹²³⁵. Lorsque les accords interinstitutionnels contiennent de telles dispositions, ils peuvent être élevés au rang d'actes destinés à appliquer le traité et ainsi permettre l'annulation des dispositions dérivées qui leur sont contraires, conformément à ce qui est prévu à l'article 230 TCE. Il est aussi possible d'envisager que la violation d'un accord interinstitutionnel soit constitutive d'un vice de forme, l'acte de droit dérivé étant

¹²³³ Cf. TPICE, 30 janvier 2002, *max.mobil c/ Commission*, aff. T-54/99, *Rec.* p. 313 ; CJCE, 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff. préc. ; CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, *Rec.* p. I-2271 ; CJCE, 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld*, aff. C-303/05, *Rec.* p. I-3633 ; CJCE, 14 février 2008, *Varec SA*, aff. C-450/06, non encore publié au *Recueil* ; CJCE, 11 juillet 2008, *Inga Rinau*, aff. C-195/08, non encore publié au *Recueil* ; CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien*, aff. C-244/06, non encore publié au *Recueil* ; CJCE, 29 janvier 2008, *Productores de Musica de Espana*, aff. C-275/06, non encore publié au *Recueil* ; CJCE, 18 décembre 2007, *Laval*, aff. C-341/05, non encore publié au *Recueil* et CJCE, 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05.

¹²³⁴ CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil (AETR)*, aff. 22/70, *Rec.* p. 263.

¹²³⁵ Jörg MONAR, « Interinstitutional agreements : the phenomenon and its new dynamics after Maastricht », *CML Rev.*, 1994, p. 701, répertorie les critères utilisés par la Cour afin de dégager cette intention de se lier : le contexte historique dans lequel a été conclu l'accord interinstitutionnel, sa forme, son contenu, mais surtout les formules utilisées.

annulé pour avoir méconnu la procédure d'adoption mise en place conjointement par les institutions¹²³⁶.

484.- La Cour a ainsi progressivement admis que le non-respect d'un accord interinstitutionnel pouvait fonder un recours en annulation à l'encontre d'un acte de droit dérivé¹²³⁷, reconnaissant ainsi la valeur supérieure de ces accords. La solution a été expressément consacrée dans un arrêt du 19 mars 1996, *Commission contre Conseil*¹²³⁸. Dans cette affaire, le Conseil et la Commission avaient conclu un arrangement aux termes duquel ce serait la Commission qui, une fois adoptée une position commune, exercerait le droit de vote au sein de la FAO lorsqu'il s'agirait de se prononcer sur une question relevant pour l'essentiel de la compétence exclusive de la Communauté. La Cour ayant relevé qu'il ressortait « des termes de l'arrangement que les deux institutions ont entendu se lier l'une vis-à-vis de l'autre », elle a annulé, pour violation de cet arrangement, la décision par laquelle le Conseil avait décidé d'attribuer aux Etats membres le droit de vote.

485.- L'intégration des accords interinstitutionnels dans le bloc de légalité communautaire¹²³⁹, révélée par la jurisprudence de la Cour, invite à un rapprochement avec la catégorie des lois organiques. De manière similaire, les accords interinstitutionnels constituent ainsi des « prolongements de la constitution »¹²⁴⁰ mais ne sont pas incorporés dans celle-ci. Tout au plus peut-on considérer, qu'ils font partie du « corpus constitutionnel de l'Union européenne », entendu comme « l'ensemble des règles matériellement constitutionnelles appartenant à l'ordre juridique communautaire, que ces règles soient ou non formellement inscrites dans les traités »¹²⁴¹.

¹²³⁶ C'est l'avis de Jean-Paul JACQUÉ, « La pratique des institutions communautaires et le développement de la structure institutionnelle communautaire », *op. cit.*, p. 393.

¹²³⁷ Voir, pour une reconnaissance implicite, CJCE, 19 janvier 1984, *Michel Advernier et autres c/ Commission*, aff 211/80, *Rec.* p. 131. Voir aussi l'arrêt du 12 mai 1998, *Royaume-Uni c/ Commission*, aff. nC-106/96, *Rec.* p. 2729.

¹²³⁸ CJCE, 19 mars 1996, *Commission c/ Conseil*, aff. C-25/94, *Rec.* p. I-1469.

¹²³⁹ Pour une analyse des accords interinstitutionnels en tant que « normes de référence du contrôle de la légalité des actes communautaires », voir Dominique RITLÉNG, *Le contrôle de légalité des actes communautaires par la Cour de Justice et le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes*, thèse précitée, spéc. pp. 151-172.

¹²⁴⁰ Cf. Pierre AVRIL et Jean GICQUEL, *Droit parlementaire*, Paris, Montchrestien, 3^{ème} édition, 2004, p. 222.

¹²⁴¹ Jörg GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, *op. cit.*, p. 316.

Expressions d'une fonction constituante des institutions, la Cour s'est de plus efforcée de les soumettre à un contrôle juridictionnel visant à garantir la subordination de cette fonction constituante au droit originaire.

c. Le contrôle juridictionnel des accords interinstitutionnels, instrument de la subordination de la fonction constituante des institutions au droit originaire

486.- A travers son contrôle juridictionnel, la Cour de justice veille au respect de la charte constitutionnelle de base par les institutions, en refusant que le droit originaire puisse être modifié autrement que par les procédures instituées par les traités.

Tout d'abord, un accord interinstitutionnel, en tant qu'acte des institutions, peut faire l'objet d'un recours en annulation pour non-respect des dispositions de droit originaire, avec les mêmes conditions tenant à son caractère juridiquement contraignant¹²⁴². L'accord interinstitutionnel n'est en effet qu'un « droit de complément incapable par lui-même d'apporter une modification à la Charte constitutionnelle de base »¹²⁴³. Cette exigence est d'ailleurs formalisée par la déclaration relative à l'article 10 du traité instituant la Communauté européenne, annexée au traité de Nice¹²⁴⁴, ainsi qu'à l'article ayant vocation à devenir, selon le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, l'article 295 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

On peut par ailleurs noter qu'un accord interinstitutionnel, comme tout acte adopté par une institution communautaire, pourrait être annulé s'il excédait les compétences des institutions. Il est aussi possible d'imaginer qu'une institution puisse contester un accord interinstitutionnel conclu sans qu'elle ait été associée à son adoption. La déclaration relative à l'article 10 du traité CE précitée dispose en effet : « ces accords [...] ne peuvent être conclus

¹²⁴² CJCE, 30 avril 1996, Pays-Bas c/ Conseil, aff. C-58/94, *Rec.* p. I-2169 : *a contrario*, le code de conduite concernant l'accès du public aux documents du Conseil et de la Commission du 6 décembre 1993 n'étant que « l'expression d'une simple coordination volontaire et n'étant donc pas destiné en lui-même à produire des effets de droit », il ne peut faire l'objet d'un recours en annulation. Le Tribunal a de même admis la recevabilité d'un recours en annulation introduit par des membres du Parlement à l'encontre un accord conclu entre le Parlement et la Commission. Cf. TPICE (ord.), 17 janvier 2002, Stauner, aff. T-236/00, *Rec.* p. II-135.

¹²⁴³ Michel WAELBROECK et Denis WAELBROECK, « Les déclarations communes en tant qu'instrument d'accroissement des compétences du Parlement européen », *op. cit.*, 85.

¹²⁴⁴ Sur cette déclaration, voir l'article d'Anne-Marie TOURNEPICHE, « La clarification du statut juridique des accords interinstitutionnels », *RTDE*, 2002, pp. 209-222.

qu'avec l'accord de ces trois institutions ». Même si cette déclaration est dépourvue de valeur juridique, la Cour pourrait se fonder sur le principe d'équilibre institutionnel pour sanctionner le non-respect de cette exigence.

487.- Enfin, la fonction constituante des institutions qui se manifeste par l'adoption d'accords interinstitutionnels peut être considérée comme finalisée par les traités fondateurs. En effet, conformément aux dispositions combinées des articles 7, 10 et 218 TCE, l'adoption d'accords interinstitutionnels ne peut avoir pour but que d'améliorer les modalités de coopération des institutions, de réaliser les tâches de la Communauté ou, selon la déclaration relative à l'article 10 précitée, de « faciliter l'application des traités ». On pourrait dès lors envisager l'hypothèse d'une annulation pour violation des limites résultant de ces dispositions. Cependant, la formulation large de ces objectifs, associée à l'interprétation extensive que fait la Cour des traités semble limiter l'effectivité de cette finalité assignée aux institutions.

488.- Au final, malgré l'absence (en théorie) d'effet contraignant des accords interinstitutionnels, la Cour a développé son contrôle afin de réduire au minimum la possibilité pour les institutions d'utiliser cette technique pour contrecarrer des dispositions de droit originaire. Le fait que l'adoption de ces actes nécessite l'accord des trois institutions constitue d'ailleurs un rempart contre les tentatives de contournement de la procédure de révision¹²⁴⁵ et plus généralement permet d'assurer que l'idée d'œuvre soit préservée.

Alors que la contribution des actes ci-dessus examinés au développement constitutionnel de l'ordre juridique communautaire ne fait aucun doute, il convient d'examiner si la pratique peut constituer le vecteur d'une fonction constituante des institutions.

¹²⁴⁵ Ainsi, lors des conférences interinstitutionnelles ayant abouti à l'adoption de la déclaration commune du 25 octobre 1993 (précitée), le Parlement européen voulait obtenir l'engagement du Conseil à ne pas adopter un texte préalablement rejeté par le Parlement. Cette requête a été écartée des négociations par le Conseil au motif qu'un tel engagement nécessitait une révision des traités.

II. LES INSTRUMENTS INFORMELS DE LA FONCTION CONSTITUANTE DES INSTITUTIONS COMMUNAUTAIRES

489.- Aborder la pratique des institutions¹²⁴⁶, au-delà des controverses liées à sa valeur juridique, se heurte à plusieurs obstacles.

Il peut tout d'abord paraître malaisé de faire le départ entre la pratique des institutions et celle des Etats membres, notamment lorsqu'il s'agit des institutions intergouvernementales telles que le Conseil des ministres ou le Conseil européen. Ainsi, le compromis de Luxembourg apparaît formellement comme un acte des Etats (encore que cette question fasse l'objet de discussions), mais a incontestablement eu des répercussions sur le fonctionnement du Conseil et pourrait donc à ce titre être étudié comme manifestation de la pratique des institutions. De même, si l'institutionnalisation du Conseil européen trouve son origine dans des comportements des Etats membres, cet organe communautaire a par la suite été intégré au sein du système sinon institutionnel, du moins organique des Communautés et de l'Union, et est lui-même à l'origine de pratiques ayant fortement contribué au développement de l'intégration communautaire. Nous avons cependant pris le parti, justifié par l'origine interétatique de ces deux phénomènes, de les traiter au titre de la pratique des Etats membres.

490.- En second lieu, il peut être parfois difficile de distinguer la pratique, entendue au sens de conduite ou de comportement, des actes auxquels cette pratique a donné lieu ou par lesquels elle a été formalisée. En effet, il convient de noter que les institutions communautaires ont pour habitude de formaliser leurs pratiques dans des actes atypiques, unilatéraux ou conventionnels, tels que ceux que nous avons étudiés ci-dessus (règlements intérieurs, directives internes, accords interinstitutionnels). M. Jean-Paul Jacqué note ainsi, à propos des relations entre le Parlement et la Commission, « la superposition d'engagements consolidés par la pratique et repris dans des documents ultérieurs ou de promesses, mises en œuvre en pratique sur la base d'une lettre de la Commission et acceptée par le Parlement européen »¹²⁴⁷. En effet, la pratique des institutions sert souvent de base à la conclusion d'accords interinstitutionnels, qui seront à leur tour développés par la pratique, ce

¹²⁴⁶ Sur la question de la pratique au sein des organisations internationales, voir la thèse incontournable de Gérard CAHIN, *La coutume internationale et les organisations internationales : l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, thèse, Nancy 2, 1998, Paris, Pedone, 2001, 782 pages.

¹²⁴⁷ Jean-Paul JACQUE, « La pratique des institutions communautaires et le développement de la structure institutionnelle communautaire », *op. cit.*, p. 388.

mouvement trouvant son aboutissement dans la consécration formelle, par le biais de la révision des traités, de la conduite suivie par les institutions. En cela d'ailleurs, la pratique contribue au développement de l'ordre juridique communautaire, d'où sa contribution à la fonction constituante des institutions. Cependant, la question de la valeur juridiquement contraignante de la pratique oblige à la distinguer des actes auxquels elle a pu donner lieu. En effet, lorsque les pratiques ont été formalisées dans un écrit, il semble que le problème se reporte sur la nature juridique de tels actes, problème distinct du problème de la valeur juridique de la pratique en droit communautaire¹²⁴⁸. De ce fait, contrairement à l'assimilation souvent faite entre la pratique et sa formalisation¹²⁴⁹, nous nous limiterons ici à l'examen des pratiques au sens strict.

491.- Ces remarques préliminaires étant faites, il convient dorénavant d'examiner si la pratique des institutions peut être le vecteur de la fonction constituante des institutions. Si les réalisations permises par la pratique sont indéniables et ont incontestablement permis de développer la charte constitutionnelle de base de l'ordre juridique communautaire, notamment par leur effet sur la répartition des compétences entre les institutions (A.), leur valeur juridiquement contraignante reste controversée (B.).

A. L'apport de la pratique au développement de l'ordre juridique communautaire

492.- Comme l'a noté M. Jean-Paul Jacqué, la pratique est un « facteur primordial d'évolution des Communautés [...] parce qu'elle prédétermine l'évolution du droit constitutionnel communautaire écrit »¹²⁵⁰. Sans qu'il soit besoin de multiplier les exemples à l'infini, on peut rappeler le rôle de la pratique dans l'accroissement des compétences du Parlement européen, celui-ci s'étant tout d'abord appuyé sur ses pouvoirs budgétaires pour

¹²⁴⁸ Voir par exemple CJCE, 1^{er} décembre 1983, *Blomefield c/ Commission*, aff. 190/82, *Rec.* p. 3981. Dans cet arrêt, la Cour était confrontée à la nature juridique d'une circulaire contenant une décision arrêtée sur la base du statut des fonctionnaires, ainsi que d'une annexe décrivant la pratique suivie dans l'application de cette décision. Elle a qualifié cette décision de « directive interne [devant] être regardée comme une règle de conduite indicative que l'administration s'impose à elle-même et dont elle ne peut s'écarter sans préciser les raisons qui l'y ont amenée ». Par conséquent, elle a appliqué à cet acte le régime juridique des « directives internes », proche de celui des directives connues en droit administratif français.

¹²⁴⁹ Cf. Jörg GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, précité, pp. 227-251. C'est aussi l'angle d'approche suivi par Jean-Paul JACQUE, « La pratique des institutions communautaires et le développement de la structure institutionnelle communautaire », *op. cit.*,

¹²⁵⁰ *Ibid.*, p. 405.

revendiquer d'être davantage associé à l'élaboration des actes communautaires, notamment lorsque ceux-ci étaient susceptibles d'avoir des incidences sur ses pouvoirs budgétaires. C'est ainsi qu'est née la procédure de concertation, grâce à laquelle le Parlement européen a pu disposer d'une faculté d'amendement qui n'était pas prévue dans les traités initiaux. De plus, alors que les traités originaires ne prévoyaient la consultation de l'Assemblée que dans certains cas seulement, la pratique de sa consultation systématique s'est développée sur la base de l'engagement pris par la Commission de lui communiquer toutes ses propositions, incitant ainsi le Conseil à requérir son avis. Enfin, la pratique a aménagé, bien avant que cela ne soit consacré par les traités originaires, l'association du Parlement européen aux accords commerciaux, pour lesquels le Parlement européen ne disposait d'aucuns pouvoirs. La « procédure Luns-Westerterp »¹²⁵¹ peut ainsi apparaître comme étant l'initiatrice de l'actuel article 300 TCE, adopté à Maastricht, qui rationalise la participation du Parlement européen à la conclusion des accords internationaux conclus par la Communauté.

La matière institutionnelle est donc le terrain d'élection des pratiques en droit communautaire en ce qu'elles permettent de préciser les normes des traités originaires¹²⁵², d'adapter ses dispositions à l'équilibre institutionnel, tributaire du poids politique de chaque institution et donc en perpétuelle évolution, ou encore d'améliorer les procédures mises en place par les traités en expérimentant de nouvelles techniques de collaboration.

493.- Parallèlement au domaine institutionnel, on peut aussi relever une importance considérable de la pratique au niveau de l'application du droit dérivé. Si cette pratique n'est pas substantiellement constitutionnelle, les institutions contribuent par ce biais à dessiner les contours d'un droit administratif européen auquel M. Jürgen Schwarze reconnaît une véritable « fonction d'intégration »¹²⁵³. Nous nous limiterons cependant, dans les développements qui suivent, à la pratique substantiellement « constitutionnelle », plus significative au regard de l'objet de notre étude.

¹²⁵¹ Cette procédure découle de la procédure « Luns » initiée en 1964 par laquelle le président du Conseil, M. Luns, s'était engagé à impliquer davantage le Parlement européen dans la négociation des accords d'association. En 1973, le Conseil a, par une lettre de son président M. Westerterp, décidé d'étendre la procédure Luns aux accords commerciaux.

¹²⁵² Qu'il suffise ici de rappeler que les traités originaires n'avaient pas réglé dans les détails la procédure de consultation de l'Assemblée. C'est donc la pratique qui a dû pourvoir à cette lacune initiale.

¹²⁵³ Cf. Jürgen SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, spéc. vol. 2, pp. 1530-1542.

494.- L'effet de la pratique sur la répartition des compétences entre les institutions et plus généralement sur le développement de l'ordre juridique communautaire confirme la détention, par les institutions, d'une fonction constituante qui a conduit à concrétiser les normes de droit originaire, à combler leurs lacunes et à modifier la substance de leurs prescriptions dans l'attente d'une révision formelle des traités. Il convient dorénavant de vérifier par quelle voie la pratique des institutions peut être le vecteur d'une fonction constituante de celles-ci.

495.- La pratique peut être l'instrument d'une fonction constituante des institutions de deux manières. Tout d'abord, la pratique peut être une source matérielle du droit, ce qui, dans l'ordre juridique communautaire, est indiscutable, tant la pratique des institutions a pesé sur la destinée des règles existantes ou sur l'établissement de nouvelles règles qui seront formellement reprises par le droit originaire. Cette constatation suffit pour considérer que la pratique est le vecteur d'une fonction constituante des institutions communautaires. Cependant, celle-ci serait indubitablement renforcée si la pratique pouvait de surcroît être considérée comme juridiquement contraignante et au-delà comme source formelle du droit communautaire originaire, par le biais par exemple de la contribution à la formation de coutumes constitutionnelles. Cela pose notamment la question de la place de la coutume en droit communautaire.

B. La nature et la valeur juridique de la pratique des institutions en droit communautaire

496.- Si la place de la coutume est bien ancrée en droit international général, l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice la mentionnant parmi les sources du droit international¹²⁵⁴, sa consécration dans l'ordre juridique communautaire soulève d'épineuses interrogations. L'ordre juridique communautaire a en effet progressivement affirmé son autonomie par rapport au droit international, spécifiquement au sujet des règles de révision des traités. Si en droit international général il est admis qu'une règle coutumière

¹²⁵⁴ Selon l'article 38. b du statut de la Cour internationale de justice, la Cour applique « la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, appliquée comme étant le droit ». D'ailleurs la Cour de justice des Communautés européennes a jugé, dans une affaire Racke, que « les règles du droit coutumier international [...] lient les institutions de la Communauté et font partie de l'ordre juridique communautaire », CJCE, 16 juin 1998, Racke, aff. C-162/96, *Rec.* p. I-3665, spéc. pt. 46.

puisse modifier la charte constitutive d'une organisation internationale¹²⁵⁵, il n'en va pas de même en droit communautaire, la Cour de justice ayant à plusieurs reprises affirmé l'exclusivité des procédures de révision prévues par les traités¹²⁵⁶.

497.- Plusieurs auteurs défendent néanmoins la place de la coutume comme source du droit communautaire. Ainsi, M. Jean-Paul Jacqué considère que les pratiques institutionnelles peuvent donner naissance à une véritable coutume qui résulte de la conjonction de la pratique elle-même, élément matériel fondant la coutume, et de l'élément subjectif psychologique caractérisé ici par de « multiples instruments non dotés de force juridique en eux-mêmes, mais qui attestent de l'existence de la pratique et de sa reconnaissance politique »¹²⁵⁷. Selon cette conception, ce que nous avons nommé « actes atypiques » ne seraient que les révélateurs de l'*opinio juris sive necessitatis*, c'est-à-dire de la conscience de se trouver face à une obligation juridique, simples relais trouvant leur aboutissement dans la concrétisation de véritables règles coutumières¹²⁵⁸. D'autres auteurs, sans passer par le *medium* des actes atypiques, acceptent l'idée d'une coutume communautaire dès lors que ses éléments constitutifs sont réunis¹²⁵⁹.

La plupart des auteurs favorables à la place de la coutume en droit communautaire s'accorde toutefois pour refuser à celle-ci la possibilité d'aller à l'encontre des traités originaires. Ainsi, selon M. Jacqué, « dans un système où le contrôle juridictionnel est omniprésent, la position de la Cour à l'encontre de la coutume *contra legem*, fondée sans doute sur la volonté de préserver les acquis de l'intégration à l'égard de toute dérive interétatique, conformément d'ailleurs à la mission que lui confie le traité, rend impossible la

¹²⁵⁵ Voir par exemple CIJ, avis consultatif du 21 juin 1971, Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, *Rec. CIJ* 1971, p. 16. Dans cet avis la CIJ fait référence à la « pratique » pour en déduire, contrairement à la lettre de la Charte des Nations Unies, que l'abstention d'un membre permanent au Conseil de Sécurité ne fait pas obstacle à la prise de décision.

¹²⁵⁶ Cf. CJCE, 8 avril 1976, Defrenne c/Sabena, aff. n° 43/75, *Rec.* p. 455. Voir aussi CJCE, 18 février 1986, Bulk Oil, aff. n° 174/84, *Rec.* p. 559, et CJCE, 3 février 1976, Manghera, aff. 59/75, *Rec.* p. 91.

¹²⁵⁷ Jean-Paul JACQUE, « La pratique des institutions communautaires et le développement de la structure institutionnelle communautaire », *op. cit.*, p. 404.

¹²⁵⁸ Nous avons cependant montré que ces actes se voyaient tout de même reconnaître une certaine valeur juridique par la Cour. Dès lors, il nous semble que la question de la nature et de la valeur juridiques de la pratique est reportée au niveau de ces actes.

¹²⁵⁹ Cf. Pierre PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, réimpression de l'ouvrage publié aux Presses universitaires de Liège en 1975, Bruxelles, Bruylant, 2006, 316 pages, spéc. p. 174. Voir aussi Josse MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, spéc. p. 7 s.

consécration d'une coutume *contra legem* »¹²⁶⁰. De même Gérard Cahin a-t-il montré que le refus de la Cour de justice d'accueillir la coutume contraire au traité se justifiait par les « conséquences d'un système juridique dont les caractéristiques spécifiques confinent les règles coutumières à l'espace interstitiel des zones grises du droit écrit »¹²⁶¹.

Si la Cour n'a jamais expressément consacré l'existence de coutumes communautaires¹²⁶², la doctrine a pu voir dans certains arrêts le signe que la Cour de justice n'était pas opposée à sa consécration. Ainsi, dans l'arrêt relatif au siège du Parlement européen, la Cour a affirmé que « cette pratique avait été décidée par le Parlement de sa propre initiative, et qu'elle n'avait été approuvée ni expressément ni implicitement par les Etats membres [...] c'est donc à tort que le gouvernement luxembourgeois fait valoir qu'une coutume aurait été créée en sa faveur par cette pratique »¹²⁶³. Ainsi, le juge communautaire aurait dans cet arrêt disqualifié la notion de coutume, non parce que celle-ci n'a pas cours dans l'ordre juridique communautaire, mais parce qu'en l'espèce, la pratique avait été contestée et ne pouvait donc prétendre remplir la condition relative à l'*opinio juris*.

498.- Nous ne partageons pas cette analyse. En effet, il convient tout d'abord de replacer l'interrogation relative à la place de la coutume en droit communautaire dans le cadre plus général de l'admission de la coutume dans les systèmes juridiques à constitution rigide. Dans ces systèmes, marqués par l'impossibilité de modifier la constitution autrement que par le biais de la procédure de révision, la coutume constitutionnelle, qu'elle soit au demeurant *contra* ou *praeter legem*¹²⁶⁴, ne peut logiquement se concevoir¹²⁶⁵. Si, dans les

¹²⁶⁰ Jean-Paul JACQUE, « La pratique des institutions communautaires et le développement de la structure institutionnelle communautaire », *op. cit.*, p. 402. Voir aussi en ce sens les conclusions de l'avocat général M. Poiares Maduro présentées le 27 septembre 2007 dans une affaire C-133/06, Parlement c/ Conseil, non encore publiées au *Recueil*, dans lesquelles M. Maduro admet l'existence de coutumes *praeter legem*, tout en rejetant la possibilité d'une coutume *contra legem* (pts. 27 et s.).

¹²⁶¹ Gérard CAHIN, *La coutume internationale et les organisations internationales*, *op. cit.*, p. 680. En effet, selon cet auteur, « la densité du droit écrit de l'organisation, plus ou moins rigoureusement hiérarchisé, et le statut de l'organe judiciaire dans l'architecture institutionnelle, se conjuguent, avec une intensité variable, pour comprimer la place de la coutume dans le système normatif de l'organisation » (*ibid.*, p. 693).

¹²⁶² Voir pour exemple CJCE, 6 mai 2008, Parlement c/ Conseil, aff. C-133/06, non encore publié au *Recueil*, *Europe*, 2008, comm. 228, obs. Fabienne KAUFF-GAZIN. Dans cet arrêt, la Cour ne se prononce pas sur l'existence, pourtant invoquée par le Conseil, d'une coutume relative à l'admission des bases juridiques dérivées en droit communautaire, mais juge fermement que « même à la supposer établie, une telle pratique [consistant à établir des bases juridiques dérivées] n'est pas susceptible de déroger à des règles du traité et ne peut, dès lors, créer un précédent liant les institutions » (pt. 60).

¹²⁶³ CJCE, 10 février 1983, Luxembourg c/ Parlement, aff. 230/81, *Rec.* p. 255, spéc. pt. 44.

¹²⁶⁴ En effet, cette distinction mérite d'être relativisée dans la mesure où, même *praeter legem*, c'est-à-dire intervenant dans les silences de la constitution, la coutume semble remettre en cause la compétence exclusive du pouvoir constituant pour déterminer le contenu des normes ayant valeur constitutionnelle. Sur la relativisation

systèmes constitutionnels internes, le rejet de la coutume se justifie par la nécessaire garantie des droits du peuple souverain, cette solution peut être transposée à l'ordre juridique communautaire, issu d'une opération de fondation pouvant être assimilée à l'opération constituante¹²⁶⁶. En effet, de la même manière que, dans les Etats fondés sur une constitution rigide, « le Souverain, par l'opération constituante, manifeste son refus préalable de tout autre mode de constatation du droit »¹²⁶⁷, les Etats fondateurs, en adoptant les traités originaux pourvus d'une procédure générale de révision, ont marqué leur refus de faire de la coutume une source de droit. Nous souscrivons ainsi à l'analyse de Mme Zoller selon laquelle la coutume constitutionnelle ne peut exister « que là où il n'y a pas de séparation entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués »¹²⁶⁸. C'est ainsi que la Cour juge traditionnellement qu'« une simple pratique du Conseil n'est pas susceptible de déroger à des règles du traité. Une telle pratique ne peut pas, par conséquent, créer un précédent liant les institutions de la Communauté »¹²⁶⁹.

499.- Finalement, les pratiques ne peuvent être à la base de coutumes constitutionnelles en droit communautaire. Elles ne sont donc pas source de droit dans l'ordre juridique communautaire, mais ne sont que le « fruit temporaire de circonstances et de compromis politiques perdant de leur substance dès que les rapports de force se modifient »¹²⁷⁰. Simples pratiques politiques dépourvues de valeur juridique, elles peuvent

des typologies traditionnellement proposées en matière de coutumes constitutionnelles, voir Stéphane RIALS, « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle », *RA*, 1979, pp. 265-273, spéc. p. 266.

¹²⁶⁵ A moins de considérer, mais il s'agit selon nous d'une question distincte, que la coutume est au fondement même de la constitution. Pour la défense d'une telle position, voir le texte de René CAPITANT, « La coutume constitutionnelle », *RDP*, 1979, pp. 959-970, spéc. p. 968 : « si l'on prend en considération la véritable notion de constitution, si l'on parle de force et non pas de forme constitutionnelle, si la constitutionnalité d'une règle réside non dans la procédure de sa création, mais dans le degré qu'elle occupe dans la pyramide juridique [...] alors la notion de coutume constitutionnelle cesse d'être contradictoire ; je peux même dire que la coutume est essentiellement constituante et que la constitution, dans ses degrés supérieurs, est nécessairement coutumière ».

¹²⁶⁶ Voir *supra*, première partie, titre 1, chapitre 1.

¹²⁶⁷ Jacques CHEVALLIER, « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDP*, 1970, pp. 1375-1416, spéc. p. 1413.

¹²⁶⁸ Elisabeth ZOLLER, « La question des règles non écrites aux Etats-Unis », in Pierre AVRIL et Michel VERPEAUX (Dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2000, pp. 143-151, spéc. p. 151.

¹²⁶⁹ CJCE, 23 février 1988, Royaume-Uni c/ Conseil, aff. 68/86, *Rec.* p. 855, spéc. pt. 24 (à propos du choix de la base juridique). Voir aussi, pour une question similaire, CJCE, 15 novembre 1994, avis 1/94 relatif à la compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle, *Rec.* p. I-5267, spéc. pt. 52.

¹²⁷⁰ Jean-Paul JACQUE, « La pratique des institutions communautaires et le développement de la structure institutionnelle communautaire », *op. cit.*, p. 377.

être comparées aux *constitutional conventions* bien connues du droit constitutionnel anglais¹²⁷¹.

La référence faite à la pratique dans certains arrêts de la Cour ne semble pas à même de remettre en cause la validité de notre conclusion. D'une part, lorsque le juge communautaire mentionne la pratique des institutions communautaires, il vise en fait l'interprétation que les institutions communautaires donnent du texte appliqué. Il est en effet indéniable que les institutions communautaires, chargées par les traités de mettre en œuvre le droit communautaire, éprouvent la nécessité d'interpréter les règles préalablement à leur application. En revanche, la pratique issue de cette application ne saurait avoir une valeur juridique autonome, tant il est vrai que l'interprétation donnée d'un texte s'incorpore à celui-ci. Les conclusions présentées par l'avocat général Tesauo dans une affaire France contre Commission¹²⁷² illustrent cette réduction de la pratique interprétative à la question de la légalité du texte interprété. Dans cette affaire, la Commission invoquait pour sa défense l'existence d'une pratique interprétative de l'article 228 TCE, pratique elle-même à la base d'une coutume consistant à lui reconnaître un pouvoir autonome de conclusion des accords internationaux dits « administratifs ». Après avoir rapporté l'argument de la défenderesse, l'avocat général se contente d'affirmer qu'« en définitive, il s'agit de déterminer si l'article 228 permet à la Commission de conclure des accords internationaux, quelle que soit leur dénomination »¹²⁷³. La pratique interprétative, bien que mentionnée dans la jurisprudence, n'a donc pas d'autonomie juridique par rapport au texte dont elle procède.

D'autre part, la consécration indirecte¹²⁷⁴ de la pratique par la Cour ne permet pas non plus de lui conférer une valeur juridique autonome dans la mesure où la sanction juridictionnelle, si elle semble donner force de loi à la pratique, transforme immédiatement celle-ci en une norme juridictionnelle. En effet, comme l'a montré M. Jacques Chevallier, « le dilemme de la coutume est celui-ci : il n'y a de coutume que si un usage est obligatoire

¹²⁷¹ La notion britannique de « conventions de la constitution » a été remarquablement systématisée par Pierre AVRIL, *Les conventions de la constitution : normes non écrites du droit politique*, Paris, PUF, 1997, 202 pages. Voir aussi, du même auteur, « Statut des normes constitutionnelles non écrites », in Pierre AVRIL et Michel VERPEAUX (Dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2000, pp. 79-85. Nous souscrivons cependant à l'analyse de Jörg Gerkrath, qui est réservé quant à la possibilité de transposer dans le droit communautaire cette catégorie, forgée dans un système de *common law*. Sur cette question, voir Jörg GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, *op. cit.*, spéc. p. 236.

¹²⁷² Conclusions de l'avocat général M. Tesauo présentées le 16 décembre 1993 dans une affaire C-327/91, France c/Commission, *Rec.* p. I-3641.

¹²⁷³ *Ibid.*, pt. 22.

¹²⁷⁴ Voir par exemple CJCE, 27 septembre 1979, SpA Eridania, aff. 230/78, *Rec.* p. 2749, pts. 24 et 25 (dans cet arrêt, la Cour fait référence à la pratique des institutions pour conforter l'interprétation donnée d'un texte). Voir aussi, pour une prise en compte de la pratique par le biais du principe de la protection légitime, CJCE, 12 novembre 1987, SpA Ferriere San Carlo, aff. 344/85, *Rec.* p. 4447, spéc. pt. 9.

juridiquement ; or ce caractère d'obligation juridique n'est évident que si une juridiction sanctionne la non-observation de l'usage ; mais cette sanction juridique transforme le phénomène coutumier en règle jurisprudentielle »¹²⁷⁵. Par conséquent, « là où existe un juge pour consacrer la coutume, celle-ci disparaît derrière l'interprétation jurisprudentielle »¹²⁷⁶.



500.- Au final, il convient de conclure à l'absence de valeur juridique des pratiques dans l'ordre juridique communautaire. Alors que les traités originaires ne peuvent être modifiés que par la mise en œuvre de la procédure de révision, la seule possibilité pour que la pratique se voie reconnaître une valeur obligatoire serait que les traités la définissent expressément comme source du droit communautaire originaire, ce qui n'est évidemment pas le cas. Cela ne remet pas en cause leur contribution à la caractérisation d'une fonction constituante des institutions, mais oblige à considérer que celle-ci ne se manifeste (dans le cas particulier de la pratique des institutions) qu'à travers le canal des sources matérielles du droit communautaire. Au contraire, la mise en œuvre de l'article 308 et les actes atypiques constituent des vecteurs qualitativement plus importants de la fonction constituante des institutions, dans la mesure où, outre leur qualification de sources matérielles de la charte constitutionnelle de l'ordre juridique communautaire, ils font partie du bloc de « constitutionnalité » qui sert de norme de référence au contrôle des actes de droit dérivé. La même hétérogénéité se retrouve dans la fonction constituante des Etats membres.

SECTION 2 : LA FONCTION CONSTITUANTE DES ETATS MEMBRES

501.- Bien que d'une manière résiduelle, les Etats membres interviennent en tant que tels au sein de l'ordre juridique communautaire, que ce soit par le biais d'accords (prévus ou non par les traités) ou de pratiques. L'analyse de ces actes et pratiques devra être conduite dans le souci d'analyser la nature et les effets juridiques de cette intervention de la

¹²⁷⁵ Jacques CHEVALLIER, « La coutume et le droit constitutionnel français », *op. cit.*, p. 1405.

¹²⁷⁶ *Ibid.*, p. 1406.

collectivité des Etats. Contrairement au droit international, le droit communautaire ne permet pas que les Etats membres puissent modifier les traités en dehors de la procédure de révision prévue, que ce soit par leurs pratiques ou par leurs accords. En revanche, les Etats détenant par ce biais le pouvoir d'infléchir le fonctionnement des Communautés, les actes et pratiques de la collectivité des Etats peuvent être analysés comme la manifestation d'une fonction constituante. Nous distinguerons, comme pour les institutions communautaires, les instruments formels (I.) et informels (II.) de cette fonction constituante des Etats membres.

I. LES INSTRUMENTS FORMELS DE LA FONCTION CONSTITUANTE DES ETATS MEMBRES

502.- Les traités originaires eux-mêmes organisent l'intervention de la collectivité des Etats membres au sein de l'ordre juridique communautaire, par le biais d'accords internationaux de nature variée destinés à faciliter l'application du droit communautaire dans des domaines liés au droit communautaire. Cette technique a aussi été développée en dehors de toute prescription des traités, cet ensemble d'accords formant ce qu'il est convenu d'appeler le « droit complémentaire », par lequel les Etats disposent d'une fonction constituante (A.). Au-delà, d'autres actes émanant de la collectivité des Etats, issus de la pratique, ont eu des répercussions sur le fonctionnement de la Communauté. Contrairement aux accords formant le droit complémentaire, ils ont pu être à l'origine de pratiques régressives par rapport à l'objectif d'intégration, l'exemple le plus probant à cet égard étant le compromis de Luxembourg. Par leur incidence sur le fonctionnement des institutions, ils doivent néanmoins être analysés sous le prisme de la notion de fonction constituante (B.).

A. Le droit complémentaire, vecteur d'une fonction constituante des Etats membres

Le droit complémentaire, par ses effets sur le droit originaire, peut être classé parmi les instruments de la fonction constituante des Etats membres (1.). Les titulaires de cette fonction constituante étant identiques à l'ensemble des fondateurs, il convient cependant de vérifier si cette fonction constituante des Etats est, conformément à la notion dont elle procède, subordonnée au respect des traités originaires (2.).

1. Le droit complémentaire, facteur d'évolution de l'ordre juridique communautaire

503.- Deux catégories d'actes peuvent être distinguées au sein du droit complémentaire. Il s'agit, d'une part, des conventions « paracommunautaires »¹²⁷⁷ conclues entre les Etats membres pour mettre en œuvre les dispositions des traités ou faciliter la réalisation de leurs objectifs (a.) et, d'autre part, des « décisions conclues par les représentants des Etats membres réunis au sein du Conseil » (b.). Bien que leur nature juridique et leur place au sein de l'ordre juridique communautaire soient discutées, ces deux catégories d'actes constituent l'un des instruments de la fonction constituante dévolue aux Etats membres (c.).

a. Les conventions paracommunautaires conclues par les Etats membres

504.- Les traités communautaires prévoient parfois la conclusion entre les Etats membres de conventions internationales, lorsque la réalisation des objectifs des traités rend nécessaire l'adoption de règles juridiques uniformes.

Ainsi l'article 293 (ex-art. 220) TCE enjoint les Etats à coordonner leur action par le biais de conventions internationales dans les domaines suivants : la protection des personnes, l'élimination de la double imposition, la reconnaissance mutuelle des sociétés, ainsi que la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires. Les conventions adoptées sur cette base ont une importance pratique non négligeable puisqu'elles permettent d'instituer des règles communes aux Etats membres dans des domaines où les institutions n'ont pas de compétences expresses pour le faire. Ainsi, sur la base de cette disposition a été adoptée la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale¹²⁷⁸. Indissociable de l'ordre juridique communautaire cette convention concourt à la réalisation de ses objectifs. En effet, afin de renforcer la sécurité juridique des personnes établies dans la Communauté et ainsi d'encourager les échanges économiques, il fallait créer un instrument juridique permettant aux personnes physiques et morales non seulement de faire reconnaître leurs droits en justice, mais encore de faire exécuter sans difficulté les décisions rendues à leur profit dans un Etat membre sur l'ensemble du territoire communautaire. La réussite de cette entreprise a permis

¹²⁷⁷ Selon l'expression utilisée par Jérôme ROUX, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2006, 317 pages, spéc. p. 189.

¹²⁷⁸ Version consolidée au JOCE n° C 27 du 26 janvier 1998, pp. 1-27.

d'inclure la matière de la coopération judiciaire dans les traités originaires, tout d'abord dans le troisième pilier, puis depuis l'adoption du traité d'Amsterdam dans le pilier communautaire. Cette communautarisation s'est traduite par l'adoption, le 22 décembre 2000, d'un règlement du Conseil dit « Bruxelles I »¹²⁷⁹, qui reprend en l'améliorant les dispositions de la convention de Bruxelles, l'objectif étant de parvenir à terme à la suppression de tout *exequatur* en matière civile et commerciale¹²⁸⁰. D'autres conventions ont été prises sur la base de l'article 293¹²⁸¹, ou sur la base de l'article 34, paragraphe 2 UE, qui consacre une possibilité similaire d'intervention des Etats membres dans le troisième pilier¹²⁸².

505.- Sur ce modèle les Etats ont aussi adopté des conventions internationales, non prévues par les traités, afin de faciliter l'application de ceux-ci. Bien que ne relevant pas de l'article 293 TCE, les Etats se sont implicitement référés à l'article 10 (ex-art. 5) TCE pour justifier l'adoption de telles conventions¹²⁸³. Ces conventions sont très importantes en pratique, et ont de la même manière que la convention de Bruxelles initié un mouvement d'extension du champ des compétences communautaires. Ainsi, la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹²⁸⁴, adoptée dans ce cadre, a été reprise sous la forme d'un règlement communautaire « Rome I » adopté le 17 juin 2008 par le Parlement européen et le Conseil¹²⁸⁵.

Ces conventions ont aussi pu jouer un rôle appréciable en permettant aux Etats par ce biais de combler les lacunes des traités. Ainsi, alors que les traités originaires se donnaient pour objectif l'édification d'une union douanière entre les Etats, ce qui implique un minimum

¹²⁷⁹ Règlement n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE* n° L 12 du 16 janvier 2001, pp. 1–23.

¹²⁸⁰ Cet objectif est déjà réalisé pour les créances incontestées depuis l'entrée en vigueur, le 21 octobre 2005, du règlement n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 (*JOCE* n° L 143 du 30 avril 2004, pp. 15–39).

¹²⁸¹ Cf. la convention du 23 juillet 1990 relative à l'élimination des doubles impositions en cas de correction des bénéfices d'entreprises associées (*JOUE* n° L 225 du 20 août 1990, p. 10).

¹²⁸² Pour exemple on peut citer la convention du 26 juillet 1995 portant création d'un office européen de police, dite convention Europol, *JOCE* n° C 316 du 27 novembre 1995, pp. 2-32. Sur la distinction entre les conventions paracomunautaires et les conventions internationales conclues dans le cadre du troisième pilier, voir Jérôme ROUX, *Droit général de l'Union européenne*, op. cit., spéc. pp. 189 et s.

¹²⁸³ Ainsi la convention de Luxembourg du 15 décembre 1975 relative au brevet européen pour le marché commun, dite « convention pour le brevet communautaire » (*JOCE* n° L 17 du 26 janvier 1976, pp. 1-28), modifiée par l'accord de Luxembourg du 15 décembre 1989 (*JOCE* n° L 401 du 30 déc. 1989, p. 1).

¹²⁸⁴ *JOCE* n° L 266 du 9 octobre 1980, pp. 1-19.

¹²⁸⁵ Règlement n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JOCE* L 177 du 4 juillet 2008, pp. 6-16.

de coordination entre les administrations nationales, aucune disposition ne donnait aux institutions communautaires la compétence d'arrêter des règles communes en la matière. Les Etats membres sont donc intervenus et ont adopté le 7 septembre 1967 la convention de Naples pour l'assistance mutuelle entre les administrations douanières respectives. Bien que contestée par certains auteurs comme constituant un cas « d'abus du procédé conventionnel »¹²⁸⁶ entre les Etats membres au détriment de la législation communautaire (qui aurait pu en l'espèce être adoptée sur la base de l'article 308 TCE), cette convention a tout de même permis de remédier à l'insuffisance initiale des traités ainsi que de baliser le terrain pour une intervention ultérieure des institutions communautaires¹²⁸⁷. L'accord de Schengen du 14 juin 1985¹²⁸⁸ ainsi que sa convention d'application adoptée le 19 juin 1990¹²⁸⁹ peuvent aussi être classés dans la catégorie des conventions paracommunautaires, bien qu'ils n'aient été conclues qu'entre un nombre restreint d'Etats. Ces conventions aussi ont été intégrées dans le droit de l'Union par le biais d'un protocole annexé aux traités adopté à Amsterdam.

Dans la mesure où elles préparent l'extension des compétences communautaires en direction de nouveaux domaines et comblent les lacunes des traités¹²⁹⁰ ces conventions, bien qu'appartenant formellement au droit international, sont les instruments d'une fonction constituante conférée aux Etats par les traités originaires.

506.- De plus, bien que formellement rattachées au droit international, ces conventions entretiennent des liens étroits avec l'ordre juridique communautaire. Les institutions communautaires interviennent souvent au stade de la procédure d'adoption (généralement initiative commune du Conseil et de la Commission, négociation et signature au sein du Conseil, dépôt des instruments de ratification auprès du Secrétariat général du

¹²⁸⁶ Cf. Olivier JACOT-GUILLARMOD, *Droit communautaire et droit international public*, Genève, Librairie de l'Université, Georg & Cie SA, 1979, 299 pages, spéc. pp. 20 et s.

¹²⁸⁷ Cette convention a ainsi été remplacée par un règlement du Conseil du 19 mai 1981, relatif à l'assistance mutuelle entre les autorités administratives des Etats membres, fondé sur les articles 43 (devenu 37) et 235 (devenu 308) CE (*JOCE* n° L 144 du 02 juin 1981, pp. 1-5).

¹²⁸⁸ Accord entre les gouvernements des Etats du Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signé à Schengen le 14 juin 1985, *JOCE* n° L 239 du 22 septembre 2000, pp. 13-18.

¹²⁸⁹ Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985, *JOCE* n° L 239 du 22 septembre 2000, pp. 19-62.

¹²⁹⁰ Sur cette fonction spécifique des conventions du droit complémentaire en général, voir W. M. HAUSCHILD, « L'importance des conventions communautaires pour la création du droit communautaire », *RTDE*, 1975, pp. 4-13.

Conseil), ainsi que lors de la mise en œuvre de ces conventions¹²⁹¹. Enfin, de la même manière que les traités communautaires ces conventions sont conclues entre tous les Etats membres et pour une durée illimitée.

Les mêmes caractéristiques s'attachent à la deuxième catégorie d'actes incluse dans le droit complémentaire.

b. Les décisions des représentants des Etats réunis au sein du Conseil

507.- Parallèlement à ces conventions solennelles, d'autres actes sont imputables à la collectivité des Etats membres et plus spécialement aux représentants des Etats membres réunis au sein du Conseil, cette institution communautaire servant ainsi de cadre à une conférence diplomatique. L'appellation de ces actes est très variable : décisions prises du commun accord des représentants des Etats membres, accords des représentants des Etats membres, résolutions et déclarations des représentants des Etats membres¹²⁹². L'originalité de ces actes par rapport aux conventions précédemment étudiées réside dans l'absence de procédure de ratification conditionnant leur entrée en vigueur, la simple signature suffisant à engager l'Etat d'où leur qualification d'accords en forme simplifiée. Cependant, comme les conventions communautaires, ces actes entretiennent des liens juridiques avec l'ordre juridique communautaire, que ce soit au niveau de leur élaboration, de leur entrée en vigueur ou de leur mise en œuvre.

508.- Les traités imposent parfois le recours à ce type d'actes. Ainsi l'article 214 TCE prévoyait la nomination des membres de la Commission « d'un commun accord, par les gouvernements des Etats membres » (depuis le traité de Nice ce rôle est dévolu au Conseil statuant à la majorité qualifiée). On retrouve aussi cette catégorie d'actes à l'article 223 TCE, qui dispose que « les juges et les avocats généraux de la Cour de justice [...] sont nommés

¹²⁹¹ Ainsi la convention du 15 décembre 1975 relative au brevet européen, précitée, donne compétence à la Cour de justice des Communautés européennes pour interpréter ses dispositions. De même le Conseil et la Commission se voient reconnaître de nombreuses compétences dans le cadre de cette Convention (modification du mode de financement de l'Organisation européenne des brevets, convocation par le Conseil d'une conférence de révision).

¹²⁹² Ces deux derniers types d'actes se caractérisant par leur absence de valeur juridiquement contraignante, ils ne seront pas étudiés ici, même si leur importance pratique n'est pas négligeable dans une optique de développement des compétences communautaires. Ainsi la politique communautaire en matière d'environnement a été inaugurée en 1972 par un programme d'action qui a pris la forme d'une déclaration du Conseil et des représentants des gouvernements des Etats membres réunis au sein du Conseil, du 22 novembre 1973 (*JOCE* n° C 112 du 20 décembre 1973, p. 1).

d'un commun accord pour six ans par les gouvernements des Etats membres ». De même l'article 289 TCE prévoit que « le siège des institutions de la Communauté est fixé du commun accord des gouvernements des Etats membres ». Les actes pris sur la base de ces dispositions¹²⁹³ ont donc un objet institutionnel et concourent à la mise en œuvre des règles prévues par les traités. La Cour, dans un arrêt France contre Parlement européen rendu le 1^{er} octobre 1997 a d'ailleurs reconnu l'importance de tels actes en jugeant que par ce biais « les gouvernements des Etats membres sont donc investis de la responsabilité de compléter le système des dispositions institutionnelles établi par les traités afin d'assurer le fonctionnement de la Communauté »¹²⁹⁴.

509.- En dehors des articles précités (qui *requièrent* une décision du commun accord des Etats membres), les traités réservent parfois la *possibilité* aux Etats d'exercer en commun leurs compétences retenues. D'autres actes sont aussi pris spontanément par les représentants des Etats membres afin de faciliter l'application des traités dans des matières qui ne sont que partiellement régies par les traités, comme c'est par exemple le cas en matière d'aide humanitaire¹²⁹⁵. Dans ces matières, la technique des « actes mixtes » est souvent utilisée afin de formaliser l'intervention des deux niveaux, celui de la Communauté et celui des Etats¹²⁹⁶. L'acte prend alors la dénomination de « décision du Conseil et des représentants des gouvernements des Etats membres, réunis au sein du Conseil ». Ces actes ont pu revêtir une importance considérable pour la construction du marché commun, comme en témoignent les décisions des représentants des gouvernements des Etats membres relatives à l'accélération du rythme de réalisation des objets du traité, en date du 12 mai 1960¹²⁹⁷ et du 15 mai 1962¹²⁹⁸, qui ont permis de réaliser l'union douanière. Conformément au rôle d'anticipation caractéristique de la fonction constituante, les autres décisions d'accélération ont été

¹²⁹³ Pour des exemples voir la décision des représentants des gouvernements des Etats membres de l'Union européenne du 1er mai 2004 portant nomination de juges à la Cour de justice (*JOCE* n° L 169 du 01 mai 2004 p. 22), ou encore la décision prise du commun accord des représentants des Etats membres du 13 décembre 2003 relative à la fixation des sièges de certains organismes de l'Union européenne (*JOCE* n° L 029 du 03 février 2004 p. 15).

¹²⁹⁴ CJCE, 1^{er} octobre 1997, France c/ Parlement européen, aff. C-345/95, *Rec.* p. I-5215.

¹²⁹⁵ En matière d'aide humanitaire, des « accords internes » sont parfois pris par les Etats membres suite à l'adoption d'accords externes afin de prévoir les modalités de financement de l'aide. Voir sur cette question l'arrêt de la CJCE en date du 2 mars 1994, Parlement européen c/ Conseil., aff. C-316/91, *Rec.* p. I-625.

¹²⁹⁶ Le rapprochement des politiques économiques, par l'adoption de programmes économiques, est le terrain d'élection de ces actes. Voir par exemple la décision du Conseil et des représentants des gouvernements des Etats membres, réunis au sein du Conseil, du 28 juillet 1982, arrêtant le cinquième programme de politique économique à moyen terme, *JOCE* n° L 236 du 11 août 1982, pp. 10-12.

¹²⁹⁷ *JOCE* n° 58 du 12 septembre 1960, pp. 1217-1220

¹²⁹⁸ *JOCE* du 28 mai 1962, p. 1284.

adoptées, pour la troisième, sous la forme d'une décision du Conseil en date du 21 juillet 1966¹²⁹⁹ prise sur le fondement de l'article 235 (devenu 308) TCE et, pour la quatrième, d'une directive du Conseil du 31 mai 1967¹³⁰⁰. Bien que les actes adoptés d'un commun accord par les Etats membres et, plus généralement, l'ensemble du droit complémentaire se soient progressivement effacé au profit du droit dérivé, cette technique est encore utilisée à l'heure actuelle. Ainsi, des décisions des représentants des Etats membres ont aussi été prises afin de solutionner les problèmes juridiques liés à l'expiration du traité CECA¹³⁰¹. De même, le financement de la Convention sur l'avenir de l'Union a été réglementé par voie de décisions des représentants des Etats membres¹³⁰².

510.- Que ce soit par leur apport à la mise en œuvre des traités ou par leur contribution à la réalisation des objectifs communautaires, et dans la mesure où ils favorisent une intervention ultérieure du Conseil (l'action commune ayant été concluante), ces accords interétatiques participent, de même que les conventions solennelles précitées, à la caractérisation d'une fonction constituante des Etats. Cette fonction constituante est renforcée par la place accordée à ces actes au sein de l'ordre juridique communautaire.

c. La place du droit complémentaire au sein de l'ordre juridique communautaire

511.- Bien que leur nature juridique de source du droit communautaire fasse l'objet de discussions¹³⁰³, les actes formant le droit complémentaire sont intégrés dans l'acquis communautaire dont le respect s'impose aux Etats adhérents¹³⁰⁴.

¹²⁹⁹ JOCE du 21 septembre 1966, p. 2971.

¹³⁰⁰ JOCE du 7 juin 1967, p. 2158.

¹³⁰¹ Voir par exemple la décision du 19 juillet 2002 au JOCE n° L 194 du 23 juillet 2002, p. 35.

¹³⁰² Cf. décision des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, du 20 décembre 2002, instituant un Fonds destiné au financement de la Convention sur l'avenir de l'Union européenne et fixant les règles financières relatives à sa gestion (JOCE n° L 349 du 24 décembre 2002, pp. 34-35).

¹³⁰³ Pour une discussion sur la qualification de ces actes en tant que sources du droit communautaire, voir Dominique RITLENG, *Le contrôle de légalité des actes communautaires par la Cour de Justice et le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes*, Thèse, Strasbourg III, 1998, pp. 157-158. Voir aussi A. HUET, « Article 220 », in Vlad CONSTANTINESCO, Jean-Paul JACQUE, Robert KOVAR et Denys SIMON (Dir.), *Traité instituant la C.E.E., commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, pp. 1379-1380.

¹³⁰⁴ L'article 3.2 de l'acte relatif aux conditions d'adhésion et aux adaptations des traités (JOCE n° L 73 du 27 mars 1972, pp. 14-159) comprend l'engagement des nouveaux Etats membres à adhérer aux conventions communautaires, tandis que les décisions des représentants des Etats membres font partie intégrante de l'acquis communautaire.

De plus, la Cour assure le respect de tels actes, contribuant ainsi à l'effectivité de la fonction constituante dont ils sont les vecteurs. Ainsi, le juge communautaire accepte de connaître de recours en annulation dirigés contre des actes communautaires adoptés en violation des dispositions de conventions communautaires¹³⁰⁵, ou de décisions des représentants des Etats membres réunis au sein du Conseil¹³⁰⁶. Plus encore, dans l'arrêt du 1^{er} octobre 1997¹³⁰⁷ opposant la France et le Parlement européen à propos des lieux de travail de cette institution, la Cour a annulé une délibération du Parlement européen prise en contrariété avec la décision des représentants des gouvernements des Etats membres relative à la fixation du sièges des institutions, reconnaissant ainsi que ce type d'acte s'imposait aux institutions communautaires.

Par conséquent, bien que la Cour ait jugé, à propos de ces actes, que leur seul « lien avec la Communauté et le fonctionnement de ses institutions ne suffi[sait] pas pour les considérer comme partie intégrante du droit communautaire »¹³⁰⁸, elle semble leur assurer une effectivité minimale en garantissant leur respect par les institutions communautaires. Cette opposabilité du droit complémentaire aux institutions est cependant soumise à la condition que ces actes, expression d'une fonction constituante des Etats membres, soient subordonnés aux dispositions des traités originaires.

2. La subordination du droit complémentaire au droit originaire, conforme aux caractéristiques de la fonction constituante

512.- Bien que ces actes émanent de la collectivité des Etats membres, identique aux fondateurs, la Cour n'accepte pas que ceux-ci puissent par ce biais porter atteinte aux dispositions des traités originaires. En effet, la théorie de l'acte contraire ou du parallélisme des formes¹³⁰⁹ n'a pas cours dans l'ordre juridique communautaire et la Cour, dans l'arrêt Defrenne du 8 avril 1976, a clairement affirmé que « la résolution des Etats membres du 30 décembre 1961 [...] n'a pas pu valablement modifier l'échéance fixée par le traité ; qu'en

¹³⁰⁵ CJCE, 17 juin 1965, Italie c/ Commission, aff. 32/64, *Rec.* p. 474. En l'espèce était contestée la violation, par une décision de la Commission, de l'accord du 2 mars 1960 concernant l'établissement d'une partie du tarif douanier commun, adopté par les Etats membres sur le fondement de l'ancien article 20 CE (abrogé).

¹³⁰⁶ CJCE, 15 juillet 1960, Chambre syndicale de la sidérurgie de l'Est de la France, aff. jointes 24 et 34/58, *Rec.* p. 573.

¹³⁰⁷ CJCE, 1^{er} octobre 1997, France c/ Parlement européen, aff. C-345/95, *Rec.* p. I-5215.

¹³⁰⁸ CJCE, 15 janvier 1986, Hurd, aff. 44/84, *Rec.* p. 47, spéc. pt. 20.

¹³⁰⁹ Cette règle a été codifiée par l'article 39 de la convention de Vienne sur le droit des traités, qui dispose : « un traité peut être amendé par accord exprès entre les parties ».

effet, une modification du traité ne peut résulter – sans préjudice de dispositions spécifiques – que d’une révision opérée en conformité avec l’article 236 »¹³¹⁰.

Deux arguments peuvent être avancés pour justifier l’exclusivité des procédures de révision. D’une part, les procédures de révisions prévues par les traités aménagent une participation des institutions communautaires. Or, l’effet utile de cette participation (qui tend, par un aménagement institutionnel équilibré, à influencer le contenu des révisions, en lien avec l’idée d’œuvre) serait amoindri voire annihilé si les Etats membres pouvaient s’octroyer un pouvoir de révision indépendant par le biais de ces conventions internationales. D’autre part, il ressort des dispositions des traités (et de l’interprétation qu’en a donnée la Cour), que les Communautés et l’Union européennes ont, du fait de la fondation, acquis une existence juridique autonome dont l’existence s’impose désormais aux Etats membres. Dans cette optique, certaines conventions mentionnent expressément l’obligation de respecter le droit communautaire primaire¹³¹¹.

513.- Le problème qui peut se poser toutefois résulte de ce que ces conventions, n’étant pas des actes des institutions au sens de l’article 230 TCE, ne peuvent faire l’objet d’un recours en annulation dès lors qu’elles porteraient atteinte aux dispositions du droit originaire. La Cour a d’ailleurs clairement rappelé que « les actes adoptés par les représentants des Etats membres agissant non pas en qualité de membres du Conseil, mais en qualité de représentants de leur gouvernement, et exerçant ainsi collectivement les compétences des Etats membres ne sont pas soumis au contrôle de légalité »¹³¹². Pour les mêmes raisons, un acte émanant de la collectivité des Etats membres ne peut faire l’objet d’un recours en appréciation de validité, le juge communautaire ayant dit pour droit que « le seul fait que ces conventions présentent des liens avec la Communauté et le fonctionnement de ses institutions ne suffit pas pour les considérer comme partie intégrante du droit communautaire dont l’uniformité d’interprétation [...] relève de la compétence de la Cour »¹³¹³.

¹³¹⁰ CJCE, 8 avril 1976, Defrenne, *op. cit.* Voir aussi CJCE, 3 février 1976, Manghera, *op. cit.*, spéc. pts. 21 et s.

¹³¹¹ Cf. L’accord du 15 décembre 1989 en matière de brevets communautaires (JOCE n° L 401 du 30 décembre 1989, pp. 1-27) déclare « qu’il est essentiel que l’application du présent accord ne puisse pas faire échec aux dispositions du traité instituant la Communauté économique européenne et que la Cour de justice des Communautés européennes doit pouvoir garantir l’uniformité de l’ordre juridique communautaire ».

¹³¹² CJCE, 30 juin 1993, Parlement européen c/ Conseil et Commission, aff. C-181/91 et C-248/91, *Rec.* p. I-3685, spéc. pt. 12.

¹³¹³ CJCE, 15 janvier 1986, Hurd, *op. cit.*

514.- La Cour n'apparaît cependant pas démunie face à de tels actes.

Tout d'abord la Cour va vérifier, conformément à sa célèbre jurisprudence AETR¹³¹⁴, que l'acte litigieux ne dissimule pas en vérité une décision du Conseil prise sous une autre appellation afin d'évincer les prérogatives des autres institutions¹³¹⁵. Les Etats membres ne peuvent donc pas, par le biais de ces actes, empiéter sur le domaine réservé aux actes de droit dérivé et la Cour vérifie qu'ils respectent bien le principe d'équilibre institutionnel¹³¹⁶. En particulier, dès lors qu'il existe un pouvoir normatif des institutions, même si ce pouvoir découle de l'article 308 TCE, les Etats membres ne peuvent agir et la Cour veille à ce qu'ils respectent bien la répartition des compétences établie par les traités. Ainsi, dans un arrêt du 18 février 1970¹³¹⁷, la Cour a refusé de qualifier d'acte imputable à la collectivité des Etats membres une « décision d'accélération du désarmement douanier », au motif que le Conseil (et non les Etats) tirait sa compétence en la matière de l'article 235 (devenu 308) CE.

Ensuite, la juridiction communautaire a développé différentes voies de contrôle afin d'assurer le respect, par ces actes, des dispositions de droit originaire. Tout d'abord, elle semble effectuer le contrôle de la légalité du droit complémentaire par rapport aux traités lors de recours appuyés sur de tels actes. Ainsi, dans l'affaire opposant les Etats au Parlement européen au sujet de la fixation des lieux de travail de ce dernier¹³¹⁸, la Cour a précisé que les Etats membres ne devaient pas, en mettant en œuvre leur compétence relative à la fixation du siège des institutions, porter atteinte au pouvoir d'organisation interne du Parlement. Le respect de la répartition des compétences est donc exigé afin que la décision puisse produire ses effets à l'égard du Parlement. En l'absence de conformité de cet acte au traité originaire, il est probable que la Cour aurait refusé d'assurer son effectivité. Dans ses conclusions sur cette affaire¹³¹⁹, l'avocat général Lenz pousse le raisonnement encore plus loin. Si ces actes ne peuvent faire l'objet d'un recours en annulation, cela ne signifie pas qu'ils puissent échapper à tout contrôle de légalité. Ainsi, la décision ayant été prise par les représentants des

¹³¹⁴ CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil (AETR)*, aff. n° 22/70, *Rec.* p. 263.

¹³¹⁵ Pour ce faire, elle se réfère à la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres dans le domaine ayant été réglementé par l'acte litigieux. Si la compétence de la Communauté n'est pas exclusive, les Etats membres peuvent tout à fait exercer collectivement, au sein ou en dehors du Conseil, leurs compétences. De plus, le fait que la procédure d'adoption de l'acte litigieux (en l'espèce une décision des représentants des Etats membres en matière d'aide humanitaire) ait été calquée sur la procédure d'adoption des actes communautaires ne peut en aucun cas influencer sur la nature juridique de l'acte litigieux (CJCE, 30 juin 1993, *Parlement européen c/ Conseil et Commission*, précité, pts. 16 à 25).

¹³¹⁶ CJCE, 2 mars 1994, *Parlement européen c/ Conseil*, aff. C-316/91, *Rec.* p. I-625, pt. 12.

¹³¹⁷ CJCE, 18 février 1970, *Commission c/ Italie*, aff. 38/69, *Rec.* p. 47 et s.

¹³¹⁸ CJCE, 1^{er} octobre 1997, *France c/ Parlement européen*, aff. C-345/95, *Rec.* p. I-5215.

¹³¹⁹ Conclusions de l'avocat général Lenz présentées le 4 février 1997 dans l'affaire *France c/ Parlement européen*, aff. C-345/95, *Rec.* p. I-5215.

Etats membres sur la base d'un « mandat du pouvoir constituant »¹³²⁰ clairement défini, le respect de ce mandat doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, dans la mesure du possible par le biais d'une interprétation conforme au traité¹³²¹.

Un autre canal permettant d'effectuer indirectement le contrôle de la légalité de tels actes réside dans le recours préjudiciel en interprétation. L'arrêt Defrenne I précité en offre une illustration, puisque la Cour, interprétant l'article 119 (devenu 141) TCE à la demande d'une juridiction interne, a refusé de faire produire des effets à une résolution des Etats membres prise en violation des dispositions relatives à la révision des traités originaires.

On peut ajouter qu'en dernier recours, l'adoption d'une telle décision en violation des dispositions de droit originaire pourrait être sanctionnée par la Cour par le biais du recours en manquement, les Etats ayant dans ce cas collectivement manqué à l'obligation de coopération loyale découlant de l'article 10 du traité TCE¹³²². Un exemple mérite d'être cité à cet égard, concernant la convention de Luxembourg précitée relative au brevet européen. Adoptée le 15 décembre 1975, cette convention contenait au départ un protocole relatif à l'application différée des dispositions sur l'épuisement des droits attachés au brevet communautaire et aux brevets nationaux, dont le principal effet aurait été de cloisonner pendant 5 à 10 ans les marchés nationaux en donnant au titulaire d'un brevet le droit de s'opposer aux importations parallèles par la voie de l'action en contrefaçon. Cette règle étant directement en contradiction avec la jurisprudence de la Cour¹³²³ la Commission, dans un avis du 26 septembre 1975¹³²⁴, menaçait d'engager une procédure en constatation de manquement contre les Etats signataires. Cette perspective semble avoir eu raison des velléités réformatrices des Etats, ceux-ci ayant renoncé, avant la signature de la convention, à l'adoption dudit protocole.

515.- Par conséquent, il importe de souligner le rôle joué par ce type d'actes dans l'édification d'un droit commun aux Etats membres, à un moment où les compétences des

¹³²⁰ Conclusions précitées, point 28.

¹³²¹ L'avocat général justifie ce contrôle juridictionnel en rappelant que la Communauté européenne est une Communauté de droit. Serait contraire à ce principe le fait pour les Etats membres, de nommer un commissaire originaire d'un Etat tiers, ou de fixer un mandat d'une durée inférieure à cinq ans (voir points 25-32).

¹³²² Cf. Olivier JACOT-GUILLARMOD, *Droit communautaire et droit international public*, op. cit., p. 55.

¹³²³ CJCE, 31 octobre 1974, Centrafarm, aff. 15/74, *Rec.* p. 1974, pt. 15 : « l'exercice, par le titulaire d'un brevet, du droit que lui confère la législation d'un Etat membre d'interdire la commercialisation, dans cet Etat, d'un produit protégé par le brevet et mis dans le commerce dans un autre Etat membre par ce titulaire ou avec son consentement, serait incompatible avec les règles du traité CEE relatives à la libre circulation des marchandises à l'intérieur du marché commun ».

¹³²⁴ JOCE n° L 61 du 9 octobre 1975, pp. 26 et s., spéc. pp. 29-30.

institutions communautaires ainsi que le champ d'application du droit communautaire n'étaient pas très développés. Cette situation fut permise et encouragée par la prépondérance accordée aux objectifs des traités, qui doivent être mis en œuvre même en l'absence de pouvoirs prévus à cet effet. Par leur effet sur les traités, qu'ils contribuent à concrétiser, à mettre en œuvre et dont ils comblent les lacunes et orientent les révisions, les actes imputables à la collectivité des Etats participent incontestablement d'un mouvement de développement du droit communautaire entendu au sens large¹³²⁵ et témoignent d'une fonction constituante conférée aux Etats sur la base de dispositions spécifiques des traités, ou, plus généralement, sur la base de l'article 10 TCE.

Cependant, bien que les titulaires de cette fonction constituante soient les Etats eux-mêmes, la Cour s'efforce de leur faire respecter les dispositions des traités originaires. Poussant à son terme la distinction pouvoir fondateur/pouvoirs fondés (d'essence similaire à la distinction pouvoir constituant/pouvoirs constitués), la Cour refuse que les Etats puissent, par le biais du droit complémentaire, porter atteinte à la charte constitutionnelle de base que constitue le traité. Pourtant, la Cour n'a pas toujours adopté une position aussi stricte par rapport aux actes des Etats modifiant les traités. Le compromis de Luxembourg témoigne de ce *self-restraint* de la Cour lorsque sont en cause des intérêts considérés comme primordiaux par les Etats.

B. Le compromis de Luxembourg, vecteur d'une fonction constituante des Etats membres ?

516.- Le 1^{er} juillet 1965, à l'occasion d'un débat relatif au financement de la politique agricole et alors que se profile la perspective de doter la Communauté de ressources propres, la France annonce qu'elle ne siègera plus au Conseil. Au-delà de la divergence sur la question des ressources propres, la généralisation du vote majoritaire au sein du Conseil, prévue pour le 1^{er} janvier 1966, était décriée par la France. Pour sortir de la crise générée par cette « politique de la chaise vide », les six ont adopté, le 29 janvier 1966, un texte à la nature juridique incertaine, couramment appelé « compromis de Luxembourg » (1.). En dépit de son

¹³²⁵ Vlad Constantinesco parle même, lorsqu'il analyse ces actes, d'une « modification du droit communautaire par extension ». Cf. Vlad CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes, Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, thèse, Nancy 2, 1974, Paris, LGDJ, 1974, 492 pages, note 50, p. 378.

absence de valeur juridique, ce texte a eu des répercussions notables sur l'ordre juridique communautaire (2.)

1. Nature et valeur juridique du compromis de Luxembourg

517.- Ce texte, qui s'intitule « conclusions du Conseil extraordinaire des ministres réuni à Luxembourg sur le problème de la majorité qualifiée »¹³²⁶, contient quatre alinéas, qu'il convient de reproduire intégralement :

- « 1. Lorsque, dans le cas de décisions susceptibles d'être prises à la majorité sur proposition de la Commission, des intérêts très importants d'un ou de plusieurs partenaires sont en jeu, les membres du Conseil s'efforceront, dans un délai raisonnable, d'arriver à des solutions qui pourront être adoptées par tous les membres du Conseil dans le respect de leurs intérêts mutuels et de ceux de la Communauté, conformément à l'article 2 du Traité.
2. En ce qui concerne le paragraphe précédent, la délégation française estime que, lorsqu'il s'agit d'intérêts très importants, la discussion devra se poursuivre jusqu'à ce que l'on soit parvenu à un accord unanime.
3. Les six délégations constatent qu'une divergence subsiste sur ce qui devrait être fait au cas où la conciliation n'aboutirait pas complètement.
4. Les six délégations estiment néanmoins que cette divergence n'empêche pas la reprise, selon la procédure normale, des travaux de la Communauté ».

518.- L'auteur du texte est difficilement identifiable. Bien que l'intitulé fasse état de « conclusions du Conseil », ce texte ne semble pas pouvoir lui être attribué, du fait de l'emploi de la formule « les six délégations ». Ce texte est donc à mettre au crédit des représentants des Etats membres, mais sans toutefois pouvoir être classé dans la catégorie des « accords » des représentants des Etats membres, dans la mesure où le texte contient essentiellement un désaccord des Etats sur la question du vote à la majorité¹³²⁷. L'adjonction de quatre dispositions de nature différente complique l'opération de qualification de l'ensemble du texte, tant il est vrai que l'on ne peut déduire la nature juridique d'un texte de l'une seule de ses dispositions¹³²⁸. Il convient donc de distinguer les dispositions du texte en cause.

¹³²⁶ *Bull. CEE* 1966, n° 3, p. 5.

¹³²⁷ Cette qualification entraîne l'exclusion du « compromis de Luxembourg » de l'acquis communautaire, l'article 3, paragraphe 3 de l'acte d'adhésion ne visant que les actes adoptés « d'un commun accord » par les Etats membres.

¹³²⁸ Vlad Constantinesco refuse pour cette raison de faire prévaloir la qualification d'« accord » du seul fait que l'alinéa 1 contient un accord entre les Etats. Cf. Vlad CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, op. cit., note 34, p. 374.

519.- Le premier alinéa semble recéler un accord de nature politique (révélé par l'emploi du terme « s'efforceront ») par lequel les membres du Conseil s'engagent à aboutir à un consensus lorsque l'un des Etats estime que des intérêts vitaux sont en jeu. Le deuxième alinéa contient une déclaration de la délégation française relative aux conséquences à tirer de l'absence de consensus, la France considérant dans ce cas qu'il convient de « poursuivre [la discussion] jusqu'à ce que l'on soit parvenu à un accord unanime ». Le troisième alinéa comporte un « constat de désaccord »¹³²⁹ des six délégations sur « ce qui devrait être fait au cas où la conciliation n'aboutirait pas complètement », l'alinéa quatre énonçant que « cette divergence n'empêche pas la reprise, selon la procédure normale, des travaux de la Communauté ».

520.- Finalement, la qualification juridique correcte semble être celle retenue par M. Vlad Constantinesco, qui analyse l'alinéa 2 comme une réserve de la France portant sur l'article 148 TCEE (devenu 205 TCE), et l'alinéa 3 comme une déclaration de non-acceptation de cette réserve par les autres Etats¹³³⁰. La Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 définit en effet la réserve comme une « déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un Etat quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet Etat » (article 2. 1. d.). Cependant, plusieurs raisons militent pour le refus d'accorder la moindre valeur juridique à une telle réserve. Tout d'abord il ne ressort pas de l'article de la Convention de Vienne précité qu'une réserve puisse être émise pendant l'application du traité. De plus, la possibilité de formuler une réserve n'est reconnue par la Convention de Vienne que si celle-ci n'est « pas incompatible avec le but et l'objet du traité » (article 19.c.). Or il n'est pas sûr que le blocage de la négociation en vue de la recherche de l'unanimité soit compatible avec l'objectif d'intégration qui découle du traité CE, le vote à la majorité qualifiée étant au contraire le garant du dépassement des intérêts purement nationaux. Certes, le second versant de l'idée d'œuvre, identifié comme ayant pour but de maintenir l'existence des Etats, pourrait permettre l'admission d'une telle réserve, mais, en tout état de cause, les conditions posées par les articles 20.2 et 20.3 de la Convention de Vienne, selon lesquelles la réserve doit être

¹³²⁹ Terme couramment utilisé par la doctrine, voir Olivier JACOT-GUILLARMOD, *Droit communautaire et droit international public*, op. cit., p. 38. Voir aussi Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 209.

¹³³⁰ Vlad CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, op. cit., p. 375.

acceptée par toutes les parties au traité et par « l'organe compétent de cette organisation », font évidemment défaut.

Quant à l'alinéa 1, il contient un accord mais celui-ci ne peut de même se voir reconnaître aucune valeur juridique, dans la mesure où ni le Conseil ni la collectivité des Etats membres ne possèdent la compétence pour modifier la procédure de vote en dehors de la procédure de révision prévue par le traité. Etant donné les réserves émises à la transposition de la notion de coutume dans l'ordre juridique communautaire et *a fortiori* à l'acceptation des coutumes *contra legem*, il ne nous semble pas que l'accord formalisé dans l'alinéa 1 puisse être à l'origine d'une règle de droit coutumière. Qui plus est, l'élément psychologique semble faire défaut, les Etats ayant toujours eu conscience qu'il s'agissait d'une pratique contraire au droit. Ainsi, dès 1974, les chefs d'Etat et de gouvernement réunis à Paris les 9 et 10 décembre 1974 soulignaient la nécessité de « renoncer à la *pratique* qui consiste à subordonner au consentement unanime des Etats membres la décision sur toute question »¹³³¹. De même en 1982, le Conseil a refusé de faire droit à l'invocation du compromis de Luxembourg par le Royaume-Uni qui bloquait l'adoption des prix agricoles en espérant obtenir en contrepartie des solutions favorables sur le plan de sa contribution budgétaire à la Communauté. En procédant au vote, le Conseil témoignait du refus de considérer que le compromis de Luxembourg était juridiquement contraignant et, en acceptant ce vote sans s'y opposer, le Royaume-Uni reconnaissait de même cette absence de caractère obligatoire.

521.- Par conséquent, le compromis de Luxembourg « ne constitue pas un fondement juridique pour empêcher le Conseil d'adopter des décisions à la majorité et ne confère pas de droit de veto à chaque membre du Conseil »¹³³². Ce texte ne peut même pas recevoir la qualification de « conventions de la constitution », M. Pierre Avril¹³³³ ayant établi qu'elles ne peuvent être que non écrites, ce qui n'est bien entendu pas le cas du « compromis de Luxembourg », et qu'elles émanent, selon un mécanisme « quasi contractuel », d'un comportement conjoint des différents acteurs institutionnels. En revanche, à l'instar des conventions de la constitution, le compromis de Luxembourg possède une valeur politique

¹³³¹ Bull. CE, n° 12/1974, p. 8 (souligné par nous).

¹³³² Cf. Jerzy KRANZ, « Le vote dans la pratique du Conseil des ministres des Communautés européennes », *RTDE*, 1982, pp. 403-430, p. 410.

¹³³³ Pierre AVRIL, *Les conventions de la constitution*, *op. cit.*, pp. 140-157.

indéniable, qui a profondément modifié le fonctionnement institutionnel au sein de l'ordre juridique communautaire.

2. Les répercussions du compromis de Luxembourg sur l'ordre juridique communautaire

522.- En dépit de l'absence de valeur juridique des dispositions qui composent le texte couramment nommé « compromis de Luxembourg », il convient de noter qu'il a fréquemment été invoqué et mis en œuvre au sein du Conseil (même en l'absence d'intérêts nationaux d'importance vitale), modifiant profondément les dispositions du traité relatives aux modalités de vote et, plus généralement, l'ensemble du système établi par le traité.

523.- L'abandon de la décision majoritaire pour la recherche effrénée de l'unanimité, avec pour corollaire la détention de fait d'un droit de veto a tout d'abord contribué à infléchir l'équilibre institutionnel de la Communauté dans un sens plus intergouvernemental. M. Vlad Constantinesco a bien montré la différence essentielle qui sépare majorité et unanimité dans la perspective de l'intégration européenne¹³³⁴. Si la perspective de la majorité exerce une pression sur les Etats potentiellement minoritaires, les obligeant à négocier et finalement à trouver une base susceptible de recueillir un large consensus, la règle de l'unanimité favorise paradoxalement l'immobilisme, chaque Etat étant conscient du fait que son accord est indispensable à l'adoption d'un texte. De plus, cet abandon du vote majoritaire, bientôt suivi d'une renonciation au vote lui-même, s'est propagé à toutes les instances de niveau inférieur, des réunions d'experts au COREPER. Enfin, dans le système communautaire le recours à l'unanimité modifie indubitablement l'équilibre institutionnel en supprimant la « prime » à la proposition de la Commission, reléguant celle-ci à un simple rang d'« honnête courtier »¹³³⁵.

Conscient de la modification du système même du traité impliqué par ce compromis, le Conseil notait, dans une réponse à une question parlementaire, que « trop souvent nos travaux prennent le caractère de négociations intergouvernementales, ce qui risque de faire

¹³³⁴ Vlad CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, op. cit., pp. 366-373.

¹³³⁵ *Ibid.*, p. 406. De même Georges Vedel, dans son rapport du 25 mars 1972 note que « la dose d'innovation que ses propositions [de la Commission] peuvent et doivent normalement inclure risque d'être sacrifiée à la recherche de solutions propres à recueillir l'unanimité » (Bull. CE 1972, suppl. n° 4).

disparaître la différence essentielle existant entre notre Communauté et les organisations internationales »¹³³⁶. La répercussion de cette pratique sur la nature juridique de la Communauté est soulignée par M. Walter Ganshof van der Meersch, selon qui « la Communauté tend, par ce glissement qui constitue une violation flagrante du traité, à passer d'une organisation supraétatique à une organisation de coopération »¹³³⁷.

524.- Le premier coup d'arrêt à la pratique du vote unanime a pour origine la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement, réunie à Paris les 9 et 10 décembre 1974, qui a décidé de renoncer à cette pratique. Après un retour progressif au vote majoritaire au sein du Conseil, l'Acte unique européen a confirmé la règle de la majorité et consacré son extension à de nouveaux domaines. Le retour à la règle fut entériné dans le règlement intérieur du Conseil, par une modification intervenue le 20 juillet 1987¹³³⁸. Le compromis de Luxembourg n'en a pas moins eu une descendance florissante, dans les révisions ultérieures des traités ou dans des actes de droit dérivé.

525.- A l'origine d'une modification sensible du fonctionnement des Communautés européennes, le mécanisme inhérent au compromis de Luxembourg a en effet trouvé des ramifications dans les traités ou dans des actes ultérieurs, témoignant de la légitimité, pour les Etats titulaires du pouvoir de révision, du maintien de leurs intérêts essentiels.

Le « compromis de Ioannina », qui découle d'une décision du Conseil du 29 mars 1994¹³³⁹ à laquelle est annexée une déclaration des douze Etats membres tente, dans la perspective de l'adhésion de quatre nouveaux Etats membres, d'aménager le calcul de la majorité qualifiée et la définition corrélative du seuil de la minorité de blocage¹³⁴⁰. On peut

¹³³⁶ Question écrite n° 343/69 de M. Burger au Conseil : formation des décisions au sein du Conseil, *JOCE* n° C38 du 1^{er} avril 1970, p. 5.

¹³³⁷ Walter GANSHOF VAN DER MEERSCH, L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international, *RCADI*, *op. cit.*, p. 244.

¹³³⁸ Le nouvel article 5 dispose désormais : « le Conseil procède au vote à l'initiative de son président. Le président est par ailleurs tenu d'ouvrir une procédure de vote à l'initiative d'un membre du Conseil ou de la Commission pour autant que la majorité des membres qui composent le Conseil se prononce en ce sens » (*JOCE* n° L 291 du 15 octobre 1987, p. 27).

¹³³⁹ Décision du Conseil du 29 mars 1994 concernant la prise de décision par le Conseil à la majorité qualifiée (*JOCE* n° C 105 du 13 avril 1994, p. 1), modifiée par la décision du Conseil du 1^{er} janvier 1995 (*JOCE* n° C 1 du 1^{er} janvier 1995, p. 1).

¹³⁴⁰ Alors que, dans la perspective de l'élargissement, la majorité qualifiée est fixée à 62 voix (soit une minorité de blocage de 25 voix), le compromis de Ioannina précise que si la minorité est comprise entre 23 et 25 voix, le Conseil est tenu de rechercher, dans un délai raisonnable, soit une majorité de 65 voix, soit l'accord d'un Etat membre supplémentaire.

voir une filiation entre ce texte et le compromis de Luxembourg dans la tentative de ménager les intérêts des Etats potentiellement mis à mal par le vote majoritaire et de compenser leur perte d'influence dans une Communauté élargie. Négocié en dehors des traités, ce texte n'a pas pu en modifier les dispositions. D'ailleurs le Conseil précise, dans cette décision, que la mise en œuvre du compromis doit se faire « dans un délai raisonnable et sans porter préjudice aux limites obligatoires de temps fixées par les traités et le droit dérivé ». A défaut de solution satisfaisante ayant été trouvée lors de la négociation du traité d'Amsterdam, le compromis de Ioannina a été prorogé jusqu'au traité de Nice, qui en a repris le dispositif dans une « déclaration sur le seuil de la majorité qualifiée et le nombre de voix de la minorité de blocage dans le cadre de l'élargissement » annexée à l'Acte final de la conférence. Le traité de Lisbonne, suivant en cela les traces du défunt traité établissant une constitution pour l'Europe, a maintenu l'esprit du compromis de Ioannina, par un projet de décision, inclus dans la déclaration n° 7 annexée à l'acte final de la conférence et qui sera adoptée par le Conseil le jour de l'entrée en vigueur du traité. Selon cette déclaration, si des membres du Conseil représentant au moins trois quarts de la population, ou au moins trois quarts des Etats constituant une minorité de blocage se déclarent opposés à l'adoption d'un acte à la majorité qualifiée, alors le Conseil tente, dans un délai raisonnable, de parvenir à une solution acceptable pour ces Etats. A partir du 1^{er} avril 2017, le nombre d'Etats permettant de retarder le recours au vote à la majorité qualifiée sera égal au nombre d'Etats représentant 55% de la population, ou représentant 55% du nombre d'Etats constituant une minorité de blocage.

526.- En second lieu, le traité d'Amsterdam et le traité de Nice ont prévu des mécanismes proches du compromis de Luxembourg, dans le cadre notamment de l'ouverture des coopérations renforcées dans le troisième pilier¹³⁴¹. Ces dispositions réservent à tout Etat membre une « faculté d'évocation » pour des « raisons de politiques nationales importantes », sans toutefois conférer à cet Etat un véritable pouvoir de blocage.

527.- Enfin, le traité de Lisbonne a pérennisé le dispositif sous-tendant le compromis de Luxembourg afin d'obtenir l'accord de tous les Etats à une nouvelle extension du champ de la majorité qualifiée. Dans des domaines politiquement sensibles tels que la politique étrangère et de sécurité commune, le passage à la majorité qualifiée a été compensé

¹³⁴¹ Cf. article 40 UE (version résultant du traité de Maastricht), devenu article 40 A TUE lors de l'adoption du traité de Nice.

par la possibilité offerte à tout Etat de demander à ce qu'il ne soit pas procédé au vote, dès lors que sont en jeu des « raisons de politique nationale vitales »¹³⁴². On retrouve des dispositions similaires dans le cadre de la coopération judiciaire en matière pénale¹³⁴³, ou encore en matière sociale¹³⁴⁴. Ces différentes dispositions, si elles ont comme point commun de conférer aux Etats une faculté d'évocation pour des raisons nationales vitales, se distinguent par les suites réservées à cette évocation (en général menée au niveau du Conseil européen). Du blocage pur et simple (en matière sociale), à la seule recherche d'une « solution acceptable » (en matière de politique étrangère et de sécurité commune), ces procédures témoignent du niveau d'intégration atteint dans l'ordre juridique communautaire et du degré supplémentaire que les Etats sont disposés à consentir dans ces différents domaines.

528.- Au final, c'est peut-être grâce à son absence de valeur juridique que ce texte a pu être appliqué pendant aussi longtemps. En effet, comme l'a montré M. Jacqué, il est « difficile de supprimer un droit de veto qui n'a aucune existence juridique »¹³⁴⁵. Surtout, le compromis de Luxembourg doit sa pérennité à une attitude de *self-restraint* de la Cour et de la Commission, qui n'ont pas mis en œuvre les mécanismes juridictionnels qui auraient cependant permis de mettre un terme à cette pratique (on pense notamment au recours en manquement). Face à un conflit opposant directement le respect du droit communautaire originaire, d'une part, et les intérêts supérieurs d'un Etat membre, d'autre part, les institutions garantes de l'intérêt communautaire n'ont pas souhaité judiciariser l'affaire, ce qui aurait pu avoir des conséquences désastreuses sur l'objectif final d'intégration. Comme l'a noté M. Robert Garron à propos de cette autolimitation des institutions garantes de l'intérêt communautaire, « il n'appartient qu'à la prudence des juges communautaires de faire en sorte que leur autorité demeure et que le miracle continue à se produire »¹³⁴⁶.

529.- Par le biais du compromis de Luxembourg, les Etats ont considérablement altéré le fonctionnement du système institutionnel mis en place par les traités originaires. Ce texte n'ayant pas de valeur juridique et étant de plus clairement en contrariété avec les règles

¹³⁴² Voir l'article 31, paragraphe 2 TUE, dans sa rédaction issue du traité de Lisbonne. Le traité établissant une constitution pour l'Europe contenait une disposition similaire, figurant à l'article III-300.

¹³⁴³ Cf. article 82, paragraphe 3 TFUE (comp. article III-271 TECE) et article 83, paragraphe 3 TFUE.

¹³⁴⁴ Cf. article 48, b TFUE (comp. article III-136 TECE).

¹³⁴⁵ Jean-Paul JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 323.

¹³⁴⁶ Robert GARRON, « Réflexions sur la primauté du droit communautaire », op. cit., spéc. note 3, p. 48.

du traité, il est difficile de considérer que, par ce biais, les Etats ont disposé d'une fonction constituante (qui doit, pour être légitime, être subordonnée au droit originaire). Néanmoins, on ne doit pas mésestimer l'importance fondamentale qui découle de la reconnaissance implicite, par l'ensemble des institutions, de la légitimité qui s'attache à la préservation des intérêts supérieurs des Etats. Cette exigence, qui constitue l'un des piliers de l'idée d'œuvre, a été constitutionnalisée sous des formes diverses, témoignant de l'influence exercée par le compromis de Luxembourg, au moins sur les sources matérielles de la constitution communautaire. En cela, il peut être soutenu que le compromis de Luxembourg participe d'une fonction constituante des Etats.

La pratique des Etats a pu elle aussi être considérée comme régressive par rapport à l'objectif d'intégration. Cependant, par ses répercussions sur le fonctionnement de l'ordre juridique communautaire, elle constitue de même le vecteur d'une fonction constituante des Etats membres.

II. LES INSTRUMENTS INFORMELS DE LA FONCTION CONSTITUANTE DES ETATS MEMBRES

530.- Bien qu'il soit relativement malaisé de dissocier la pratique des Etats membres de celle du Conseil et de trouver des exemples de pratique « épurée », n'ayant pas fait l'objet d'accords formalisés dans un écrit (auquel cas la question de la valeur de la pratique doit être ramenée à celle de la valeur juridique du texte en question), les réunions des représentants des Etats membres en marge des institutions communautaires nous paraissent constituer de véritables pratiques des Etats membres. Certaines de ces réunions ayant joué un rôle fondamental au sein de l'ordre juridique communautaire (nous pensons notamment aux réunions des chefs d'Etat et de gouvernement à l'origine du Conseil européen), ces pratiques seront appréhendées sous l'angle d'une fonction constituante des Etats (A.). L'intensité de l'« effet constituant » de ces pratiques étant liée à leur place au sein de l'ordre juridique communautaire, cette question devra faire l'objet d'une analyse approfondie (B.).

A. L'apport de la pratique des Etats membres au développement de l'ordre juridique communautaire

Deux types de pratiques ont permis aux Etats membres de peser sur le développement de l'ordre juridique communautaire et de bénéficier ainsi d'une fonction constituante : il s'agit d'une part, de la pratique des réunions des chefs d'Etat et de gouvernement à l'origine de la création du Conseil européen (1.) et d'autre part, de réunions informelles des différents ministres des Etats membres (2.).

1. La pratique des réunions au sommet et l'institutionnalisation du Conseil européen

531.- L'émergence progressive du Conseil européen au sein de l'ordre juridique communautaire procède d'une pratique développée par les Etats membres en marge des traités, consistant à tenir des conférences au sommet réunissant les chefs d'Etat et de gouvernement. Le premier sommet européen s'est déroulé à Paris, les 10 et 11 février 1961, et les chefs d'Etat et de gouvernement ont décidé d'instituer, sous la présidence du diplomate français Christian Fouchet, une commission intergouvernementale chargée d'avancer des propositions pour la coopération politique européenne. Suite à l'échec du plan Fouchet, les sommets ne reprendront qu'en 1967, leur rythme s'accroissant jusqu'à la conférence de Paris des 9 et 10 décembre 1974 qui, selon l'expression consacrée, « institutionnalise » ces réunions.

Le communiqué final de la conférence de Paris¹³⁴⁷, complété par les conclusions du Conseil européen de Londres de 1977 et la déclaration solennelle sur l'Union européenne signée lors du Conseil européen de Stuttgart le 19 juin 1983 se sont attachés à dessiner les contours du Conseil européen. Ces différents textes ont ainsi instauré un rythme de trois réunions par an, permettant au nouveau Conseil européen d'asseoir son action dans la durée, puis précisé la composition de cette instance¹³⁴⁸ ainsi que ses fonctions. Ainsi, selon les termes de la déclaration solennelle sur l'Union européenne, le Conseil européen est chargé de donner une « impulsion politique générale » à la construction communautaire, de définir les grandes orientations de la construction communautaire et de la coopération politique et de « veiller à la cohérence » de ces deux volets. Lorsqu'il agit dans le champ du droit

¹³⁴⁷ Bull. CE n° 12/1974, pp. 7 et s.

¹³⁴⁸ Le Conseil européen est composé des chefs d'Etat et de gouvernement, assistés des ministres des affaires étrangères, ainsi que du Président de la Commission accompagné d'un membre de la Commission.

communautaire, le Conseil européen peut aussi être amené à régler des questions restées en suspens à des niveaux inférieurs. Ces deux missions (impulsion et arbitrage) ont contribué à faire de cet organe l'instance politique suprême de l'ordre juridique communautaire.

532.- La pratique des réunions au sommet révèle l'exercice, par la collectivité des Etats, d'une véritable fonction constituante, qui se manifeste de deux manières.

Tout d'abord, cette pratique a été reprise par les traités originaires, confirmant que la pratique des Etats peut être une source matérielle de la charte constitutionnelle de base de l'ordre juridique communautaire. Ainsi, l'Acte unique européen a repris le principe d'une réunion des chefs d'Etat et de gouvernement en leur conférant une existence juridique. Son article 2 dispose en effet : « le Conseil européen réunit les chefs d'Etat ou de gouvernement ainsi que le président de la Commission des Communautés européennes lesquels sont assistés respectivement par les ministres des Affaires étrangères et par un membre de la Commission. Il se réunit au moins deux fois par an ». Le traité sur l'Union européenne va plus loin puisqu'il entérine, dans son article 4, les fonctions de ce nouvel organe qui « donne à l'Union les impulsions nécessaires à son développement et en définit les orientations politiques générales »¹³⁴⁹. Le traité de Maastricht confie aussi au Conseil européen, qui n'a pas le statut d'institution au sens des traités, des attributions spécifiques déjà éprouvées par la pratique. Ainsi, le Conseil européen se voit confier un rôle de définition des orientations générales en matière de politique économique¹³⁵⁰ et dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune¹³⁵¹, sanctionnant l'influence antérieurement exercée par le Conseil européen dans ces secteurs. De même, les révisions ultérieures se sont généralement contentées d'entériner les résultats obtenus dans la pratique, que ce soit au sujet de son fonctionnement ou de ses fonctions. Ainsi, l'article 4, paragraphe 3 TUE énonce, conformément à la pratique suivie, que le Conseil européen présente un rapport au Parlement

¹³⁴⁹ Comme l'article 31 de l'Acte unique européen, l'article 4 UE est explicitement soustrait à la compétence de la Cour de justice. C'est donc en toute logique que celle-ci a refusé de connaître du recours visant à annuler, ou à déclarer l'inexistence de la déclaration du Conseil européen du 29 octobre 1993 relative à l'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne signé à Maastricht. CJCE (ord.), 13 janvier 1995, Bonnamy, aff. C-264/94, *Rec.* p. 15.

¹³⁵⁰ Cf. article 99 (ex-art. 103), paragraphe 2, deuxième alinéa CE : « le Conseil européen, sur la base du rapport du Conseil, débat d'une conclusion sur les grandes orientations des politiques économiques des Etats membres et de la Communauté ».

¹³⁵¹ Cf. article 13 (ex-art. J.3) UE : « 1. Le Conseil européen définit les principes et les orientations générales de la politique étrangère et de sécurité commune, y compris pour les questions ayant des implications en matière de défense. 2. Le Conseil européen décide des stratégies communes qui seront mises en œuvre par l'Union dans des domaines où les Etats membres ont des intérêts communs importants ».

européen à la suite de chacune de ses réunions ainsi qu'un rapport écrit annuel. Quant à ses fonctions, le traité de Lisbonne valide la pratique relative à l'intervention du Conseil européen aux différents stades de la procédure de révision des traités. C'est au Conseil européen, désormais institution à part entière de l'Union européenne, que revient la compétence de convoquer une Convention ou une conférence intergouvernementale pour réviser les traités (*cf.* article 48, paragraphes 1 et s. TUE). De même, le Conseil européen est titulaire de la procédure de révision simplifiée prévue à l'article 48, paragraphes 6 et s. TUE. Enfin, ce traité confirme le rôle d'arbitre du Conseil européen en le faisant intervenir à chaque difficulté présentant une dimension politique importante¹³⁵².

533.- L'autre dimension de la fonction constituante des Etats membres consiste dans la possibilité d'infléchir, par la pratique, le fonctionnement institutionnel mis en place par les traités originaires. En effet, le rôle qui a progressivement été imparti au Conseil européen n'est pas neutre au regard de l'équilibre institutionnel mis en place par les Pères fondateurs. Tout d'abord, le droit d'initiative de la Commission, déjà mis à mal par la pratique du vote unanime, a été considérablement amoindri du fait de la fonction d'impulsion du Conseil européen. Celui-ci définissant les orientations générales des Communautés et de l'Union, la Commission a vu ses compétences réduites à une simple mise en forme des décisions prises au niveau des chefs d'Etat et de gouvernement. Du côté du Conseil ensuite, le rôle d'« instance d'appel » dévolu au Conseil européen a pour conséquence un déplacement du niveau de décision entraînant une paralysie du système. Enfin, l'intervention du Conseil européen peut aboutir à priver d'effet l'avis du Parlement européen, dès lors que le Conseil peut être amené à reprendre purement et simplement les décisions prises au niveau supérieur. Cette hypothèse doit cependant être relativisée, dans la mesure où toute modification substantielle de la proposition de la Commission qui pourrait être apportée par le Conseil européen et formellement reprise par le Conseil, devrait en tout état de cause être soumise à une nouvelle consultation du Parlement européen, conformément à la jurisprudence de la Cour.

534.- En tout état de cause, il est clair que la pratique des réunions au sommet, institutionnalisées sous la forme du Conseil européen, a imprimé à l'équilibre institutionnel

¹³⁵² Par exemple, en cas d'opposition d'un Etat à la mise en place d'une coopération renforcée (voir *supra*).

initial un net penchant intergouvernemental. Cependant, comme le faisait remarquer en 1976 M. Claude Blumann : « l'évolution vers l'interétatisme n'est pas forcément négative, si elle a pour résultat de consolider la Communauté »¹³⁵³. Le Conseil européen a en effet joué un rôle non négligeable sur la voie de l'intégration politique, ce qui a permis de contrebalancer l'intergouvernementalisme dont il constitue le reflet. Pour ne citer que quelques exemples, c'est lors du sommet de Paris du 10 décembre 1974 qu'a été décidé le principe de l'élection au suffrage universel direct du parlement européen, conduisant à l'adoption, par le Conseil, de l'Acte du 20 septembre 1976¹³⁵⁴ révisant les traités originaires. D'ailleurs cette première intromission du Conseil européen dans la procédure de révision (en l'espèce, une révision autonome opérée sur la base de l'article 190, paragraphe 4 TCE), se révélera fructueuse, puisque toutes les révisions ultérieures des traités fondateurs impliqueront, avec une intensité croissante à chaque stade de la procédure, l'intervention de cette instance¹³⁵⁵ contrairement à ce que prévoient les traités originaires. L'Union économique et monétaire doit aussi sa création à l'impulsion donnée en ce sens par le Conseil européen suite aux crises monétaires des années 1970. En effet, c'est lors du sommet de La Haye en 1969 que les chefs d'Etat et de gouvernement se sont mis d'accord sur la création par étapes d'une Union économique et monétaire dans la Communauté. C'est de même lors du Conseil européen de Brême de juillet 1978 que sera décidée, à l'initiative de MM. Helmut Schmidt et Valéry Giscard d'Estaing, l'instauration d'un système monétaire européen qui entrera en vigueur le 13 mars 1979. Les avancées réalisées lors de ces sommets prennent généralement la forme de « conclusions de la présidence du Conseil européen », qui ne sont pas des actes communautaires et ne sont pas juridiquement contraignantes. En effet, pour générer des effets juridiques, les décisions prises par le Conseil européen doivent être mises en œuvre concrètement par le Conseil des ministres selon les formes prévues par les traités¹³⁵⁶. Il n'en reste pas moins que les conclusions du Conseil européen et plus généralement toutes les décisions prises par cet organe participent du dynamisme de l'ordre juridique communautaire.

¹³⁵³ Cf. Claude BLUMANN, « Le Conseil européen », *RTDE*, 1976, pp. 1-20, spéc. p. 12.

¹³⁵⁴ Voir la décision n° 76/787 du 20 septembre 1976, et l'Acte qui y est annexé, *JOCE* L 278 du 8 octobre 1976, pp. 5-11. L'acte et la décision le portant sont entrés en vigueur, après ratification des Etats, le 1^{er} juillet 1978, et les premières élections eurent lieu sur son fondement du 7 au 10 juin 1979.

¹³⁵⁵ Voir *supra*, paragraphes 215.- et suivants.

¹³⁵⁶ Ainsi, alors que c'est le Conseil européen de Milan de juin 1985 qui a pris la décision de principe de convoquer la conférence intergouvernementale devant mener à l'adoption de l'Acte unique européen, le Conseil est intervenu pour adopter formellement cette décision, le 22 juin, en respectant les formes prévues par l'article 236 (devenu art. 48 UE) CE, qui requiert notamment l'avis de la Commission et du Parlement européen.

535.- Le Conseil européen, né de la pratique, concourt par conséquent lui-même au développement constitutionnel des Communautés, en donnant les impulsions nécessaires à son dynamisme et en ouvrant de nouveaux champs à son intervention. Cette fonction constituante du Conseil européen est aussi, de manière indirecte, l'un des aspects de la fonction constituante des Etats membres.

A côté des réunions des chefs d'Etat et de gouvernement, ayant engendré le Conseil européen, les réunions informelles des ministres des Etats membres ont eu des répercussions sur l'ordre juridique communautaire.

2. Les réunions informelles des ministres des Etats membres¹³⁵⁷

536.- Dès les débuts de la construction européenne, les différents ministres des Etats membres ont pris l'habitude de se réunir, en marge des réunions du Conseil, mais aussi de manière tout à fait informelle, pour débattre de sujets en lien avec les objectifs de la Communauté.

Ces réunions informelles exercent une influence non négligeable sur le processus de prise de décisions (et donc de manière indirecte sur l'équilibre institutionnel), ainsi que sur le champ des compétences communautaires et sont ainsi à mettre au crédit de la fonction constituante des Etats membres.

S'agissant de l'incidence de ces réunions sur le processus décisionnel, elle se manifeste tout au long de la procédure décisionnelle, que les réunions aient pour but de donner l'impulsion initiale ou qu'elles interviennent pour finaliser la décision juste avant son adoption formelle. Ainsi, le principe de l'établissement par étapes d'une Union économique et monétaire a été décidé lors du sommet de La Haye de 1969. Conformément au principe selon lequel les décisions du Conseil européen n'ont pas de valeur juridique, cette décision devait être mise en œuvre par le Conseil des ministres, ce qui a été fait le 6 mars 1970¹³⁵⁸. Cependant, cette décision du Conseil avait été intégralement préparée par une réunion

¹³⁵⁷ Sur cette question, voir Kamiel Jan MORTELMANS, « The extramural meetings of the ministers of the member states of the Community », *CML Rev.*, 1974, pp. 62-86.

¹³⁵⁸ Décision du Conseil du 6 mars 1970, relative à la procédure en matière de coopération économique et monétaire, *JOCE* n° L 59 du 14 mars 1970, p. 44.

informelle des ministres des Finances des Etats membres des Communautés européennes qui s'est tenue à Paris les 23 et 24 février 1970. Suite à cette décision du Conseil a été mise en place la commission Werner, qui devait étudier les modalités de ce projet. Préalablement à l'adoption du rapport Werner par le Conseil des ministres le 9 juin 1970, les ministres des Finances se sont rencontrés à Venise à la fin du mois de mai afin d'aplanir toutes les difficultés susceptibles d'être soulevées par l'un des Etats membres. On le voit bien, qu'elles aient pour but d'initier un processus, ou de préparer une décision finale, les réunions informelles des ministres des Etats membres ont une grande importance en pratique.

Certes lors de ces réunions aucune décision n'est prise, les ministres se bornant à dégager des accords politiques qui seront formellement repris lors des réunions du Conseil. Cependant, dans la mesure où ces décisions interviennent en marge du système des traités, elles entraînent des modifications sensibles des compétences des autres institutions. En effet, si elles ressemblent à des réunions du Conseil ou du COREPER, ces réunions informelles n'en partagent pas toutes les caractéristiques. Notamment, les règles de votation qui s'appliquent au Conseil ne sont pas utilisées dans ces réunions informelles, qui favorisent la recherche du consensus. Cela pose bien entendu le problème de l'effectivité des règles relatives au vote majoritaire. De plus, la Commission participe parfois à de telles réunions, ce qui aboutit à évincer de fait le Parlement européen de la prise de décision, celui-ci étant saisi à un stade où les projets sont trop avancés pour qu'il puisse réellement exercer une influence sur le contenu de la décision finale.

Enfin, en se rencontrant de manière informelle, les ministres des Etats membres développent une conscience commune et peuvent ainsi initier des projets dans des domaines qui ne sont pas encore couverts par le droit communautaire. Ainsi, les premiers germes d'un espace judiciaire européen peuvent être identifiés dans la mise en place en 1976 d'un groupe de réflexion informel composé des ministres de l'intérieur et de la justice des Etats membres, chargé de répondre aux nouvelles menaces prenant la forme du terrorisme international. Le Groupe « TREVI » (terrorisme, radicalisme, extrémisme et violence internationale) a ainsi permis l'échange d'informations et le rapprochement des cultures de travail, à l'origine du troisième pilier de l'Union européenne. En expérimentant les effets d'une collaboration des autorités nationales dans certains secteurs, avant l'insertion formelle dans les traités de nouveaux titres de compétence communautaire, ces contacts informels peuvent être considérés comme les sources matérielles des traités originaires et partant comme les instruments d'une fonction constituante des Etats membres.

Ayant dressé le tableau des pratiques imputables à la collectivité des Etats au sein de l'ordre juridique communautaire et conclu à leur apport à la caractérisation d'une fonction constituante des Etats, il convient d'étudier quelle est la place de ces pratiques étatiques au sein de l'ordre juridique communautaire.

B. Nature et valeur juridiques de la pratique des Etats en droit communautaire

537.- En se limitant à l'analyse de la pratique, sans avoir recours aux textes qui ont pu la formaliser *a posteriori*, il convient de se demander si celle-ci, dans la mesure où elle émane des Etats, a une valeur juridique au sein de l'ordre juridique communautaire.

En droit international, la pratique subséquente des parties à un traité peut se voir attribuer deux types d'effets juridiques¹³⁵⁹. En premier lieu, selon l'article 31, paragraphe 3.b de la convention de Vienne sur le droit des traités, l'interprétation des traités doit tenir compte de « toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ». Cette règle se justifie par le fait que les Etats, en leur qualité d'auteurs des normes conventionnelles, doivent être considérés comme les interprètes authentiques des traités qu'ils ont conclus. Or, la pratique suivie par les Etats peut constituer le révélateur du contenu et de l'intensité des obligations qu'ils ont voulu souscrire. Faire de la pratique des Etats une règle générale d'interprétation des traités permet donc de garantir que l'interprétation soit la plus proche possible de la volonté (initiale ou ultérieure) des parties.

En second lieu, le droit international reconnaît également que la pratique des Etats puisse modifier les règles énoncées par les traités. Le droit international est en effet un droit très peu formel qui fait primer sur la lettre des traités la volonté des parties, que celle-ci s'exprime clairement ou qu'elle résulte implicitement de la pratique suivie. Si cette règle n'a pas été reprise formellement dans la convention de Vienne de 1969¹³⁶⁰, elle existe cependant

¹³⁵⁹ Sur cette question voir l'article de Jean-Pierre COT, « La conduite subséquente des parties à un traité », *RGDIP*, 1966, pp. 632-666.

¹³⁶⁰ L'article 38 du projet de convention sur le droit des traités entre Etats prévoyait pourtant que « le traité peut être modifié par la pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application du traité lorsque celui-ci établit leur accord pour modifier les dispositions du traité ». Cet article n'a cependant pas été adopté par la conférence diplomatique de Vienne.

comme « règle coutumière »¹³⁶¹ et la Cour internationale de justice n'a pas hésité à en tirer les conséquences. Ainsi, dans son avis consultatif du 21 juin 1971, la Cour internationale de justice a jugé que « la pratique de l'abstention volontaire d'un membre permanent a toujours et uniformément été interprétée [...] comme ne faisant pas obstacle à l'adoption de résolution ». De ce fait, « la procédure suivie par le Conseil de sécurité [...] a été généralement acceptée par les membres des Nations Unies et constitue la preuve d'une pratique générale de l'organisation »¹³⁶². Bien que cela soit contesté par une partie de la doctrine, il semble que cette règle vaille alors même que les traités contiendraient une procédure de révision spécifique. Ainsi, dans la sentence arbitrale relative à l'interprétation de l'accord aérien franco-américain, le tribunal arbitral a déclaré : « une telle conduite peut en effet entrer en ligne de compte non pas simplement comme un moyen utile aux fins de l'interprétation de l'accord, mais [...] comme source possible d'une modification postérieure, découlant de certains actes ou de certaines attitudes et touchant à la situation juridique des parties »¹³⁶³, alors même que l'accord en question était pourvu d'une procédure de révision. En effet, il est alors soutenu que les parties, par leur pratique, se sont implicitement entendues pour déroger à la procédure de révision. En somme, comme l'a bien noté Georges Scelle, en droit international « l'application elle-même des traités n'est, on le sait, qu'une révision continue »¹³⁶⁴.

538.- Tel n'est pas le cas dans l'ordre juridique communautaire.

Tout d'abord, s'agissant de la règle générale d'interprétation des traités imposant de tenir compte de la pratique subséquente des traités, elle n'a tout simplement pas cours dans l'ordre juridique communautaire¹³⁶⁵. En effet, les Etats membres, en fondant l'ordre juridique communautaire, ont renoncé à leur qualité d'interprète authentique au profit de la Cour de justice. Celle-ci n'est donc liée ni par leur pratique ni par leur interprétation du droit communautaire, qui n'a pas plus de valeur à ses yeux que celle des institutions

¹³⁶¹ Cf. Mustafa Kamil YASSEEN, L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités, *RCADI*, 1976, vol. 3, spéc. p. 51.

¹³⁶² CIJ, avis consultatif du 21 juin 1971, Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie, *op. cit.*, spéc. pt. 22.

¹³⁶³ Sentence arbitrale du 9 décembre 1978, Interprétation de l'accord aérien franco-américain du 27 mars 1946 (affaire de la rupture de charges), *RSANU*, vol. XVIII, p. 417.

¹³⁶⁴ Georges SCELLE, *Théorie juridique de la révision des traités*, Paris, Sirey, 1936, 97 pages, spéc. p. 11.

¹³⁶⁵ Voir, sur cette question, Jean GROUX, « Convergences et conflits, dans l'interprétation du traité CEE, entre la pratique suivie par les Etats membres et la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Du droit international au droit de l'intégration : Liber amicorum Pierre PESCATORE*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 275-286.

communautaires. M. Denys Simon montre d'ailleurs que la prise en compte des pratiques des Etats membres aurait privé la Cour de la « marge de liberté créatrice qui [lui a permis] de développer une politique interprétative autonome »¹³⁶⁶. Au contraire, sur la base des dispositions qui attribuent à la Cour la mission d'assurer le respect du « droit » dans l'interprétation et l'application des traités, la juridiction communautaire a développé « une orientation résolument “volontariste”, procédant d'une vision propre du système communautaire l'emportant sur l'enregistrement passif des intentions ponctuelles des parties contractantes »¹³⁶⁷.

Quant à la possibilité pour la pratique de modifier les traités fondateurs, elle est radicalement niée par la Cour, qui n'admet pas que les traités puissent être révisés autrement que par la mise en œuvre de la procédure de révision. En particulier, la pratique d'un Etat ne peut modifier les traités, alors même que les institutions et les autres Etats auraient acquiescé aux modifications¹³⁶⁸. De même, le Royaume-Uni a été condamné en manquement alors que la pratique suivie (modification des lignes de base servant à déterminer les zones de pêche) était conforme à celle des autres Etats membres. Pour autant, la Cour a jugé que « les arguments tirés de la pratique des Etats membres en matière de modification des lignes de base ne sauraient donc être retenus »¹³⁶⁹, afin de justifier la violation des règles du traité. En effet, il est constant que les règles établies par les traités ne sont « à la disposition ni des Etats membres, ni des institutions »¹³⁷⁰. Ainsi, la pratique des réunions au sommet ou des réunions informelles des ministres des Etats membres, si elle a abouti à infléchir les équilibres résultant des traités, n'a pu en revanche réviser formellement les traités et faire ainsi naître une véritable obligation juridique.

539.- Pour les mêmes raisons, il n'est pas possible de considérer que ces réunions issues de la pratique ont donné naissance à une règle de droit de nature coutumière. Certains auteurs acceptent en effet de voir dans l'instauration du Conseil européen l'existence d'une coutume constitutionnelle née de la répétition de pratiques concordantes (les conférences au

¹³⁶⁶ Denys SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisation internationale*, *op. cit.*, spéc. p. 774.

¹³⁶⁷ *Ibid.*, p. 774.

¹³⁶⁸ CJCE, 18 février 1986, Bulk Oil, aff. préc., pt 65 : « la circonstance qu'aucune institution communautaire n'a contesté la légalité de la politique mise en œuvre par un Etat membre ne saurait avoir, en elle-même, aucune incidence sur la compatibilité d'une politique du type de celle en cause avec le droit communautaire ».

¹³⁶⁹ CJCE, 9 juillet 1991, Commission c/ Royaume-Uni, aff. C-146/89, *Rec.* p. I-3533.

¹³⁷⁰ CJCE, 23 février 1988, Royaume-Uni c/ Conseil, aff. préc., spéc. pt. 38.

sommet) ainsi que d'une *opinio juris* révélée par le communiqué final de la conférence de Paris¹³⁷¹. Cependant nous avons montré que l'ordre juridique communautaire se caractérisait par la rigidité de la charte constitutionnelle que forment les traités, ce qui exclut la coutume comme mode d'élaboration des règles de droit. Le seul moyen pour que la coutume, et *a fortiori* la pratique puissent se voir reconnaître une valeur juridique serait que les textes eux-mêmes consacrent cette possibilité. On en trouve d'ailleurs une hypothèse dans le droit dérivé, à l'article 2 de la directive de 1977 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements¹³⁷². Selon ce texte en effet, la catégorie des représentants des travailleurs doit être comprise par référence à la « législation ou la pratique des Etats membres » (souligné par nous).

Quant au « communiqué final »¹³⁷³ de la conférence de Paris qui a officialisé les rencontres au sommet en leur donnant une assise textuelle, sa valeur juridique est pour le moins incertaine. Il est en effet permis de douter de la valeur contraignante de ce « communiqué final », acte atypique émanant d'un organe lui-même issu de la pratique, et qui, en tout état de cause, n'a pas pu modifier formellement les traités. Même si certains auteurs ont pu penser que la conférence de Paris avait exercé « une sorte de pouvoir constituant »¹³⁷⁴ en organisant le Conseil européen, il convient de dissocier strictement l'officialisation du Conseil européen, simple déclaration politique, de sa constitutionnalisation qui n'a pu résulter que d'une révision des traités conforme à la procédure prévue. Ainsi, le communiqué final sur lequel est fondé le Conseil européen n'a pas pu conférer à cette pratique une quelconque valeur juridique.



540.- Pas plus que celle des institutions, la pratique des Etats ne peut se voir reconnaître une valeur juridique dans l'ordre juridique communautaire. A cet égard, le fait

¹³⁷¹ Cf. Claude BLUMANN, « Le Conseil européen », *op. cit.*, p. 5 n'est pas opposé à cette solution. Cependant cet auteur disqualifie, après l'avoir évoquée, l'hypothèse de l'existence d'une coutume, en faisant valoir que le Conseil européen n'est qu'une variante du Conseil de la Communauté, et que par conséquent son instauration trouve une base juridique suffisante dans les traités. Cependant la pratique n'a pas utilisé cette possibilité, cherchant au contraire à marquer la différence entre ces deux organes.

¹³⁷² Directive n° 77/187 du Conseil du 14 février 1977, *JOCE* n° L 61 du 5 mars 1977, pp. 26–28.

¹³⁷³ Ancêtre des conclusions du Conseil européen.

¹³⁷⁴ Cf. Claude BLUMANN, « Le Conseil européen », *op. cit.*, p. 3.

que les Etats soient en même temps les fondateurs ne permet pas de modifier cette appréciation, dans la mesure où ils ont renoncé à leur pouvoir d'interprétation authentique au profit de la Cour de justice et ont, en instaurant une procédure de révision spécifique, accepté que les traités ne puissent être modifiés d'une autre manière.

541.- L'absence de valeur juridique de la pratique des Etats permet d'assurer que celle-ci ne porte pas atteinte aux traités originaires. Dans le cas contraire, la Cour n'hésiterait pas à condamner les Etats en manquement. Si la pratique des Etats a pu infléchir, dans les cas relatés, le fonctionnement des traités, ce n'est qu'à la faveur d'une tolérance de la Cour, qui ne peut être assimilée à une obligation juridique. Par conséquent, si la pratique des Etats peut être considérée comme le vecteur d'une fonction constituante, c'est essentiellement du fait de son inclusion dans la catégorie des sources matérielles des traités originaires et de son influence sur l'équilibre institutionnel prévu par les traités, sous le contrôle de la Cour.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

542.- Au terme de notre étude sur la fonction constituante des institutions et des Etats, on peut noter la diversité des canaux par lesquels celle-ci se manifeste. De cette diversité d'instruments découle une différence d'intensité de cette fonction constituante. En effet, certains vecteurs lui assurent un statut proche de celui du pouvoir constituant/fondateur, du fait de la combinaison d'un « mandat » explicite des fondateurs, de la substance constitutionnelle des normes adoptées et de leur insertion dans le « bloc de constitutionnalité » dont la Cour de justice assure la garantie. A un niveau intermédiaire, on trouve les normes matériellement constitutionnelles qui ne bénéficient pas d'un véritable mandat des fondateurs mais sont issues de la pratique ou encore les normes qui, tout en étant matériellement constitutionnelles, ne sont que partiellement intégrées dans le bloc de constitutionnalité. Enfin, la fonction constituante peut aussi résulter de simples pratiques dépourvues de valeur juridique. L'apport de ces instruments à la caractérisation d'une fonction constituante ne résulte que de leur insertion dans la catégorie des sources matérielles des traités originaires. Dans tous les cas, c'est la Cour de justice qui veille au respect des traités fondateurs, caractéristique consubstantielle à la notion de fonction constituante. Ce faisant, elle « confirme le caractère constitutionnel du traité, car il est certain qu'une constitution échappe en principe à l'autorité des organes qu'elle institue et qui ne sont en principe que des pouvoirs constitués aussi bien qu'au pouvoir constituant, ici celui des Etats membres, dont elle épuise l'exercice, à moins que ces Etats ne se le soient expressément réservé »¹³⁷⁵.

543.- Il convient toutefois de noter que la fonction constituante conférée aux Etats semble bénéficier d'un statut plus favorable, dans la mesure où la Cour hésite davantage à leur opposer le respect des traités qu'ils ont eux-mêmes adoptés. Ainsi, en présence d'intérêts considérés comme essentiels par les Etats, on a pu assister à une attitude réservée de la part de la Cour et de la Commission. Ces institutions n'ont en effet pas souhaité déclencher un processus juridictionnel qui aurait pu avoir des répercussions sur la volonté des Etats de progresser dans l'intégration. Comme l'a noté M. De Visscher, l'interprétation des traités d'organisations internationales est confrontée au « risque, soit de compromettre l'effort

¹³⁷⁵ Jean BOULOUIS, *Droit communautaire et droit français : recueil d'études*, Paris, Editions La Mémoire du droit, 1999, 380 pages, spéc. p. 31.

soutenu qu'exige leur mise en œuvre, soit, en sens inverse, de porter atteinte à leurs racines contractuelles et d'ébranler ainsi les solidarités qui leur ont donné naissance »¹³⁷⁶. La légitimité de la Cour dépend donc, *in fine*, de l'acceptation par les Etats de l'interprétation qu'elle réalise et ce faisant de la balance opérée entre les objectifs communautaires et les intérêts essentiels des Etats membres. La Cour de justice s'efforce ainsi de ne pas dépasser le « seuil de tolérance imposé à son activité interprétative »¹³⁷⁷, comme l'atteste son attitude différenciée à l'égard de la fonction constituante des institutions et des Etats membres.

¹³⁷⁶ Charles de VISSCHER, *Théories et réalités du droit international public*, Paris, Pedone, 4^{ème} édition, 1970, 450 pages, spéc. p. 283.

¹³⁷⁷ Denys SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, *op. cit.*, spéc. p. 773.

CONCLUSION DU TITRE 2

544.- L'importance de la fonction constituante conférée aux institutions communautaires et aux Etats est à l'origine du phénomène de « constitutionnalisation rampante »¹³⁷⁸ propre à l'ordre juridique communautaire, qui signifie que cet ordre se développe autant sinon plus par ses réalisations que par les révisions formelles de sa charte constitutionnelle de base. Deux caractéristiques de la fonction constituante des institutions et des Etats membres doivent être ici soulignés.

545.- Tout d'abord, le primat de la fonction constituante résulte d'un mandat des fondateurs eux-mêmes qui transparaît dans différentes dispositions de traités originaires : le préambule et l'accent mis sur l'objectif d'intégration, la présence de clauses d'adaptation et de clauses de rendez-vous, qui organisent le dynamisme de la construction communautaire, la mission généralement confiée aux institutions communautaires de réaliser les objectifs des traités et l'obligation corrélative des Etats de ne pas y porter atteinte. La combinaison de ces différentes dispositions implique des réalisations, paradoxalement bloquées par l'unanimité exigée pour mettre en œuvre une révision des traités. Ce sont donc les institutions communautaires qui ont pris le relais face à cette carence des Etats membres et qui ont, du moins pendant les trente premières années de la construction communautaire, initié ses avancées les plus remarquables, conformément au choix initialement effectué en faveur de la méthode fonctionnaliste. Le phénomène d'évitement du pouvoir constituant, mis en lumière à propos du pouvoir fondateur des Etats, doit alors également être transposé à la mise en œuvre de la fonction constituante des institutions.

546.- Cependant, paradoxalement, le développement de cette fonction constituante a abouti à briser le lien qui devrait être indissoluble entre la charte constitutionnelle que forment les traités et les Etats titulaires du pouvoir fondateur. En autorisant d'autres sujets de droit à agir sur l'objet théoriquement réservé au pouvoir fondateur, la créature a en quelque sorte échappé à ses créateurs. Certes en théorie la fonction constituante conférée aux institutions est subordonnée aux choix initiaux des fondateurs, inscrits dans le marbre des traités originaires et c'est en dernier ressort le rôle de la Cour de justice, seule interprète

¹³⁷⁸ Sur la notion de « creeping constitutionalism », voir Heidrun ABROMEIT et Tanja Hitzel CASSAGNES, « Constitutional change and contractual revision », *ELJ*, n° 5/1999, pp. 23-44, spéc. p. 26.

authentique des traités originaires, de maintenir un équilibre entre les deux versants potentiellement contradictoires de l'idée d'œuvre qu'ils ont voulu instituer. Cependant, le sursaut actuellement observé, du côté des Etats, en faveur de la défense de leurs intérêts essentiels¹³⁷⁹ semble traduire une réserve de leur part quant à la capacité de la Cour de mener à bien cette mission. La réactivation de la procédure de révision, à partir de l'Acte unique européen, semble être la réponse des Etats à l'hypertrophie de la fonction constituante des institutions.

547.- Cette réappropriation, par les Etats, de leur pouvoir au sein de l'ordre juridique communautaire est cependant l'une des sources du déficit démocratique tant décrié, dans la mesure où elle met en lumière le mode de négociation diplomatique qui caractérise les conférences intergouvernementales à l'origine des révisions des traités. Si la fonction constituante des institutions a contribué à l'évitement du concept de pouvoir constituant au sein de l'ordre juridique communautaire, en permettant son « développement constitutionnel » intrinsèque, elle est ainsi paradoxalement à l'origine d'une interrogation fondamentale liée à la production du droit originaire et donc à la réapparition du concept de pouvoir constituant au sein de cet ordre.

¹³⁷⁹ Ce sursaut se manifeste notamment dans les constitutions nationales et par le canal de la jurisprudence des juridictions suprêmes nationales.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

548.- L'ordre juridique communautaire s'est construit sans le recours au concept de pouvoir constituant, sur la base d'un pouvoir fondateur des Etats membres (qui emprunte cependant certaines caractéristiques au concept de pouvoir constituant), rapidement relayé par la fonction constituante des institutions. Cette méthode, qualifiée de « fonctionnelle », a permis de développer le caractère constitutionnel des traités originaire. En cela, elle est révélatrice d'un phénomène d'« évitement » du concept de pouvoir constituant qui se traduit par une contradiction fondamentale entre l'éviction formelle de ce concept et la reproduction de certaines de ses caractéristiques. Cette méthode est cependant aujourd'hui décriée comme étant à l'origine du « déficit démocratique » de l'Union européenne.

549.- Ce déficit démocratique s'explique aisément si l'on remonte aux sources de la décision politique. Selon M. Bernardi, la décision politique peut se définir comme un commandement auquel on consent d'obéir parce que l'on reconnaît à la volonté dont il émane le pouvoir de commander. Dans la mesure où la position de celui qui décide n'est plus légitimée par un principe extérieur (par exemple la légitimité de droit divin), la décision politique n'est possible que s'il y a identité entre celui qui décide et celui qui consent. L'acte constituant, qui est la décision politique par excellence, doit intégrer cette structure de la décision politique.

Sur la scène internationale, cette conception de l'acte constituant est restituée par la règle du volontarisme. Les Etats étant les destinataires des normes dans l'ordre juridique international, la légitimité de ces normes implique qu'elles émanent aussi des Etats¹³⁸⁰. Les traités sont donc généralement adoptés et modifiés à l'unanimité des Hautes parties contractantes.

Le problème est que les normes communautaires, du fait de leur primauté et de leur effet direct, atteignent désormais les ressortissants des Etats membres, alors que ce sont toujours les Etats qui détiennent formellement le pouvoir d'adopter et de réviser les traités originaires, d'où le déficit démocratique tant décrié.

¹³⁸⁰ Nous avons d'ailleurs vu que dans l'ordre juridique communautaire, ce principe avait partiellement été remis en cause du fait de la fonction constituante conférée aux institutions. Par le développement des traités que cette fonction constituante a généré, il a pu être soutenu que les Etats n'étaient plus les maîtres absolus des traités dans l'ordre juridique communautaire.

Deux tensions existent donc dans l'Union européenne. D'une part, la tension résultant du primat de la fonction constituante sur le pouvoir théoriquement réservé aux Etats d'adopter et de modifier les traités originaires. Cette première situation méconnaît le fait que les Etats sont les destinataires des normes de droit communautaire et comme tels doivent être à l'origine de ces mêmes normes. D'autre part, la tension résultant du caractère constitutionnel des traités et de l'absence concomitante de possibilités d'action des individus sur ces mêmes traités.

550.- Il y a plusieurs manières de résoudre ce déficit démocratique. Ainsi, la majorité des auteurs préconise d'accroître les pouvoirs de l'institution chargée d'exprimer la légitimité démocratique au sein de l'Union, à savoir le Parlement européen. D'autres plaident au contraire pour une implication plus grande des parlements nationaux dans le fonctionnement de l'Union. Ces différentes solutions se rejoignent par l'attention portée au processus de prise de décision au sein de l'Union. Or, la démocratisation du processus décisionnel ne peut selon nous constituer que l'une des voies de la résorption du déficit démocratique. Dans la mesure où la pensée politique et juridique moderne a opéré un déplacement de l'objet de la souveraineté, qui est passé de la loi à la constitution, l'autre moyen de résorber le déficit démocratique passe alors par l'acte constituant lui-même. Démocratiser l'Union européenne peut alors consister à faire du peuple l'auteur de la charte constitutionnelle de cet ordre juridique et à rompre avec la méthode fonctionnaliste qui a caractérisé l'intégration européenne pour adopter la méthode « fédérale-constitutionnelle » que le professeur Léontin-Jean Constantinesco appelait de ses vœux¹³⁸¹.

¹³⁸¹ Léontin-Jean CONSTANTINESCO, « Fédéralisme-constitutionnalisme ou fonctionnalisme ? Réflexions sur la méthode de l'intégration européenne », in *Mélanges Fernand Dehousse*, vol. 2 : *La construction européenne*, Bruxelles, Paris, éditions Labor, Fernand Nathan, 1979, pp. 19-27.

SECONDE PARTIE

L'AVENEMENT FEDERALISTE DU POUVOIR CONSTITUANT EUROPEEN

551.- La constitutionnalisation de l'Union européenne, phénomène quasi autonome de développement et d'expansion des normes issues de cet ordre juridique, a doté celle-ci d'une « capacité étatique »¹³⁸², qui se caractérise par le fait que ses normes atteignent désormais directement les citoyens européens. La constitution qui fonde l'Union (bien que formellement portée par des traités conclus par les Etats membres) est donc le résultat de la « méthode fonctionnelle » qui combine une impulsion des Etats fondateurs et la perpétuation de cette étincelle initiale par les institutions communautaires. Si les peuples interviennent dans ce schéma, ce n'est que de manière très indirecte, par le biais des ratifications nationales, dont nous avons souligné la signification uniquement interne, et des révisions des constitutions nationales. La « constitution » de l'ordre juridique communautaire s'est donc construite sans le recours à la notion de pouvoir constituant, ce qui tend à démontrer que, dans l'Union européenne, « la *fonction* constitutionnelle semble bien précéder *l'organe* constitutionnel »¹³⁸³.

552.- De cette situation résulte le déficit démocratique tant décrié, qui résulte de l'évitement du pouvoir constituant par la mise à l'écart de son titulaire. Le lancement du processus ayant abouti à l'adoption du traité établissant une constitution pour l'Europe s'explique alors par la volonté de re-constituer l'Union européenne, c'est-à-dire de mettre en accord le « déjà-là » constitutionnel et le titulaire naturel du pouvoir constituant, de donner une « âme » à ce « corps constitutionnel »¹³⁸⁴. L'idée sous-jacente était de résoudre la contradiction fondamentale résultant de l'évitement du concept de pouvoir constituant en faisant intervenir un nouvel acteur dans le processus à l'origine de l'acte fondateur de l'Union européenne : le peuple.

¹³⁸² Cf. Loïc AZOULAI, « La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation », *RFDA*, 2003, p. 859-875, spéc. p. 863. Voir de même Guy ISAAC et Marc BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, 9^{ème} édition, 2006, 539 pages, spéc. p. 46. Voir aussi Dario VELO, « « Processus constituant et constitution européenne : le point de vue d'un économiste », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 529-542, spéc. p. 533, où l'auteur fait état du « paradoxe d'une structure constitutionnelle sans structure étatique ».

¹³⁸³ Loïc GRARD, « Brèves réflexions autour de l'idée de Constitution pour l'Europe », in *Droit constitutionnel : mélanges Patrice Gélard*, pp. 399-405, spéc. p. 401 (italiques ajoutés). Voir aussi Miguel Poiars MADURO, « The importance of being called a constitution : constitutional authority and the authority of constitutionalism », *IJCL*, n° 3/2005, pp. 332-356, spéc. p. 337 : « in the process of European integration, constitutionalism as the prevailing form of power followed the claim of normative authority end not vice versa [...]. The constitutional supremacy of EC rules, therefore, did not reflect the assumption of a constitutional authority in the sense of a *pouvoir constituant*, that is, the power of a polity to define its own destiny ».

¹³⁸⁴ Miguel Poiars MADURO, « The importance of being called a constitution : constitutional authority and the authority of constitutionalism », *op. cit.*, p. 340 : « the constitutionalization of the treaties created a constitutional body without discussing its soul ».

553.- L'évolution amorcée par la déclaration de Laeken¹³⁸⁵ n'est cependant pas allée au terme de la logique « fédérale-constitutionnelle »¹³⁸⁶ consistant à remettre au peuple le pouvoir d'adopter la norme fondamentale de l'ordre juridique communautaire. Le changement n'a visé que le *processus* constituant, sans emporter la remise du *pouvoir* constituant européen au peuple (titre 1). Ce nouveau mode de production du droit communautaire originaire ne pouvant être assimilé au concept de pouvoir constituant, il conviendra d'esquisser, dans une partie plus prospective, les voies que pourraient emprunter la consécration du concept de pouvoir constituant européen, dans une Europe modelée à l'image du modèle théorique de la Fédération (titre 2).

¹³⁸⁵ Déclaration de Laeken sur l'avenir de l'Union européenne du 15 décembre 2001, annexe 1 des conclusions de la Présidence du Conseil européen de Laeken, *Bull. UE*, n° 12/2001, p. 20-25.

¹³⁸⁶ Voir à ce titre Léontin-Jean CONSTANTINESCO, « Fédéralisme-constitutionnalisme ou fonctionnalisme ? (Réflexions sur la méthode de l'intégration européenne) », in *Mélanges Fernand Dehousse, volume 2 : La construction européenne*, Bruxelles, Editions Labor, Paris, Fernand Nathan, 1979, pp. 19-27.

TITRE 1.

L'AVENEMENT LIMITE D'UN PROCESSUS CONSTITUANT EUROPEEN

554.- Le traité de Nice ayant clairement démontré les limites de la méthode intergouvernementale de révision des traités¹³⁸⁷, il a été décidé d'insérer, le jour même de sa signature, une « déclaration relative à l'avenir de l'Union » entrouvrant une brèche dans le monopole des Etats à faire évoluer l'Union européenne. Conformément à cette invitation, les chefs d'Etat et de gouvernement, réunis à Laeken le 15 décembre 2001, ont lancé un nouveau processus de révision des traités rompant avec la méthode diplomatique traditionnelle. Selon la déclaration de Laeken en effet, un large forum composé de représentants des Etats, des parlements nationaux et des institutions communautaires est chargé d'intervenir en amont de la conférence intergouvernementale afin de lui proposer des solutions pour rendre l'Union « plus démocratique, plus transparente et plus efficace ». Cette Convention, qui s'est réunie de février 2002 au mois de juillet 2003, a élaboré un projet de traité établissant une constitution pour l'Europe. Ce projet, après avoir subi quelques modifications apportées par la conférence intergouvernementale, a été adopté à Rome le 29 octobre 2004 par les dirigeants des vingt-cinq Etats membres de l'Union européenne. Le processus de ratification n'a cependant pas été mené à son terme, en raison des résultats négatifs obtenus lors des référendums français et néerlandais¹³⁸⁸. Après une mise en sommeil du traité constitutionnel de plus de deux ans, le Conseil européen de Bruxelles des 21 et 22 juin 2007¹³⁸⁹ a décidé de le remplacer par un traité modificatif, négocié de manière traditionnelle, qui a été signé à Lisbonne le 13 décembre 2007. Le peuple irlandais ayant refusé à une majorité de 53,4% de

¹³⁸⁷ Voir pour un bilan critique des travaux de la conférence intergouvernementale ayant mené à l'adoption du traité de Nice, Alain LAMASSOURE, « Après Nice : quelles perspectives ? », *Commentaire*, n° 94/2001, pp. 255-268.

¹³⁸⁸ Ces référendums ont eu lieu respectivement les 29 mai et 1^{er} juin 2005.

¹³⁸⁹ Voir les conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 21 et 22 juin 2007, *Bull. UE*, n° 6/07, pp. 8 et s., ainsi que le mandat pour la conférence intergouvernementale annexé à ces conclusions, *ibid.*, pt. I-37, pp. 17 et s.

réviser la constitution afin de permettre la ratification de ce texte, l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne est à l'heure actuelle pour le moins incertaine.

555.- Quant au traité établissant une constitution pour l'Europe, il n'entrera jamais en vigueur. Son analyse n'est cependant pas dépourvue de toute pertinence au regard de notre étude. En effet, marquant une rupture dans la méthode de révision des traités, ce processus doit être apprécié sous le prisme du pouvoir constituant, d'autant qu'il a clairement été placé sous l'égide de ce concept, fût-ce de manière rhétorique. De la dénomination de « Convention » pour désigner l'assemblée chargée de rédiger le projet à l'appellation de celui-ci, la terminologie constitutionnelle a été mobilisée tout au long du processus. L'analyse du traité établissant une constitution pour l'Europe conserve de même un intérêt, dans la mesure où ses dispositions ont quasiment été reprises à l'identique par le traité de Lisbonne, moyennant quelques modifications d'ordre cosmétique destinées à justifier les ratifications parlementaires.

556.- La quête du concept de pouvoir constituant dans le processus ayant conduit à l'adoption du traité établissant une constitution pour l'Europe doit, conformément à la grille de lecture définie dans le chapitre préliminaire, s'attacher à rechercher la réunion de deux phénomènes : la présence de l'objet du pouvoir constituant (l'acte constituant) et celle du titulaire (le peuple, ou du moins une pluralité de peuples). Or, si l'objet du pouvoir constituant peut être localisé dans le traité établissant une constitution pour l'Europe (chapitre 1), son titulaire fait défaut, en dépit de la mise en place de la Convention sur l'avenir de l'Europe (chapitre 2). La démocratisation du *processus* constituant ne saurait par conséquent être comparée à l'avènement du *pouvoir* constituant européen.

Chapitre 1.

Le traité établissant une constitution pour l'Europe, un acte constituant

557.- Réfléchissant à la nature juridique du traité établissant une constitution pour l'Europe, la doctrine a fait état d'une perplexité bien compréhensible, en grande partie engendrée par le « néologisme incertain »¹³⁹⁰ employé pour le qualifier. L'appellation de « traité constitutionnel »¹³⁹¹ ou de « *Verfassungsverbund* » (alliance constitutionnelle) désignant le projet élaboré par la Convention a ainsi suscité des réactions aussi vives qu'opposées, certains auteurs comparant cet oxymore à un « monstre juridique »¹³⁹², tandis que d'autres en soulignaient l'intérêt pour « dépasser le dualisme du droit public »¹³⁹³.

558.- Quant à la nature constitutionnelle de ce texte, le raisonnement suivi par une majorité d'auteurs a consisté à lier cette question à celle de la nature juridique de l'entité créée par ce biais. Or, l'Union européenne n'étant pas un Etat, ne possédant pas la souveraineté et n'étant pas fondée sur un peuple européen, son fondement juridique ne pourrait être une véritable constitution¹³⁹⁴. Dès lors, il a généralement été soutenu que le

¹³⁹⁰ Daniel VIGNES, « Le projet du 18 juin 2004, continuité et discontinuité », *RMCUE*, 2004, pp. 417-420, spéc. p. 420.

¹³⁹¹ Sur le traité constitutionnel comme catégorie juridique, voir Yann LAURANS, « Recherches sur la catégorie juridique de traité constitutionnel », mémoire D.E.A., Nancy 2, 2005, *Civitas Europa*, n° 14/2005, pp. 7-156.

¹³⁹² Selon l'expression de Dominique ROUSSEAU, « Le traité constitutionnel, un monstre juridique », *Le Monde*, 22 octobre 2002, spéc. p. 17.

¹³⁹³ Thierry CHOPIN, « La Convention : un moment constituant pour l'Europe ? », *Politique étrangère*, n° 3-4/2003, pp. 731-742, spéc. p. 732.

¹³⁹⁴ Voir en ce sens notamment les analyses de Louis FAVOREU, « L'euro-scepticisme du droit constitutionnel », in Hélène GAUDIN (Dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, pp. 379-390. Voir aussi, du même auteur, « L'euro-scepticisme du droit constitutionnel (suite) », in Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX et Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN (Dir.), *Constitution et construction*

traité établissant une constitution pour l'Europe « n'a de constitution que le nom et [...] ne réalise qu'une codification-clarification à droit constant »¹³⁹⁵. Partant de cette prémisse, la question s'est généralement déplacée au plan de la raison d'être de l'emprunt des concepts constitutionnels pour appréhender l'Union européenne¹³⁹⁶, question qui a permis de pointer, entre autres, la volonté d'affirmer la spécificité de la construction communautaire ou de combler le déficit démocratique en explicitant le sens de l'intégration.

559.- En prenant comme base de réflexion la conception traditionnelle de la constitution, envisagée comme étant « la loi fondamentale de l'Etat »¹³⁹⁷, le débat ne peut en effet que conduire à la qualification de « pseudo-constitution »¹³⁹⁸ dans la mesure où l'Union européenne n'est pas et n'a de toute évidence pas vocation à devenir un Etat. Or, dès lors que l'on reconnaît, avec M. Weiler, que la constitutionnalisation de l'Europe est un « *Sonderweg* »¹³⁹⁹, alors la notion de constitution, du moins dans la mesure où celle-ci est liée aux notions d'Etat, de peuple et de souveraineté, ne fait plus sens. Il convient dès lors de se limiter à la question de savoir si le traité établissant une constitution pour l'Europe peut être qualifié de constitution en tant que cette notion est associée au concept de pouvoir constituant. Pour mémoire, nous avons déduit de l'analyse du concept de pouvoir constituant que l'acte constituant par lequel celui-ci se manifestait devait réunir plusieurs caractéristiques, matérielles d'une part, toute constitution étant l'officialisation d'une idée de droit, et formelles d'autre part, la constitution se caractérisant notamment par sa valeur juridique suprême¹⁴⁰⁰. La question de l'adoption du texte doit être dissociée de sa nature constitutionnelle et sera par conséquent examinée lors de la recherche de la présence

européenne, Paris, Dalloz, 2006, pp. 85-91. Voir aussi Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, 874 pages, spéc. pp. 24 et s. ; Pierre-Yves MONJAL, « Le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe : quels fondements théoriques pour le droit constitutionnel de l'Union européenne ? », *RTDE*, 2004, pp. 443-475, spéc. p. 461 (cet auteur développe cependant dans cet article le concept de « constitution interétatique ») ;

¹³⁹⁵ Anne LEVADE, « La prise en compte spécifique de l'Union par les constitutions nationales », in Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX et Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN (Dir.), *Constitution et construction européenne*, *op. cit.*, pp. 19-36, spéc. p. 34.

¹³⁹⁶ Voir à ce titre Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Pourquoi une Constitution européenne ? », in Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX et Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN (Dir.), *Constitution et construction européenne*, *op. cit.*, pp. 37-57.

¹³⁹⁷ Anne LEVADE, « La prise en compte spécifique de l'Union par les constitutions nationales », *op. cit.*, p. 34.

¹³⁹⁸ Louis FAVOREU, « L'euroscpticisme du droit constitutionnel (suite) », *op. cit.*, p. 86

¹³⁹⁹ Joseph H. H. WEILER, « Fédéralisme et constitutionnalisme : le *Sonderweg* de l'Europe », in Renaud DEHOUSSE (Dir.), *Une constitution pour l'Europe ?*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 2002, pp. 151-176.

¹⁴⁰⁰ Voir *supra*, paragraphes 82.- et suivants.

éventuelle du titulaire du pouvoir constituant dans le processus à l'origine du traité établissant une constitution pour l'Europe.

560.- Les critères précités (valeur normative et idée de droit) nous avaient déjà permis de qualifier les traités originaires comme étant l'équivalent fonctionnel de la notion de constitution, du moins pour l'ordre juridique communautaire. Or, le traité établissant une constitution pour l'Europe ne modifie pas notre analyse. Il possède les mêmes fonctions qu'une constitution au sein de l'ordre juridique communautaire. Par conséquent, si l'objet du pouvoir constituant (la constitution) est bien présent au sein du traité établissant une constitution pour l'Europe, il ne l'est qu'à la manière d'une « refondation »¹⁴⁰¹, c'est-à-dire sans que cette constitution n'ait changé de support ni modifié ses caractéristiques juridiques. En particulier, la consécration du principe de primauté n'opère pas de mutation juridique du traité établissant une constitution pour l'Europe (section 1). De ce fait, l'entreprise de constitutionnalisation apparaît davantage comme un prolongement de ce qui a été réalisé, une acceptation-rationalisation du « déjà-là constitutionnel », que comme une véritable rupture par rapport aux traités existants¹⁴⁰².

Cependant, l'accent mis sur la nature *constitutionnelle* du traité suppose tout de même une évolution de l'intégration européenne. La « refondation » doit être ici entendue dans sa dimension « positive », signifiant que si l'idée d'œuvre initiale a été maintenue, elle a fait l'objet d'un enrichissement et d'une concrétisation qui permettent d'entrevoir le but de la construction européenne. En particulier, bien que ce mouvement ne soit pas allé à son terme, il apparaît que l'Union européenne s'engage sur la voie de la Fédération, association politique originale qui peut être définie par rapport à ses deux sources de légitimité que sont les peuples et les Etats (section 2).

La refondation de l'Union européenne, envisagée sous ses deux aspects, permet ainsi de mieux comprendre l'apparente contradiction mise en lumière par M. Olivier Jouanjan, et qu'il formule en ces termes : « la Constitution de l'Europe – à tout le moins en l'état actuel

¹⁴⁰¹ Cf. Loïc AZOULAI, « La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation », *RFDA*, 2003, pp. 859-875, spéc. p. 859. Cet auteur préfère cependant, au terme de « refondation », qui selon lui contient l'idée de rupture et serait donc, de ce fait, juridiquement trompeur, le terme de « reconstitution ». Nous utiliserons en revanche le terme de « refondation », pour montrer la continuité avec l'opération de fondation initiale.

¹⁴⁰² Voir en ce sens Claude BLUMANN, « Quelques réflexions sur le projet de Constitution de l'Union européenne », *RDP*, 2003, pp. 1269-1273, spéc. p. 1273 : « ce projet ne modifie pas la nature juridique spécifique, c'est-à-dire mixte ou hybride de l'Union européenne. Il la consacre, la codifie, l'amplifie même et confirme son irréductibilité aux modèles existants ».

des choses – ne peut être qu’une constitution qui ne soit pas une “constitution”. Le paradoxe s’approfondit encore si l’on considère que cette Europe a déjà une “constitution” »¹⁴⁰³.

SECTION 1 : L’ABSENCE DE MUTATION DU PRINCIPE DE PRIMAUTE

561.- Il s’agit ici de démontrer que le traité établissant une constitution pour l’Europe est toujours une constitution établie par mode conventionnel. Elle n’est pas devenue la constitution d’une entité étatique, imprimant sa suprématie, non seulement à l’ordre juridique qu’elle fonde, mais aussi aux ordres juridiques particuliers qui la composent. En ce sens, elle reste la constitution d’un ordre juridique composé, non étatique, comme en témoigne l’analyse de la consécration formelle du principe de primauté (I.) et de sa réception par les juridictions constitutionnelles nationales (II.). L’affirmation explicite de la primauté du droit de l’Union n’a en effet pas emporté de modification de la nature juridique du traité établissant une constitution pour l’Europe. Celui-ci reste formellement un traité représentant l’équivalent fonctionnel de la constitution de l’ordre juridique communautaire.

I. LA SIGNIFICATION DE LA CONSECRATION FORMELLE DU PRINCIPE DE PRIMAUTE

562.- La consécration textuelle de la primauté à l’article I-6 du traité établissant une constitution pour l’Europe constituait une avancée considérable sur laquelle le traité modificatif signé à Lisbonne est d’ailleurs revenue puisque la primauté est absente du corps des traités et ne fait l’objet que d’une simple déclaration¹⁴⁰⁴. L’avancée réalisée par le traité

¹⁴⁰³ Olivier JOUANJAN, « Ce que “donner une constitution à l’Europe” veut dire », *Cités*, n° 13/2003, pp. 21-35, spéc. p. 21.

¹⁴⁰⁴ La déclaration n°17 annexée au traité de Lisbonne se borne à rappeler que « selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l’Union européenne, les traités et le droit adopté par l’Union sur la base des traités priment le droit des Etats membres, dans les conditions définies par ladite jurisprudence ». A cette déclaration est annexé un avis du Service juridique du Conseil élaboré le 22 juin 2007, aux termes duquel « il découle de la jurisprudence de la Cour de justice que la primauté du droit communautaire est un principe fondamental dudit droit. Selon la Cour, ce principe est inhérent à la nature particulière de la Communauté européenne. A l’époque du premier arrêt de cette jurisprudence constante (CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64), la primauté n’était pas mentionnée dans le traité. Tel est toujours le cas actuellement. Le fait

établissant une constitution pour l'Europe réside tout d'abord dans le fait que l'ensemble des actes adoptés par les institutions de l'Union, y compris dans les domaines qui ne relevaient pas antérieurement du pilier communautaire bénéficient désormais explicitement d'une priorité d'application dans les ordres juridiques internes. De plus, placé en tête du traité, le principe de primauté se voit reconnaître une dimension symbolique forte, ainsi qu'une valeur structurante au sein de l'ordre juridique de l'Union. Cependant, l'affirmation de ce principe ne modifie pas selon nous l'analyse de la nature juridique du traité établissant une constitution pour l'Europe.

563.- En effet nous avons noté que bien que conclus sous la forme de traités internationaux, les traités originaires pouvaient recevoir une qualification constitutionnelle dans la mesure où, en plus de leurs caractéristiques matérielles, ils constituent la norme suprême de l'ordre juridique communautaire. Cependant, dans la mesure où leur suprématie ne s'étend pas aux ordres juridiques internes, ils ne peuvent être considérés comme la constitution d'un ordre juridique unique englobant les ordres juridiques étatiques. Nous avons fondé ces conclusions sur la différence existant entre la *suprématie*, principe structurel impliquant une véritable hiérarchie normative, sanctionnée par des rapports de validité entre la norme suprême et les normes qui en sont dérivées, et la *primauté*, simple règle de conflit de normes n'impliquant aucun rapport de hiérarchie ni de validité. Ainsi, même si la primauté est selon la Cour « absolue », en ce sens qu'elle prévaut à l'encontre des dispositions constitutionnelles, cette circonstance ne saurait remettre en cause le fait que les constitutions nationales forment la norme suprême de *leur* ordre juridique. La prise en compte des pouvoirs de la Cour de justice et particulièrement de l'incapacité pour cette juridiction d'invalider les normes de droit national qui seraient en contrariété avec le droit communautaire (ou de contraindre les juridictions nationales à le faire) avait permis de renforcer notre intuition à cet égard¹⁴⁰⁵.

564.- Or la consécration formelle du principe de primauté par le traité établissant une constitution pour l'Europe ne permet pas selon nous de modifier les conclusions auxquelles nous étions parvenues. Ainsi, l'article I-6 TECE ne fait qu'affirmer la *primauté* du

que le principe de primauté ne soit pas inscrit dans le futur traité ne modifiera en rien l'existence de ce principe ni la jurisprudence en vigueur de la Cour de justice ».

¹⁴⁰⁵ Voir *supra*, paragraphes 380.- et suivants.

droit communautaire, principe régissant les relations entre deux normes issues d'ordres juridiques distincts et qui entraîne des rapports d'opposabilité et non de hiérarchie entre les normes concernées. En acceptant par écrit que le traité et le droit qui en découle soient dotés d'une telle caractéristique, les Etats n'ont donc pas renoncé à ce que leur constitution soit la norme suprême de leur ordre juridique. La consécration formelle du principe de primauté doit être considérée comme juridiquement neutre, quelle que soit la portée conférée à ce principe.

565.- Pourtant, certains auteurs ont affirmé que la question de la nature du traité établissant une constitution pour l'Europe devait être liée au caractère absolu ou relatif du principe de primauté consacré par les traités. Or, dans la mesure où la déclaration n°1 annexée au traité précise que l'article I-6 « reflète la jurisprudence de la Cour de justice », la primauté devrait être comprise comme une primauté « absolue »¹⁴⁰⁶, la Cour ayant à maintes reprises jugé que le droit né du traité prime l'ensemble du droit interne, y compris constitutionnel¹⁴⁰⁷. C'est cette portée absolue du principe de primauté qui impliquerait dès lors la mutation du traité établissant une constitution européenne en *Grundnorm*¹⁴⁰⁸.

Cette affirmation ne saurait selon nous être soutenue. Comme nous l'avons montré précédemment¹⁴⁰⁹, la primauté implique la prévalence de l'ensemble des normes communautaires sur l'ensemble des normes nationales, même constitutionnelles, sans qu'aucune considération puisse y faire obstacle. L'autorité absolue et inconditionnelle qui s'attache au principe de primauté est cependant inhérente à sa définition et ne saurait remettre en cause la place des constitutions nationales au sommet des ordres juridiques étatiques. L'éventualité que certaines dispositions constitutionnelles doivent être écartées pour

¹⁴⁰⁶ Sur la notion de primauté « absolue », voir notamment Jean-Victor LOUIS, « La primauté, une valeur relative ? », *CDE*, 1995, pp. 23-28 et Hélène GAUDIN, « Primauté “absolue” ou primauté “relative” ? », in Hélène GAUDIN (Dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Paris, Economica, Aix-en Provence, PUAM, 2001, pp. 97-120

¹⁴⁰⁷ Cf. CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec.* p. 1141, spéc. p. 1158 : « le droit né du traité ne pourrait donc [...] se voir judiciairement opposer un texte interne *quel qu'il soit* » (italiques ajoutés). Voir aussi, pour une confirmation explicite, CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.* p. 533, spéc. pt. 3 : « l'invocation d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat ».

¹⁴⁰⁸ Voir en ce sens Michel CLAPIE, « Traité ou constitution ? A propos du projet de Constitution de l'Union européenne », *D.*, 2004, chron. pp. 1176-1178. Selon cet auteur, l'énonciation du principe de primauté implique une « *implacable subordination* des Etats membres à l'Union » (p. 1177), qui devrait entraîner, dès l'entrée en vigueur du traité constitutionnel, une « *transmutation juridique* du texte originellement élaboré à la manière d'un traité » (p. 1178). Voir aussi Armel PECHEUL, « La primauté du droit communautaire sur la constitution française : l'abrogation implicite de la constitution », in Olivier GOHIN et Armel PECHEUL (Dir.), *La nouvelle Union européenne. Approches critiques de la Constitution européenne*, Paris, éd. François-Xavier de Guibert, 2005, 182 pages, spéc. pp. 51-70.

¹⁴⁰⁹ Voir *supra*, paragraphe 370.-

permettre le passage du droit communautaire au sein des ordres juridiques internes ne saurait emporter la mutation des traités communautaires en une véritable constitution fédérale. Cette conclusion ne saurait être invalidée du seul fait de la consécration formelle du principe de primauté, qui doit être considérée comme juridiquement neutre. La primauté est en effet consubstantielle à toute construction normative se superposant aux ordres juridiques étatiques et, partant, son officialisation ne peut être considérée comme lui ayant conféré une portée autre que celle qui était antérieurement la sienne.

566.- De même, la prise en compte, imposée par la déclaration n° 1 annexée au traité, de la jurisprudence de la Cour relative aux obligations impliquées par le principe de primauté ne doit pas selon nous emporter de conséquences quant à la nature juridique du traité établissant une constitution pour l'Europe. Certes, la Cour s'est attachée à développer toutes les potentialités du principe de primauté, affirmant non seulement sa portée absolue et inconditionnelle mais aussi, de manière plus originale, les obligations que ce principe implique pour les juridictions nationales¹⁴¹⁰. En ce sens, en souscrivant à la déclaration n°1, les Etats membres se seraient engagés à mettre en œuvre, sur le plan interne, la primauté du droit communautaire. Là encore cependant la situation ne diffère pas de celle qui prévaut à l'heure actuelle, dans la mesure où une telle obligation existe déjà en droit communautaire, comme d'ailleurs plus généralement en droit international (même si, du fait des spécificités contentieuses du droit international, cette obligation est envisagée sous l'angle de la responsabilité internationale). En tout état de cause, cette obligation n'oblige pas les juridictions nationales à *invalidier* les normes nationales incompatibles avec les normes de droit communautaire mais simplement à faire prévaloir ces dernières en cas de conflit.

Le seul élément qui pourrait entraîner une modification de l'analyse réside dans la formulation adoptée par la Cour dans l'arrêt *Simmenthal*, selon laquelle la primauté du droit communautaire a pour effet « d'empêcher la formation *valable* de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec des normes communautaires »¹⁴¹¹. La référence faite à la *validité* des normes nationales, qui semble être conditionnée par leur compatibilité avec le droit communautaire, entraînerait une modification de la primauté, qui serait dès lors comprise non comme une simple règle de conflits de normes mais comme une règle de hiérarchie sanctionnant la valeur suprême des

¹⁴¹⁰ Voir *supra*, paragraphes 380.- et suivants.

¹⁴¹¹ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.* p. 629, spéc. pt. 17 (italiques ajoutés).

traités. Si une telle lecture de la jurisprudence de la Cour était avérée, alors la consécration formelle du principe de primauté signifierait le passage à un système fédéral dans lequel les traités institutifs devraient être considérés comme la norme suprême. Cependant, comme nous l'avons montré dans la première partie de cette étude¹⁴¹², la Cour est revenue, dans un arrêt rendu en 1998 sur renvoi préjudiciel du juge italien, sur la formulation en termes de validité esquissée par l'arrêt *Simmenthal*¹⁴¹³. Dès lors, la consécration formelle du principe de primauté ne permet pas d'assimiler ce principe à la suprématie dont sont dotées les constitutions étatiques et dont découlent des rapports de validité entre les normes qui leur sont inféodées.

567.- L'analyse des compétences de la Cour de justice semble confirmer cette analyse, dans la mesure où celles-ci n'ont pas été accrues par le traité établissant une constitution pour l'Europe. En particulier, le juge communautaire ne s'est pas vu conférer le pouvoir d'invalider les normes internes contraires au droit communautaire. Si la Cour de justice peut être comparée à une Cour constitutionnelle dans la mesure où elle est chargée de faire respecter la prévalence des traités originaires au sein de son ordre juridique, elle ne peut être assimilée à la Cour suprême d'un Etat fédéral dans la mesure où elle ne possède pas le pouvoir d'invalider les normes issues des ordres juridiques étatiques, ni de contraindre les juridictions nationales à le faire¹⁴¹⁴. Une incertitude pèse toutefois sur les arrêts *Köbler*¹⁴¹⁵ et *Commission contre Italie*¹⁴¹⁶, qui permettent respectivement de mettre en jeu la responsabilité de l'Etat devant les juges nationaux compétents ou d'engager une action en constatation de manquement devant la Cour de Luxembourg pour une violation du droit communautaire émanant d'une juridiction nationale. Ces décisions doivent cependant être lues comme un

¹⁴¹² Voir *supra*, paragraphe 379.-

¹⁴¹³ CJCE, 22 octobre 1998, *Ministero delle Finanze contre IN.CO.GE.90 Srl et a.*, aff. jointes C-10/97 à C-22/97, *Rec.* p. I-06307, spéc. pts. 20 et 21.

¹⁴¹⁴ Ainsi, nous refusons de considérer, à l'instar du professeur Gohin, que l'article I-6 implique une véritable « subordination » des normes internes, y compris constitutionnelles, au droit de l'Union, et que « la Cour de justice, cour suprême de l'ordre juridique communautaire, au sens de l'ordre juridique fédéral, veillera, en dernière instance, à ce qu'il en soit bien ainsi », Olivier GOHIN, « Conseil constitutionnel et Constitution européenne : les trois contradictions », *JCP A*, n° 53/2004, comm. n° 1847, pp. 1707-1710. La Cour de Luxembourg a d'ailleurs récemment réaffirmé le principe de séparation des ordres juridiques en déclarant irrecevables deux recours tendant respectivement à constater la violation d'une directive communautaire par la Cour de cassation française (CJCE (ord.), 16 mai 2008, *Raulin*, aff. C-454/07, non encore publié au *Recueil*) et à annuler un arrêt du Conseil d'Etat français (CJCE (ord.), 16 mai 2008, *Raulin*, aff. C-49/08, non encore publié au *Recueil*).

¹⁴¹⁵ CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec.* p. I-10239, *Annuaire de droit européen*, n° 1/2003, pp. 488-496, obs. Dominique RITLENG.

¹⁴¹⁶ CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c/ Italie*, aff. C-129/00, *Rec.* p. 14637, *Annuaire de droit européen*, n° 1/2003, pp. 496-500, obs. Dominique RITLENG.

raffinement supplémentaire de l'arsenal dont dispose la Cour de justice pour faire respecter la primauté du droit communautaire par les juridictions nationales et non comme un moyen de contraindre les Etats à mettre leur constitution en conformité avec le droit communautaire, même si la perspective d'une action en responsabilité ou de l'injonction, parfois accompagnée d'une astreinte à faire cesser le manquement imputable aux juridictions nationales, peut constituer une incitation forte à agir en ce sens.

568.- En définitive, si le traité établissant une constitution pour l'Europe peut être qualifié de constitution, c'est toujours dans un sens « minimaliste », parce que le traité constitue la norme suprême *de l'ordre juridique de l'Union européenne*. Dans la mesure où la primauté ne peut développer ses effets en dehors de cet ordre juridique, le traité établissant une constitution pour l'Europe ne peut être assimilé à la constitution d'un ordre juridique global, dont les constitutions nationales tireraient leur fondement de validité¹⁴¹⁷.

On peut d'ailleurs émettre l'hypothèse selon laquelle la notion de constitution serait applicable à tout acte juridique constituant la norme suprême d'un ordre juridique, dès lors que certaines caractéristiques matérielles sont présentes (l'idée de droit, notamment). Au sein de cette catégorie de constitution, il conviendrait de distinguer les constitutions basées sur un acte unilatéral du peuple et les constitutions basées sur un acte plurilatéral¹⁴¹⁸, soit des Etats (c'est le cas des traités fondateurs et du traité établissant une constitution pour l'Europe), soit du peuple (il s'agit ici du pacte constitutionnel). Lorsque la constitution est basée sur un acte unilatéral du peuple, elle fonde alors un Etat et constitue la norme juridique suprême de l'ordre juridique étatique. Il y a alors véritable suprématie (et non plus simple primauté) et la

¹⁴¹⁷ En ce sens, voir Loïc AZOULAI, « La Constitution et l'intégration, les deux sources de l'Union européenne en formation », *RFDA*, 2003, pp. 859-875, spéc. p. 869 : « la Constitution européenne a pour fonction essentielle de *justifier* et de *légitimer* la capacité très forte, de nature étatique, dont dispose déjà l'Union. Elle ne cherche pas du tout à unifier les ordres juridiques de l'Union au profit d'un "nouvel ordre constitutionnel global" ».

¹⁴¹⁸ Voir en ce sens Olivier BEAUD, « La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération », in Jean-François KERVEGAN et Heinz MOHNHAUPT (Dir.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie : Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et la philosophie*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1999, 394 pages, pp. 197-270, spéc. p. 255 : « une Constitution est passible de deux formes juridiques d'existence, l'un comme acte unilatéral, l'autre comme contrat ou pacte ». Voir aussi Elisabeth ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel, contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *RCADI*, tome 294 (2002), pp. 49-155, spéc. p. 112 : « constitutions d'Etats et constitutions de Fédérations d'Etats ne sont pas de même nature. Cette distinction est inévitable sauf à considérer que les peuples fédérés sont fondus comme le peuple d'un Etat unitaire dans une masse commune ».

constitution peut accéder à la dignité de Constitution, la majuscule révélant la différence qualitative avec les autres types de constitutions¹⁴¹⁹.

569.- Par conséquent, la consécration du principe de primauté ne permet pas de modifier l'acception de la nature juridique du traité établissant une constitution pour l'Europe. En ce sens, elle est juridiquement neutre, au moins quant à la portée de ce principe¹⁴²⁰. Cependant, en pratique, cette consécration formelle a soulevé des questions relatives à la compatibilité du principe de primauté avec les constitutions nationales. Pour conclure à l'absence d'incompatibilité, les juridictions nationales se sont livrées à une lecture particulière du principe de primauté, aboutissant à confirmer sa portée relative au sein de l'ordre juridique interne.

Cette lecture relative du principe de primauté, par les juridictions nationales, prouve que l'on ne peut envisager ce principe de manière globale, mais que l'on doit distinguer sa portée en fonction de l'ordre juridique (communautaire ou interne) dans lequel on se trouve¹⁴²¹.

II. L'INTERPRETATION JURISPRUDENTIELLE DU PRINCIPE DE PRIMAUTE

570.- Les juridictions constitutionnelles nationales, confrontées à la question de la compatibilité du traité établissant une constitution pour l'Europe avec la norme suprême de leur ordre juridique, auraient pu se baser sur la seule différence existant entre primauté et suprématie pour valider la consécration textuelle de ce principe. L'article I-6 énonçant une

¹⁴¹⁹ En ce sens, l'orthographe correcte serait « traité établissant une constitution pour l'Europe », et non « traité établissant une Constitution pour l'Europe ».

¹⁴²⁰ Nous avons en effet noté une extension du champ d'application de ce principe à l'ensemble des règles qui appartenaient antérieurement aux piliers non communautaires.

¹⁴²¹ Paul CASSIA se livre à une telle distinction, voir « L'article I-6 du traité établissant une constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes », *JCP A*, n° 48/2004, pp. 1508-1514. De même, Loïc Azoulai a montré que « tant que l'Union n'est pas un Etat fédéral, il faut accepter que chaque ordre constitutionnel ait la capacité d'établir son propre point de vue sur les relations entre les normes d'origine extérieure et ses normes considérées comme fondamentales », Loïc AZOULAI, « La Constitution et l'intégration, les deux sources de l'Union européenne en formation », *op. cit.*, spéc. p. 867. Denis Alland mentionne aussi le « dédoublement du principe de primauté », Denis ALLAND, « A la recherche de la primauté du droit communautaire », *Droits*, n° 45/2007, pp. 109-125, spéc. p. 119.

simple règle de conflit entre normes issues de deux ordres juridiques distincts, il ne saurait, comme cela a cependant été avancé par certains auteurs¹⁴²², remettre en cause la place de la constitution au sommet de l'ordre juridique interne. L'acceptation « absolue » de ce principe, issue de la jurisprudence de la Cour et transcrite au cœur du traité ne modifie pas l'analyse. Le traité n'ayant conféré pas à la Cour le pouvoir d'invalider les normes nationales contraires au droit communautaire, ni celui de casser les décisions des juridictions nationales, la primauté ne peut se muer en véritable suprématie.

D'ailleurs, bien qu'en des termes distincts, le Conseil constitutionnel français et le Tribunal constitutionnel espagnol ont débuté ainsi leur étude du principe de primauté. Le Tribunal constitutionnel espagnol, dans sa déclaration du 13 décembre 2004, a en effet amorcé son raisonnement relatif à l'article I-6 en notant qu'« une telle primauté ne s'affirme nullement comme une supériorité hiérarchique, mais comme une “exigence essentielle” »¹⁴²³. De manière plus elliptique, le Conseil constitutionnel français a jugé que les caractéristiques du nouveau traité étaient « sans incidence sur l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne »¹⁴²⁴, témoignant ainsi de l'absence de pertinence d'une approche fondée sur la hiérarchie des normes.

Cependant, ces deux juridictions ne se sont pas arrêtées à ces considérations mais ont poursuivi leur raisonnement afin de minimiser davantage la portée de l'article I-6.

571.- En effet, le réalisme politique implique de considérer ce que la distinction théorique existant entre primauté et suprématie peut avoir d'artificiel dès lors que sont en jeu des dispositions essentielles de la constitution. Dans cette hypothèse, peu importe que la disposition constitutionnelle soit simplement laissée inappliquée et nullement invalidée. Même si la constitution ne peut être considérée comme hiérarchiquement inférieure au droit communautaire, le simple fait qu'elle s'efface pour permettre le passage du droit communautaire peut apparaître comme une restriction inadmissible des prérogatives du peuple souverain. Certains auteurs ont même prétendu que la primauté du droit

¹⁴²² Cf. Olivier GOHIN, « Conseil constitutionnel et Constitution européenne : les trois contradictions », *JCP A*, n° 53/2004, comm. n° 1847, pp. 1707-1710. Voir aussi sens Michel CLAPIE, « Traité ou constitution ? A propos du projet de Constitution de l'Union européenne », *D.*, 2004, chron. pp. 1176-1178.

¹⁴²³ Déclaration du tribunal constitutionnel espagnol du 13 décembre 2004 sur la compatibilité du traité établissant une constitution pour l'Europe avec la Constitution espagnole, reproduite in *RFDA*, 2005, pp. 43-55, spéc. pt. 3.

¹⁴²⁴ Cons. const., décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une constitution pour l'Europe, *Rec.* p. 173.

communautaire sur les normes constitutionnelles nationales, obligeant toute autorité nationale à écarter la norme constitutionnelle s'opposant au plein effet de la norme issue des traités, équivaldrait à contourner la procédure de révision prévue par la constitution. Si nous ne pouvons souscrire à une telle analyse, dans la mesure où l'inapplication d'une norme constitutionnelle ne saurait aboutir à la suppression de l'ordonnancement juridique, une telle situation pose tout de même la question de l'effectivité de la norme suprême, particulièrement lorsque le noyau dur de la constitution est en cause.

572.- C'est sur la base de ces considérations que les juridictions nationales se sont livrées à une relecture du principe de primauté doublement tempérée, par une analyse « contextualisée » de l'article I-6, d'une part et par l'internalisation de cet article au sein des constitutions nationales, d'autre part (A.). Il convient tout de suite de noter que ce n'est pas une modification de la nature du principe de primauté, induite par sa formalisation, qui est à l'origine de ces solutions jurisprudentielles. Cependant, sa consécration formelle semble avoir cristallisé les hypothèses de conflit, et mené à une telle prise de position défensive des juridictions nationales¹⁴²⁵. En tout état de cause, bien que ces jurisprudences nous paraissent contestables sur le plan juridique, elles placent sur le devant de la scène le problème de l'identité nationale auquel la construction communautaire devra s'atteler si elle entend poursuivre sa progression (B.).

A. La relecture du principe de primauté par les juridictions nationales

Les juridictions nationales¹⁴²⁶ qui se sont prononcées sur le traité établissant une constitution pour l'Europe ont déterminé la portée du principe de primauté à la lueur des

¹⁴²⁵ M. Paul Cassia avait déjà mis cette éventualité en évidence, notant que « la confrontation du principe écrit de primauté avec d'autres dispositions du traité et son appréhension par les juridictions nationales pourraient en l'occurrence avoir un effet inverse à celui généralement admis, et en réalité affaiblir l'étendue de la primauté du droit de l'Union européenne sur les droits nationaux », Paul CASSIA, « L'article I-6 du traité établissant une constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes », *op. cit.*, p. 1764.

¹⁴²⁶ Voir la décision du Conseil constitutionnel du 19 novembre 2004, précitée, la déclaration du Tribunal constitutionnel espagnol du 13 décembre 2004, précitée, l'avis du Conseil d'Etat belge du 15 février 2005, publié in Francis DELPEREE, « Le Conseil d'Etat de Belgique et le Traité établissant une Constitution pour l'Europe », *RFDA*, 2005, pp. 242- 248, et l'avis du Conseil d'Etat luxembourgeois du 22 mars 2005 (disponible sur le site www.ce.etat.lu).

autres dispositions du traité¹⁴²⁷ (1.) et dans le cadre de l'ordre juridique interne censé lui conférer sa force juridique (2.).

1. La lecture contextualisée du principe de primauté

573.- L'affirmation du principe de primauté a généralement été lue en liaison avec la déclaration n°1 annexée au traité, aux termes de laquelle l'article I-6 « reflète la jurisprudence existante de la Cour » et partant ne lui confère pas une portée autre que celle qui était antérieurement la sienne. Le rapprochement entre l'article I-6 et la déclaration annexée au traité permettrait en quelque sorte de rabaisser la consécration formelle du principe de primauté à une affirmation de nature purement déclarative destinée à n'avoir aucun effet juridique. Or une simple déclaration, n'ayant qu'une valeur politique, ne saurait produire de tels effets. De plus, il convient de noter l'ambiguïté de cet ajout, dont la signification est susceptible d'interprétations divergentes en fonction de la portée conférée à l'adjectif « existante ». Cette référence peut avoir pour but de stabiliser la solution énoncée par la Cour dans l'arrêt Costa, l'empêchant de se développer outre mesure, mais elle peut aussi avoir été pensée pour dissuader le juge communautaire de revenir sur les conséquences de la primauté (dans ce dernier cas cet ajout pourrait se comprendre comme étant essentiellement dictée par l'adhésion de nouveaux membres moins acquis à la cause de l'uniformité du droit de l'Union). Dans tous les cas il ne semble pas possible de déduire de la déclaration n°1 relative au principe de primauté une conséquence claire quant à la portée de l'article I-6.

574.- Ensuite les juridictions constitutionnelles ont fait intervenir d'autres dispositions du traité, telles que l'article I-5 ou encore l'article I-60 relatif au droit de retrait, dispositions censées refléter l'intention des auteurs du traité. L'invocation de ces articles est clairement destinée à démontrer que l'article I-6 ne saurait avoir pour effet de porter atteinte aux constitutions nationales. Le raisonnement qui sous-tend l'argument est le suivant. La présence de ces articles qui pour l'un dispose que l'Union respecte l'identité nationale des Etats « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles » et pour

¹⁴²⁷ Une telle lecture du principe de primauté avait été proposée par la doctrine avant la décision du Conseil constitutionnel du 19 novembre 2004, précitée. Voir Paul CASSIA, « L'article I-6 du traité établissant une constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes », *JCP A*, n° 48/2004, pp. 1508-1514.

l'autre permet à tout Etat de décider unilatéralement de se retirer de l'Union européenne, démontre à suffisance que l'Union européenne est fondée sur des Etats qui n'ont pas entendu renoncer à leur étaticité par cette intégration. Du maintien par les Etats de leur souveraineté, tangible dans les dispositions citées, les juridictions constitutionnelles nationales ont déduit la valeur relative du principe de primauté. Cette jurisprudence est cependant contestable dans la mesure où, comme nous l'avons montré ci-dessus, le caractère absolu de la primauté est tout à fait compatible avec la valeur hiérarchique suprême des constitutions nationales et partant avec le maintien des Etats.

Cette lecture contextualisée de l'article I-6 du traité a été assortie d'une appréhension internalisée du principe de primauté, aboutissant à en restreindre considérablement la portée.

2. La lecture internalisée du principe de primauté

575.- Si l'article I-6 a pu être déclaré compatible avec les constitutions nationales, c'est sur la base des dispositions constitutionnelles elles-mêmes qui, en permettant la participation aux Communautés et à l'Union européennes, ont accepté les principes sur lesquels elles sont basées et partant le principe de primauté. Une telle prise de position, si elle a permis de valider le traité constitutionnel, a cependant conduit les juridictions française et espagnole à revisiter les rapports existant entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique interne.

576.- En France, le Conseil constitutionnel a validé l'article I-6 en se référant aux décisions qu'il a lui-même rendues à l'été 2004¹⁴²⁸ et qui sont fondées sur une acception limitée de l'article 88-1 de la constitution de 1958. Il ressort en effet de ces solutions jurisprudentielles que l'article 88-1 permet le passage au sein de l'ordre juridique interne de l'ensemble des normes de droit communautaire. Quant à l'effet de ces normes en droit interne, elle est régie par un principe de primauté c'est-à-dire de préférence d'application qui découle nécessairement de la participation à l'Union européenne. En revanche, cette prévalence ne saurait jouer à l'égard d'une « disposition expresse spécifique contraire de la

¹⁴²⁸ Cons. const., décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, *Rec.* p. 101. Voir aussi Cons. const., décision n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, *Rec.* p. 107.

constitution »¹⁴²⁹ ou, comme le Conseil constitutionnel l'a précisé ultérieurement, à l'encontre d'un « principe inhérent à l'identité constitutionnelle française »¹⁴³⁰. Concrètement, cela signifie que le Conseil constitutionnel pourra être amené à vérifier la constitutionnalité de lois de transposition d'une directive communautaire et le cas échéant, à faire prévaloir la constitution sur la loi dès lors qu'est en jeu le noyau dur de la constitution française. La primauté du droit communautaire, « passée au tamis de la Constitution française »¹⁴³¹, subit donc une restriction de sa portée initiale puisque son effectivité n'est pas garantie à l'encontre de toutes les dispositions de la constitution. A l'été 2004, le Conseil constitutionnel a donc adopté une lecture « relative » du principe de primauté, découlant selon lui de la volonté du constituant exprimée dans l'article 88-1 de la constitution. En novembre 2004, interrogé sur la compatibilité avec la constitution du traité établissant une constitution pour l'Europe, le Conseil constitutionnel s'est appuyé sur cette jurisprudence pour juger que la lecture du principe de primauté imposée par l'article 88-1 de la constitution correspondait en tous points au principe consacré par l'article I-6 et interprété dans son contexte (notamment par rapport à l'article I-5 du traité constitutionnel). Ce rapprochement entre les deux interprétations du principe de primauté a permis au juge constitutionnel français d'affirmer que la formalisation du principe de primauté n'avait pas modifié la portée qui était antérieurement la sienne et qui avait déjà été intégrée au sein de l'article 88-1. Par conséquent, l'article I-6 n'exige aucune révision de la constitution.

577.- Le Tribunal constitutionnel espagnol est de même parti de l'analyse de l'article 93 de la constitution espagnole, qui « opère comme une charnière par laquelle [la] Constitution ouvre la porte à l'entrée, dans [le] système constitutionnel, d'autres ordres juridiques, *via* la cession de l'exercice de compétences découlant de la Constitution »¹⁴³². Par cet article s'est ainsi trouvé « intégré dans l'ordre juridique espagnol un système normatif

¹⁴²⁹ Cons. const., décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *op. cit.*, spéc. cons. 7 ; Cons. const., décision n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, *op. cit.*, spéc. cons. 18.

¹⁴³⁰ Cons. const., décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, *Rec.* p. 88, spéc. cons. 19. Voir aussi Cons. const., décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie, *Rec.* p. 120, spéc. cons. 6.

¹⁴³¹ Denys SIMON, « L'examen, par le Conseil constitutionnel du traité portant établissement d'une Constitution pour l'Europe : fausses surprises et vraies confirmations », *Europe*, février 2005, étude n° 2, pp. 6-9, spéc. p. 7.

¹⁴³² Déclaration du Tribunal constitutionnel espagnol du 13 décembre 2004, précitée, spéc. pt. 2.

autonome, doté d'un régime d'applicabilité spécifique fondé sur le principe de prévalence de ses propres dispositions *sur n'importe quelle autre dans l'ordre interne* »¹⁴³³.

Cependant, le juge constitutionnel espagnol a affirmé dans un second temps la nécessité de dépasser la seule « logique organico-procédurale »¹⁴³⁴ de l'article 93 de la constitution et de l'envisager sous l'angle *matériel* dans la mesure où « le transfert constitutionnel que l'article 93 permet a, à son tour, des limites matérielles qui s'imposent au transfert lui-même [...] et qui se traduisent dans le respect de la souveraineté de l'Etat, de nos structures constitutionnelles de base et du système de valeurs et de principes fondamentaux consacrés dans notre constitution »¹⁴³⁵. Ces limites ne sont cependant atteintes ni par la substance du traité constitutionnel, ni par l'exigence de primauté du droit de l'Union qu'il consacre, dans la mesure où le traité constitutionnel lui-même prend en compte ces dispositions constitutionnelles essentielles¹⁴³⁶.

En dépit de cette congruence matérielle entre les constitutions nationales et le traité constitutionnel ayant permis de valider le principe de primauté, le juge constitutionnel espagnol a finalement évoqué l'hypothèse, jugée « difficilement concevable », d'une collision frontale entre le droit communautaire et une disposition essentielle de la constitution. Dans ce cas, si la compétence de principe appartient à la Cour de Luxembourg selon les voies de droit qui lui sont conférées par le traité, une inaction de sa part autoriserait le tribunal constitutionnel espagnol à intervenir lui-même, « selon les procédures constitutionnelles pertinentes », afin d'assurer « la sauvegarde de la souveraineté du peuple espagnol et de la suprématie dont celui-ci a doté la Constitution »¹⁴³⁷. En tout état de cause, le droit de retrait, prévu à l'article I-60, permettrait en dernier ressort de préserver la souveraineté du peuple.

578.- Au final, les deux juridictions ont été amenées, pour valider l'affirmation explicite de la primauté du droit de l'Union, à formuler des réserves de constitutionnalité à la pleine effectivité de ce principe lorsque sont en cause des dispositions formant le noyau dur

¹⁴³³ *Ibid.*, pt. 4 (italiques ajoutés).

¹⁴³⁴ *Ibid.*, pt. 2. Voir sur cette question Laurence BURGORGUE-LARSEN, « La déclaration du 13 décembre 2004 : un *Solange* II à l'espagnole », CCC, n° 18/2004-2005, pp. 154-161.

¹⁴³⁵ Déclaration du Tribunal constitutionnel espagnol du 13 décembre 2004, précitée, spéc. pt. 2.

¹⁴³⁶ Voir, *ibid.*, pt. 3 : « les limites auxquelles se réfèrent les réserves émises par les diverses juridictions constitutionnelles apparaissent aujourd'hui proclamées sans équivoque par le Traité lui-même qui est soumis à notre examen, lequel est parvenu à adapter ses dispositions aux exigences des Etats membres ».

¹⁴³⁷ *Ibid.*, pt. 4.

de la constitution. Les juridictions française et espagnole rejoignent ainsi les juridictions allemande, italienne et danoise quant à la possibilité de contrôler la constitutionnalité du droit dérivé par rapport aux principes constitutionnels inhérents à l'identité nationale ou aux droits fondamentaux. Ces solutions jurisprudentielles s'appuient sur la reconnaissance, par ces juridictions, de leur propre compétence pour interpréter le traité qui, bien que résiduelle, porte atteinte au monopole dont dispose théoriquement la Cour et sont donc juridiquement contestables.

B. L'examen critique de la lecture du principe de primauté par les juridictions nationales

579.- Les réserves de constitutionnalité émises par les juridictions nationales, censées être permises par une lecture du principe de primauté à la lueur de l'article I-5 TECE, doivent faire l'objet d'un examen critique. La principale objection que l'on peut leur adresser réside dans les conséquences qu'elles déduisent de l'examen combiné des articles I-5 et I-6 du traité établissant une constitution pour l'Europe¹⁴³⁸.

En effet, si la conjonction faite entre ces deux dispositions se limite au constat selon lequel l'affirmation du principe de primauté ne saurait entraîner la disparition des Etats, alors nous y souscrivons assurément, tout en notant que le simple rappel de la distinction existant entre primauté et suprématie eût abouti au même résultat¹⁴³⁹.

En revanche, nous ne saurions adhérer aux conséquences qui ont parfois été déduites de ce raisonnement, selon lesquelles l'article I-5 habiliterait les juridictions nationales à contrôler le respect de la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres¹⁴⁴⁰

¹⁴³⁸ En cela, d'ailleurs, constitue une avancée le traité de Lisbonne qui disjoint l'énoncé de la primauté du droit de l'Union de l'article relatif à la protection de l'identité nationale des Etats.

¹⁴³⁹ En effet, la primauté (par essence absolue) ne saurait constituer un obstacle au maintien des Etats au sein de l'ordre juridique communautaire, dans la mesure où elle n'emporte pas de conséquences sur le rang hiérarchique réciproque des constitutions nationales et du traité établissant une constitution pour l'Europe.

¹⁴⁴⁰ C'est l'avis des auteurs du rapport de la Chambre des Lords du 15 mars 2004, cf. House of Lords, European Union Committee, 6th report, *The future role of the European Court of Justice*, 50 pages, spéc. p. 26 : « The draft Treaty does, however, reaffirm and strengthen the position of the national courts by seeking to define the division of competences and by restating, explicitly, the principle of conferral » [le projet de traité, cependant, réaffirme et renforce la position des juridictions nationales en cherchant à définir la répartition des compétences et en posant explicitement le principe d'attribution] (traduit par nos soins).

ou à s'octroyer un « pouvoir de veto »¹⁴⁴¹ sur l'application effective du droit de l'Union par le biais du contrôle de constitutionnalité du droit dérivé. Cette interprétation ne saurait être validée par l'incise glissée au cœur de l'article I-6 selon laquelle la primauté ne vaut que « dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à [l'Union] ». En effet, cette précision ne peut être que descriptive et signifie seulement que le principe de primauté voit son champ d'application (et non sa portée) limité à la sphère des compétences communautaires¹⁴⁴². De plus, l'article IV-438 précise que « la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance relative à l'interprétation et à l'application des traités [...] reste, *mutatis mutandis*, la source de l'interprétation du droit de l'Union ». La solution posée par l'arrêt Foto-Frost¹⁴⁴³ selon laquelle la Cour de justice est seule compétente pour déclarer l'invalidité d'un acte communautaire de droit dérivé reste donc applicable, en dépit de l'abrogation des traités. Enfin, le système des voies de recours n'ayant pas subi de modifications, il paraît fondé de penser que les rédacteurs du traité ont entendu perpétuer le monopole de l'interprétation du droit communautaire dont dispose la Cour de justice. Partant, celle-ci doit être considérée comme étant chargée du contrôle de la répartition des compétences et du contrôle de la conformité du droit communautaire dérivé par rapport aux droits fondamentaux et aux éléments qui relèvent de l'identité nationale et constitutionnelle des Etats.

580.- En définitive, si l'article I-5 oblige les institutions de l'Union à respecter l'identité nationale et constitutionnelle des Etats membres¹⁴⁴⁴, il n'habilite pas les juridictions nationales à en assurer le respect en limitant la portée du principe de primauté. Cependant, bien que juridiquement contestable, l'interprétation des juridictions constitutionnelles nationales ne peut être remise en cause au sein de l'espace constitutionnel européen. En effet, le juge communautaire n'a pas les moyens de contraindre ses homologues nationaux à faire amende honorable.

¹⁴⁴¹ Selon l'expression utilisée par Damian CHALMERS, « Judicial preferences and the Community legal order », *Modern Law Review*, n° 60/1997, pp. 164-199, spéc. p. 180.

¹⁴⁴² Voir en ce sens, Dominique RITLENG, « Le principe de primauté du droit de l'Union », *RTDE*, n° 41/2005, pp. 285-303, spéc. p. 302. Voir aussi Marie GAUTIER et Fabrice MELLERAY, « Le champ d'application matériel, limite à la primauté du droit communautaire ? » *RAE-LEA*, n° 1/2003-2004, pp. 27-36.

¹⁴⁴³ CJCE, 22 octobre 1987, Foto-Frost, aff. 314/85, *Rec.* p. 4199.

¹⁴⁴⁴ Voir en ce sens Dominique RITLENG, « Le principe de primauté du droit de l'Union », *op. cit.*, p. 303, selon qui l'article I-5 peut être compris comme une « codification du principe jurisprudentiel d'autonomie institutionnelle ».

581.- Par conséquent, depuis l'affirmation par certaines juridictions constitutionnelles nationales de leur compétence théorique pour juger de la constitutionnalité du droit communautaire dérivé, deux acceptions du principe de primauté¹⁴⁴⁵ informent l'espace constitutionnel européen : l'acception communautaire, absolue, externe et interne, déduite par la Cour de justice des caractéristiques propres de l'ordre juridique communautaire (et constitutionnalisée par le traité établissant une constitution pour l'Europe) et une version relative, découlant d'une interprétation constructive des clauses d'ouverture des constitutions nationales. Si cette situation peut paraître problématique au vu de la nécessaire uniformité du droit communautaire, elle devrait perdurer tant que subsistera le mécanisme de coopération judiciaire consacré par les traités. En tout état de cause, la configuration actuelle n'est pas forcément attentatoire à l'idée d'œuvre initiale¹⁴⁴⁶ pour peu que certaines règles de conduite soient respectées.

582.- La solution, en attendant une réforme plus substantielle des traités sur ce point¹⁴⁴⁷, peut résider dans ce que M. Maduro nomme le *contrapunctual law*¹⁴⁴⁸, qui consiste dans la mise en lumière de principes obligeant l'ensemble des acteurs juridiques et visant à maintenir le pluralisme inhérent à la construction communautaire tout en minimisant les risques de contradictions entre les solutions jurisprudentielles. Ces principes tendent à contraindre les différentes juridictions à justifier leurs décisions en prenant en compte leur appartenance à un ensemble juridique intégré et cohérent et à constamment ajuster leurs

¹⁴⁴⁵ Cette coexistence de deux acceptions du principe de primauté reflète le pluralisme juridique de la construction communautaire. En ce sens, voir Laurence BURGORGUE-LARSEN, « La déclaration du 13 décembre 2004 : un *Solange II* à l'espagnole », *CCC*, n° 18/2004-2005, pp. 154-161. Voir aussi Karine CAUNES, « La nature du système juridique européen : retour sur le principe de primauté », in Jacques ZILLER (Dir.), *L'eupéanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, actes du colloque des 9 et 10 mai 2003, Paris, L'Harmattan, 2003, pp. 281-298, spéc. p. 288 : « la pluralité des interprétations existantes du principe de primauté du droit de l'Union constitue le reflet du pluralisme intrinsèque du système juridique européen ».

¹⁴⁴⁶ Il convient à cet égard de noter que l'affirmation de l'existence de réserves de constitutionnalité a permis aux juridictions nationales de valider la progression de l'intégration communautaire.

¹⁴⁴⁷ Une solution adéquate pourrait découler de la reconnaissance et de la garantie, au niveau communautaire, de véritables droits fondamentaux des Etats membres à la protection de leur identité constitutionnelle. En effet, la primauté « absolue » étant inhérente à tout système juridique composé, il convient de faire en sorte que les dispositions formant le noyau dur des constitutions étatiques ne puissent être laissées inappliquées. La solution peut alors consister en la protection, par la Cour de justice, de ces dispositions constitutionnelles essentielles, au besoin à l'encontre du droit communautaire.

¹⁴⁴⁸ Cette expression peut être traduite par « droit contrapuntique » et fait référence, comme nous l'avons déjà noté, à la technique du contrepoint. Voir Miguel Pinares MADURO, « Contrapunctual law : Europe's constitutional pluralism in action », in Neil WALKER (Dir.), *Sovereignty in transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 501-537. Voir aussi, pour une application de la grille de lecture mise au point par M. Maduro aux décisions des cours constitutionnelles nationales relatives au mandat d'arrêt européen, Jan KOMAREK, « European constitutionalism and the European arrest warrant : in search of the limits of "contrapunctual principles" », *CML Rev.*, n° 44/2007, pp. 9-40.

interprétations à celles des autres acteurs juridictionnels, chaque niveau de juridiction devant tenter de parvenir à une solution équivalente à celle des autres juridictions, peu important à cet égard que la justification ne soit pas la même¹⁴⁴⁹. Dans l'ensemble, il nous semble que la Cour de justice, d'une part, et les juridictions nationales, d'autre part, s'efforcent de respecter ces prescriptions minimales. Ainsi, la jurisprudence de la Cour de justice relative aux droits fondamentaux peut être lue comme un ajustement de ses préférences conditionné par la prise en compte de la position des cours constitutionnelles allemande et italienne. De même, la limitation dans le temps des effets de l'annulation des dispositions polonaises opérant la réception de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, combinée à l'appel au législateur constitutionnel, ont permis à la juridiction suprême polonaise de concilier sauvegarde des libertés fondamentales et respect des obligations communautaires de cet Etat¹⁴⁵⁰. Enfin, en dépit des vives critiques suscitées par les réserves de constitutionnalité consacrées par les juridictions nationales, il faut noter que celles-ci ont permis de valider le principe de primauté du droit communautaire et de conférer une immunité constitutionnelle de principe au droit communautaire dérivé. En somme, malgré une justification peu conforme à l'orthodoxie communautaire le résultat visé par la Cour de justice, à savoir l'uniformité d'application du droit communautaire, ne devrait pas pâtir des prises de position des juridictions nationales.



583.- En définitive, la consécration formelle du principe de primauté par le traité constitutionnel est neutre quant à sa portée et ne remet pas en cause, pas plus qu'elle n'amplifie, la nature constitutionnelle de ce texte. L'hypothèse de la (simple) refondation des traités originaires par le traité établissant une constitution pour l'Europe est par là même renforcée.

¹⁴⁴⁹ Miguel Poiars MADURO, « Contrapunctual law : Europe's constitutional pluralism in action », *op. cit.*, p. 525.

¹⁴⁵⁰ Tribunal constitutionnel polonais, 27 avril 2005, Application du mandat d'arrêt européen aux citoyens polonais, P 1/05, texte intégral de la décision disponible à l'adresse suivante : http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/summaries_assets/documents/P_1_05_full_GB.pdf.

584.- Quant aux réactions défensives des juridictions nationales provoquées par l'affirmation explicite de la primauté du droit de l'Union, elles ne devraient pas être préjudiciables à l'idée de droit, pourvu que chaque autorité juridictionnelle agisse dans un esprit de cohésion. Elles permettent pour partie d'expliquer pourquoi le traité modificatif signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 n'a pas repris l'article I-6 du traité établissant une constitution pour l'Europe, l'énonciation du principe de primauté étant en effet destinée à faire l'objet d'une simple déclaration annexée aux traités¹⁴⁵¹.

L'incidence de la consécration explicite du principe de primauté sur la nature juridique du traité établissant une constitution pour l'Europe ayant été éclaircie, il convient de montrer que ses dispositions matérielles aménagent une véritable refondation de l'intégration européenne dans la mesure où elles tendent à approfondir l'idée de droit initiale.

SECTION 2 : L'APPROFONDISSEMENT DE L'IDEE DE DROIT INITIALE

585.- Si la consécration expresse du principe de primauté ne permet pas de conclure à la modification de la nature juridique du traité établissant une constitution pour l'Europe, l'analyse de son contenu invite à une autre analyse. En effet, la notion de refondation doit ici être employée dans un sens plus dynamique, afin de montrer que si l'idée d'œuvre a été maintenue dans le traité établissant une constitution pour l'Europe, elle s'est indéniablement clarifiée et étoffée. Plus particulièrement, il nous semble que le traité issu des travaux de la Convention peut être globalement considéré comme réalisant une progression en direction de l'affirmation de l'idée fédérale qui sous-tend le processus d'intégration depuis ses débuts, c'est-à-dire de la volonté d'associer plusieurs entités politiques souhaitant conserver leur existence propre dans un ensemble plus vaste. Plus précisément, l'Union européenne semble prendre les traits d'une Union des Etats et des peuples, forme de Fédération bâtie sur deux sources de légitimité distinctes. Cependant, si le le traité établissant une constitution pour l'Europe et le traité de Lisbonne contiennent des dispositions conformes à ce qu'enseigne la

¹⁴⁵¹ Déclaration n° 17 insérée à l'acte final du traité de Lisbonne. Sur cette déclaration, voir Frédérique MICHEA, « La primauté du droit de l'Union à la lumière du traité de Lisbonne », *RMCUE*, 2008, pp. 446-447.

théorie de la Fédération, certaines caractéristiques de cette association politique originale leur font encore défaut.

586.- Les commentaires des dispositions du traité constitutionnel étant pléthoriques¹⁴⁵², nous ne nous livrerons pas à une analyse exhaustive du texte tel qu'il a été préparé par la Convention puis modifié et adopté par la conférence intergouvernementale mais nous limiterons notre analyse à ses dispositions les plus marquantes, afin d'étayer notre raisonnement. Tout au long de cette étude, nous mentionnerons en contrepoint les éventuels reprises ou abandons réalisés par le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007. Cette étude conjointe nous permettra de dresser un bilan comparé des deux textes et de voir si ce nouveau traité peut donner lieu aux mêmes conclusions tenant à la perpétuation de l'idée de droit ainsi qu'à l'approfondissement de celle-ci en direction de l'idée fédérale.

Auparavant, il convient de rappeler brièvement les principales réalisations du traité établissant une constitution pour l'Europe et de dresser un rapide inventaire des changements envisagés par le traité de Lisbonne.

587.- S'agissant de la structure tout d'abord, le traité constitutionnel a clairement été conçu dans l'optique d'une correspondance maximale avec le prescrit constitutionnel, qui fait de la constitution un document unique contenant les dispositions relatives aux institutions et à la garantie des droits applicables dans un Etat donné. De même, le traité constitutionnel remplace les traités existants qu'il abroge ; leur substitue un texte de 448 articles répartis en quatre parties et met en place une personne morale unique, l'Union européenne, dotée de la

¹⁴⁵² Voir notamment Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe : analyses et commentaires*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, 462 pages ; Anne LEVADE, Fabrice PICOD, Laurence BURGORGUE-LARSEN (Dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe : commentaire articles par articles*, tome 1, Architecture constitutionnelle, Bruxelles, Bruylant, 2007, 1132 pages, tome 2, La Charte des droits fondamentaux de l'Union, Bruxelles, Bruylant, 2005, 837 pages ; Giuliano AMATO, Hervé BRIBOSIA et Bruno DE WITTE (Dir.), *Genèse et destinée de la constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 1394 pages ; Olivier DE SCHUTTER et Paul NIHOUL (Dir.), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Editions Larcier, 2004, 405 pages ; Christine KADDOUS et Andreas AUER (Dir.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2006, 372 pages ; Bruno DE WITTE, *Ten reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, Florence, Institut universitaire européen de Florence, Centre Robert Schuman, 2003, 225 pages ; Dimitris TRIANTAFYLLOU, *La Constitution de l'Union européenne selon le traité de Rome de 2004*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} édition, 2005, 150 pages ; Christian PHILIP et Panayotis SOLDATOS (Dir.), *La Convention sur l'avenir de l'Europe : essai d'évaluation du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 236 pages.

personnalité juridique¹⁴⁵³ et qui se substitue aux Communautés et à l'Union européennes existantes. La consécration expresse de la personnalité juridique de l'Union européenne¹⁴⁵⁴ constitue un progrès indéniable dans la construction d'une Fédération véritable, le professeur Olivier Beaud ayant montré que cette caractéristique était indispensable à la construction de « l'unité fédérative » et à la reconnaissance de l'autonomie de la Fédération par rapport aux Etats¹⁴⁵⁵. Hormis la présence de la troisième partie, consacrée aux politiques et actions de l'Union, qui a reçu un accueil des plus réservés de la part de la doctrine¹⁴⁵⁶ mais qui pourrait cependant trouver une justification dans la mesure où elle traduit la dimension économique de l'idée de droit¹⁴⁵⁷, l'analogie constitutionnelle irrigue la structure du traité.

¹⁴⁵³ Article I-7 TECE. Sur cet article, voir Vlad CONSTANTINESCO et Ioanna PETCULESCU, « La personnalité de l'Union », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, op. cit., pp. 65-75.

¹⁴⁵⁴ La question de la personnalité juridique de l'Union européenne a toujours fait l'objet de débats, les traités fondateurs étant muets sur cette question. Pour certains auteurs, l'Union européenne dispose d'une personnalité juridique « implicite » (cf. Jean CHARPENTIER, « De la personnalité juridique de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1995, pp. 89-102, spéc. p. 101 ; Antonio TIZZANO, « La personnalité juridique internationale de l'Union européenne », *RMUE*, n° 4/1998, pp. 11-40), ou « fonctionnelle » (Pierre-Alexandre ROYER, « Les accords externes européens : les limites de l'engagement conventionnel de l'Union européenne », *RDUE*, 2007, pp. 869-897, spéc. pp. 875 et s.). D'autres auteurs sont plus prudents (le professeur Constantinesco parle ainsi d'une « personnalité juridique [...] en émergence », cf. Vlad CONSTANTINESCO, « Les noms de l'Europe (Des Communautés européennes à l'Union européenne) », in *Le droit des organisations internationales. Mélanges à la mémoire de Jacques Schwob*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 309-330, spéc. p. 326. Voir aussi Claude BLUMANN, « Contribution du traité d'Amsterdam à la transformation de la Communauté de droit en Union de droit », in Joël RIDEAU (Dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 355-374, spéc. p. 372 ; ou encore Emmanuelle BRIBOSIA et Anne WEYEMBERGH, « La personnalité juridique de l'Union européenne », in Marianne DONY (Dir.), *L'Union européenne et le monde après Amsterdam*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1999, pp. 37-60), et certains auteurs nient radicalement cette affirmation (voir par exemple Matthias PECHSTEIN, « Réflexions sur la nature juridique de l'Union européenne », in Joël RIDEAU (Dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, préc., pp. 123-131, ou encore Astéris D. PLIAKOS, « La nature juridique de l'Union européenne », *RTDE*, 1993, pp. 187-224, spéc. pp. 211 et s.).

¹⁴⁵⁵ Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, 433 pages, spéc. pp. 160 et s. Dans cet ouvrage, Olivier Beaud note que « la construction d'une unité fédérative passe donc par divers artifices, d'ordres symbolique et juridique, dont le principal effet est de constituer la Fédération en une instance de représentation » (*ibid.*, p. 160). La reconnaissance de la personnalité juridique internationale constitue l'un de ces « artifices ».

¹⁴⁵⁶ Anne Levaade a relevé son « imperfection » (Anne LEVADE, « Quel avenir pour l'Europe ? Réflexions croisées sur l'avant-projet et le projet de traité constitutionnel », *RAE-LEA*, n° 7/2001-2002, pp. 823-861, spéc. p. 842), tandis que Pierre-Yves Monjal qualifiait cette partie de « totalement insensée » (Pierre-Yves MONJAL, « Le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe : quels fondements théoriques pour le droit constitutionnel de l'Union européenne ? », *RTDE*, 2004, pp. 443-475, note 38).

¹⁴⁵⁷ Dans son rapport du 12 juillet 2000 faisant suite à la remise, par l'Institut universitaire européen de Florence d'un rapport sur la réorganisation des traités, la Commission a estimé que les politiques menées par les institutions européennes « font partie du pacte fondamental entre les Etats membres et l'Union », et doivent à ce titre trouver leur place dans un traité fondamental (Communication de la Commission en date du 12 juillet 2000, *Un traité fondamental pour l'Union européenne*, COM (2000) 434 final). Voir aussi dans ce sens, Valérie MICHEL et Aude BOUVERESSE, « La notion de constitution », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, op. cit., pp. 31-60, spéc. p. 42.

588.- Quant à la structure interne du traité, l'avancée majeure que réalise le traité établissant une constitution pour l'Europe consiste dans la suppression des « piliers » qui résulte, par un « miracle de fusions par enchaînement logique »¹⁴⁵⁸, de l'octroi à l'Union de la personnalité juridique et de la fusion des traités existants en un seul. Bien que de nombreuses variations procédurales demeurent entre les matières relevant anciennement du pilier communautaire et les autres, cette suppression permet de conférer unité et cohérence au traité constitutionnel et justifie par là même l'extension des principes de fonctionnement de l'Union à l'ensemble des matières incluses dans le traité. De même, la nouvelle typologie des actes de l'Union¹⁴⁵⁹, en adoptant le vocabulaire usité dans les ordres juridiques internes, en introduisant une distinction attendue entre actes législatifs et actes d'exécution et en induisant une meilleure identification des pouvoirs de chaque institution, accentue encore le caractère constitutionnel du traité et de l'ordre juridique qu'il met en place¹⁴⁶⁰.

589.- S'agissant des dispositions matérielles, nous pouvons d'ores et déjà noter que le caractère constitutionnel des traités est singulièrement rehaussé par l'article I-8 du traité qui, à la manière d'une constitution étatique, égrène les symboles de l'Union. Conformément aux préceptes du patriotisme constitutionnel, la mise en valeur de telles marques identitaires est censée générer un attachement civique des peuples à la chose publique européenne. Enfin, la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux, la clarification de la répartition des compétences entre les deux niveaux de gouvernement que sont l'Union et les Etats et le réaménagement du cadre institutionnel illustrent l'attachement des conventionnels

¹⁴⁵⁸ Cf. Dimitris TRIANTAFYLLOU, *La Constitution de l'Union européenne selon le traité de Rome de 2004*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁴⁵⁹ Sur cette question voir Dominique RITLÉNG et Eric DAVID, « Les actes de l'Union », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2005, pp. 203-220 ; Claude BLUMANN, « Actes législatifs et mesures d'exécution dans le projet de Constitution pour l'Europe », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 249- 268. Voir, pour une appréciation plus critique, Pierre-Yves MONJAL, « Les instruments normatifs de l'Union dans le projet de Constitution européenne : les limites de la simplification », *AJDA*, 2003, pp. 2177- 2184 ; Herwig C. H. HOFMANN, « A critical analysis of the new typology of acts in the Draft treaty establishing a Constitution for Europe », *European Integration online Papers*, n° 9/2003, disponible à l'adresse suivante : <http://eiop.or.at/eiop/texte/2003-009a.htm>.

¹⁴⁶⁰ A ce titre, le professeur Dominique Ritleng analyse la distinction entre actes législatifs et actes non législatifs comme l'ébauche, bien qu'encore imparfaite, d'une séparation des pouvoirs. Dominique RITLÉNG et Eric DAVID, « Les actes de l'Union », *op. cit.*, pp. 205 et s.

au modèle constitutionnel qui sous-tend l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁴⁶¹.

590.- Par rapport à ces avancées, le traité de Lisbonne se situe clairement en retrait. De traité portant constitution de l'Europe, il n'est plus question. Conformément à ce que les dirigeants européens ont cru pouvoir déduire des résultats négatifs des référendums français et néerlandais, et dans l'objectif de se prémunir contre un éventuel vote négatif de certains Etats tels que le Royaume-Uni, le traité modificatif supprime toutes les dispositions faisant référence à une éventuelle constitutionnalisation de l'Union européenne. Le mandat de la conférence intergouvernementale était très clair sur ce point : « le concept constitutionnel, qui consistait à abroger tous les traités actuels pour les remplacer par un texte unique appelé "Constitution", est abandonné »¹⁴⁶².

591.- Au lieu d'un traité unique, le traité modificatif ne fait qu'amender les traités existants, qui subsistent donc. Le « traité sur l'Union européenne » et le « traité sur le fonctionnement de l'Union »¹⁴⁶³ devront constituer le fondement juridique de l'Union européenne, qui succède à la Communauté européenne. Le projet de fonder l'Union sur deux traités, dont l'un, le traité de base, contiendrait les dispositions fondamentales et l'autre les dispositions plus techniques ou relatives aux politiques et actions de l'Union, n'est pas nouveau. Il avait déjà été proposé par la Commission dans le rapport de MM. Dehaene, Von Weizsäcker et Simon¹⁴⁶⁴, par le Parlement européen dans sa résolution du 13 avril 2000 en vue de la Conférence intergouvernementale 2000¹⁴⁶⁵ et la faisabilité de cette idée avait été démontrée par les chercheurs du Centre Robert Schuman de l'Institut universitaire européen de Florence, auteurs d'un rapport sur la réorganisation des traités remis à la Commission le

¹⁴⁶¹ Selon cet article : « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ».

¹⁴⁶² Mandat pour la conférence intergouvernementale 2007 annexé aux conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 21 et 22 juin 2007, *Bull. UE*, n° 6/07, pt. I-37, pp. 17 et s., spéc. pt. 1.

¹⁴⁶³ Si le traité de Lisbonne est ratifié par l'ensemble des Etats membres, le traité sur le fonctionnement de l'Union remplacera l'actuel traité instituant la Communauté européenne.

¹⁴⁶⁴ Rapport de MM. Dehaene, Von Weizsäcker et Simon à la Commission du 18 octobre 1999, *Implications institutionnelles de l'élargissement*, et dont les propositions ont été reprises par la Commission, notamment dans son avis au titre de l'article 48 du traité sur l'Union européenne sur la réunion d'une conférence des représentants des gouvernements des Etats membres en vue de modifier les traités en date du 26 janvier 2000, *Adapter les institutions pour réussir l'élargissement*, COM (2000) 34, 105 pages, spéc. p. 6.

¹⁴⁶⁵ Résolution du Parlement européen avec ses propositions pour la Conférence intergouvernementale du 13 avril 2000, *Adapter les institutions pour réussir l'élargissement*, doc. A5-0086/2000, spéc. pts. 31 et s.

15 mai 2000¹⁴⁶⁶. Cependant, si le but originel d'une telle structure était de mettre en évidence, à l'adresse des citoyens, les dispositions fondamentales du droit de l'Union et de différencier les procédures de révision applicables aux dispositions essentielles de celles appelées à régir les éléments plus techniques, il semble que l'objectif poursuivi par le traité modificatif soit moins louable. En effet, la séparation en deux parties ainsi que la suppression du matériau constitutionnel visible est avant tout destinée à surmonter les résultats négatifs des référendums français et néerlandais et à permettre la ratification, parlementaire cette fois, des acquis de la conférence intergouvernementale de 2004. Les modifications cosmétiques prévues (disparition des symboles de l'Union, des termes à connotation constitutionnelle trop marquée tels que la « loi » européenne, la référence à la « constitution » ou encore le « ministre » des affaires étrangères) ainsi que le changement de support (un traité modifiant les traités existants au lieu d'un traité unique abrogeant et remplaçant les anciens), semble dès lors avoir pour unique but de légitimer la présentation de ce texte aux parlements des Etats membres, qui doit paraître nouveau pour ne pas prêter le flanc à la critique. Or, c'est bien du même texte dont il s'agit, le mandat ayant clairement prévu que « pour ce qui est du contenu des modifications apportées aux traités actuels, les innovations résultant des travaux de la conférence intergouvernementale de 2004 seront incorporées dans le traité sur l'Union européenne et dans le traité sur le fonctionnement de l'Union ». La stratégie est limpide, il s'agit, ainsi que l'a montré M. Valéry Giscard d'Estaing, de « diviser pour ratifier »¹⁴⁶⁷ sans passer par la voie référendaire, tout en reprenant l'essentiel d'un texte qui avait été ratifié par 18 Etats membres sur 27.

592.- En second lieu, en dépit de l'objectif initial qui était de reprendre intégralement la substance du traité constitutionnel dans un nouveau texte, l'ouverture de la conférence intergouvernementale a été l'occasion, pour certaines délégations, de chercher à revenir sur quelques acquis. Or, le risque était d'entraîner des revendications en chaîne, toute demande de renégociation sur un point déstabilisant l'équilibre global atteint par les conventionnels. C'est ainsi que les résultats obtenus en 2004 ont été partiellement remis en cause, dans un sens généralement peu favorable à l'intégration européenne. Si la plupart des

¹⁴⁶⁶ Claus-Dieter EHLERMANN, Yves MENY (coord.) et Hervé BRIBOSIA (rapporteur), *Un traité fondamental pour l'Union européenne. Etude sur la réorganisation des traités*, Institut universitaire européen de Florence, Centre Robert Schuman, juillet 2000, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/archives/igc2000/offdoc/repoflo_fr2.pdf.

¹⁴⁶⁷ Valéry GISCARD D'ESTAING, « Simplifier ou mutiler le traité constitutionnel ? », tribune publiée dans *Le Monde* daté du 15 juin 2007, p. 23.

innovations structurelles (notamment la suppression des piliers et la clarification de la répartition des compétences) et institutionnelles (la présidence stable de l'Union, l'extension du vote à la majorité qualifiée, le renforcement du rôle des parlements nationaux) du traité constitutionnel ont été maintenues, de nombreuses avancées ont été, soit reportées à une date ultérieure (les modalités de désignation de la Commission), soit modifiées (les règles de calcul du seuil du vote à la majorité qualifiée au Conseil), soit désamorcées. Ainsi, le Royaume-Uni et la Pologne ont obtenu d'être purement et simplement exemptés de l'application de la Charte des droits fondamentaux, situation d'autant plus paradoxale que cette Charte est censée refléter les valeurs *communes* des Etats membres. Cette exemption n'est peut-être pas tout à fait étrangère à la disparition de la Charte du corps des traités, ceux-ci se bornant à mentionner son existence. Comment en effet justifier que des droits, supposés fondamentaux, solennellement énoncés par les traités fondateurs, soient refusés à une partie des citoyens européens, en totale contradiction avec le principe de non-discrimination consacré quelques lignes auparavant ? L'échec est ici patent et démontre une nouvelle fois que l'Union européenne reste la créature des Etats.

593.- En tout état de cause, comme nous allons le voir, les modifications apportées par le traité de Lisbonne ne suffisent pas à remettre en cause l'idée de droit initiale, ni à revenir sur son approfondissement en direction de l'idée fédérale, amorcé par le traité établissant une constitution pour l'Europe (I). Plus précisément, on peut se demander si l'Union européenne, telle qu'elle est refondée par le traité établissant une constitution pour l'Europe, ne s'achemine pas vers l'édification d'une Fédération, parfois aussi qualifiée d'« Union des Etats et des peuples ». L'idée de droit, à la recherche constante d'un équilibre entre intégration et maintien des droits des Etats, aurait ainsi trouvé sa concrétisation sous la forme d'une Union des Etats et des peuples, nouvelle forme d'association politique dont les premiers linéaments peuvent être mis à jour dans le traité établissant une constitution pour l'Europe et, quoique dans une moindre mesure, dans le traité de Lisbonne qui en reprend la substance. Toutefois, si la Fédération peut être définie par rapport au double principe de légitimité qui la sous-tend, force est de constater que l'Union européenne mise en place par les deux traités étudiés ne satisfait pas complètement à cette définition (II).

I. L'ESSENCE FEDERALE DE L'IDEE D'ŒUVRE

594.- Le fédéralisme, selon MM. Croisat et Quermonne, désigne « un mode de gouvernement qui repose sur une convention (*foedus*) associant des communautés politiques séparées et égales, pour agir ensemble tout en demeurant elles-mêmes »¹⁴⁶⁸. Pour qu'un tel objectif soit réalisable, il faut que le pacte fondateur accorde une attention toute particulière à la répartition des compétences entre les deux niveaux de pouvoir appelés à coexister. Or cette question a fait l'objet d'une clarification notable dans le traité constitutionnel, ce qui autorise à conclure à l'approfondissement de l'idée fédérale (A.). En second lieu, le traité constitutionnel a sensiblement modifié l'aménagement institutionnel initial, soutenant la comparaison avec la structure institutionnelle des associations de type fédéral (B.). Le traité de Lisbonne, qui reprend dans leurs grandes lignes les orientations prises par le traité établissant une constitution pour l'Europe, peut également être évalué à l'aune de l'idée fédérale.

A. La répartition des compétences entre les Etats et l'Union

595.- La problématique de la répartition des compétences est au centre de tout processus fédéral, qui est basé sur l'idée de partage des compétences normatives entre plusieurs niveaux de gouvernement¹⁴⁶⁹. A cet égard, les traités originaires ne contenaient pas de clause générale de répartition des compétences. Face à cette lacune initiale, la Cour de justice est intervenue afin de trancher au cas par cas les querelles relatives à la répartition des compétences et de définir les principes régissant leurs modalités d'exercice. Ce faisant, elle a assumé la fonction de juge répartiteur des compétences traditionnellement conférée aux cours

¹⁴⁶⁸ Maurice CROISAT et Jean-Louis QUERMONNE, *L'Europe et le fédéralisme*, Paris, Montchrestien, 2^{ème} édition, 1999, 156 pages, spéc. p. 11.

¹⁴⁶⁹ Sur le lien entre fédéralisme et partage des compétences, voir Thierry CHOPIN, *L'héritage du fédéralisme ? Etats-Unis / Europe*, Paris, Notes de la Fondation Robert Schuman, 2002, 89 pages, spéc. pp. 63 et s. Voir aussi Elisabeth ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel, contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *op. cit.*, spéc. p. 154. Sur le lien entre le système mis au point par le traité constitutionnel et la nature constitutionnelle de celui-ci, voir Ingolf PERNICE, « Eine Rechtsgemeinschaft : die neue Verfassungsgrundlage für die Europäische Union », in Olivier BEAUD, Ingolf PERNICE, Arnaud LECHEVALIER et Sylvie STRUDEL (Dir.), *L'Europe en voie de constitution : pour un bilan critique des travaux de la Convention*, *op. cit.*, pp. 141-152, spéc. p. 147, selon qui le système de répartition des compétences constitue le « noyau dur » de la constitution.

constitutionnelles dans les Etats fédéraux, profitant de la dignité de sa fonction pour étendre le cercle des compétences communautaires¹⁴⁷⁰.

Après plusieurs décennies d'une jurisprudence intégratrice, ponctuée par les rappels à l'ordre de certaines cours constitutionnelles nationales¹⁴⁷¹, le besoin s'est fait sentir de définir avec plus de précision la délimitation des compétences au sein de l'Union, préoccupation dont la Déclaration annexée au traité de Nice puis la Déclaration de Laeken se sont fait l'écho. Le traité établissant une constitution pour l'Europe a répondu à cette attente en insérant, au sein de la première partie, un titre III dédié aux compétences de l'Union¹⁴⁷² (1.), titre en grande partie repris par le traité de Lisbonne (2.) et qui maintient la tension, inhérente à l'idée fédérale, entre intégration et sauvegarde des intérêts étatiques (3.).

1. La répartition des compétences dans le traité établissant une constitution pour l'Europe

596.- Plusieurs techniques étaient envisageables afin de préciser les compétences de chaque niveau au sein de l'Union.

Ainsi était-il envisageable d'opérer par renvoi aux affaires d'importance européenne, transposant à l'Union le principe appliqué en France à la décentralisation selon lequel, notamment, « le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la

¹⁴⁷⁰ Voir *supra*, paragraphes 333.- et suivants.

¹⁴⁷¹ Voir la décision « Maastricht » de la cour constitutionnelle allemande en date du 12 octobre 1993, dans laquelle cette juridiction se reconnaît compétente pour écarter l'application du droit communautaire dès lors que les institutions communautaires agiraient *ultra vires* sans que la Cour de justice ne s'y oppose (Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 octobre 1993, *BverfGE* 89, p. 155, traduction française et commentaire de la décision par Constance Grewe in *RUDH*, 1993, pp. 226-292).

¹⁴⁷² Pour une analyse du système de répartition des compétences mis en place par le traité établissant une constitution pour l'Europe, voir Vlad CONSTANTINESCO, « Brève note sur la répartition des compétences comme clé de la future constitution européenne », in *50 ans de droit communautaire. Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2004, tome 1, pp. 155-164. Voir aussi Valérie MICHEL et Jean-Paul DE LA RICA, « Les compétences dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, op. cit., pp. 281-311 ; Koen LENAERTS et Marlies DESOMER, « Répartition des compétences et équilibre institutionnel dans le projet de Constitution », in Olivier DE SCHUTTER et Paul NIHOUL (Dir.), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, op. cit., pp. 53-80 ; Nicolas LEVRAT, « Le pari fédéraliste du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe. Etude du système de partage des compétences », in Paul MAGNETTE (Dir.), *La grande Europe*, Bruxelles, Editions de l'université de Bruxelles, 2004, pp. 21-40 ; Andreas BIONDI, « Les compétences normatives de l'Union », in Lucia-Serena ROSSI (Dir.), *Vers une nouvelle architecture européenne : le projet de Traité-Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 99-114.

commune »¹⁴⁷³. On voit tout de suite qu'au lieu de simplifier le système d'attribution des compétences, une clause de ce type aurait eu pour unique conséquence une effusion des recours contentieux, aboutissant à conférer à la Cour un pouvoir quasi absolu de définition de la sphère des compétences communautaires. En effet, à part les sujets d'importance locale, tous les domaines traités par les Etats sont susceptibles d'avoir des répercussions au niveau européen et ainsi d'être appréhendés par l'Union.

La deuxième solution, discutée lors de la Convention¹⁴⁷⁴ et en-dehors de cette enceinte¹⁴⁷⁵, aurait consisté à établir, à la manière de certains Etats fédéraux¹⁴⁷⁶, une liste rigide de matières réservées soit à l'Union, soit aux Etats membres. Bien que plus précise que la technique précédente, l'énumération de matières réservées à l'un ou l'autre niveau de gouvernement n'exclut pas les conflits et présente l'inconvénient notable de rigidifier le système. De plus, il n'est pas sûr qu'une telle liste contribue à l'objectif général de clarté et de transparence assigné au traité constitutionnel, dans la mesure où les pouvoirs des institutions varient en fonction des domaines de compétences.

597.- Dans ces conditions, les conventionnels ont opté, conformément au principe d'attribution des compétences qui est solennellement réaffirmé¹⁴⁷⁷, pour une délimitation des domaines de compétences de l'Union selon trois catégories de compétences : les compétences exclusives de l'Union¹⁴⁷⁸, les compétences partagées entre l'Union et les Etats¹⁴⁷⁹ et enfin les actions d'appui, de coordination ou de complément¹⁴⁸⁰. Cette catégorisation est davantage une codification qu'une innovation, dans la mesure où le traité de Maastricht avait déjà introduit, dans son article 3 B [devenu 5] CE, une différenciation entre les compétences exclusives (non soumises au principe de subsidiarité) et les

¹⁴⁷³ Article L. 2121-29 du code général des collectivités territoriales. Voir aussi article L. 3211-1 du même code : « le conseil général règle par ses délibérations les affaires du département » ; article L. 4221-1 : « le conseil régional règle par ses délibérations les affaires de la région ».

¹⁴⁷⁴ Voir la synthèse des travaux de la séance plénière des 15 et 16 avril 2002, CONV 40/02, p. 6.

¹⁴⁷⁵ Voir pour une synthèse des positions doctrinales en France et en Allemagne, Vlad CONSTANTINESCO et Ingolf PERNICE, « La question des compétences communautaires : vues d'Allemagne et de France », WHI Paper n° 6/02, juillet 2002, 31 pages, disponible à l'adresse suivante : [www.whi-berlin.de/constantinesco-
pernice.htm](http://www.whi-berlin.de/constantinesco-pernice.htm).

¹⁴⁷⁶ Voir par exemple, la Loi fondamentale allemande, qui énumère les matières dans lesquelles la Fédération bénéficie d'une compétence législative exclusive (article 73 LF), ou concurrente (article 74 LF), ou la constitution canadienne, qui précise quant à elle les domaines de compétence exclusive des provinces fédérées (article 92 de la constitution de 1867).

¹⁴⁷⁷ Article I-11 TECE.

¹⁴⁷⁸ Article I-13 TECE.

¹⁴⁷⁹ Article I-14 TECE.

¹⁴⁸⁰ Article I-17 TECE.

compétences partagées. Le traité constitutionnel adopte donc une solution de continuité sur ce point.

S'agissant du contenu de ces trois catégories, le traité consacre l'extension des compétences de l'Union à de nouveaux domaines¹⁴⁸¹ cependant la répartition entre ces trois catégories de compétences reste globalement inchangée. Les conventionnels ont donc opté pour une démarche davantage clarificatrice que réformatrice en la matière. On remarquera au passage que l'espace de liberté, de sécurité et de justice est cité comme domaine de compétence partagée entre l'Union et les Etats, conformément à la logique de suppression des piliers¹⁴⁸². La logique de la ventilation des domaines de compétences de l'Union dans ces trois catégories n'est cependant pas allée à son terme ainsi qu'en témoigne la subsistance de deux matières qui font l'objet de dispositions particulières du fait de leur spécificité : la coordination des politiques économiques et de l'emploi, régie par l'article I-15 TECE et la politique étrangère et de sécurité commune, mentionnée à l'article I-16 TECE. En dépit de l'exclusion de ces deux matières de la répartition globale des compétences, le traité constitutionnel réalise un réel effort de systématisation qui ne peut qu'être salué au regard de l'exigence de clarté et de transparence inhérente à tout texte à vocation constitutionnelle.

598.- La démarche fonctionnelle d'attribution des compétences n'a toutefois pas disparu, mais est vouée à coexister avec la nouvelle répartition des compétences. En effet, les objectifs impartis à l'Union subsistent, énumérés à l'article I-3, et le traité réaffirme le principe selon lequel l'Union se voit attribuer des compétences pour permettre la réalisation de ces objectifs¹⁴⁸³. Cette liaison entre les objectifs de l'Union et l'attribution des compétences nécessaires à leur réalisation découle aussi de la clause de flexibilité, consacrée à l'article I-18 TECE et qui reprend pour l'essentiel les dispositions de l'actuel article 308

¹⁴⁸¹ Les nouvelles compétences de l'Union consacrées par le traité ne font pour la plupart que conférer une base juridique explicite à des actions déjà engagées par la Communauté sur la base de l'article 308 TCE. Cela concerne les domaines suivants : l'énergie (art. I-14, paragraphe 2, i), le tourisme (art. I-17, d), le sport (art. I-17, e), la protection civile (art. I-17, f), la coopération administrative (art. I-17, g). De nouvelles dispositions viennent aussi enrichir la politique étrangère et de sécurité commune (art. I-43 sur la possibilité de mener des actions conjointes en cas d'attaque terroriste ou de catastrophe naturelle) ou l'espace de liberté, de sécurité et de justice (voir par exemple l'art. III-274 relatif à la création d'un parquet européen).

¹⁴⁸² Sur le traitement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice par le traité établissant une constitution pour l'Europe, voir Bruno NASCIBENE, « L'espace de liberté, de sécurité et de justice dans une perspective constitutionnelle européenne », in Lucia-Serena ROSSI (Dir.), *Vers une nouvelle architecture européenne : le projet de Traité-Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 265-285.

¹⁴⁸³ Cf. article I-1 : « la présente Constitution établit l'Union européenne, à laquelle les Etats membres attribuent des compétences pour atteindre leurs objectifs communs ».

TCE. Objet de nombreuses critiques¹⁴⁸⁴, cette clause a été conservée afin de préserver la nécessaire capacité d'adaptation de l'Union. Elle acquiert même une portée plus étendue qu'à l'heure actuelle, dans la mesure où elle bénéficie indirectement de la suppression des piliers et s'étend explicitement à l'ensemble des politiques faisant l'objet de la partie III du traité. De même, la condition relative au « fonctionnement du marché commun » a disparu, conformément à la jurisprudence qui avait adopté une interprétation particulièrement extensive de cette condition. En revanche, les critiques généralement adressées à l'utilisation de cet article par les institutions ont été prises en compte, l'article I-18, paragraphe 3 TECE précisant que « les mesures fondées sur le présent article ne peuvent pas comporter d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres dans le cas où la Constitution exclut une telle harmonisation ».

599.- La rationalisation du système d'attribution des compétences doit cependant être relativisée dans la mesure où l'article I-12, paragraphe 6 TECE précise que « l'étendue et les modalités d'exercice des compétences de l'Union sont déterminées par les dispositions de la partie III relatives à chaque domaine ». Or, la partie III reprend l'essentiel des dispositions existantes qui prévoient des procédures distinctes pour chaque matière, résultant des compromis divers obtenus lors des révisions des traités. Il n'y a donc pas de coïncidence exacte entre la caractérisation d'une compétence exclusive ou partagée de la Communauté et la procédure d'adoption requise pour la mettre en œuvre ce qui, malgré l'extension du champ de la majorité qualifiée à plus de quarante nouveaux domaines et en dépit de l'existence de la clause passerelle générale figurant à l'article IV-444 susceptible d'unifier les procédures applicables, restreint la portée de l'entreprise de systématisation. La Convention aurait pu réfléchir à l'établissement d'une concordance entre les catégories de compétence, la procédure requise et la nature de l'acte adopté, ce qui aurait considérablement simplifié la compréhension du système et réduit le volume de la troisième partie. Certains auteurs ont toutefois souligné les inconvénients d'une telle démarche, qui aboutirait à retirer à l'Union le choix de l'intensité de son action¹⁴⁸⁵, en contrariété avec le principe de proportionnalité.

¹⁴⁸⁴ Voir par exemple la note du secrétariat général de la Convention du 21 février 2003 relative aux réactions au projet d'articles 1 à 16 du traité, CONV 574/03, spéc. pp. 91 et s. pour les amendements proposés à l'article relatif à la clause de flexibilité.

¹⁴⁸⁵ Cf. Koen LENAERTS, « La déclaration de Laeken : premier jalon d'une Constitution européenne ? », *JTDE*, 2002, pp. 29-42, spéc. p. 38.

600.- En effet, la répartition des compétences ne se limite pas à l'organisation de l'*attribution* des compétences. L'*exercice* de ces compétences est aussi encadré par les principes de subsidiarité et de proportionnalité consacrés à l'article I-11 du traité et qui font l'objet d'un protocole annexé au traité¹⁴⁸⁶. Si le principe de proportionnalité n'est pas modifié dans son essence, malgré une formulation plus précise¹⁴⁸⁷, le principe de subsidiarité a fait l'objet de toutes les attentions. Tout d'abord, la condition relative à l'insuffisance de l'action étatique est renforcée, puisque la nouvelle rédaction de l'article I-11, paragraphe 3 TECE impose de comparer l'action de l'Union à celle des Etats mais aussi à celle des niveaux locaux et régionaux. Cette mention des collectivités territoriales explique d'ailleurs que le Comité des régions puisse désormais, en vertu de l'article 8 du protocole précité, introduire un recours devant la Cour de justice pour violation du principe de subsidiarité par un acte législatif adopté suivant une procédure requérant sa consultation. Mais, et c'est d'ailleurs la principale innovation en ce domaine, le contrôle du respect par les institutions communautaires du principe de subsidiarité n'est plus limité à la sphère juridictionnelle mais peut désormais prendre les traits d'un contrôle *a priori* de nature politique, exercé par les parlements nationaux¹⁴⁸⁸. La question du contrôle de l'application du principe de subsidiarité a fait l'objet de nombreuses propositions au sein de la Convention, allant du maintien du contrôle par la Cour de justice à l'institution d'un organe *ad hoc*¹⁴⁸⁹, en passant par le système de contrôle *ex ante* finalement retenu en sus du contrôle juridictionnel *a posteriori*¹⁴⁹⁰. Détaillé dans le protocole précité auquel l'article I-11 renvoie, le mécanisme d'« alerte préventive » (*early warning*) prévoit que l'auteur d'une proposition législative doit la faire parvenir aux parlements nationaux qui peuvent, dans un délai de six semaines, émettre un avis motivé sur le non-respect du principe de subsidiarité. Dans l'hypothèse où les avis représenteraient au moins un tiers des votes¹⁴⁹¹ attribués aux Parlements nationaux, l'auteur de la proposition doit procéder à son réexamen. Au terme de la procédure, il a cependant toute latitude pour maintenir le projet, le retirer ou le modifier, étant entendu que

¹⁴⁸⁶ Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

¹⁴⁸⁷ Le traité impose à l'Union de ne pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre ses objectifs, tant sur le plan de la forme que du contenu de ses actions (article I-11, paragraphe 4 TECE).

¹⁴⁸⁸ Ce contrôle avait déjà été proposé par certains auteurs, notamment par le professeur Vlad Constantinesco. Voir à ce titre Vlad CONSTANTINESCO, « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 35-45, spéc. p. 43.

¹⁴⁸⁹ Voir la note de Timothy KIRKHOPE, « The principle of subsidiarity : judicial or political overview ? », document de travail n° 16 du groupe de travail I sur la subsidiarité du 5 septembre 2002.

¹⁴⁹⁰ Voir le rapport final du groupe de travail I sur la subsidiarité, daté du 23 septembre 2002, CONV 286/02, spéc. p. 3.

¹⁴⁹¹ Ce seuil est ramené à un quart lorsque le projet d'acte législatif concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

la Cour pourra vérifier, conformément aux voies de recours prévues par le traité, le respect du principe de subsidiarité une fois l'acte adopté¹⁴⁹².

601.- Autre novation, l'article I-37 TECE précise désormais explicitement que les Etats membres « prennent toutes les mesures de droit interne nécessaires pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union ». Redondante par rapport à l'énonciation, à l'article I-5, paragraphe 2 TECE du principe de coopération loyale, l'insertion de cette disposition prend tout son sens lorsqu'on la confronte avec le paragraphe 2 de ce même article I-37 TECE qui consacre l'octroi de véritables compétences d'exécution à l'Union. Si la mise en œuvre d'une telle compétence est subordonnée à la démonstration de la nécessité d'exécuter ces actes « dans des conditions uniformes », la reconnaissance de tels pouvoirs est porteuse d'un « potentiel centralisateur majeur »¹⁴⁹³ qui pourrait changer la physionomie de l'Union.

Le traité modificatif signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 a apporté quelques changements sur tous ces points.

2. La répartition des compétences dans le traité de Lisbonne

602.- Le traité de Lisbonne prévoit d'inclure les principes généraux qui fondent le système de répartition des compétences dans un nouvel article 5 du traité sur l'Union européenne, l'énumération des différentes catégories de compétences faisant l'objet des articles 2 à 6 du traité sur le fonctionnement de l'Union. Le maintien de deux instruments conventionnels est donc facteur de complexification du système, les dispositions relatives aux compétences de l'Union étant désormais éclatées entre deux traités et, au sein du traité sur le fonctionnement de l'Union, entre les articles 2 à 6 et les dispositions relatives à chaque matière, qui subsistent dans le corps du traité.

¹⁴⁹² Pour une analyse de ces dispositions, voir Pierre-Alexis FERAL, « Le principe de subsidiarité après la signature du traité établissant une Constitution pour l'Europe », *AJDA*, 2004, pp. 2085-2093.

¹⁴⁹³ Cf. Nicolas LEVRAT, « Le pari fédéraliste du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe. Etude du système de partage des compétences », in Paul MAGNETTE (Dir.), *La grande Europe*, Bruxelles, Editions de l'université de Bruxelles, 2004, pp. 21-40, spéc. p. 27.

603.- Les modifications apportées par le traité de Lisbonne, si elles ne remettent pas fondamentalement en cause les modalités de répartition et d'exercice des compétences, témoignent d'une inquiétude latente des Etats concernant la sphère des compétences de l'Union¹⁴⁹⁴.

Tout d'abord, l'article 2 TFUE reprend l'article I-12 TECE, en ajoutant, pour les compétences partagées, la précision selon laquelle « les Etats membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne ». L'insertion de cette disposition, bien qu'elle ne modifie en rien l'état du droit¹⁴⁹⁵, témoigne de l'inquiétude des Etats face à l'accroissement, souvent perçu comme inexorable, des compétences de l'Union. La conférence intergouvernementale a de plus adopté une déclaration n° 18 rappelant si besoin en était que « toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux Etats membres »¹⁴⁹⁶. Cette même déclaration prévoit la possibilité d'utiliser l'article 241 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne pour demander à la Commission de soumettre au Conseil des propositions en vue d'abroger un acte et ainsi permettre aux Etats de retrouver leur compétence.

Dans le même ordre d'idées, il convient ici de citer le protocole sur l'exercice des compétences partagées qui précise que lorsque l'Union mène une action dans un tel domaine, « le champ d'application de cet exercice de compétence ne couvre que les éléments régis par l'acte de l'Union en question et ne couvre donc pas tout le domaine ». Par cette formulation quelque peu absconse, les Etats ont entendu se prémunir contre le phénomène de

¹⁴⁹⁴ Voir sur ce point Isabelle BOSSE-PLATIERE, « Traité de Lisbonne et clarification des compétences », *RMCUE*, 2008, pp. 443-445.

¹⁴⁹⁵ L'affirmation qui figure à l'article 2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne suit en effet la logique des compétences partagées, distinctes par nature des compétences exclusives. Ainsi, si un domaine de compétence partagée peut devenir un domaine de compétence exclusive de l'Union dans l'hypothèse où elle a réglementé de manière exhaustive la matière considérée (selon le principe de « préemption » des compétences nationales), le dessaisissement des Etats n'est pas forcément définitif (contrairement aux compétences exclusives), mais ceux-ci peuvent retrouver un titre à agir dès lors que l'Union cesse d'exercer sa compétence.

¹⁴⁹⁶ Cf. déclaration n° 18 concernant la délimitation des compétences : « la Conférence souligne que, conformément au système de répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres tel que prévu par le traité sur l'Union européenne et le traité sur le fonctionnement de l'Union, toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux Etats membres.

Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les Etats membres dans un domaine déterminé, les Etats membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne ou a décidé de cesser de l'exercer. Ce dernier cas de figure peut se produire lorsque les institutions compétentes de l'Union décident d'abroger un acte législatif, en particulier en vue de mieux garantir le respect constant des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Sur l'initiative d'un ou de plusieurs de ses membres (représentants des Etats membres) et conformément à l'article 241 du traité sur le fonctionnement de l'Union, le Conseil peut demander à la Commission de soumettre des propositions visant à abroger un acte législatif.

De même, les représentants des gouvernements des Etats membres, réunis en Conférence intergouvernementale, conformément à la procédure de révision ordinaire prévue à l'article 33 du traité sur l'Union européenne, peuvent décider de modifier les traités, y compris en vue d'accroître ou de réduire les compétences attribuées à l'Union dans lesdits traités ».

préemption¹⁴⁹⁷ des compétences nationales, engendré par la réglementation exhaustive par l'Union d'une matière relevant des compétences partagées¹⁴⁹⁸.

En outre, si la clause de flexibilité a été reprise pour figurer à l'article 352 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, elle a été agrémentée d'un nouveau paragraphe 4 excluant l'utilisation de cette disposition pour atteindre un objectif relevant de la politique étrangère et de sécurité commune et réaffirmant l'obligation de respecter les procédures et les attributions des institutions en la matière. De plus, l'article 352 TFUE fait l'objet de deux déclarations interprétatives annexées au traité de Lisbonne. La déclaration n° 41¹⁴⁹⁹ vise à éclaircir la notion d'« objectifs » justifiant la mise en œuvre de l'article 352 et insiste particulièrement sur l'impossibilité d'utiliser ledit article pour mettre en œuvre les objectifs figurant à l'article 3, paragraphe 1 du traité sur l'Union européenne, qui dispose : « l'Union a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples ». L'impossibilité d'adopter des actes législatifs en matière de politique étrangère et de sécurité commune est réitérée par cette déclaration, trahissant ainsi la crainte des Etats de voir ce domaine hautement symbolique leur échapper. Quant à la déclaration n°42, elle reprend les termes de l'avis 2/94¹⁵⁰⁰ de la Cour de justice dans lequel la Cour avait dit pour droit que l'utilisation de la clause de flexibilité « ne saurait constituer un fondement pour élargir le domaine des compétences de l'Union au-delà du cadre général résultant de l'ensemble des dispositions des traités, et en particulier de celles qui définissent les missions et les actions de l'Union [et que] cet article ne saurait en tout cas servir de fondement à l'adoption de dispositions qui aboutiraient en substance, dans leurs conséquences, à une modification des traités échappant à la procédure que ceux-ci prévoient à cet effet ».

¹⁴⁹⁷ Voir, pour une formulation jurisprudentielle de ce principe, CJCE, 13 décembre 1983, *Apple and pear development council*, aff. 222/82, *Rec.* p. 4083, spéc. pt. 23 : « il convient de souligner que la réglementation portant organisation commune des marchés dans le secteur des fruits et légumes comporte un système de normes de qualité qui est applicable aux produits ici en cause et qui présente un caractère exhaustif. A moins que cette réglementation n'en dispose autrement, les Etats membres [...] sont donc empêchés d'imposer des dispositions unilatérales concernant la qualité des fruits commercialisés par les producteurs ».

¹⁴⁹⁸ Voir en ce sens Valérie MICHEL, « Les compétences : les mots et les choses », *Europe*, juillet 2008, dossier spécial sur le traité de Lisbonne, pp. 43-46, spéc. p. 44.

¹⁴⁹⁹ Voir la déclaration n° 41 relative à l'article 352 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, aux termes de laquelle « la Conférence déclare que la référence aux objectifs de l'Union figurant à l'article 352, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne vise les objectifs fixés à l'article 3, paragraphes 2 et 3, du traité sur l'Union européenne ainsi que les objectifs énoncés à l'article 3, paragraphe 5, dudit traité, relatif à l'action extérieure, en vertu de la cinquième partie du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Par conséquent, il est exclu qu'une action fondée sur l'article 352 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne poursuive uniquement les objectifs fixés à l'article 3, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne. Dans ce cadre, la Conférence note que, conformément à l'article 31, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, des actes législatifs ne peuvent être adoptés dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune ».

¹⁵⁰⁰ CJCE, avis 2/94 du 28 mars 1996, adhésion de la Communauté à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, *Rec.* p. I-1759.

604.- Enfin, le traité de Lisbonne renforce le contrôle préventif des parlements nationaux sur l'application du principe de subsidiarité. Ainsi, si le seuil d'un tiers des voix attribuées aux parlements nationaux est maintenu en vue d'obliger l'auteur de la proposition d'acte à réexaminer le texte projeté, le nouveau protocole sur l'application des principes de proportionnalité et de subsidiarité ajoute à cette procédure une « procédure renforcée »¹⁵⁰¹ lorsque l'acte proposé doit être adopté selon la procédure législative ordinaire¹⁵⁰². Dans ce cas, le déclenchement de la procédure est subordonné à l'adoption d'un avis motivé par un nombre de parlements représentant la majorité simple des voix attribuées aux parlements nationaux. Le projet doit être réexaminé, mais si la Commission décide de le maintenir, le Conseil, statuant à une majorité de 55%, ou le Parlement européen, à la majorité des suffrages exprimés, peuvent décider de ne pas poursuivre l'examen de la proposition législative¹⁵⁰³.

605.- Au final, l'équilibre entre la souplesse nécessaire au dynamisme de l'intégration et la préservation des droits des Etats semble maintenu, même si on peut noter une crispation certaine sur la question des frontières des compétences attribuées à l'Union. Le traité de Lisbonne peut tout de même, à l'instar du traité établissant une constitution pour l'Europe, être appréhendé sous l'angle de l'idée fédérale qu'il contribue à concrétiser.

3. La répartition des compétences, instrument au service de l'approfondissement de l'idée fédérale

Tant l'objectif d'intégration que la légitime préoccupation tenant à la sauvegarde des compétences étatiques semblent être garantis et même renforcés par le traité constitutionnel et le traité de Lisbonne.

¹⁵⁰¹ Cf. Jean-Luc SAURON, *Comprendre le traité de Lisbonne. Texte consolidé intégral des traités, explications et commentaires*, Paris, Gualino, 2008, 351 pages, spéc. p. 59.

¹⁵⁰² Cf. article 7, paragraphe 3 du projet de protocole relatif à l'application des principes de proportionnalité et de subsidiarité.

¹⁵⁰³ Certes, le législateur peut déjà rejeter une proposition d'acte législatif, indépendamment de la procédure déclenchée par l'adoption d'un avis motivé par les parlements nationaux. Cependant, dans la procédure législative ordinaire, et en l'absence de déclenchement de la procédure de contrôle renforcée, le Parlement européen doit réunir un nombre de voix équivalent à la majorité des membres qui le composent.

606.- Sont à porter au crédit de l'intégration : l'extension de la sphère de compétences de l'Union ; l'extension du champ du vote à la majorité qualifiée ; les dispositions relatives à la clause de flexibilité et l'octroi de compétences normatives d'exécution à l'Union. De même, il faut noter que la consécration de domaines dans lesquels l'Union peut mener des actions de coordination ou d'appui est susceptible d'engendrer une centralisation accrue des compétences normatives dans le chef de l'Union qui, bien qu'incitative, pourrait se révéler particulièrement efficace. En effet, le but de ces compétences est, comme son nom l'indique, d'appuyer et de compléter les politiques nationales lorsque cela relève de l'intérêt commun de l'Union et des Etats membres. Le rapport final du groupe de travail V sur les compétences complémentaires notait à ce propos que l'action de l'Union dans ces domaines devrait se matérialiser par l'adoption d'actes dépourvus de portée juridiquement contraignante (résolutions, programmes d'action) mais aussi par des mesures de soutien financier. Or, l'étude du fédéralisme, notamment canadien, montre que le « pouvoir de dépenser » (*spending power*) est souvent utilisé par le niveau central pour accroître ses compétences, en subordonnant l'octroi d'une aide financière au respect de conditions identiques à une intervention normative. Mme Andrée Lajoie a ainsi montré qu' « en posant son pouvoir de dépenser comme fondement d'une intervention, un gouvernement fédéral invoque par association l'orthodoxie constitutionnelle et semble conférer à son action une validité inattaquable »¹⁵⁰⁴. Si l'on suit cet auteur, c'est alors d'un véritable « instrument fédéral de centralisation »¹⁵⁰⁵ qui ne dit pas son nom dont s'est dotée l'Union par le biais des actions d'appui. Le principe de telles actions a été maintenu par le traité de Lisbonne, ce qui renforce la conclusion selon laquelle ce traité approfondit l'idée d'intégration qui a initialement guidé les Etats fondateurs.

607.- A ces mécanismes potentiellement centripètes répondent de nombreuses dispositions destinées à protéger les compétences étatiques. Tout d'abord, le traité constitutionnel précise bien que les compétences de l'Union sont celles que les Etats lui attribuent. A plusieurs reprises, il est ainsi rappelé que « la présente Constitution européenne établit l'Union européenne, à laquelle les Etats membres attribuent des compétences pour

¹⁵⁰⁴ Andrée LAJOIE, « Le Fédéralisme canadien : science politique fiction pour l'Europe ? », *Lex Electronica*, n° 1/ 2005, 23 pages, spéc. p. 6, disponible à l'adresse suivante : <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-1/lajoie.pdf>.

¹⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 6.

atteindre leurs objectifs communs »¹⁵⁰⁶, que « l'Union agit dans les limites des compétences que les Etats lui ont attribuées » ou encore que « toute compétence non attribuée à l'Union dans la Constitution appartient aux Etats membres »¹⁵⁰⁷. Le traité de Lisbonne, qui reprend l'ensemble de ces dispositions, réaffirme fortement le principe selon lequel les Etats membres disposent de la compétence de droit commun dans l'Union et que les compétences qu'ils conviennent d'attribuer à l'Union peuvent lui être retirées¹⁵⁰⁸. La réaffirmation des principes de proportionnalité et de subsidiarité gouvernant l'exercice des compétences de l'Union ainsi que le nouveau mécanisme d'alerte préventive permettant de contrôler le respect de ce dernier manifestent clairement la volonté des Etats de contraindre les institutions de l'Union au respect de leurs attributions.

Comme nous l'avons examiné ci-dessus, le traité de Lisbonne a ajouté nombre de dispositions visant à circonscrire la sphère de compétences attribuées à l'Union, ce qui accentue l'aspect relatif à la préservation des compétences étatiques de cette nouvelle révision des traités.

608.- Au final, conformément à l'idée de droit que nous avons cru déceler dans les traités initiaux, la tension entre intégration et protection des Etats est perpétuée et même accentuée par le nouveau système de répartition des compétences. En cela, le traité constitutionnel et, dans la mesure où il en reprend les acquis, le traité de Lisbonne, sont incontestablement d'essence fédérale¹⁵⁰⁹, alors même que ce mot a été retiré du texte établi par la Convention (et *a fortiori* banni du traité de Lisbonne).

Par conséquent, les dispositions du traité constitutionnel relatives au partage des compétences réalisent deux avancées majeures dans l'optique de la constitutionnalisation de l'Union. Tout d'abord, en passant « de la pratique de l'enchevêtrement à la logique de la délimitation »¹⁵¹⁰, le système de répartition des compétences permet de clarifier l'état du droit, de le rendre visible pour les citoyens, permettant à ceux-ci de déterminer l'origine nationale ou européenne des obligations qui leur sont imposées et des droits qui leurs sont

¹⁵⁰⁶ Article I-1 TECE.

¹⁵⁰⁷ Article I-11, paragraphe 2 TECE.

¹⁵⁰⁸ Voir notamment la déclaration n° 18 concernant la délimitation des compétences, précitée.

¹⁵⁰⁹ Sur ce point, voir Nicolas LEVRAT, « Le pari fédéraliste du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe. Etude du système de partage des compétences », in Paul MAGNETTE (Dir.), *La grande Europe*, Bruxelles, Editions de l'université de Bruxelles, 2004, pp. 21-40, spéc. pp. 36 et s.

¹⁵¹⁰ Hélène GAUDIN, « La répartition des compétences, un Janus constitutionnel », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs : mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 629-647, spéc. p. 638.

conférés, ce qui est l'objet même d'une constitution. Plus encore, la répartition des compétences permet de comparer le traité constitutionnel aux constitutions fédérales, qui contiennent généralement des clauses relatives à la compétence des deux niveaux de pouvoir intervenant dans l'espace normatif. Le professeur Olivier Beaud a d'ailleurs montré, dans sa *Théorie de la Fédération*, que cette entité politico-juridique était caractérisée par « un système complexe et compliqué d'attributions de pouvoirs et de compétences, rendu nécessaire par la “dualisation” de la puissance publique »¹⁵¹¹ garantissant constitutionnellement l'indépendance de chaque niveau de gouvernement. De plus, la consécration de clauses de répartition des compétences, combinée à la fonction d'interprète authentique des traités confiée à la Cour, permet d'envisager cette juridiction comme une véritable cour fédérale dont la fonction principale est de veiller au respect de la répartition des compétences consacrée par le traité. En somme, ainsi que l'a montré le professeur Hélène Gaudin, la répartition des compétences peut être considérée comme « le point de passage vers la révélation d'un espace à la fois constitutionnel et fédéral, vers la transmutation de l'ordre juridique communautaire »¹⁵¹².

L'aménagement institutionnel illustre de même cet approfondissement de l'idée fédérale que comporte l'idée d'œuvre initiale.

B. L'aménagement institutionnel

609.- Les pères fondateurs de la construction européenne ont conçu un système institutionnel original dont la philosophie n'est pas basée sur la séparation des pouvoirs mais sur un équilibre entre des institutions représentant différentes légitimités. Le triangle institutionnel désigne ainsi les trois légitimités qui structurent l'ordre juridique communautaire, le Conseil représentant la légitimité intergouvernementale, le Parlement, la légitimité démocratique et la Commission, la légitimité « intégrative »¹⁵¹³.

Le traité établissant une constitution pour l'Europe (1.), suivi en cela par le traité de Lisbonne (2.), a quelque peu modifié l'aménagement institutionnel. Si celui-ci paraît toujours conforme à l'idée d'œuvre, il tend clairement à s'éloigner de la spécificité initiale pour

¹⁵¹¹ Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 187.

¹⁵¹² Hélène GAUDIN, « La répartition des compétences, un Janus constitutionnel », *op. cit.*, p. 641.

¹⁵¹³ Cf. Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 2001, 3^{ème} édition, spéc. pp. 183 et s.

emprunter ses traits caractéristiques aux systèmes institutionnels nationaux et plus particulièrement au modèle fédéral et parlementaire.

1. L'aménagement institutionnel dans le traité établissant une constitution pour l'Europe

610.- Le traité établissant une constitution pour l'Europe a repris le cadre institutionnel unique¹⁵¹⁴ dont disposent actuellement les Communautés et l'Union européennes mais a introduit une première modification en officialisant le rôle éminent du Conseil européen dans le processus décisionnel¹⁵¹⁵. Acquérant le statut d'institution¹⁵¹⁶ et doté d'une présidence stable lui permettant de représenter l'Union pour les matières relevant de la politique étrangère et de sécurité commune¹⁵¹⁷, ces nouvelles dispositions aboutissent incontestablement à renforcer la dimension intergouvernementale de l'Union. Conformément à l'idée d'œuvre initiale¹⁵¹⁸, cet accroissement de la légitimité interétatique au sein de l'Union doit être contrebalancé par une revalorisation parallèle de la légitimité intégrative. Or, il apparaît que le contrepoids aux institutions intergouvernementales ne réside plus tant dans la Commission que dans le Parlement européen.

611.- Le Parlement européen confirme en effet l'ascension entreprise depuis son élection au suffrage universel direct, puisque sa revendication d'une symétrie de pouvoirs avec le Conseil¹⁵¹⁹ trouve enfin son aboutissement dans le traité constitutionnel. L'article I-20 du traité constitutionnel place le Parlement sur un pied d'égalité avec le Conseil, tant pour

¹⁵¹⁴ Les dispositions relatives aux institutions et organes de l'Union font l'objet du titre IV du traité constitutionnel (articles I-19 à I-32).

¹⁵¹⁵ Voir sur ce sujet, Fabrice PICOD, « Le rôle du Conseil européen dans le processus de décision », *RDP*, 2002, pp. 1187-1203.

¹⁵¹⁶ Pour une analyse de la composition de cette institution et de ses pouvoirs tels qu'ils découlent du traité établissant une constitution pour l'Europe, voir Symeon KARAGIANNIS, « Le Conseil européen », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires, op. cit.*, pp. 133-147.

¹⁵¹⁷ Article I-22 TECE.

¹⁵¹⁸ Fabrice Picod note de même que « le projet de traité constitutionnel parvient à maintenir l'équilibre institutionnel recherché par les Pères fondateurs des Communautés européennes », Fabrice PICOD, « Le gouvernement européen : la prise de décision », in Olivier BEAUD, Ingolf PERNICE, Arnaud LECHEVALIER et Sylvie STRUDEL (Dir.), *L'Europe en voie de constitution : pour un bilan critique des travaux de la Convention, op. cit.*, pp. 391-408, spéc. p. 394.

¹⁵¹⁹ Sur cette question et, plus généralement, sur le rôle politique du principe d'équilibre institutionnel, voir Vlad CONSTANTINESCO, « L'équilibre institutionnel dans la Constitution européenne », in *Le droit de l'Union européenne en principe : Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Editions Apogée, 2006, pp. 481-491, spéc. p. 482.

la fonction législative que pour la fonction budgétaire. Cette affirmation trouve un écho concret dans le corps du traité, dans la mesure où la procédure de codécision est expressément qualifiée de « procédure législative ordinaire »¹⁵²⁰. De même, le budget doit être établi par la voie d'une loi européenne, adoptée selon la procédure fixée à l'article III-404 TECE qui fait intervenir le Conseil et le Parlement, sans que soit maintenue la distinction en vigueur entre dépenses obligatoires et dépenses non obligatoires. Le cadre financier pluriannuel dans lequel s'insère le budget est quant à lui adopté par le Conseil à l'unanimité de ses membres, l'approbation du Parlement étant requise. Enfin, le Parlement européen voit son pouvoir d'avis conforme (dénommé pouvoir d'approbation), étendu à de nouveaux domaines et surtout quasiment généralisé dans la procédure de conclusion des accords internationaux¹⁵²¹.

Sans remettre en cause la capacité du Parlement européen à assumer à l'avenir la défense de la légitimité intégrative dans le système institutionnel, la nouvelle physionomie institutionnelle n'est pas neutre quant à la forme politique de la nouvelle Union.

612.- Alors que dans les traités originaires, l'équilibre s'établissait entre le Conseil et la Commission, le traité établissant une constitution pour l'Europe prend clairement position pour une interversion de l'importance réciproque du Parlement et de la Commission. Au sein de l'aménagement institutionnel qui s'esquisse, la Commission apparaît alors, ainsi que l'a montré le professeur Jean-Paul Jacqué, comme « la principale perdante de l'évolution »¹⁵²². Certes, la nouvelle composition de cette institution (réduction - différée dans le temps – du nombre de commissaires, renforcement du rôle du président, institution du ministre des affaires étrangères)¹⁵²³ répond à la volonté de restaurer son autorité politique, entamée par la démission collective de la Commission Santer. De même l'article I-26 TECE proclame avec emphase que la Commission « promeut l'intérêt général de l'Union » et

¹⁵²⁰ Article III-396 TECE.

¹⁵²¹ Sur ce point, voir Christian MESTRE, « Le Parlement », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, op. cit., pp. 117-132.

¹⁵²² Jean-Paul JACQUE, « Les principes constitutionnels fondamentaux dans le projet de traité établissant la Constitution européenne », in Lucia-Serena ROSSI (Dir.), *Vers une nouvelle architecture européenne : le projet de Traité-Constitution*, op. cit., pp. 47-62.

¹⁵²³ Sur ces différents aspects, voir Symeon KARAGIANNIS, « La Commission européenne », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, op. cit., pp. 161-178.

confirme à ce titre son droit d'initiative et ses responsabilités générales en matière de coordination, d'exécution et de gestion. Cependant, cette présentation apparaît davantage, comme l'ont noté certains observateurs, comme une « forme de trompe-l'œil »¹⁵²⁴ dès lors que l'on s'intéresse aux dispositions particulières qui régissent les pouvoirs de la Commission.

Tout d'abord, les pouvoirs de la Commission sont relativisés, par la généralisation de la procédure de codécision qui relativise son droit d'initiative, d'une part¹⁵²⁵, et par les nouvelles règles qui régissent ses pouvoirs d'exécution et de négociation, d'autre part. En effet, le pouvoir de la Commission d'adopter des règlements délégués se voit doublement encadré par la faculté du Conseil et du Parlement de s'opposer à l'entrée en vigueur des mesures en cause voire, de manière plus radicale, de révoquer la délégation¹⁵²⁶. Quant à ses capacités de négociation des accords dits ordinaires, elles sont considérablement amoindries par la personne du négociateur, désigné par le Conseil et qui mène les négociations aux lieux et place de la Commission, selon la procédure définie à l'article III-325 TECE. Enfin, le président de la Commission voit sa nouvelle autorité concurrencée, tant par le président du Conseil européen qu'en son sein, par le ministre des affaires étrangères qui, nommé par le Conseil européen, devra lui faire allégeance. Surtout, comme l'a montré le professeur Joachim Schild, la légitimité de la Commission dépend en grande partie de son indépendance, tant à l'égard des intérêts nationaux que des majorités parlementaires¹⁵²⁷. Or, l'évolution que dessine le traité constitutionnel place très largement le destin de la Commission entre les mains du Parlement européen. En effet, à côté de la possibilité pour le Parlement européen de censurer la Commission, que perpétue l'article III-340 TECE, le candidat à la présidence de la Commission, proposé par le Conseil européen, doit refléter les résultats des élections au Parlement européen¹⁵²⁸. Cette nouvelle disposition met en évidence le fait, relevé par M. Paul Magnoste, que « le tropisme parlementaire joue pleinement,

¹⁵²⁴ *Ibid.*, p. 170.

¹⁵²⁵ Conformément à l'article III-396, paragraphes 10 et 13 TECE, la règle selon laquelle le Conseil ne peut s'écarter de la position de la Commission qu'à l'unanimité ne joue pas lors de la troisième lecture, ni lors de la phase de conciliation.

¹⁵²⁶ Article I-36 TECE.

¹⁵²⁷ Joachim SCHILD, « Die Reform der EU-Kommission im Verfassungsentwurf des Konvents – Leitbilder, Legitimationsprobleme, Left-overs », in Olivier BEAUD, Ingolf PERNICE, Arnaud LECHEVALIER et Sylvie STRUDEL (Dir.), *L'Europe en voie de constitution : pour un bilan critique des travaux de la Convention*, op. cit., pp. 409-428. Voir dans le même sens, Jean-Paul JACQUE, « Les principes constitutionnels fondamentaux dans le projet de traité établissant la Constitution européenne », op. cit., p. 60.

¹⁵²⁸ Article I-27 TECE.

contribuant à reproduire dans la “Constitution” de l’Union des relations entre “exécutif” et assemblée qui s’inspirent de la matrice nationale »¹⁵²⁹.

Cette « parlementarisation »¹⁵³⁰ de l’Union n’est pas neutre, mais aboutit à diminuer encore la crédibilité de la Commission à l’égard du Conseil, qui préférera désormais négocier directement avec le Parlement européen plutôt qu’avec la Commission, réduite à un rôle de simple « porte-parole »¹⁵³¹.

613.- On peut de plus noter que la parlementarisation de l’Union ne se réduit pas à l’accroissement des pouvoirs du Parlement européen mais prend aussi les traits de l’irruption des parlements nationaux dans le processus décisionnel européen. En effet, le traité établissant une constitution pour l’Europe leur confère un rôle de contrôle important, en ce qui concerne l’application du principe de subsidiarité¹⁵³² mais aussi pour les activités d’Europol¹⁵³³. De plus, ils sont associés aux mécanismes d’évaluation prévus dans le cadre de l’espace de liberté, de sécurité et de justice¹⁵³⁴ et dans le cadre d’Eurojust¹⁵³⁵ et bénéficient d’informations diverses, lors de la mise en œuvre d’une procédure d’adhésion de nouveaux membres à l’Union européenne¹⁵³⁶ ou dans le cadre de l’espace de liberté, de sécurité et de justice¹⁵³⁷. Enfin, le traité constitutionnel consacre l’entrée des parlements nationaux dans la procédure de révision. En effet, s’agissant de la procédure de révision ordinaire, ceux-ci bénéficient désormais du droit de se voir notifier tout projet tendant à la révision mais aussi d’être représentés au sein de la Convention éventuellement réunie pour faire des recommandations à la conférence intergouvernementale¹⁵³⁸. Quant à la procédure de révision simplifiée prévue à l’article IV-444 (aussi qualifiée de « clause passerelle

¹⁵²⁹ Paul MAGNETTE, *Contrôler l’Europe. Pouvoirs et responsabilité dans l’Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l’université de Bruxelles, 2003, 175 pages, spéc. p. 50.

¹⁵³⁰ Cf. Vlad CONSTANTINESCO, « L’équilibre institutionnel dans la Constitution de l’Union européenne », in *Le droit de l’Union européenne en principes. Liber amicorum en l’honneur de Jean Raux*, Rennes, Éditions Apogée, 2006, pp. 481-491, spéc. p. 490.

¹⁵³¹ Jean-Paul JACQUE, « Les principes constitutionnels fondamentaux dans le projet de traité établissant la Constitution européenne », *op. cit.*, p. 60. Voir aussi Vlad CONSTANTINESCO, « L’équilibre institutionnel dans la Constitution européenne », *op. cit.*, p. 489. Elisabeth Zoller estime au contraire que la politisation de la Commission est l’unique voie de la démocratisation de l’Union, dans la mesure où « la démocratie n’est pas le règne des sages ou celui des experts, mais “le règne du politicien” selon la forte expression de Schumpeter ». Elisabeth ZOLLER, « Une constitution pour les États européens, pas pour le peuple », *Commentaire*, n° 108, hiver 2004-2005, pp. 965-969.

¹⁵³² Voir *supra*, paragraphe 600.-

¹⁵³³ Article III-273 TECE.

¹⁵³⁴ Article III-260 TECE.

¹⁵³⁵ Article III-276 TECE.

¹⁵³⁶ Article I-58 TECE.

¹⁵³⁷ Articles III-260 et III-261 TECE.

¹⁵³⁸ Article IV-443 TECE.

générale »), les parlements bénéficient d'un véritable droit de veto leur permettant de faire échec au passage d'un domaine à la procédure législative ordinaire ou au vote à la majorité qualifiée.

Cette apparition des parlements nationaux sur la scène européenne devrait emporter un remodelage du jeu institutionnel, du côté du Parlement européen tout d'abord, qui devra s'accommoder de cet autre représentant de la légitimité démocratique au sein de l'Union, et du côté du Conseil ensuite, dont les stratégies de négociation devraient être modifiées. Il convient tout de même de souligner que l'effectivité des dispositions relatives aux parlements nationaux dépendra de l'utilisation qui en sera faite, celle-ci étant étroitement liée à la capacité des parlements à travailler de concert. En tout état de cause, le rôle nouveau dévolu aux parlements nationaux accentue la représentation du citoyen au sein de l'Union.

Sur tous ces points, le traité de Lisbonne n'apporte que des modifications mineures.

2. L'aménagement institutionnel dans le traité de Lisbonne

614.- Le principal apport du traité modificatif concerne l'insertion d'un article 12 concernant le rôle des parlements nationaux dans le titre II du traité sur l'Union européenne consacré aux principes démocratiques de l'Union, qui reprend l'essentiel des pouvoirs qui leur sont dévolus. On rappellera au passage que le rôle des parlements nationaux a été sensiblement renforcé, la procédure de contrôle préventif ayant été quelque peu modifiée afin d'en faciliter l'exercice et d'en accroître les possibilités de mise en œuvre. En outre, l'article 81, paragraphe 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne permet à tout parlement national de s'opposer à la mise en œuvre de la clause passerelle prévue à cet article et permettant au Conseil d'adopter, selon la procédure législative ordinaire et non spéciale, des mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière.

615.- Pour le reste, les seules modifications du traité de Lisbonne sur le plan institutionnel concernent la dénomination du ministre des affaires étrangères (qui devient haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité) et la date

d'entrée en vigueur du vote à la double majorité (55% des membres du Conseil représentant 65% de la population) qui est reportée au 1^{er} novembre 2014¹⁵³⁹.

616.- A cette règle, d'apparence simple, s'ajoutent de multiples dérogations et solutions transitoires. Jusqu'au 1^{er} novembre 2014 tout d'abord, c'est le système de la pondération des voix qui s'appliquera, les seuils et le poids de chaque Etat étant défini dans un protocole sur les dispositions transitoires. Entre le 1^{er} novembre 2014 et le 31 mars 2017, un seul Etat pourra demander à revenir, lors d'un vote, au système antérieur à 2014¹⁵⁴⁰. De plus, la déclaration n°7 relative à l'article 16, paragraphe 4 du traité sur l'Union européenne comporte un projet de décision du Conseil destiné à entrer en vigueur le même jour que le traité de Lisbonne. Ce projet de décision prévoit qu'entre le 1^{er} novembre 2014 et le 31 mars 2017, si des Etats représentant au moins trois quarts de la population ou au moins trois quarts des Etats membres constituant une minorité de blocage le souhaitent, la discussion se poursuivra en vue de parvenir à un accord. A partir du 1^{er} avril 2017, les seuils pour faire jouer cette résurgence du compromis de Ioannina passeront à 55% de la population et 55% du nombre d'Etats nécessaire pour former une minorité de blocage. Ces dispositions ne modifient cependant pas les conclusions auxquelles nous sommes parvenues quant à l'équilibre institutionnel découlant du traité constitutionnel, qui peuvent dès lors être transposées au traité de Lisbonne.

617.- Au final, le passage d'un jeu institutionnel dirigé par trois acteurs dont les pouvoirs étaient relativement équilibrés à un jeu gouverné par quatre acteurs dont deux sont par nature alliés (le Conseil européen et le Conseil des ministres), tandis qu'une relation de subordination se dessine entre les deux autres (la Commission et le Parlement européen), est susceptible de modifier en profondeur l'équilibre institutionnel. L'aménagement prévu par le traité constitutionnel et repris par le traité de Lisbonne contient en germe la réduction du quadrilatère institutionnel à un dialogue entre le Conseil et le Parlement européen, seules institutions habilitées, par leurs discussions dialectiques, à former la volonté générale au sein de l'Union européenne. Si l'idée d'œuvre ne disparaît pas, elle opère une mutation claire en

¹⁵³⁹ Voir l'article 16, paragraphe 4 du traité sur l'Union européenne. L'article 238, paragraphe 2 du traité sur le fonctionnement de l'Union apporte une dérogation à ce mode de calcul lorsque le Conseil ne statue pas sur proposition de la Commission ou du haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité. Dans ce cas, la majorité qualifiée se définit comme étant égale à au moins 72% des membres du Conseil, représentant des Etats membres réunissant au moins 65% de la population de l'Union.

¹⁵⁴⁰ Article 3, paragraphe 2 du protocole sur les dispositions transitoires.

direction de l'idée fédérale et plus spécifiquement en direction d'une Union des Etats et des peuples, esquissée à travers l'aménagement institutionnel.

Cette Union des Etats et des peuples constitue-t-elle la finalité de la construction européenne, qui trouverait une première tentative de formalisation dans le traité établissant une constitution pour l'Europe ?

II. LE SENS DE L'INTEGRATION : VERS UNE UNION DES PEUPLES ET DES ETATS ?

618.- A la lecture de son préambule et de ses premiers articles le chemin tracé par le traité établissant une constitution pour l'Europe semble clairement balisé en direction de la fondation d'une Union des Etats et des peuples, forme d'association politique fédérale dont la principale caractéristique est de reposer sur deux sources de légitimité. En effet, les conventionnels n'ont-ils pas « élaboré le projet de cette constitution au nom des citoyens et des Etats d'Europe »¹⁵⁴¹ ? La constitution européenne n'a-t-elle pas été « inspirée par la volonté des citoyens et des Etats d'Europe de bâtir leur avenir commun »¹⁵⁴² ? Si ces formules doivent avoir une signification autre que rhétorique, alors l'adoption du traité établissant une constitution pour l'Europe doit être considérée comme ayant pris parti sur la finalité de l'Union et sur la forme que doit revêtir cette entité politique. De nombreux auteurs ont d'ailleurs proposé, à la lecture du traité établissant une constitution pour l'Europe, de qualifier l'Union européenne d' « Europe des Etats et d'Europe des peuples »¹⁵⁴³, d' « Union d'Etats et de peuples »¹⁵⁴⁴ ou encore de « *polity of states and peoples* »¹⁵⁴⁵.

¹⁵⁴¹ Cf. préambule du traité établissant une constitution pour l'Europe.

¹⁵⁴² Article I-1 TECE.

¹⁵⁴³ Alexis VAHLAS, « Appartenance à l'Union européenne », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, op. cit., pp. 239-278, spéc. p. 278.

¹⁵⁴⁴ Jean-Paul JACQUE, « Les principes constitutionnels fondamentaux dans le projet de traité établissant la Constitution européenne », op. cit., spéc. p. 56.

¹⁵⁴⁵ Walter VAN GERVEN, *The European Union : a polity of states and peoples*, Stanford, Stanford university press, 2005, 416 pages.

619.- L'Union des Etats et des peuples peut se définir comme une association politique d'Etats dans laquelle la puissance publique est divisée entre deux niveaux de gouvernements distincts dont les relations ne sont pas basées sur un principe hiérarchique¹⁵⁴⁶. Souvent dénommée Fédération d'Etats-nation ou Fédération¹⁵⁴⁷, la formule d' « Union des Etats et des peuples » doit selon nous être préférée dans la mesure où elle envisage cette nouvelle forme d'association sous l'angle de ses deux sources de légitimité là où la notion de Fédération d'Etats met davantage l'accent sur les détenteurs de la puissance publique. Dès lors, la notion d'Union des Etats et des peuples se caractérise par le fait que tant les Etats que les peuples sont à la fois les sujets et les supports de l'Union qui les assemble. Or, si cette assertion peut être vérifiée s'agissant des Etats (A.) elle ne peut être soutenue s'agissant des peuples européens, comme le révèle l'étude du statut du citoyen de l'Union (B.).

A. Le statut d'Etat membre de l'Union : vers la consécration de droits fondamentaux des Etats ?

620.- Le statut d'Etat membre de l'Union doit faire l'objet d'une étude approfondie dans l'optique de qualifier l'Union européenne d'Union des Etats et des peuples. Tout d'abord, conformément à l'idée de droit initiale, il faut démontrer que l'idée d'œuvre est perpétuée par le traité établissant une constitution pour l'Europe et particulièrement pour ce qui nous concerne ici quant à son second versant : la préservation de l'existence des Etats. Cette première exigence ne semble pas faire de difficultés, dans la mesure où le droit de retrait a été explicitement consacré par le traité constitutionnel¹⁵⁴⁸.

621.- Cependant, si la préservation de l'existence des Etats découle en premier lieu du fait qu'ils sont les « Maîtres des traités », certains auteurs considèrent que l'Union des Etats et des peuples se singulariserait par la caractérisation de véritables droits fondamentaux

¹⁵⁴⁶ Le principe de primauté, qui diffère comme nous l'avons montré de la suprématie caractérisant le monisme juridique, témoigne de l'absence de pertinence d'une approche fondée sur la hiérarchie des normes nationales et communautaires.

¹⁵⁴⁷ Sur la notion de Fédération, voir Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, 433 pages. Cet auteur note d'ailleurs que « la Fédération a pour caractéristique éminente d'être une *union des Etats et des peuples* », *ibid.*, p. 271.

¹⁵⁴⁸ Article I-60 TECE. Cette disposition a été reprise par le traité de Lisbonne et figurera à l'article 50 du traité sur l'Union européenne. Pour une analyse de cette disposition, voir Jean-Victor LOUIS, « Le droit de retrait de l'Union européenne », *CDE*, n° 3-4/2006, pp. 293-314. Voir aussi Alexis VAHLAS, « Appartenance à l'Union européenne », *op. cit.*, spéc. pp. 266 et s.

des Etats¹⁵⁴⁹, similaires aux droits fondamentaux des individus et qui leur seraient reconnus par l'Union qui les englobe.

Cette théorie des droits fondamentaux des Etats trouve sa source dans les écrits de Kant qui a développé, dans son projet philosophique *Pour la paix perpétuelle*¹⁵⁵⁰, le modèle de l'ordre cosmopolitique. Cet ordre peut être défini comme un « fédéralisme d'Etats libres »¹⁵⁵¹ dans lequel « les peuples en tant qu'Etats peuvent être assimilés à des individus [...] dont chacun, au nom de sa sécurité, peut et doit exiger de l'autre qu'il entre en même temps que lui dans une constitution, semblable à la constitution civile, dans laquelle son droit peut être garanti à chacun »¹⁵⁵². Précisant la pensée kantienne, M. Jean-Marc Ferry a émis l'hypothèse selon laquelle « la marque la plus spécifique d'un Etat de droit cosmopolitique tient à ce que sa structure juridique de base compose [*sic*] concurremment sur les droits des individus et sur les droits des Etats »¹⁵⁵³.

L'hypothèse selon laquelle la présence et la garantie de droits fondamentaux des Etats au sein d'un ordre juridique composé caractériseraient la Fédération (ou Union des Etats et des peuples) est d'ailleurs renforcée par l'étude du professeur Florence Poirat, qui a démontré l'inanité de cette notion en droit international¹⁵⁵⁴. Identifier de tels droits fondamentaux des Etats au sein de l'Union européenne permettrait ainsi de renforcer la thèse selon laquelle le traité établissant une constitution pour l'Europe concrétise la formation d'une véritable Union des Etats et des peuples.

Quant aux caractéristiques de tels droits fondamentaux, nous suivrons ici la démarche proposée par le professeur Jean-Denis Mouton, qui consiste à « repérer une fundamentalité

¹⁵⁴⁹ Jean-Marc FERRY, *La question de l'Etat européen*, Paris, Gallimard, 2000, 322 pages, et, du même auteur, *Europe, la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, Paris, Editions du cerf, 2005, 215 pages. Voir aussi, pour la transposition de cette thèse dans le champ de l'analyse juridique, Jean-Denis MOUTON, « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats dans le système communautaire ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 463-477.

¹⁵⁵⁰ Emmanuel KANT, *Pour la paix perpétuelle* [1795], trad. par Joël Lefebvre, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1985, 188 pages.

¹⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 58 : « le droit international doit être fondé sur un fédéralisme d'Etats libres ».

¹⁵⁵² *Ibid.*, p. 58.

¹⁵⁵³ Jean-Marc FERRY, *La question de l'Etat européen*, *op. cit.*, spéc. p. 91.

¹⁵⁵⁴ Selon cet auteur, la notion de droits fondamentaux des Etats au sens du droit international ne désigne que les attributs découlant logiquement de l'existence objective d'un Etat, c'est-à-dire de la réunion de ses éléments constitutifs. Florence POIRAT, « La doctrine des "droits fondamentaux" de l'Etat », *Droits*, n° 16/1992, pp. 83-91.

“substantielle” inscrite [...] dans les traités fondateurs, assortie d’une sanction, la sanction juridictionnelle apparaissant comme l’archétype »¹⁵⁵⁵.

622.- Dans cette optique, la seule disposition pouvant être interprétée comme consacrant l’existence de droits fondamentaux des Etats est l’article I-5, paragraphe 1, du traité constitutionnel, dont le contenu est repris par le traité de Lisbonne qui prévoit de l’insérer à l’article 4, paragraphe 2 du traité sur l’Union européenne. Cet article dispose : « l’Union respecte l’égalité des Etats membres devant la Constitution ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l’autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l’Etat, notamment celles qui ont pour objet d’assurer son intégrité territoriale, de maintenir l’ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque Etat membre ».

Nous rappellerons tout d’abord que l’interprétation donnée par les juridictions nationales, selon laquelle l’article I-5, paragraphe 1 du traité habiliterait ces mêmes juridictions à contrôler le respect de cet article ne peut selon nous être soutenue¹⁵⁵⁶. A défaut d’interprétation authentique de cette disposition, qui ne pourra être livrée par la Cour de justice qu’avec l’entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la signification de cet article fera l’objet de simples conjectures de notre part. L’analyse juridique de cette disposition confirme selon nous que l’article I-5 TECE, repris par le traité de Lisbonne, loin de circonscrire un domaine réservé à l’action des Etats (1.) consacre de véritables droits fondamentaux des Etats au sein de l’ordre juridique communautaire (2.).

1. L’article I-5 TECE : la consécration d’un « domaine réservé » des Etats ?

623.- Afin d’apprécier la teneur de l’article I-5 TECE, disposition reprise par le traité de Lisbonne, l’intention des auteurs de ce texte peut tout d’abord être éclairante. D’après les informations fournies par l’examen des documents de la Convention, il semble que l’article I-5, paragraphe 1 TECE doive être envisagé sous l’angle de la défense de la sphère de compétences des Etats. En effet, bien que n’étant pas incluse dans les dispositions

¹⁵⁵⁵ Jean-Denis MOUTON, « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats dans le système communautaire ? », *op. cit.*, spéc. p. 464.

¹⁵⁵⁶ Voir *supra*, paragraphes 579.- et suivants.

relatives à la répartition des compétences, cette disposition a surtout été discutée au sein du groupe V relatif aux compétences complémentaires de l'Union. Le rapport final des travaux de ce groupe permet d'ailleurs de comprendre pourquoi cet article ne figure pas dans le titre consacré aux compétences de l'Union. En effet, les conventionnels voulaient inclure au sein de cet article une liste de tous les domaines dans lesquels les responsabilités des Etats membres sont essentielles¹⁵⁵⁷. Cependant, insérer une telle liste au cœur du dispositif de répartition des compétences eût comporté deux inconvénients majeurs. Tout d'abord, cela aurait pu donner à penser que les Etats membres tiennent leurs compétences de l'Union elle-même, en contrariété avec le principe selon lequel l'Union ne dispose que de compétences d'attribution. Ensuite, préciser, au sein du titre réservé aux compétences de l'Union, que celle-ci respecte l'identité nationale des Etats membres aurait pu engendrer des confusions sur la portée de cet article et emporter la conviction que les matières qui y sont énumérées relèvent d'un domaine dans lequel l'Union ne pourrait en aucun cas agir, ou que leur invocation autoriserait les Etats à ne pas respecter les dispositions des traités¹⁵⁵⁸. La version finale de cet article ne reprend donc pas l'idée de la liste des matières jugées essentielles par les Etats mais exprime seulement, dans une formule ramassée, l'obligation pour l'Union de respecter l'identité nationale des Etats inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles.

Bien qu'étant placée dans le titre I relatif à la définition des objectifs de l'Union, et non dans le titre III du traité constitutionnel consacré aux compétences de l'Union, les travaux de la Convention invitent donc à considérer cet article sous l'angle de la répartition des compétences. Ce rapprochement est d'ailleurs amplifié par le traité de Lisbonne qui inclut cette obligation juste avant l'article 5 du traité sur l'Union européenne relatif aux principes fondamentaux gouvernant la répartition des compétences. De plus, l'article 4 TUE comprendrait, juste avant la clause étudiée, le rappel selon lequel « toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux Etats membres ».

¹⁵⁵⁷ Le rapport final des travaux de ce groupe mentionne ainsi deux domaines essentiels : les « structures fondamentales et fonctions essentielles de l'Etat » (sont cités dans cette catégorie la structure politique et constitutionnelle, y compris l'administration autonome aux niveaux régional et local, la citoyenneté nationale, le territoire, le statut légal des églises et des sociétés religieuses, la défense nationale et l'organisation des forces armées, et le choix des langues), et les « choix fondamentaux en matière de politiques publiques et valeurs sociales » (sont ici cités, la politique de distribution des revenus, l'imposition et la collecte des impôts et taxes individuels, le système de prestations de sécurité sociale, le système éducatif, le système public de soins de santé, la préservation et le développement culturels, et le service militaire ou civil obligatoire). Voir CONV 375/02, spéc. p. 11.

¹⁵⁵⁸ La volonté de ne pas faire de cette clause une clause dérogatoire générale ressort très clairement du rapport final du groupe V précité, spéc. p. 11.

624.- Dans ces conditions, l'article I-5, paragraphe 1, du traité constitutionnel peut-il être interprété comme délimitant une sphère de compétence des Etats dont toute intervention de l'Union serait bannie ?

Certes, il paraît essentiel que l'Union ne puisse réglementer des matières qui sont du ressort du pouvoir constituant national, telles que la forme du gouvernement ou les subdivisions de l'Etat, et qui sont donc inhérentes à leur identité nationale¹⁵⁵⁹ et plus précisément à leur identité constitutionnelle. De même s'agissant des matières énumérées au titre des « fonctions essentielles de l'Etat »¹⁵⁶⁰, elles relèvent de l'Etat envisagé comme disposant du « monopole de la violence légitime » et donc d'un des éléments constitutifs de l'Etat, selon la doctrine internationaliste¹⁵⁶¹.

En même temps, tant l'identité nationale des Etats membre de l'Union que leurs fonctions essentielles sont déjà, bien que de manière très réduite, appréhendées par les traités actuels. Ainsi, si l'Union respecte l'identité nationale de ses membres, ce n'est qu'à la condition que ceux-ci se conforment aux valeurs de l'Union, énumérées à l'actuel article 6 TUE, la violation « grave et persistante » de cette exigence pouvant entraîner la suspension de certains droits résultant de l'appartenance à l'Union. L'affirmation selon laquelle l'Union respecte l'identité nationale des Etats ne peut donc être comprise de manière absolue mais doit être conciliée avec les autres dispositions des traités qui sont susceptibles d'en limiter les effets. De même, s'agissant des fonctions essentielles de l'Etat, le respect qui leur est dû doit être compris comme autorisant la mise en place, prévue par le traité, d'une politique étrangère et de sécurité commune et d'un espace de liberté, de sécurité et de justice.

¹⁵⁵⁹ Sur la notion d'identité nationale et ses deux interprétations possibles (l'interprétation culturaliste et l'interprétation politico-institutionnelle), voir Marie-Claire PONTTHOREAU, « Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales », communication au VIIe congrès mondial de l'AIDC à Athènes, texte disponible à l'adresse suivante : <http://www.droitconstitutionnel.org/athenes/ponthoreau.pdf>.

¹⁵⁶⁰ Le texte du traité mentionne l'intégrité territoriale, le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité nationale. Cependant, l'utilisation de l'adverbe « notamment » démontre que cette liste n'est pas exhaustive. L'identité culturelle des Etats, que certains auteurs analysent déjà sous l'angle des droits fondamentaux (Cf. Jean-Denis MOUTON, « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats dans le système communautaire ? », *op. cit.*, p. 466 ; voir aussi Jean-Christophe BARBATO, *La diversité culturelle en droit communautaire. Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction communautaire*, thèse, Nancy 2, 2005, Aix-en-Provence, PUAM, 599 pages, spéc. pp. 480 et s.) pourrait ainsi trouver sa place au sein de l'article I-5.

¹⁵⁶¹ Cf. Jean-Denis MOUTON, « La notion d'Etat en droit international public », *Droits*, n° 16/1992, pp. 45- 58.

Il ne nous semble donc pas que l'on puisse parler, pour les matières énumérées à l'article I-5 du traité constitutionnel, d'un véritable « domaine réservé »¹⁵⁶² des Etats entendu comme un « domaine d'activité dans lequel l'Etat [...] jouit d'une compétence totalement discrétionnaire et, en conséquence, ne doit subir aucune immixtion de la part des autres Etats ou des organisations internationales »¹⁵⁶³.

En définitive, cet article nous paraît circonscrire une sphère de compétence qui, si elle n'est pas strictement réservée aux Etats, doit faire l'objet d'une préservation particulière par les institutions communautaires, sous le contrôle de la Cour de justice. En effet, conformément au monopole de l'interprétation authentique dont dispose la Cour dans le système du traité, toute atteinte à ce socle de compétences devra être sanctionné par la Cour et non par les Etats eux-mêmes, décidant de manière unilatérale de ne pas être liés par les actes de l'Union qu'ils jugeraient contraires à cet article.

Cependant, l'article I-5 ne peut être envisagé sous le seul angle de la défense de la répartition de compétences. En effet, il mentionne aussi le fait que l'Union respecte « l'égalité des Etats membres devant la Constitution »¹⁵⁶⁴, invitant à considérer cet article comme consacrant de véritables droits fondamentaux des Etats.

2. L'article I-5 TECE et la consécration de droits fondamentaux des Etats

625.- Le droit à l'égalité des Etats devant la constitution étant d'une importance primordiale au sein de la Fédération, dans la mesure où il permet de préserver l'existence de chaque collectivité étatique prise individuellement et de garantir la représentation de ses intérêts propres au sein de l'ensemble, sa consécration par l'article I-5 TECE prend alors une toute autre dimension, autorisant à envisager cet article comme énonçant de véritables droits fondamentaux des Etats. Plusieurs arguments viennent au secours de cette thèse.

En premier lieu, placée au sein d'un article régissant les « relations entre l'Union et les Etats membres », la formule étudiée précède l'énoncé du principe de coopération

¹⁵⁶² Voir en ce sens Jean-Denis MOUTON, « L'évolution de l'Union européenne : quelles perspectives pour ses relations avec l'autre Europe ? », *RDP*, 2008, pp. 755-773, spéc. p. 771.

¹⁵⁶³ Voir l'article consacré au « domaine réservé », in Jean SALMON (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 pages, spéc. p. 356.

¹⁵⁶⁴ Le traité de Lisbonne mentionne quant à lui le « droit à l'égalité devant les traités ».

loyale¹⁵⁶⁵. Or, le principe de coopération loyale, qui constitue l'équivalent au sein de l'ordre juridique communautaire de la clause de fidélité fédérale (*Bundestreue*) que l'on retrouve dans les Etats fédéraux, a pu être analysée comme l'expression d'un « devoir fondamental » des Etats, caractérisant leur appartenance à une Union supranationale¹⁵⁶⁶. Il serait dès lors possible d'envisager l'énoncé du respect, par l'Union, de l'identité nationale des Etats comme le complément nécessaire des devoirs fondamentaux des Etats et donc comme l'expression de droits fondamentaux garantis à ceux-ci¹⁵⁶⁷.

Ensuite, le fait que la Cour de justice soit compétente pour interpréter et faire respecter cet article, contrairement à l'actuel article 6, paragraphe 3 TUE, tend à accréditer la thèse des droits fondamentaux qui par essence requièrent une garantie juridictionnelle émanant du niveau central. D'ailleurs, la filiation entre l'article I-5 TECE et l'actuel article 6, paragraphe 3, TUE renforce la thèse de la reconnaissance de droits fondamentaux des Etats dans la mesure où certains auteurs considéraient déjà l'article 6, paragraphe 3 TUE sous cet angle¹⁵⁶⁸. Enfin, si l'on met en parallèle l'article I-5 et l'idée de droit qui a façonné l'ordre juridique communautaire, cette disposition peut apparaître comme la contrepartie naturelle du saut dans l'intégration réalisé par le traité établissant une constitution pour l'Europe.

Certes, comme l'a noté le professeur Jean-Denis Mouton, « il serait hasardeux de prétendre que le processus de subjectivisation-juridictionnalisation inhérent à la notion de droit fondamental serait achevé »¹⁵⁶⁹. Cependant, cette hypothèse trouve indubitablement un écho dans l'énoncé de l'article I-5, repris par le traité de Lisbonne, accréditant la thèse de la

¹⁵⁶⁵ Voir sur le rapprochement entre le respect dû à l'identité nationale et l'énonciation du principe de coopération loyale comme témoignant de la spécificité du statut d'Etat membre de l'Union européenne, Muriel LE BARBIER-LE BRIS, « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les Etats membres de l'Union européenne, des Etats pas comme les autres », in *Le droit de l'Union européenne en principe : Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Editions Apogée, 2006, pp. 419-457.

¹⁵⁶⁶ Voir sur la notion d'Union supranationale et sur les « devoirs fondamentaux des Etats », Thomas SCHMITZ, *Integration in der Supranationalen Union: das europäische Organisationsmodell einer prozesshaften geo-regional Integration und seine rechtlichen und staatsrechtlichen Implikation*, thèse, Göttingen, 2000, Baden-Baden, Nomos, 2001, 674 pages, spéc. p. 538-565. Pour cet auteur, les devoirs fondamentaux des Etats membres comprennent en particulier le devoir de respect du droit primaire et secondaire de l'Union, de coopération avec les organes de l'Union et avec les autres Etats membres, de collaboration dans les organes de l'Union ainsi que de loyauté et solidarité envers l'Union et les autres Etats membres.

¹⁵⁶⁷ En ce sens voir Jean-Denis MOUTON, « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats dans le système communautaire ? », *op. cit.*, p. 469 : « tout se passe comme si l'article I-5 posait à la fois les devoirs essentiels s'imposant à l'Union et à ses Etats membres dans l'accomplissement des missions de celle-là (par. 2), et les droits essentiels des Etats dans le système communautaire (par. 1) ».

¹⁵⁶⁸ Voir *supra*, paragraphes 424.- et suivants.

¹⁵⁶⁹ Jean-Denis MOUTON, « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats dans le système communautaire ? », *op. cit.*, p. 476.

mise en place des fondations d'une Union des Etats et des peuples en formation. En revanche, l'étude du statut du citoyen de l'Union oblige à tempérer cette conclusion.

B. Le statut de citoyen de l'Union

Certes, le traité établissant une constitution pour l'Europe développe considérablement le concept de citoyenneté de l'Union et les affirmations visant à affirmer solennellement que le citoyen est au cœur de l'entreprise constituante sont légion¹⁵⁷⁰. En cela, il pourrait être soutenu que le traité constitutionnel initie une évolution de l'Union européenne en direction d'une véritable « union des citoyens et des Etats membres »¹⁵⁷¹. La perpétuation de la dualité intrinsèque de la citoyenneté de l'Union semble d'ailleurs plaider en ce sens, tant la « double citoyenneté » semble être l'apanage de telles constructions politiques¹⁵⁷² (1.). Cependant, l'éventail des droits liés à la qualité de citoyen de l'Union ne permet pas de considérer que les peuples de l'Union sont, au même titre que les Etats, la source de légitimité de l'Union (2.).

1. La dualité de la citoyenneté de l'Union, reflet de la dualité de l'Union des peuples et des Etats

626.- Selon l'article I-10, paragraphe 1 du traité établissant une constitution pour l'Europe : « toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre possède la citoyenneté de l'Union ». Le second alinéa du même article précise que « la citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas ». Cet article reprend donc les dispositions existantes énoncées à l'article 17 du traité CE, qui instituent ce qu'il est convenu d'appeler

¹⁵⁷⁰ Voir par exemple le rapport de la Commission institutionnelle du Parlement européen sur le traité établissant une constitution pour l'Europe, en date du 9 décembre 2004, doc. A6-0070/2004 final, spéc. p. 43 : « les rapporteurs estiment que les véritables triomphateurs sont les citoyens européens parce que cette constitution représente la plus grande avancée depuis les traités de Rome de 1957, parce qu'elle consolide nos valeurs et nos principes en un projet stimulant de vie en commun, parce qu'elle constitue la meilleure réponse pour affronter ensemble les défis actuels ».

¹⁵⁷¹ Voir en ce sens la déclaration de Rome de Valéry Giscard d'Estaing en date du 18 juillet 2003, qui proclame solennellement qu'« avec cette constitution, l'Europe franchit définitivement le pas vers une union politique : l'union des citoyens et l'union des Etats membres ». Le texte de la déclaration est disponible à l'adresse suivante : http://european-convention.eu.int/docs/Treaty/Rome_FR.pdf.

¹⁵⁷² Sur le lien existant entre la double citoyenneté et l'union d'Etats et de peuples, voir Jean-Paul JACQUE, « Les principes constitutionnels fondamentaux dans le projet de traité établissant la Constitution européenne », *op. cit.*, spéc. p. 56.

une « citoyenneté de superposition » dont l'accès relève de la compétence exclusive des Etats membres, à travers la définition des conditions d'octroi de la nationalité.

Cette dépendance de la citoyenneté de l'Union à l'égard de la nationalité des Etats membres, déjà objet de critiques lors de l'adoption du traité de Maastricht, a été vilipendée avec d'autant plus de force dans le cadre de l'adoption d'un traité à dimension constitutionnelle, les auteurs pointant du doigt le fait que « la citoyenneté européenne n'est en réalité qu'un simple "habillage communautaire" de la nationalité »¹⁵⁷³. Pourtant, le joug conservé par les Etats sur la définition de la citoyenneté de l'Union ne paraît pas injustifié au regard de l'objectif de maintien de l'existence des entités étatiques (a.). Au contraire, c'est plutôt la tendance à l'autonomisation de la citoyenneté de l'Union, relevée par certains auteurs, qui pourrait, si elle est avérée, paraître problématique dans l'optique de bâtir une véritable union des Etats et des peuples (b.).

a. Citoyenneté de superposition et perpétuation de l'idée d'œuvre

627.- Le traité établissant une constitution pour l'Europe n'a pas modifié les conditions d'accès au statut de citoyen de l'Union, qui reste de la compétence exclusive des Etats par le biais de la définition de la nationalité. Cette absence d'autonomie de la citoyenneté de l'Union, souvent objet de critiques, peut cependant être envisagée de manière plus constructive, sous l'angle de l'idée d'œuvre et surtout du second versant de celle-ci, à savoir le maintien de l'existence des Etats.

628.- Dans cette optique, le fait que la citoyenneté de l'Union soit construite sur les nationalités étatiques exprime la tension inhérente à l'intégration européenne, dont le développement doit se poursuivre dans le respect des ordres juridiques étatiques sur lesquels elle se fonde. A l'inverse, la définition autonome de la citoyenneté de l'Union pourrait se révéler préjudiciable à la préservation de la pluralité qui structure l'Union. En effet, la mise en place d'un lien direct entre l'Union et le citoyen est porteuse d'une unification de la communauté de citoyens qui pourrait, du fait du devenir étatique de l'Union qu'elle implique,

¹⁵⁷³ Cf. Hélène MANCIAUX, « L'introuvable citoyenneté de l'Union dans le projet de constitution pour l'Europe », *Europe*, avril 2004, chron. 5, pp. 3-6, spéc. p. 5. Voir aussi Fabienne KAUFF-GAZIN, « La citoyenneté de l'Union dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, op. cit., pp. 345-348, spéc. p. 347.

aller à l'encontre de l'objectif de maintien de l'existence des Etats. L'expérience américaine atteste d'ailleurs de la « puissante dynamique de centralisation au profit de l'intégration nationale »¹⁵⁷⁴ que peut revêtir la citoyenneté fédérale et donc de la nécessité corrélative de maintenir la médiation de son octroi dans l'optique de préserver le pluralisme de la construction européenne. En effet, alors que la constitution de 1787 ne précisait pas la nature des relations existant entre citoyenneté fédérale et citoyenneté étatique¹⁵⁷⁵, l'issue de la guerre de Sécession a entraîné l'adoption d'un quatorzième amendement aux termes duquel : « tout individu né ou naturalisé aux Etats-Unis et soumis à leur juridiction est citoyen des Etats-Unis et de l'Etat où il réside ». Dès lors, c'est la citoyenneté fédérale qui est devenue la catégorie juridique principale, au détriment de la citoyenneté étatique qui dérive de la citoyenneté fédérale et s'acquiert automatiquement par la résidence. Selon M. Gerald L. Neuman, cet amendement est un élément fondamental du droit constitutionnel américain dans la mesure où il a permis d'affirmer « l'existence de la fédération américaine en tant que *nation unifiée* et le caractère *prééminent* de cette nation par rapport aux différents Etats »¹⁵⁷⁶. A l'inverse, maintenir l'équilibre inhérent à la Fédération implique d'admettre que la dualité constitutive de la citoyenneté est consubstantielle à cette forme d'association politique¹⁵⁷⁷. Comme l'a noté le professeur Eric Maulin, « la citoyenneté étatique n'est significative que tant qu'elle prime sur la citoyenneté fédérale, sans quoi elle est vouée à disparaître ou à perdre toute signification politique »¹⁵⁷⁸.

629.- Quant à l'absence de définition autonome de la citoyenneté de l'Union, elle peut être resituée dans l'optique de la construction d'une entité fédérale à l'aide des outils

¹⁵⁷⁴ Gerald L. NEUMAN, « Fédéralisme et citoyenneté aux Etats-Unis et dans l'Union européenne », *Critique internationale*, n° 21-2003, pp. 151-169, spéc. p. 152.

¹⁵⁷⁵ En l'absence de précision dans la constitution, c'est la Cour suprême fédérale américaine qui a dû définir ces relations entre les citoyennetés, et a jugé que la citoyenneté fédérale était conditionnée par la citoyenneté étatique. Cette décision a été rendue dans une affaire Dred Scott, dans laquelle la Cour a refusé la citoyenneté fédérale à un esclave dans la mesure où son statut était régi par les lois de l'Etat du Missouri, qui excluaient les esclaves de la communauté des citoyens de l'Etat. Cf. Cour suprême fédérale des Etats-Unis, Dred Scott vs. Stanford, 60 US (19 How.) 393 (1857), reproduit in Elisabeth ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, PUF, 2002, pp. 209-225. Plus généralement, sur le lien entre citoyenneté fédérale et protection des droits fondamentaux aux Etats-Unis, voir Roger M. SMITH, « Participation et subordination : les deux faces de la citoyenneté fédérée aux Etats-Unis », *Critique internationale*, n° 21-2003, pp. 171-187.

¹⁵⁷⁶ Gerald L. NEUMAN, « Fédéralisme et citoyenneté aux Etats-Unis et dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 153 (italiques ajoutés).

¹⁵⁷⁷ Voir en ce sens Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 220 : « la double composante de la nationalité dans une Fédération est, en réalité, une implication de la dualité des entités constitutives d'une Fédération ».

¹⁵⁷⁸ Eric MAULIN, « Le pouvoir constituant dans l'Union européenne », *Droits*, n° 45/2007, pp. 73-88, spéc. p. 85.

forgés par le professeur Olivier Beaud. Pour cet auteur, le fait que la Fédération renvoie aux ordres juridiques nationaux le soin de déterminer les conditions d'accès à la citoyenneté fédérale constitue l'une des manifestations du « principe d'interdépendance »¹⁵⁷⁹ entre la fédération et les Etats membres. Ce principe, dont le corollaire est le « principe d'indépendance » entre les ordres juridiques, se traduit par une « imbrication permanente »¹⁵⁸⁰ entre les ordres juridiques en présence impliquant l'existence de passerelles telles que le renvoi d'un droit à l'autre.

630.- En définitive, tant le traité établissant une constitution pour l'Europe que le traité de Lisbonne (qui ne rompt pas le cordon ombilical rattachant la citoyenneté de l'Union aux Etats membres¹⁵⁸¹), peuvent être envisagés sous l'angle de l'opération de fondation initiale. Cette conclusion ne peut cependant être assénée de manière péremptoire dans la mesure où la dualité de la citoyenneté coexiste, semble-t-il, avec certaines dispositions qui tendent à promouvoir une définition autonome de cette notion.

b. L'émergence du critère de résidence : vers la remise en cause de l'originalité de la construction européenne ?

631.- Le choix effectué par les rédacteurs du traité constitutionnel en faveur d'une citoyenneté de superposition apparaît ambigu, dans la mesure où certaines de ses dispositions tendent à promouvoir une conception de la citoyenneté de l'Union déliée de toute attache vis-à-vis de la nationalité des Etats. Plus précisément, si la définition du statut de citoyen de l'Union reste subordonnée à la possession de la nationalité d'un Etat membre, les droits attachés à ce statut ont été étendus à de nombreux bénéficiaires sur la base d'un critère de résidence¹⁵⁸², relativisant de ce fait la dépendance de la citoyenneté de l'Union à l'égard de la nationalité des Etats.

¹⁵⁷⁹ Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, op. cit., p. 184.

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 189.

¹⁵⁸¹ Le traité de Lisbonne a en effet repris les dispositions de l'actuel article 17 TCE dans deux articles : l'article 20 du traité sur le fonctionnement de l'Union et l'article 9 du traité sur l'Union européenne. Cet article 9 TUE se distingue toutefois de l'article 17 TCE dans la mesure où il est précédé d'une phrase rappelant que « dans toutes ses activités, l'Union respecte le principe de l'égalité de ses citoyens, qui bénéficient d'une égale attention de ses institutions, organes et organismes ».

¹⁵⁸² De nombreux auteurs ont d'ailleurs proposé d'entériner ce nouveau critère de résidence comme conditionnant l'accès à la citoyenneté de l'Union. Voir par exemple Danièle LOCHAK, « La citoyenneté européenne : facteur d'Union ou vecteur d'exclusion ? », in Geneviève KOUBI (Dir.), *De la citoyenneté*, colloque des 3, 4 et 5 novembre 1993 de la Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes, Paris, Librairie

632.- Certains auteurs insistent ainsi sur le fait que de nombreux droits, tels que le droit d'accès aux documents des institutions, le droit de saisir le médiateur européen ou encore le droit de pétition devant le Parlement européen sont conférés non seulement aux citoyens de l'Union¹⁵⁸³ mais aussi, plus généralement, à toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un Etat membre¹⁵⁸⁴. De plus, le droit à la protection des données¹⁵⁸⁵ ou encore le droit à une bonne administration¹⁵⁸⁶ sont octroyés, au-delà du citoyen de l'Union, à toute personne. Enfin, la liberté de circulation et de séjour, présentée comme le premier droit du citoyen de l'Union par l'article I-10, et rappelé à l'article II-105, peut être étendu par le Conseil aux ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire d'un Etat membre¹⁵⁸⁷, comme c'est déjà le cas à l'heure actuelle.

Le traité établissant une constitution pour l'Europe et, dans la mesure où ces dispositions ont été reprises à l'identique¹⁵⁸⁸, le traité de Lisbonne confirment ainsi le mouvement d'extension des droits reconnus au citoyen de l'Union au profit d'autres catégories de destinataires. La citoyenneté de l'Union, fondée sur les nationalités étatiques, serait alors en passe de se recomposer sur la base d'un critère de résidence¹⁵⁸⁹ qui, pour n'être pas expressément formulé, serait tout de même implicitement mis en œuvre dans l'espace constitutionnel européen.

de la Cour de cassation, 1995, pp. 51-58. Voir aussi Marie-José GAROT, *La citoyenneté de l'Union européenne*, Paris, Montréal, L'Harmattan, 1999, 365 pages, spéc. p. 266 et s.

¹⁵⁸³ Articles I-10, I-49, I-50, II-102, II-103 et II-104 TECE.

¹⁵⁸⁴ Articles I-50, II-102, II-103 et II-104 TECE.

¹⁵⁸⁵ Articles I-51 et II-68 TECE.

¹⁵⁸⁶ Article II-101.

¹⁵⁸⁷ Article II-105 TECE.

¹⁵⁸⁸ Les dispositions relatives à la citoyenneté sont appelées à faire l'objet, une fois le traité de Lisbonne entré en vigueur, des articles 9 TUE et 18 à 25 TFUE. Le droit d'accès aux documents des institutions, le droit de pétition devant le Parlement européen et le droit de saisir le médiateur européen sont de même conférés à toute personne physique ou morale résidant sur le territoire de l'Union par les articles 15, paragraphe 3, 227, 228, paragraphe 1 TFUE.

¹⁵⁸⁹ En ce sens, M. Constantinesco voit dans l'effacement de la distinction faite entre citoyen de l'Union et ressortissant d'un Etat tiers « l'écho lointain de l'édit de Caracalla (212 après J.-C.) par lequel la citoyenneté romaine fut accordée à tous les habitants de l'Empire » (« La citoyenneté de l'Union : une "vraie" citoyenneté ? », in Lucia-Serena ROSSI (Dir.), *Vers une nouvelle architecture européenne : le projet de Traité- Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 203-217, spéc. p. 209). Ce rapprochement entre le citoyen et le résident est aussi noté par Fabienne KAUFF-GAZIN, dans son « Introduction » à la quatrième partie consacrée au statut du citoyen, in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, op. cit., pp. 331-342, spéc. p. 335. Voir aussi, sur l'émergence du critère de résidence, Myriam BENLOLO-CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, thèse, Paris X, 2005, Bruxelles, Bruylant, 2007, 782 pages, spéc. pp. 357 et s.

633.- Ce mouvement d' « universalisation »¹⁵⁹⁰ ne doit cependant pas être interprété comme le préalable à la formation d'un peuple européen unique et à l'étatisation corrélative de l'Union européenne. En effet, la possession de la nationalité des Etats reste fondamentale pour accéder aux droits *politiques* liés à la citoyenneté de l'Union, à savoir le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen et aux élections municipales dans l'Etat membre de résidence¹⁵⁹¹, le droit d'initiative citoyenne¹⁵⁹² et le droit à la protection diplomatique et consulaire sur le territoire d'un Etat tiers où l'Etat membre dont le citoyen est ressortissant n'est pas représenté¹⁵⁹³.

634.- La citoyenneté de superposition inhérente aux constructions juridiques d'essence fédérale n'est par conséquent remise en cause ni par le traité établissant une constitution pour l'Europe ni par le traité de Lisbonne.

Une caractéristique fondamentale fait cependant défaut à la citoyenneté de l'Union pour que celle-ci puisse être considérée comme l'expression d'une Union des peuples et des Etats : le droit à l'autodétermination ou le pouvoir constituant.

2. Les droits liés à la citoyenneté de l'Union : palliatif de l'absence de pouvoir constituant des citoyens de l'Union

635.- La conception qui sous-tend la citoyenneté de l'Union telle qu'elle résulte du traité constitutionnel et *a fortiori* du traité de Lisbonne s'éloigne du schéma traditionnel visant à légitimer l'ordre juridique en faisant en sorte que le destinataire de ses règles soit en même temps leur auteur. L'octroi aux citoyens européens d'un panel de droits fondamentaux, d'une part (a.), et de droits de participation au processus décisionnel, d'autre part (b.) témoigne alors d'une tentative de conférer une substance à la citoyenneté européenne qui ne suffit pas à masquer l'absence fondamentale du pouvoir constituant. Or, à défaut de disposer d'un tel pouvoir, les citoyens de l'Union ne peuvent être considérés comme la seconde source de légitimité de l'Union européenne et partant, l'Union européenne ne peut être considérée comme une Union des peuples et des Etats accomplie.

¹⁵⁹⁰ Cf. Vlad CONSTANTINESCO, « La citoyenneté de l'Union : une "vraie" citoyenneté ? », *op. cit.*, p. 209.

¹⁵⁹¹ Article I-10, II-99 et II-100 TECE (articles 20 et 22 TFUE selon le traité de Lisbonne).

¹⁵⁹² Article I-47, paragraphe 4 TECE (article 11 TUE selon le traité de Lisbonne).

¹⁵⁹³ Article I-10 et II-106 TECE (articles 20 et 23 TFUE selon le traité de Lisbonne).

a. La tentative de légitimation par les droits fondamentaux

636.- La Charte des droits fondamentaux, qui comprend à la fois les droits fondamentaux au sens strict tels qu'ils résultent notamment des traditions constitutionnelles nationales et de la Convention européenne des droits de l'homme et les droits du citoyen européen, peut être considérée comme une manifestation éclatante de cette confusion des genres, visant *in fine* à « étoffer » le contenu de la citoyenneté de l'Union¹⁵⁹⁴.

637.- Le traité établissant une constitution pour l'Europe consolide cette approche en fusionnant dans un même titre les dispositions liées aux droits fondamentaux et celles liées à la citoyenneté¹⁵⁹⁵. La constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux¹⁵⁹⁶, de même que l'octroi à l'Union d'un titre de compétence pour adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme¹⁵⁹⁷ peuvent alors être lues comme des tentatives de légitimer la construction européenne par le biais des droits fondamentaux. La transposition de la démocratie représentative à l'Union européenne ayant démontré ses limites, il conviendrait de générer un sentiment d'appartenance à l'Union et une mobilisation accrue de ses citoyens par la mise en lumière des valeurs structurant la construction de l'Union. Selon M. Paul Magnette en effet, « l'énonciation des valeurs fondamentales d'un système politique est l'un

¹⁵⁹⁴ Sur la liaison entre citoyenneté et droits de l'homme, voir notamment Denys SIMON, « Les droits du citoyen de l'Union », *RUDH*, 2000, numéro spécial consacré à la journée d'études de Strasbourg sur la Charte des droits fondamentaux, pp. 22-27 ; Marc FALLON, « Les droits fondamentaux liés à la citoyenneté de l'Union européenne, sous les regards croisés du traité CE et de la Charte », in Jean-Yves CARLIER et Olivier DE SCHUTTER (Dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'Homme en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 149-178 ; Léonard MATALA-TALA, « De la citoyenneté au XXI^e siècle », in *Etat, société et pouvoir à l'aube du XXI^e siècle : mélanges en l'honneur de François Borella*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1999, pp. 295-318 ; Ulf BERNITZ et Hedvig LOKRANTZ-BERNITZ, « Les droits de l'Homme et l'identité européenne : le débat relatif à la citoyenneté européenne », in Philip ALSTON (Dir.), *L'Union européenne et les droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 983 pages, pp. 523-545 ; Hélène GAUDIN, « Citoyenneté européenne et droits fondamentaux », *RAE-LEA*, n° 1/2006, pp. 83-92 ; Claude BLUMANN, « Citoyenneté européenne et droits fondamentaux en droit de l'Union européenne : entre concurrence et complémentarité », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, tome 1, pp. 265-281.

¹⁵⁹⁵ Voir le titre II de la première partie du TECE.

¹⁵⁹⁶ Sur cette question, voir notamment Olivier DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans le projet européen », in Olivier DE SCHUTTER et Paul NIHOUL (Dir.), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Editions Larcier, 2004, pp. 81-117 ; Lucia-Serena ROSSI, « "Constitutionnalisation" de l'Union européenne et des droits fondamentaux », *RTDE*, n° 1/2002, pp. 27-52 ; Abdelkhaleq BERRAMDANE, « Les droits fondamentaux dans la Constitution européenne. La constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux », *RDUE*, n° 3/2003, pp. 613-645.

¹⁵⁹⁷ Article I-9, paragraphe 2 TECE. Sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme, voir Philippe MANIN, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », in Lucia-Serena ROSSI (Dir.), *Vers une nouvelle architecture européenne : le projet de Traité-Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 247-264 ; Mehmet TINC, « L'article I-9 du traité établissant une Constitution pour l'Europe », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2005, pp. 349-361.

des vecteurs principaux de la pratique démocratique »¹⁵⁹⁸. Ce syncrétisme entre citoyenneté et droits fondamentaux témoigne de l'impact de la théorie du patriotisme constitutionnel chère à M. Habermas¹⁵⁹⁹, selon laquelle il est possible de bâtir une démocratie « post-nationale » basée sur l'adhésion à des principes constitutionnels ayant fait l'objet d'une délibération collective.

638.- Cependant, la possibilité de réaliser une telle démocratie post-nationale sur la base d'une citoyenneté de l'Union bâtie sur les droits fondamentaux est actuellement en question. Ainsi, comme l'ont bien noté MM. Dubouis et Blumann, la volonté de « passer très vite à l'universalisme néglig[e] peut-être l'étape intermédiaire de l' "européanité" pourtant si indispensable à la constitution d'une entité politique spécifiquement européenne »¹⁶⁰⁰. De plus, il convient en tout état de cause que les valeurs soient réellement débattues par les citoyens. Or la participation des citoyens à l'espace constitutionnel européen reste en grande partie à construire. C'est d'ailleurs là l'objet de la seconde partie des droits liés à la citoyenneté de l'Union.

b. La tentative de légitimation par la participation

639.- En plus des droits proprement politiques liés à la citoyenneté de l'Union, le traité établissant une constitution pour l'Europe s'efforce de mettre en place une véritable démocratie participative au sein de l'Union, dont l'acteur principal serait le citoyen.

La démocratie participative fait ainsi l'objet de l'article I-47 du traité constitutionnel, qui fait écho au principe de la démocratie représentative qui le précède. Nous avons mentionné ci-dessus la tentative du traité constitutionnel d'accroître la parlementarisation de l'Union européenne, tant par la promotion du rôle du Parlement européen que par la réévaluation des prérogatives des parlements nationaux. Cependant, la démocratie représentative peine à produire ses effets et la plupart des observateurs sont plutôt pessimistes

¹⁵⁹⁸ Paul MAGNETTE, « Le principe démocratique au-delà de la représentation », in Paul MAGNETTE (Dir.), *La constitution de l'Europe*, Bruxelles, Editions de l'université de Bruxelles, 2^{ème} édition, 2002, pp. 141-156, spéc. p. 143.

¹⁵⁹⁹ Voir sur ce point Jürgen HABERMAS, *Après l'Etat-nation, une nouvelle constellation politique*, trad. par Rainer Rochlitz, Paris, Fayard, 2000, 157 pages, et, du même auteur, *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, trad. par Rainer Rochlitz, Paris, Fayard, 1998, 386 pages.

¹⁶⁰⁰ Claude BLUMANN et Louis DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Litec, 3^{ème} édition, 2007, 653 pages, spéc. p. 117.

quant aux remèdes prévus par le traité constitutionnel qui, fondé sur un « maillage de légitimités, débouche sur une dilution du lien représentatif et renforce le sentiment de déficit démocratique »¹⁶⁰¹. Ce constat a conduit à assortir le principe de démocratie représentative de mécanismes de démocratie dite « participative », qui se fondent sur la conviction que la participation des citoyens à la chose publique ne doit pas se résumer à l'élection de ses représentants, mais doit aussi tendre à leur association directe à la gestion des affaires intéressant la communauté. Or, à part le droit d'initiative citoyenne¹⁶⁰², les dispositions relatives à la démocratie participative se contentent de rappeler l'attachement des institutions au dialogue avec la « société civile », sans que l'on puisse identifier une véritable valeur ajoutée par rapport à la pratique existante¹⁶⁰³.

640.- Les principes liés à la « bonne gouvernance »¹⁶⁰⁴ émaillent de même l'ensemble du traité et, bien que non directement liés à la citoyenneté, peuvent être lus comme la manifestation de la volonté de démocratiser l'Union européenne sans transférer le pouvoir constituant aux citoyens.

A ce titre, on peut citer le principe de transparence¹⁶⁰⁵, qui est décliné sous de nombreux aspects allant de l'obligation de motivation¹⁶⁰⁶ à la publicité des débats au Parlement européen et au Conseil, lorsque cette institution « délibère et vote sur un projet d'acte législatif »¹⁶⁰⁷, en passant par le droit d'accès aux documents des institutions¹⁶⁰⁸ et le droit de communiquer avec les institutions et organes de l'Union¹⁶⁰⁹. Dessinant les contours

¹⁶⁰¹ Dany GOERIG, « Le principe de la démocratie représentative : entre renforcements et contresens », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, op. cit., pp. 383-396.

¹⁶⁰² Article I-47, paragraphe 4 TECE.

¹⁶⁰³ Sur la démocratie participative dans le traité établissant une constitution pour l'Europe, voir Elsa BERNARD, « La démocratie participative sous l'angle du dialogue civil et du dialogue social », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, op. cit., pp. 365-382.

¹⁶⁰⁴ Selon la Commission européenne, la notion de « gouvernance » recouvre « les règles, les processus et les comportements qui influent sur l'exercice des pouvoirs au niveau européen, particulièrement du point de vue de l'ouverture, de la participation, de la responsabilité, de l'efficacité et de la cohérence ». Communication de la Commission en date du 25 juillet 2001, *Gouvernance européenne : un livre blanc*, COM (2001) 428 final, note 1, p. 9. Voir les commentaires critiques de Christian JOERGES « Guest editorial : the Commission's white paper on governance in the EU – a symptom of crisis ? », *CML Rev.*, n° 39/2002, pp. 441- 445.

¹⁶⁰⁵ Sur cette notion voir Joël RIDEAU (Dir.), *La transparence dans l'Union européenne, mythe ou principe juridique ?*, Paris, LGDJ, 1999, 276 pages.

¹⁶⁰⁶ Articles I-38, paragraphe 2, et II-101, paragraphe 2 TECE.

¹⁶⁰⁷ Article I-50, paragraphe 2 TECE.

¹⁶⁰⁸ Articles I-50, paragraphe 3 et II-102 TECE. On notera que l'obligation d'aménager l'accès aux documents a été étendue à l'ensemble des institutions, organes et organismes de l'Union.

¹⁶⁰⁹ Articles I-10 et II-101, paragraphe 4 TECE.

d'une « démocratie administrative »¹⁶¹⁰ en formation, l'affirmation du principe de transparence révèle cette croyance dans les vertus de la bonne gouvernance pour accroître la lisibilité de l'action des institutions européennes et ainsi emporter l'adhésion des individus au projet européen. La liaison entre transparence, efficacité et démocratie ressort très clairement de la déclaration de Laeken, qui affirme : « l'Union européenne puise sa légitimité dans les valeurs démocratiques qu'elle véhicule, les objectifs qu'elle poursuit et les compétences et instruments dont elle dispose. Mais le projet européen *tire aussi sa légitimité d'institutions démocratiques, transparentes et efficaces* » (italiques ajoutés). Le but ultime de l'effort entrepris en vue d'améliorer l'information des citoyens et de renforcer leur participation à l'action des institutions réside dans la volonté de bâtir un espace public européen, capable de légitimer, par la seule force de la discussion, l'Union européenne dans son ensemble¹⁶¹¹. Sans vouloir remettre en cause ces nouvelles conceptions de la démocratie, qui représentent les tendances lourdes de la modernité politique, on peut tout de même se demander si elles peuvent suffire à produire la légitimation du système¹⁶¹².

641.- Sur le fond, le traité modificatif signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 ne semble pas opérer de rupture majeure dans la conception de la citoyenneté de l'Union qui conserve en substance les mêmes attributs. En revanche, le réaménagement des dispositions qui lui sont consacrées, certes nécessité par le maintien des traités existants, est révélateur d'une conception désenchantée de la citoyenneté. En effet, les dispositions relatives à la citoyenneté de l'Union sont éclatées entre le traité sur l'Union européenne, qui a vocation à être le traité fondamental, et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui égrène les droits liés à la possession de cette qualité.

¹⁶¹⁰ Sur ce point voir Eric MEISSE, « La démocratie administrative dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, op. cit., pp. 397-417.

¹⁶¹¹ La théorie habermassienne irrigue d'ailleurs l'ensemble du livre blanc de la Commission sur la gouvernance européenne. Dans ce document, la Commission affirme que « la démocratie dépend de la capacité des citoyens de prendre part au débat public. Pour ce faire, ils doivent pouvoir obtenir des informations fiables sur les affaires européennes et être en mesure de suivre en détail chacune des étapes du processus politique [...]. On ne pourra faire naître un sentiment d'appartenance à l'Europe qu'en informant et en communiquant mieux et davantage. Il s'agit de créer un "espace" transnational dans lequel les citoyens de divers pays peuvent débattre de ce qu'ils considèrent comme les défis majeurs de l'Union » (Communication de la Commission en date du 25 juillet 2001, *Gouvernance européenne : un livre blanc*, COM (2001) 428 final, spéc. p. 14).

¹⁶¹² Voir la remarque faite par M. Azoulay à ce propos : « on peut toujours améliorer le fonctionnement de la machine et expliquer comment elle fonctionne. Mais que cela fonctionne, voilà justement ce qui pose problème aujourd'hui. Rendre les institutions plus efficaces est une chose ; faire en sorte que l'Union soit considérée comme légitime et efficace en est une autre », Loïc AZOULAI, « D'une révision à l'autre », in Joël Rideau (Dir.), *Union européenne : commentaire des Traités modifiés par le Traité de Nice du 26 février 2001*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 5-20, spéc. p. 19.

Le fait que l'essentiel des dispositions relatives à la citoyenneté soit intégré dans le traité sur le *fonctionnement* de l'Union rappelle d'ailleurs que celle-ci a aussi une vocation *fonctionnelle* et pas seulement politique au sein de l'Union¹⁶¹³. Cette impression est d'ailleurs renforcée par l'accent mis sur le lien entre citoyenneté et non-discrimination, ces deux notions faisant l'objet de la deuxième partie dudit traité. En effet, la non-discrimination est l'instrument sur lequel la Cour de justice a pris appui pour exploiter toutes les potentialités intégratives de la citoyenneté de l'Union et par là même inciter les Etats à uniformiser leur droit. La citoyenneté de l'Union se verrait alors clairement réduite à un rôle fonctionnel consistant à favoriser l'intégration par la suppression des entraves à la libre circulation des individus au sein de l'espace européen. D'ailleurs, l'énumération des droits attachés à la citoyenneté de l'Union¹⁶¹⁴ met prioritairement l'accent sur les droits liés à la mobilité du citoyen¹⁶¹⁵. Sont ainsi mis en exergue la liberté de circulation et de séjour, le droit de vote et d'éligibilité dans l'Etat de résidence, la protection consulaire et diplomatique, les droits plus politiques ou liés à la bonne gouvernance ne venant que dans un second temps. La disparition de la Charte du texte même des traités a donc impliqué la rupture du lien explicitement formulé entre citoyenneté et droits fondamentaux et l'a remplacé par une revalorisation de la dimension fonctionnelle de la citoyenneté.

642.- Si le traité constitutionnel tentait de faire du citoyen de l'Union l'acteur principal d'une nouvelle forme de légitimation de l'Union, qui emprunte aux nouvelles théories de la démocratie, le traité de Lisbonne, par son agencement, semble porter un regard moins ambitieux sur la citoyenneté de l'Union, alors même que les droits du citoyen devraient rester en substance identiques. En tout état de cause, dans les deux textes, les droits liés à la citoyenneté ne permettent pas de conclure à une véritable Union des Etats et des peuples. Si cette notion doit correspondre à une association politique dans laquelle les Etats et les peuples sont à la fois sujets et auteurs de l'ordre juridique, cette double légitimité doit se retrouver au fondement de l'ordre juridique considéré. Or le citoyen de l'Union, en dépit

¹⁶¹³ Sur la citoyenneté européenne comme instrument dans le processus d'intégration, voir Myriam BENLOLO-CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, *op. cit.*, pp. 269 et s.

¹⁶¹⁴ Article 20 TFUE.

¹⁶¹⁵ Cette caractéristique n'est cependant pas préjudiciable à la construction d'un ensemble fédéral. M. Beaud a en effet forgé la notion « d'intercitoyenneté » pour décrire le statut intermédiaire dont dispose tout ressortissant de la Fédération dans les autres Etats membres. Il montre ainsi que « la création d'une Fédération modifie la ligne de partage où passe la distinction entre le national et l'étranger : elle se situe désormais entre la Fédération et les autres Etats », tiers à la Fédération. Cf. Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 228. La jurisprudence de la Cour de justice relative au statut du citoyen de l'Union semble déjà pencher en ce sens (voir *supra*, paragraphes 348.- et suivants).

de la pléiade de droits qui lui sont conférés par le traité établissant une constitution pour l'Europe¹⁶¹⁶, ne possède pas le droit inhérent à la notion de démocratie, qui est le pouvoir constituant.



643.- En définitive, la présence dans le traité établissant une constitution pour l'Europe de mécanismes caractéristiques du fédéralisme tels que la répartition des compétences et des pouvoirs des institutions au sein de l'Union accrédite la thèse de l'approfondissement de l'idée d'œuvre initiale. Celle-ci semble même prendre le visage familier de la Fédération d'essence cosmopolitique que Kant appelait de ses vœux, l'article I-5 de ce traité, repris par le traité modificatif de Lisbonne, pouvant être lu sous l'angle de la théorie des droits fondamentaux des Etats qui constitue le prolongement de l'idée kantienne. L'Union des peuples et des Etats qui se dessine est cependant inachevée, dans la mesure où les citoyens, en dépit des droits dont ils disposent au sein de l'Union, ne constituent pas la source de légitimité de cette entité.

¹⁶¹⁶ Paul Magnette note à ce titre que « l'Union européenne souffre plus, dès lors, d'une surabondance que d'un déficit de représentation. Elus régionaux, nationaux et européens prétendent tous y jouer un rôle ; représentants des travailleurs, des employeurs, des intérêts sectoriels ou des causes "sociétales" s'efforcent de faire valoir leurs "droits" [...]. Mais ces voies nombreuses ne font pas système », Paul MAGNETTE, « Le principe démocratique au-delà de la représentation », in Paul MAGNETTE (Dir.), *La constitution de l'Europe*, Bruxelles, Editions de l'université de Bruxelles, 2^{ème} édition, 2002, pp. 141-156, spéc. p. 155.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

644.- Si le traité établissant une constitution pour l'Europe peut être envisagé comme la constitution de l'Union européenne, cette assertion ne modifie pas la nature juridique de cet acte, qui reste formellement un traité international. En revanche, le contenu de ce traité opère un approfondissement de l'idée d'œuvre initiale, qui est désormais clairement orientée vers un fédéralisme qui ne dit pas son nom mais qui est appelé à se renforcer progressivement par le biais des mécanismes instaurés par le traité. Nous rejoignons ici les conclusions de M. Levrat, qui s'interroge sur le point de savoir si « le passage au fédéralisme ne serait pas en train de se faire selon la “méthode Monnet” »¹⁶¹⁷.

645.- En tout état de cause, la perspective de l'Union des Etats et des peuples, que certaines dispositions du traité laissent entrevoir, ne va pas à son terme et de nombreux auteurs utilisent ainsi le terme de « quasi-Fédération »¹⁶¹⁸ ou d' « Union partiellement fédérale »¹⁶¹⁹ pour définir l'Union européenne, telle qu'elle résulte du traité constitutionnel (et du traité de Lisbonne qui, comme nous l'avons vu, ne modifie pas nos conclusions). En effet, si l'Union des Etats et des peuples doit être cette forme d'association politique qui tire sa légitimité à la fois des Etats et des peuples, cette dualité doit irriguer l'ensemble du système et en premier lieu la fondation de l'ordre juridique considéré. Or force est de constater que dans le processus ayant mené à l'adoption du traité établissant une constitution pour l'Europe, le pouvoir d'adopter l'acte fondateur de l'Union européenne est resté aux mains des Etats, malgré la tentative de légitimation de ce processus par la mise en place de la Convention¹⁶²⁰.

¹⁶¹⁷ Nicolas LEVRAT, « Le pari fédéraliste du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe. Etude du système de partage des compétences », *op. cit.*, p. 22.

¹⁶¹⁸ Olivier BEAUD et Sylvie STRUDEL, « Démocratie, fédéralisme et constitution », in Olivier BEAUD, Ingolf PERNICE, Arnaud LECHEVALIER et Sylvie STRUDEL (Dir.), *L'Europe en voie de constitution : pour un bilan critique des travaux de la Convention*, *op. cit.*, pp. 3-36, spéc. p. 29.

¹⁶¹⁹ Jean-Claude PIRIS, « L'Union européenne : vers une nouvelle forme de fédéralisme ? », *RTDE*, n° 2/2005, pp. 243-260, spéc. p. 260.

¹⁶²⁰ La conclusion est *a fortiori* transposable au processus de révision initié par le Conseil européen de Bruxelles de juin 2007, dans la mesure où le traité de Lisbonne a été élaboré par une conférence intergouvernementale classique, agissant sur la base d'un mandat extrêmement détaillé annexé aux conclusions du Conseil européen précité (*Bull. UE*, n° 6/07, pp. 8 et s.).

Chapitre 2.

La persistance du pouvoir fondateur des Etats

646.- Si l'objet qui caractérise le pouvoir constituant peut dans une certaine mesure être localisé dans le traité établissant une constitution pour l'Europe, précédemment qualifié d'acte constituant, il reste à identifier son titulaire, qui ne peut être que le peuple ou éventuellement une pluralité de peuples pour que le concept de pouvoir constituant puisse être identifié.

Bien qu'il n'existe pas de règles permettant de déterminer les modalités par lesquelles se manifeste le pouvoir constituant du peuple et auxquelles celui-ci serait tenu, on peut toutefois dégager deux voies traditionnelles d'expression du pouvoir constituant : l'assemblée constituante et l'adoption de la constitution par la voie du référendum. Idéalement, ces deux modalités devraient d'ailleurs être combinées, le peuple adoptant par référendum la constitution ayant été rédigée par une assemblée constituante spécialement élue à cet effet. Cependant, l'histoire a montré que la seule adoption de la constitution par une assemblée constituante pouvait constituer un canal légitime d'expression du pouvoir constituant (c'est d'ailleurs ainsi qu'est née la constitution française de 1789), de même que la seule adoption, par le peuple, d'une constitution élaborée par un comité d'experts (c'est l'exemple de la constitution de la Ve République française). Il semble donc que l'intervention du peuple soit nécessaire pour qu'on puisse parler de pouvoir constituant, soit en amont de l'opération constituante par l'élection de l'assemblée constituante et/ou la définition de son mandat, soit en aval par l'adoption de la constitution.

647.- Un examen rapide pourrait faire penser que le traité établissant une constitution pour l'Europe, s'il était entré en vigueur, aurait satisfait à ces conditions, dans la mesure où il a été rédigé par une Convention et que des référendums étaient prévus pour

autoriser sa ratification par les Etats. De nombreux auteurs ont en effet filé la métaphore constituante, qualifiant la Convention d' « assemblée munie de pouvoirs constituants »¹⁶²¹.

648.- Cette affirmation ne résiste cependant pas à une analyse plus poussée. S'agissant de la Convention tout d'abord, il ne peut être soutenu que son intervention a pu conférer l'onction populaire au texte qu'elle a contribué à rédiger. En effet, la Convention est bâtie sur plusieurs modèles de légitimité qui ne sont pas forcément comparables à la légitimité démocratique qui pourrait découler, par exemple, de l'élection de ses membres par les citoyens européens (section 1). En second lieu, même s'il était possible de considérer que la Convention possède une légitimité démocratique, la qualification de pouvoir constituant devrait lui être déniée dans la mesure où elle ne détient pas le pouvoir de décision sur le projet dont elle est l'auteur. Le critère décisif pour localiser le titulaire du pouvoir constituant, à savoir la détention du pouvoir d'adoption de la constitution, fait défaut à la Convention et témoigne de la permanence du pouvoir fondateur des Etats, qu'illustrent les dispositions relatives à l'adoption et à la ratification du traité constitutionnel (section 2).

SECTION 1 : LA CONVENTION AU CROISEMENT DE PLUSIEURS MODES DE LEGITIMATION

649.- La volonté de légitimer la construction européenne n'est pas la seule raison expliquant la convocation de la Convention. Plusieurs facteurs se sont conjugués pour aboutir à la convocation, par les chefs d'Etat et de gouvernement, d'une Convention chargée d'explorer les différentes pistes permettant de réformer l'Union européenne.

En premier lieu, c'est l'efficacité attendue de cette méthode de travail qui semble avoir été déterminante. La Convention qui s'est réunie en 1999 pour rédiger un projet de Charte des droits fondamentaux a en effet permis d'obtenir des résultats très satisfaisants en

¹⁶²¹ Andrea MANZELLA, « La constitution européenne : une véritable constitution ? », in Lucia-Serena ROSSI (Dir.), *Vers une nouvelle architecture européenne : le projet de Traité-Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 63-76, spéc. p. 63.

un temps limité (neuf mois). De plus, les mérites prêtés à cette nouvelle approche ont été renforcés par les résultats désastreux de la conférence intergouvernementale à l'origine de l'adoption du traité de Nice. Devant la nécessité urgente de réformer l'Union, d'améliorer son fonctionnement dans la perspective de l'arrivée des nouveaux Etats membres, de légitimer ses interventions et de rationaliser ses fondements juridiques, la méthode conventionnelle est apparue comparativement supérieure à la méthode diplomatique classique. C'est ainsi que le 25 octobre 2000, le Parlement européen a adopté le rapport sur la constitutionnalisation des traités présenté par M. Olivier Duhamel, qui proposait « au vu des travaux collégiaux, transparents et fructueux qui y sont menés que le modèle de "Convention" [...] soit repris pour élaborer la future constitution de l'Europe »¹⁶²². La déclaration de Laeken sur l'avenir de l'Union européenne, annexée aux conclusions du Conseil européen des 14 et 15 décembre 2001, reprend l'essentiel du rapport Duhamel et prend le parti de convoquer une telle Convention. On peut tout de suite noter qu'au débat sur l'efficacité de la méthode conventionnelle, censée être plus à même de dégager l'intérêt communautaire que la méthode diplomatique, qualifiée de « marché aux puces des intérêts nationaux »¹⁶²³, s'est greffé celui de l'adoption d'une constitution européenne. Celle-ci est en effet censée pallier le déficit démocratique de l'Union européenne qui fait figure d'antienne dans le débat européen depuis quelques années.

650.- En second lieu, c'est donc la légitimité du processus d'intégration qui est recherchée à travers le recours à la méthode conventionnelle. Face au déficit de légitimité croissant qui touche les traités fondateurs, produit de l'intégration européenne, la solution a consisté à tenter d'accroître la légitimité du processus. La croyance dans le fait que « le type même de structure qui réfléchit à l'avenir de l'Europe induit le contenu qui se dessine »¹⁶²⁴ est à l'origine de la méthode conventionnelle. Il s'agit en effet de refléter, dans le processus d'élaboration des traités, la double légitimité qui les sous-tend, à savoir celle des peuples et celle des Etats. Cette idée n'est pas nouvelle. Depuis son élection au suffrage universel direct, le Parlement européen ne cesse de revendiquer son association au processus d'adoption des

¹⁶²² Rapport A4/0289/2000, annexé à la résolution du parlement européen du 25 octobre 2000 sur la constitutionnalisation des traités, *JOCE* n° C 197 du 12 juillet 2001, p. 186.

¹⁶²³ Jean-Luc SAURON, « La Convention sur l'avenir de l'Europe ou comment reconstruire la légitimité de l'Union européenne », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe : analyses & commentaires*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2005, pp. 11-30, spéc. p. 11.

¹⁶²⁴ *Ibid.*, p. 18.

traités fondateurs¹⁶²⁵, et a lui-même été à l'origine de deux projets de traité, les projets Spinelli de 1984¹⁶²⁶ et Herman de 1994¹⁶²⁷, qui n'ont cependant pas été pris en compte. La Convention s'efforce ainsi, par sa composition élargie et la volonté de transparence qui a guidé l'organisation de ses travaux, de légitimer le mode d'élaboration du droit communautaire primaire, espérant que cette légitimité se transmettra, par capillarité, aux traités eux-mêmes.

651.- La méthode conventionnelle a donc été construite de manière empirique, à partir de plusieurs référents tels que la Convention à l'origine de la Charte des droits fondamentaux, le modèle de l'Assemblée constituante, basée sur la représentation du peuple titulaire du pouvoir constituant censée conférer à cette instance une légitimité démocratique (I.), mais aussi à partir d'autres modèles de légitimité, tels que la légitimité délibérative (II.) ou encore la légitimité procédurale (III.). En découle une instance originale, dont la légitimité est censée jaillir de cet ensemble disparate de présupposés théoriques. Si la légitimité démocratique n'est pas absente de la Convention, elle n'en constitue cependant qu'un élément, dont il faut se demander s'il suffit à soutenir la comparaison avec la légitimité démocratique du pouvoir constituant.

I. LA COMPOSITION DE LA CONVENTION, VECTEUR DE SA LEGITIMITE DEMOCRATIQUE

Fixée par les gouvernements des Etats membres lors du Conseil européen de Laeken, la composition de la Convention tente d'associer les représentants des citoyens au « processus constituant » à l'œuvre au sein de l'Union européenne.

¹⁶²⁵ Voir la résolution du Parlement européen du 17 mai 1995 sur le fonctionnement du traité sur l'Union européenne dans la perspective de la conférence intergouvernementale de 1996, *JOCE* n° C 151 du 19 juin 1995, p. 56, spéc. pt. 42 : « il conviendrait, pour s'assurer que le processus de révision en 1996 soit plus transparent et plus démocratique, que les représentants du Parlement européen au sein du groupe de réflexion insistent sur la nécessité d'un changement radical du système de révision du traité et d'une participation pleine et entière du Parlement européen tant dans la phase de négociation que dans le processus de ratification ; le rôle des parlements nationaux devrait également être renforcé ». Voir aussi la résolution du Parlement européen du 18 novembre 1999 sur la préparation de la réforme des traités et la prochaine conférence intergouvernementale, *JOCE* n° C 189 du 7 juillet 2000, p. 222.

¹⁶²⁶ Voir la résolution du Parlement européen du 14 février 1984 relative au projet de traité instituant l'Union européenne, *Bull. CE*, n° 2/1984, p. 8.

¹⁶²⁷ Voir la résolution du Parlement européen du 10 février 1994 sur la Constitution de l'Union européenne, *JOCE* n° C 61 du 28 février 1994, p. 155.

652.- Composée de 105 membres, la Convention se caractérise tout d'abord par la prédominance de membres élus, qu'ils soient membres des parlements nationaux (deux par Etat) ou membres du Parlement européen (seize). La volonté affichée est donc de conférer à cette instance une légitimité démocratique double, nationale et européenne. Selon certains auteurs, cette « entrée substantielle des parlements dans l'élaboration du projet marque le moment précis du détachement du droit international au profit du droit constitutionnel »¹⁶²⁸.

Cette affirmation doit cependant être tempérée, dans la mesure où ces représentants n'ont pas été élus par les citoyens européens spécialement dans l'optique de l'entreprise constituante. Or la qualification d'assemblée constituante semble tributaire, au-delà de son objet, de ses modalités de désignation qui en plus d'être démocratiques devraient permettre au citoyen de prendre position sur le contenu de la constitution. La volonté de résorber le déficit démocratique en associant des représentants directs des citoyens à l'élaboration du projet de traité n'est donc pas allée à son terme, ce qui limite incontestablement l'objectif légitimant la mise en place de cette assemblée. De plus, les représentants des citoyens ne sont pas les seuls conventionnels, mais partagent le « travail constituant » avec d'autres conventionnels représentant les autres légitimités qui structurent l'Union européenne.

653.- En second lieu viennent en effet les représentants des gouvernements des Etats membres, au nombre de un par Etat. La présence de ces représentants gouvernementaux et surtout leur choix parmi les personnalités politiques siégeant dans les différents gouvernements¹⁶²⁹ ont pu être décriés pour avoir accentué la dimension étatique de la Convention, certains auteurs évoquant même à cet égard la « cigation »¹⁶³⁰ de la Convention. Cependant, cette composition a présenté l'immense avantage, souligné par M. Jean-Pierre Cot, d'associer aux parlementaires nationaux et européens des représentants des gouvernements des Etats membres et donc de « rompre avec la stérilité des travaux parlementaires non relayés par le pouvoir politique de décision »¹⁶³¹. Certes, un projet

¹⁶²⁸ Andrea MANZELLA, « La constitution européenne : une véritable constitution ? », *op. cit.*, p. 63.

¹⁶²⁹ M. Jean-Luc Sauron note ainsi que parmi les représentants des quinze Etats membres, on pouvait recenser cinq ministres des Affaires étrangères et huit ministres. Seuls deux personnalités étaient extérieures au monde politique (un universitaire pour la Finlande et un diplomate pour le Portugal). Cf. Jean-Luc SAURON, « La Convention sur l'avenir de l'Europe ou comment reconstruire la légitimité de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 20.

¹⁶³⁰ *Ibid.*, p. 20.

¹⁶³¹ Jean-Pierre COT, « Les défis de la Convention européenne : ou comment rattraper un retard de légitimité », in Olivier BEAUD, Arnaud LECHEVALIER, Ingolf PERNICE et Sylvie STRUDEL (Dir.), *L'Europe en voie de constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 69-85, spéc. p. 76.

élaboré uniquement par des parlementaires eût été plus ambitieux mais la présence des représentants gouvernementaux a forcé les conventionnels à intégrer les préoccupations étatiques dans leur réflexion, favorisant l'accord final des gouvernements lors de la conférence intergouvernementale. Cette composante de la Convention a de plus permis de refléter la double légitimité de l'Union européenne, à la fois union de peuples et d'Etats.

654.- Conformément à la Déclaration de Laeken, les Etats candidats ont été représentés « dans les mêmes conditions que les Etats membres ». Cette précision doit être soulignée car elle constitue une avancée par rapport à la Convention ayant élaboré la Charte des droits fondamentaux, dans laquelle les pays candidats n'étaient pas représentés. En revanche, la déclaration de Laeken précise que si les représentants des Etats candidats participent aux délibérations, ils ne doivent pas pouvoir empêcher le consensus qui se dégagerait entre les Etats membres. En pratique, les Etats candidats ont cependant souvent joué le rôle de variable d'ajustement dans la plupart des négociations institutionnelles, tantôt confortant l'Espagne et les petits pays dans le « front du refus » dirigé contre les modalités de vote au Conseil, tantôt permettant d'aboutir au consensus sur la question du nombre de commissaires. Finalement, il apparaît que leur position a été prise en compte de manière quasiment identique à celle des Etats membres. En témoigne le statut d'invité au sein du présidium, non prévu par la déclaration de Laeken et attribué par le présidium à un représentant des Etats candidats choisi par ceux-ci¹⁶³².

655.- Quant à la Commission, cette institution était représentée par deux de ses membres. Si l'on ajoute les seize membres du Parlement européen, les institutions communautaires étaient clairement sous-représentées au sein de la Convention. Suspectées d'être trop intégratrices, les chefs d'Etat et de gouvernement ont préféré limiter au maximum la participation de ces deux institutions. Ainsi, la Cour de justice, qui bénéficie pourtant du statut d'institution européenne, n'a pas été représentée à la Convention, même s'il était prévu qu'elle puisse s'exprimer¹⁶³³.

¹⁶³² C'est l'un des représentants du parlement slovène (M. Alojz Peterle) qui a été désigné par les représentants des parlements des pays candidats à l'adhésion pour siéger au présidium.

¹⁶³³ Cf. article 7 de la note sur les méthodes de travail précitée : « le présidium peut inviter le président de la Cour de justice, le président de la Cour des Comptes et le président de la Banque centrale européenne à s'exprimer devant la Convention ».

656.- A cet ensemble de conventionnels doit être ajouté le président, M. Valéry Giscard d'Estaing, et ses deux vice-présidents, MM. Dehaene et d'Amato, qui ont été nommés par les chefs d'Etat et de gouvernement lors du Conseil européen de Laeken. En effet, aguerris par l'expérience de la Convention à l'origine de la Charte et témoins du rôle moteur qu'a pu y jouer son président, M. Roman Herzog, les chefs d'Etat et de gouvernement ont préféré choisir eux-mêmes la personnalité du président de la Convention. Paradoxalement, le fait que le président n'ait pas été désigné par les conventionnels lui a assuré un statut indépendant, dont M. Giscard ne s'est pas privé de faire application, par exemple en rappelant à l'ordre les conventionnels ou en prenant des initiatives solitaires¹⁶³⁴.

Le président était assisté dans sa tâche par un présidium à qui les chefs d'Etat et de gouvernement ont confié un rôle d'impulsion et de centralisation des compromis devant constituer les bases de travail de la Convention. Aux termes de la déclaration de Laeken, le présidium était composé du président de la Convention, des deux vice-présidents de la Convention et de onze membres issus de la Convention (les représentant de tous les gouvernements qui pendant la Convention exercent la présidence du Conseil, deux représentants des parlements nationaux, deux représentants des membres du Parlement européen et deux représentants de la Commission, le représentant invité des pays candidats, et enfin le Secrétaire général de la Convention¹⁶³⁵). Si la répartition y était plus équilibrée qu'au sein de la Convention (à la fois entre les représentants des Etats et les représentants de l'intérêt communautaire, ou encore entre l'exécutif et les parlementaires), le décalage existant entre les deux a été source de brouillage pour les observateurs, certains l'accusant de constituer le réceptacle des forces conservatrices¹⁶³⁶, d'autres considérant favorablement son intervention¹⁶³⁷.

¹⁶³⁴ Ainsi, dès le mois d'octobre 2002, M. Valéry Giscard d'Estaing a présenté un avant-projet de traité sans attendre que les groupes de travail aient rendu leurs propositions.

¹⁶³⁵ Officiellement invité pour éviter que les réunions du présidium ne se déroulent avec treize membres à table, la présence du Secrétaire général de la Convention confirme l'influence considérable exercée par la délégation britannique au sein de la Convention.

¹⁶³⁶ Alain Lamassoure rapporte ainsi les paroles du président Giscard d'Estaing, à l'issue de la séance plénière du 4 juin 2003 au cours de laquelle les oppositions se sont cristallisées : « je ne peux rien faire avec le présidium. Les "conservateurs" y sont trop représentés. Je veux désormais m'appuyer sur les "composantes" ». Cf. Alain LAMASSOURE, *Histoire secrète de la Convention européenne*, Paris, Albin Michel, 2004, 525 pages, spéc. p. 416.

¹⁶³⁷ Paul Magnette note ainsi que cet organe « ne semble pas avoir brisé la logique de la Convention : il ne fut pas une CIG anticipée ». Paul MAGNETTE, « Forces et limites de la "méthode conventionnelle" », in Olivier DE SCHUTTER et Paul NIHOUL (Dir.), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations de l'Union européenne*, Bruxelles, Ed. Larcier, 2004, pp. 23-51, spéc. p. 47.

657.- Enfin la Convention était assistée par un secrétariat composé d'experts issus des trois institutions communautaires et dirigé par le britannique Sir John Kerr. Chargé d'établir des notes décrivant le fonctionnement actuel de l'Union ou encore de synthétiser les amendements déposés par les conventionnels, son travail a été généralement salué comme étant relativement impartial, bien que certains observateurs aient noté l'investissement personnel du Secrétaire général pendant les débats relatifs à la fiscalité ou à la politique monétaire¹⁶³⁸.

658.- Cette composition élargie est censée refléter à la fois la balance entre intérêts étatiques et intérêt communautaire, par la présence combinée de représentants des institutions européennes et nationales, ainsi que le double fondement de l'Union, à savoir les Etats et les peuples. L'association de représentants directs des citoyens au processus d'élaboration de la constitution de l'ordre juridique communautaire est destinée à remédier au déficit démocratique, en satisfaisant à la tradition selon laquelle « une constitution doit être écrite en public, par les représentants du peuple »¹⁶³⁹. Cette préoccupation n'est cependant pas la seule ayant guidé la composition de la Convention. En effet, la composition diversifiée de la Convention témoigne, selon nous, de la volonté de combiner les différentes légitimités qui structurent l'Union européenne afin de garantir, par un équilibre approprié des forces en présence, que l'opération de refondation entreprise avec le concours de la Convention ne porte pas atteinte à l'idée d'œuvre.

En effet, la théorie des choix publics a montré comment la prise de décision collective pouvait être influencée par des règles formelles telles que la composition du panel appelé à prendre la décision ou les règles de procédure. La composition de la Convention et le fait que celle-ci soit suivie d'une conférence intergouvernementale participe selon nous de la même conception selon laquelle le contenu de la règle de droit dépend en grande partie de ses conditions d'élaboration. Par cette composition ouverte et diversifiée, il s'agit en effet d'orienter les travaux de la Convention vers une refondation de l'Union, c'est-à-dire un remaniement assez profond des textes fondateurs dans le sens d'une plus grande efficacité et d'une légitimité renouvelée, sans toutefois anéantir l'idée d'œuvre instituée par les fondateurs des traités de Paris et de Rome. Cet objectif semble avoir été atteint, comme nous l'avons

¹⁶³⁸ Voir à ce titre Etienne DE PONCINS, *La Constitution européenne en 25 clefs*, Paris, éditions Lignes de repères, 2005, 246 pages, spéc. p. 32.

¹⁶³⁹ *Ibid.*, p. 31.

montré dans le chapitre précédent. Il existe donc une légitimité intrinsèque de la composition de la Convention, qui tient à mêler les différentes légitimités intervenant dans le processus d'intégration européenne pour faire en sorte que la refondation de l'Union européenne ne porte pas atteinte à l'idée de droit initialement voulue par les fondateurs.

De même, d'autres modèles de légitimité sont à l'œuvre dans la conception de la méthode conventionnelle.

II. LA METHODE CONVENTIONNELLE, VECTEUR DE LA LEGITIMITE DELIBERATIVE DE LA CONVENTION

659.- Il y a quelques années, M. Jean-Louis Quermonne dressait à propos de l'Union européenne le constat suivant : « le dysfonctionnement actuel de ses institutions illustre la nécessité de les doter de la légitimité démocratique que le monopole des chancelleries n'a jusqu'à présent pas permis de leur conférer. L'enjeu est à ce prix, et il témoigne de l'incapacité de la légitimité diplomatique à pallier désormais les insuffisances de la légitimité démocratique »¹⁶⁴⁰.

660.- Conformément à cette opinion, partagée par de nombreux auteurs, la Convention a été fondée sur le modèle de la démocratie délibérative, conçu en opposition avec le modèle de la négociation diplomatique. Si ce modèle fait référence à la démocratie, dont il reprend les modalités de formation des décisions, il est surtout censé légitimer l'entreprise conventionnelle par la rationalité intrinsèque de la délibération, vecteur d'efficacité dans la prise de décision.

Après avoir présenté les fondements théoriques qui ont guidé, selon nous, la détermination de la méthode conventionnelle (A.), nous examinerons si en pratique celle-ci a opéré une rupture notable avec la méthode diplomatique (B.).

¹⁶⁴⁰ Jean-Louis QUERMONNE, *L'Europe en quête de légitimité*, Paris, Presses de Sciences Po, 126 pages, spéc. p. 9.

A. Démocratie délibérative versus négociation diplomatique : Les fondements théoriques de la méthode conventionnelle

661.- De nombreux auteurs ont analysé les mérites comparés, sur le plan de l'efficacité, des différentes méthodes susceptibles de guider la prise de décision collective. M. Jon Elster identifie trois méthodes principales : le vote (c'est-à-dire l'agrégation des préférences), la négociation et la délibération¹⁶⁴¹. Nous n'envisagerons ici que la négociation et la délibération, dans la mesure où la prise de décision collective par le biais du vote, sans communication préalable, semble être une hypothèse hautement improbable. Conçue dans un rapport d'opposition avec la négociation diplomatique, le modèle de la démocratie délibérative nous paraît avoir inspiré le choix de la méthode conventionnelle.

La délibération comme la négociation désignent des méthodes de communication en vue d'une décision à prendre collectivement. Mais tandis que la délibération repose sur la force du meilleur argument, la négociation est conçue davantage comme un échange de menaces et de promesses destinées à obtenir le ralliement de son interlocuteur. Ainsi M. Bernard Manin oppose-t-il la discussion, par laquelle l'un des interlocuteurs « cherche à produire un changement dans l'opinion de l'autre [...] par le moyen de propositions impersonnelles ou portant sur le futur à long terme »¹⁶⁴² et le marchandage, dans lequel les arguments échangés sont personnalisés et immédiats. De même M. Jon Elster distingue la négociation et l'argumentation rationnelle, celle-ci se caractérisant par différents critères, tels que l'enjeu coopératif qui lie les participants, obligés d'aboutir à une décision unique, l'absence d'intérêt personnel des participants dans la prise de décision et l'échange d'arguments impartiaux¹⁶⁴³. Enfin M. Jürgen Habermas confronte l'action stratégique, orientée vers la réussite de l'un des interlocuteurs, et l'action communicative, tournée vers l'intercompréhension¹⁶⁴⁴.

¹⁶⁴¹ Jon ELSTER (Ed.), *Deliberative democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, 282 pages, spéc. p. 5 : « quand un groupe d'individus égaux a une décision à prendre sur un sujet qui les concerne tous et que la distribution initiale est loin d'être consensuelle, ils peuvent y parvenir de trois manières différentes : en argumentant, en négociant, et en votant ».

¹⁶⁴² Bernard MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Calmann-Lévy, 1995, 319 pages, spéc. p. 253.

¹⁶⁴³ Voir l'introduction de Jon Elster à l'ouvrage collectif précité, *Deliberative democracy*, spéc. pp. 6 et s.

¹⁶⁴⁴ Selon Jürgen Habermas, l'action communicative est soumise à trois critères de validité : la vérité propositionnelle, la justesse normative, et la véracité. Cf. Jürgen HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, vol. 1 : *rationalité de l'agir et rationalisation de la société*, trad. par Jean-Marc Ferry, Paris, Fayard, 1987, 447 pages, spéc. pp. 75 et s. Pour mémoire, vol. 2 : *Critique de la raison fonctionnaliste*, trad. par Jean-Louis Schlegel, Paris, Fayard, 1987, 480 pages.

La distinction entre délibération (ou argumentation) et négociation (ou marchandage) a fait l'objet de nombreuses études sous l'angle de la théorie des choix publics, afin de déterminer laquelle est susceptible de parvenir au résultat le moins éloigné des préférences initiales des acteurs. Dans cette optique, des auteurs comme M. Jon Elster ou M. Bernard Manin sont parvenus à la conclusion que l'argumentation était dans tous les cas préférable dans la mesure où elle permet, par le biais d'échanges d'arguments rationnels et impartiaux, d'approcher la décision du bien commun, tandis que la négociation, qui repose sur la crédibilité des acteurs à tenir leurs promesses et à mettre leurs menaces à exécution, se révèle la plupart du temps inefficace et contraire à l'équité¹⁶⁴⁵. Les effets positifs attendus de la méthode délibérative tiennent aussi à ce que cette méthode tend, par l'information mutuelle des participants au processus de décision, à rationaliser les décisions collectives. De même, la délibération serait un « facteur autonome de transformation »¹⁶⁴⁶. En effet, la méthode délibérative repose toute entière sur la force du meilleur argument et présuppose que les préférences des participants ne sont pas figées mais au contraire susceptibles d'évoluer du fait de la confrontation d'arguments rationnels et impartiaux. Enfin, dernier atout de la méthode délibérative, les décisions qui en sont issues sont généralement considérées comme plus légitimes que tout autre moyen d'agrégation des opinions¹⁶⁴⁷.

662.- Conformément aux principes qui viennent d'être rappelés, le choix de la méthode conventionnelle pour préparer la conférence intergouvernementale participe de cette confiance en la délibération pour aboutir à des décisions efficaces et tendant vers l'intérêt général tandis que la méthode intergouvernementale classique est généralement décriée comme étant vecteur d'inertie. M. Alain Lamassoure a fait ce constat à l'issue du sommet de Nice, affirmant que cet échec « sonn[ait] le glas d'une méthode : l'accord entre gouvernements et la négociation entre leurs experts et diplomates ont épuisé leurs effets »¹⁶⁴⁸. Cet auteur appelait alors les peuples d'Europe, à travers leurs représentants, à « prendre la

¹⁶⁴⁵ Jon Elster montre par exemple qu'en situation de négociation, les parties sont souvent incitées à feindre des préférences pourtant éloignées de leurs préférences réelles dans un domaine A, afin d'obtenir de la part des autres parties des concessions dans un autre domaine B, jugé essentiel. Le résultat est que les décisions prises dans les domaines A et B ne sont optimales pour aucun des acteurs. Cf. Jon ELSTER, « Argumenter et négocier dans deux assemblées constituantes », *RFSP*, n° 2/1994, pp. 157-187, spéc. p. 247.

¹⁶⁴⁶ Philippe URFALINO, « La délibération et la dimension normative de la décision collective », in Jacques COMMAILLE, Laurence DUMOULIN et Cécile ROBERT (Dir.), *La juridicisation du politique : leçons scientifiques*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 165-193, spéc. p. 189.

¹⁶⁴⁷ Sur ce point, voir *infra*, paragraphes 673.- et suivants.

¹⁶⁴⁸ Alain LAMASSOURE, « Après Nice : quelles perspectives ? », *Commentaire*, n° 94/2001, pp. 255-268, spéc. p. 258.

plume, comme le firent les Pères fondateurs de l'Union américaine »¹⁶⁴⁹. On trouve trace de cette conviction dans l'allocution d'ouverture de la Convention sur l'avenir de l'Union de M. Valéry Giscard d'Estaing en date du 28 février 2002. Dans ce discours, le président de la Convention a rappelé que « les conférences intergouvernementales [...] constituaient des enceintes pour des négociations diplomatiques entre les Etats membres, où chacun cherche légitimement à maximaliser ses gains, sans prendre en compte la vue de l'ensemble », ce qui a mené à la situation actuelle. Si la Convention veut être le lieu d'une « re-fondation intellectuelle de l'avenir de l'Union européenne », alors la méthode de négociation doit être abandonnée au profit d'une méthode délibérative, seule à même de faire jaillir l'intérêt commun. Les termes choisis par le président Giscard révèlent cette volonté de promouvoir la méthode délibérative : « soyons clairs. Cette Convention ne peut pas réussir si elle est seulement le lieu d'expression d'opinions divergentes. Elle a besoin de devenir le creuset où s'élabore, mois après mois, une approche commune [...]. Nous devons partir sans idée préconçue, et former notre vision de la nouvelle Europe par une écoute constante et attentive de tous nos partenaires, gouvernants et gouvernés, partenaires économiques et sociaux, représentants des collectivités territoriales membres des associations et de la société civile représentées au forum, mais aussi celles et ceux qui n'ont pas d'autre identité que leur appartenance à l'Europe ».

La méthode conventionnelle repose donc sur le modèle de la démocratie délibérative, comme l'attestent les différentes règles procédurales mises en place en son sein. Cette organisation des travaux de la Convention n'a cependant pas suffi à rompre totalement avec la méthode diplomatique caractéristique des processus de révision des traités communautaires.

B. La méthode conventionnelle : une diplomatie ouverte plutôt qu'une véritable démocratie délibérative

Si les règles de procédure ont été conçues afin de favoriser la mise en place d'une logique délibérative au sein de la Convention (1.), l'examen du déroulement des travaux de la Convention montre une résurgence de la méthode diplomatique traditionnelle (2.).

¹⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 265.

1. La tentative d'institutionnalisation de la démocratie délibérative au sein de la Convention par le biais des règles de procédure

Les règles de procédure, formalisées dans le règlement intérieur de la Convention mis au point par le présidium¹⁶⁵⁰, ont été choisies en vue de favoriser la mise en place d'une logique délibérative au sein de la Convention.

663.- En premier lieu, alors que la transparence des débats est généralement citée comme étant favorable à la délibération, la confidentialité des discussions favoriserait l'expression des intérêts particuliers des participants et la mise en place corrélative de techniques de négociation¹⁶⁵¹. Conformément à cette dichotomie, les assemblées constituantes s'efforcent d'assurer la transparence de leurs travaux, gage de démocratie, tandis que les conférences intergouvernementales sont marquées par la « loi du secret diplomatique ». Il n'est donc pas surprenant que la Convention ait cherché à permettre l'accès le plus large possible à ses travaux. L'article 14 du règlement intérieur de la Convention prévoit ainsi que les débats de la Convention sont ouverts au public. Si cette disposition a incontestablement favorisé l'expression d'arguments impartiaux lors des séances plénières, elle n'a pas empêché l'apparition de lieux dédiés à la négociation, tels que les groupes de travail, moins exposés, ou encore les « réunions *off* »¹⁶⁵² rassemblant les conventionnels par affinités, nationalités, sensibilités politiques ou encore réunissant les chefs d'Etat et de gouvernement en marge de la Convention.

664.- Ensuite, la technique de formation de la décision finale joue un rôle non négligeable sur le choix de la méthode de communication. Sur ce point, la déclaration de Laeken laissait le champ libre à la Convention. Dès son allocation d'ouverture, M. Valéry Giscard d'Estaing s'est clairement prononcé pour la technique du consensus. Dans la mesure où consensus ne signifie pas unanimité, le choix de cette technique revenait à dénier aux conventionnels toute possibilité de bénéficier d'un droit de veto, contrairement à ce qui se passe dans les conférences intergouvernementales. Le refus du droit de veto, s'il favorise la prolongation des discussions en vue de trouver un compromis acceptable par tous, ne doit

¹⁶⁵⁰ Ce règlement intérieur date du 26 mars 2002 et s'intitule « note sur les méthodes de travail » (cf. CONV 9/2/02).

¹⁶⁵¹ Voir sur ce point Jon ELSTER, « Argumenter et négocier dans deux assemblées constituantes », *op. cit.*, p. 246.

¹⁶⁵² Cité par Alain LAMASSOURE, *Histoire secrète de la Convention européenne*, *op. cit.*, spéc. pp. 52-53.

cependant pas être exagéré, dans la mesure où les représentants des gouvernements savaient que ce droit réapparaîtrait lors de la conférence intergouvernementale. Certains conventionnels n'ont ainsi pas hésité à brandir la menace du recours ultérieur au veto (ce fut par exemple le cas lors des débats relatifs au vote majoritaire), restreignant ainsi le champ de la délibération aux matières non sensibles. Autre inconvénient lié à la technique du consensus, certains représentants des gouvernements ont pu hésiter, dans les derniers moments de la Convention, à bloquer le consensus afin de ne pas porter la responsabilité de l'échec de la Convention, tout en sachant pertinemment que leur Etat aurait les moyens de s'opposer aux dispositions non désirées lors de la conférence intergouvernementale. La méthode du consensus a ainsi pu donner la fausse illusion d'un accord de tous les Etats sur les dispositions proposées, ce qui était loin d'être la vérité, comme en témoigne l'échec du sommet de Bruxelles des 12 et 13 décembre 2003 et la remise en cause partielle du projet de traité remis par la Convention lors du Conseil européen de Bruxelles des 17 et 18 juin 2004.

665.- De même, l'interprétation du mandat des participants peut aussi influencer sur la méthode de communication. Ainsi le mandat impératif, par le biais de l'engagement préalable à défendre certaines positions, suscite le plus souvent des attitudes de négociation. Dans la Convention, il était en effet à craindre que les conventionnels invoquent constamment les intérêts de l'institution dont ils émanent et restent sur leurs positions, bloquant ainsi le processus de délibération. C'est pourquoi M. Giscard d'Estaing, dans son discours d'ouverture, a insisté sur le fait que « les membres des quatre composantes de notre Convention ne devront pas se considérer comme étant uniquement les porte-parole de ceux qui les ont désigné, gouvernements, Parlement européen, parlements nationaux, et Commission [...]. Chacun restera évidemment loyal à son mandat, mais il devra apporter sa contribution personnelle aux travaux de la Convention ».

666.- Enfin, la répartition spatiale des conventionnels au sein de l'hémicycle s'est faite, sur les recommandations du président de la Convention, par ordre alphabétique et non par groupes politiques, par nationalités ou encore par composantes. Ainsi, les allégeances traditionnelles ont été endiguées, ce qui a permis d'éviter la formation de blocs ne défendant que des intérêts corporatistes et imposant leurs choix aux catégories numériquement plus faibles.

En dépit de ces précautions, il semble que la délibération n'ait pu véritablement prendre corps au sein de la Convention et que celle-ci soit en grande partie restée prisonnière des réflexes diplomatiques traditionnels.

2. L'analyse du déroulement des travaux de la Convention et la résurgence de la méthode diplomatique traditionnelle

667.- De même que les règles de procédure, l'organisation des travaux de la convention révèle la volonté de mettre en place une véritable délibération. M. Valéry Giscard d'Estaing avait en effet choisi de scinder les travaux de la Convention en trois phases : une phase d'écoute, une phase d'étude et une phase finale de proposition.

Ces trois phases étaient censées favoriser l'émergence d'une dynamique délibérative. Ainsi, la phase d'écoute était destinée à familiariser les conventionnels avec le fonctionnement actuel de l'Union européenne et ses besoins, mais aussi de socialiser ses différents membres afin d'asseoir, selon les termes de M. Giscard d'Estaing, « l'esprit de la Convention ». Le respect de la délibération, en tant que « norme sociale » de la Convention, devait en effet être facilité par le respect mutuel né de cette phase. Quand à la phase d'étude, elle s'est essentiellement déroulée en groupes de travail¹⁶⁵³, ce qui a eu pour effet de court-circuiter la technique du « *package deal* », fréquente en matière diplomatique, par laquelle les Etats échangent des concessions dans un domaine contre des concessions dans un autre domaine. Finalement, lors de ces deux phases, la délibération semble avoir prévalu, surtout au sein des groupes de travail, les conventionnels ayant la plupart du temps utilisé (que ce soit de manière sincère ou stratégique¹⁶⁵⁴) les ressources de l'argumentation rationnelle, c'est-à-dire l'échange d'arguments impartiaux.

¹⁶⁵³ Au total, onze groupes de travail ont été créés au sein de la Convention. Présidés par un membre du présidium, ces groupes de travail ont traité du principe de subsidiarité, de la personnalité juridique de l'Union, de l'intégration de la charte des droits fondamentaux dans le traité, du rôle des parlements nationaux, des compétences complémentaires, de la gouvernance économique, de la simplification des procédures législatives et des instruments, de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, de la politique extérieure de l'Union, de la politique de défense et enfin de l'Europe sociale.

¹⁶⁵⁴ Sur l'usage stratégique de l'argumentation, voir Jon ELSTER, « Argumenter et négocier dans deux assemblées constituantes », *op. cit.*, spéc. pp. 241 et s.

668.- Cependant, la dernière phase des travaux de la Convention, consacrée à la formalisation des propositions, a été clairement marquée par une résurgence de la logique de négociation, surtout en matière institutionnelle, là où les préférences des acteurs sont prédéfinies et insusceptibles d'évoluer du fait de l'argumentation. Ainsi, la première partie du projet élaboré par la Convention a fait l'objet de véritables négociations entre les petits et les grands Etats, tant en ce qui concerne le nombre de commissaires que la question de la présidence du Conseil européen. M. Alain Lamassoure, dans son *Histoire secrète de la Convention européenne*, se fait l'écho des tractations ayant marqué les derniers jours de la Convention sur les sujets institutionnels. Il évoque ainsi le « front du refus »¹⁶⁵⁵ constitué par les petits pays sur la question de la composition de la Commission ; l'Assemblée plénière qui ne sert que de « “couverture ” pour les vraies négociations, qui se passent partout ailleurs et nulle part »¹⁶⁵⁶ et le présidium au sein duquel « le vernis initial a craqué : les trois représentants de gouvernement parlent crûment chacun au nom du sien, et non pas au nom de l'ensemble des exécutifs nationaux »¹⁶⁵⁷. C'est sur la question du triangle institutionnel que le compromis a été le plus difficilement acquis, la liaison faite entre le nombre de commissaires et les modalités de vote au Conseil compliquant les négociations. Le consensus finalement obtenu n'a d'ailleurs pas perduré, les chefs d'Etat et de gouvernement réunis en conférence intergouvernementale assortissant la règle de la double majorité de deux « filets de sécurité »¹⁶⁵⁸ afin d'obtenir le consentement de la Pologne et de l'Espagne.

669.- Au final, comme l'a noté M. Paul Magnette, « la méthode conventionnelle, reposant sur une délibération ouverte, n'a pu pleinement se déployer que dans certains domaines. Là où les gouvernements avaient le sentiment que leurs intérêts étaient menacés [...], ils ont eu tendance à renouer avec des arguments et des modes de négociation caractéristiques des C.I.G. : ils ont ouvertement défendu leurs intérêts plutôt que de chercher un compromis commun, et menacé de dénoncer un accord par lequel ils se sentiraient lésés »¹⁶⁵⁹.

¹⁶⁵⁵ Alain LAMASSOURE, *Histoire secrète de la Convention européenne*, *op. cit.*, p. 384.

¹⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 419.

¹⁶⁵⁷ *Ibid.*, p. 419.

¹⁶⁵⁸ Ainsi, la conférence intergouvernementale a ajouté à la règle de la double majorité figurant à l'article I-25 la précision qu'une minorité de blocage doit inclure au moins quatre membres du Conseil. De plus, une déclaration a été jointe à cet article, qui ressuscite en substance le compromis de Ioannina.

¹⁶⁵⁹ Paul MAGNETTE, « Forces et limites de la "méthode conventionnelle" », in Olivier DE SCHUTTER et Paul NIHOUL (Dir.), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations de l'Union européenne*, Bruxelles, Ed. Larcier, 2004, pp. 23-51, spéc. p. 43.

670.- Le surplus d'efficacité attendu de la méthode conventionnelle doit donc être relativisé. Certes, la Convention a obtenu des résultats non négligeables auxquels une simple conférence intergouvernementale ne serait peut être pas parvenue, tels que l'élaboration d'un document unique, la disparition de la structure en piliers, la simplification des instruments normatifs, la clarification de la répartition des compétences ou encore l'intégration de la Charte des droits fondamentaux. Par ses discussions sur les valeurs de l'Union, ses objectifs, la Convention a fait progresser la perception de l'Union en tant qu'ordre constitutionnel en formation. Les profondes querelles ayant divisé les conventionnels, quant à la référence au fédéralisme, à l'héritage chrétien ou encore à la question des frontières de l'Union ont de même permis de mettre en lumière les points ne pouvant être traités de manière commune, ce qui est peut être aussi important que le recensement des points de convergence dans l'optique de construire une association politique. Cependant les résultats obtenus en matière institutionnelle ont clairement montré les limites de la méthode conventionnelle et la volonté corrélatrice des Etats de ne pas se laisser déposséder de leur pouvoir de décision dans des domaines conditionnant leur influence respective dans l'Union.

671.- L'efficacité n'est pas la seule vertu attendue de la méthode délibérative. Combinée à un espace public développé, la délibération démocratique est censée, par la seule force de la discussion, constituer le fondement immanent de l'ordre juridique. La théorie de la discussion semble avoir ainsi inspiré les initiateurs de la méthode conventionnelle, ainsi qu'en témoigne la volonté d'associer la société civile aux travaux de la Convention.

III. L'ASSOCIATION DE LA SOCIÉTÉ CIVILE, VECTEUR DE LA LEGITIMITÉ PROCÉDURALE DE LA CONVENTION

672.- La notion de société civile, qui plonge ses racines dans les écrits d'Aristote, est une notion complexe et polysémique. Actuellement, elle désigne généralement un ensemble d'instances représentant les intérêts des citoyens, indépendantes des pouvoirs publics et à qui revient la tâche de jouer le rôle de médiateur entre ces deux niveaux. Au sein de l'Union européenne, la société civile a acquis une importance fondamentale et constitue l'un des vecteurs de la démocratisation de l'ordre juridique communautaire. En effet, en l'absence de véritable démocratie représentative à l'échelle européenne (le Parlement européen n'étant

encore que le représentant *des* peuples européens) et *a fortiori* de mécanismes de démocratie directe tels que le référendum européen ou le droit d'initiative populaire¹⁶⁶⁰, l'Union européenne tente de pallier l'insuffisance de légitimité démocratique qui la caractérise en recourant à la société civile.

La Convention n'a pas échappé à la règle et a tenté d'intégrer, dans ses travaux, la société civile (B.), conformément aux théories de la démocratie procédurale qui confèrent à cet acteur une fonction légitimante essentielle (A.).

A. La théorie de la démocratie procédurale et la place de la société civile dans la fondation de l'ordre juridique

673.- La croyance dans les vertus démocratiques de la société civile résulte entre autres des travaux de M. Jürgen Habermas sur les fondements du droit. Reprise par de nombreux auteurs dans la sphère juridique, la théorie habermassienne de la discussion est à l'origine de la théorie de la démocratie procédurale ou encore de la théorie de la démocratie continue¹⁶⁶¹ développée par M. Dominique Rousseau. L'explication de ces théories peut être menée à partir de deux points de vue, qui convergent cependant vers la revalorisation de la société civile comme lieu légitime d'élaboration des règles juridiques qui structurent la société.

674.- Il est tout d'abord possible de partir du constat selon lequel les institutions politiques et plus généralement l'Etat ne recouvrent pas à eux seuls les lieux de socialisation politique. La crise de la démocratie représentative actuellement observée dans la plupart des démocraties occidentales tend à démontrer que les citoyens peuvent avoir une volonté autonome ne s'exprimant pas par les voies institutionnelles de la représentation mais par des moyens informels tels que les associations syndicales, les manifestations, etc. Contrecarrant l'assimilation supposée parfaite entre représentants et représentés, cette constatation permet d'appréhender la société civile comme un tiers entre le citoyen et l'Etat, acteur à part entière

¹⁶⁶⁰ Le traité établissant une constitution pour l'Europe introduit une nouveauté dans ce domaine, puisqu'il consacre, à l'article I-47, le droit d'initiative populaire (inséré dans un article dédié à la démocratie participative).

¹⁶⁶¹ Sur cette notion voir Dominique ROUSSEAU (Dir.), *La démocratie continue*, actes du colloque de Montpellier des 2, 3 et 4 avril 1992, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1995, 165 pages.

de la socialisation politique des individus auquel les systèmes politiques devraient accorder une place privilégiée.

675.- De manière plus fondamentale, la société civile se trouve au cœur d'une réflexion sur les fondements du droit qui tend à dépasser l'opposition traditionnelle entre la conception positiviste et la conception jusnaturaliste du droit. Pour les jusnaturalistes, le droit est nécessairement extérieur à l'Etat qu'il précède et transcende. Cette conception suppose donc l'existence de principes immuables et fondateurs de toute société, s'imposant aux individus et à l'Etat. Pour les positivistes en revanche, le droit n'est pas extérieur à l'Etat mais au contraire trouve son fondement dans l'Etat lui-même qui possède, en vertu de sa souveraineté, le monopole de l'édition légitime du droit. Le fondement du droit se trouve donc dans la norme qui constitue l'Etat, c'est-à-dire la constitution. Quant au fondement de la constitution, cette question est généralement rejetée hors de la sphère juridique par ces auteurs, qui considèrent que la constitution ne trouve son origine que dans le pouvoir constituant, qui est un pouvoir de fait¹⁶⁶². L'originalité de la théorie d'Habermas est qu'elle tente d'expliquer les fondements du droit par la procédure mise en œuvre lors de l'adoption de la constitution. Elle permet donc d'envisager une fondation procédurale et non transcendante de la règle de droit légitime.

Puisant ses racines dans la pensée de Kant et de Rousseau, cette théorie part de la prémisse que le peuple est seul compétent pour déterminer les règles de droit qui fondent la société. Cependant, cette théorie ne s'arrête pas là mais postule que la légitimité des règles de droit provient *in fine* de la mise en œuvre de procédures permettant aux citoyens libres et égaux de délibérer. Ainsi, selon M. Habermas, « la théorie de la discussion ne conditionne pas le succès de la politique délibérative par l'existence d'un ensemble de citoyens capables d'action collective, mais par l'institutionnalisation de procédures et de conditions appropriées de la communication et par le jeu combiné des délibérations institutionnalisées et des opinions publiques qui se sont formées de manière informelle »¹⁶⁶³. Pour cet auteur, la discussion possède une rationalité intrinsèque qui permet de légitimer le droit. Finalement, la souveraineté du peuple ne disparaît pas dans la théorie de la discussion mais est simplement

¹⁶⁶² Les normativistes posent cependant l'hypothèse de l'existence d'une norme fondamentale (la *Grundnorm*), qui fonderait la constitution. Le fondement de cette norme ultime n'est cependant pas expliqué.

¹⁶⁶³ Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, orig. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1992), trad. par Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997, 551 pages, spéc. p. 323.

« interprétée dans un sens intersubjectiviste »¹⁶⁶⁴. Autrement dit, le pouvoir constituant est généré par le moyen de la communication et résulte plus spécifiquement des « interactions entre une formation de la volonté institutionnalisée dans l'Etat de droit et les espaces publics [...] trouvant leur base dans les associations d'une société civile à égale distance de l'Etat et de l'économie »¹⁶⁶⁵.

La théorie de la discussion ou de la démocratie procédurale suppose donc d'accorder une place privilégiée à la société civile comme lieu légitime d'élaboration du droit. Ainsi, selon M. Habermas, « le concept de démocratie fondé sur la théorie de la discussion suppose l'image d'une société décentrée qui crée toutefois, au moyen de l'espace public politique, une arène spécialement chargée de percevoir, d'identifier et de traiter les problèmes intéressant la société dans son ensemble »¹⁶⁶⁶. C'est là le sens de la proposition faite par M. Rousseau en direction d'une « démocratie continue », visant à « faire de l'espace public l'espace où se construit et s'élabore la volonté normative »¹⁶⁶⁷.

676.- Il est à noter que cette théorie a eu une résonance particulière au sein de l'Union européenne puisqu'elle permet d'envisager un pouvoir constituant en l'absence de peuple au sens ethnique du terme, celui-ci étant remplacé par un espace public politique transnational. Elle a notamment servi de référence dans le cadre de la réflexion récemment engagée sur la gouvernance en Europe. Ainsi, dans son avis sur le rôle et la contribution de la société civile organisée dans la construction européenne¹⁶⁶⁸, le Conseil économique et social a affirmé vouloir mettre en œuvre le principe de la « théorie discursive de la démocratie ». Selon cette instance, la théorie de la discussion « s'appuie sur les concepts de communication et d'interaction. [...] Le discours démocratique qui en résulte se nourrit non seulement d'opinions, mais aussi de contenus normatifs ; ainsi, le processus d'information devient

¹⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 326.

¹⁶⁶⁵ *Ibid.*, p. 326. Sur la base de ces constatations, M. Eric Maulin note que « le peuple-puissance, transcendant l'ordre juridique qu'il institue souverainement est une figure de la légitimité dépassée », et que, désormais, « les règles de procédure sont les règles mêmes de la légitimation ». Eric MAULIN, « Révision d'un traité ou émergence d'un pouvoir constituant ? La procédure d'adoption et de révision de la constitution », in Olivier BEAUD, Arnaud LECHEVALIER, Ingolf PERNICE et Sylvie STRUDEL (Dir.), *L'Europe en voie de constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 289-303, spéc. pp. 295-296. Sans vouloir remettre en cause la légitimation apportée par la procédure, nous pensons qu'elle ne peut que s'ajouter, et non se substituer, à celle découlant de l'action du pouvoir constituant originaire.

¹⁶⁶⁶ Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, op. cit., spéc. p. 326.

¹⁶⁶⁷ Dominique ROUSSEAU, « La démocratie et le droit : de la démocratie représentative à la démocratie continue ? », in Dominique DAMAMME (Dir.), *La démocratie en Europe*, Paris, L'Harmattan, 2004, pp. 111-118, spéc. p. 116.

¹⁶⁶⁸ Avis du Comité économique et social du 22 septembre 1999 sur le rôle et la contribution de la société civile organisée dans la construction européenne, *JOCE* n° C 329 du 17 novembre 1999, p. 30.

également un processus de décision, dans le cadre duquel la société civile s'entend sur des valeurs communes ». L'influence jouée par la théorie habermassienne peut aussi être décelée dans l'effort fait par les institutions pour développer un véritable espace public européen. La Commission européenne, dans son Livre blanc sur la gouvernance dans l'Union européenne, affirme vouloir « créer un espace “transnational” dans lequel les citoyens de divers pays peuvent débattre de ce qu'ils considèrent comme les défis majeurs de l'Union »¹⁶⁶⁹.

677.- Transposée au processus d'adoption des traités fondateurs, la théorie de la discussion permettrait de légitimer les traités fondateurs de l'ordre juridique européen et en même temps, selon les termes mêmes de la déclaration de Laeken, de relever le « défi démocratique de l'Europe » par le seul vecteur de la délibération, organisée en partenariat avec la société civile. Le « pouvoir constituant européen » résiderait ainsi dans le jeu des influences croisées entre un espace public politique européen et la Convention, ces deux forums de discussion étant structurés par la norme délibérative. Nous avons déjà démontré que la délibération avait été imparfaite au sein de la Convention. Cette insuffisance a-t-elle pu être palliée par une association appropriée de la société civile au sein de la Convention ?

B. La société civile dans la Convention sur l'avenir de l'Europe

678.- L'association de la société civile aux travaux de la Convention a emprunté plusieurs canaux.

Tout d'abord, certains organismes représentant la société civile ont été directement associés aux travaux de la Convention, bénéficiant en son sein du statut d'observateur. Il s'agit tout d'abord du Comité économique et social, qui se présente lui-même comme le « canal institutionnel du modèle participatif »¹⁶⁷⁰, représenté par trois membres au sein de la Convention, du Comité des régions (six membres), du médiateur européen et de trois représentants des partenaires sociaux. Témoignant de la volonté d'institutionnaliser la participation de la société civile dans la Convention, ce statut d'observateur a toutefois pu être décrié comme insuffisant au regard de l'objectif initial de la Convention, qui était, selon

¹⁶⁶⁹ Livre blanc de la Commission du 27 juillet 2001 sur la gouvernance, COM(2001) 428 final.

¹⁶⁷⁰ D'après l'article 257 CE, dans sa formulation résultant du traité de Nice, le Comité économique et social est « constitué de représentants des différentes composantes à caractère économique et social de la société civile organisée ».

la déclaration relative à l'avenir de l'Union annexée au traité de Nice, d'encourager un « large débat associant toutes les parties intéressées ».

En dehors du statut d'observateur, la jonction avec la société civile s'est essentiellement effectuée par le biais du Forum créé sur le site internet de la Convention¹⁶⁷¹ et de la réunion, préalablement à la mise en place de la Convention, de forums nationaux de réflexion. Présenté comme « un complément important à la Convention » le site internet de la Convention a en effet reçu de nombreuses visites¹⁶⁷², concrétisées par un total de 1145 contributions de la société civile. A côté du Forum, le site de discussion nommé « Futurum », est davantage apparu comme un « site de délestage »¹⁶⁷³, dont l'impact sur les conventionnels a été plus faible voire inconsistant.

Enfin, la Convention a consacré sa séance plénière des 24 et 25 juin 2002 à l'écoute de la société civile. Ce « Forum de la société civile » a profondément déçu tant les conventionnels que les membres autoproclamés de la société civile. Ces derniers, ne disposant que de deux minutes de temps de parole, ont en effet dû se limiter à des déclarations générales et imprécises.

679.- Au-delà de l'insuffisance de ces trois lieux dédiés à l'écoute et à l'échange avec la société civile, un autre défaut est venu limiter l'impact de la contribution de ces acteurs non gouvernementaux. Il s'agit de leur insuffisante structuration au niveau européen, qui a introduit une différenciation, au sein de la Convention, entre deux types d'associations de la société civile. Les groupes d'intérêts déjà insérés dans le tissu institutionnel européen ont ainsi mis à profit toutes les ressources qui leur étaient offertes. L'opinion de ces groupes d'intérêts, pro-européens dans l'ensemble, a été suivie sur de nombreux sujets, même si leurs influences réciproques sont le plus souvent difficiles à déterminer. A côté de ces associations, intégrées aux travaux de la Convention, on peut noter l'existence de « mobilisations alternatives »¹⁶⁷⁴ de la part d'organisations eurosceptiques ou alter-européennes, réunies en

¹⁶⁷¹ www.europa.eu.int/futurum/forum_convention/index_fr.htm.

¹⁶⁷² Le site internet de la Convention a ainsi connu une moyenne de 47 000 visites par mois, le maximum étant atteint au mois de juin 2003, avec plus de 100 000 visites.

¹⁶⁷³ Emmanuel AUBIN, « Le rôle de la société civile dans les conventions sur l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux et sur l'avenir de l'Union européenne », *La Tribune du droit public*, n° 11/2002, pp. 130-142, spéc. p. 136.

¹⁶⁷⁴ Cf. Richard BALME et Didier CHABANET, « Construire l'intérêt public européen : les mobilisations dans les processus conventionnels », in Olivier BEAUD, Arnaud LECHEVALIER, Ingolf PERNICE et Sylvie STRUDEL (Dir.), *L'Europe en voie de constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, op. cit., pp. 229-253, spéc. pp. 249 et s.

marge de la Convention au sein du Forum Social Européen. Bien que ce second registre de mobilisation ait été fortement relayé dans les médias, son influence sur les travaux de la Convention a été beaucoup moins significative que celle émanant des groupes de pression institutionnels.

Ce constat peut mener à deux conclusions opposées. Certains auteurs ont ainsi critiqué le manque de légitimité et de représentativité des organisations associées à la Convention, incapables selon eux de représenter l'ensemble des citoyens européens et par là même de légitimer l'entreprise conventionnelle. Pour ces auteurs, l'appel à la société civile n'est au final qu'« une manière détournée d'avouer – tout en les déniaient – les impasses et impuissances de la politique au sens traditionnel du terme »¹⁶⁷⁵. D'autres auteurs considèrent favorablement cette interaction entre les différents acteurs de la société civile européenne, ceux-ci ayant selon eux contribué, par leur coexistence plus que par leur dialogue, à la « structuration de la société politique européenne »¹⁶⁷⁶.

Quelle que soit l'appréciation qu'ils portent sur les modalités de l'association de la société civile aux travaux de la Convention, la majorité des auteurs s'accorde pour considérer que celle-ci est encore insuffisamment structurée au niveau européen et qu'elle ne peut prétendre constituer un véritable espace public politique européen dont découlerait, par le biais de la théorie discursive prônée par M. Habermas, la légitimité des normes européennes.



680.- Par conséquent, l'épisode conventionnel est à l'origine de résultats positifs, la conjonction d'une composition diversifiée, ouverte à la société civile, et d'une méthode délibérative ayant abouti à dégager un consensus optimal pour l'ensemble des acteurs sur des

¹⁶⁷⁵ Voir à ce titre l'article de Catherine COLLIOT-THELENE, « La notion de société civile », in Dominique DAMAMME (Dir.), *La démocratie en Europe*, op. cit., pp. 67-81, spéc. p. 76.

¹⁶⁷⁶ Richard BALME et Didier CHABANET, « Construire l'intérêt public européen : les mobilisations dans les processus conventionnels », op. cit., p. 253. Voir aussi dans le même sens, Marie-Françoise LABOUZ, « La société civile dans le cadre de la Convention », in Christian PHILIP et Panayotis SOLDATOS, *La Convention sur l'avenir de l'Europe. Essai d'évaluation du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 209-236, spéc. p. 236 : « sans doute, restera-t-il, de cette présence et de cette influence de la société civile européenne dans le cadre de la Convention, quelque chose de bon pour la conscience européenne et sa maturation politique [...]. Aussi, la société civile aura-t-elle contribué à améliorer la socialisation politique et la perception de la citoyenneté européenne ».

questions telles que la dénomination du traité, la fusion des Communautés, la disparition des piliers ou encore la personnalité juridique de l'Union. Dans les autres matières soumises à sa réflexion, que ce soient les politiques communautaires ou la question de l'équilibre institutionnel, la Convention n'a pas apporté de plus-value par rapport à la méthode intergouvernementale classique. Cette seule constatation suffit d'ailleurs à remettre en cause la pertinence de cette instance, du moins dans son état actuel, pour les révisions futures des traités, dans la mesure où il paraît improbable que la Convention ait de nouveau à se prononcer sur des questions d'ensemble telles que celles qui lui étaient soumises en 2002-2003. En dépit de sa consécration par le traité établissant une constitution pour l'Europe (art. IV-443 TECE) et de sa reprise par le traité de Lisbonne, à l'article 48, paragraphe 3 du traité sur l'Union européenne, la méthode conventionnelle gagnerait à être améliorée¹⁶⁷⁷.

681.- De plus, la Convention semble avoir échoué à produire une légitimité démocratique incontestable. A la question primordiale qui était posée par la déclaration relative à l'avenir de l'Union, à savoir quelle est la meilleure manière de légitimer le processus de refondation de l'Union, la méthode conventionnelle a répondu de manière originale et diversifiée mais n'a pas réussi à emporter l'adhésion des citoyens européens. En témoignent les sondages eurobaromètres commandés par la Commission qui révèlent qu'au mois de juin 2003, après la remise du projet de traité aux Etats membres, moins d'un citoyen européen sur deux avait entendu parler de la Convention. Plus encore, parmi les citoyens les plus informés, seul un sur trois connaissait la nature du texte élaboré par cette assemblée et moins d'un tiers des personnes interrogées se déclaraient satisfaites de ses résultats¹⁶⁷⁸. Parmi les raisons qui expliquent l'échec relatif de l'expérience conventionnelle, la conjonction de différents registres de légitimation (le mimétisme constitutionnel, la démocratie représentative, la gouvernance, la rationalité délibérative) semble avoir joué un rôle non négligeable, en compliquant la compréhension de la Convention et en incitant au contraire les citoyens à s'exprimer en dehors de ses murs.

¹⁶⁷⁷ En ce sens, Jean-Luc Sauron plaide d'ailleurs pour que la Convention soit « moins un modèle qu'une étape ». Cf. Jean-Luc SAURON, « La Convention sur l'avenir de l'Europe ou comment reconstruire la légitimité de l'Union européenne », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe : analyses & commentaires*, op. cit., pp. 11-30, spéc. p. 29.

¹⁶⁷⁸ Source : EOS Gallup Europe, Flash EB n° 142/2, « Convention sur l'avenir de l'Europe ».

Enfin, si la volonté de briser le monopole réservé aux Etats dans le processus de révision doit être saluée comme une avancée majeure vers la démocratisation de l'Union européenne, le processus n'a pas été mené à son terme dans la mesure où le pouvoir « constituant » est formellement resté aux mains des Etats.

SECTION 2 : L'IMPOSSIBLE ASSIMILATION DE LA CONVENTION AU POUVOIR CONSTITUANT EUROPEEN

En dépit de sa légitimité démocratique (inachevée), la Convention n'est pas assimilable au pouvoir constituant européen. En effet, il lui manque pour cela une caractéristique essentielle : le pouvoir de décider, en dernier ressort, du contenu du texte constitutionnel.

682.- Il convient au préalable de noter que la recherche du titulaire du pouvoir constituant doit selon nous être distinguée de celle du titulaire du pouvoir de révision.

Certes la doctrine, qui assimile majoritairement pouvoir constituant et pouvoir de révision, a été amenée à s'intéresser aux modalités de révision du traité établissant une constitution pour l'Europe pour savoir si celui-ci pouvait être qualifié de constitution et, partant, si celui-ci pouvait être considéré comme reposant sur un pouvoir constituant européen. Pour de nombreux auteurs, la marque du pouvoir constituant européen résiderait dans le passage d'une révision unanimitaire à une révision majoritaire du traité établissant une constitution pour l'Europe, qui devrait dès lors être qualifié de constitution, l'Union européenne acquérant par là même la qualité d'Etat. Or, dans la mesure où la procédure générale de révision figurant à l'article IV-443 TECE ne diffère de l'actuel article 48 TUE que par la consécration du rôle préparatoire de la Convention et par l'octroi au Parlement européen d'un droit d'initiative, sans atténuer la règle de la « double unanimité »¹⁶⁷⁹, il ne

¹⁶⁷⁹ Il s'agit de l'exigence d'une approbation unanime du projet de traité au sein de la conférence intergouvernementale, doublée de l'exigence de ratification unanime de la part des Etats. L'expression est empruntée à Renaud DEHOUSSE, « Au-delà du plan B : comment réformer les clauses de révision des traités ? », in Giuliano AMATO, Hervé BRIBOSIA et Bruno DE WITTE (Dir.), *Genèse et destinée de la constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 939-955, spéc. p. 946.

pourrait être soutenu que le traité établissant une constitution pour l'Europe opère un transfert du pouvoir constituant à l'Union européenne.

Cette analyse se base sur les travaux de Louis Le Fur relatifs à la formation de l'Etat fédéral. Selon cet auteur, un Etat fédéral peut naître de l'agrégation d'Etats préexistants. Dans ce cas, l'acte dans lequel la constitution de l'Etat fédéral trouve sa source est bien à l'origine un traité adopté à l'unanimité, par lequel les Etats « s'obligent à créer au-dessus d'eux un Etat dont ils seront les membres et dans la dépendance duquel ils se trouveront [...] cet Etat fédéral ayant pour base la constitution convenue entre les divers Etats »¹⁶⁸⁰. L'entrée en vigueur du traité correspond alors à l'entrée en vigueur de la constitution de l'Etat fédéral, c'est-à-dire d'une « règle de droit dont le maintien, la modification ou l'abrogation ne dépendent plus désormais que de la volonté de l'Etat fédéral »¹⁶⁸¹.

De cette théorie de la formation de l'Etat fédéral, les auteurs ont déduit que le passage du traité à la constitution (entraînant mécaniquement le passage de la confédération à l'Etat fédéral, basé sur un pouvoir constituant propre) devait se matérialiser par la maîtrise de la procédure de révision par le niveau central, cette prérogative étant qualifiée de « compétence de la compétence ». Le professeur Charles Eisenmann, développant les travaux de Louis Le Fur, est ainsi arrivé à la conclusion que « dès lors que le traité prévoit que ses clauses sur l'organisation de la collectivité qu'il crée pourront être révisées selon une procédure de révision constitutionnelle, c'est-à-dire selon une règle de majorité, et non plus d'unanimité, elles prennent un caractère de règles constitutionnelles, de constitution ; bien qu'elles aient été originellement règles de droit international, la règle posée pour leur modification ultérieure les transforme en règles de droit étatique »¹⁶⁸².

Ce soubassement théorique appliqué à l'Union européenne permet à M. Triantafyllou de conclure que « seule l'introduction de la règle de la majorité (au moins) pour les révisions futures ferait du traité constitutionnel une Constitution légitime et digne de ce nom »¹⁶⁸³, basée sur le principe du pouvoir constituant.

¹⁶⁸⁰ Louis LE FUR, *Etat fédéral et confédération d'Etats*, (1896), Paris, réédition Université Panthéon-Assas-Paris II, 2000, 839 pages, spéc. pp. 581 et 582.

¹⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 583.

¹⁶⁸² Charles EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1982 (tome 1), 786 pages, spéc. p. 184.

¹⁶⁸³ Dimitris TRIANTAFYLLOU, « Les procédures d'adoption et de révision du traité constitutionnel », in Giuliano AMATO, Hervé BRIBOSIA et Bruno DE WITTE (Dir.), *Genèse et destinée de la constitution européenne*, *op. cit.*, pp. 223-245, spéc. p. 244.

683.- Cette conception ne saurait selon nous être soutenue. En effet, nous avons insisté à plusieurs reprises sur l'inadéquation de la théorie voyant dans la maîtrise de la procédure de révision le signe de la souveraineté, définie comme la compétence de la compétence. Le pouvoir de révision étant nécessairement limité par le pouvoir constituant (ou, à défaut, le pouvoir fondateur) auquel il doit son existence, celui-ci ne pourrait profiter de la mise en œuvre de la procédure de révision pour abroger l'acte constituant qu'il a justement pour but de préserver. De ce fait, l'octroi du pouvoir de révision aux institutions communautaires seules ou l'introduction de la règle de la révision majoritaire ne saurait théoriquement entraîner le passage du pouvoir fondateur des Etats à un pouvoir constituant européen.

D'ailleurs les traités actuels contiennent déjà des procédures de révision autonomes, qui ne font intervenir que les institutions communautaires, sans que pour autant la Communauté et l'Union européennes puissent être considérés comme souveraines. De même les Etats, dans la déclaration de Laeken, avaient émis l'hypothèse d'une distinction entre les procédures de modification applicables aux dispositions fondamentales et celles, plus souples, applicables aux autres dispositions des traités¹⁶⁸⁴. Or, cette suggestion n'a jamais été lue en lien avec une quelconque souveraineté de l'Union européenne. Si cette éventualité a été discutée au sein de la Convention, sur la base d'amendements déposés en ce sens¹⁶⁸⁵, il ne ressort pas des débats que cette option ait été reliée à la nature constitutionnelle du texte, ni à la nature juridique de l'Union européenne¹⁶⁸⁶. Une autre éventualité a été discutée, visant à permettre l'adoption et/ou l'entrée en vigueur des révisions par une majorité d'Etats seulement, au lieu de l'unanimité initialement prévue. Si cette proposition n'a pas été non

¹⁶⁸⁴ Cette idée avait déjà été explorée par le deuxième rapport sur la réorganisation des traités de l'Union européenne remis le 31 juillet 2000 à la Commission : Claus-Dieter EHLERMANN, Yves MENY (coord.) et Hervé BRIBOSIA (rapporteur), *Rapport sur la réorganisation des traités. Réformer les procédures de révision des traités*, Institut universitaire européen de Florence, Centre Robert Schuman, juillet 2000, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/archives/igc2000/offdoc/repoflo_fr2.pdf.

¹⁶⁸⁵ Voir par exemple l'amendement déposé par M. Lequiller, visant à soumettre toute modification relative aux parties I et III [devenue IV] à la procédure normale de révision (convocation d'une Convention pour préparer le projet, adoption du projet d'un commun accord au sein d'une conférence intergouvernementale puis ratification unanime de la part des Etats), tandis que les modifications relatives à la partie II [devenue III] seraient soumises à une procédure simplifiée (préparation du projet par la Convention, adoption du texte à la majorité qualifiée par le Conseil, puis entrée en vigueur subordonnée à la ratification par les 4/5^e des Etats représentant 4/5^e de la population de l'Union).

¹⁶⁸⁶ Si cette proposition a finalement été rejetée, c'est essentiellement, selon les explications fournies par le présidium, parce qu'une telle distinction des procédures de révision (lourde pour les parties I, II et IV, allégée pour la partie III) « mettrait en cause la structure du traité constitutionnel » (CONV 728/03, spéc. p. 10). En effet, dans la mesure où certaines dispositions de la partie III sont fortement liées à d'autres règles de la partie I, il y aurait sans doute eu des demandes pour que les dispositions de la partie III soient transférées dans la partie I, afin de bénéficier d'une certaine immuabilité. Le rejet de la proposition avancée par certains conventionnels n'a donc pas été fondé sur l'hypothèse d'un « saut constitutionnel », mais sur un argument purement pratique.

plus retenue par le présidium, elle n'aurait cependant pas emporté l'attribution du pouvoir constituant à l'Union européenne, dans la mesure où le titulaire du pouvoir de révision est théoriquement lié par les choix initiaux des fondateurs et par conséquent par le maintien de l'existence des Etats.

Enfin, les révisions majoritaires, ou autonomes ne sont pas interdites en droit international, comme en témoigne l'article 40, paragraphe 1 de la convention de Vienne qui laisse toute latitude aux Etats membres quant au choix des modalités de révision des traités multilatéraux¹⁶⁸⁷. Cette règle est de plus confirmée dans le cas particuliers des traités constitutifs d'organisations internationales, l'article 5 de la convention de Vienne prévoyant son application à de telles conventions « sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation ». D'ailleurs, la pratique des organisations internationales est clairement orientée vers la disparition de la règle de l'unanimité pour l'adoption des révisions des traités constitutifs. Qu'il suffise ici de noter que la charte des Nations Unies (articles 108 et 109), l'accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (article X), ou encore le statut du Conseil de l'Europe (article 41), subordonnent par principe toute modification de leur charte constitutive à une adoption et une ratification des deux tiers des Etats membres¹⁶⁸⁸. Or, bien que ces modes de révision soient proches des procédures prévues pour l'amendement des constitutions fédérales¹⁶⁸⁹, il n'a jamais été soutenu que ces chartes constitutives seraient de véritables constitutions, ni que les organisations internationales en cause seraient titulaires du pouvoir constituant. Certaines organisations internationales connaissent aussi des hypothèses de révisions autonomes (qui peuvent d'ailleurs être combinées avec l'adoption et/ou la ratification majoritaire) permettant de passer outre l'exigence de ratification¹⁶⁹⁰.

¹⁶⁸⁷ Article 40, paragraphe 1 de la convention de Vienne sur le droit des traités : « à moins que le traité n'en dispose autrement, l'amendement des traités multilatéraux est régi par les paragraphes suivants ».

¹⁶⁸⁸ Voir à ce titre Jean-Yves DE CARA, « La révision des traités communautaires et le droit international », in Thierry DEBARD (Dir.), *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit constitutionnel*, actes du colloque du 27 octobre 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 9-24.

¹⁶⁸⁹ L'article V de la constitution des Etats-Unis exige notamment l'adoption des amendements par chaque chambre, à la majorité des deux tiers, l'entrée en vigueur de celui-ci étant subordonnée à la ratification par les trois quarts des Etats.

¹⁶⁹⁰ On peut citer à cet égard le statut du Conseil de l'Europe, qui soustrait à la ratification les révisions relatives à l'organisation et au fonctionnement de l'assemblée consultative et au financement de l'organisation. L'article 41 d) du statut du Conseil de l'Europe opère en effet un renvoi aux articles 23 à 35, 38 et 39 du statut pour les exceptions à l'exigence de ratification.

Par conséquent, l'analyse du titulaire du pouvoir de révision doit selon nous être dissociée de celle du titulaire du pouvoir constituant¹⁶⁹¹, ce qui justifie la restriction du champ de l'analyse aux modalités d'adoption et de ratification de ce texte, à l'exclusion de ses modalités de révision.

684.- Ces remarques préliminaires ayant été faites, il convient de se limiter à l'étude du titulaire du pouvoir de décider du contenu du texte, que M. Olivier Beaud définit comme étant « le pouvoir constituant proprement dit »¹⁶⁹².

Cet auteur a en effet distingué deux phases intervenant au cours d'un processus constituant, la phase préconstituante et la phase constituante, chacune d'elles étant jalonnée par plusieurs décisions qui concourent à la formation de l'acte constituant. Cette grille de lecture peut se révéler fructueuse pour notre étude, dans la mesure où elle tente de rendre compte du pouvoir constituant sous l'angle du droit positif et plus particulièrement sous l'angle procédural et aboutit à isoler, au sein de la procédure constituante, le moment précis où apparaît le titulaire du pouvoir constituant.

La transposition de ce schéma d'analyse, formé pour les procédures constituantes proprement dites, à une procédure de nature controversée n'est pas en soi problématique. En effet, M. Beaud a explicitement précisé qu'il examinait « le processus de formation de la constitution de manière analogue à la procédure législative »¹⁶⁹³, ce qui implique que ce processus se retrouve plus généralement dans toute édicition d'acte normatif. Cependant, dans l'analyse de la procédure constituante, M. Beaud a relevé certaines caractéristiques qui permettent de spécifier, au sein des actes normatifs, les actes constituants. L'absence de ces critères dans le processus à l'origine du traité établissant une constitution pour l'Europe permettra de rejeter l'assimilation de ce processus à un processus constituant et de montrer que les Etats membres sont restés titulaires du pouvoir fondateur dans l'Union européenne.

En effet, si les décisions préconstituantes se caractérisent selon M. Beaud par le fait qu'elles contiennent un « acte déconstituant », tel n'est pas le cas dans le processus ayant conduit à la signature du traité établissant une constitution pour l'Europe (I.). En second lieu,

¹⁶⁹¹ Il n'en reste pas moins que l'analyse des procédures de révision conserve un intérêt, dans la mesure où leur agencement doit permettre, par ses caractéristiques intrinsèques, de perpétuer l'idée d'œuvre voulue par les fondateurs, comme nous l'avons montré dans la première partie de cette étude (Voir *supra*, paragraphes 213.- et suivants).

¹⁶⁹² Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 266.

¹⁶⁹³ *Ibid.*, p. 263.

la décision constituante par excellence, à savoir la « sanction constituante » est restée le fait des Etats et non du ou des peuples européens, agissant directement ou par la voie de leurs représentants (II.).

I. L'ABSENCE DE RUPTURE JURIDIQUE DANS LA PHASE PRECONSTITUANTE

685.- L'étude de la phase préconstituante révèle l'existence de « décisions préconstituantes » dont l'objet est à la fois d'opérer une rupture avec l'ordre juridique en vigueur et d'aiguiller la procédure constituante en cours (A.). Dans le processus à l'origine du traité établissant une constitution pour l'Europe, c'est la déclaration de Laeken qui semble avoir joué ce rôle. Elle ne réunit toutefois pas toutes les caractéristiques permettant de l'assimiler à une véritable préconstitution (B.).

A. Typologie et caractéristiques des décisions préconstituantes

Le premier type de décision qui caractérise la procédure constituante, selon M. Beaud, est la décision préconstituante. Il en distingue principalement deux, qui peuvent ou non être réunies dans un même acte juridique : la « décision d'initiative préconstituante », et la « décision attributive du pouvoir constituant ».

686.- La décision d'initiative préconstituante « exprime le choix d'établir une nouvelle constitution dont elle est chronologiquement le point initial »¹⁶⁹⁴. Il montre que ce type de décision est le plus souvent le fait, soit d'une assemblée constituante (c'est le cas lors de la Révolution française, les représentants du tiers état s'étant auto-proclamés assemblée nationale le 17 juin 1789 et ayant décidé de doter la France d'une nouvelle constitution), soit d'un homme seul ou d'un parti (c'est l'hypothèse de l'initiative autocratique, à l'origine des régimes autoritaires). Il rapporte aussi l'exemple de décisions d'initiative constituante dites « complexes », dans la mesure où elles font intervenir deux titulaires distincts. L'exemple le plus caractéristique de ces décisions complexes est le référendum d'initiative populaire, qui

¹⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 267.

combine une demande d'initiative (la saisine du peuple par une autre instance) et une décision finale sur l'initiative constituante, par laquelle le peuple tranche la demande d'initiative¹⁶⁹⁵.

687.- Le second type de décision préconstituante comprend les décisions attributives de pouvoir constituant, dont l'objet est d' « organiser la procédure constituante et, le cas échéant, fixer des limites au pouvoir constituant »¹⁶⁹⁶. Cette décision est bien entendu cruciale dans la mesure où elle est susceptible d'entraîner la qualification de pouvoir constituant, en cas d'attribution du pouvoir ultime de décision au peuple ou à ses représentants.

688.- Le plus souvent, ces deux décisions (l'initiative et l'attribution du pouvoir constituant) sont réunies dans un seul acte que M. Beaud qualifie de « préconstitution »¹⁶⁹⁷ et qui se caractérise par le fait qu'elle « prend la forme inédite de loi constitutionnelle de transition »¹⁶⁹⁸. L'objet de telles « préconstitutions » est à la fois de prendre l'initiative d'adopter une nouvelle constitution et d'encadrer juridiquement la procédure constituante.

Bien qu'elles se présentent souvent sous la forme d'une révision de la procédure de révision et tentent de sauvegarder l'illusion d'une continuité juridique entre l'ancienne et la nouvelle constitution, M. Beaud a montré qu'elles contenaient forcément un « acte déconstituant ». En effet, dans la mesure où la préconstitution est le point de départ de la procédure menant à l'adoption d'une nouvelle constitution, il faut bien qu'elle opère une rupture juridique par rapport à l'ancien ordre établi. La thèse de la limitation matérielle de la procédure de révision autorise à considérer la « révision de la révision » comme une rupture juridique. Celle-ci a en effet pour but de permettre l'avènement d'un nouveau titulaire du pouvoir constituant, porteur d'une nouvelle idée de droit, ce que le titulaire du pouvoir de révision étant un pouvoir constitué ne saurait légalement être en mesure de faire. La préconstitution, dans la mesure où elle a pour but de régir la procédure menant à la

¹⁶⁹⁵ *Ibid.*, pp. 269 et s.

¹⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 271.

¹⁶⁹⁷ Que d'autres auteurs nomment « petite Constitution ». Sur cette notion, voir Emmanuel CARTIER, « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *RFDC*, n° 71/2007, pp. 513-534.

¹⁶⁹⁸ Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 273.

manifestation d'un nouveau pouvoir constituant, est donc nécessairement préalablement déconstituante.

Si elle est déconstituante, la préconstitution est surtout reconstituante dans la mesure où elle organise la procédure constituante. Elle va ainsi arrêter les différentes phases de la procédure constituante, leurs modalités et décider des instances qui seront chargées de les mettre en œuvre. Elle pourra aussi définir des limites de fond à l'action du pouvoir constituant. L'existence de ces limites peut se justifier par la nécessité de préserver le peuple, titulaire du pouvoir constituant, d'une éventuelle usurpation de son pouvoir par les autorités constituées chargées d'intervenir à différents stades de la procédure constituante. Ainsi, nous souscrivons à l'analyse de M. Beaud selon laquelle « tant que le peuple en tant que pouvoir constituant proprement dit n'a pas été amené à trancher, il est toujours possible de limiter les instances constituantes, et cela justement au nom de la défense de la souveraineté du peuple »¹⁶⁹⁹. En revanche, la question du caractère contraignant de telles limites est plus controversée. Fondées sur des actes adoptés en violation de la constitution en vigueur (puisque par hypothèse, au stade préconstituant, la nouvelle constitution n'est pas encore entrée en vigueur), les préconstitutions ne seront validées qu'*a posteriori* en cas de succès du pouvoir constituant qu'elles ont mis en place. Il se peut alors que leurs prescriptions soient mises à mal par les instances constituantes elles-mêmes, cette violation pouvant être soit sanctionnée, soit avalisée par le titulaire du pouvoir ultime de décision sur la constitution, en fonction de la légitimité de cette atteinte. Ainsi, lorsqu'une assemblée constituante a été élue par le peuple pour rédiger une constitution, il peut paraître légitime que celle-ci déroge aux limites qui ont pu lui être imposées par d'autres autorités, qui sont par définition des pouvoirs constitués. M. Jon Elster, qui a étudié le fonctionnement des assemblées constituantes du point de vue de la science politique, a montré l'existence de « tension[s] entre l'Assemblée et l'autorité qui les a convoquées »¹⁷⁰⁰. Ce qui caractérise l'assemblée constituante et donc l'apparition du pouvoir constituant originaire est, selon lui, le fait que « dans chaque cas, l'Assemblée l'emporte sur son créateur »¹⁷⁰¹.

689.- Par conséquent, ce qui caractérise la phase préconstituante est l'existence d'un moment déconstituant, qui traduit l'avènement d'un nouveau pouvoir constituant. Ce moment

¹⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 276.

¹⁷⁰⁰ Jon ELSTER, « Argumenter et négocier dans deux assemblées constituantes », *op. cit.*, p. 200.

¹⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 200.

déconstituant s'accompagne d'un moment reconstituant, qui comprend au minimum une décision d'attribution du pouvoir constituant, mais peut aussi aller jusqu'à la définition de principes procéduraux et de limites matérielles à l'action du pouvoir constituant. Ces limites seront respectées ou non, en fonction de la légitimité de l'instance qui les a édictées et de celle qui est chargée d'élaborer la constitution. En définitive, c'est le titulaire du pouvoir constituant (se manifestant lors de la décision finale sur le texte) qui validera ou non rétrospectivement les décisions préconstituantes. Plusieurs exemples dans l'histoire constitutionnelle peuvent être cités pour illustrer les caractéristiques de la phase préconstituante.

690.- La loi du 3 juin 1958, qui se présente formellement comme une « loi constitutionnelle portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution [article organisant la procédure de révision] », constitue une première illustration d'une décision préconstituante. Les institutions de la IV^{ème} République étant jugées incapables de mener à bien les adaptations rendues nécessaires par le processus de décolonisation, un processus de révision a été envisagé dès 1955, mais n'a jamais abouti du fait de la complexité de la procédure de révision¹⁷⁰². Lors de son discours d'investiture le 1^{er} juin 1958, le Général de Gaulle a proposé à l'Assemblée nationale de « donner mandat au gouvernement d'élaborer, puis de proposer au pays par la voie du référendum les changements indispensables » (il s'agissait là d'une demande d'initiative constituante). En adoptant la loi du 3 juin 1958 dans les formes prévues pour la révision constitutionnelle, l'Assemblée nationale a donc accédé favorablement à la demande d'initiative (décision d'initiative) et a procédé à la révision de la procédure de révision (décision d'attribution du pouvoir constituant).

Pour certains auteurs cependant la loi du 3 juin 1958 n'a pas institué un nouveau pouvoir constituant mais a simplement introduit une dérogation à la constitution, permettant au gouvernement dirigé par le Général de Gaulle d'élaborer une constitution. M. Willy Zimmer fait ainsi une distinction entre la révision de la constitution qui dans le cas d'espèce « aurait abouti à l'abrogation [de l'article 90] et donc à une maîtrise complète du processus

¹⁷⁰² Si celle-ci fait des chambres législatives et particulièrement de l'Assemblée nationale l'acteur principal de cette révision, tant sur le plan de l'initiative que de la rédaction du projet et de son adoption, l'article 90 en complique la réalisation par des prescriptions procédurales relatives aux modalités de vote.

constituant par le Gouvernement »¹⁷⁰³ et la dérogation à la constitution qui « porte atteinte à une norme et à son applicabilité [...] tout en la maintenant dans l'ordonnement juridique »¹⁷⁰⁴. Pour cet auteur, la dérogation à l'article 90 n'a pas permis de transférer le pouvoir constituant au gouvernement, dans la mesure où c'est l'Assemblée nationale, en définissant des principes dont le respect s'imposait au gouvernement, qui a pris la décision constituante essentielle sur la forme du nouveau régime. De plus, la technique de la dérogation aurait permis à l'Assemblée de recouvrer son pouvoir constituant en cas d'échec du référendum. M. Beaud conteste quant à lui la qualification de « dérogation » à la constitution, dans la mesure où cette loi « suspend définitivement la procédure normale de révision et [...] substitue illégalement le gouvernement au Parlement comme autorité de révision »¹⁷⁰⁵. Elle doit donc être qualifiée de révision de la révision illégale, révolutionnaire au sens juridique, c'est-à-dire d'acte déconstituant. Nous acquiesçons à la vision de M. Beaud car la loi du 3 juin 1958, dans la mesure où elle constitue le point de départ de la procédure ayant conduit à l'adoption d'une nouvelle constitution, semble avoir véritablement opéré une rupture dans la licéité constitutionnelle. La position défendue par M. Zimmer, tendant à montrer que c'est l'Assemblée nationale qui est à l'origine de la nouvelle constitution par le truchement des principes énoncés dans la loi du 3 juin 1958, ne peut être soutenue. En effet, cette affirmation méconnaît le fait que c'est le gouvernement qui a en grande partie imposé ses choix à l'Assemblée dans l'élaboration de la loi du 3 juin 1958¹⁷⁰⁶. De plus, dès l'instant où un nouvel acte constituant a été édicté, il ne peut être soutenu qu'il a été adopté par le titulaire du pouvoir de révision, celui-ci étant nécessairement limité par la constitution à laquelle il doit son existence. Cela n'invalide pas l'existence de dérogations à la constitution, mais en limite la portée. Pour conclure sur la loi du 3 juin 1958, nous pouvons dire qu'elle contient une véritable préconstitution, dont l'objet est à la fois d'attribuer le pouvoir constituant à différentes instances (l'Assemblée nationale, le gouvernement et le peuple pour la véritable décision constituante) et d'encadrer le travail de rédaction de la constitution du gouvernement. Celui-ci n'a d'ailleurs pas tenté de se soustraire aux limites qui lui ont été fixées par l'Assemblée, à l'inverse de la célèbre Convention de Philadelphie.

¹⁷⁰³ Willy ZIMMER, « La loi du 3 juin 1958 : contribution à l'étude des actes préconstituants », *RDP*, 1995, pp. 382-411, spéc. p. 384.

¹⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 396.

¹⁷⁰⁵ Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, p. 274.

¹⁷⁰⁶ Voir à ce titre Edwyn GULDNER, « Le rôle du Gouvernement dans la procédure de révision de la constitution du 27 octobre 1946 », *EDCE*, 1957, pp. 41-52.

691.- Aux Etats-Unis, le processus ayant mené à l'adoption de la constitution de 1787 a été initié par le Congrès de la confédération¹⁷⁰⁷ qui, sur la base de l'article XIII¹⁷⁰⁸ des Articles de confédération a pris l'initiative de réunir une Convention fédérale pour réviser le traité liant les treize anciennes colonies. Cette convention était seulement autorisée, aux termes du mandat qui lui avait été confié par le Congrès, à amender les Articles de confédération afin de « rendre la Constitution du gouvernement fédéral adéquate aux exigences de l'Union ». Il n'y avait donc pas, de la part du Congrès de décision d'attribution du pouvoir constituant à la Convention. La Convention s'est auto-attribuée le pouvoir constituant en décidant de remplacer les législatures d'Etats par des conventions spécialement élues pour ratifier le traité et en imposant que l'entrée en vigueur du texte ne dépende que de la ratification de neuf Etats sur treize, annihilant ainsi la règle de l'unanimité consacrée par les Articles de confédération¹⁷⁰⁹. C'est ainsi dans le non-respect du mandat qui lui avait été fixé par l'acte de convocation que l'on peut détecter l'acte déconstituant qui caractérise le départ du processus constituant.

Il convient dorénavant d'examiner le cheminement ayant mené à l'élaboration du traité établissant une constitution pour l'Europe, afin de voir si la déclaration de Laeken, à l'origine de ce processus, peut être comparée aux décisions préconstituantes qui viennent d'être étudiées.

B. La déclaration de Laeken, une préconstitution ?

692.- Deux actes sont à l'origine du traité établissant une constitution pour l'Europe : la déclaration n° 23 annexée au traité de Nice, et la déclaration de Laeken. La déclaration n° 23 ne mentionnant pas l'adoption d'une constitution, mais seulement l'organisation d'un débat préalable à la réunion d'une nouvelle conférence intergouvernementale, elle ne paraît donc pas s'insérer véritablement dans une démarche

¹⁷⁰⁷ La demande d'initiative est venue de l'Etat de Virginie, après l'échec, faute de représentants de tous les Etats concernés, d'une convention réunie à Annapolis pour régler les problèmes commerciaux.

¹⁷⁰⁸ Aux termes de cet article, « les Articles de confédération seront respectés en tout point par chaque Etat et l'Union sera perpétuelle ; aucun de ces articles ne sera amendé, à moins que le Congrès des Etats-Unis n'en décide autrement et que l'amendement ne soit confirmé par la législature de chaque Etat ».

¹⁷⁰⁹ Il convient toutefois de noter que l'article VII de la constitution américaine prévoyait que « la ratification des conventions de neuf Etats sera suffisante pour l'établissement de la présente Constitution *entre les Etats qui l'auront ainsi ratifiée* » (italiques ajoutés).

constituante¹⁷¹⁰. En revanche, la déclaration de Laeken paraît plus intéressante pour notre étude dans la mesure où elle envisage expressément l'hypothèse de l'adoption, à terme, d'un texte constitutionnel et confie à la Convention sur l'avenir de l'Europe le soin de réfléchir à cette question et de proposer des pistes à la prochaine conférence intergouvernementale.

693.- Si l'on considère la Déclaration de Laeken sous l'angle des décisions préconstituantes, il pourrait être soutenu qu'elle constitue une préconstitution au sens où nous avons préalablement défini cette notion. En effet, la Déclaration de Laeken, adoptée par le Conseil européen, donne un mandat pouvant être qualifié de « constituant » (du fait de la référence faite à l'adoption d'une constitution) à une instance qualifiée de Convention. De plus, telle une préconstitution, la Déclaration de Laeken définit les modalités procédurales auxquelles devra se plier la Convention (composition, durée des travaux, méthodes de travail et résultat final) ainsi que des limitations matérielles. Celles-ci sont énoncées sous forme d'une soixantaine de questions qui balisent le travail constituant de la future Convention ainsi que de prescriptions générales expressément formulées, telles que le but de la tâche assignée à la Convention, qui est de rendre l'Union « plus démocratique, plus transparente et plus efficace » tout en respectant « l'égalité et la solidarité entre les Etats membres », et surtout la frontière à ne pas franchir, qui consiste à ne pas faire de l'Union européenne un « super-Etat européen ».

694.- Malgré ces similitudes avec la notion de préconstitution, la déclaration de Laeken ne semble pas pouvoir recevoir une telle qualification. En effet, tout d'abord, la convocation de la Convention sur l'avenir de l'Union n'emporte pas attribution du pouvoir constituant à cette instance mais reste selon nous dans les limites de la procédure de révision prévue à l'article 48 du traité sur l'Union européenne. Autrement dit, n'opérant pas de rupture avec l'ordre juridique établi par les traités fondateurs, la déclaration de Laeken ne contient pas l'acte déconstituant nécessaire à la caractérisation d'un véritable moment constituant (1.). Cependant, nous avons vu avec l'exemple de la Convention de Philadelphie que l'acte déconstituant pouvait intervenir ultérieurement, par le biais d'une auto-attribution par l'assemblée constituante du pouvoir constituant en violation du mandat qui lui a été

¹⁷¹⁰ Tout au plus pourrait-on considérer que la déclaration annexée au traité de Nice constitue, de la part des Etats membres, une demande d'initiative constituante, à laquelle le Conseil européen aurait répondu favorablement par le biais de la Déclaration de Laeken.

confié. Il conviendra donc de vérifier que la Convention, titulaire d'un simple pouvoir consultatif aux termes de la déclaration de Laeken, n'a pas outrepassé les limites qui lui ont été fixées par le Conseil européen, s'élevant par là même en pouvoir constituant (2.).

1. L'insertion de la Convention dans la procédure de révision

695.- L'article 48 TUE, qui détermine les modalités de révision des traités originaires, ne fait aucunement mention de la réunion d'une Convention préalablement à la conférence intergouvernementale, mais on ne peut affirmer que la déclaration de Laeken opère une rupture juridique dans la mesure où la convocation de cette assemblée ne porte pas atteinte aux équilibres mis en place par les traités. Ainsi, les prescriptions de l'article 48 TUE n'ont pas été méconnues du fait de la mise en place de la Convention¹⁷¹¹.

Tout d'abord, si l'article 48, paragraphe 1 TUE réserve expressément au gouvernement de tout Etat membre et à la Commission la possibilité de soumettre au Conseil des projets tendant à la révision des traités, rien n'interdit que de tels projet soient préparés par une institution extérieure. D'ailleurs, en pratique, toutes les révisions des traités ont été préparées par des comités d'experts ou de sages, dont les projets ont été ensuite remis aux Etats membres afin qu'ils les soumettent formellement au Conseil. En second lieu, ni la consultation du Parlement européen¹⁷¹² ni celle de la Commission¹⁷¹³ n'ont été omises préalablement à l'émission par le Conseil de l'avis favorable à la réunion de la conférence intergouvernementale¹⁷¹⁴. Enfin, la Convention n'a pas porté atteinte au pouvoir de la conférence intergouvernementale d'arrêter, d'un commun accord, les modifications à apporter au traité dans la mesure où la Convention ne possède pas de pouvoir de décision¹⁷¹⁵.

696.- Au final, la réunion de la Convention, qui trouve elle-même son origine dans un texte à valeur politique (une déclaration du Conseil européen), peut être analysée comme

¹⁷¹¹ Voir en ce sens Dimitris TRIANTAFYLLOU, « Les procédures d'adoption et de révision du traité constitutionnel », *op. cit.*, spéc. p. 230.

¹⁷¹² Voir la résolution du Parlement européen du 24 septembre 2003 sur le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe et sur l'avis relatif à l'ouverture d'une conférence intergouvernementale, *JOUE* n° C77 du 26 mars 2004, pp. 255-261.

¹⁷¹³ Voir l'avis de la Commission du 17 septembre 2003 sur la réunion d'une Conférence des représentants des gouvernements des Etats membres en vue de réviser les traités, COM 2003/0548 final.

¹⁷¹⁴ Voir les conclusions du Conseil affaires générales en date du 29 septembre 2003.

¹⁷¹⁵ Dans son allocution d'ouverture de la Convention, le président Giscard d'Estaing a clairement rappelé aux conventionnels qu'ils ne formaient pas une conférence intergouvernementale, « car nous n'avons pas reçu le mandat des gouvernements de négocier en leur nom les solutions que nous proposerons ».

une simple pratique de la collectivité des Etats membres. Illustration de leur fonction constituante au sein de l'ordre juridique communautaire, cette pratique, à valeur uniquement politique, n'a en aucun cas pu emporter une modification des traités et ne constitue donc pas une rupture juridique à l'origine d'une modification du titulaire du « pouvoir constituant » au sein de l'ordre juridique communautaire.

Le fait que la Convention n'ait pas outrepassé les limites que les Etats membres ont fixées à son action est un autre signe permettant de récuser l'assimilation de la Convention au pouvoir constituant originaire de l'ordre juridique communautaire.

2. Le respect, par la Convention, du mandat des Etats fondateurs

697.- La Convention a choisi d'interpréter de manière extensive le mandat qui lui a été confié par le Conseil européen dans la déclaration de Laeken. En particulier, dès la séance d'ouverture de la Convention, M. Valéry Giscard d'Estaing a suggéré aux conventionnels de proposer à la conférence intergouvernementale un texte unique et très rapidement (dès la deuxième séance plénière, des 21 et 22 mars 2003), un consensus s'est formé sur la nécessité de rédiger un « traité à valeur constitutionnelle, quelle que soit sa dénomination »¹⁷¹⁶. Le choix de proposer un texte constitutionnel unique est cependant couvert par le mandat de Laeken qui avait explicitement envisagé cette possibilité. De même, conformément aux limites qui étaient fixées dans la déclaration de Laeken, le projet de traité constitutionnel n'a pas abouti à conférer la qualité étatique à l'Union. En effet, si sa personnalité juridique est reconnue, elle n'est pas qualifiée d'Etat et la qualité étatique de ses membres n'a pas été annihilée. Enfin, contrairement à la Convention de Philadelphie à laquelle elle a parfois pu être comparée, la Convention a fait le choix de la continuité en respectant la règle du consensualisme pour l'entrée en vigueur du traité établissant une constitution.

698.- Le projet établi par la Convention prévoit ainsi que le traité constitutionnel, pour entrer en vigueur, devra être ratifié par la totalité des Etats membres, conformément à

¹⁷¹⁶ Voir la note de synthèse rédigée par le Secrétariat général de la Convention, CONV 14/02, p. 5.

leurs règles constitutionnelles respectives¹⁷¹⁷. Cet article reprend donc la substance des actuels articles 52 TUE et 313 TCE et respecte les prescriptions de l'article 48 TUE.

Cette solution se justifie juridiquement, dans la mesure où le projet préparé par les conventionnels s'analyse en une révision des traités actuels, dont il entraîne l'abrogation. Or, selon l'article 54 de la convention de Vienne sur le droit des traités, l'extinction d'un traité international, à défaut de prévisions du traité lui-même, nécessite l'accord unanime de tous les Etats parties à ce traité. Pour que les traités antérieurs soient abrogés du fait de l'entrée en vigueur du traité établissant une constitution pour l'Europe, une décision unanime des Etats membres était donc requise. Cette disposition a fait l'objet de critiques assez vives de la part des commentateurs, dans la mesure notamment où cette clause aurait empêché l'élaboration d'un traité substantiellement plus ambitieux¹⁷¹⁸. Au sein de la Convention cette pétition de principe en faveur de la règle de l'unanimité a fait l'objet d'âpres discussions, certains conventionnels ayant déposé des amendements en faveur d'une entrée en vigueur subordonnée à la ratification d'une majorité qualifiée d'Etats membres¹⁷¹⁹. Il faut souligner ici que la plupart des projets de traité, notamment proposés par le Parlement européen, prévoyaient une entrée en vigueur dérogeant à la règle de l'unanimité¹⁷²⁰, signe de la croyance en la nécessité d'une rupture juridique pour fonder une constitution européenne. Le choix de ne pas interrompre la continuité juridique confirme *a contrario* l'inscription du processus engagé dans une stratégie de « refondation », postulant que « l'Union et la

¹⁷¹⁷ Article IV-447 TECE.

¹⁷¹⁸ Voir dans ce sens les remarques faites par M. Dimitris Triantafyllou, qui dénonce « l'attitude "d'autruche" » de la Convention et ses conséquences sur le contenu du projet. Cf. Dimitris TRIANTAFYLLOU, *La Constitution de l'Union européenne selon le Traité de Rome de 2004 : les choix clés de la Convention et de la conférence intergouvernementale*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} édition, 2005, 150 pages, spéc. p. 132. Cet auteur remet d'ailleurs en cause la thèse de l'exclusivité des procédures de révision en droit communautaire, prétendant que le traité constitutionnel aurait pu être considéré comme une simple révision des traités et ainsi être adopté à une majorité qualifiée. Dimitris TRIANTAFYLLOU, « Les procédures d'adoption et de révision du traité constitutionnel », *op. cit.*, pp. 231 et s.

¹⁷¹⁹ Voir par exemple l'amendement déposé par M. Lamassoure, subordonnant l'entrée en vigueur à la ratification de quatre cinquièmes des Etats signataires représentant quatre cinquièmes de la population totale de l'Union. Voir aussi l'amendement déposé par M. Duff, suivi par 21 conventionnels, en faveur de l'entrée en vigueur subordonnée à la ratification par les cinq sixièmes des Etats, après avis conforme du Parlement européen. Voir enfin l'amendement déposé par M. Brok, suivi par 28 conventionnels, en faveur de la ratification par les quatre cinquièmes des Etats signataires.

¹⁷²⁰ Voir l'article 82 du projet Spinelli de 1984 qui subordonne l'entrée en vigueur à la ratification d'une « majorité d'Etats membres des Communautés dont la population forme les deux tiers de la population globale » (résolution du Parlement européen du 14 février 1984 relative au projet de traité instituant l'Union européenne, *JOCE* n° C77 du 19 mars 1984, p. 53). Voir aussi l'article 47 du rapport Herman de 1994, qui prévoit la ratification d'une majorité des Etats membres représentant les quatre cinquièmes de la population (résolution du 10 février 1994 sur la Constitution de l'Union européenne, *JOCE* n° C61 du 28 février 1994, p. 155).

Communauté européenne devraient être “reconstituées” et “continuées” dans une nouvelle Union »¹⁷²¹.

699.- De même, en prévoyant que la ratification par les Etats membres doit être menée « conformément à leurs règles constitutionnelles respectives », le traité établissant une constitution pour l’Europe fait prévaloir la continuité juridique à l’encontre de solutions plus conformes à la légitimité démocratique. Certains amendements ont ainsi été déposés visant à permettre l’organisation d’un référendum européen, contraignant ou consultatif¹⁷²², ou encore à organiser des référendums populaires selon les règles constitutionnelles des Etats membres¹⁷²³. Ces amendements, qui se basent sur le mandat de Laeken visant à rapprocher l’Europe de ses citoyens, n’ont pas été repris dans la mesure où tous les Etats ne connaissent pas l’institution référendaire. Dans ces conditions, imposer le recours au référendum eût été contraire au principe, consacré à l’article I-5 TECE, selon lequel l’Union respecte l’identité constitutionnelle de ses Etats membres. Quant à l’organisation d’un référendum à l’échelle européenne, il aurait méconnu le principe du pouvoir fondateur des Etats, dans la mesure où le traité constitutionnel aurait pu entrer en vigueur alors même que le peuple d’un Etat se serait prononcé contre ce texte.

700.- Enfin, la prise en compte de la déclaration n° 30, annexée au traité, selon laquelle si, dans un délai de deux ans à compter de la signature, les quatre cinquièmes des Etats ont ratifié le traité constitutionnel et qu’un ou plusieurs Etats ont rencontré des difficultés, le Conseil européen se saisit de la question, ne permet pas de modifier la conclusion relative à l’absence de rupture juridique. Cette disposition, qui ne fait que codifier

¹⁷²¹ Cf. Loïc AZOULAI, « La constitution et l’intégration. Les deux sources de l’Union européenne en formation », *RFDA*, 2003, pp. 859-875, spéc. p. 859.

¹⁷²² Voir l’amendement déposé par M. Olivier Duhamel : « Après son adoption par le Conseil européen et avant sa ratification par les Etats membres, le projet de constitution est soumis à un référendum européen en même temps que les élections européennes de juin 2004 ».

¹⁷²³ Voir l’amendement déposé par M. Jacques Floch : « le présent traité sera ratifié par les Peuples d’Europe par la voie d’un référendum qui sera organisé le même jour dans les Etats membres, conformément aux règles constitutionnelles respectives des Hautes Parties contractantes ». Voir aussi l’amendement déposé par MM. Heathcoat-Amory et Bonde : « provisions may be made by national governments for a referendum or plebiscite on the Treaty, to be held on 9 may 2004 or as near to such date as national law permits. The referenda shall be organized and run in a spirit of fair and open debate, with equal and balanced fundings and exposure in state media outlets for both campaigns » [Les gouvernements nationaux devront prévoir l’organisation d’un référendum ou d’un plébiscite sur le traité, qui se tiendra le 9 mai 2004 ou du moins le plus près possible de cette date, en fonction des dispositions nationales. Les référendums devront être organisés et conduits dans un esprit de loyauté et de transparence des débats, et selon un principe d’égalité et d’équilibre quant aux financements nationaux et aux temps de parole dans les médias contrôlés par l’Etat].

la pratique suivie lors de l'échec des référendums danois et irlandais, ne possède qu'une valeur politique. Les conventionnels ont en effet choisi de ne pas l'intégrer à l'article IV-447 (contrairement à ce qui était initialement prévu) mais de l'énoncer dans une déclaration annexée au traité et comme telle dépourvue de valeur juridique¹⁷²⁴. En somme, comme l'a bien noté M. Triantafyllou, « ladite déclaration frôle le constitutionnalisme, sans oser franchir le pas »¹⁷²⁵.

701.- En définitive, la Convention n'a pas outrepassé le mandat qui lui avait été confié et plus généralement le projet qu'elle a élaboré confirme sa subordination à l'égard des Etats fondateurs, dont il pérennise le pouvoir. La présentation d'un projet de traité établissant une constitution pour l'Europe aux Etats membres ayant mis un terme aux fonctions de la Convention, celle-ci s'est séparée sans avoir pris de décision formelle sur le projet de traité ni sur son mode d'entrée en vigueur, conformément aux limites qui lui avaient été fixées. *In fine*, cette absence de pouvoir de décision sur le texte rédigé constitue le critère permettant de dénier à la Convention la qualité de pouvoir constituant originaire.

II. LA PERSISTANCE DU POUVOIR DES ETATS DANS LA PHASE CONSTITUANTE

702.- Après la phase préconstituante intervient la phase constituante¹⁷²⁶ à proprement parler, qui voit essentiellement se succéder trois types de décisions : la « décision d'initiative constituante », dont l'objet est d'élaborer la proposition de constitution, la « décision d'adoption constituante » qui, comme son nom l'indique, arrête définitivement le texte de la constitution et enfin la « sanction constituante » qui adopte définitivement la constitution. Chaque décision est prise par une instance qui peut recevoir, selon M. Beaud, l'appellation d' « instance constituante », étant entendu que « l'instance constituante qui

¹⁷²⁴ L'argument soulevé par les conventionnels pour inclure cette disposition dans une déclaration reposait sur l'inutilité d'une consécration au sein du traité lui-même. Certains conventionnels ont en effet fait valoir que cette disposition serait alors entrée en vigueur en même temps que le traité constitutionnel, c'est-à-dire à l'instant même où elle aurait été dépourvue d'objet. Ce raisonnement peut cependant être contesté, dans la mesure où l'article 24, alinéa 4, de la convention de Vienne prévoit que « les dispositions d'un traité qui réglementent [...] les modalités ou la date d'entrée en vigueur [...] sont applicables dès l'adoption du texte ».

¹⁷²⁵ Dimitris TRIANTAFYLLOU, « Les procédures d'adoption et de révision du traité constitutionnel », *op. cit.*, p. 234.

¹⁷²⁶ Cf. Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, pp. 276 et s.

ratifie la constitution (la sanction constituante) [...] est le *pouvoir constituant proprement dit* »¹⁷²⁷. Appliquée au processus à l'origine du traité établissant une constitution pour l'Europe, cette typologie confirme que les Etats sont restés les titulaires du pouvoir fondateur au sein de l'Union.

En effet, nous avons vu que le rôle de la Convention était limité, aux termes du mandat de Laeken, à un rôle de proposition. Elle peut donc être qualifiée d'« instance constituante » et l'adoption par voie de consensus du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe doit être considérée comme une « décision d'initiative constituante ». En revanche, l'adoption du texte comme la sanction définitive sont restées dans les mains des Etats fondateurs. L'adoption a ainsi été réalisée par la conférence intergouvernementale (A.), tandis que la sanction définitive du texte, qui aurait dû être réalisée par le biais des ratifications des Etats, n'est pas allée à son terme. Il n'en reste pas moins que les modalités prévues pour l'adoption définitive du traité (la « sanction », en l'espèce les ratifications unanimes des Etats) témoignent de la permanence du pouvoir fondateur des Etats au sein de l'Union (B.).

A. L'adoption du traité établissant une constitution pour l'Europe par la conférence intergouvernementale

703.- Le 4 octobre 2003 s'est ouverte à Rome la conférence intergouvernementale devant statuer sur le projet de traité.

Le but initial était d'aboutir rapidement à un accord sur ce texte, afin qu'il soit signé avant les élections au Parlement européen de juin 2004 et que les citoyens européens puissent ainsi voter en pleine connaissance de cause quant à l'architecture future de l'Union. Dans cette optique il avait été décidé, pour éviter l'enlisement de la conférence intergouvernementale dans les discussions entre les fonctionnaires et les experts, que celle-ci se tiendrait au plus haut niveau, sous la conduite des chefs d'Etat ou de gouvernement assistés des ministres des Affaires étrangères. Cette précaution n'a cependant pas suffi et les discussions se sont rapidement enlisées du fait de l'obstruction des gouvernements qui n'avaient pu faire accepter leur point de vue au sein de la Convention et essayaient de

¹⁷²⁷ *Ibid.*, p. 266 (en italiques dans le texte).

prendre leur revanche à la conférence intergouvernementale. Les petits Etats, en particulier les nouveaux membres de l'Union européenne, tenaient à conserver le principe un Etat = un commissaire européen et se méfiaient du vote majoritaire au Conseil faisant intervenir l'importance de la population. Surtout l'Espagne et la Pologne refusaient d'entériner le système de la double majorité proposé par la Convention, exigeant l'accord de 50 % des Etats et de 60 % de la population, système qui revenait sur les avantages que ces Etats avaient obtenu à Nice. La présidence italienne a tenté de proposer des solutions de compromis mais le Conseil européen de Bruxelles des 12 et 13 décembre 2003 s'est dissous sans avoir pu parvenir à un accord global sur le texte. C'est donc la présidence irlandaise qui a poursuivi les négociations et est parvenue à un compromis lors du Conseil européen de Bruxelles des 17 et 18 juin 2004¹⁷²⁸.

704.- Le texte élaboré par la conférence intergouvernementale reprend la structure établie par la Convention (fusion des traités, intégration de la Charte des droits fondamentaux, simplification des instruments normatifs), tout en apportant quelques changements substantiels allant généralement dans le sens de l'intergouvernementalisme. Ainsi, la procédure budgétaire a été rééquilibrée dans un sens plus favorable au Conseil¹⁷²⁹ et l'unanimité a été conservée pour la fiscalité et la politique sociale. Des clauses-passerelles ont toutefois été consacrées dans ces deux domaines afin de permettre le passage au vote majoritaire sans passer par une révision des traités. En matière institutionnelle, des compromis ont été adoptés pour satisfaire à la fois les petits Etats, atteints de ce que M. Jacqué a nommé le « complexe de Lilliput »¹⁷³⁰, et les Etats réfractaires aux modalités de vote au Conseil. Ainsi, la réduction du nombre de membres de la Commission a été reportée en 2014, tandis que le système de la double majorité a été maintenu, mais les seuils ont été portés respectivement à 55% des Etats et 65% de la population. De plus, les dispositions relatives au calcul de la majorité qualifiée ont été assorties de deux tempéraments. D'une part, l'article I-25 TECE dispose que la minorité de blocage doit comprendre au moins quatre

¹⁷²⁸ Ce compromis a été facilité par les attentats terroristes, attribués à un réseau islamiste, qui ont visé l'Espagne le 11 mars 2004. Cet événement dramatique a en effet joué un rôle déterminant sur la victoire du Parti socialiste ouvrier espagnol de José Luis Rodriguez Zapatero aux élections législatives qui ont eu lieu trois jours plus tard, le 14 mars, et abouti au remplacement, à la tête de l'Etat espagnol, du premier ministre José Maria Aznar.

¹⁷²⁹ Le vote à la majorité qualifiée pour l'adoption du cadre financier pluriannuel a ainsi été remplacé par un vote à l'unanimité, combiné cependant avec une clause passerelle (article I-55).

¹⁷³⁰ Jean-Paul JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 4^{ème} édition, 2006, 779 pages, spéc. p. 20.

Etats, cette précision se justifiant par le souci de ne pas conférer un trop grand pouvoir de blocage à l'Allemagne. D'autre part, une déclaration jointe à la constitution ressuscite l'esprit du compromis de Ioannina¹⁷³¹.

L'épisode conventionnel n'a donc constitué qu'une étape dans le processus constituant. La réappropriation, par les Etats membres de leur pouvoir fondateur a eu pour corollaire le retour à la tradition des négociations diplomatiques traditionnelles, aboutissant à un « détricotage » partiel du texte élaboré par les conventionnels européens¹⁷³².

705.- Enfin, le traité établissant une constitution pour l'Europe a été solennellement signé le 29 octobre 2004 à Rome par les représentants des vingt-cinq Etats membres, dans la salle du Capitole où avaient été signés les traités de Rome de 1957. La signature du traité doit être considérée comme « l'adoption constituante » selon la typologie dressée par M. Olivier Beaud, et elle émane bien de la collectivité des Etats. La signature n'étant pas suffisante pour exprimer le consentement de l'Etat à être lié par le traité, il faut en déduire que la véritable « sanction » de ce texte dépendait des ratifications des Etats.

B. La sanction définitive du traité établissant une constitution pour l'Europe par le biais des ratifications des Etats

706.- Le traité établissant une constitution pour l'Europe prévoyait, comme les traités originaires, la ratification par les Hautes Parties Contractantes, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives. C'est donc bien la ratification qui constitue la sanction ultime du texte du traité et conditionne son entrée en vigueur.

Or, dans la mesure où les procédures de ratification ont fait intervenir, directement ou indirectement, les peuples des Etats membres, il est permis de se demander si le véritable titulaire du pouvoir constituant n'est pas le peuple (ou du moins, les peuples européens). Ainsi, ce n'est pas de l'intervention de la Convention mais des ratifications que pourrait être

¹⁷³¹ Selon cette déclaration, si la majorité qualifiée est réunie de justesse et que les conditions pour l'existence d'une minorité de blocage sont réunies aux trois quarts, la discussion doit se poursuivre si les Etats membres qui s'opposent à la décision en font la demande afin de parvenir à un accord plus large. Cette déclaration s'appliquera pendant cinq ans, les Etats pouvant ensuite l'abroger à la majorité qualifiée.

¹⁷³² Andrea Manzella parle à cet égard de « violation de la "légitimité" substantielle du travail interparlementaire », Andrea MANZELLA, « La constitution européenne : une véritable constitution ? », in Lucia-Serena ROSSI (Dir.), *Vers une nouvelle architecture européenne : le projet de Traité-Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 63-76, spéc. p. 65.

déduite l'existence d'un pouvoir constituant européen. D'ailleurs, l'échec des référendums français et néerlandais est à l'origine du rejet du traité établissant une constitution pour l'Europe, ce qui confirmerait *a contrario* que les peuples détenaient le pouvoir constituant au sein de l'Union.

707.- Cependant, en premier lieu, l'institution référendaire n'a pas fait l'objet d'une utilisation systématique. Alors que certains avaient dès le départ proposé de subordonner l'entrée en vigueur du traité constitutionnel à l'organisation d'un référendum, le même jour, dans l'ensemble des Etats membres, cette proposition n'a pas été retenue. Seuls dix Etats¹⁷³³ avaient initialement prévu d'organiser un référendum, soit uniquement consultatif, préalablement à l'autorisation parlementaire de ratification, soit obligatoire et sur les dix référendums prévus seuls quatre ont effectivement eu lieu, les résultats négatifs des référendums français et néerlandais ayant porté un coup d'arrêt au processus.

De plus, nous avons déjà noté¹⁷³⁴ que le terme « ratification » ne désigne juridiquement que l'acte par lequel l'autorité étatique habilitée (généralement l'exécutif) exprime le consentement de l'Etat à être lié. Le fait que les constitutions nationales requièrent le plus souvent que l'exécutif soit préalablement autorisé à opérer une telle ratification n'a aucune incidence sur le plan international. L'autorisation de ratifier n'est qu'un acte-condition, qui n'emporte pas juridiquement commandement de ratifier, même s'il peut être politiquement difficile pour l'exécutif de s'en abstraire. La ratification (qui sanctionne le traité) est donc bien le fait de l'exécutif et ne peut être juridiquement imputée au peuple ou à ses représentants. D'ailleurs, juridiquement ce n'est pas l'échec des référendums, mais bien l'absence de ratification par les gouvernements français et néerlandais qui a causé la perte du traité constitutionnel.

Surtout, les ratifications référendaires, lorsqu'elles ont eu lieu, se sont fondées sur les dispositions des constitutions étatiques, et non sur le traité établissant une constitution pour l'Europe. En l'absence de titre de compétence européen fondant l'action des peuples des Etats, les référendums de ratification ne sauraient être assimilés à la manifestation d'un pouvoir constituant des peuples européens.

¹⁷³³ Il s'agissait du Danemark, de l'Espagne, de la France, de l'Irlande, du Luxembourg, des Pays-Bas, de la Pologne, du Portugal, de la République tchèque et du Royaume-Uni.

¹⁷³⁴ Cf. *supra*, paragraphe 266.-

En somme, comme les autres traités originaires, le traité établissant une constitution à l'Europe aurait dû être considéré, s'il avait fait l'objet de ratifications unanimes de la part des Etats, comme émanant de la collectivité des Etats membres et non comme un acte d'un pouvoir constituant européen.

• • •

708.- Les deux phases qui particularisent la procédure constituante peuvent donc être localisées dans le processus ayant conduit à l'élaboration puis au rejet du traité établissant une constitution pour l'Europe. Cependant, des différences notables ont pu être constatées entre les décisions menant à l'adoption d'une constitution et celles ayant jalonné le processus de révision initié par la déclaration de Laeken. La transposition de la grille de lecture forgée pour la procédure constituante a fait ressortir les principaux points de divergence, qui sont l'absence d'acte déconstituant (c'est-à-dire de rupture juridique) et le fait que le pouvoir ultime de décision soit resté aux mains des Etats. Ces deux caractéristiques justifient par conséquent le refus d'assimiler le processus ayant mené à l'adoption du traité établissant une constitution pour l'Europe au pouvoir constituant.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

709.- Au croisement de plusieurs modes de légitimation inspirés des nouvelles conceptions de la démocratie, la Convention a indéniablement contribué à accroître la légitimité de la production du droit communautaire originaire. Mais la démocratisation du *processus* constituant ne saurait égaler la remise du pouvoir de sanction constituante au peuple, nécessaire à la caractérisation du concept de *pouvoir* constituant. Or, le processus ayant mené à l'adoption du traité établissant une constitution pour l'Europe n'est pas allé au terme de la logique impliquée par la métaphore constitutionnelle. En effet, les Etats ont gardé la mainmise sur le texte élaboré par la Convention, empêchant de considérer qu'il est l'œuvre du pouvoir constituant européen.

710.- En somme, si l'on peut parler de véritable « moment constitutionnel », le processus de révision, malgré l'intervention novatrice d'une Convention, n'était pas un « moment constituant ». Les suites réservées au traité constitutionnel montrent d'ailleurs la permanence du pouvoir fondateur des Etats, dans la mesure où la méthode de négociation diplomatique traditionnelle a été réactivée pour l'élaboration du traité modificatif signé à Lisbonne le 13 décembre 2007.

CONCLUSION DU TITRE 1

711.- Si l'évitement initial du concept de pouvoir constituant, combiné au développement constitutionnel intrinsèque de l'ordre juridique communautaire, est à l'origine d'une interrogation sur le mode de production du droit communautaire originaire, la Convention sur l'avenir de l'Union n'y a apporté qu'une réponse limitée. En élaborant un traité constitutionnel approfondissant l'idée d'œuvre initiale, la Convention a ouvert la voie à l'édification d'une Union des peuples et des Etats, prélude à l'instauration d'une Fédération européenne véritable. Cependant, en conservant le principe du pouvoir fondateur des Etats, la Convention n'est pas allée au terme de cette logique, qui voudrait au contraire que les peuples puissent être considérés, au même titre que les Etats, comme la source de légitimité de l'Union. L'adoption du traité établissant une constitution pour l'Europe est donc marquée par l'avènement d'un processus constituant qui doit être rigoureusement distingué de l'hypothèse consistant à transférer le pouvoir constituant aux citoyens européens.

712.- Cette situation n'est cependant pas surprenante dans la mesure où elle témoigne de la conviction partagée par de nombreux auteurs selon laquelle le concept de pouvoir constituant serait incompatible avec l'idée d'œuvre initiale ayant guidé la fondation des Communautés et de l'Union européennes.

En effet, la remise du pouvoir constituant européen à son titulaire naturel est porteuse d'une contradiction fondamentale eu égard au projet qui fonde l'Union et qui consiste à intégrer les Etats dans un ensemble plus vaste sans supprimer leur existence en tant qu'Etats. L'acte constituant étant le signe de l'unité politique d'un peuple, il en résulte généralement la mise en place d'un Etat. M. Maduro, explorant les causes du déficit démocratique de l'Union ainsi que les différentes stratégies permettant de le combler, souligne l'inadéquation de la « stratégie constitutionnelle » consistant à remplacer les traités par une constitution formelle qui définirait les valeurs constitutionnelles, les droits fondamentaux et établirait la répartition des compétences ainsi que l'aménagement institutionnel. Pour lui, cette stratégie doit être écartée dans la mesure où elle est le « reflet d'un modèle particulier de constitutionnalisme, celui des constitutions étatiques, associé à la notion d'Etat et d'autorité souveraine ultime [...] qui ne correspond pas et ne peut correspondre au constitutionnalisme européen », celui-ci n'étant en aucun cas « fondé sur une autorité souveraine ultime, mais sur des

revendications concurrentes de souveraineté qui doivent être aménagées de manière non hiérarchique »¹⁷³⁵.

713.- Alors que la stratégie constitutionnelle semble discréditée, la démocratisation du *processus* constituant a pu apparaître comme le moyen adéquat de combler le déficit démocratique sans remettre en cause les fondations de l'idée européenne.

Cependant, tant le processus par lequel a été élaboré le traité constitutionnel que le produit de ce processus (le traité constitutionnel lui-même) ont mobilisé un ensemble très diversifié de ressorts de légitimation, sans réellement parvenir à atténuer les critiques fondées sur l'insuffisante légitimité démocratique de l'Union européenne. La clarification de la répartition des compétences, la réévaluation du rôle du Parlement européen et la consécration d'un catalogue de droits fondamentaux apparaissent toujours comme des droits octroyés par les gouvernements à leurs citoyens en vue de justifier et légitimer le processus d'intégration qui affecte leurs droits. Si le déficit démocratique peut être réduit par l'accroissement de la participation des citoyens à l'exercice du pouvoir au sein de l'Union, *via* leurs représentants ou de manière directe, il n'en reste pas moins que cette évolution est le fait des Etats, en contradiction avec le droit du peuple à définir par lui-même l'étendue et les mécanismes de représentation de sa volonté. Certes, la mise en place de la Convention constitue indéniablement un progrès, mais la légitimité découlant de sa composition diversifiée et de ses méthodes de travail ne saurait pallier son absence de pouvoir de décision.

714.- Tout en adhérant aux conclusions de M. Maduro selon lesquelles « les stratégies actuelles de légitimation de l'Union européenne font fausse route » et qu'il convient, par conséquent, de « repenser le constitutionnalisme »¹⁷³⁶ afin de trouver une voie de légitimation adaptée à l'Union européenne, nous pensons que cette voie consiste dans la remise au centre de l'intégration européenne du concept de pouvoir constituant. En effet, bien que le « droit contrapuntique » [*contrapunctual law*] pensé par M. Maduro se nourrisse du

¹⁷³⁵ Miguel Poiars MADURO, « Where to look for legitimacy ? », communication présentée à la conférence de l'Arena qui s'est déroulée en mars 2002, à Oslo, sur le thème suivant : *Democracy and European Governance*, traduit par nos soins. Texte de la communication disponible à l'adresse suivante :

<http://www.arena.uio.no/events/Conference2002/documents/Maduro.doc>.

¹⁷³⁶ *Ibid.*, traduit par nos soins.

pluralisme, il doit émaner d'une seule et même « volonté musicienne »¹⁷³⁷ qui doit être le pouvoir constituant. Repenser le constitutionnalisme pourrait donc consister à explorer les voies d'un concept de pouvoir constituant ne portant pas atteinte au pluralisme ontologique de l'Union européenne.

¹⁷³⁷ Cf. Vladimir JANKELEVITCH, *Le je-ne-sais-quoi et le presque-rien*, Paris, PUF, 1957, 266 pages, spéc. p. 175 : « le contrepoint lui-même a une âme, en ceci que le parallélisme de ses voix a été expressément réglé note pour note *par une volonté musicienne* qui fait chanter ensemble ou converser plusieurs parties mélodiques également expressives, et pourtant l'une sur l'autre brodées dans le colloque vivant de la polyphonie » (italiques ajoutés).

TITRE 2.

L'AVENEMENT PROJETE DU POUVOIR CONSTITUANT EUROPEEN

715.- L'une des clefs du déficit démocratique dans l'Union européenne réside dans la restauration de la faculté d'autodétermination de la société qui, pour l'instant, n'est pas assurée dans la mesure où les Etats détiennent le pouvoir d'adopter la norme fondatrice de l'Union. Cette mainmise des Etats sur le pouvoir fondateur s'explique aisément si l'on prend en compte les exigences inhérentes à l'idée d'œuvre, qui tente de maintenir l'existence particulière des Etats au sein de l'Union qui les englobe. Dans cette optique, conférer le pouvoir constituant au peuple européen pouvait apparaître comme contradictoire par rapport à l'objectif de conservation des Etats. Les tentatives de résorption du déficit démocratique, qu'illustre le processus ayant mené à l'adoption du traité établissant une constitution pour l'Europe, se sont donc pour l'instant limitées à démocratiser le *processus* constituant, sans transférer le pouvoir de sanction constituante, qui constitue l'essence du pouvoir constituant, à l'instance suprême : le peuple.

716.- Pour autant, il ne paraît pas impossible de concilier pouvoir constituant et pluralisme. Comme nous l'avons en effet montré au seuil de cette étude, le concept de pouvoir constituant n'est pas consubstantiellement lié à la forme étatique, ce qui permet d'envisager la transposition de ce concept à l'Union européenne. Plus précisément, le pluralisme inhérent à la construction européenne pourrait perdurer si l'on accepte de conférer le pouvoir constituant, non pas au peuple européen, mais à l'ensemble formé des peuples des Etats membres qui seraient ainsi co-titulaires¹⁷³⁸ du pouvoir constituant au sein de l'Union.

¹⁷³⁸ Le professeur Stéphane Pierré-Caps évoque ainsi la « cogestion nationale du pouvoir constituant », par les peuples européens, Stéphane PIERRE-CAPS, « Problématique de la constitution européenne », *Civitas Europa*, n°5/2000, pp. 125-142, spéc. p. 131.

Cette configuration permettrait ainsi de résoudre le déficit démocratique actuel de l'Union en permettant au peuple, destinataire des normes de droit communautaire, de définir les conditions d'intervention des institutions communautaires, tout en maintenant intacte l'idée d'œuvre initiale, qui postule la préservation de l'existence des Etats membres.

717.- L'hypothèse consistant à remettre le pouvoir constituant au sein de l'Union européenne aux peuples des Etats peut être replacée dans le cadre plus général de la théorie constitutionnelle de la Fédération. Amorcée par les écrits de Carl Schmitt¹⁷³⁹ et développée par le professeur Olivier Beaud dans de nombreux travaux¹⁷⁴⁰, cette théorie enseigne que la Fédération, entendue comme une « *union politique* d'entités politiques »¹⁷⁴¹, est fondée sur le « pacte fédératif » ou « pacte constitutionnel », dont Carl Schmitt nous apprend qu'il est un « acte du pouvoir constituant »¹⁷⁴².

Ainsi, la Fédération est une entité politique, basée sur le principe du pouvoir constituant et dont la caractéristique principale est de préserver l'étaticité de ses composantes. Parce qu'elle conjugue pouvoir constituant et maintien des Etats, la théorie de la Fédération devrait permettre de préciser quelle pourrait être la physionomie du pouvoir constituant européen au sein d'une Union européenne modelée à l'image d'une telle entité politique. Ce rapprochement entre l'Union européenne et la Fédération ne paraît pas inapproprié, si l'on prend en compte l'idée d'œuvre qui irrigue les traités fondateurs. Nous l'avons dit, l'idée d'œuvre, telle qu'elle a été conçue à l'origine par les Etats fondateurs des Communautés européennes, consiste en une volonté d'intégration (économique tout d'abord, politique ensuite) des Etats et des peuples européens dans un ensemble plus vaste, qui les engloberait sans toutefois les faire disparaître. Intégration et préservation des Etats, tel peut être défini le projet européen. Or, l'idée fédérale, dont l'objet est de « rapprocher des peuples

¹⁷³⁹ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, (1928), trad. de Lilyane Deroche, Paris, PUF, 1993, 576 pages, spéc. pp. 507 et s.

¹⁷⁴⁰ Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, 433 pages ; « Fédéralisme et Fédération en France, histoire d'un concept impensable ? », in *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, n°3/99, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1999, pp. 7-82 ; « La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération », in Jean-François KERVEGAN et Heinz MOHNHAUPT (Dir.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie : Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et la philosophie*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1999, 394 pages, spéc. pp. 197-270 ; « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP*, 1998, pp. 83-122 ; « La Fédération entre l'Etat et l'empire », in Bruno THERET (Dir.), *L'Etat, la finance et le social*, Paris, La découverte, 1995, p. 282-304.

¹⁷⁴¹ Olivier BEAUD, « La Fédération entre l'Etat et l'empire », *op.cit.*, spéc. p. 285.

¹⁷⁴² Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 514.

et des Etats sans les fondre en une masse commune »¹⁷⁴³, coïncide parfaitement avec l'idée d'œuvre. La Fédération, qui n'est qu'une traduction institutionnelle de cette idée fédérale, est donc conforme au but de l'intégration européenne qui est de faire coexister deux niveaux de pouvoir sur un même territoire. Ses caractéristiques, notamment celle tenant au pouvoir constituant, peuvent donc être transférées à l'Union européenne afin d'examiner quelles modalités pourraient permettre d'« entendre les voix des souverains »¹⁷⁴⁴.

718.- Explorer la physionomie que pourrait revêtir le pouvoir constituant européen consiste alors à s'intéresser, selon la grille de lecture définie dans le chapitre préliminaire de cette étude, au titulaire, d'une part, et à l'objet, d'autre part, du pouvoir constituant dans la Fédération. Selon les enseignements tirés de cette théorie, le titulaire du pouvoir constituant au sein de cette entité doit être remis aux peuples la composant et non au peuple qu'ils forment par leur réunion (chapitre 1), tandis que l'objet du pouvoir constituant, ou pacte fédératif, doit être structuré autour du maintien de l'existence des Etats (chapitre 2). L'étude du titulaire du pouvoir constituant au sein de la forme originale d'association politique que constitue la Fédération ne peut donc se dispenser de l'analyse du contenu du pacte fédératif, ces deux caractéristiques formant un tout indissociable dans la Fédération entendue comme Union des Etats et des peuples.

¹⁷⁴³ Elisabeth ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel, contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *RCADI*, tome 294 (2002), pp. 49-155, spéc. p. 50. De même Olivier Beaud note que « la vie politique dans un système fédéral est marquée par l'affrontement de deux forces antagoniques, la force centripète (renforçant l'unité) et la force centrifuge (renforçant la pluralité) », Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 110.

¹⁷⁴⁴ Selon la formule utilisée par le professeur Constantinesco. Vlad CONSTANTINESCO, « Des racines et des ailes. Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 309-323, spéc. p. 323.

Chapitre 1.

Le pouvoir constituant des peuples européens

719.- Nous avons émis l'hypothèse selon laquelle le problème du déficit démocratique dans l'Union pouvait être résolu, sans que l'idée d'œuvre ne soit remise en cause, par l'attribution du pouvoir constituant *aux peuples* des Etats. Comme nous avons tenté de le démontrer dans le chapitre préliminaire de cette étude en effet, l'Etat, forme historique de la domination politique, ne saurait être le seul réceptacle de la souveraineté constituante du peuple. La théorie constitutionnelle de la Fédération vient au secours de cette assertion, dans la mesure où cette forme d'association politique trouve son origine dans un acte juridique, le pacte fédératif, fondé sur le principe du pouvoir constituant. A l'aide du modèle théorique que constitue la Fédération, il est possible d'esquisser les contours du pouvoir constituant dans une Union européenne conçue comme une Fédération ou comme une « Union des peuples et des Etats », cette expression permettant de restituer à la fois le fondement démocratique de cette entité et son particularisme qui réside dans le maintien de l'existence des Etats.

720.- Conformément à la définition que nous avons donné de ce concept, la caractérisation du pouvoir constituant européen implique la réunion de l'objet sur lequel s'exerce ce pouvoir (la constitution) et de son titulaire (le peuple)¹⁷⁴⁵. La théorie de la Fédération enseigne cependant que ces deux critères doivent subir quelques aménagements afin de refléter les caractéristiques de cette forme spécifique d'entité politique. Ainsi, tandis que l'objet sur lequel s'exerce le pouvoir constituant est la constitution, celle-ci prend la forme du « pacte fédératif » ou « pacte constitutionnel » dans la Fédération. De même, si le peuple est bien le titulaire du pouvoir constituant dans la Fédération, cette notion doit être

¹⁷⁴⁵ Voir *supra*, paragraphes 72.- et suivants.

comprise comme comprenant les différents peuples des Etats, afin que le pluralisme consubstantiel à cette association politique originale puisse être sauvegardé. L'angle d'approche ici privilégié, largement prospectif, tendra à appliquer à l'Union européenne les préceptes tirés de la théorie de la Fédération. Ainsi, dans l'Union européenne, le pouvoir constituant européen détenu par les peuples européens (section 2) pourrait fonder le pacte fédératif faisant office de constitution de l'Union (section 1).

SECTION 1 : LE PACTE FEDERATIF, OBJET DU POUVOIR CONSTITUANT EUROPEEN

La première composante du pouvoir constituant, l'objet sur lequel celui-ci s'exerce est la constitution, entendue comme l'acte suprême et fondateur de l'ordre juridique. Dans la Fédération, c'est le pacte fédératif qui obéit à cette définition. A l'autonomie de cette forme d'association politique (I.) répond l'autonomie de son acte fondateur, dont la nature juridique emprunte à la fois à la catégorie du traité international et de la constitution (II.).

I. LE *TELOS* DU PACTE FEDERATIF : L'INSTITUTION DE LA FEDERATION

La notion de pacte fédératif a été construite par rapport à la catégorie juridique de la Fédération qu'il a pour objet de fonder. Il convient donc de revenir succinctement sur cette forme d'association politique (B), après avoir interrogé la validité de la distinction traditionnelle entre Etat fédéral et confédération (A).

A. L'examen de la distinction traditionnelle entre Etat fédéral et confédération

La dichotomie traditionnelle opposant l'Etat fédéral et la confédération constitue généralement l'unique grille de lecture des phénomènes fédéralistes (1.). Ses insuffisances ont toutefois suscité certaines critiques visant à en souligner les limites (2.).

1. La dichotomie traditionnelle

721.- La majorité de la doctrine¹⁷⁴⁶ réduit l'idée fédérale à deux types d'associations antagonistes dont les caractéristiques sont censées s'opposer en tous points et qui correspondraient aux deux formes que peuvent recouvrir le fédéralisme. Il s'agit de l'Etat fédéral ou *Bundesstaat* (censé matérialiser le fédéralisme intra-étatique), d'une part, et la confédération d'Etats ou *Staatenbund* (censée incarner le fédéralisme interétatique), d'autre part.

722.- Le critère de distinction entre ces deux catégories repose essentiellement sur la notion de souveraineté considérée comme absolue et indivisible et sur la prise en compte de sa localisation. Selon la doctrine dominante, la distinction entre les deux formes que peut incarner la forme fédérale se fonde sur le critère du siège de la souveraineté. Ainsi, tandis que l'Etat fédéral possède la souveraineté, les Etats fédérés se voyant dénier cette qualité, la situation est complètement inversée dans la confédération, dans laquelle ce sont les Etats qui conservent la souveraineté tandis que la confédération ne possède pas cette qualité (et ne peut être qualifiée d'Etat au sens du droit international). Comme l'a bien résumé Louis Le Fur, qui a systématisé cette distinction dans sa thèse de doctorat, « dans tout système d'Etats, il ne peut y avoir d'Etat central souverain ; et, à l'inverse, chaque fois que dans une union d'Etats,

¹⁷⁴⁶ Voir notamment Louis LE FUR, *Etat fédéral et confédération d'Etats*, (1896), Paris, réédition Université Panthéon-Assas-Paris II, 2000, 839 pages ; Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, tome 1 (1920), Paris, réédition du CNRS, 1962, 638 pages, spéc. pp. 90 et s. ; Charles LEBEN, « Fédération d'Etats-nations ou Etat fédéral ? », *Harvard Jean Monnet Working Paper*, n° 7/00, (Symposium : Responses to Joschka Fischer), <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/papers00.html>. Les manuels de droit constitutionnel ne présentent de même généralement le fédéralisme qu'à travers l'opposition Etat fédéral/confédération. Cf. Francis HAMON et Michel TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 30^{ème} édition, 2007, pp. 84 et s., Louis FAVOREU *et alii*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 10^{ème} édition, 2007, pp. 401 et s. Le manuel des professeurs Vlad Constantinesco et Stéphane Pierré-Caps fait cependant exception et se livre à une analyse des théories de la Fédération, Vlad CONSTANTINESCO et Stéphane PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2007, 570 pages, spéc. pp. 302 et s.

il existe *un* Etat souverain, les membres ont nécessairement perdu leur souveraineté et leur caractère d'Etat »¹⁷⁴⁷. De la possession ou non de la souveraineté par le niveau central découle toute une série d'oppositions conceptuelles. Ainsi, alors que l'Etat fédéral est fondé sur une constitution définie comme étant un commandement unilatéral émanant du peuple fédéral, la confédération doit son existence à un traité international conclu par les Etats parties à cette association¹⁷⁴⁸. Enfin, alors que les relations entre l'Etat fédéral et ses composantes sont régies par le droit interne, les relations entre les membres d'une confédération et celle-ci sont réglementées par le droit international. D'autres caractéristiques, telles que la possibilité ou non de se retirer de l'association, la médieté ou l'immédiété des relations entre l'association et les individus, la suprématie du droit issu de l'ordre juridique global ou encore la capacité d'action sur la scène internationale sont parfois relevées par la doctrine et présentées comme les conséquences nécessaires de la dichotomie confédération/Etat fédéral.

723.- Quant à la définition de la souveraineté traditionnellement retenue et permettant de distinguer, par la caractérisation de son détenteur, l'Etat fédéral et la confédération, elle est interprétée, selon les auteurs, en termes formels ou en termes matériels.

Selon la première conception (formelle), le critère de distinction entre Etat fédéral et confédération d'Etats réside dans la maîtrise de la procédure de révision. Ainsi, la souveraineté des Etats au sein de la confédération se matérialise juridiquement par le fait qu'ils possèdent individuellement le droit de s'opposer à toute extension du cercle des compétences transférées à la confédération. C'est la règle de la révision unanime, que l'on retrouve notamment à l'article XIII des Articles de confédération, adoptés le 15 novembre 1777 par les treize colonies britanniques d'Amérique du Nord¹⁷⁴⁹. A l'inverse, dans l'Etat

¹⁷⁴⁷ Louis LE FUR, *Etat fédéral et confédération d'Etats*, *op. cit.*, p. 493.

¹⁷⁴⁸ Pour Carré de Malberg, c'est même ce critère qui fonde la *summa divisio*. Voir Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, *op. cit.*, tome 1, p. 92 : « le mot confédération n'exprime qu'une simple relation entre Etats confédérés [...], d'ordre purement contractuel ; elle prend sa source dans le traité par lequel les Etats participants se sont confédérés ; elle demeure donc un pur rapport international et est régie exclusivement par le droit public externe. L'Etat fédéral au contraire est, comme tout Etat, fondé sur sa Constitution ».

¹⁷⁴⁹ Cet article XIII dispose : « chaque Etat se soumettra aux décisions prises par les Etats unis assemblés en Congrès pour toutes les questions qui lui auront été soumises en vertu de ces Articles de confédération. Les Articles de confédération seront respectés en tout point par chaque Etat et l'Union sera perpétuelle ; aucun de ces articles ne sera amendé, à moins que le Congrès des Etats-Unis n'en décide autrement et que l'amendement ne soit confirmé par la législature de chaque Etat ».

fédéral, les Etats fédérés ne peuvent individuellement s'opposer à une révision de la constitution portant atteinte à leurs prérogatives, la constitution pouvant être modifiée à la majorité. Ils ne détiennent pas la souveraineté, entendue comme la compétence de déterminer eux-mêmes l'étendue de leur compétence¹⁷⁵⁰ (*Kompetenz-Kompetenz*). La constitution des Etats-Unis d'Amérique du 17 septembre 1787 est généralement considérée comme l'archétype de la constitution d'un Etat fédéral, dans la mesure où la révision de ses dispositions ne nécessite que l'accord des trois quarts des Etats¹⁷⁵¹.

Certains auteurs apportent cependant une réserve à la pertinence du critère basé sur la maîtrise de la procédure de révision, dans la mesure où celui-ci ne permet pas d'appréhender la situation de l'Etat ayant transféré l'intégralité de ses compétences à la confédération. Dans cette hypothèse, l'Etat, bien que formellement souverain (car gardant la maîtrise de la procédure de révision du traité fondant la confédération) aurait cependant perdu cette qualité au regard du droit international. Il conviendrait dès lors de substituer au critère de la compétence de la compétence une définition matérielle de la souveraineté, définie par la maîtrise des compétences régaliennes. Cette position, déjà énoncée par Maurice Hauriou¹⁷⁵², est notamment défendue par M. Charles Leben, pour qui « le transfert par un Etat de ses compétences en matière de conduite des relations extérieures et en matière de défense

¹⁷⁵⁰ Cette position doctrinale est notamment celle défendue par Raymond Carré de Malberg, pour qui « la non-souveraineté de la confédération et la souveraineté des Etats confédérés se manifestent notamment en ceci que la confédération n'a pas le pouvoir de déterminer sa propre compétence ; ainsi elle ne peut accroître ses attributions en élargissant le cercle des objets mis en commun par le traité de confédération ; toute modification à ce traité ne peut être opérée que par les Etats confédérés eux-mêmes et exige leur unanimité [...]. L'Etat fédéral au contraire [...] peut, par son propre organe constituant, réviser la Constitution fédérale et étendre le domaine de sa compétence, et cela sans qu'il soit nécessaire que cette révision obtienne le consentement de tous les Etats confédérés : ceux-ci sont donc exposés à voir leur compétence diminuée sans leur adhésion. Dans ces conditions, il apparaît comme certain que l'Etat fédéral est bien souverain et qu'il l'est seul ; les Etats confédérés ne le sont point », Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, *op. cit.*, tome 1, p. 95.

¹⁷⁵¹ Voir l'article V de la constitution des Etats-Unis : « le Congrès, quand les deux tiers des deux Chambres l'estimeront nécessaire, proposera des amendements à la présente Constitution ou, sur la demande des législatures des deux tiers des Etats, convoquera une convention pour en proposer ; dans l'un et l'autre cas, ces amendements seront valides à tous égards comme faisant partie intégrante de la présente Constitution, lorsqu'ils auront été ratifiés par les législatures des trois quarts des Etats, ou par des conventions dans les trois quarts d'entre eux, selon que l'un ou l'autre mode de ratification aura été proposé par le Congrès, sous réserve que nul amendement qui serait adopté avant l'année mil huit cent huit ne puisse en aucune façon affecter la première et la quatrième clause de la neuvième section de l'article premier, et qu'aucun Etat ne soit, sans son consentement, privé de l'égalité de suffrage au Sénat ».

¹⁷⁵² Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^{ème} édition, 1929, spéc. p. 124 : « l'Etat fédéral est une société nationale d'Etats, dans laquelle un super-Etat est superposé aux Etats associés. Non seulement le super-Etat prend ou réserve, pour lui, dès le début, une part importante des droits régaliens de souveraineté (notamment ceux de la souveraineté extérieure, une part de la législation et de la justice), mais il a compétence pour déterminer sa propre compétence ».

nationale entraîne la disparition de la souveraineté au sens du droit international »¹⁷⁵³, et qui par conséquent, fait de ce critère le véritable marqueur de la nature juridique de l'association d'Etats.

724.- Selon la doctrine majoritairement partagée, l'idée fédérale ne pourrait s'incarner que dans ces deux formes d'associations (Etat fédéral ou confédération) à l'exclusion de toute catégorie tierce qui apparaît pour ces auteurs comme voulant réaliser la « quadrature du cercle »¹⁷⁵⁴. En effet, dès lors que la souveraineté (quelle que soit la conception, formelle ou matérielle retenue) est considérée comme étant indivisible, elle ne peut appartenir simultanément aux deux niveaux de gouvernement qui constituent l'Etat fédéral ou la confédération et doit par conséquent pouvoir être localisée exclusivement, soit au niveau central, soit au niveau des composantes de l'ensemble. De la localisation de la souveraineté découle non seulement la qualification d'Etat fédéral ou de confédération, mais aussi la détermination de la nature juridique de l'acte fondateur de cette entité. En effet, l'Etat fédéral étant considéré comme souverain, il est fondé sur un acte exprimant cette souveraineté, à savoir la constitution. A l'inverse, la confédération étant composée d'Etats souverains, elle ne saurait trouver son origine que dans un traité international seul à même de garantir, par ses caractéristiques propres, la souveraineté des Etats. Par voie de conséquence, la catégorie de pacte fédéral, pacte constitutionnel ou traité constitutionnel se voit dénier toute autonomie conceptuelle et est ramené par ces auteurs soit à la catégorie de traité, soit à celle de constitution¹⁷⁵⁵.

Cette grille de lecture du fédéralisme s'est cependant vue opposer des critiques, dirigées notamment à l'encontre de son incapacité à décrire la réalité. Dès lors, certains auteurs se sont attachés à réévaluer cette dichotomie traditionnelle.

¹⁷⁵³ Charles LEBEN, « Fédération d'Etats-nations ou Etat fédéral ? », *Harvard Jean Monnet Working Paper*, n° 7/00, (Symposium : Responses to Joschka Fischer), disponible à l'adresse suivante :

<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/papers00.html>.

¹⁷⁵⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵⁵ Sur la catégorie juridique de traité constitutionnel, voir Yann LAURANS, « Recherches sur la catégorie juridique de traité constitutionnel », mémoire D.E.A., Nancy 2, 2005, *Civitas Europa*, n° 14/2005, pp. 7-156.

2. Les limites de la dichotomie traditionnelle

725.- Appliquée à des structures d'essence fédérale, la distinction traditionnelle montre rapidement ses limites, comme en atteste la qualification de l'Union européenne à l'aune de cette classification binaire.

En effet, transposée à l'Union européenne, cette grille de lecture du fédéralisme implique de considérer qu'elle ne constitue qu'une organisation internationale, considérablement développée certes, du fait de ses caractéristiques propres telles que l'effet direct ou la primauté, mais demeurant tout de même « très en-deçà du seuil étatique »¹⁷⁵⁶. Il n'en reste pas moins que la plupart des analyses de l'intégration européenne sous l'angle de la classification traditionnelle laissent poindre un certain malaise, dont témoigne d'ailleurs la multiplication des critères mobilisés pour faire entrer l'Union européenne dans la catégorie de confédération (ou d'organisation internationale). En effet, alors que les premières analyses de la nature juridique des Communautés européennes pouvaient se suffire de la seule analyse de la procédure de révision, ce critère a été relativisé par l'existence de limites formelles à ce pouvoir, qui autorise certains auteurs à soutenir que « les Etats membres ne sont donc plus les maîtres absolus »¹⁷⁵⁷ en la matière. De même, la prise en compte de la faculté de développement autonome du droit communautaire, s'exerçant par le biais de la fonction constituante des institutions précédemment mise en lumière, conduit à tempérer le critère de la procédure de révision. Enfin, si les Etats sont toujours les « maîtres des traités », ils ne le sont que collectivement et s'ils peuvent individuellement s'opposer à une révision des traités portant atteinte à leurs intérêts, ils n'ont en revanche pas le pouvoir d'imposer à eux seuls l'adoption d'une mesure. Si cette constatation peut déjà être faite s'agissant des organisations internationales, elle est amplifiée par la présence, dans les traités institutifs, de procédures de révision simplifiées ou autonomes qui accentuent encore le dessaisissement des Etats.

Dans le même temps, c'est le critère tiré de la définition substantielle de la souveraineté comme ensemble des compétences régaliennes qui a dû être réévalué du fait de la mise en place progressive de la monnaie unique ou du développement des deuxième et troisième piliers, consacrés à des matières traditionnellement considérées comme régaliennes (la justice et la politique extérieure). Si les auteurs qui accordent encore du crédit à ce critère

¹⁷⁵⁶ Cf. Charles LEBEN, « A propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits*, n° 14/1991, pp. 61-72, spéc. p. 72.

¹⁷⁵⁷ Cf. Jörg GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, thèse, Strasbourg, 1996, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1997, 425 pages, spéc. p. 261.

substantiel voient dans l'absence de *jus belli* de l'Union le dernier bastion de la souveraineté de l'Etat, de nombreux auteurs songent déjà à un nouveau critère de distinction.

Enfin, c'est le critère tiré de la nature juridique de l'acte fondant l'Union qui fait actuellement l'objet d'une remise en cause. En effet, la distanciation progressive des traités par rapport aux conventions internationales classiques, du fait de l'affirmation prétorienne de l'autonomie, de la primauté et de l'effet direct de ce droit, combinée à la dénomination de « charte constitutionnelle de base » ont conduit maints observateurs à affirmer leur caractère constitutionnel, en dépit de leur source formelle¹⁷⁵⁸. La perspective de l'adoption du traité établissant une constitution pour l'Europe, expressément qualifié de « traité constitutionnel » par ses concepteurs, a achevé de brouiller les cartes, invitant à interroger la dichotomie entre Etat fédéral et confédération¹⁷⁵⁹ ou du moins le lien entre la nature de l'entité juridique et celle de l'acte la fondant.

Plus généralement, de nombreux auteurs ont remis en cause la conception traditionnelle qui ne permettrait pas réellement de rendre compte du fédéralisme comme tentative d'organiser la coexistence d'entités politiques fédérées au sein d'une entité politique plus large¹⁷⁶⁰.

726.- Plusieurs théories ont tenté de rendre compte de la dualité perceptible dans toute association d'essence fédéraliste. Elles ont pour particularité de tenter de restituer la véritable nature du fédéralisme tout en se plaçant dans le cadre de la dichotomie traditionnelle. Elles se caractérisent par la remise en cause de la conception faisant de la souveraineté indivisible le critère de l'Etat.

La première théorie est celle échafaudée par Laband et Jellinek afin de rendre compte de la situation des Etats au sein de la confédération de l'Allemagne du nord, née en 1867 sous l'impulsion de Bismarck puis étendue en 1870 aux Etats du sud de l'Allemagne par la Constitution du IIe *Reich*. Voulant démontrer que les Etats fédérés dans l'Empire allemand ont conservé leur étaticité, Laband et Jellinek sont conduits à rechercher le critère de l'Etat

¹⁷⁵⁸ Voir par exemple Denys SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3^{ème} édition, 2001, 779 pages, spéc., pp. 77 et s. ; Jean BOULOUIS, « Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général », *RCADI*, vol. 235 (1992), pp. 9-79, spéc. pp. 27 et s. ; Jean RAUX, « La constitutionnalisation du système communautaire dans un traité fondamental de l'Union européenne », *Europe*, août-septembre 1995, chron. 9, pp. 1-6.

¹⁷⁵⁹ En ce sens, voir Jean-Paul JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2006, 4^{ème} édition, 779 pages, spéc. pp. 96 et s.

¹⁷⁶⁰ Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, pp. 11 et s.

ailleurs que dans la souveraineté. Selon ces auteurs, c'est en vertu de leur « droit propre de domination » (*Herrschaftsrecht*) que les Etats fédérés conservent leur qualité d'Etat au sein de l'Empire¹⁷⁶¹. Cette théorie a été reprise par Carré de Malberg, qui fait de la « puissance d'Etat », entendue comme faculté d'auto-organisation le critère de l'étaticité. Quant à la souveraineté, elle n'est qu'un degré de la puissance d'Etat, le degré ultime, permettant à l'Etat la possédant de déterminer seul l'étendue de ses compétences¹⁷⁶². Si la réflexion de ces auteurs tend à approfondir la distinction entre l'Etat fédéral et l'Etat unitaire, en différenciant l'Etat fédéré des collectivités décentralisées, elle présente un intérêt au regard de notre étude dans la mesure où elle conçoit l'Etat fédéral comme un troisième terme entre la confédération internationale et l'Etat unitaire. La théorie de la puissance d'Etat sera finalement abandonnée, de nombreux auteurs ayant démontré l'absence de pertinence de ce nouveau critère et la difficulté à le distinguer de la souveraineté¹⁷⁶³.

727.- Renonçant à découvrir un nouveau critère de l'Etat, d'autres auteurs ont cherché à penser le fédéralisme en abandonnant le « mythe »¹⁷⁶⁴ de l'indivisibilité de la souveraineté. Cette conception trouve ses racines dans les écrits des Pères fondateurs de la constitution américaine, dont la diffusion en France a été assurée en France par Alexis de Tocqueville. Selon l'analyse livrée par cet auteur, les Pères fondateurs de la constitution américaine ont choisi de « *partager la souveraineté* de telle sorte que les différents Etats qui

¹⁷⁶¹ Sur les théories allemandes véhiculées par l'école de l'Isolierung, voir notamment Eric MAULIN, « L'ordre juridique fédéral. L'Etat fédéral authentique », *Droits*, n° 35/2002, pp. 41-62 ; Olivier BEAUD, « La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération », in Jean-François KERVEGAN et Heinz MOHNHAUPT (Dir.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie : Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et la philosophie*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1999, pp. 197-270, spéc. pp. 206 et s. Voir aussi Olivier BEAUD et Patrick WACHSMANN (Dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, actes du colloque organisé à la Faculté de droit de Strasbourg les 8 et 9 décembre 1995, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1997, 345 pages.

¹⁷⁶² La distinction est clairement restituée par Carré de Malberg. « Lorsque à tous égards un Etat ne peut être obligé qu'en vertu de sa propre volonté – écrit cet auteur – cet Etat est souverain. Au contraire, les collectivités inférieures à l'Etat peuvent, dans toutes les sphères de leur activité, se trouver obligées par une volonté supérieure à la leur. Enfin, entre les deux, se place l'Etat non souverain, qui en partie est obligé par la volonté de l'Etat par lequel il se trouve dominé, et qui, en cela, ressemble aux collectivités inférieures, mais qui, en partie aussi ne relève que de sa propre volonté et qui, en cela même, est un Etat », Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, *op. cit.*, tome 1, p. 159.

¹⁷⁶³ Voir en ce sens Léon DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, 285 pages, spéc. pp. 23 et s. Voir aussi Georges SCHELLE, *Manuel de droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948, 1008 pages, spéc. p. 258 : « en réalité, il n'y a pas de critère essentiel de la décentralisation et du fédéralisme, puisqu'en dernière analyse, la compétence des gouvernements ou des agents décentralisés ou fédéralisés dépend de l'ordre juridique étatique et peut être modifiée par lui. Il n'y a entre l'un et l'autre système qu'une différence de degré ».

¹⁷⁶⁴ Cf. Jean-Marc FAVRET, « L'intégration européenne et la France : quelques réflexions sur la divisibilité de la souveraineté », *RDP*, 1999, pp. 1741-1764, spéc. p. 1745.

formaient l'Union continuassent à se gouverner eux-mêmes dans tout ce qui ne regardait que leur prospérité intérieure, sans que la nation entière, représentée par l'Union, cessât de faire corps et de pourvoir à tous les besoins généraux »¹⁷⁶⁵. Selon cette approche de l'Etat fédéral, la souveraineté serait divisée entre l'Etat central et les Etats fédérés, chaque niveau de gouvernement conservant sa souveraineté intacte, du moins dans les matières qui relèvent de sa compétence. Cette conception particulière de la « souveraineté dispersée »¹⁷⁶⁶ est mise en valeur dans certaines décisions de la Cour suprême des Etats-Unis, ce dont témoigne la citation suivante, issue de l'opinion du président Marshall écrivant celle de la Cour dans l'affaire *McCulloch v. Maryland* de 1819 : « En Amérique, les pouvoirs de souveraineté sont divisés entre le gouvernement de l'Union et ceux des Etats. Ils sont chacun souverains en ce qui concerne les buts confiés à l'un et jamais souverains en ce qui concerne les buts confiés à l'autre »¹⁷⁶⁷.

728.- Bien qu'elles tentent de traduire l'idée inhérente au fédéralisme, à savoir la coexistence de deux niveaux de pouvoir dont aucun n'est inféodé à l'autre, ces deux théories présentent l'inconvénient majeur de ne voir le fédéralisme que sous l'angle de l'Etat fédéral, pensé comme l'antithèse de la confédération. Or, cette dichotomie est en soi critiquable. Ainsi, le constitutionnaliste suisse, Jean-François Aubert, a montré que les différents critères sur lesquels reposait la distinction entre Etat fédéral et confédération n'étaient pas forcément pertinents, aboutissant à la conclusion qu'il ne saurait y avoir de « coupure nette » entre les catégories de confédération et d'Etat fédéral, mais plutôt « interpénétration des deux séries »¹⁷⁶⁸. La critique du professeur Zoller se concentre de même sur l'hypothèse, douteuse selon elle, d'un « point imaginaire où se construirait une opposition radicale entre les droits international et interne »¹⁷⁶⁹. A l'inverse, elle affirme que la classification binaire traditionnelle, bâtie pour servir les besoins de l'histoire, ne peut servir d'étalon de mesure pour l'étude du fédéralisme qui « se situe entre le droit constitutionnel et le droit

¹⁷⁶⁵ Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* (vol. 1 : 1835, vol. 2 : 1840), Paris, Garnier-Flammarion, 1981, vol. 1, 569 pages, spéc. p. 184 (souligné par nous).

¹⁷⁶⁶ Cf. Paul MAGNETTE, *Au nom des peuples. Le malentendu constitutionnel européen*, Paris, éditions du Cerf, 2006, 159 pages, spéc. p. 35.

¹⁷⁶⁷ Cour suprême fédérale des Etats-Unis, *McCulloch v. Maryland*, 17 US (4 Wheat.) 316 (1819), reproduit in Elisabeth ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, PUF, 2002, pp. 129-161, spéc. p. 138.

¹⁷⁶⁸ Jean-François AUBERT, « Essai sur le fédéralisme », *RDP*, 1963, pp. 401-452, spéc. p. 415.

¹⁷⁶⁹ Elisabeth ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel, contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *RCADI*, tome 294 (2002), pp. 49-155, spéc. p. 50.

international »¹⁷⁷⁰. Enfin, la reconstitution de l'histoire du concept d'Etat fédéral, entreprise par le professeur Olivier Beaud, met en lumière la réduction « arbitraire et historiquement datée »¹⁷⁷¹ du fédéralisme à l'opposition Etat fédéral/confédération. Ces remarques invitent à considérer la Fédération comme une nouvelle catégorie juridique, distincte à la fois de celle d'Etat (cette notion comprenant à la fois les Etats unitaires et les Etats fédéraux) et de celle de confédération.

B. La théorie de la Fédération

729.- Certains auteurs ont tenté de rendre compte de la Fédération comme une notion autonome, distincte de la catégorie d'Etat et de confédération. L'accent est alors mis sur l'idée générale sous-tendant la Fédération et qui consiste à associer durablement des entités politiques préexistantes dans un ensemble plus large qui les englobe sans les faire disparaître. Fondée sur des Etats, cette forme d'association ne possède pas elle-même la qualité étatique. Dotée d'une existence politique, elle ne supprime pas pour autant celle de ses membres. Ce qui spécifie cette « société de sociétés », selon le mot de Montesquieu, est alors le dualisme qui l'imprègne et la dialectique unité/diversité qui l'anime.

De cette première ébauche de la Fédération peuvent être déduites plusieurs caractéristiques. En tant qu'union d'Etats souhaitant conserver cette qualité, la Fédération doit être fondée sur le principe du consensualisme. Cette première caractéristique permet de distinguer la Fédération de l'Empire, autre forme d'association politique qui résulte de l'exercice d'un pouvoir de contrainte. Le consensualisme qui est à la base de toute Fédération se manifeste par ce que le professeur Olivier Beaud nomme le « principe de liberté fédérative »¹⁷⁷², qui doit irriguer l'ensemble des institutions et des mécanismes à l'œuvre dans cette entité. En particulier, aucun Etat ne peut être forcé ni d'intégrer ni de sortir d'une association fédérale. Cependant, à la différence des confédérations et, plus largement, des organisations internationales, la Fédération possède une véritable existence politique, distincte de celle de ses membres. Souligner cet aspect permet de comprendre l'existence de mécanismes proches de ceux qu'on retrouve en droit interne et qui coexistent au sein de la Fédération avec des mécanismes issus du droit international.

¹⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 72.

¹⁷⁷¹ Olivier BEAUD, « La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération », *op. cit.*, p. 206.

¹⁷⁷² Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, pp. 116 et s.

Si les auteurs ayant étudié la notion de Fédération, au sens où nous l'avons ici définie, s'accordent généralement sur ces caractéristiques, la théorie de la Fédération n'est toutefois pas monolithique. C'est notamment sur la question des liens entre la Fédération et la souveraineté que des divergences peuvent être observées.

730.- Selon Carl Schmitt, l'originalité de la Fédération réside dans le fait qu'elle réalise, de manière durable, le « dualisme de l'existence politique » par la juxtaposition de « deux genres d'existence politique : l'existence globale de la Fédération, et l'existence particulière de l'Etat membre »¹⁷⁷³. Pour cet auteur, la dichotomie traditionnelle ne peut expliquer cette forme d'association politique dans la mesure où elle tente de résoudre le conflit de souveraineté là où la Fédération cherche au contraire à l'éviter. Maintenir deux entités politiques sur un même territoire suppose en effet *qu'aucun* des deux niveaux de gouvernement ne détienne le pouvoir de déterminer le genre de l'existence politique de l'autre. Autrement dit, la question de la détermination du titulaire de la souveraineté doit toujours rester « pendante (*offen*) »¹⁷⁷⁴. La viabilité de la Fédération repose ainsi, selon Schmitt, sur la minimisation des risques de survenance de « conflits existentiels » consistant à déterminer quel ordre juridique détermine la validité de l'autre ordre juridique.

Carl Schmitt a donc réussi la gageure de concilier sa définition de la souveraineté, entendue comme le « pouvoir de décider de l'exceptionnel » et donc comme un pouvoir indivisible par nature avec la coexistence de plusieurs entités politiques sur un même territoire. La souveraineté n'est cependant pas totalement évincée de la Fédération. En premier lieu, elle subsiste dans les relations entre les Etats membres et les Etats tiers, d'une part, et dans les relations entre la Fédération et les Etats tiers, d'autre part. La souveraineté (entendue dans un sens décisionniste chez Schmitt) impliquant en dernier ressort le droit de faire la guerre pour défendre son existence politique, les deux entités politiques que sont la Fédération et les Etats membres en disposent toujours, mais seulement à l'égard des Etats tiers¹⁷⁷⁵ et non dans les relations internes à la Fédération¹⁷⁷⁶. C'est en ce sens que M. Olivier Beaud a pu soutenir que « la souveraineté est à la fois présente et absente dans la théorie

¹⁷⁷³ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, (1928), trad. de Lilyane Deroche, Paris, PUF, 1993, 576 pages, spéc. p. 518.

¹⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 519.

¹⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 517 : « la nature de l'existence politique d'un Etat membre fait qu'il n'abandonne un droit à l'autodéfense et à la guerre que dans la mesure où son appartenance à la Fédération le lui impose ».

¹⁷⁷⁶ *Ibid.*, p. 516 : « le pacte fédératif [...] contient la renonciation durable à l'autodéfense *au sein de la Fédération* » (souligné par nous).

schmittienne de la Fédération »¹⁷⁷⁷. En second lieu, la souveraineté réapparaît en cas de conflit existentiel entre les deux entités politiques que forment la Fédération, d'un côté, et les Etats membres, de l'autre. En effet, étant toutes deux des entités *politiques* (donc souveraines), il leur revient de trancher ce conflit¹⁷⁷⁸, la décision politique prise par l'une ou l'autre aboutissant, soit à la dissolution de la Fédération, soit à son unification au sein d'un Etat fédéral, comme pendant la guerre de Sécession aux Etats-Unis qui a conduit à la disparition de l'existence politique des Etats fédérés.

731.- La théorie schmittienne de la Fédération a nourri les réflexions du professeur Beaud, qui a développé dans de nombreux articles une véritable théorie constitutionnelle de la Fédération, récemment systématisée dans un ouvrage d'envergure intitulé *Théorie de la Fédération*. Selon cet auteur, c'est aussi la question de la souveraineté qui différencie la Fédération du couple Etat fédéral/confédération mais, alors que Carl Schmitt postule que la question de la souveraineté doit rester en suspens, M. Beaud juge cette notion radicalement incompatible avec la Fédération. Cette position découle de la définition que cet auteur donne de la souveraineté. Entendue comme l'« ensemble *indivis* des droits de puissance publique »¹⁷⁷⁹ qui caractérise l'Etat, la souveraineté ne peut caractériser la Fédération, qui réalise la « coexistence de deux corps politiques, la fédération et les Etats membres dans un même ensemble fédéral »¹⁷⁸⁰ et, par conséquent, divise les titulaires de la puissance publique. Dans ces conditions, la Fédération ne peut être comprise que comme un concept autonome, distinct de celui d'Etat justement parce qu'elle nie de l'idée de souveraineté¹⁷⁸¹.

732.- Pour Mme Zoller au contraire, nul n'est besoin de renoncer à la souveraineté pour penser la Fédération, du moins si l'on accepte, à l'instar des penseurs américains, de localiser la souveraineté dans le peuple. Dès lors, si seul le peuple est souverain, « la séparation entre les deux formes d'unité politique que sont l'Etat unitaire et la fédération

¹⁷⁷⁷ Olivier BEAUD, « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP*, 1998, pp. 83-122, spéc. p. 110.

¹⁷⁷⁸ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 519 : « tout peuple doué d'une existence politique tranche nécessairement lui-même et à ses propres risques les problèmes de son existence politique. Même la question de savoir s'il existe une question existentielle ne peut être tranchée que par lui tant qu'il a une existence politique ».

¹⁷⁷⁹ Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, 512 pages, spéc. p. 136 (souligné par nous).

¹⁷⁸⁰ Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁷⁸¹ Olivier BEAUD, « La Fédération entre l'Etat et l'empire », in Bruno THERET (Dir.), *L'Etat, la finance et le social*, Paris, La découverte, 1995, p. 282-304, spéc. p. 287 : « l'idée de souveraineté, loin de constituer la base de l'idée fédérale, en est sa négation ».

d'Etats se fait non par la souveraineté, mais bien par la notion d'Etat »¹⁷⁸². Ainsi, tandis que l'Etat peut être défini comme la « forme d'organisation politique qui a progressivement monopolisé à son profit la régulation de l'ensemble de la société », la Fédération n'est pas « un "Etat" au sens du droit constitutionnel mais le gouvernement d'une fédération d'Etats »¹⁷⁸³, dans la mesure où elle ne dispose pas de l'étendue des compétences d'un Etat sur le plan *interne*. En revanche, sur le plan *externe*, la Fédération doit être considérée comme un Etat dans la mesure où elle est reconnue comme tel par les membres de la Communauté internationale¹⁷⁸⁴.

733.- Si l'interprétation que livre Mme Zoller de la Fédération semble stimulante, il convient de prendre en compte la critique qu'adresse M. Beaud à cette conception. Pour cet auteur en effet, interpréter, comme le font certains auteurs américains¹⁷⁸⁵, la constitution fédérale comme un acte du peuple entier dont émanerait tant le gouvernement fédéral que celui des Etats, aboutit à transposer la logique étatique à la Fédération, et par conséquent à nier celle-ci¹⁷⁸⁶.

Or, il ne nous semble pas que la notion de Fédération soit incompatible avec l'idée de souveraineté du peuple, dès lors que le peuple à l'origine de la Fédération est entendu comme l'ensemble formé des différents peuples des Etats. Plus encore, la définition de la souveraineté comme souveraineté constituante du peuple facilite la conceptualisation de la Fédération, dont la caractéristique principale est d'organiser la coexistence de deux pouvoirs politiques sur un même territoire. En effet, selon cette conception, qui aboutit à localiser la souveraineté à *l'extérieur* de l'ordre juridique, la question de savoir qui, des Etats ou de la Fédération, détient la souveraineté, ne fait plus sens et autorise donc à concevoir un partage des compétences entre deux niveaux de gouvernement qui se limitent réciproquement. De plus, si la lecture de la Fédération sous le prisme de la souveraineté constituante du peuple

¹⁷⁸² Elizabeth ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel, contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *op. cit.*, p. 64.

¹⁷⁸³ *Ibid.*, p. 61.

¹⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 61 : « dire que les Etats-Unis sont un Etat fédéral signifie ni plus ni moins que l'Union est un sujet souverain du droit international investi comme tout Etat souverain des attributs de la personnalité juridique internationale. En revanche, en droit constitutionnel tel qu'on le pratique et l'enseigne aux Etats-Unis, le terme d'Etat n'est jamais appliqué à l'Union [...]. Le seul "Etat" que l'on connaisse en droit constitutionnel est l'Etat fédéré ».

¹⁷⁸⁵ Voir notamment l'ouvrage de Samuel H. BEER, *To make a nation : the rediscovery of American federalism*, Cambridge, Mass., Belknap press, 1994 (reprinted), 496 pages.

¹⁷⁸⁶ Voir les développements que le professeur Olivier Beaud consacre à l'incompatibilité entre souveraineté du peuple et Fédération in « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *op. cit.*, p. 120.

présente l'intérêt non négligeable de penser la « parité fédérative », elle n'abandonne pas pour autant la prétention de concevoir cette forme d'association politique comme une troisième voie entre Etat fédéral et confédération. En effet, à l'instar de Mme Zoller, nous pensons que la distinction entre Fédération et Etat doit être fondée, non sur la notion de souveraineté (puisque nous posons l'hypothèse selon laquelle, de même que l'Etat, la Fédération repose sur la souveraineté du peuple), mais sur la notion d'Etat. En ce sens, l'Etat, contrairement à la Fédération, pourrait être défini comme la forme d'association politique dans laquelle le pouvoir constituant est unitaire, tandis que la Fédération serait cette forme d'association politique bâtie sur une pluralité de pouvoirs constituants.

734.- Au final, nous soutenons la conception selon laquelle la Fédération doit être comprise comme une forme d'association politique, fondée sur deux sources de légitimité qui sont les Etats et les peuples, et dont la finalité est d'associer ses composantes dans un ensemble plus large au sein duquel leur existence politique est garantie. Si la Fédération se caractérise par la dualité de l'existence politique, elle ne remet pas pour autant en cause la notion de souveraineté, dans la mesure où celle-ci doit être comprise comme le pouvoir inconditionné du peuple d'adopter l'acte fondant l'ordre juridique auquel il accepte de se soumettre. Dans ces conditions, la souveraineté est présente au sein de la Fédération, dans la mesure où l'acte fondant cette association politique est un acte du pouvoir constituant. Quant à ce qui est généralement qualifié de souveraineté de l'Etat, nous avons vu que l'emploi de cette notion était abusif, dans la mesure où l'apparition du concept de pouvoir constituant avait eu pour conséquence de placer la souveraineté à l'origine (et donc à l'extérieur) de l'ordre juridique¹⁷⁸⁷. Si seule la souveraineté constituante du peuple subsiste, force est de constater que celle-ci n'est pas annihilée par la Fédération, qui repose sur un acte constituant *des peuples* réunis. Quant au corollaire de la souveraineté constituante, à savoir le choix du peuple de s'incarner en un Etat, indépendant sur le plan international, il n'est pas non plus remis en cause du fait que la Fédération garantit l'existence politique de ses composantes, par la reconnaissance de véritables droits fondamentaux des Etats¹⁷⁸⁸.

735.- Quelle que soit la conception retenue de la Fédération, tous les auteurs ayant étudié cette forme d'association s'accordent pour affirmer que l'acte qui la constitue doit

¹⁷⁸⁷ Voir *supra*, paragraphes 124.- et suivants.

¹⁷⁸⁸ Voir *infra*, paragraphes 792.- et suivants.

refléter le dualisme inhérent à la Fédération et l'irréductibilité de cette forme d'association politique à la dichotomie Etat fédéral/confédération. La notion de « pacte fédératif » est généralement retenue pour désigner l'acte dont le *telos* est d'établir une Fédération. Ses caractéristiques spécifiques, notamment par rapport aux notions de constitution et de traité, reflètent l'originalité de l'entité qu'il a pour but de fonder.

II. LA SPECIFICITE DU PACTE FEDERATIF, REFLET DE CELLE DE LA FEDERATION

L'acte instituant la Fédération est généralement qualifié de « pacte fédératif », ou « pacte constitutionnel ». Sa nature juridique doit refléter la spécificité de la Fédération et son irréductibilité à la dichotomie Etat fédéral/confédération (A.). Distinct à la fois du traité et de la constitution, le pacte fédératif doit être pensé comme l'acte constituant *des* peuples des Etats membres de la Fédération (B.).

A. La nature mixte du pacte fédératif

La mise en exergue des caractéristiques de la Fédération est importante dans la mesure où elles conditionnent la nature juridique du pacte fédératif.

736.- Il n'est pas un auteur ayant étudié la Fédération qui ne pointe l'importance primordiale du consensualisme. Montesquieu dans *L'esprit des lois* met l'accent sur le *consentement* des corps politiques à devenir membres d'un ensemble plus large, qu'il qualifie de « sociétés de sociétés »¹⁷⁸⁹. De même dans son projet *Pour la paix perpétuelle*, Emmanuel Kant pose les soubassements d'une fédération *d'Etats libres*, qui repose sur un « équivalent du *pacte* de la société civile » entre les Etats. Approfondissant cette intuition, Carl Schmitt a défini la Fédération comme une union durable « reposant sur une libre convention [...] de tous les membres de la Fédération »¹⁷⁹⁰, et le pacte fédératif comme un « pacte libre » (*freier*

¹⁷⁸⁹ Charles-Louis DE SECONDAT, Baron de la Brède et de Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), Paris, Gallimard, 1995, vol. 1, p. 288 : la république fédérative repose sur une « convention par laquelle plusieurs corps politiques *consentent* à devenir citoyens d'un Etat plus grand qu'ils veulent former » (italiques ajoutés).

¹⁷⁹⁰ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 512.

Vertrag)¹⁷⁹¹. Cette spécificité est particulièrement accentuée par le professeur Olivier Beaud, qui note que « la “contractualité” est justement un élément déterminant du concept de fédéralisme »¹⁷⁹².

Cette première analyse implique par conséquent de concevoir le pacte fédératif comme étant librement conclu par les entités politiques qui le composent, à l’instar des traités internationaux classiques. En dépit des apparences, l’exemple des Etats-Unis est en accord avec cette définition du pacte fédératif.

737.- Aux termes du projet de constitution élaboré par la Convention de Philadelphie, et plus particulièrement de son article VII « la ratification des conventions de neuf Etats sera suffisante pour la mise en vigueur de la présente constitution entre les Etats qui l’auront ainsi ratifiée ». Le fait que l’article VII de la constitution subordonne l’entrée en vigueur de la constitution à la ratification de neuf Etats seulement, sur les treize Etats initialement parties aux Articles de confédération, ne doit pas selon nous être interprété comme étant en contradiction avec le principe du consensualisme. En effet, l’article VII précise bien que si la ratification de neuf Etats sur treize est suffisante pour conférer une force juridiquement contraignante à la constitution, son entrée en vigueur n’aura alors lieu *qu’entre les Etats l’ayant ratifiée*. Ainsi, conformément à la règle qui prévaut en droit international, l’article VII garantit la préservation de l’existence des Etats et de la souveraineté de leurs peuples.

De même, élaborée par la Convention de Philadelphie afin de remplacer les Articles de confédération jugés trop peu contraignants et ratifiée par des conventions spécialement élues à cet effet dans les différents Etats, la constitution de 1787 était considérée par ses auteurs avant tout comme un pacte interétatique. Comme l’a montré Mme Zoller, la *constitution* de 1787 ne doit pas son appellation au fait qu’elle émane d’un acte du pouvoir constituant du peuple américain¹⁷⁹³ mais à la nécessité de renforcer l’autorité du gouvernement mis en place par ce texte. Cela est clairement noté par Madison dans le *Fédéraliste* n° 39, qui affirme que « chaque Etat, en ratifiant la Constitution, est considéré

¹⁷⁹¹ *Ibid.*, p. 513.

¹⁷⁹² Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 116.

¹⁷⁹³ En dépit de la formule « *We, the people...* » qui marque le début de la constitution et dont Elisabeth Zoller a restitué la signification correcte. Cet auteur a en effet montré que dans le projet initial, le « *We, the people* », était suivi par l’énumération des différents Etats de l’Union, et que cette référence a été supprimée pour des raisons pratiques. Cf. Elisabeth ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel, contribution à la théorie de la fédération d’Etats », *op. cit.*, pp. 84 et s.

comme un corps souverain, indépendant de tous les autres, et lié uniquement par sa seule volonté. A cet égard, donc, la nouvelle Constitution sera, si elle est établie, une Constitution *fédérale* et non une Constitution *nationale* »¹⁷⁹⁴.

Si la Cour suprême fédérale a ôté toute signification à l'origine interétatique de la constitution en interprétant celle-ci, dans son arrêt *Marbury v. Madison*, comme étant l'œuvre de la « volonté originaire et suprême »¹⁷⁹⁵ du peuple des Etats-Unis, il ne faut pas selon nous en déduire que « l'acte constitutif d'une fédération d'Etats [...] ne peut être qu'une constitution et non un traité »¹⁷⁹⁶.

738.- Le problème de la conception consistant à réduire le pacte fédératif à la notion de constitution, conception véhiculée par le juge Marshall dans l'arrêt *Marbury* précité, est qu'elle remet en cause la spécificité de la Fédération par rapport à l'Etat fédéral. En effet, dès lors que l'acte fondateur de la Fédération est conçu comme l'acte constituant du peuple, il semble difficile d'admettre que la Fédération soit d'une autre nature que l'Etat fédéral, dans la mesure où l'unicité du titulaire du pouvoir constituant donne naissance (du moins historiquement) à une entité politique étatique. D'ailleurs, il nous semble que l'arrêt *Marbury v. Madison* signe la mort de la Fédération conçue comme « union politique d'entités politiques », en ce sens que, pour reprendre le vocabulaire schmittien, le conflit de souveraineté a été tranché en faveur du niveau central. A cet égard, la guerre de Sécession ne fera que traduire dans les faits ce que le juge avait décidé par la voie prétorienne, à savoir la transformation des Etats-Unis en Etat fédéral.

L'exemple américain permet donc de faire ressortir ce que ne doit pas être le pacte fédératif pour que l'on puisse parler de Fédération véritable. En effet, il démontre qu'une Fédération ne peut être fondée sur le pouvoir constituant *du* peuple, la caractérisation d'un peuple unique entraînant la dérive de la Fédération vers l'Etat fédéral. Carl Schmitt avait d'ailleurs bien noté l'incompatibilité existant entre la notion démocratique de pouvoir constituant du peuple entier et le dualisme inhérent à la Fédération, dans la mesure où « l'évolution naturelle de la démocratie a pour propriété de faire franchir les frontières

¹⁷⁹⁴ Cf. James MADISON, *Le Fédéraliste* n° 39, in Alexander HAMILTON, John JAY et James MADISON, *Le Fédéraliste*, orig. *Federalist papers* (1787-1788), Paris, LGDJ, 1957, 788 pages, spéc. p. 310.

¹⁷⁹⁵ Cour suprême fédérale des Etats-Unis, *Marbury v. Madison*, 5 US (1 Cranch) 137 (1803), reproduit in Elisabeth ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, PUF, 2000, pp. 71-106, spéc. p. 101.

¹⁷⁹⁶ Elisabeth ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel, contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *op. cit.*, p. 75.

politiques des Etats membres à l'unité homogène du peuple et d'éliminer l'état instable de la coexistence d'une Fédération et d'Etats membres politiquement autonomes pour créer une unité complète »¹⁷⁹⁷.

A l'inverse, le pacte fédératif doit aussi se démarquer du traité international « classique », qui fonde la confédération. Le pacte fédératif doit alors être compris comme un acte de nature « mixte »¹⁷⁹⁸, cette caractéristique permettant de refléter la dualité de la Fédération.

739.- Le professeur Olivier Beaud donne à ce titre une définition intéressante du pacte fédératif qui est conçu, du fait de l'objet particulier sur lequel il s'exerce, comme étant « formellement un traité international mais [...] matériellement une sorte de constitution »¹⁷⁹⁹. Cet auteur accepte donc de considérer que les catégories de traité et de constitution ne s'excluent pas mutuellement et qu'au contraire « une Constitution est passible de deux formes juridiques d'existence, l'un comme acte unilatéral, l'autre comme contrat ou pacte »¹⁸⁰⁰. Nous pensons de même que les catégories juridiques de traité et de constitution ne sont pas exclusives l'une de l'autre mais peuvent au contraire être amenées à se chevaucher¹⁸⁰¹. Dès lors, la mixité du pacte fédératif s'explique par la nature particulière de son objet : la Fédération.

Conformément à la Fédération, cet « entre-deux »¹⁸⁰² qui se situe à mi-chemin entre l'Etat et l'organisation internationale, le pacte fédératif doit être compris comme un acte hybride. Dans la mesure où il vise à créer une nouvelle entité politique, l'acte à l'origine de la Fédération doit être une constitution. Cependant, étant donné qu'il ne doit pas entraîner la disparition des Etats, le pacte fédératif doit être adopté par l'ensemble des Etats et doit donc être formellement un traité. La question essentielle qui subsiste consiste à savoir si le pacte constitutionnel peut être adopté par les seuls Etats membres, ou s'il doit faire l'objet d'un acte des peuples des Etats pour pouvoir donner naissance à une véritable Fédération.

¹⁷⁹⁷ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 537.

¹⁷⁹⁸ Olivier BEAUD, « La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération », *op. cit.*, p. 269.

¹⁷⁹⁹ *Ibid.*, p. 255.

¹⁸⁰⁰ *Ibid.*, p. 255.

¹⁸⁰¹ Voir *supra*, paragraphes 78.- et suivants.

¹⁸⁰² Cf. Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 281. Dans le même sens, Murray Forsyth utilise l'expression imagée mais intraduisible en français de « *half-way house* » pour définir le fédéralisme, cité *ibid.*, p. 281.

B. Le pacte fédératif et le principe du pouvoir constituant

740.- M. Murray Forsyth, dans l'analyse qu'il livre du concept de « confédération »¹⁸⁰³, conçoit cette forme d'association politique comme étant fondée sur le « traité constituant »¹⁸⁰⁴. S'il met l'accent sur le fait que « la création d'une confédération n'est pas, par définition, l'acte unilatéral d'une population », cet auteur semble indifférent au mode de conclusion de ce traité. En effet, selon lui « le traité établissant une confédération peut fort bien être ratifié non seulement par les gouvernements ou les parlements mais aussi par les populations des divers Etats partenaires »¹⁸⁰⁵. Selon cette conception, la Fédération (qu'il nomme « confédération ») serait susceptible de s'incarner dans deux formes distinctes : une forme démocratique (caractérisée par l'adoption du pacte fédératif par les peuples intervenant directement) et une forme non démocratique se réalisant lorsque le pacte est adopté par les Etats (et donc seulement indirectement par les peuples)¹⁸⁰⁶.

741.- Il est cependant possible d'émettre l'hypothèse selon laquelle la Fédération authentique ne pourrait reposer que sur un pacte fédératif conçu comme l'acte constituant des peuples réunis et non des gouvernements. Seule cette conception du pacte fédératif permet en effet de refléter l'autonomie conceptuelle de la notion de Fédération par rapport à la notion de confédération (ou d'organisation internationale). Ainsi, tandis que les traités constitutifs d'organisation internationale adoptés directement par les Etats (par l'action d'un pouvoir fondateur) ne peuvent donner naissance qu'à une organisation internationale, les traités adoptés directement par les peuples (par l'action du pouvoir constituant), peuvent être considérés comme d'authentiques pactes fédératifs. Cela ne signifie pas que des traités issus d'un simple pouvoir fondateur ne puissent engendrer une structure fédérale, comme l'illustre

¹⁸⁰³ L'auteur n'étant pas juriste, il n'est pas prisonnier de la dichotomie classique opposant Etat fédéral et confédération, mais semble au contraire adopter une définition de la « confédération » proche de celle que nous avons donnée de la Fédération. Son analyse du concept de confédération peut donc être utile à la caractérisation du concept de Fédération et de l'acte fondant cette entité, à savoir le pacte fédératif.

¹⁸⁰⁴ Murray FORSYTH, « Vers un concept nouveau de la confédération », in *Le concept contemporain de confédération*, actes du séminaire UniDem organisé à Santorin du 22 au 25 septembre 1994, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1995, pp. 61-70, spéc. p. 66.

¹⁸⁰⁵ *Ibid.*, p. 67.

¹⁸⁰⁶ A l'aune de la dichotomie proposée, l'Union européenne telle qu'elle existe actuellement pourrait être qualifiée de Fédération non démocratique. En effet, ses traités originaires, issus d'un acte du pouvoir fondateur des Etats, contenaient dès l'origine une idée de droit d'essence véritablement fédérale, dont la substance s'est considérablement renforcée. Le processus de constitutionnalisation qui a marqué l'évolution des Communautés et de l'Union européennes a développé cette structure fédérale initiale, aboutissant au décalage observé entre l'existence d'un objet constituant et l'absence du titulaire du pouvoir constituant. La résorption de ce décalage consisterait donc en la réappropriation de l'objet constituant par le titulaire du pouvoir constituant, entraînant le passage de la Fédération non démocratique existante, à une Fédération véritablement démocratique, fondée sur le principe du pouvoir constituant.

le cas de l'Union européenne, mais une telle configuration ne peut donner lieu à une authentique Fédération, conçue comme une union des Etats et des peuples.

Cette conception est d'ailleurs celle que fait valoir Carl Schmitt, selon qui « le pacte fédératif est un traité d'un genre spécial, c'est-à-dire un pacte constitutionnel. Sa conclusion est un *acte du pouvoir constituant* »¹⁸⁰⁷. En effet, pour cet auteur, une constitution n'est pas valide parce qu'elle repose sur une norme, comme l'affirme Kelsen, mais parce qu'elle émane d'une décision prise par le titulaire du pouvoir constituant. Toute forme d'association politique est donc, selon Schmitt, fondée sur un acte constituant, défini comme « un choix conscient qu'accomplit *pour elle-même* et que se donne à *elle-même* l'unité politique à travers le titulaire du pouvoir constituant »¹⁸⁰⁸. Le lien indissoluble entre entité politique, constitution et pouvoir constituant oblige à penser l'acte « fondateur » de la Fédération, entité politique qui se superpose aux Etats, comme une constitution et donc comme un acte du pouvoir constituant.

742.- Cette première conclusion doit cependant être conciliée avec le fait que la Fédération « n'a pas de pouvoir constituant propre, mais repose sur un pacte »¹⁸⁰⁹. La nature contractuelle du pacte est en effet nécessaire à la préservation des Etats membres qui caractérise la Fédération et c'est en ce sens que le pacte fédératif « présuppose qu'au moins deux parties de ce pacte lui préexistent et continuent à exister après lui »¹⁸¹⁰. La conciliation de ces deux caractéristiques, apparemment contradictoires (le fait que la Fédération n'ait pas de pouvoir constituant propre, mais qu'elle soit basée sur un acte du pouvoir constituant), implique de concevoir le pacte fédératif comme un acte des pouvoirs constituants des Etats membres réunis¹⁸¹¹.

743.- *In fine*, la pertinence de la conception du pacte fédératif comme acte constituant des peuples réunis apparaît clairement si l'on remplace, à l'instar de certains

¹⁸⁰⁷ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 514 (souligné par nous).

¹⁸⁰⁸ *Ibid.*, p. 152.

¹⁸⁰⁹ *Ibid.*, p. 527.

¹⁸¹⁰ *Ibid.*, p. 197.

¹⁸¹¹ De même selon Olivier Beaud, le pacte fédératif doit être considéré comme un acte émanant de « *plusieurs sujets* du pouvoir constituant », Olivier BEAUD, « La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération », *op. cit.*, p. 258. Voir aussi, du même auteur, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 340 : « le peuple fédéré [...] peut exercer un pouvoir constituant [...] en participant à la formation de la constitution fédérale par sa ratification du pacte fédératif *en tant qu'Etats membres et en tant que coconstituants* » (italiques ajoutés).

auteurs, le terme de Fédération par celui d'« Union d'Etats et de peuples »¹⁸¹². Ce changement sémantique a en effet le mérite de mettre l'accent sur le fondement juridique de la Fédération, qui doit émaner des Etats afin que leur existence puisse être préservée, mais doit aussi pouvoir être rapporté aux peuples pour que l'essence de la Fédération, qui peut être résumé par le célèbre mot de Monnet : « nous ne coalisons pas des Etats, nous unissons des hommes »¹⁸¹³, soit identifiable. Or, la seule manière de réellement combiner ces deux exigences contradictoires réside dans l'attribution du pouvoir constituant à l'ensemble des peuples des Etats composant la Fédération¹⁸¹⁴.



744.- Le pacte fédératif, dont l'objet est l'institution de la Fédération doit donc être entendu comme un acte mixte – c'est-à-dire tenant à la fois du traité et de la constitution – fondé sur le principe du pouvoir constituant, celui-ci étant détenu non par un peuple unique mais par l'ensemble des peuples composant la Fédération.

Ainsi considéré, le pacte fédératif est en mesure de résorber le déficit démocratique existant au sein de l'ordre juridique communautaire sans pour autant remettre en cause l'idée d'œuvre initiale. L'objet du pouvoir constituant européen ayant été défini, il convient d'examiner plus en détail la question de son titulaire, dont nous savons déjà qu'il doit être composé des différents peuples européens.

¹⁸¹² Jean-Paul JACQUE, « Les principes constitutionnels fondamentaux dans le projet de traité établissant la Constitution européenne », *op. cit.*, spéc. p. 56.

¹⁸¹³ Jean MONNET, *Les Etats-Unis d'Europe ont commencé*, Paris, Laffont, 1955, 171 pages, spéc. p. 133.

¹⁸¹⁴ De même, Montesquieu décrit la République fédérative comme étant fondée sur une « convention par laquelle *plusieurs corps politiques* consentent à devenir citoyens d'un Etat plus grand qu'ils veulent former. C'est une société de sociétés qui en forment une nouvelle » (italiques ajoutés), Charles-Louis DE SECONDAT, Baron de la Brède et de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, *op. cit.*, p. 288.

SECTION 2 : LES PEUPLES EUROPEENS, CO-TITULAIRES DU POUVOIR CONSTITUANT EUROPEEN

745.- Le pacte fédératif se démarque à la fois de la catégorie du traité et de la constitution par son objet, qui consiste en l'institution de la Fédération, et par son titulaire, qui doit être considéré comme composé des peuples des Etats composant la Fédération. L'analyse du titulaire du pouvoir constituant dans la Fédération (I.) permet ainsi d'explorer la configuration du pouvoir constituant européen dans une Union européenne modelée à cette image (II.).

I. LE TITULAIRE DU POUVOIR CONSTITUANT DANS LA FEDERATION

746.- La remise du pouvoir constituant aux peuples composant la Fédération est indispensable afin de distinguer le pacte fédératif à la fois de la constitution, adoptée par un peuple unique titulaire du pouvoir constituant mais aussi du traité, qui naît de l'action d'un pouvoir fondateur des Etats. La pluralité de titulaires du pouvoir constituant, reflet du pluralisme de la Fédération, pose tout de même un certain nombre de questions dans la mesure où elle doit aboutir à l'adoption d'un acte constituant *unique*, ce qui suppose que les peuples puissent surmonter leur diversité pour adopter le pacte fédératif. La pluralité des titulaires du pouvoir constituant au sein de la Fédération (A.) doit par conséquent être compensée par la référence symbolique à un peuple européen lors de la procédure constituante (B.).

A. La remise du pouvoir constituant aux peuples composant la Fédération

747.- Impliquée par l'analyse théorique du pacte fédératif, cette conception particulière du sujet du pouvoir constituant au sein de la Fédération peut selon nous s'appuyer sur l'analyse de l'histoire constitutionnelle américaine. L'analyse de la procédure

ayant conduit à l'adoption de la constitution de 1787, à l'aune de la grille de lecture forgée par le professeur Beaud, permet de mettre cette affirmation en évidence.

748.- Dans sa thèse de doctorat, le professeur Olivier Beaud a transposé à l'étude de la procédure constituante les différentes étapes qui jalonnent l'édiction de tout acte normatif¹⁸¹⁵. Distinguant ainsi les décisions préconstituantes, qui opèrent concrètement la rupture juridique avec l'ordre ancien et tentent de circonscrire l'action du nouveau titulaire du pouvoir constituant, et les décisions constituantes proprement dites, qui constituent le cœur de la procédure constituante, cette grille de lecture est particulièrement pertinente dans la mesure où elle permet d'identifier la « sanction constituante » comme étant le moment exact où apparaît le titulaire du pouvoir constituant au sein d'un ordre juridique¹⁸¹⁶. Appliqué à l'adoption de la constitution américaine, ce canevas permet de mettre en lumière l'identité du titulaire du pouvoir constituant au sein de la Fédération.

749.- En ce qui concerne les décisions préconstituantes, tout d'abord, il convient de différencier la décision d'initiative préconstituante, qui revêt les caractéristiques d'un acte déconstituant et la décision attributive du pouvoir constituant, qui désigne le nouveau titulaire de ce pouvoir.

Dans le cas des Etats-Unis, ces deux décisions doivent être imputées à la Convention de Philadelphie, officiellement convoquée par le Congrès fédéral afin de « réviser les Articles de confédération et l'Union perpétuelle entre les Etats-Unis d'Amérique »¹⁸¹⁷. Or, réunis à partir du milieu du mois de mai 1787 pour examiner la révision du traité fondateur de l'Union, les conventionnels se sont rapidement écartés de ce mandat initial. Dès le 29 mai en effet, la délégation de Virginie a présenté quinze résolutions visant en substance à établir un véritable gouvernement centralisé, allant au-delà d'une simple modification de la structure existante. Ces résolutions se proposent en effet d' « élargir et de corriger »¹⁸¹⁸ les Articles de

¹⁸¹⁵ Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, pp. 263 et s.

¹⁸¹⁶ Pour une application de cette grille de lecture au processus ayant mené à la signature du traité établissant une constitution pour l'Europe, voir *supra*, paragraphes 686.- et suivants.

¹⁸¹⁷ Voir la résolution du Congrès fédéral en date du 21 février 1787, dont le texte intégral est disponible, en anglais, à l'adresse suivante : <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/const/const04.htm>.

¹⁸¹⁸ Voir le « *Virginia plan* », présenté à la Convention par Edmund Randolph (mais dont l'auteur est James Madison), le 29 mai 1787, et spécialement la première résolution : « resolved that the Articles of confederation ought to be so corrected and enlarged as to accomplish the objects proposed by their institution ; namely, "common defence, security of liberty and general welfare" ». Texte intégral de cette résolution disponible, en anglais, à l'adresse suivante : <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/const/vatexta.htm>.

confédération, afin de mettre en place un « gouvernement national » (*national legislature*). Surtout, la quinzième résolution suggère aux conventionnels de passer outre la procédure requise par le Congrès pour la ratification du texte élaboré par les conventionnels et de remplacer l'approbation des parlements étatiques par celle d'assemblées spécialement élues par le peuple à cet effet¹⁸¹⁹. Débattu au sein du *Committee of the Whole House*¹⁸²⁰ du 30 mai au 14 juin, le projet élaboré par la délégation de Virginie a été adopté par la convention pour servir de base de discussion. A compter de cette date, la rupture avec les Articles de confédération est consommée. L'ampleur du nouveau projet, qui tend à remplacer la confédération défailante par un gouvernement « national » (ce terme étant bientôt remplacé par l'adjectif « fédéral », jugé plus neutre) et le recours au peuple pour ratifier le texte, empêchent de parler d'une simple révision des Articles de confédération. Il s'agit plutôt ici d'un « anéantissement » du texte antérieur, c'est-à-dire, selon Carl Schmitt, d'une véritable « abrogation » du texte et du pouvoir constituant¹⁸²¹.

Si l'on reprend la grille d'analyse forgée par M. Beaud, l'adoption du projet établi par la délégation de Virginie peut être considéré comme une décision d'initiative préconstituante dans la mesure où elle pose le principe du recours à une nouvelle constitution¹⁸²² (et revêt, par là même, un caractère déconstituant). Quant au principe de légitimité qui justifie la décision d'élaborer un nouveau texte, il peut paraître assez ambigu à la lecture de la résolution de la délégation de Virginie. Le texte mêle à la fois des références à une « nation » par la proposition de mettre en place un gouvernement « national », mais recommande tout de même que la ratification soit le fait de conventions élues par le peuple au sein des différents Etats.

¹⁸¹⁹ *Ibid.*, quinzième résolution : « resolved that the amendments which shall be offered to the Confederation, by the Convention ought at a proper time, or times, after the approbation of Congress to be submitted to an assembly or assemblies of Representatives, recommended by the several Legislatures to be expressly chosen by the people, to consider and decide thereon ».

¹⁸²⁰ Cet organe, distinct de la session plénière, a joué un rôle considérable dans l'élaboration d'un projet conforme aux vues des fédéralistes. En effet, alors qu'au sein de la session plénière, les votes étaient décomptés par Etat, le *Committee of the Whole House* a entériné dès sa mise en place le principe du vote individuel. Sur cet aspect des débats au sein de la Convention, voir François VERGNOLLE DE CHANTAL, « La Convention de Philadelphie, les fondements du modèle américain », *Critique internationale*, n° 21/2003, pp. 121-134, spéc. p. 127.

¹⁸²¹ Cf. Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 237.

¹⁸²² Olivier Beaud note ainsi que par la résolution de la délégation de Virginie, « les représentants des Etats ont transformé leur réunion en Convention constitutionnelle. La révolution juridique opérée par cette résolution réside dans l'abandon de la structure interétatique antérieure pour une structure fédérative », Olivier BEAUD, « La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération », *op. cit.*, p. 259.

Cette ambiguïté n'est pas surprenante, si l'on admet que la référence faite à *un* peuple unitaire a essentiellement deux objectifs : couvrir le dépassement du mandat confié à la Convention par les Etats et l'illégalité que constitue le recours à des conventions de ratification spécialement élues, d'une part, et rendre conceptuellement possible la coexistence de deux entités politiques sur un même territoire, d'autre part. Pour ce faire, l'ensemble de la puissance publique doit pouvoir être rapportée au peuple, placé en position d'extériorité par rapport aux Etats membres et à la Fédération et pouvant de ce fait répartir la puissance publique entre ces deux niveaux de gouvernement. Cette analyse du peuple souverain, dont la Fédération et les Etats ne seraient que les mandataires, est particulièrement visible dans l'analyse que livre Madison des relations entre la Fédération et les Etats membres. Dans le *Fédéraliste* n° 46, il soutient que « l'autorité suprême – quelle que soit l'autorité déléguée – réside dans le peuple seul, et qu'il ne dépendra pas simplement de l'adresse ou de l'ambition respective des différents gouvernements pour étendre l'autorité de l'un aux dépens de l'autre »¹⁸²³. Il ne faut pas pour autant en déduire, croyons-nous, que la constitution américaine doive être interprétée comme l'acte unilatéral d'un peuple homogène, du moins lors de son adoption. Si cette interprétation a fini par s'imposer, les Pères fondateurs n'avaient pas l'intention au départ de faire disparaître les Etats particuliers. La référence faite au peuple, au sein de la Convention, apparaît donc comme un moyen de légitimer le projet des conventionnels.

750.- En tout état de cause, l'analyse des décisions constituintes proprement dites montre bien que le pouvoir de sanction du texte n'est pas remis au peuple mais aux différents peuples des Etats.

Aux termes de l'article VII du projet de constitution élaboré par la Convention de Philadelphie, « la ratification des conventions de neuf Etats sera suffisante pour la mise en vigueur de la présente constitution entre les Etats qui l'auront ainsi ratifiée ». Selon les termes mêmes de cette disposition, la force juridiquement contraignante de la constitution ne découle que de l'assentiment donné par les conventions constitutionnelles élues par le peuple au sein de chaque Etat. Le pouvoir de sanction constituante (et, par conséquent, le pouvoir constituant) appartient donc aux différents peuples des Etats s'exprimant par le biais de la

¹⁸²³ James MADISON, *Le Fédéraliste* n° 46, in Alexander HAMILTON, John JAY et James MADISON, *Le Fédéraliste*, *op. cit.*, p. 388.

ratification de la constitution¹⁸²⁴. Le fait que l'article VII de la constitution subordonne l'entrée en vigueur de la constitution à la ratification de neuf Etats seulement, sur les treize Etats initialement parties aux Articles de confédération, ne doit pas selon nous être interprété comme étant le signe de la remise du pouvoir constituant au peuple considéré dans sa globalité. Si le passage de l'unanimité à la majorité pour l'entrée en vigueur d'un texte est généralement considéré comme entraînant la disparition de l'existence des peuples particuliers et leur remplacement par un peuple fédéral détenteur de la souveraineté, tel ne semble pas être le cas pour la constitution américaine de 1787. En effet, comme nous l'avons déjà spécifié ci-dessus, l'article VII précise bien que la constitution n'entrera en vigueur qu'entre les Etats l'ayant ratifiée. Ainsi, si l'article VII opère une rupture juridique par rapport à l'ordre établi par les Articles de confédération, il ne déroge pas pour autant à la règle du consensualisme qui prévaut en droit international. La règle majoritaire posée à l'article VII de la constitution ne remet par conséquent pas en cause notre conclusion selon laquelle ce sont bien *les* peuples des Etats qui sont les titulaires du pouvoir constituant.

De même la formule « *We, the people* » qui introduit le texte constitutionnel et qui est généralement interprétée comme incarnant le principe du pouvoir constituant *du* peuple américain, ne contredit pas notre analyse. En effet, cette formule était initialement suivie de l'énonciation des noms des différents Etats¹⁸²⁵, cette liste ayant été supprimée par le comité de rédaction pour des raisons pratiques. D'ailleurs, le « *We, the people* » est immédiatement suivi de « *of the United States* » et tout le texte est ensuite rédigé au pluriel¹⁸²⁶ témoignant de ce que, dans l'esprit des contemporains, l'instance de légitimation de la constitution n'était pas le peuple fédéral mais « le peuple des Etats membres considérés comme des communautés politiques séparées et indépendantes »¹⁸²⁷. Madison partage aussi cette analyse de la pluralité des sujets du pouvoir constituant au sein de l'Union fédérale américaine. Dans le *Fédéraliste* n° 39, il affirme que « la Constitution reposera sur l'assentiment et la ratification du peuple d'Amérique, donnés par des députés élus pour cet objet spécial ; mais

¹⁸²⁴ Il convient de noter que la ratification dont il est ici question doit être entendue comme l'acte exprimant le consentement de l'Etat à être lié par un traité. Il ne s'agit en aucun cas d'une autorisation de ratification n'ayant qu'une signification purement interne. Sur la signification de la ratification, voir *supra*, paragraphes 266.- et suivants.

¹⁸²⁵ La formulation initiale de *l'incipit* était la suivante : « Nous, le peuple des Etats du New Hampshire, du Massachusetts [...] ».

¹⁸²⁶ « We, the People of the United States, in order to form a more perfect Union, establish justice, insure domestic tranquillity, provide for the common defence, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America ».

¹⁸²⁷ John CALHOUN, *Letter to General Hamilton* du 28 juillet 1832, cité in Olivier BEAUD, « La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération », *op. cit.*, p. 261.

d'un autre côté, que cet assentiment et cette ratification seront donnés par *le peuple non en tant qu'individus formant une seule Nation, mais comme formant les Etats distincts et indépendants auxquels ils se rattache*. Ce seront l'assentiment et la ratification des divers Etats, découlant de l'autorité suprême dans chaque Etat, à savoir l'autorité du peuple lui-même »¹⁸²⁸.

751.- En somme, l'histoire constitutionnelle américaine illustre le fait que le pacte fédératif doit être juridiquement adopté par l'ensemble des peuples de la Fédération, co-titulaires du pouvoir constituant de cette entité. Cette configuration du pouvoir constituant au sein de la Fédération est d'ailleurs la seule à permettre que le pacte fédératif puisse être formellement considéré comme un traité, garantissant ainsi l'existence des Etats.

Cette première conclusion doit cependant être tempérée par la nécessité d'identifier un vouloir-vivre ensemble de la part de la communauté globale des citoyens. Indispensable à l'institutionnalisation de la Fédération conçue comme une association politique, la volonté d'union des peuples composant la Fédération doit se refléter au cours de la procédure constituante.

B. L'intervention du peuple d'Union lors de la procédure constituante

752.- *E pluribus unum*. La devise des Etats-Unis d'Amérique illustre l'idée qui sous-tend l'aménagement du pouvoir constituant au sein de la Fédération dans la mesure où il s'agit de penser l'acte constituant, manifestation de la volonté de fonder une *union* politique, comme étant l'œuvre de *plusieurs* entités politiques préexistantes. La résolution de cette contradiction apparente passe nécessairement par la possibilité d'envisager que ces différents peuples manifestent leur volonté d'union lors de l'adoption de l'acte constituant. Autrement dit, les peuples composant la Fédération, tout en conservant leur existence distincte, doivent former une même communauté politique, celle-ci conditionnant l'unité politique de la Fédération¹⁸²⁹.

Il convient toutefois de rappeler que la Fédération ne saurait être fondée sur le pouvoir constituant d'un peuple unique sans remettre par là même en cause le pluralisme inhérent à

¹⁸²⁸ James MADISON, *Le Fédéraliste* n° 39, in Alexander HAMILTON, John JAY et James MADISON, *Le Fédéraliste*, op. cit., p. 315 (souligné par nous).

¹⁸²⁹ Voir en ce sens Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, op. cit., p. 271.

cette forme d'association politique. Si le vouloir-vivre ensemble des peuples composant la Fédération doit s'incarner dans *un* peuple global, il est exclu que celui-ci détienne le pouvoir de sanction constituante qui caractérise le pouvoir constituant.

Les questions essentielles qui subsistent consistent alors à savoir quelles doivent être les caractéristiques minimales attendues de ce peuple global et comment articuler son intervention avec celle des peuples des Etats au cours de l'opération de fondation de la Fédération.

753.- Penser un peuple englobant les différents peuples d'Etats sans les supprimer implique au préalable de dissocier la notion de peuple de la notion de nation, entendue dans un sens substantialiste. Ce n'est en effet qu'à cette condition qu'un peuple d'Union, entendu comme « une communauté d'hommes appartenant à un groupement politique particulier »¹⁸³⁰, peut exister. Délié de son substrat culturel et caractérisé par le lien formel de la citoyenneté, la notion de peuple, entendue dans un sens normatif, peut exister à différents niveaux en fonction des différents groupements politiques auxquels appartient l'individu. La fonction de ce peuple est alors de légitimer le groupement politique auquel il correspond et de faire en sorte que toutes les manifestations de la puissance publique, du niveau local au niveau supranational, trouvent leur source dans un peuple de référence. En ce sens, M. Thomas Schmitz distingue un « peuple d'Etat » et un « peuple d'Union »¹⁸³¹, ce dernier faisant référence au peuple global de la Fédération, tous deux permettant de penser la légitimation démocratique des différents niveaux de gouvernement prenant place sur un même territoire. En effet, comme l'a montré cet auteur, « la capacité à créer la légitimation démocratique n'est pas un privilège des peuples d'Etat ou même des nations. Elle revient au *peuple*, indépendamment de son origine et de sa composition en qualité *d'ensemble des citoyens devant porter et répondre du groupement à légitimer* »¹⁸³². De même Mme Dominique Schnapper a montré qu'il n'y a pas d'interdit conceptuel à ce que la citoyenneté s'exerce en dehors du cadre national¹⁸³³, même si les difficultés propres à une telle entreprise ne doivent pas être sous-estimées. Conformément à cette première acception, le peuple

¹⁸³⁰ Cf. Thomas SCHMITZ, « Le peuple européen et son rôle lors d'un acte constituant dans l'Union européenne », *RDP*, 2003, pp. 1709-1742, spéc. p. 1713.

¹⁸³¹ *Ibid.*, p. 1716. Ces appellations seront utilisées dans la suite de cet exposé.

¹⁸³² *Ibid.*, p. 1718.

¹⁸³³ Dominique SCHNAPPER, *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Paris, Gallimard, 2000, 320 pages, spéc. p. 247 : « la citoyenneté peut parfaitement s'exercer au niveau infranational ou supranational. Entre la nation et la citoyenneté le lien n'est pas logique mais historique ».

d'Union chargé de traduire le désir des peuples d'Etats de partager un avenir commun pourrait être réduit à la communauté des citoyens de la Fédération.

Cependant, pour de nombreux auteurs, la légitimation d'un ordre juridique et politique donné ne peut dépendre de la seule possession d'un statut juridique. Ainsi, selon M. Dieter Grimm, si l'auto-institution de la société ne présuppose pas forcément l'existence d'une nation homogène, sa réalisation effective requiert tout de même la présence d'une forme « d'identité collective »¹⁸³⁴ afin que la société puisse accepter la règle de la majorité et les efforts de solidarité que demande la citoyenneté. De même, M. Thomas Schmitz défend l'idée selon laquelle l'identification *préalable* d'un vouloir-vivre ensemble est indispensable à la caractérisation d'un « peuple » chargé de légitimer un ordre juridique donné. Là encore la question n'est pas tant, pour cet auteur, de « savoir si les citoyens se ressentent comme membres d'un peuple autonome, mais bien s'ils sont fondamentalement prêts à une vie commune avec les autres citoyens de cette communauté, sur la base de l'égalité des droits, et s'ils envisagent une partie de leur avenir au sein du groupement politique commun »¹⁸³⁵. Selon cette conception de la notion de peuple politique, l'identité collective, le vouloir-vivre ensemble du peuple d'Union doit *préexister* à sa participation à la légitimation de la Fédération, ce qui peut constituer un obstacle dirimant à l'institution de la Fédération dès lors que celle-ci est une entité en formation, dont l'identité collective n'est pas encore clairement affirmée. La théorie du patriotisme constitutionnel développée par Jürgen Habermas permet de penser la légitimation d'une collectivité humaine en l'absence d'identité collective préexistante.

754.- Selon M. Habermas, la légitimation d'une communauté politique ne requiert pas forcément l'existence d'une identité nationale définie par rapport à la langue, la culture ou l'histoire ni même l'existence d'une identité collective préalable, mais peut se satisfaire de l'attachement à des principes universalistes tels que l'Etat de droit, la démocratie ou les droits fondamentaux des individus¹⁸³⁶. La théorie du patriotisme constitutionnel a été développée en

¹⁸³⁴ Selon Dieter Grimm : « the presuppositions for democracy are developed here not of a people, but from the society that wants to constitute itself as a political unit. But this presumes a collective identity, if it wants to settle its conflicts without violence, accept majority rule and practice solidarity ». Dieter GRIMM, « Does Europe need a constitution ? », *ELJ*, n° 3/1995, pp. 282-302, spéc. p. 297.

¹⁸³⁵ Thomas SCHMITZ, « Le peuple européen et son rôle lors d'un acte constituant dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 1715.

¹⁸³⁶ Jürgen HABERMAS, *Après l'Etat-nation. Une nouvelle constellation politique*, traduit de l'allemand par Rainer Hochlitz, Paris, Fayard, 2000, 157 pages, spéc. p. 70 : « c'est une erreur de penser que l'ordre démocratique requiert par nature un ancrage mental dans la "nation" entendue comme communauté prépolitique

Allemagne pour répondre à la question de savoir sur quelles base reconstruire la communauté humaine à la base de la démocratie lorsque l'appel à l'histoire commune est exclue. Elle trouve néanmoins à s'appliquer à l'échelle supranationale où, pour des raisons tenant à l'inexistence d'une communauté nationale homogène, il convient de trouver des « motifs non nationalistes de participation à une communauté politique »¹⁸³⁷. Dès lors, le débat public autour des principes fondateurs de la communauté politique est susceptible de générer une identité collective postnationale (une communauté de citoyens) pouvant servir de support à une démocratie postnationale.

Cependant, la définition d'une société politique prenant appui sur une simple communauté légale est exigeante. M. Habermas dresse ainsi la liste des « prérequis » nécessaires pour qu'une communauté de citoyens puisse bâtir, sur cette seule qualité, une volonté commune. Les conditions indispensables selon lui au développement d'une solidarité entre les citoyens sont les suivantes : la formation d'un espace public permettant aux citoyens de prendre position, au même moment, sur les mêmes sujets et avec la même pertinence, l'existence d'une société civile fortement structurée, d'un système de partis politiques organisé à l'échelle européenne, d'une culture politique fondée sur des valeurs communes et de médias transnationaux¹⁸³⁸. Parmi ces conditions, la procédure démocratique revêt une importance particulière dans la mesure où elle permet de générer l'identité collective d'une communauté politique (supranationale ou non), par « l'accès de tous à un processus délibératif dont les caractéristiques fondent l'attente de résultats rationnellement acceptables »¹⁸³⁹. Une fois ces conditions satisfaites, « la citoyenneté démocratique met en place une solidarité abstraite, juridiquement médiatisée entre des étrangers »¹⁸⁴⁰ qui permet à la communauté de citoyens de légitimer la fondation d'une entité donnée.

fondée sur un destin partagé. C'est, en effet, la force de l'Etat à constitution démocratique que d'être à même de combler les lacunes dans l'intégration sociale par le moyen de la participation politique de ses citoyens ». Voir aussi *ibid.*, p. 66 : « l'existence d'un consensus préalable, assuré par l'homogénéité culturelle, devient inutile en tant que condition temporaire et catalyseur de la démocratie, dans la mesure où la formation de l'opinion et de la volonté, publique et discursive, rend possible une entente politique raisonnable ».

¹⁸³⁷ Jean-Marc FERRY, « Souveraineté et représentation », in Mario TELO (Dir.), *Démocratie et construction européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1995, pp. 91-98, spéc. p. 92.

¹⁸³⁸ Cf. Jürgen HABERMAS, « Remarks on Dieter Grimm's "does Europe need a constitution" ? », *ELJ*, n° 3/1995, pp. 303-307 (traduit par nos soins).

¹⁸³⁹ Jürgen HABERMAS, *Après l'Etat-nation*, *op. cit.*, spéc. p. 121.

¹⁸⁴⁰ Cf. Jürgen HABERMAS, « Remarks on Dieter Grimm's "does Europe need a constitution" ? », *op. cit.*, p. 305.

755.- La théorie du patriotisme constitutionnel permet donc d'envisager la fondation d'une entité politique supranationale sur la seule base de la communauté de citoyens existant à ce niveau. Si la légitimation de l'entité politique considérée ne saurait découler de la seule *existence* de cette communauté de citoyens, en l'absence de solidarité les unissant, l'aménagement adéquat de la procédure démocratique est censé contribuer à l'émergence d'une telle solidarité civique transnationale. Jean-Marc Ferry, approfondissant la pensée habermassienne, a ainsi montré que cette solidarité civique, qu'il nomme « communauté morale », « s'engendre dans une praxis et, à la limite, dans la praxis même qui constitue le processus de socialisation où se forme le patriotisme constitutionnel »¹⁸⁴¹. Explorant la voie du cosmopolitisme tracée par Kant pour interpréter le sens de l'intégration européenne, cet auteur insiste sur la nécessité que la théorie du patriotisme constitutionnel prenne en compte les particularités de chaque peuple. C'est alors dans la « mise en confrontation des cultures nationales dans un espace commun »¹⁸⁴² qu'il convient de forger cette communauté morale transnationale chargée de légitimer la fondation d'une entité cosmopolitique.

756.- En définitive, la théorie du patriotisme constitutionnel nous enseigne que si la communauté des citoyens de la Fédération doit incarner le vouloir-vivre ensemble des peuples composant cette entité, celui-ci ne doit pas forcément préexister à l'opération constituante, mais peut résulter du débat démocratique engagé lors de cette opération. La *procédure constituante* doit donc être aménagée de façon à permettre la confrontation des cultures politiques nationales dans un espace public commun, confrontation préalable à la formation d'une culture politique partagée.

L'accent mis sur la procédure constituante ne doit cependant pas supplanter le concept de pouvoir constituant, qui reste selon nous le principe fondateur de tout ordre juridique¹⁸⁴³.

¹⁸⁴¹ Jean-Marc FERRY, *Europe, la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, Paris, éd. du Cerf, 2005, 211 pages, spéc. p. 211.

¹⁸⁴² Jean-Marc FERRY, in Jean-Marc FERRY et Paul THIBAUD, *Discussion sur l'Europe*, Paris, Calmann-Lévy, 1992, 218 pages, spéc. p. 189. Voir aussi, du même auteur, *Europe, la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale, op. cit.*, p. 39 : « l'universalisme "par le haut" du patriotisme constitutionnel mérite le complément substantiel d'un universalisme compris comme reconnaissance des particularismes. [...] ce n'est plus seulement en tant que simples êtres humains, que les citoyens d'Europe ont à se reconnaître réciproquement, mais aussi en tant qu'individus formés dans des contextes culturels, linguistiques, nationaux différents, et collectivement porteurs d'une histoire chaque fois unique [...] afin qu'advienne ce dont une communauté politique postnationale a besoin pour exister : une communauté morale transnationale ».

¹⁸⁴³ Ainsi refusons-nous de souscrire à l'opinion professée par M. Maulin, lorsque celui-ci soutient que « le peuple-puissance, transcendant l'ordre juridique qu'il institue souverainement est une figure de la légitimité aujourd'hui dépassée », Eric MAULIN, « Révision d'un traité ou émergence d'un pouvoir constituant ? La procédure d'adoption et de révision de la constitution européenne », in Olivier BEAUD, Ingolf PERNICE,

Si la procédure constituante est primordiale en ce qu'elle doit permettre l'émergence d'un vouloir-vivre ensemble des citoyens de la Fédération, ce substrat moral n'est qu'une condition, nécessaire mais non suffisante, à la fondation de la Fédération qui doit emprunter le canal du pouvoir constituant. Cette remarque permet de tracer une ligne de démarcation nette entre l'intervention de la communauté des citoyens et celle des peuples des Etats. Si la participation de la communauté des citoyens doit être favorisée tout au long de la procédure constituante, il est exclu que cette entité se voie remettre le pouvoir de sanction constituante. L'existence de la Fédération tient en effet à ce que l'identité collective de la communauté globale des citoyens ne prenne pas le pas sur les allégeances nationales qui doivent subsister, ce qui se traduit juridiquement par la remise du pouvoir constituant *aux* peuples de la Fédération.

La transposition à l'Union européenne de cette conception du pacte fédératif implique de remettre le pouvoir constituant au sein de cette entité à l'ensemble des peuples européens, tout en ménageant une place privilégiée à l'expression de la communauté des citoyens de l'Union lors de la procédure constituante.

II. LE POUVOIR CONSTITUANT AU SEIN DE LA FEDERATION EUROPEENNE

757.- L'exemple de l'adoption de la constitution des Etats-Unis montre la présence essentiellement symbolique du peuple d'Union au cours de la procédure constituante, son existence présumée ayant seulement servi de justification aux innovations les plus controversées du projet élaboré par les conventionnels. Cet exemple permet ainsi d'émettre certaines propositions quant à l'apparence que pourrait revêtir le pouvoir constituant des peuples européens.

Arnaud LECHEVALIER et Sylvie STRUDEL (Dir.), *L'Europe en voie de constitution : pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 289-303, spéc. p. 295. S'il est vrai que le constitutionnalisme tend à réduire la figure du constituant au pouvoir constituant dérivé, la légitimité à la légalité, et le pouvoir à la compétence, il n'en reste pas moins que le concept de pouvoir constituant originaire, défini comme le pouvoir du peuple de fonder l'ordre juridique par l'adoption de l'acte constituant, reste le passage obligé de toute démocratie.

Ainsi, dans le cas de l'Union européenne, marquée par l'existence de cultures nationales diverses compliquant l'apparition d'une identité collective européenne, il peut paraître expédient d'aménager une place prépondérante au peuple d'Union au cours de la procédure constituante (A.), sans pour autant remettre en cause l'attribution du pouvoir de sanction constituante aux peuples européens, garante de l'existence des Etats membres au sein de la Fédération européenne (B.). Cette partie prospective nous permettra de proposer des pistes quant à la physionomie que pourrait revêtir le pouvoir constituant à l'échelle européenne.

A. L'aménagement de la procédure constituante

758.- L'aménagement de la procédure constituante doit essentiellement viser deux objectifs : le maintien de l'existence particulière des Etats, d'une part et la promotion par la délibération démocratique d'un vouloir-vivre ensemble des peuples européens porté par la communauté des citoyens¹⁸⁴⁴, d'autre part. Ces deux exigences peuvent se concrétiser de manière fort différente au cours de la procédure constituante. Nous proposerons quelques pistes de réflexions, en suivant les étapes de toute procédure constituante, scindée entre les décisions préconstituantes et les décisions constituantes proprement dites¹⁸⁴⁵.

759.- S'agissant des décisions préconstituantes, elles doivent forcément contenir un acte « déconstituant » dans la mesure où le passage de l'Union européenne actuelle à une Fédération européenne implique un changement du pouvoir à la base de l'Union, qui doit passer du pouvoir fondateur des Etats au pouvoir constituant des peuples européens.

L'objectif de maintien de l'existence des Etats impose selon nous de conférer un rôle primordial à ceux-ci dans l'adoption des décisions préconstituantes. Ainsi, la « décision d'initiative préconstituante » qui formalise la décision de recourir à l'adoption d'un pacte fédératif adopté par les peuples européens pourrait être prise par la collectivité des Etats membres, sous la forme d'une déclaration par exemple. Il convient en effet de garantir que le

¹⁸⁴⁴ Le professeur Jean-Denis Mouton note en ce sens que « l'hypothèse d'une forme d'organisation politique distincte à la fois d'une organisation internationale, d'une confédération mais aussi d'un Etat fédéral, ne peut faire l'économie [...] d'une forme de solidarité constitutive d'un démos », Jean-Denis MOUTON, « Les mutations de la notion de constitution et le droit international », *Civitas Europa*, n° 6/2001, pp. 23-36, spéc. p. 35.

¹⁸⁴⁵ Sur cette dichotomie, formalisée par le professeur Olivier Beaud (Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, *op. cit.*, pp. 263 et s.), voir *supra*, paragraphes 684.- et suivants.

passage à une Fédération européenne démocratique se fasse avec l'accord des Etats concernés. Cette même déclaration pourrait d'ailleurs contenir, à l'image de la déclaration de Laeken, les principes de forme et de fond qui devront régir la procédure constituante. Le mandat défini par les Etats pourrait ainsi prescrire, sur le fond, le respect des deux versants de l'idée de droit et, sur la forme, le respect de la démocratie délibérative ainsi que la participation des acteurs représentant les différents principes de légitimité qui structurent l'Union¹⁸⁴⁶. L'idée de la Convention pourrait d'ailleurs être reprise, avec quelques modifications destinées à renforcer la participation du peuple d'Union.

760.- Quant aux décisions proprement constituantes, à savoir l'initiative constituante et l'adoption constituante, elles pourraient être remises à la Convention, à l'exclusion de la sanction constituante qui doit quant à elle être remise aux peuples des Etats. Le rôle de la conférence intergouvernementale serait alors soit supprimé soit réduit à sa plus simple expression. Dans ce dernier cas, les chefs d'Etats et de gouvernement se limiteraient à soumettre le texte élaboré par la Convention à l'approbation des peuples d'Etat.

761.- Le rôle prégnant confié à la Convention est fonction de sa représentativité des différentes légitimités qui structurent l'Union. Une attention toute particulière doit dès lors être accordée à sa composition.

Tout d'abord, la Convention étant destinée à élaborer l'acte fondateur d'une Fédération européenne conçue comme une Union des peuples et des Etats, ces deux sources de légitimités doivent apparaître comme prépondérantes au sein de la Convention. Ainsi, il conviendrait de combiner la participation de représentants des Etats membres de l'Union, désignés par les gouvernements et des représentants des peuples, ces derniers étant désignés selon des modalités distinctes permettant de refléter la double allégeance citoyenne des individus au sein de l'Union, membres à la fois du peuple d'Union et de leur peuple d'Etat. On pourrait ainsi imaginer que les représentants des citoyens en tant que peuples d'Etats soient issus des parlements nationaux, tandis que les représentants des citoyens en tant que peuple d'Union soient directement élus par les citoyens européens. Cela permettrait ainsi de concrétiser la citoyenneté de l'Union en l'associant à un droit de participation politique dirigé

¹⁸⁴⁶ Il convient ici de noter que la définition d'un tel mandat par les Etats fondateurs n'est pas de nature à remettre en cause la nécessaire rupture constitutionnelle, inhérente à toute apparition du pouvoir constituant originaire, et qui réside bien ici dans le changement du titulaire du pouvoir constituant.

vers la légitimation de l'Union européenne dans son ensemble. Une telle élection devrait idéalement faire intervenir des partis politiques européens dont le rôle serait de structurer les débats autour de questions politiques à dimension véritablement européenne. La mobilisation des citoyens européens autour d'enjeux supranationaux contribuerait ainsi à l'émergence d'un véritable espace public européen renforçant la légitimité du moment constituant. A côté de ces représentants des gouvernements, des peuples d'Etat et du peuple d'Union devrait être ménagée une participation des institutions communautaires, susceptible d'apporter un éclairage plus technique et pratique sur les questions européennes.

Quant à la répartition des sièges entre ces différents représentants, il paraît essentiel de favoriser une représentation égalitaire des représentants du peuple d'Union, directement élus et des représentants des peuples d'Etats (ceux-ci incluant les représentants des citoyens choisis au sein des parlements nationaux et les représentants désignés par les gouvernements), les représentants des institutions communautaires ne représentant qu'un pourcentage réduit des conventionnels. Enfin, le rapport de tension existant entre le principe démocratique d'égalité des citoyens et le principe internationaliste d'égalité formelle des Etats devrait être résolu en faveur de l'égalité des citoyens, au moins pour les représentants du peuple d'Union directement élus par les citoyens.

762.- Ainsi envisagée, la Convention devrait permettre de donner une consistance politique à ce peuple d'Union qui n'existe à l'heure actuelle que de manière virtuelle par le biais d'une citoyenneté de l'Union dont nous avons souligné les carences. Or, lier la citoyenneté de l'Union à un droit de suffrage permettant au citoyen d'influer sur la définition des principes fondateurs de l'Union en construction constitue l'une des voies de l'émergence d'un patriotisme postnational, fondé sur des valeurs partagées et librement débattues entre les citoyens de l'entité politique correspondante. La configuration proposée n'aboutirait pas pour autant à méconnaître l'exigence de préservation des Etats, qui se voient représentés par le biais de leurs organes dirigeants et de leurs parlements. De plus, la citoyenneté de l'Union n'a pas d'existence juridique autonome, mais est encore médiatisée par la condition tenant à la possession de la nationalité d'un Etat membre.

Quant aux méthodes de travail de la Convention, elles devraient être guidées par les principes de transparence et de publicité des débats, ceux-ci devant être largement diffusés dans les médias. La couverture médiatique des travaux de la Convention devrait d'ailleurs être facilitée par la mise en évidence préalable des enjeux lors des élections des représentants

des citoyens de l'Union et par la perspective de l'adoption du texte par les citoyens. En effet, il est essentiel que le pouvoir de sanction constituante du pacte fédératif revienne aux peuples des Etats.

B. L'attribution du pouvoir de sanction constituante aux peuples européens

763.- Si le peuple d'Union doit se voir attribuer un rôle important au cours de la procédure constituante afin de favoriser l'expression d'un vouloir-vivre ensemble des peuples européens, celui-ci ne saurait être le titulaire du pouvoir constituant au sein de l'Union. En effet, le double principe de légitimité qui doit irriguer l'Union européenne envisagée sous le prisme d'une Union des peuples et des Etats impose de remettre le pouvoir de sanction constituante au peuple s'exprimant au sein des Etats membres de la Fédération. Si le pouvoir constituant des peuples doit constituer le principe sur lequel repose la Fédération, celui-ci ne saurait totalement se substituer au pouvoir fondateur des Etats, qui doit subsister dans la nouvelle entité. Le pouvoir de sanction constituante attribué aux peuples composant la Fédération doit alors être médiatisé par les Etats membres, reflétant ainsi la dualité inhérente à cette forme d'association politique.

Quelle pourrait alors être la physionomie du pouvoir constituant européen, dès lors que la sanction constituante doit être le fait des peuples et des Etats ? Ici encore, il convient de partir des enseignements relatifs à la nature de la Fédération et du pacte fédératif.

764.- En premier lieu, chaque peuple doit donner son accord à la conclusion du pacte fédératif. L'adoption unanime de l'acte fondateur de la Fédération est en effet inhérente à la définition du pacte fédératif comme acte fondé sur le principe du consensualisme. L'accord de chaque peuple est également requis pour que l'on puisse réellement parler d'acte des peuples réunis et non d'acte unilatéral émanant d'un peuple unique. La seule hypothèse pouvant éventuellement être jugée compatible avec notre conception du pacte fédératif est celle qui a permis l'adoption de la constitution américaine. L'adoption majoritaire du pacte fédératif peut ainsi être envisagée, à la condition expresse que ne soient liés par cet acte que les seuls Etats ayant exprimé, par la voix de leur peuple, leur volonté d'union. Cela pourrait

être le cas si quelques Etats membres de l'Union européenne décidaient de proposer à leurs peuples l'adoption d'une constitution dont l'entrée en vigueur serait subordonnée à la ratification d'un nombre d'Etats inférieur au nombre d'Etat membres, pourvu que les Etats dont les peuples refuseraient l'intégration accrue ne soient pas forcés d'adhérer à la nouvelle entité. En dehors de cette hypothèse, qui constitue selon Jean-Marc Ferry l'une des voies possibles d'émergence d'une véritable union *politique* européenne¹⁸⁴⁷, l'unanimité des Etats doit être la règle s'agissant de l'adoption du pacte fédératif. Comme nous l'avons noté en prélude à cette étude, l'analyse du titulaire du pouvoir de révision du pacte fédératif ne peut être d'aucun secours pour déterminer le titulaire du pouvoir constituant, dans la mesure où ces deux pouvoirs ne sont pas de même nature. Dans ces conditions, l'instauration d'une procédure de révision purement communautaire ou soumise à la ratification d'une majorité seulement d'Etats ne saurait remettre en cause la qualification de pacte fédératif, dès lors du moins que cet acte a été adopté à l'unanimité des peuples composant la Fédération.

765.- Cette première caractéristique du pouvoir constituant (l'accord nécessaire de chaque peuple) doit être conciliée avec la nécessaire médiatisation du pouvoir constituant par les Etats, que M. Jörg Gerkrath qualifie d'exercice « décentralisé » du pouvoir constituant européen¹⁸⁴⁸. La médiatisation de l'adoption du pacte fédératif par les Etats implique alors que l'expression du peuple leur soit juridiquement imputable. A cet égard, il nous paraît judicieux de maintenir l'exigence de la procédure de ratification par laquelle le pouvoir fondateur des Etats semble préservé. La ratification, procédure de droit interne permettant l'entrée d'un accord international au sein de l'ordre juridique de l'Etat considéré, présuppose en effet l'existence d'une personne juridique étatique. Etant à la charnière des deux ordres juridiques, la ratification permet de préserver tant le dualisme juridique qui caractérise la Fédération que le pouvoir fondateur des Etats.

Cette médiatisation du pouvoir constituant ne doit cependant pas être totale, sans quoi il paraît difficile de distinguer l'adoption du pacte fédératif de l'adoption du traité institutif d'une organisation internationale classique. Il convient ainsi que ce soit le pacte fédératif lui-même qui prévoie les modalités de ratification de ce texte, au lieu de renvoyer, selon la formule consacrée, aux règles constitutionnelles en vigueur. Cette condition est en effet la

¹⁸⁴⁷ Jean-Marc FERRY, *Europe, la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, op. cit., pp. 40 et s.

¹⁸⁴⁸ Cf. Jörg GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe, Modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des Communautés et de l'Union européennes*, thèse, Strasbourg, 1996, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1997, 425 pages, spéc. p. 264.

seule à permettre à la fois, de distinguer le pacte fédératif d'un simple traité constitutif d'une organisation internationale dont la ratification aurait été autorisée par les peuples des Etats membres, et de le différencier de la constitution d'un Etat fédéral, qui découle de l'action constituante *du* peuple d'un tel Etat.

Ces modalités de ratification devraient de plus tendre à favoriser l'expression directe du peuple, par le biais de l'élection d'assemblées *ad hoc* ou par la tenue de référendums de ratification. En effet, si, comme nous l'avons noté, la capacité de légitimation d'un peuple n'est pas liée à son homogénéité substantielle mais peut résulter d'une volonté commune de s'associer, il importe, soit que ce vouloir-vivre ensemble préexiste à l'association, soit que ce désir d'avenir partagé émerge lors de la procédure constituante. Or, tant l'élection de représentants chargés spécifiquement de ratifier le pacte fédératif que la consultation référendaire des peuples devrait permettre de favoriser l'émergence d'une conscience du nous par le débat publiquement organisé autour des enjeux de la ratification. La tenue d'un « référendum organisé de façon unitaire et aux dimensions européennes »¹⁸⁴⁹ pourrait de même être encouragée, cette hypothèse devant permettre de minimiser l'effet déformant des référendums précédemment relevé¹⁸⁵⁰, en axant le débat sur les enjeux proprement européens et non uniquement nationaux. Dans cette configuration cependant, le décompte des voix devrait nécessairement se faire au sein de chaque Etat, afin qu'aucun peuple ne puisse se voir imposer l'entrée au sein de la Fédération¹⁸⁵¹.

766.- Quant à la signification de ces « ratifications », elle est double. Dans le cadre de l'Union, l'ensemble des ratifications nationales doit être comprise comme l'expression du pouvoir constituant européen, celui-ci étant composé d'une pluralité de titulaires. Sous cet angle, l'acte constituant par lequel le pouvoir constituant européen adopte définitivement le pacte fédératif réside formellement dans un faisceau d'actes nationaux de ratification¹⁸⁵².

¹⁸⁴⁹ Cf. Thomas SCHMITZ, « Le peuple européen et son rôle lors d'un acte constituant dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 1739.

¹⁸⁵⁰ Voir *supra*, paragraphe 262.-

¹⁸⁵¹ Thomas Schmitz note d'ailleurs que cette solution est la seule à permettre que « la Constitution d'Union [le pacte fédératif], même si celle-ci est juridiquement à mettre au compte des Etats, soit cependant, d'un point de vue politique, directement rapportable à la volonté du peuple d'Union ». Thomas SCHMITZ, « Le peuple européen et son rôle lors d'un acte constituant dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 1740.

¹⁸⁵² Voir en ce sens la position défendue par Ingolf Pernice, selon laquelle les ratifications nationales pourraient être considérées comme un acte « originaire » des citoyens européens. Pour cet auteur, c'est déjà la situation qui prévaut au sein de l'ordre juridique communautaire, dans la mesure où c'est « par les procédures de ratifications [...] que les citoyens des Etats membres [...] ont constitué d'un commun accord les traités instituant la Communauté et l'Union européenne, c'est-à-dire une autorité publique européenne qui est *originnaire et autonome* et dont la légitimité repose uniquement sur la volonté commune des citoyens » (souligné par nous).

Cette pluralité de l'acte constituant permet d'envisager celui-ci comme un traité international (issu du pouvoir fondateur des Etats) d'un genre particulier dans la mesure où c'est le peuple lui-même qui a exprimé le consentement de l'Etat à être lié et non les organes constitutionnellement habilités à formuler ce consentement. Dans le cadre des Etats, l'acte de ratification doit être considéré comme un acte du pouvoir constituant originaire qui, même s'il n'emporte pas modification formelle de la constitution, affecte tout de même globalement la condition de l'Etat¹⁸⁵³ et donc révisé implicitement la constitution, ou plutôt réalise son « abrogation » au sens où l'entendait Carl Schmitt.

Concrètement, on pourrait imaginer la tenue d'un référendum incluant deux questions posées au peuple, quant à l'adoption du pacte fédératif, d'une part, et quant à la révision de la constitution d'autre part. Il conviendrait d'ailleurs de lier le sort de ces deux questions, afin d'éviter les éventuelles contradictions constitutionnelles qui pourraient résulter de deux décisions en sens contraire.



767.- Au final, l'approfondissement de la notion de pacte fédératif a montré que la remise du pouvoir constituant aux peuples composant la Fédération était indispensable afin de distinguer cet acte à la fois de la constitution et du traité et de maintenir le pluralisme inhérent à cette forme originale d'association politique. L'étude de cette notion a aussi enseigné que la pluralité de titulaires du pouvoir constituant devait être dépassée, le temps de l'adoption du pacte fédératif, afin que ce pacte puisse être considéré comme l'acte fondateur d'une nouvelle entité politique. La conciliation de ces deux conditions pourrait se traduire, selon nous, par l'intervention légitimante du peuple d'Union lors de la procédure constituante, le pouvoir de sanction constituante étant quant à lui remis aux peuples, leur consentement étant juridiquement imputable à leur Etat.

Ingolf PERNICE et Franz C. MAYER, « De la constitution composée de l'Europe », *RTDE*, 2000, pp. 623-647. spéc. p. 634. Si nous refusons de voir dans les ratifications actuelles l'action du pouvoir constituant européen, ces procédures pourraient, aux conditions ci-dessus définies, constituer le canal de l'expression de ce pouvoir.

¹⁸⁵³ En ce sens, Carl Schmitt a montré que « la fédération crée un nouveau *status* pour chacun de ses membres ; l'entrée dans une fédération signifie toujours pour le membre qui y adhère une modification de sa *constitution* », Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 513. Voir aussi p. 203 : « la fédération est un *status global* qui embrasse le *status* de chaque Etat membre. Donc au-delà de l'engagement strictement contractuel, chaque Etat est modifié en tant que totalité ».

La transposition de ces enseignements à l'Union européenne a permis d'entrevoir la physionomie que pourrait prendre le pouvoir constituant au sein d'une Fédération européenne à venir.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

768.- Partir de la conception de la Fédération entendue comme un moyen terme entre l'Etat fédéral et la confédération a permis de préciser les caractéristiques de son acte fondateur, le pacte fédératif. Reflétant la conception de la Fédération comme Union d'Etats et de peuples, le pacte fédératif doit être entendu comme l'acte des peuples des Etats composant la Fédération, même si une participation symbolique du peuple d'Union peut être aménagée lors de la procédure constituante.

769.- Ces enseignements peuvent être transposés dans une Union européenne modelée à l'image du modèle théorique de la Fédération. Une Fédération européenne pourrait alors émerger de l'adoption par les peuples européens d'un pacte fédératif élaboré par une instance chargée d'incarner leur volonté d'union. Le consentement des peuples européens, idéalement recueilli par la voie du référendum, devrait être décompté par Etat afin que le principe du consensualisme inhérent au pacte fédératif puisse être préservé.

770.- L'adoption, par les peuples européens réunis autour d'une idée d'œuvre commune, de l'acte fondateur de l'Union européenne serait selon nous à même de résorber le déficit démocratique sans remettre en cause l'existence des Etats membres. Mais le maintien *durable* de la Fédération européenne projetée ne peut se satisfaire du seul équilibre initial réalisé lors de l'adoption du pacte fédératif. Il convient dès lors de préciser quelles caractéristiques tenant au régime juridique du pacte seraient susceptibles de garantir la pérennité de la Fédération européenne et donc de l'idée d'œuvre portée par les peuples européens.

Chapitre 2.

Le maintien de l'existence des Etats

771.- La remise du pouvoir constituant aux peuples européens, suivant le modèle théorique de la Fédération, constitue selon nous l'une des voies permettant de combler le déficit démocratique engendré par l'action conjointe d'un pouvoir fondateur des Etats et de la fonction constituante des institutions communautaires. L'action combinée des peuples européens réunis autour d'une idée d'œuvre partagée peut ainsi fonder le pacte fédératif, entendu comme l'acte fondateur de l'Union européenne envisagée sous les traits de la Fédération. La nature juridique de ce pacte fédératif, à la fois traité et constitution, doit toutefois être mise en relation avec l'idée d'œuvre initialement voulue par les fondateurs. En effet, l'abandon du pouvoir fondateur des Etats n'emporte-t-il pas la renonciation corrélative à l'un des versants de l'idée d'œuvre initiale, à savoir le maintien des Etats particuliers au sein de la Fédération ?

772.- Cette question invite à s'intéresser à la substance du pacte fédératif et plus précisément aux mécanismes permettant la perpétuation de l'équilibre inhérent à la Fédération, qu'incarne l'idée d'œuvre ayant nourri le processus d'intégration européenne. En effet, même si nous avons montré que le pouvoir constituant populaire au sein de la Fédération devait passer par le filtre des Etats et donc s'exercer en leur sein, la substitution du pouvoir fondateur des Etats par le pouvoir constituant des peuples porte potentiellement atteinte à l'existence des Etats, du fait de la dimension unificatrice du principe démocratique. Cet inconvénient peut cependant être pallié par l'institutionnalisation de dispositifs propres à faire respecter l'existence particulière des Etats au sein de la Fédération. Suivant en cela l'intuition kantienne, reprise et développée sur le plan philosophique par M. Jean-Marc

Ferry¹⁸⁵⁴ et, sur le plan juridique, par le professeur Jean-Denis Mouton¹⁸⁵⁵, nous tenterons de démontrer la pertinence, au regard de l'idée de Fédération, de la reconnaissance par le pacte fédératif de véritables droits fondamentaux des Etats (section 1) faisant l'objet de garanties diverses au sein de la Fédération (section 2).

SECTION 1 : LA CONSECRATION DES DROITS FONDAMENTAUX DES ETATS PAR LE PACTE FEDERATIF

773.- La détermination des caractéristiques du pacte fédératif sera menée selon la « méthode finaliste » prônée par le professeur Olivier Beaud s'agissant de la Fédération, consistant à déduire le régime juridique d'une notion en fonction de son objet, de sa finalité. Selon cet auteur en effet, une telle méthode permet d' « éclairer non seulement les intentions politiques des auteurs d'une Fédération, mais aussi les institutions ou mécanismes juridiques qui en découlent »¹⁸⁵⁶. Dans cette optique, justifier la présence, au sein du pacte fédératif, de droits des individus et des Etats (II.) implique au préalable de préciser la notion de Fédération (I.).

I. LES CONCEPTIONS DE LA FEDERATION

774.- L'acception que nous avons retenue du pacte fédératif, envisagé comme un acte de nature mixte, à la fois contractuelle et constitutionnelle, implique corrélativement de retenir une certaine conception de la Fédération et des relations que cette entité entretient avec les peuples et les Etats dont elle tire son existence (B.). L'accent mis sur la nature mixte

¹⁸⁵⁴ Voir notamment Jean-Marc FERRY, *Europe, la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, Paris, éd. du Cerf, 2005, 211 pages. Voir aussi, du même auteur, *La question de l'Etat européen*, Paris, Gallimard, 2000, 322 pages.

¹⁸⁵⁵ Voir à ce titre Jean-Denis MOUTON, « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats dans le système communautaire ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 463-477.

¹⁸⁵⁶ Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, 433 pages, spéc. p. 274.

du pacte fédératif nous permettra au préalable d'écarter deux conceptions concurrentes et également contestables selon nous de la Fédération (A.).

A. Les « mésinterprétations »¹⁸⁵⁷ de la Fédération

La double nature du pacte fédératif oblige à écarter à la fois l'interprétation « égalitaire » de la Fédération (1.) et l'interprétation « nationale » de cette forme d'association politique (2.).

1. Le fédéralisme « égalitaire »

775.- Selon la première conception, que l'on peut qualifier de « fédéralisme égalitaire », le propre de la Fédération serait de supprimer toute relation hiérarchique entre les deux niveaux de gouvernement. Une telle acception du fédéralisme, que l'on retrouve notamment dans les écrits de Joseph Proudhon, repose sur l'accentuation de la dimension contractuelle du pacte fédératif au détriment de sa nature constitutionnelle. Ainsi, selon Proudhon, toute construction fédérative doit être fondée sur un « contrat fédératif » qu'il caractérise ainsi : « ce qui fait l'essence et le caractère du contrat fédératif [...], c'est que dans ce système les cocontractants [...] s'obligent synallagmatiquement et commutativement les uns envers les autres, et se réservent individuellement, en formant le pacte, plus de droits, de liberté, d'autorité et de propriété qu'ils n'en abandonnent »¹⁸⁵⁸.

Dans cette hypothèse, la préservation de l'existence des Etats ne prête pas à discussion, dans la mesure où elle est garantie par le fondement contractuel de la Fédération et son corollaire, la possibilité pour chaque partie au contrat de reconsidérer les termes de sa participation à l'ensemble.

¹⁸⁵⁷ Nous empruntons ce terme à Olivier Beaud qui a pointé deux travers dans les conceptions de la Fédération, qui sont le fédéralisme « anarchique », et le fédéralisme « étatique ». Voir à ce titre Olivier BEAUD, « La Fédération entre l'Etat et l'empire », in Bruno THERET (Dir.), *L'Etat, la finance et le social*, Paris, La découverte, 1995, p. 282-304, spéc. pp. 294 et s.

¹⁸⁵⁸ Pierre-Joseph PROUDHON, *Du principe fédératif et de la nécessité de reconstituer le parti de la révolution*, Paris, E. Dentu, 1863, 324 pages, spéc. p. 68.

776.- Cette conception du fédéralisme est celle qui a été défendue notamment par John C. Calhoun aux Etats-Unis durant les années 1830¹⁸⁵⁹. Selon Calhoun, les Etats membres de la fédération américaine doivent se voir reconnaître, en dernier ressort, le droit de juger de la constitutionnalité des lois fédérales et, corrélativement, le droit d'annuler sur leur territoire toute loi qu'ils jugeraient inconstitutionnelle. La théorie de l'annulation se base essentiellement sur la combinaison de deux arguments juridiques tenant au fondement de la constitution américaine envisagée du point de vue de ses auteurs, d'une part et à la nature du gouvernement fédéral, d'autre part. En effet, Calhoun considère que « le gouvernement fédéral émane des peuples des différents Etats, formant des communautés politiques distinctes, et agissant dans leur capacité souveraine et séparée de celle des autres, et non du peuple entier formant une communauté politique unique » et que, par conséquent, « la constitution des Etats-Unis est en fait un contrat (*compact*), dont chaque Etat est partie, selon les caractéristiques précédemment décrites et que les différents Etats ou parties, ont le droit de juger de ses infractions en cas de violation délibérée, manifeste et dangereuse de l'exercice des pouvoirs non délégués »¹⁸⁶⁰. Dans cet extrait de l'adresse à Fort Hill, rédigée par Calhoun en 1831 lors de la controverse relative à la loi sur le tarif douanier, les prémisses de la théorie de Calhoun apparaissent clairement.

L'ensemble de sa théorie repose en effet sur l'assimilation du pacte passé entre les *peuples*, à l'origine de la constitution de 1787, à un contrat entre les *Etats*¹⁸⁶¹ et sur la réduction corrélatrice du gouvernement fédéral au rôle d'agent des Etats membres. Les résolutions de Caroline du sud du mois de novembre 1832¹⁸⁶², qui consacrent l'annulation des lois fédérales sur les tarifs de 1828 et 1832 ne feront que retranscrire les propos de Calhoun. Or, si un auteur a pu dire de Calhoun « accordez-lui la pierre, et il peut construire

¹⁸⁵⁹ Sur John C. Calhoun et la théorie de l'annulation, voir Jean-Philippe FELDMAN, *La bataille du fédéralisme, John C. Calhoun et l'annulation (1828-1833)*, Paris, PUF, 2004, 294 pages.

¹⁸⁶⁰ John Caldwell CALHOUN, *The Fort Hill address*, 26 juillet 1831, texte intégral du discours disponible en anglais à l'adresse suivante : <http://www.thevrwc.org/Calhoun.pdf> (traduit par nos soins). Le discours continue ainsi : « ce droit d'interposition [...], qu'il soit nommé droit des Etats, droit de veto ou de nullification, doit être considéré comme le principe fondamental sur lequel repose notre système ».

¹⁸⁶¹ Cette subsomption des peuples sous leurs Etats respectifs apparaît à de nombreuses reprises dans les discours de Calhoun. En plus de l'extrait de l'adresse à Fort Hill, voir le discours du 26 février 1833, dans lequel Calhoun affirme clairement que « la Constitution est l'acte des Etats eux-mêmes ou, ce qui est la même chose, des peuples des divers Etats », cité in Jean-Philippe FELDMAN, *La bataille du fédéralisme, John C. Calhoun et l'annulation (1828-1833)*, *op. cit.*, p. 227.

¹⁸⁶² Trois textes ont été adoptés le 24 novembre 1832 par la Convention du peuple de Caroline du sud : une « adresse au peuple de Caroline du sud », une « adresse aux peuples des Etats », et enfin l'ordonnance d'annulation proprement dite (« *South Carolina ordinance of nullification* », texte disponible en anglais à l'adresse suivante : <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/states/sc/ordnull.htm>).

son église »¹⁸⁶³, la faille qui affecte l'ensemble de l'édifice calhounien réside selon nous dans l'assimilation faite entre le pouvoir constituant des peuples, qui constitue le soubassement du pacte fédératif et le « pouvoir fondateur »¹⁸⁶⁴ des Etats, qui caractérise les associations régies par le droit international. Certes, le pouvoir des Etats n'a pas totalement disparu avec l'adoption du pacte fédératif, ce dernier étant issu d'une double source de légitimité, à savoir les Etats et les peuples. Cette combinaison de deux légitimités ne doit pas être méconnue. Or, en réduisant le principe du pouvoir constituant des peuples à un sous-ensemble du pouvoir fondateur des Etats, Calhoun a mésestimé la dimension constitutionnelle du pacte fédératif, qui conduit selon nous à dénier tout droit de nullification aux Etats¹⁸⁶⁵.

Face à cette première « mésinterprétation » du fédéralisme, la seconde consiste à l'inverse à amplifier la dimension démocratique de l'acte fondateur de la Fédération et à passer sous silence la nature contractuelle de cet acte. Cette conception « nationale » de la Fédération doit également être écartée.

2. Le fédéralisme « national »

777.- L'arrêt *Marbury v. Madison* de la Cour suprême des Etats-Unis¹⁸⁶⁶ illustre bien cette conception « nationale » de la Fédération puisque la constitution y est considérée comme l'acte unilatéral du peuple américain.

On retrouve également une version légèrement édulcorée de cette conception particulière chez des auteurs tels que Daniel Webster¹⁸⁶⁷ ou encore Andrew Jackson, tous deux adversaires patentés de John Calhoun et qui consiste, sinon à nier, du moins à minimiser la nature contractuelle originelle de la constitution américaine. Cette conception appert de la proclamation du 10 décembre 1832, par laquelle Andrew Jackson, président des Etats-Unis, a solennellement répondu à l'ordonnance d'annulation de la Caroline du sud. Aux termes de ce texte, « les peuples des Etats-Unis ont formé la constitution, agissant par la voix des

¹⁸⁶³ Merrill D. PETERSON, *Olive branch and sword. The compromise of 1833*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1982, 144 pages, spéc. p. 63, cité in Jean-Philippe FELDMAN, *La bataille du fédéralisme, John C. Calhoun et l'annulation (1828-1833)*, op. cit., p. 10.

¹⁸⁶⁴ Sur cette notion voir *supra*, paragraphes 177.- et suivants.

¹⁸⁶⁵ Voir *infra*, paragraphes 811.- et suivants.

¹⁸⁶⁶ Cour suprême des Etats-Unis, *Marbury v. Madison*, 5 US (1 Cranch) 137 (1803), reproduit in Elisabeth ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, PUF, 2000, pp. 71-106.

¹⁸⁶⁷ Voir la plaidoirie de cet auteur (alors avocat) dans l'affaire *McCulloch v. Maryland*, dans laquelle il esquisse sa conception de la fédération américaine (texte disponible en anglais à l'adresse suivante : <http://www.lectlaw.com/files/case15.htm>). Il a par la suite développé cette thèse, en 1830, en tant que sénateur du Massachusetts, lors de la controverse l'ayant opposé à Robert Y. Hayne, sénateur de Caroline du sud.

assemblées d'Etats pour l'élaboration du pacte et par la voix de conventions populaires distinctes pour son adoption ; mais les termes utilisés dans ses dispositions montre qu'il s'agit d'un gouvernement dans lequel les peuples de tous les Etats sont collectivement représentés. Nous formons UN PEUPLE dans le choix du président et du vice-président. [...] La constitution des Etats-Unis forme donc un gouvernement, non une ligue, et bien qu'elle ait été conclue par le biais d'un contrat entre Etats, ou d'une autre manière, son caractère est le même. C'est un gouvernement dans lequel l'ensemble des peuples sont représentés, et qui opère directement sur les peuples et non sur les Etats »¹⁸⁶⁸.

Si la nature contractuelle originelle de la constitution n'est pas ici contestée, elle n'a aucune conséquence juridique en pratique, puisque la constitution doit être considérée à compter de sa mise en œuvre comme l'équivalent de la constitution d'une nation.

778.- Cette conception « nationale » de la Fédération irrigue la doctrine de la « souveraineté dualiste » selon laquelle le peuple, en adoptant la constitution, a divisé l'exercice de la souveraineté entre le gouvernement de l'Union et les Etats¹⁸⁶⁹. Par conséquent, de la même manière que le gouvernement fédéral, les Etats doivent être considérés comme souverains, mais seulement dans les limites des compétences qui n'ont pas été déléguées par la constitution.

Cette conception de la souveraineté dualiste, qui sous-tend de nombreux arrêts de la Cour suprême fédérale américaine¹⁸⁷⁰, n'est pas totalement opposée à la reconnaissance de droits conférés aux Etats. La théorie des « droits des Etats » ou « *States' rights* »¹⁸⁷¹ dont le

¹⁸⁶⁸ Proclamation du président Andrew Jackson, en date du 10 décembre 1832 (traduit par nos soins). Texte disponible à l'adresse suivante : <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/presiden/proclamations/jack01.htm>.

¹⁸⁶⁹ Cf. Samuel H. BEER, *To make a nation. The rediscovery of the American federalism*, Cambridge, London, The Belknap Press of Harvard University Press, 1994, 474 pages, spéc. pp. 20-21 : la théorie défendue par cet auteur est basée sur « la division de l'autorité entre le gouvernement fédéral et les gouvernements des Etats et sur les buts que cette répartition des compétences doit atteindre. [...] La Constitution est entièrement basée sur le principe de la démocratie et sur le présupposé de l'existence d'une nation. [...] La république américaine est une nation servie par deux niveaux de gouvernement, dont l'objet est de protéger et promouvoir le bien-être de la nation » (traduit par nos soins).

¹⁸⁷⁰ Cour suprême fédérale des Etats-Unis, *Mc Culloch v. Maryland*, 17 US (4 Wheat.) 316-411 (1819), reproduit in Elisabeth ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis, op. cit.*, pp. 129-161, spéc. p. 138 : « en Amérique les pouvoirs de souveraineté sont divisés entre le gouvernement de l'Union et ceux des Etats. Ils sont chacun souverains en ce qui concerne les buts confiés à l'un et jamais souverains en ce qui concerne les buts confiés à l'autre ».

¹⁸⁷¹ La référence faite à la doctrine des droits des Etats est trompeuse dans la mesure où ce terme a pu recevoir des acceptions très différentes selon les époques et les auteurs. Pour ne citer qu'un exemple, tant John Calhoun que le président Jackson sont considérés comme des défenseurs des droits des Etats mais, partant de prémisses distinctes quant à la nature unilatérale ou contractuelle de la constitution, ils en tirent des conséquences diamétralement opposées sur la substance de ces droits. Néanmoins, pour un aperçu historique de la doctrine des

président Jackson fut l'un des ardents défenseurs trouve d'ailleurs sa source dans cette acception de la Fédération. Cependant, les « droits des Etats » se limitent ici au respect d'une sphère d'action privilégiée découlant de la répartition des compétences effectuée par la constitution et ne sauraient en aucun cas inclure un droit d'annulation ni *a fortiori* de sécession, sous peine de détruire la nation que forment collectivement les Etats américains¹⁸⁷².

779.- Ces deux visions du fédéralisme, qui imprègnent à des degrés divers les débats relatifs aux relations entre les Etats et la Fédération, nous paraissent également contestables en ce qu'elles méconnaissent le dualisme qui caractérise cette forme d'association politique originale. En effet, si la théorie calhounienne permet d'envisager l'existence de droits des Etats prévus par le texte constitutionnel lui-même, ses conséquences, même relativisées par les garde-fous dont il a entendu entourer ce droit¹⁸⁷³, ne permettent pas d'assurer la pérennité de la Fédération qui doit être entendue comme une association *durable* entre les Etats. De l'autre côté, la position jacksonienne, si elle ne méconnaît pas les droits des Etats, leur donne un sens trop restreint et ne permet pas d'envisager le réel maintien de leur existence particulière au sein de la Fédération. Il convient donc de restituer la véritable signification de la Fédération.

B. La notion de Fédération à l'aune du droit cosmopolitique

780.- La double nature du pacte fédératif, à la fois constitutionnelle et contractuelle doit se refléter dans l'appréhension de la Fédération. Ainsi, la dimension constitutionnelle du pacte fédératif doit faire obstacle à toute perception « égalitaire » du fédéralisme. En ce sens, c'est bien une constitution qui a été adoptée par les peuples des Etats et qui s'impose, comme telle, à l'ensemble des sujets de cet ordre juridique, à savoir les Etats et les citoyens, en vertu

droits des Etats, voir Forrest MC DONALD, *States' rights and the Union : imperium in imperio*, University Press of Kansas, 2000, 296 pages. Pour une analyse actuelle de cette doctrine, telle qu'elle a été réactualisée par la Cour suprême pendant la présidence du *Chief justice* William Rehnquist (1986-2005), voir Kathleen M. SULLIVAN, « From States' rights blues to blue States' rights : federalism after the Rehnquist Court », *Fordham Law Review*, n° 75/2006, pp. 799-813.

¹⁸⁷² Voir *infra*, paragraphes 834.- et suivants.

¹⁸⁷³ Selon Calhoun, le droit d'annulation doit être exercé « de bonne foi » par un Etat, non pour porter atteinte à l'Union, mais au contraire pour soutenir cette forme d'association et la préserver de l'unification qui signerait sa disparition. De plus, le droit d'interposition ou d'annulation d'un Etat peut être contourné par une révision de la constitution, c'est-à-dire par l'action conjointe d'une majorité qualifiée d'Etats.

du principe de primauté¹⁸⁷⁴. Dans le même temps, la dimension contractuelle du pacte fédératif, qui reflète la permanence des Etats en tant que source de légitimité de la Fédération, s'oppose à toute interprétation « nationale » de cette entité politique. La Fédération doit donc se comprendre comme un ordre constitutionnel et postnational, ce qui correspond à l'idée cosmopolitique développée dans le projet philosophique kantien et actuellement reprise par des philosophes contemporains tels que M. Jean-Marc Ferry¹⁸⁷⁵ ou MM. Ulrich Beck et Edgar Grande¹⁸⁷⁶. La voie du droit cosmopolitique peut ainsi se révéler fructueuse pour définir la Fédération et les conséquences juridiques attachées à cette notion¹⁸⁷⁷.

781.- Dans son essai *Pour la paix perpétuelle* Kant prône la reproduction à l'échelle supranationale du schéma ayant permis aux hommes de sortir de l'état de nature et de se constituer en Etat¹⁸⁷⁸ afin de protéger les peuples du fléau de la guerre. La mise en place d'un Etat mondial (*Weltstaat* ou *Weltrepublik*) serait l'hypothèse la plus favorable au maintien de la paix, dans la mesure où un tel Etat disposerait du pouvoir de mettre en œuvre les décisions visant à garantir le maintien de la paix. Cependant, un tel Etat serait en pratique destructeur de la liberté des peuples et reviendrait à la situation dans laquelle « une pluralité de peuples ne constituerait qu'un seul peuple, ce qui [...] est en contradiction avec l'hypothèse »¹⁸⁷⁹ de préservation de l'existence des peuples. La problématique à laquelle est confronté Kant est par conséquent identique à celle qui irrigue la notion de Fédération et vise à penser l'institution d'un vaste ensemble englobant les Etats et s'imposant à eux (l'autorité de cette entité étant nécessaire à la préservation de la paix), sans toutefois les faire disparaître.

¹⁸⁷⁴ Il importe en effet de préciser que le droit issu de la Fédération s'impose dans les ordres juridiques internes non en vertu du principe de suprématie mais sur la base du principe de primauté. En effet, comme nous l'avons noté à propos de l'Union européenne, la suprématie ne se conçoit que dans le cadre d'un monisme juridique.

¹⁸⁷⁵ Voir notamment Jean-Marc FERRY, *Europe, la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, Paris, éd. du Cerf, 2005, 211 pages. Voir aussi, du même auteur, *La question de l'Etat européen*, Paris, Gallimard, 2000, 322 pages.

¹⁸⁷⁶ Ulrich BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme ?*, trad. de l'allemand par Aurélie Duthoo, Paris, Aubier, 2006, 378 pages, voir aussi Ulrich BECK et Edgar GRANDE, *Pour un empire européen*, trad. de l'allemand par Aurélie Duthoo, Paris, Flammarion, 2007, 412 pages.

¹⁸⁷⁷ Voir en ce sens Hugues DUMONT, « La question de l'Etat européen du point de vue d'un constitutionnaliste », *DS*, n° 53/2003, pp. 29-71.

¹⁸⁷⁸ Immanuel KANT, *Pour la paix perpétuelle. Projet philosophique*, orig. *Zum ewigen Frieden. Entwurf* (1795), trad. par Joëlle Lefebvre, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1985, 188 pages, spéc. p. 58 : « les peuples en tant qu'Etats peuvent être assimilés à des individus qui, dans leur état de nature (c'est-à-dire dans l'indépendance par rapport à des lois extérieures) se portent préjudice par le simple fait qu'ils existent les uns à côté des autres et dont chacun, au nom de sa sécurité, peut et doit exiger de l'autre qu'il entre en même temps que lui dans une constitution, semblable à la constitution civile, dans laquelle son droit peut être garanti à chacun ».

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*, p. 58.

Pour Kant, la résolution de l'aporie réside dans la mise en place d'une « fédération des peuples », caractérisée par l'existence de « droits fondamentaux des Etats »¹⁸⁸⁰. De même, selon M. Jean-Marc Ferry, la Fédération (qu'il nomme « Etat »¹⁸⁸¹ cosmopolitique) doit être basée sur une véritable constitution dont la particularité est de reconnaître et garantir, à l'échelle transnationale, tant les droits des individus que ceux des Etats ou, plus précisément, les droits des peuples¹⁸⁸².

782.- L'idéal cosmopolitique amène donc à concevoir la Fédération comme un ordre constitutionnel s'imposant aux Etats (ce qui implique d'accentuer le caractère constitutionnel du pacte fédératif) dans lequel l'existence des composantes étatiques est préservée par la Fédération elle-même, par le biais de la reconnaissance et de la garantie de véritables droits fondamentaux des Etats. La dimension contractuelle du pacte fédératif n'est pas mise au rebut dans cette construction mais n'intervient qu'en dernier ressort, en cas d'échec de la protection accordée par la Fédération et doit alors se matérialiser par des mécanismes propres à garantir la préservation effective de l'existence de l'Etat. La tension entre l'existence de droits fondamentaux des Etats au sein de la Fédération et la possible réactualisation de leur droit de regard sur le pacte permet ainsi de maintenir les deux visages du pacte fédératif.

La théorie cosmopolitique appliquée à la Fédération nous enseigne ainsi que cette forme d'association politique doit se caractériser par l'existence de deux éléments nodaux consacrés et garantis par le pacte fédératif : les droits fondamentaux des individus et les droits fondamentaux des Etats. Ces deux caractéristiques du pacte fédératif devraient

¹⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 122 : « la Nature pousse donc les Etats à [...] entrer dans une Fédération des peuples dans laquelle chaque Etat, même le plus petit, pourrait attendre sa sécurité et ses droits non pas de sa propre puissance ou de sa propre appréciation du Droit, mais uniquement de cette grande fédération des peuples (*foedus amphyctionum*), c'est-à-dire d'une force unifiée et d'une décision prise en vertu de lois fondées sur l'accord des volontés ».

¹⁸⁸¹ Kant désigne parfois la « fédération des peuples libres » par l'expression « Etat cosmopolitique ». De même M. Jean-Marc Ferry parle-t-il d'Etat cosmopolitique. Le terme nous paraît cependant inapproprié, dans la mesure où la notion d'Etat fait référence à la forme d'association politique fondée sur le principe du pouvoir constituant d'un peuple unique, ce que n'est pas la « fédération des peuples libres » envisagée par Kant. Au contraire, la notion de Fédération semble correspondre en tous points à la définition que Kant donne de l'« alliance des peuples pour la paix » (*Friedens- und Völkerbund*).

¹⁸⁸² Voir Jean-Marc FERRY, *Europe, la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, *op. cit.*, p. 128 : « la Constitution d'une république conçue comme union cosmopolitique doit reconnaître les individus à la fois sous leur aspect universel [...] et sous l'aspect particulier de l'identité dont ils seraient redevables à leur appartenance nationale ». Voir aussi Jean-Marc FERRY, *La question de l'Etat européen*, *op. cit.*, p. 91 : l'ordre cosmopolitique « ne saurait s'appuyer simplement sur une constitutionnalisation universelle des droits fondamentaux *individuels*, mais devrait résulter d'une reconnaissance également constitutionnelle des droits fondamentaux des *peuples* » (souligné par nous).

permettre de refléter la double nature de cet acte et ainsi de rendre effective l'idée fédérale selon laquelle l'existence de la Fédération ne remet pas en cause celle des Etats.

II. LES CARACTERISTIQUES DU PACTE FEDERATIF

Conformément à la théorie kantienne de l'Etat cosmopolitique, qui peut servir de trame philosophique à la théorie juridique de la Fédération, le pacte fédératif doit garantir les droits des individus (A.) aussi bien que ceux des Etats (B.) à l'intérieur de la Fédération. Cette caractéristique apparaît comme la traduction juridique de la double légitimité qui fonde la Fédération et de la double nature du pacte fédératif.

A. Les droits des individus dans le pacte fédératif

Si le premier article du projet kantien pour la paix met l'accent sur la nécessaire consécration des droits fondamentaux des individus (1.), celle-ci ne constitue qu'une première étape en direction d'un ordre véritablement cosmopolitique et doit être complétée par la reconnaissance de droits transnationaux tels que la liberté de circulation (2.).

1. Les droits fondamentaux des individus dans le pacte fédératif

783.- La question de l'ancrage d'un catalogue de droits fondamentaux des individus au sein du pacte fédératif a historiquement été débattue lors de l'élaboration de la constitution américaine.

Hamilton, dans le *Fédéraliste* n° 84, note ainsi que nul n'est besoin de consacrer les droits des individus au sein de la constitution, dans la mesure où la meilleure garantie de la préservation de ces droits réside dans l'attribution du pouvoir constituant au peuple. Dans la constitution élaborée par la Convention de Philadelphie, écrit-il, « le peuple n'abandonne rien ; et comme il conserve tout, il n'a pas besoin de faire des réserves particulières ». Et Hamilton de poursuivre en citant le préambule de la constitution américaine : « “Nous, le peuple des Etats-Unis, pour assurer les bienfaits de la liberté à nous-mêmes et à notre postérité, ordonnons et établissons cette constitution pour les Etats-Unis d'Amérique”. Il y a

là une meilleure reconnaissance des droits populaires que des volumes de ces aphorismes qui forment les traits les plus remarquables des *bills* de droit de plusieurs de nos Etats »¹⁸⁸³. On voit, dans l'esprit des Pères fondateurs de la constitution de 1787, le principe du pouvoir constituant du peuple rend sans objet l'existence d'une déclaration des droits au sein du texte constitutionnel.

Un autre argument est soulevé par Hamilton afin de démontrer l'inanité d'une déclaration des droits au sein de la constitution de l'Union. Les compétences limitées dont dispose le gouvernement fédéral sont selon cet auteur le plus sûr rempart contre la possibilité pour les institutions fédérales de porter atteinte aux droits des individus, ces derniers pouvant dès lors se satisfaire d'une protection des droits au niveau de leur Etat. Plus encore, l'existence d'un tel catalogue des droits fondamentaux pourrait conduire à reconnaître, dans ces domaines, un titre de compétence au gouvernement fédéral alors même que les auteurs de la constitution n'ont pas entendu lui conférer de tels pouvoirs¹⁸⁸⁴. On retrouve en substance les débats plus contemporains ayant entouré la question de la valeur juridique de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et qui ont été résolus par l'insertion de l'article 51, paragraphe 2, qui dispose : « la présente Charte ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour la Communauté et pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies par les traités ».

Conformément à ces arguments, la constitution de 1787 a été adoptée sans qu'il ne soit fait référence à un catalogue des droits fondamentaux des individus. Cette lacune a cependant été comblée par le premier Congrès, celui-ci ayant adopté, le 25 septembre 1789, les huit amendements formant le *Bill of Rights* de la constitution, témoignant de l'absence de pertinence des arguments hamiltoniens. En effet, de nombreuses raisons militent en faveur de la consécration d'un catalogue des droits fondamentaux des individus au cœur du pacte fédératif.

¹⁸⁸³ Alexander HAMILTON, *Le Fédéraliste* n° 84, in Alexander HAMILTON, John JAY et James MADISON, *Le Fédéraliste*, op. cit., p. 715.

¹⁸⁸⁴ *Ibid.*, p. 716 : « j'affirme que des bills de droits [...] seraient dangereux. Ils renfermeraient des exceptions à des pouvoirs qui ne sont point accordés par elle ; et, par cela seul, fourniraient des prétextes plausibles pour réclamer plus qu'elle n'accorde. [...] Pourquoi, par exemple, dirait-on que la liberté de la presse ne sera point restreinte, s'il n'existe aucun pouvoir qui puisse lui imposer de restrictions ? Je ne prétendrai pas que cette disposition établirait le pouvoir de la réglementer, mais elle fournirait évidemment à des hommes disposés à usurper, un prétexte plausible pour revendiquer ce pouvoir. Ils pourraient dire, avec quelque apparence de raison, [...] que la disposition qui défend de restreindre la liberté de la presse suppose évidemment que l'on a voulu conférer au gouvernement national le pouvoir de prescrire telle réglementation qu'il conviendra ».

784.- En premier lieu, le principe du pouvoir constituant du peuple ne saurait remplacer la déclaration des droits. Certes, le concept de pouvoir constituant implique la mise en place d'institutions qui, du fait de la suprématie de la constitution et de la hiérarchie pouvoir constituant/pouvoirs constitués qui en constitue le corollaire sont nécessairement subordonnées au pouvoir constituant, ce qui minimise les risques d'atteinte aux droits des individus. La limitation du pouvoir est encore plus marquée dans les systèmes juridiques composés, dans la mesure où, à la répartition horizontale des pouvoirs entre institutions s'ajoute une répartition verticale des compétences entre les deux niveaux de gouvernement qui se partagent l'exercice du pouvoir normatif sur le même territoire. Cette situation pourrait alors paraître propre à sauvegarder les droits fondamentaux. Il ne faut cependant pas confondre la répartition des compétences et la limitation du pouvoir. L'insuffisance de la séparation des pouvoirs au regard de la protection des droits fondamentaux est ainsi pointée par Benjamin Constant, qui note très justement que « ce qui importe, ce n'est pas que nos droits ne puissent être violés par tel pouvoir, sans l'approbation de tel autre, mais que cette violation soit interdite à tous les pouvoirs »¹⁸⁸⁵. De plus, on ne peut totalement exclure que les institutions, en dépit de leurs compétences théoriquement limitées, n'adoptent en pratique des mesures contraires aux droits des individus. L'aménagement institutionnel et procédural des compétences normatives doit dès lors s'accompagner de limites substantielles à l'action des institutions qui peuvent prendre la forme d'un catalogue des droits fondamentaux faisant l'objet d'une protection juridictionnelle.

785.- L'argument résultant de la limitation de la sphère des compétences du niveau fédéral combinée à la présence de déclarations des droits au niveau étatique doit de même être rejeté. L'exemple de l'Union européenne illustre à l'envi l'inadéquation de telles justifications. En effet, les Communautés ayant été circonscrites dès l'origine à la sphère strictement économique, les fondateurs n'avaient pas perçu l'utilité d'une déclaration des droits des individus qui, de plus, n'étaient pas en tant que tels destinataires des normes issues de cet ordre juridique. La consécration, par la Cour de justice, de l'effet direct du droit communautaire¹⁸⁸⁶ a cependant transformé les données initiales en tissant une relation directe, non médiatisée par les droits nationaux, entre les particuliers et l'ordre juridique

¹⁸⁸⁵ Benjamin CONSTANT, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France* (1815), in *Ecrits politiques*, Paris, Gallimard, 1997, 870 pages, spéc. p. 317.

¹⁸⁸⁶ CJCE, 5 février 1963, Van Gend en Loos, aff. 26/62, *Rec.* p. 3.

communautaire. L'absence de protection particulière des droits fondamentaux au niveau communautaire était d'autant plus flagrante que la Cour refusait l'invocation, par les Etats, des dispositions constitutionnelles protégeant les droits des individus à l'encontre d'un droit ne tirant sa validité que de ses sources propres¹⁸⁸⁷. Cette jurisprudence ayant généré une fronde des juridictions constitutionnelles allemande et italienne, la Cour a dû intervenir pour intégrer au sein du droit communautaire, par le biais des principes généraux du droit, les dispositions constitutionnelles et européennes garantissant les droits fondamentaux des individus¹⁸⁸⁸. A la nécessité pratique de la sauvegarde de l'ordre juridique communautaire, dont l'application effective était menacée, s'ajoutaient des arguments de fond tenant à la nécessité de limiter tout pouvoir s'exerçant sur les citoyens et à l'impossibilité de justifier que les compétences étatiques puissent échapper aux limites fixées par le constituant dès lors qu'elles étaient exercées au niveau supranational.

786.- Au-delà de la nécessité de limiter substantiellement toute puissance publique s'exerçant sur les individus, un autre argument permet de justifier la présence de déclarations des droits dans les entités de type fédéral. En effet, ces formes d'associations politiques sont caractérisées par l'existence d'une citoyenneté duale se superposant à la citoyenneté nationale et dont l'objet est de personnifier le corps politique de référence au niveau supranational. Chargée d'incarner le vouloir-vivre ensemble des différents peuples des Etats composant la Fédération, la communauté des citoyens doit se bâtir sur une identité collective fondée sur des valeurs partagées, cette forme d'identité postnationale étant seule à même de légitimer l'ordre juridique sans annihiler les identités nationales qui n'ont pas vocation à se dissoudre dans la Fédération. Dans cette optique, la consécration d'un catalogue de droits fondamentaux au sein du pacte fédératif est susceptible de contribuer à la formation d'une « culture politique partagée »¹⁸⁸⁹ seule à même, selon les partisans du patriotisme

¹⁸⁸⁷ CJCE, 4 février 1959, *Stork c/ Haute Autorité*, aff. 1/58, *Rec.* p. 43, spéc. pt. 4 : « la Haute autorité [...] ne saurait examiner le grief selon lequel, en prenant sa décision, la Haute autorité aurait violé des principes du droit constitutionnel allemand [...]. Il appartient à la Haute autorité d'examiner tous les accords et décisions qui tombent sous le coup de l'article 65 du traité et qui sont destinés à être appliqués sur le marché commun pour juger de leur conformité avec les dispositions de cet article et cela *sans égard à leur validité selon le droit interne* » (italiques ajoutées).

¹⁸⁸⁸ Voir *supra*, paragraphes 351.- et suivants.

¹⁸⁸⁹ Cf. Jean-Marc FERRY, *La question de l'Etat européen*, *op. cit.*, p. 74. Cet auteur montre que le respect des procédures démocratiques ne saurait suffire à la légitimation des normes, mais il convient que « la procédure démocratique reste articulée à la substance politique, soit : aux mouvements d'opinion que l'on sent autour de soi ». Or, à l'échelle supranationale, « une telle *substance politique* n'existe pas, et ne pourra se développer que sur la base d'une *culture politique partagée*, permettant aux citoyens minoritaires de comprendre pourquoi la

constitutionnel, de constituer le socle de la Fédération. Dans ce sens, la rédaction de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, prenant le relais de la consécration prétorienne des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne, paraît être conforme à la stratégie postnationale décrite par M. Jean-Marc Ferry, même si elle est pour l'instant dépourvue de toute force juridique contraignante¹⁸⁹⁰.

787.- D'autres arguments en faveur de la consécration de droits fondamentaux des individus découlent de l'analyse de la Fédération sous l'angle du droit cosmopolitique. Le cosmopolitisme doit se comprendre comme une technique de limitation externe des pouvoirs de l'Etat (s'ajoutant à la limite interne découlant de la constitution) visant en dernier ressort à protéger les individus, au besoin à l'encontre de leur propre Etat. L'insertion d'un catalogue de droits fondamentaux au sein du pacte fédératif permettrait alors de réaliser la prédiction de Jean-Marc Ferry, selon laquelle « un ordre de droit cosmopolitique rendrait *positifs* à l'échelle transnationale les droits fondamentaux individuels, en tant que principes à valeur constitutionnelle. Par suite ces principes seraient sanctionnables à partir d'une instance métanationale, c'est-à-dire opposables aux Etats nationaux eux-mêmes »¹⁸⁹¹.

788.- Ce mécanisme de protection des droits fondamentaux des individus, inhérent à la Fédération, existe au niveau européen, la Convention européenne des droits de l'Homme accordant à tout particulier le droit d'adresser directement à la Cour de Strasbourg une requête alléguant une violation par un Etat contractant de l'un des droits garantis par la Convention.

Au niveau communautaire de même, on assiste à la mise en place progressive d'un mécanisme de soumission des Etats aux droits fondamentaux garantis par les traités originaires. C'est tout d'abord la Cour de justice qui, par voie prétorienne, s'est reconnue compétente pour contrôler les actes des Etats lorsqu'ils mettent en œuvre le droit

majorité a voté dans un sens opposé à ses convictions. Une telle culture politique partagée suppose un espace public dédié à la mise en contact des différentes opinions » (*ibid.*, p. 79).

¹⁸⁹⁰ Le traité de Lisbonne remédie à cette situation dans la mesure où l'article ayant vocation à figurer à l'article 6 du traité sur l'Union européenne confère à cet instrument une valeur juridique équivalente à celle des traités. La situation n'est cependant pas encore idéale dans la mesure où le Royaume-Uni et la Pologne sont, comme nous l'avons noté précédemment, purement et simplement exemptés de son application par l'effet d'un protocole annexé au traité de Lisbonne.

¹⁸⁹¹ Jean-Marc Ferry, *La question de l'Etat européen*, *op. cit.*, p. 88.

communautaire¹⁸⁹² et, plus généralement, lorsqu'ils interviennent dans le champ d'application du droit communautaire¹⁸⁹³. Ensuite, c'est le traité d'Amsterdam qui a réalisé une importante avancée en imposant explicitement aux Etats candidats le respect des principes figurant à l'article 6, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, qui fait référence aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales. De plus ce traité met en place, à l'article 7 TUE, une procédure permettant de suspendre les droits découlant du traité (et notamment, le droit de vote), lorsqu'un Etat viole de manière « grave et persistante », les principes énoncés à l'article 6, paragraphe 1 TUE. Le traité de Nice a enrichi ce mécanisme en permettant aux Etats d'intervenir de manière préventive en cas de « risque clair de violation grave » desdits principes par un Etat membre, pour lui adresser des recommandations.

Le système devrait être parachevé par la reconnaissance de la valeur juridique de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont le principe a été posé par le traité de Lisbonne, ses dispositions s'appliquant aussi aux Etats membres de l'Union dans les limites tenant à leur intervention dans le cadre du droit communautaire¹⁸⁹⁴.

La combinaison de la sanction politique et juridictionnelle de l'atteinte aux droits fondamentaux des individus par les Etats membres de l'Union européenne illustre cette particularité de la Fédération selon laquelle le niveau supranational apparaît comme le garant, si besoin à l'encontre des Etats, des droits fondamentaux des individus¹⁸⁹⁵. Dans le modèle théorique de la Fédération, ce mécanisme se justifie par le fait que les peuples sont à l'origine de la Fédération, l'institutionnalisation de cette entité étant destinée, entre autres, à renforcer les limites imposées à l'action de l'Etat¹⁸⁹⁶. Dans l'Union européenne en revanche, cette

¹⁸⁹² CJCE, 13 juillet 1989, Wachauf, aff. 5/88, *Rec.* p. 2609.

¹⁸⁹³ Cf. CJCE, 18 juin 1991, ERT, aff. C-260/89, *Rec.* p. 2925 et, plus récemment, CJCE, 13 avril 2000, Karlsson, aff. C-292/97, *Rec.* p. I-2737 CJCE. En revanche, la Cour décline sa compétence dès lors que le lien avec le droit communautaire est trop ténu ou purement hypothétique. Cf. CJCE, 29 mai 1997, Kremzow, aff. C-299/95, *Rec.* p. I-2629.

¹⁸⁹⁴ Aux termes de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux, « les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ».

¹⁸⁹⁵ Dans cette optique, l'exemption dont devrait (aux termes du traité modificatif actuellement en discussion) bénéficier le Royaume-Uni quant à l'application de la Charte limite l'appréhension de l'Union européenne sous l'angle du droit cosmopolitique, dont l'un des objectifs est de soumettre les Etats à un droit qui s'impose à eux, afin de garantir les droits des individus.

¹⁸⁹⁶ C'est d'ailleurs le sens de la théorie du fédéralisme développée par Elisabeth Zoller, qui interprète ce mouvement comme représentant un accroissement de droits pour l'individu, Cf. Elisabeth ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel, contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *op. cit.*, et spécialement la conclusion, pp. 149 et s., intitulée « penser le fédéralisme à partir de l'individu ». Nous pensons cependant que le fédéralisme ne saurait se réduire à cette seule dimension, l'autre versant de cette théorie consistant en la défense des droits des Etats, ou droits des peuples.

subordination des Etats aux droits fondamentaux apparaît encore pour partie comme une autolimitation, cette entité résultant de l'action du pouvoir fondateur des Etats. Cependant, il convient de noter que cette autolimitation a été en grande partie conditionnée par la jurisprudence de la Cour de justice, sur laquelle il paraissait politiquement difficile de revenir, étant donné qu'elle visait à la protection des individus.

789.- Si la consécration de droits fondamentaux semble constituer l'une des caractéristiques du pacte fédératif, elle ne constitue pas la seule manifestation de la source de légitimité démocratique qui fonde la Fédération. En effet, si l'on suit les préceptes du cosmopolitisme, les individus doivent se voir reconnaître, outre des droits fondamentaux, des droits transnationaux liés à leur qualité de citoyen de monde.

2. Les droits « transnationaux » des citoyens dans le pacte fédératif

790.- Dans le projet kantien le droit transnational, qui constitue le dernier échelon du droit cosmopolitique, est essentiellement limité à un « droit de visite »¹⁸⁹⁷ (*Besuchsrecht*) qui implique de la part des différents Etats un devoir d'hospitalité et la reconnaissance de la libre circulation des personnes. D'ailleurs la libre circulation des personnes, reconnue par les Etats à tous les citoyens d'un même ensemble, est susceptible selon Kant de favoriser les contacts entre les individus et donc de « rapprocher toujours davantage le genre humain d'une constitution cosmopolitique »¹⁸⁹⁸.

Cette caractéristique du cosmopolitisme peut être identifiée à l'échelle de l'Union européenne, qui dès l'origine s'est attachée à consacrer la liberté de circulation des ressortissants des Etats membres et la liberté d'établissement sur l'ensemble du territoire communautaire. C'est d'ailleurs cette option fondamentale des pères fondateurs de la construction européenne qui autorise Jean-Marc Ferry à voir dans l'Union européenne « un exemple patent de droit cosmopolitique, d'incarnation de son projet philosophique »¹⁸⁹⁹. L'instauration de la libre circulation des personnes est en effet, selon Kant, le préalable à la constitution de la cité des peuples qu'il appelle de ses vœux, la multiplication des échanges

¹⁸⁹⁷ Kant définit ce droit de visite comme « le droit qui revient à tout être humain de se proposer comme membre d'une société, en vertu du droit à la commune possession de la surface de la terre », Immanuel KANT, *Pour la paix perpétuelle. Projet philosophique*, op. cit., p. 62.

¹⁸⁹⁸ *Ibid.*, p. 63.

¹⁸⁹⁹ Jean-Marc FERRY, *Europe, la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, op. cit., p. 131.

étant censée entraîner le décloisonnement des sociétés nationales et l'instauration corrélative d'une solidarité transnationale entre les individus. Or l'Union européenne semble avoir pris la mesure de cette « stratégie postnationale »¹⁹⁰⁰, la libre circulation des personnes ayant constitué un puissant facteur d'intégration. C'est d'ailleurs sur le fondement des dispositions conférant des droits aux ressortissants des Etats membres que la Cour a reconnu, dans l'arrêt Van Gend en Loos, que la Communauté constituait un « nouvel ordre juridique de droit international »¹⁹⁰¹, illustrant ainsi la pertinence du modèle kantien. De plus, la citoyenneté de l'Union est en passe de devenir, d'après la lecture particulièrement extensive qu'en donne la juridiction communautaire, un attribut de la mobilité des personnes dans l'espace européen¹⁹⁰². On en veut pour exemple l'arrêt Garcia Avello de 2003, dans lequel la Cour a admis que du fait de « l'ampleur des flux migratoires »¹⁹⁰³, les règles de filiation ne pouvaient plus s'apprécier « dans la vie sociale d'un Etat membre à l'aune du seul système applicable aux ressortissants de ce dernier Etat »¹⁹⁰⁴ mais devaient prendre en compte l'intérêt des ressortissants multinationaux ayant fait usage de leur liberté de circulation¹⁹⁰⁵. Enfin, comme nous l'avons noté précédemment, l'essentiel des droits politiques conférés aux citoyens de l'Union reposent sur l'exercice préalable, par leurs bénéficiaires, de la liberté de circulation. Il en va ainsi du droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen et aux élections municipales dans l'Etat membre de résidence. Il est d'ailleurs très révélateur que tant le traité établissant une constitution pour l'Europe que le traité de Lisbonne fassent du droit de circulation et de séjour le premier droit du citoyen de l'Union.

791.- Par la consécration de droits fondamentaux des individus et de droits visant à faciliter la mobilité des citoyens, les traités fondateurs de l'Union européenne s'inscrivent dans le sillage de la théorie de la Fédération interprétée à la lumière du droit cosmopolitique.

¹⁹⁰⁰ Voir en ce sens Jean-Marc Ferry, qui évoque une « stratégie postnationale » visant à obtenir une démocratie cosmopolitique par le biais d'une « ruse libérale ». En effet, en reconnaissant aux individus citoyens la liberté de circulation, ainsi que la possibilité de devenir ressortissants de l'Etat de leur choix, ce sont eux-mêmes qui, par l'exercice de ces libertés, choisiront en pratique le système de droit interne qui leur convient le mieux. Par cet *ersatz* de pouvoir constituant, il pourrait être affirmé que ce sont les citoyens qui sont à l'origine du système institutionnel. Cf. Jean-Marc FERRY, *La question de l'Etat européen, op. cit.*, pp. 109 et s.

¹⁹⁰¹ CJCE, 5 février 1963, Van Gend en Loos, aff. 26/62, *Rec.* p. 3, spéc. p. 23.

¹⁹⁰² Voir *supra*, paragraphes 348.- et suivants.

¹⁹⁰³ CJCE, 2 octobre 2003, Garcia Avello, aff. C-148/02, *Rec.* p. I-11613, *Annuaire de droit européen*, n° 1/2003, pp. 504-508, obs. Loïc AZOULAI.

¹⁹⁰⁴ *Ibid.*, spéc. pt. 42.

¹⁹⁰⁵ Voir aussi en ce sens les conclusions de l'avocat général M. Maduro présentées le 28 février 2008 dans une affaire C-499/06, Nerkowska, non encore publiées au *Recueil*. Dans ces conclusions, M. Maduro affirme ainsi que « l'intégration civile et sociale que, par le développement progressif d'un statut de citoyen de l'Union, le traité tend à promouvoir n'a pour horizon que les frontières externes de l'Union et invite donc à dépasser le cadre territorial des communautés nationales » (pt. 1).

Cependant, la théorie de la Fédération enseigne aussi que cette forme d'association politique doit être basée sur la reconnaissance et la garantie de véritables droits attribués aux Etats membres.

B. Les droits fondamentaux des Etats dans le pacte fédératif

792.- Selon Kant, le seul moyen de préserver la paix consiste pour les différents Etats à sortir de l'état de nature et à constituer, au-dessus d'eux, une fédération des peuples « dans laquelle chaque Etat, même le plus petit, pourrait attendre sa sécurité et ses droits, non pas de sa propre puissance ou de sa propre appréciation du droit, mais uniquement de cette fédération des peuples »¹⁹⁰⁶. Dans l'esprit de Kant par conséquent, la sauvegarde de l'Etat membre de la Fédération ne dépend plus de lui mais bien de la Fédération elle-même, par le biais de droits qui lui sont reconnus par cette entité et qui font l'objet d'une protection particulière.

Prolongeant la réflexion kantienne sur ce point, M. Jean-Marc Ferry envisage la Fédération¹⁹⁰⁷ comme une forme d'association politique caractérisée par la constitutionnalisation, au niveau fédéral, de droits fondamentaux des individus et des Etats. Son raisonnement se fonde sur la nécessaire médiation des Etats nationaux au sein de la Fédération, qui découle, comme nous l'avons montré, de l'exigence de préservation des Etats. Celle-ci implique la « constitution d'un ordre cosmopolitique, lequel ne saurait s'appuyer simplement sur une constitutionnalisation des droits fondamentaux individuels, mais devrait résulter d'une *reconnaissance également constitutionnelle des droits fondamentaux des peuples* »¹⁹⁰⁸. Selon cet auteur en effet, la notion de droits des Etats recouvre non seulement les droits des Etats, mais aussi, plus largement ceux des peuples, c'est-à-dire des individus considérés dans le lien qui les unit à leur communauté nationale¹⁹⁰⁹.

¹⁹⁰⁶ Immanuel KANT, *Pour la paix perpétuelle. Projet philosophique*, op. cit., p. 122.

¹⁹⁰⁷ Le terme de « Fédération » n'est pas employé par Jean-Marc Ferry, qui évoque une « *Communauté politique postnationale*, virtuellement *cosmopolitique* même si elle ne s'étend pas à la totalité des nations », Jean-Marc FERRY, *La question de l'Etat européen*, op. cit., p. 109. Cependant, il semble bien faire référence à la notion de Fédération telle que nous la concevons, dans la mesure où il la définit comme une figure « intermédiaire entre le *Bundesstaat* et le *Staatenbund* », (*ibid.*, p. 109).

¹⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 91 (italiques ajoutées).

¹⁹⁰⁹ Cf. Jean-Marc FERRY, *Europe la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, op. cit., p. 128 : « la Constitution d'une république conçue comme union cosmopolitique doit reconnaître les individus *à la fois* sous leur aspect universel (leur liberté en tant qu'hommes, leur égalité en tant que citoyens) *et* sous l'aspect particulier dont ils seraient redevables à leur appartenance nationale, en tant que représentants d'un peuple déterminé, avec ses traditions, son histoire, sa culture ». Voir aussi, *ibid.*, note n° 1, p. 133 : « le niveau du *jus gentium* touche certes d'abord aux relations entre Etats souverains (suivant la conception classique), mais aussi

C'est par conséquent dans la transposition, aux Etats (ou à leurs peuples), des droits traditionnellement attribués aux individus que se situerait la particularité de la Fédération, entendue comme union cosmopolitique.

793.- L'analyse du droit communautaire sous l'angle du droit cosmopolitique a trouvé un écho favorable chez certains juristes, qui se sont saisis de la notion de droits fondamentaux des Etats au sens du droit cosmopolitique¹⁹¹⁰ afin d'illustrer le statut d'Etat membre des Communautés et de l'Union européennes. Ainsi, le professeur Jean-Denis Mouton interprète l'article I-5 du traité établissant une constitution pour l'Europe, d'ailleurs repris par le traité de Lisbonne, comme consacrant la « reconnaissance implicite d'un véritable droit fondamental dans le système communautaire »¹⁹¹¹. Pour le professeur Loïc Azoulay, la jurisprudence actuelle de la Cour de Luxembourg, et plus particulièrement les arrêts Schmidberger¹⁹¹² et Omega¹⁹¹³, illustrent la « reconnaissance de prérogatives fondamentales et d'intérêts légitimes impératifs dans le chef des Etats membres »¹⁹¹⁴ qu'il qualifie expressément de « droits fondamentaux des Etats ». Témoignent de la même préoccupation les réflexions actuelles tendant à la définition d'un statut d' « Etat membre »¹⁹¹⁵ de la Communauté et de l'Union européennes, statut par lequel ces Etats se

aux relations entre les peuples considérés dans leur *identité*, indépendamment des implications liées aux *souverainetés* ».

¹⁹¹⁰ La notion de droits fondamentaux, telle qu'elle sera développée ici, est en effet distincte de la théorie internationaliste du même nom, dont Florence Poirat a démontré les limites. Cf. Florence POIRAT, « La doctrine des "droits fondamentaux" de l'Etat », *Droits*, n° 16/1992, pp. 83-91.

¹⁹¹¹ Jean-Denis MOUTON, « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats dans le système communautaire ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 463-477, spéc. p. 465.

¹⁹¹² CJCE, 12 juin 2003, Schmidberger, aff. C-112/00, *Rec. p. I-5659, Annuaire de droit européen*, n° 1/2003, pp. 514-518, obs. Loïc AZOULAI.

¹⁹¹³ CJCE, 14 octobre 2004, Omega, aff. C-36/02, *Rec. p. I-5659, Annuaire de droit européen*, n° 2/2004, pp. 786-790, obs. Dominique RITLENG.

¹⁹¹⁴ Loïc AZOULAI, chronique de jurisprudence de la CJCE, *Annuaire de droit européen*, n° 1/2003, pp. 514-518, spéc. note 153, p. 517.

¹⁹¹⁵ Sur la notion d'Etat membre, voir les actes du colloque de l'Annuaire de droit européen du 23 juin 2006, « L'Etat membre de l'Union européenne », publiés in *Annuaire de droit européen*, n° 2/2004. Voir aussi Florence CHALTIEL, « Contribution à la théorie juridique du statut de l'Etat membre de l'Union européenne : l'exemple français » in François HERVOUËT (Dir.), *Démarche communautaire et construction européenne*, Paris, La documentation française, 2000, vol. 1, pp. 163-178 ; Jean-Louis QUERMONNE, « L'adaptation de l'Etat à l'intégration européenne », *RDP*, 1998, pp. 1405-1420 ; Henri OBERDORFF, « La France, Etat membre de l'Union européenne », in Gérard DUPRAT (Dir.), *L'Union européenne, droit, politique, démocratie*, Paris, PUF, 1996, pp. 81-108 ; Maryvonne HECQUART-THERON, « La notion d'Etat en droit communautaire », *RTDE*, 1990, pp. 693-711 ; Eric DAVID, « L'Etat-communautaire », in Gabriel ECKERT, Yves GAUTIER, Robert KOVAR et Dominique RITLENG (Dir.), *Les incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2007, 460 pages, spéc. pp. 13-37.

distingueraient de l'Etat tel qu'il est traditionnellement défini en droit international¹⁹¹⁶. Bien qu'elle n'utilise pas expressément le terme de « droits fondamentaux des Etats », Mme le professeur Hélène Gaudin s'est efforcée de démontrer que le statut d'Etat membre des Communautés et de l'Union européennes serait caractérisé par « l'homogénéité [...] des droits et des devoirs de l'Etat »¹⁹¹⁷. De même, le professeur Olivier Beaud a montré que l'une des caractéristiques de la Fédération consistait dans la « métamorphose de l'Etat-monade en "Etat membre" »¹⁹¹⁸, l'Etat membre étant lui-même spécifié par l'octroi de « droits et obligations résultant du pacte fédératif dont l'importance dépasse [...] celle que les membres individuels d'une association peuvent avoir »¹⁹¹⁹.

794.- Cependant, la reconnaissance et la garantie de droits fondamentaux des Etats n'est-elle pas en contradiction avec l'objectif particulier de cette forme d'association politique, à savoir la préservation des Etats au sein de la Fédération ? En effet, si l'Etat doit le maintien de son existence en tant qu'Etat à la Fédération, peut-il encore être considéré comme un véritable Etat ? Ne devrait-on pas plutôt reconnaître qu'il n'a d'Etat que le nom, dès lors que, à l'instar de l'Etat fédéré, il tire son essence d'un ordre juridique qui le surplombe ?¹⁹²⁰

En premier lieu, il ne saurait être défendu que la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats porte atteinte à leur souveraineté puisque cette notion ne doit plus, selon nous, être comprise comme étant liée à celle d'Etat. Nous avons en effet démontré que l'apparition du concept de pouvoir constituant avait engendré un mouvement d'extériorisation de la souveraineté, celle-ci ne se trouvant plus dès lors au sein de l'ordre

¹⁹¹⁶ Voir sur ce point Jean-Denis MOUTON, « La notion d'Etat et le droit international public », *Droits*, n° 16/1992, pp. 45-58. Voir aussi, du même auteur, « Retour sur l'Etat souverain à l'aube du XXIème siècle », in *Etat, société et pouvoir à l'aube du XXIème siècle : mélanges en l'honneur de François Borella*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1999, pp. 319-334.

¹⁹¹⁷ Hélène GAUDIN, « L'Etat vu de la Communauté et de l'Union européennes », *Annuaire de droit européen*, n° 2/2004, pp. 231-256, spéc. p. 254.

¹⁹¹⁸ Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 201 (la citation est tirée du titre du chapitre VI de cet ouvrage).

¹⁹¹⁹ *Ibid.*, p. 157.

¹⁹²⁰ Mme Gaudin est confrontée à une question similaire lorsqu'elle tente de mettre en lumière le statut de l'Etat membre, tel qu'il résulte des traités institutifs. Selon cet auteur, « l'Etat se voit donc attribuer une définition extérieure, il s'échappe à lui-même [...]. N'étant plus, dans ce cadre, maître de sa qualification qui passe par d'autres canaux, serait-il en voie de devenir une chose de l'organisation européenne ? », Hélène GAUDIN, « L'Etat vu de la Communauté et de l'Union européennes », *op. cit.*, p. 233.

juridique mais à son fondement¹⁹²¹. La notion de souveraineté étant dès lors confondue avec la souveraineté constituante du peuple, la reconnaissance de droits fondamentaux des Etats ne peut porter atteinte à la souveraineté du peuple, qui est sauvegardée par l'attribution du pouvoir constituant de la Fédération *aux* peuples qui forment cette entité. Plus encore, il nous semble que la reconnaissance par la Fédération de droits fondamentaux des Etats, bien loin d'amoindrir leur existence en tant qu'Etats, ne fait que la renforcer. En ce sens, si la reconnaissance par le pacte fédératif de droits fondamentaux des *individus* a pu être lue comme l'ajout d'une nouvelle limitation, externe cette fois, à l'action des Etats, la présence de droits fondamentaux des *Etats* au sein du pacte fédératif peut être envisagée comme un renforcement de la souveraineté constituante de chaque peuple, désormais garantie par le niveau fédéral¹⁹²². Il faut ici considérer le pacte fédératif comme l'acte des différents peuples de la Fédération s'accordant autour de la conservation de leur existence politique en tant que peuple étatique¹⁹²³.

795.- En définitive, la protection de l'existence politique des peuples implique que celle-ci soit reconnue et garantie par le pacte fédératif lui-même¹⁹²⁴. Ce droit des peuples à l'existence politique et plus précisément à l'existence en tant qu'Etat peut lui-même être décliné en plusieurs droits, que la doctrine qualifie de « droits fondamentaux »¹⁹²⁵ par analogie avec les droits fondamentaux des individus.

¹⁹²¹ Le professeur Michel Troper qualifie ainsi la souveraineté de « principe d'imputation », Michel TROPER, « La souveraineté comme principe d'imputation », in Olivier GOHIN et Armel PECHEUL (Dir.), *La nouvelle Union européenne. Approches critiques de la Constitution européenne*, Paris, Editions François-Xavier de Guibert, 2005, pp. 31-50.

¹⁹²² En ce sens, Akhil Reed Amar montre que le fédéralisme, tel que le concevaient les Pères fondateurs de la constitution américaine, était avant tout destiné à préserver la souveraineté des peuples, en faisant en sorte que chaque niveau de gouvernement soit la sentinelle du respect des droits fondamentaux des individus par l'autre niveau de gouvernement. Akhil Reed AMAR, « Of sovereignty and federalism », *Yale Law Journal*, n° 96/1987, pp. 1425-1520.

¹⁹²³ Carl Schmitt montre à ce propos que la Fédération « vise à maintenir l'existence politique de tous les membres dans le cadre de la Fédération. Il en résulte que la constitution fédérale contient dans tous les cas (même lorsqu'elle ne le mentionne pas explicitement), une garantie de l'existence politique de chaque membre de la Fédération », Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 515. Voir aussi, en ce sens, Carl Friedrich, qui note que la Confédération se donne pour objectif « de résister à une pression extérieure à laquelle tous les membres [sont] également exposés », Carl FRIEDRICH, *La démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF, 1958, 564 pages, spéc. p. 165. Voir également Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, op. cit., p. 278 : « la Fédération est ce nouvel être politique créé pour prolonger l'existence politique des Etats monades devenus Etats membres ».

¹⁹²⁴ Voir en ce sens Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, op. cit., p. 184, qui montre que dans la Fédération « le statut "étatique" des unités fédérées est à la fois reconnu et garanti par le droit fédéral ».

¹⁹²⁵ Cf. Jean-Marc FERRY, *La question de l'Etat européen*, op. cit., pp. 90 et s. ; voir aussi Jean-Denis MOUTON, « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats dans le système communautaire ? », op. cit.

796.- Ainsi, la préservation de l'étatité des membres de la Fédération européenne devrait emporter un *droit à l'existence* en tant qu'Etat, sujet autonome de droit international, un *droit au respect de l'intégrité* de l'Etat dans ses éléments constitutifs (territoire, peuple et gouvernement) et un *droit au respect de l'égalité* entre les Etats conditionnant la défense effective, par l'Etat, de ses intérêts. Ce même droit à l'égalité serait lettre morte si l'Etat ne se voyait reconnaître un véritable *droit de participation* aux décisions communes au sein de la Fédération.

Quant à la souveraineté constituante du peuple proprement dite, elle doit se comprendre comme le droit de tout peuple, au sein de la Fédération, de décider de son existence en tant que peuple. Ce principe inclut donc, tout d'abord, un *droit au respect de l'autonomie constitutionnelle* qui doit être compris comme le droit de chaque peuple de prendre les décisions politiques essentielles concernant l'Etat qu'il met en place¹⁹²⁶ et qui peut se décliner en un droit au respect de l'identité nationale¹⁹²⁷, d'une part, et un droit au respect de l'identité constitutionnelle, d'autre part (principalement la structure de l'Etat, l'aménagement institutionnel, et les droits fondamentaux tels qu'ils résultent de la constitution des Etats).

A l'instar des droits fondamentaux des individus, ces droits fondamentaux des Etats ou des peuples, peuvent être classés en trois catégories, à savoir les droits civils (droit à l'existence, droit au respect de l'intégrité, droit au respect de l'autonomie constitutionnelle ou droit au respect de l'identité nationale), les droits civiques ou politiques (droit de participation de l'Etat au niveau central, droit au respect de l'égalité), et les droits sociaux (droit à la solidarité¹⁹²⁸ notamment).

Ces droits des Etats, qui sont l'expression d'un principe plus général d'un droit des peuples à l'existence politique au sein de la Fédération, devraient être reconnus par le pacte fédératif. Cette reconnaissance peut être explicite, insérée dans un catalogue des droits

¹⁹²⁶ Georges Scelle insiste particulièrement sur deux droits des Etats au sein de la Fédération : le droit à l'existence, et le droit à l'autonomie. Cf. Georges SCELLE, *Le fédéralisme européen et ses difficultés politiques*, Nancy, Centre universitaire européen, 1952, 57 pages, spéc. p. 14 : « un pacte fédéral garantit l'existence personnelle des communautés politiques préalablement existantes et leur garantit aussi l'usage des compétences qui sont nécessaires pour gérer leurs intérêts autonomes. Cette garantie est d'essence constitutionnelle ».

¹⁹²⁷ Selon Thierry Chopin, le respect des identités nationales constitue le « ciment » de toute construction fédérale. Cf. Thierry CHOPIN, *L'héritage du fédéralisme ? Etats-Unis / Europe*, Paris, Notes de la Fondation Robert Schuman, 2002, 89 pages, spéc. p. 63. Article disponible à l'adresse suivante : <http://www.robert-schuman.org/notes/notes8.pdf>.

¹⁹²⁸ Sur ce point voir notamment Jean-Marc FERRY, *La question de l'Etat européen, op. cit.*, pp. 99 et s.

fondamentaux des Etats¹⁹²⁹ faisant écho aux droits fondamentaux des individus. En l'absence d'une telle reconnaissance explicite, l'existence de ces droits peut tout de même découler d'une analyse des dispositions qui en organisent la garantie.

797.- Au niveau de l'Union européenne nous avons vu que les droits des Etats ne faisaient pas l'objet d'une consécration explicite dans les traités originaires. Le traité de Maastricht a apporté une légère inflexion à ce constat, en affirmant, à l'article F (devenu article 6, paragraphe 3) TUE que l'Union respecte l'identité nationale de ses Etats. Si cette déclaration ne peut être en elle-même comparée à un véritable droit subjectif des Etats au respect de leur identité nationale, du fait notamment de son absence de juridicité, certains arrêts de la Cour témoignent cependant de l'émergence d'un tel droit au respect de l'identité nationale¹⁹³⁰ fondé d'autres dispositions du traité. L'article I-5 du traité établissant une constitution pour l'Europe, repris par le traité de Lisbonne, va dans le sens d'un approfondissement de la référence aux droits fondamentaux des Etats dans la mesure où le droit à l'égalité est expressément consacré, tandis que le droit au respect de l'identité nationale est étoffé dans ses deux dimensions que sont l'identité culturelle et l'identité constitutionnelle. L'esquisse d'un droit à l'existence en tant qu'Etat peut être décelé dans l'affirmation du respect dû à l'intégrité territoriale, aux fonctions essentielles de l'Etat et à sa structure constitutionnelle, qui fait écho à la conception de l'Etat comme consistant en la réunion d'un territoire, d'un gouvernement effectif et d'un peuple (ce dernier étant ici appréhendé dans sa dimension de pouvoir constituant).

Plus généralement, le système institutionnel fait une large place aux Etats, qui sont représentés directement au Conseil et indirectement dans les autres institutions¹⁹³¹, garantissant ainsi le droit de participation des Etats à la prise de décision commune. Ce droit est ainsi décliné tant pour l'adoption des révisions que, plus généralement, pour celle de tout acte normatif. Ainsi, la mise en œuvre des compétences de l'Union voit l'intervention de l'organe représentant la légitimité interétatique modulée en fonction de la sensibilité de la matière eu égard aux intérêts essentiels des Etats. Des dispositions telles que le compromis de

¹⁹²⁹ En ce sens, voir le chapitre IV de la Charte de l'Organisation des Etats Américains relatif aux « droits et devoirs fondamentaux des Etats ».

¹⁹³⁰ Voir *supra*, paragraphes 425.- et suivants.

¹⁹³¹ L'exemple de la Cour de justice est à cet égard patent, le traité de Nice ayant modifié les dispositions relatives à sa composition afin d'imposer le principe selon lequel « la Cour de justice est composée d'un juge par Etat membre » (article 221 TCE).

Ioannina accentuent encore cette volonté de ne pas heurter ce que les Etats considèrent comme relevant de leurs intérêts vitaux.

Quant au droit à la solidarité¹⁹³², il n'est pas expressément consacré par les traités mais sous-tend les dispositions relatives à la politique de cohésion économique et sociale¹⁹³³ et, selon une formule plus incantatoire, la politique extérieure de l'Union¹⁹³⁴. Le traité établissant une constitution pour l'Europe multiplie les références à la solidarité et innove en insérant deux dispositions qui peuvent être rapprochées de l'expression d'un droit à la solidarité : la clause de solidarité¹⁹³⁵ et de la clause de défense mutuelle¹⁹³⁶.



798.- La transposition des principes directeurs du droit cosmopolitique à la théorie de la Fédération ont permis d'envisager cette forme d'association politique comme étant caractérisée par la présence, au sein du pacte fédératif, de droits des individus et de droits des Etats, ces derniers étant l'expression du principe, inhérent à toute Fédération, du droit des peuples à leur existence politique en tant qu'Etats¹⁹³⁷.

¹⁹³² Sur cette question, voir les interventions de Joël RIDEAU, « La solidarité des Etats membres dans les relations extérieures » ; Sophie PEREZ, « Existe-t-il un droit des Etats membres à la solidarité territoriale ? » ; Thierry GARCIA, « Existe-t-il un droit des Etats membres à une assistance humanitaire ? » et Joël BOUDANT, « La solidarité européenne entre dépendance énergétique et contraintes commerciales », in Jean-Denis MOUTON et Jean-Christophe BARBATO (Dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux des Etats en droit communautaire ?*, à paraître.

¹⁹³³ Voir les articles 158 et suivants du traité CE.

¹⁹³⁴ Voir l'article 11, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne : « les Etats membres appuient activement et sans réserve la politique extérieure et de sécurité de l'Union dans un esprit de loyauté et de solidarité mutuelle. Les Etats membres oeuvrent de concert au renforcement et au développement de leur solidarité politique mutuelle. Ils s'abstiennent de toute action contraire aux intérêts de l'Union ou susceptible de nuire à son efficacité en tant que force de cohésion dans les relations internationales. Le Conseil veille au respect de ces principes ».

¹⁹³⁵ Article I-43 TECE : « L'Union et ses Etats membres agissent conjointement dans un esprit de solidarité si un Etat membre est l'objet d'une attaque terroriste ou la victime d'une catastrophe naturelle ou d'origine humaine [...] ». Cette clause a été reprise par le traité modificatif et devrait figurer à l'article 222 du traité sur le fonctionnement de l'Union.

¹⁹³⁶ Article I-41, paragraphe 7 TECE : « Au cas où un Etat membre serait l'objet d'une agression armée sur son territoire, les autres Etats membres lui doivent aide et assistance par tous les moyens en leur pouvoir, conformément à l'article 51 de la charte des Nations unies [...] ». Cette clause a été reprise par le traité modificatif et devrait figurer à l'article 42, paragraphe 7 du traité sur l'Union européenne.

¹⁹³⁷ L'examen des traités fondateurs de l'Union européenne montre que ceux-ci possèdent déjà, de manière plus ou moins latente, ces deux caractéristiques. Réserve faite de l'absence de pouvoir constituant des peuples, qui empêche de comparer l'Union européenne à une Fédération véritable, le mouvement d'intégration européenne peut être analysé comme un mouvement de fédéralisation de l'ordre juridique communautaire.

Cette dernière caractéristique, qui signe l'originalité de la Fédération, est primordiale dans la mesure où elle permet en dernier ressort de maintenir l'existence des Etats au sein de la Fédération. Cependant, la seule reconnaissance de droits fondamentaux des Etats par le pacte fédératif ne saurait suffire à la sauvegarde des entités composant la Fédération. La question des modalités de garantie de ces droits doit dès lors retenir toute notre attention.

SECTION 2 : LA GARANTIE DES DROITS FONDAMENTAUX DES ETATS

799.- Trois types de garanties sont envisageables afin de préserver les droits fondamentaux des Etats au sein de la Fédération : les garanties institutionnelles (I.), juridictionnelles (II.), et politiques (III.). L'analyse de ces garanties ainsi que de leurs modalités de réalisation concrète sera conduite à l'aune des caractéristiques des droits fondamentaux des Etats, tout en gardant à l'esprit l'idée centrale de la Fédération que restitue la nature mixte du pacte fédératif et qui consiste à assurer la coexistence de deux entités politiques sur un même territoire.

I. LA GARANTIE INSTITUTIONNELLE DES DROITS FONDAMENTAUX DES ETATS

La question qu'il convient ici de poser est relative à la possibilité de garantir les droits des Etats et, plus particulièrement, le droit des peuples à leur existence politique en tant qu'Etats distincts par le biais de l'aménagement institutionnel.

800.- Pour la doctrine traditionnelle, cette question ne fait pas sens, dans la mesure où le seul moyen pour un Etat de préserver son étaticité est de maîtriser la procédure de révision, ce qui revient justement à dire qu'il est un Etat. En effet, nous avons vu que la majorité des auteurs considèrent que le critère de l'Etat réside dans la souveraineté, entendue comme la « compétence de la compétence », ce qui se traduit juridiquement par le fait que les

Etats sont les « maîtres des traités ». Le seul aménagement institutionnel à même de préserver l'existence de l'Etat réside donc dans la maîtrise de la procédure de révision (ce qui est une tautologie dans l'optique classique).

801.- Une telle conception ne saurait selon nous être soutenue. Nous avons en effet souligné que l'apparition du concept de pouvoir constituant avait entraîné une transformation radicale du concept de souveraineté, qui se limite désormais à caractériser le pouvoir du peuple d'adopter l'acte constituant. En ce sens, ce n'est plus tant la *souveraineté* entendue comme compétence de la compétence que *l'existence* des Etats, en tant qu'expression de la souveraineté constituante du peuple, qu'il conviendrait de préserver dans la Fédération. Or ce droit des peuples à leur existence politique peut être garantie par des procédés institutionnels qu'il convient dorénavant d'examiner.

802.- Tout d'abord, la première garantie du droit à l'existence politique des peuples réside dans leur participation au pouvoir constituant de la Fédération. Par là même, les peuples composant la Fédération sont à même de poser le principe de leur droit à l'existence en tant qu'Etats, ainsi que les mécanismes permettant de le préserver. Cette première caractéristique de la Fédération est notée par le professeur Olivier Beaud, qui relève que dans cette forme d'association politique « les peuples fédérés protègent leur existence politique en participant à l'exercice du pouvoir constituant “fédéral” »¹⁹³⁸. Ayant déjà exploré la configuration que pourrait prendre le pouvoir constituant des peuples au sein de la Fédération¹⁹³⁹, nous nous limiterons à rappeler cette première garantie, tout en rappelant que les développements qui y sont consacrés ne valent que pour le pouvoir constituant proprement dit et non pour le pouvoir de révision.

803.- La maîtrise du pouvoir de révision ne saurait en effet, en théorie tout du moins, constituer une garantie institutionnelle à l'existence politique des peuples composant la Fédération. Comme nous l'avons montré en préalable à cette étude, faire de la détention du pouvoir de révision le critère de l'Etat méconnaît le fait que ce pouvoir n'est, en tout état de cause, qu'un pouvoir constitué, et comme tel soumis au respect du pouvoir constituant et à

¹⁹³⁸ Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, op. cit., p. 341.

¹⁹³⁹ Voir *supra*, chapitre précédent.

l'idée d'œuvre l'ayant animé. Si l'on transpose ce raisonnement à la Fédération, l'idée d'œuvre doit nécessairement inclure la préservation des Etats, inhérente à cette forme d'association politique. Cette idée d'œuvre, posée par les peuples des Etats, cotitulaires du pouvoir constituant au sein de la Fédération, ne saurait être remise en cause par les institutions, ce que le professeur Olivier Beaud qualifie « d'intangibilité du principe fédéral »¹⁹⁴⁰. Par conséquent, le fait que ce soit la Fédération, par le biais de ses organes, ou l'ensemble des Etats, par la voie majoritaire ou unanime, qui détienne le pouvoir de révision au sein de la Fédération ne devrait pas influencer sur l'existence des Etats au sein de cette entité.

En pratique cependant, il peut être difficile de garantir que le titulaire du pouvoir de révision respecte les limites qui lui sont assignées. C'est en ce sens que la question des garanties institutionnelles retrouve un intérêt, dans la mesure où l'aménagement adapté de la procédure de révision peut inciter le titulaire du pouvoir de révision à rester dans les limites de ses compétences. En ce sens, il paraît judicieux de permettre aux Etats de conserver la mainmise sur la procédure de révision, par le biais du maintien de l'unanimité des Etats, tout au moins dans les domaines les plus importants¹⁹⁴¹. L'exigence d'une adoption ou d'une ratification unanime des amendements au pacte fédératif pourrait être accompagnée par une implication des institutions représentant les Etats. Un tel mécanisme institutionnel permettrait d'éviter une usurpation, par le titulaire du pouvoir de révision, de la souveraineté constituante que détiennent collectivement les peuples réunis au sein de la Fédération.

804.- Au sein de l'ordre juridique communautaire, en dépit de l'existence de procédures spécifiques de révision, le principe reste celui de l'unanimité des Etats, tant pour l'adoption que pour la ratification des amendements aux traités. De plus, les Communautés et l'Union européenne ont aménagé les procédures de révision de manière à faire intervenir les institutions représentant les différentes légitimités qui structurent cet ensemble¹⁹⁴². Les dispositions actuelles pourraient donc tout à fait convenir dans l'optique d'une Fédération européenne. L'unanimité des Etats membres, lors de l'adoption ou de la ratification des amendements, serait alors exigée pour les révisions les plus conséquentes, les simples

¹⁹⁴⁰ Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, op. cit., p. 322.

¹⁹⁴¹ Olivier Beaud note de même, bien que sur le fondement d'une justification différente, que « la liberté de s'unir [au sein de la Fédération] implique aussi la liberté de modifier le pacte initial », Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, op. cit., p. 108.

¹⁹⁴² Sur l'analyse des procédures de révision, voir *supra*, paragraphes 226.- et suivants.

adaptations ou mises en œuvre des dispositions existantes pouvant se satisfaire d'une révision majoritaire ou purement communautaire. Il serait toutefois envisageable de modifier quelque peu l'équilibre actuel, de manière à refléter le changement engendré par l'attribution du pouvoir constituant aux peuples européens. Ainsi, l'association de la communauté de citoyens pourrait être réalisée par le biais d'une collaboration accrue du Parlement européen, tant au niveau de l'initiative que de l'élaboration de la révision. Quant aux Etats, leur intervention au cours de la procédure de révision pourrait être assurée par l'institution représentant la légitimité interétatique (le Conseil européen ou le Conseil des ministres) mais aussi par une association accrue des parlements nationaux. Une répartition équilibrée des légitimités s'exprimant au cours de la procédure de révision est ainsi susceptible de faciliter la perpétuation de l'idée d'œuvre, qui s'attache à poursuivre le mouvement d'intégration tout en conservant l'existence des Etats membres.

805.- Plus généralement, l'aménagement institutionnel équilibré constitue l'un des moyens de promouvoir le respect des droits fondamentaux des Etats dans une entité fédérale donnée, non seulement lors de la mise en œuvre de la procédure de révision, mais aussi lors de l'édiction, par les institutions fédérales, de dispositions normatives. Au sein de l'Union européenne, certaines dispositions, proches par leur esprit du compromis de Luxembourg, témoignent de la légitimité de l'appel à la notion d'intérêts essentiels des Etats¹⁹⁴³. De même, la possibilité de mener des coopérations renforcées dans des domaines considérés comme sensibles peut œuvrer au maintien des prérogatives étatiques.

806.- En dernier lieu, il convient d'accorder une attention particulière à la répartition des compétences au sein de la Fédération. Certes, en théorie, la répartition des compétences étant le fait du peuple, celui-ci peut très bien choisir de conférer l'essentiel des compétences à la Fédération, sans pour autant que sa souveraineté constituante ne soit réduite à néant. Cette conclusion s'impose d'autant plus que, comme nous l'avons vu, la Fédération se caractérise par la reconnaissance et la garantie de droits fondamentaux des Etats dont l'objet est de pérenniser l'existence politique des peuples et leur choix de s'incarner en un Etat. Pour autant, le réalisme politique impose de tenir compte de la teneur des compétences attribuées à

¹⁹⁴³ Voir *supra*, paragraphe 525.-. Le traité de Lisbonne a d'ailleurs renforcé les dispositifs institutionnels permettant aux Etats de faire valoir leurs intérêts essentiels (voir à titre d'exemple l'article 31, paragraphe 2 du traité sur l'Union européenne qui fait référence aux « raisons de politique nationale vitales »).

la Fédération. En particulier, il semble que l'octroi à la Fédération d'un *jus belli* exclusif pourrait porter atteinte à l'objectif de conservation des entités étatiques. En effet, dans ce cas la Fédération pourrait s'opposer, par la force, à la mise en œuvre de la garantie ultime des droits fondamentaux des Etats, c'est-à-dire du droit de retrait. La possibilité pratique, sinon théorique, de la disparition des composantes de la Fédération en tant qu'entités politiques implique par conséquent de veiller à prévoir une répartition équilibrée des compétences au sein de la Fédération et, en tout état de cause, de ne pas conférer au niveau central le monopole de l'emploi de la force armée¹⁹⁴⁴.

L'exclusion de la force au sein de la Fédération semble donc constituer l'une des voies permettant de garantir la pérennité de cette forme d'association politique originale, qui doit être conçue comme étant fondée sur le règne du droit. Cela ne remet nullement en cause les tentatives européennes en matière de politique étrangère et de sécurité commune, pour autant que celle-ci n'a pas pour horizon la mise en place d'une armée européenne et la disparition corrélative des armées et de la politique étrangère nationales.

807.- Si tous ces dispositifs institutionnels sont propres à assurer le respect des éléments essentiels de l'identité des Etats, il paraît difficile d'y voir de véritables garanties de droits fondamentaux des Etats. Il s'agit plus en effet de droits des Etats liés à leur appartenance à l'union qui les englobe et, plus précisément, de la manifestation d'un « droit de participation » des Etats aux décisions qui les concernent. Néanmoins, la présence de telles dispositions dans le pacte fédératif peut apparaître comme la traduction institutionnelle des droits fondamentaux des Etats consacrés par ailleurs dans le pacte fédératif. Il n'en reste pas moins que, par essence, la notion de « droits fondamentaux » implique l'idée de justiciabilité, et donc de garantie juridictionnelle.

¹⁹⁴⁴ Ce qui ne signifie pas qu'une Fédération européenne ne puisse aménager une certaine utilisation commune de la force. Voir en ce sens Jean-Denis MOUTON, « L'Union européenne, modèle original de combinaison de la force et du droit ? » in Rafâa BEN ACHOUR et Slim LAGHMANI (Dir.), *Le droit international à la croisée des chemins. Force du droit et droit de la force*, Paris, Pedone, 2004, pp. 273-314.

II. LA GARANTIE JURIDICTIONNELLE DES DROITS FONDAMENTAUX DES ETATS

Avant d'aborder la question des modalités de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux des Etats au sein de la Fédération (B.), il convient tout d'abord de s'interroger sur la question de savoir, pour paraphraser Kelsen, « qui doit être le gardien du pacte fédératif ? »¹⁹⁴⁵ (A.).

A. *Qui doit être le gardien du pacte fédératif ?*

La question de l'interprète du pacte fédératif est d'une importance primordiale dans la théorie de la Fédération en général (1.). Elle a cependant trouvé une application particulière s'agissant de la question de la préservation des droits fondamentaux des Etats au sein de la Fédération, dans l'histoire constitutionnelle américaine (2.).

1. La question de l'interprète du pacte fédératif dans la théorie de la Fédération

808.- La plupart des théoriciens de la Fédération soulignent que la viabilité de la Fédération réside dans l'instauration d'une juridiction chargée de trancher les conflits pouvant survenir entre les Etats et la Fédération.

Selon M. Olivier Beaud, la Fédération doit se prémunir de toute résurgence de la souveraineté entendue comme puissance publique une et indivisible. Ceci implique que la division de la puissance publique, qui se traduit au niveau institutionnel par la répartition des compétences entre la Fédération et les Etats membres, soit constitutionnellement protégée et juridictionnellement garantie par une Cour fédérale¹⁹⁴⁶. Hans Kelsen a de même montré l'importance de la répartition des compétences entre l'Etat fédéral *stricto sensu* et les Etats fédérés, celle-ci étant considérée comme le « noyau politique de l'idée fédéraliste »¹⁹⁴⁷. L'exigence relative à la parité fédérative requiert cependant qu'aucun des deux niveaux de

¹⁹⁴⁵ Hans KELSEN, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?* orig. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein ?* (1931), trad. par Sandrine Baume, Paris, Michel Houdiard, 2006, 138 pages.

¹⁹⁴⁶ Olivier BEAUD, « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *op. cit.*, p. 110.

¹⁹⁴⁷ Hans KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution. La justice constitutionnelle », *RDP*, 1928, pp. 197-257, spéc. p. 254.

pouvoir n'opère cette délimitation, qui doit être remise à l'Etat fédéral *lato sensu*, c'est-à-dire à l'ordre juridique global (*Gesamtordnung*) les regroupant, régi par la constitution générale (*Gesamtverfassung*). Quant à « la protection de cette limite constitutionnelle des compétences entre Confédération et Etats membres [qui est] une question politique vitale », elle ne peut être résolue, selon Kelsen, que par « une instance objective qui décide ces luttes de façon pacifique [...] c'est-à-dire un tribunal constitutionnel »¹⁹⁴⁸.

809.- Pour autant, certains auteurs refusent de conférer le pouvoir de juger en dernier ressort de la violation du pacte fédératif à un organe juridictionnel, qui ne peut être que partie au conflit. Ainsi, Carl Schmitt (qui au surplus est opposé, pour d'autres raisons, au principe de la justice constitutionnelle¹⁹⁴⁹) montre que la remise de la qualité d'arbitre à une juridiction émanant de l'un des deux niveaux de gouvernement revient à accorder à celui-ci le pouvoir de trancher le conflit existentiel, c'est-à-dire la souveraineté. Même la construction imaginée par Kelsen et qui consiste à soutenir que l'instance chargée de juger le conflit doit être pensée comme un organe, non de l'Etat fédéral *stricto sensu* ni des Etats fédérés, mais comme une instance paritaire émanant de l'ordre juridique global (*Gesamtordnung*) ne trouve pas grâce à ses yeux. Certes, dans ce cas, la juridiction se tient au-dessus des parties mais alors c'est elle qui doit être considérée comme souveraine.

Pour Carl Schmitt, les conflits mettant en cause les relations entre la Fédération et les Etats ne peuvent être juridictionnalisés mais requièrent au contraire une décision politique qui ne peut qu'aboutir à la disparition de la Fédération. En effet, soit c'est le peuple de l'un des Etats qui décide qu'il y a conflit existentiel et qui par conséquent revendique le droit de définir l'existence politique de la Fédération, mettant un terme à l'existence politique propre de celle-ci. Soit au contraire c'est le peuple de la Fédération qui tranche le conflit existentiel en sa faveur, comme pendant la guerre de Sécession aux Etats-Unis, signant par là même la disparition de l'existence politique des Etats fédérés. Toute la construction schmittienne de la Fédération tient dans cet état de tension entre la possibilité, à chaque instant, de survenance d'un conflit existentiel, dans la mesure où chaque peuple est seul juge de l'existence d'un

¹⁹⁴⁸ *Ibid.*, p. 254.

¹⁹⁴⁹ Carl Schmitt est en effet opposé au principe de la justice constitutionnelle au motif que juger la constitutionnalité d'une loi suppose de prendre une décision politique et que ce choix ne peut être normé et ne peut donc être résolu selon une procédure juridictionnelle. Restaurant les idées de Benjamin Constant sur le « pouvoir neutre », Carl Schmitt plaide pour l'attribution du rôle de « gardien de la Constitution » à une instance politique neutre, qu'il voit dans la personne du Président du Reich. Pour la réfutation de cette thèse, voir Hans KELSEN, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, *op. cit.*

conflit et de sa résolution¹⁹⁵⁰, et sa non-actualisation, qui dépend de facteurs sociologiques tels que l'homogénéité des peuples de la Fédération.

810.- On peut cependant objecter à la théorie schmittienne de ne pas tenir compte de ce que toute juridiction est un pouvoir constitué qui tient son existence de la constitution et, en dernier ressort, du pouvoir constituant qui l'a fondée. Liée par ses choix initiaux, elle doit donc appliquer strictement la constitution qui les formalise afin de faire respecter l'équilibre voulu par le constituant, la question du non-respect de ces limites étant pour l'instant laissée en suspens¹⁹⁵¹. Ceci permet d'envisager la remise du pouvoir d'interprétation authentique à un organe juridictionnel sans pour autant que soit tranchée la question de la souveraineté¹⁹⁵².

Dans la Fédération, ce pouvoir ne peut être remis qu'à un organe juridictionnel fédéral, dans la mesure où c'est le pacte fédératif lui-même qui contient les dispositions régissant les relations entre le niveau central et les Etats membres et, en particulier, la répartition des compétences entre les deux. Nous souscrivons donc à l'idée selon laquelle l'interprétation authentique doit être exclusivement conférée à un organe juridictionnel central, ce droit étant retiré aux Etats du fait de l'usage qu'ils pourraient en faire, usage potentiellement contradictoire avec l'objectif de maintien *durable* de la Fédération. En effet, comme l'a bien montré M. Beaud, l'interprétation authentique du pacte fédératif par les Etats et son corollaire, le droit d'annuler les actes issus de cet ordre sont « une négation de la fédération car on subordonne son existence à un consentement permanent de ses membres »¹⁹⁵³.

L'histoire constitutionnelle américaine atteste de la nécessité de remettre le pouvoir d'interprétation au niveau central et, corrélativement, de le soustraire à la compétence des Etats.

¹⁹⁵⁰ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 519 : « tout peuple doué d'une existence politique tranche nécessairement lui-même et à ses propres risques les problèmes de son existence politique. Même la question de savoir s'il existe une question existentielle ne peut être tranchée que par lui tant qu'il a une existence politique ».

¹⁹⁵¹ En effet, en dépit de ces limites théoriques à l'action du juge, on ne peut exclure qu'il outre passe ses fonctions et porte atteinte par son pouvoir d'interprétation à l'existence des Etats. Nous examinerons ultérieurement les mécanismes permettant de réduire l'éventualité de survenance d'une telle hypothèse. Voir *infra*, paragraphes 834.- et suivants, spéc. paragraphe 839.-

¹⁹⁵² Voir en ce sens Thierry CHOPIN, *L'héritage du fédéralisme ? Etats-Unis / Europe*, *op. cit.*, p. 69 : « contre l'argument décisionniste selon lequel un ordre politique ne peut acquérir la stabilité nécessaire sans autorité souveraine détenant la compétence de trancher les conflits en dernier ressort, la théorie politique du fédéralisme a avancé l'idée selon laquelle seul un règlement juridictionnel des conflits de compétences était à même de garantir la stabilité de la Fédération ».

¹⁹⁵³ Olivier BEAUD, « La Fédération entre l'Etat et l'empire », *op. cit.*, p. 295.

2. La question de l'interprète du pacte fédératif dans l'histoire constitutionnelle américaine

La question de savoir qui doit interpréter le pacte fédératif a été mise en lumière par l'histoire constitutionnelle américaine. De l'affaire des résolutions du Kentucky et de Virginie à l'issue de la guerre de Sécession, cette question a fait l'objet d'importantes controverses liées aux incertitudes quant à la nature juridique de la constitution de 1787.

811.- Moins de dix années après l'entrée en vigueur de la constitution américaine, celle-ci fut l'objet de controverses lors de l'adoption, par les législatures du Kentucky et de Virginie, de résolutions déclarant inconstitutionnelle la loi fédérale sur la sédition¹⁹⁵⁴. Le fondement de ces résolutions réside dans l'analyse des conséquences découlant de la nature contractuelle de la constitution, censée conférer à chaque Etat le droit d'interpréter lui-même le pacte constitutionnel et ainsi d'être seul juge de la violation de ses dispositions. Dans sa version édulcorée, soutenue notamment par Madison lors de l'affaire des résolutions précitées, le droit d'interprétation authentique des Etats ne leur conférerait qu'un droit d'« interposition », c'est-à-dire le droit de déclarer inconstitutionnel l'acte considéré comme litigieux, sans que cette déclaration n'entraîne aucune conséquence juridique¹⁹⁵⁵.

Cette conception de la constitution comme contrat fut reprise avec véhémence par le sénateur John Calhoun, dans les années 1830, à propos des lois sur le tarif douanier considérées comme nuisant gravement aux intérêts des Etats du sud. De l'accentuation de la dimension contractuelle de la constitution découle, selon Calhoun, le droit absolu de juger de l'étendue des obligations imposées par le pacte. Il en déduit la possession, par les Etats, d'un véritable droit de « nullification »¹⁹⁵⁶ de la législation fédérale, qui doit être remis au corps législatif et non à une juridiction dans la mesure où les questions de constitutionnalité sont selon Calhoun des questions politiques. Ce droit de nullification doit être compris comme un

¹⁹⁵⁴ Le texte de ces résolutions est disponible à l'adresse suivante : <http://www.constitution.org/rf/vr.htm>.

¹⁹⁵⁵ James MADISON, *Report on the Virginia Resolutions*, janvier 1800 : « la constitution des Etats-Unis résulte de la sanction des Etats, donnée par ceux-ci dans leur capacité souveraine [...]. Les Etats souverains étant parties au pacte constitutionnel, il en résulte nécessairement qu'il ne saurait y avoir aucun tribunal supérieur à leur autorité, pouvant décider, en dernier ressort, si le pacte qu'ils ont eux-mêmes consenti a été violé ; et, en conséquence, en tant que parties, ils leur revient de décider en dernier ressort, quelles sont les questions d'un degré tel qu'elles méritent leur interposition » (traduit par nos soins). Le texte intégral du rapport est disponible à l'adresse suivante : http://www.constitution.org/rf/vr_1799.htm.

¹⁹⁵⁶ John C. CALHOUN, *The Fort Hill address*, 26 juillet 1831 : « la constitution des Etats-Unis est, en fait, un contrat, dont chaque Etat est partie [...], et les différents Etats, ou parties, ont le droit d'être juge de sa violation [...]. Ce droit d'interposition [...], qu'il soit nommé droit des Etats, droit de veto ou de nullification, doit être considéré comme le principe fondamental sur lequel repose notre système » (traduit par nos soins). Texte intégral du discours disponible à l'adresse suivante : <http://www.thevrwc.org/Calhoun.pdf>.

droit dont les Etats se sont réservés l'exercice lors de la conclusion du pacte. Il est indissociablement lié à la qualité de partie des Etats membres et découle du maintien de leur souveraineté au sein de la Fédération. D'ailleurs, de manière symptomatique, Calhoun englobe dans son raisonnement le droit d'annulation et le droit de sécession, qu'il présente tous deux comme dérivant de la qualité de partie au pacte constitutionnel. Comme l'a montré M. Jean-Philippe Feldman, Calhoun a historiquement présenté sa théorie de l'annulation comme l'expression de la doctrine des droits des Etats (ou *States' rights*), alors qu'il n'en constitue que l'une des versions possibles¹⁹⁵⁷. On peut même douter du fait que le droit des Etats d'interpréter le pacte fédératif puisse être considéré comme l'un des droits des Etats au sein de la Fédération dans la mesure où Calhoun s'est explicitement placé dans une optique confédérale (réduisant le pacte fédératif à un simple traité) pour défendre sa position.

812.- La principale faille de la théorie calhounienne consiste en ce qu'elle méconnaît la nature constitutionnelle du pacte fédératif. Or le pacte fédératif est, comme nous l'avons montré, l'acte constituant des peuples réunis qui en l'adoptant ont entendu lui conférer une valeur juridique suprême. Le pacte et le droit qui en est issu doivent donc s'imposer, en tant qu'expression de la volonté constituante des peuples, non seulement aux institutions fédérales mais aussi aux institutions étatiques. Or, cette primauté du droit fédéral (inhérente à sa nature de droit de superposition) ne doit pas pouvoir être remise en cause par les Etats selon leur bon plaisir sous peine de n'être pas effective¹⁹⁵⁸. Comme l'a assené Daniel Webster, dans la joute oratoire l'ayant opposé à Robert Hayne lors du débat organisé au Sénat à propos de la loi de 1828 sur le tarif douanier : « s'il n'existe aucun pouvoir indépendant de chacun des Etats pour régler de telles questions, l'Union n'est-elle pas une corde de sable ? »¹⁹⁵⁹. En effet, en autorisant la présence au sein de la Fédération d'autant d'interprètes du pacte fédératif qu'il y a d'Etats, la théorie de Calhoun aboutit inéluctablement à la disparition de cette entité en tant qu'ordre constitutionnel.

¹⁹⁵⁷ Jean-Philippe FELDMAN, *La bataille du fédéralisme, John C. Calhoun et l'annulation (1828-1833)*, Paris, PUF, 2004, 294 pages, spéc. pp. 151 et s.

¹⁹⁵⁸ Le président Andrew Jackson, dans sa proclamation en date du 10 décembre 1832, a énoncé cette position en ces termes : « je considère alors le pouvoir d'annuler une loi des Etats-Unis que s'attribue un Etat comme incompatible avec l'existence de l'Union, en contradiction expresse avec la lettre de la Constitution, en opposition à son esprit, incompatible avec chaque principe sur lequel elle fut fondée et destructrice du grand œuvre pour lequel elle fut formée » (traduit par nos soins, texte de la proclamation disponible en anglais à l'adresse suivante : <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/presiden/proclamations/jack01.htm>).

¹⁹⁵⁹ Daniel WEBSTER, discours au Sénat des Etats-Unis du 26 janvier 1830, cité in Jean-Philippe FELDMAN, *La bataille du fédéralisme, John C. Calhoun et l'annulation (1828-1833)*, op. cit., p. 51.

813.- La contradiction existant entre la Fédération et la persistance du droit des Etats d'interpréter le pacte fédératif est d'ailleurs attestée par la situation qui prévaut actuellement au sein de l'Union européenne. Nous avons vu que la préservation de l'identité constitutionnelle des Etats était pour l'instant assurée de manière concurrente par la Cour de justice (dont la jurisprudence actuelle peut être analysée comme consacrant l'émergence d'une garantie du droit au respect de l'identité nationale des Etats) et par les juridictions nationales, dont certaines se sont arrogées un droit de juger, dans certains cas, de la constitutionnalité du droit communautaire dérivé¹⁹⁶⁰. Ces réserves de constitutionnalité sont problématiques au sein de l'Union européenne dans la mesure où elles portent clairement atteinte à l'essence fédérale de l'idée d'œuvre. Cependant, dans la mesure où la garantie des droits fondamentaux des Etats n'est pour l'instant qu'embryonnaire, la coexistence de ces deux lectures du principe de primauté semble inévitable. Si la situation semble pour l'instant acceptable, les hypothèses de conflit ayant été circonscrites à des limites admissibles, les risques réels de désunion qu'elle engendre pourraient être supprimés par le passage de l'Union européenne à une Fédération véritable dans laquelle les droits fondamentaux des Etats seraient exclusivement garantis par une juridiction centrale unique.

814.- L'histoire constitutionnelle américaine a cependant montré que la remise du pouvoir d'interpréter le pacte fédératif à la seule juridiction fédérale portait en germe un facteur d'unification pouvant compromettre la pérennité de la Fédération. C'est en effet par la voie prétorienne que la Fédération américaine initiale a cédé la place à un Etat fédéral, lorsque la Cour fédérale, dans l'arrêt *Marbury v. Madison*, a interprété la constitution de 1787 comme étant l'œuvre de la « volonté originaire et suprême »¹⁹⁶¹ du peuple des Etats-Unis. La solution peut alors résider dans la composition de la Cour fédérale elle-même, les sièges des juges étant répartis à part égale entre des juges « fédéraux » et des juges issus des cours constitutionnelles nationales¹⁹⁶². La composition paritaire de la Cour fédérale pourrait ainsi permettre d'éviter la dérive centralisatrice généralement observée de la part des institutions fédérales.

¹⁹⁶⁰ Voir *supra*, paragraphes 421.- et suivants.

¹⁹⁶¹ Cour suprême des Etats-Unis, *Marbury v. Madison*, 5 US (1 Cranch) 137 (1803), reproduit in Elisabeth ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, PUF, 2000, pp. 71-106, spéc. p. 101.

¹⁹⁶² Vlad Constantinesco note à ce titre que la Cour de justice pourrait se voir adjoindre des juges émanant des juridictions constitutionnelles nationales. Cf. Vlad CONSTANTINESCO, « Brève note sur la répartition des compétences comme clé de la future constitution européenne », in *50 ans de droit communautaire. Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2004, tome 1, pp. 155-164, spéc. p. 163.

815.- Au final, l'existence de la Fédération en tant qu'ordre constitutionnel est selon nous radicalement incompatible avec la subsistance d'un droit des Etats à interpréter le pacte fédératif. Ce prétendu droit ne peut être considéré ni comme l'un des droits fondamentaux des Etats au sein de la Fédération ni comme l'une des garanties des droits fondamentaux des Etats, dans la mesure où sa reconnaissance entraîne *eo ipso* la disparition de la Fédération en tant qu'union politique d'entités politiques. Au contraire, seule l'attribution de la qualité d'interprète à une juridiction unique, rattachée à l'ordre juridique fédéral dans la mesure où c'est le pacte fédératif qui organise la répartition des compétences et qui consacre les droits fondamentaux des Etats, est à même de préserver l'essence de la Fédération ainsi que l'existence politique des Etats sur lesquels elle est fondée. Une attention particulière devrait toutefois être portée à la composition de cette juridiction fédérale, qui devrait associer, idéalement à part égale, des juges constitutionnels nationaux et des juges fédéraux afin de prévenir toute méconnaissance des droits des Etats par cette institution¹⁹⁶³.

La question de l'interprète du pacte fédératif ayant été résolue, il convient d'examiner quelles pourraient être les modalités permettant au juge fédéral de garantir les droits fondamentaux des Etats au sein de la Fédération.

B. Les modalités de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux des Etats

816.- Le refus de considérer les Etats comme les interprètes du pacte fédératif implique mécaniquement d'exclure que les droits fondamentaux des Etats puissent être garantis par les juridictions nationales. Une telle situation aboutirait, comme nous l'avons vu, à la destruction de la Fédération qui ne peut être considérée comme un ordre constitutionnel que si son droit s'impose avec la même force sur toute l'étendue du territoire fédéral. La présence, dans le corps du pacte fédératif, de dispositions relatives aux droits fondamentaux

¹⁹⁶³ Voir en ce sens Vlad CONSTANTINESCO, « Brève note sur la répartition des compétences comme clé de la future constitution européenne », in *50 ans de droit communautaire. Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2004, tome 1, pp. 155-164, spéc. p. 163.

des Etats ne saurait donc être interprétée comme attribuant aux juridictions nationales la compétence de juger elles-mêmes du respect de ces conditions par le droit fédéral¹⁹⁶⁴.

Les droits fondamentaux des Etats doivent par conséquent faire l'objet d'une garantie de la part du juge fédéral lui-même. Plusieurs techniques sont alors envisageables pour que ces droits acquièrent une véritable effectivité. Elles diffèrent cependant selon que les droits fondamentaux sont expressément consacrés par le pacte fédératif (2.) ou non (1.).

1. Les garanties juridictionnelles en l'absence de consécration expresse des droits fondamentaux des Etats

817.- En l'absence de consécration explicite de droits fondamentaux des Etats il revient au juge lui-même de déduire de la présence d'un ordre fédéral, caractérisé par l'existence d'entités étatiques, un *principe général du droit* obligeant les institutions fédérales à respecter l'identité nationale des Etats membres. Cette première technique de garantie des droits fondamentaux des Etats a été mise en œuvre par la Cour de justice lorsqu'elle a comblé, par la voie prétorienne, l'absence de protection des droits des individus au sein de l'ordre juridique communautaire. En déclarant que « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect »¹⁹⁶⁵, la juridiction communautaire a ainsi soumis les institutions communautaires au respect de l'un des éléments essentiels des ordres constitutionnels étatiques.

818.- De même, le juge fédéral peut être amené à déduire de l'existence conjointe de deux entités politiques un *principe d'interprétation*, selon lequel les progrès dans l'intégration ne doivent pas se faire au détriment de l'existence et de l'identité des Etats composant la Fédération. La conciliation entre ces deux objectifs contradictoires serait alors opérée par le juge fédéral lui-même, par la technique de la « mise en balance des intérêts », la norme fédérale pouvant être amenée à s'effacer lorsque les principes invoqués par l'Etat revêtent une fundamentalité substantielle.

¹⁹⁶⁴ En ce sens, nous avons noté, s'agissant de l'Union européenne, que l'introduction du nouvel article I-5 au sein de l'ordre juridique communautaire ne saurait valider les réserves de constitutionnalité émises par les juridictions nationales (voir *supra*, paragraphes 579.- et suivants).

¹⁹⁶⁵ CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. 11/70, *Rec.* p. 1125, spéc. pt. 4.

Cette mise en balance est effectivement mise en œuvre par la Cour lorsqu'elle examine les justifications d'atteintes aux libertés consacrées par le traité fondées sur des motifs tenant à la préservation des fonctions traditionnelles des Etats¹⁹⁶⁶ ou à leur identité constitutionnelle¹⁹⁶⁷ ou culturelle¹⁹⁶⁸. Que ces justifications empruntent le canal des exceptions prévues par le traité¹⁹⁶⁹ ou celui des exigences impérieuses d'intérêt général posé par l'arrêt « Cassis de Dijon »¹⁹⁷⁰, elles conduisent la Cour à mettre en œuvre un test de nécessité et de proportionnalité de la mesure induisant la mise en balance des intérêts communautaires et nationaux. Si pour l'instant le résultat de cette mise en balance des intérêts s'est plutôt révélée défavorable aux Etats, l'équilibre n'est pas figé et pourrait bien évoluer vers une prise en compte accrue des éléments indispensables à la conservation des Etats et de l'existence politique de leurs peuples. En témoigne d'ailleurs le récent arrêt Omega¹⁹⁷¹ dans lequel la Cour a accepté de prendre en compte, dans sa mise en balance des intérêts, le contenu et le niveau de protection accordé par l'Allemagne aux principes qu'il considère comme étant inhérents à son identité constitutionnelle, en l'espèce la dignité humaine. La définition d'un niveau élevé de protection d'un principe considéré comme essentiel pour l'Etat a alors exercé une influence sur le test de nécessité et de proportionnalité réalisé par la Cour afin de valider la mesure restrictive¹⁹⁷². Cette jurisprudence, en élargissant les éléments devant être pris en compte par la Cour lorsqu'elle effectue la balance des intérêts, constitue l'une des voies permettant d'accroître le niveau de garantie des droits des Etats.

¹⁹⁶⁶ Voir pour la justification d'atteintes à la libre circulation des personnes fondée sur la notion d'ordre public, CJCE, 14 décembre 1979, *Henn and Darby*, aff. 34/79, *Rec.* p. 3795.

¹⁹⁶⁷ La Cour a ainsi reconnu que le motif tiré de la « sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat et des collectivités publiques » constituait une raison d'intérêt général justifiant l'atteinte à la libre circulation des travailleurs, CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-473/93, *Rec.* p. I-3207.

¹⁹⁶⁸ Voir par exemple pour les motifs tirés de la conservation ou de la valorisation du patrimoine historique et artistique national, CJCE, 26 février 1991, *Commission c/ Italie*, aff. C-180/89, *Rec.* p. I-709 et CJCE, 26 février 1991, *Commission c/ France*, aff. C-154/89, *Rec.* p. I-659. Voir de même pour l'invocation de la politique culturelle fondée sur le maintien du pluralisme inhérent à la liberté d'expression : CJCE, 25 juillet 1991, *Gouda*, aff. C-288/89, *Rec.* p. I-4007.

¹⁹⁶⁹ Voir les articles 30 TCE, 39, paragraphe 4 TCE et 45 TCE.

¹⁹⁷⁰ CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral*, aff. 120/78, *Rec.* p. 649,

¹⁹⁷¹ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, *Rec.* p. I-9609.

¹⁹⁷² Voir l'arrêt Omega du 14 octobre 2004 précité, spéc. pts. 37 et 38 : « il n'est pas indispensable, à cet égard, que la mesure restrictive édictée par les autorités d'un Etat membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des Etats membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause. [...] Au contraire, [...] la nécessité et la proportionnalité des dispositions prises en la matière ne sont pas exclues au seul motif qu'un Etat membre a choisi un système de protection différent de celui adopté par un autre Etat ».

Les deux modalités de protection des droits des Etats qui viennent d'être examinées (la technique des principes généraux du droit et celle de la mise en balance des intérêts) ne dépendent pas de l'existence d'un catalogue de droits fondamentaux des Etats et peuvent même, comme l'illustre l'exemple de l'Union européenne, en pallier momentanément l'absence. La consécration explicite de droits fondamentaux des Etats par le pacte fédératif est toutefois susceptible de donner plus d'ampleur à leur garantie juridictionnelle.

2. Les garanties juridictionnelles en présence d'une consécration expresse des droits fondamentaux des Etats

Dès lors que le pacte fédératif consacre expressément les droits fondamentaux des Etats et donne compétence au juge fédéral pour en connaître, la garantie juridictionnelle de tels droits va varier en fonction de la valeur normative des normes qui en constituent le support.

a. La valeur déclaratoire de la norme énonçant les droits fondamentaux des Etats

819.- Dans une première hypothèse, les droits fondamentaux des Etats peuvent être énoncés dans des textes n'ayant qu'une valeur déclaratoire ou politique tels que le préambule du pacte fédératif¹⁹⁷³. On peut aussi rapprocher de cette première hypothèse le cas dans lequel les droits fondamentaux des Etats ont été consacrés par le pacte fédératif mais que la juridiction fédérale n'a pas reçu compétence pour en connaître.

Dans ces deux cas, la situation est proche de celle résultant de l'absence de consécration des droits fondamentaux et les seules garanties juridictionnelles envisageables dépendent de l'interprétation créatrice du juge. C'est le cas actuellement au sein de l'Union européenne, dans la mesure où l'actuel article 6, paragraphe 3, TUE est exclu de la compétence de la Cour de justice. En définitive, celle-ci n'a jamais fondé ses solutions jurisprudentielles sur cet article, mais il est indéniable que son introduction dans l'ordre

¹⁹⁷³ Mais dans ce cas, le juge fédéral pourrait être amené, à l'instar du Conseil constitutionnel français, à en consacrer la valeur juridique par la voie prétorienne (*Cf.* Cons. const., décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Liberté d'association, *Rec.* p. 29).

juridique communautaire est à l'origine d'une (légère) inflexion de la jurisprudence de la Cour vers la prise en compte mesurée des intérêts des Etats¹⁹⁷⁴.

b. La valeur juridiquement contraignante de la norme énonçant les droits fondamentaux des Etats

820.- L'hypothèse ici discutée est celle dans laquelle les droits fondamentaux des Etats sont consacrés par le pacte fédératif et relèvent de la compétence du juge fédéral. Celui-ci devra par conséquent en assurer le respect au sein de son ordre juridique dans la mesure permise par son système contentieux. Le modèle théorique ici esquissé étant destiné à servir d'étalon de mesure de la transformation de l'Union européenne en Fédération européenne, nous nous placerons dans le cadre du système de voies de recours prévu par les traités fondateurs afin d'examiner quelles pourraient être les modalités de garantie des droits fondamentaux des Etats au sein de l'Union européenne. Cette étude ne relève pas seulement de la « science-fiction juridique », dans la mesure où le traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007 a repris, dans une disposition ayant vocation à devenir l'article 4 du traité sur l'Union européenne, l'article I-5 du traité établissant une constitution pour l'Europe. De plus cet article, qui peut être lu comme l'ébauche de la consécration de droits fondamentaux des Etats au sein de l'ordre juridique communautaire, devrait relever de la compétence de la Cour de Luxembourg. Il reviendra alors au juge communautaire d'en tirer des conséquences juridiques. En attendant l'entrée en vigueur de ce traité qui fixera la position de la Cour de justice en la matière, il est possible de se livrer à quelques conjectures tenant à l'utilisation de cet article.

821.- Tout d'abord, les droits fondamentaux des Etats étant élevés à la valeur de dispositions de droit primaire, la Cour devrait s'attacher à garantir que les institutions communautaires ne leur portent pas atteinte dans la mise en œuvre de leurs compétences respectives, par le biais des voies de droit traditionnelles. On pourrait alors imaginer que le recours en annulation puisse être actionné à l'encontre d'une norme de droit dérivé ne respectant pas, selon le requérant, les droits fondamentaux des Etats. Le mécanisme du renvoi préjudiciel en appréciation de validité pourrait être utilisé dans le même but, à l'initiative

¹⁹⁷⁴ Voir en ce sens CJCE, 2 juillet 1996, Commission c/ Luxembourg, aff. C-473/93, *Rec.* p. I-3207. Dans cet arrêt la Cour a jugé que la « sauvegarde de l'identité nationale des Etats membres constitue un but légitime respecté par l'ordre juridique communautaire » (pt. 35).

d'une juridiction nationale devant laquelle est soulevée une question tenant à la conformité d'une règle de droit communautaire par rapport aux dispositions consacrant les droits fondamentaux des Etats. Enfin, la voie du recours en carence pourrait éventuellement être employée pour les droits fondamentaux des Etats qui nécessitent une action des institutions communautaires, tels que par exemple le droit à la solidarité. Cette dernière hypothèse est cependant moins plausible, dans la mesure où le droit à la solidarité n'est pas explicitement consacré par l'article ayant vocation à devenir, selon le traité de Lisbonne, l'article 4 TUE.

822.- Parallèlement à l'utilisation d'un tel article pour limiter l'action des institutions communautaires, la Cour pourrait être amenée à exploiter les potentialités ouvertes par cette disposition dans le cadre du recours en manquement ou du renvoi préjudiciel en interprétation, lorsqu'il s'agit de contrôler la conformité des réglementations nationales par rapport au droit communautaire. La Cour ne pourrait plus, dès lors, apprécier les réglementations restrictives au seul prisme des règles de droit communautaire mettant en œuvre l'objectif d'intégration mais devrait également prendre en compte l'objectif de préservation des droits fondamentaux des Etats. L'inclusion des droits fondamentaux des Etats dans le bloc de légalité communautaire obligerait la Cour à assouplir le contrôle des faits justificatifs ou des mesures dérogatoires invoqués par les Etats, dès lors que sont en cause des éléments inhérents à leur identité nationale. En ce sens, il n'est pas sûr que l'arrêt *Commission c/ Luxembourg* du 2 juillet 1996 précité¹⁹⁷⁵, ou l'arrêt rendu sur renvoi préjudiciel déniaut à la France le droit d'imposer l'usage du français sur l'étiquetage des denrées alimentaires¹⁹⁷⁶, seraient tranchés dans le même sens après l'entrée en vigueur d'un article garantissant les droits fondamentaux des Etats.

823.- On pourrait enfin imaginer que la Cour fasse usage d'un tel article dans le contrôle de compatibilité des accords internationaux conclus par la Communauté. Ainsi pourrait-elle faire obstacle à la conclusion d'un accord contrevenant à l'identité nationale des Etats ou à ses éléments constitutifs. Par exemple, la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, que la France a refusé de signer dans la mesure où elle porterait atteinte, selon le Conseil constitutionnel, « aux principes constitutionnels d'indivisibilité de la

¹⁹⁷⁵ CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-473/93, *Rec.* p. I-3207.

¹⁹⁷⁶ CJCE, 12 septembre 2000, *Yannick Geoffroy*, aff. C-366/98, *Rec.* p. I-6579.

République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français »¹⁹⁷⁷, ne pourrait ainsi être adoptée par l'Union européenne sous peine de méconnaître le respect dû à l'identité nationale de l'un de ses membres.

824.- Dans toutes ces hypothèses, il reviendrait aux Etats, requérants ou intervenants dans le cadre des recours directs, ou aux juridictions nationales dans le cadre du renvoi préjudiciel, de démontrer au juge communautaire en quoi la norme communautaire litigieuse contreviendrait aux droits fondamentaux des Etats. Jean-Christophe Barbato mentionne à cet égard la nécessité pour chaque Etat de « dresser sa carte d'identité constitutionnelle »¹⁹⁷⁸, c'est-à-dire de rendre visible le noyau dur de sa constitution qui doit selon lui faire l'objet d'une protection particulière au sein de l'Union européenne¹⁹⁷⁹. Les Etats ne seraient ainsi pas totalement dépossédés de toute intervention dans le processus de protection des droits fondamentaux, tandis que l'unicité d'interprétation du droit communautaire serait préservée par l'exclusivité conférée à la Cour de Luxembourg. L'avocat général M. Poiares Maduro semble prôner une approche similaire. En effet, dans ses conclusions présentées le 20 septembre 2005 dans une affaire Marrosu et Sardino, il distingue le rôle des juridictions suprêmes nationales et celui de la Cour de justice dans la protection de l'identité nationale des Etats. Selon M. Maduro, « sans doute doit-on reconnaître aux autorités nationales, et notamment aux juridictions constitutionnelles, la responsabilité de définir la nature des spécificités nationales pouvant justifier une telle différence de traitement. Celles-ci sont, en effet, les mieux placées pour *définir l'identité constitutionnelle des Etats membres* que l'Union européenne s'est donnée pour mission de respecter. Il reste, toutefois, que la Cour a pour devoir de *vérifier que cette appréciation est conforme* aux droits et aux objectifs fondamentaux dont elle assure le respect dans le cadre communautaire »¹⁹⁸⁰. Cette configuration est susceptible d'aboutir à une « primauté différenciée »¹⁹⁸¹ en fonction des

¹⁹⁷⁷ Cons. const., décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, *Rec.* p. 71.

¹⁹⁷⁸ Jean-Christophe BARBATO, « La notion d'identité constitutionnelle des Etats membres et sa protection dans le droit de l'Union », in Jean-Denis MOUTON et Jean-Christophe BARBATO (Dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux des Etats en droit communautaire ?*, à paraître.

¹⁹⁷⁹ On peut noter au passage que la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux des Etats au sein de l'Union est ainsi susceptible d'engendrer une hiérarchisation des dispositions qui figurent dans la constitution. Nous avons déjà noté cela à propos des décisions du Conseil constitutionnel de 2004 et de 2006, voir *supra*, paragraphe 435.-

¹⁹⁸⁰ Conclusions de l'avocat général Poiares Maduro présentées le 20 septembre 2005 dans l'affaire Cristiano Marrosu et Gianluca Sardino, aff. C-53/04, *Rec.* p. I-7213, spéc. pt. 40.

¹⁹⁸¹ Voir en ce sens l'analyse de Paul Cassia, selon laquelle « la combinaison de ces deux textes [les articles I-5 et I-6 TECE] paraît aboutir à consacrer ce qui, du point de vue de l'arrêt Costa, est une monstruosité juridique, à

Etats, mais celle-ci trouve sa justification dans la mesure où elle résulterait de la mise en balance, par le juge communautaire, de l'objectif d'intégration, d'une part, et de la protection des Etats, d'autre part.

Certes, il est toujours possible que la Cour refuse de reconnaître un élément de l'identité nationale d'un Etat pourtant considéré comme essentiel par cet Etat. La composition paritaire de la Cour fédérale devrait cependant suffire à garantir que les éléments inhérents à l'identité nationale d'un Etat donné puissent être pris en compte par cette institution, dûment renseignée par le juge constitutionnel de cet Etat.

825.- En définitive, la reconnaissance de la justiciabilité des droits fondamentaux des Etats pourrait bouleverser la physionomie de l'ordre juridique communautaire. La panoplie des moyens juridictionnels mis à la disposition du juge permettrait en tout état de cause d'assurer l'effectivité des tels droits fondamentaux des Etats. La dernière voie, plus à même encore de garantir cet élément essentiel de tout ordre juridique fédéral, consiste dans la reconnaissance de la valeur normative supérieure, au sein du pacte fédératif, des droits fondamentaux des Etats. Il s'agit ici d'examiner l'hypothèse de l'insertion des droits fondamentaux des Etats dans une « clause d'éternité » (*Ewigkeitsklausel*).

c. L'insertion des droits fondamentaux des Etats dans une « clause d'éternité »

La troisième hypothèse susceptible de faire varier les garanties juridictionnelles apportées aux droits fondamentaux des Etats consiste dans leur insertion au sein d'une « clause d'éternité ».

826.- Le mécanisme de la « clause d'éternité » consiste en effet à consacrer, dans le texte constitutionnel lui-même, les dispositions jugées essentielles par le constituant et de les prévenir de toute atteinte par l'ensemble des pouvoirs constitués, y compris le pouvoir de révision, en interdisant toute modification de ces principes. On retrouve de telles dispositions

savoir que la primauté du droit de l'Union européenne trouve sa limite dans le respect des «structures fondamentales politiques et constitutionnelles» des Etats membres », Paul CASSIA, « L'article I-6 du traité établissant une constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes », *JCP A*, n° 48/2004, pp. 1508-1514, spéc. p. 1514.

à l'article 79, paragraphe 3, de la Loi fondamentale allemande¹⁹⁸² mais aussi dans la constitution française¹⁹⁸³, portugaise¹⁹⁸⁴ ou encore italienne¹⁹⁸⁵. De telles dispositions présentent l'intérêt considérable d'énoncer solennellement les principes fondateurs de l'Etat qui constituent le cœur de la constitution¹⁹⁸⁶. La consécration, au sein du pacte fédératif, d'une véritable clause d'éternité préservant les droits fondamentaux des Etats de toute atteinte y compris du pouvoir de révision serait assurément la garantie la plus sûre de tels droits au sein de la Fédération, dès l'instant du moins où cette disposition pourrait être sanctionnée juridiquement.

Si en France cette situation est impensable, du fait notamment de l'assimilation du pouvoir de révision au pouvoir constituant souverain¹⁹⁸⁷, un tel mécanisme ne relève pas de l'hypothèse d'école. Ainsi, en Italie, la Cour constitutionnelle s'est reconnue compétente pour juger de la constitutionnalité des lois de révision, tant par rapport aux « principes que la constitution range parmi les limites absolues au pouvoir de révision comme la forme républicaine du gouvernement que [par rapport aux principes qui] appartiennent à l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la constitution italienne »¹⁹⁸⁸. De même, la Cour fédérale allemande a accepté de connaître de la constitutionnalité des lois de révision constitutionnelle, au vu notamment des dispositions de l'article 79, alinéa 3 de la Loi fondamentale¹⁹⁸⁹. Dans la Fédération et par extension dans une Fédération européenne à venir, il peut paraître expédient d'insérer au cœur du pacte fédératif une clause d'éternité et de confier au juge la compétence pour en assurer le respect.

¹⁹⁸² L'article 79, paragraphe 3, de la Loi fondamentale allemande dispose : « toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en *Länder*, au principe du concours des *Länder* à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite ».

¹⁹⁸³ Cf. article 89, paragraphe 5, de la constitution de la Ve République : « La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision ».

¹⁹⁸⁴ Voir l'article 288 de la constitution portugaise de 1976 qui érige des limites matérielles au pouvoir de révision dans 15 matières.

¹⁹⁸⁵ Voir l'article 139 de la constitution italienne du 27 décembre 1947 : « La forme républicaine ne peut faire l'objet d'une révision constitutionnelle ».

¹⁹⁸⁶ Carl Schmitt différencie ainsi la véritable constitution, œuvre du constituant originaire, et les dispositions légiconstitutionnelles qui, elles, relèvent de la compétence du pouvoir de révision. Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution, op. cit.*, pp. 141 et s.

¹⁹⁸⁷ Cons. const., décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, Maastricht II, *Rec.* p. 76, spéc. cons. 19 et surtout Cons. const., décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République, *Rec.* p. 293. Sur cette dernière décision, voir notamment Jean-Pierre CAMBY, « Supra-constitutionnalité : la fin d'un mythe », *RDP*, 2003, pp. 665-688 et Thomas MEINDL, « Le Conseil constitutionnel aurait pu se reconnaître compétent », *RDP*, 2003, pp. 741-763.

¹⁹⁸⁸ Cour constitutionnelle italienne, sentence n° 1146/1988 du 29 décembre 1988, citée in Bruno GENEVOIS, « Entretien avec le Président de la Cour constitutionnelle italienne : M. Renato Granata », *CCC*, n° 6/1998, pp. 36-45.

¹⁹⁸⁹ Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision du 15 décembre 1970, *BVerfGE*, 30, p. 1, comm. Michel FROMONT, *RDP*, 1971, pp. 1423-1427. Voir aussi Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision du 23 avril 1991, *BVerfGE*, 84, p. 90, citée in Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 398.

Même en l'absence de consécration expresse, l'existence politique des Etats pourrait être protégée de l'action du pouvoir de révision par la Cour fédérale, par la technique des limites matérielles implicites à la procédure de révision. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, la Cour constitutionnelle italienne accepte ainsi de se prononcer sur la conformité des lois de révision au regard des principes suprêmes de l'ordonnement constitutionnel, que ceux-ci soient explicitement consacrés ou qu'ils résultent implicitement de la constitution¹⁹⁹⁰. Dans le même sens, le professeur Olivier Beaud a montré que l'existence des Etats membres étant consubstantielle à toute structure fédérale, celle-ci devait être considérée comme « intangible [...] au sens où le pouvoir fédéral ne peut pas librement en disposer »¹⁹⁹¹.

827.- Au sein de l'Union européenne, la question de la limitation matérielle du pouvoir de révision est controversée¹⁹⁹². L'avis 1/91¹⁹⁹³ de la Cour de justice a en effet créé le doute, la formule utilisée par le juge communautaire pouvant être interprétée comme consacrant l'existence de telles limites. Alors que les avis 1/92¹⁹⁹⁴ et 2/94¹⁹⁹⁵ font l'objet d'interprétations divergentes de la part de la doctrine¹⁹⁹⁶, les récentes conclusions de l'avocat général Mme Stix-Hackl présentées dans l'affaire Omega renouvellent l'actualité du sujet. Mme Stix-Hackl défend en effet l'idée selon laquelle on pourrait « reconnaître aux droits fondamentaux et aux droits de l'homme une certaine primauté sur le droit originaire "général" »¹⁹⁹⁷. Si la hiérarchisation des droits fondamentaux des individus

¹⁹⁹⁰ Cour constitutionnelle italienne, sentence n° 1146/1988 du 29 décembre 1988, précitée.

¹⁹⁹¹ Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, op. cit., p. 325.

¹⁹⁹² Voir *supra*, paragraphes 198.- et suivants.

¹⁹⁹³ CJCE, avis 1/91 du 14 décembre 1991, projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen, *Rec.* p. I-6079. Sur l'interprétation de cet arrêt, voir *supra*, paragraphe 200.-

¹⁹⁹⁴ CJCE, avis 1/92 du 10 avril 1992, projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen, *Rec.* p. I-2821.

¹⁹⁹⁵ CJCE, avis 2/94 du 28 mars 1996, Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Rec.* p. I-1759.

¹⁹⁹⁶ Sur cette question voir notamment José Luis DA CRUZ VILACA et Nuno PICARRA, « Y a-t-il des limites matérielles à la révision des traités instituant les Communautés européennes ? », *CDE*, n° 1-2/1993, pp. 3-37 ; Roland BIEBER, « Les limites matérielles et formelles à la révision des traités établissant la Communauté européenne », *RMUE*, 1993, pp. 343-350 ; Marc-André GAUDISSERT, « La portée des avis 1/91 et 1/92 de la Cour de justice des Communautés européennes », *RMUE*, n° 2/1992, pp. 121-136.

¹⁹⁹⁷ Conclusions de l'avocat général Mme Stix-Hackl présentées le 18 mars 2004 dans l'affaire Omega, aff. C-36/02, *Rec.* p. I-9609, spéc. pt. 50 : « Cependant, il vaudrait la peine de se demander si, eu égard aux valeurs protégées par les droits de l'homme et les droits fondamentaux, à l'image de la Communauté en tant que Communauté fondée sur le respect de ces droits et, surtout, à la référence – imposée par l'opinion actuellement prévalant – à la protection des droits de l'homme en tant que condition de la légitimité de toute forme d'organisation de l'Etat, il ne serait pas possible de reconnaître aux droits fondamentaux et aux droits de l'homme une certaine primauté sur le droit originaire "général" ». Voir également en ce sens les conclusions de l'avocat général M. Poiares Maduro présentées le 12 septembre 2007 dans l'affaire Centro Europa 7 Srl, aff. C-

proposée dans ces conclusions est avant tout conçue comme une technique permettant de préserver ces principes fondamentaux de l'action des institutions communautaires, elle pourrait inclure les droits fondamentaux des Etats et faire l'objet d'une véritable clause d'éternité. La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux des Etats acquerrait alors une portée fondamentale en droit communautaire.

828.- Au final, l'étude des garanties juridictionnelles des droits fondamentaux des Etats témoigne de la multiplicité des modalités permettant d'assurer la protection effective de ces droits devant l'organe juridictionnel de la Fédération. La transposition de ces raisonnements dans le système institutionnel et contentieux communautaire a de plus permis de montrer la richesse des instruments à la disposition de la Cour de justice, qui devraient lui permettre, une fois reconnue la valeur juridique des droits fondamentaux des Etats, d'en garantir le respect. La mise en œuvre de telles garanties suppose cependant l'existence préalable de principes procéduraux propres à permettre aux Etats de faire valoir leurs droits.

C. Le « droit au juge » des Etats dans la Fédération

829.- L'existence de droits fondamentaux des Etats se caractérisant, selon la théorie cosmopolitique, par l'existence d'une protection juridictionnelle assurée au niveau supranational, l'effectivité de cette garantie dépend de la transposition au profit des Etats des principes procéduraux découlant du « droit au juge »¹⁹⁹⁸. Ainsi, dans la Fédération, le droit à un recours juridictionnel effectif et efficace devrait ainsi être reconnu non seulement aux individus mais aussi aux Etats, afin de garantir que tout acte adopté par les institutions fédérales susceptible de porter atteinte à l'existence des Etats ou à leur identité nationale puisse faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. De plus, certains mécanismes tels que le relevé d'office ou la protection provisoire pourraient être utilement consacrés s'agissant des litiges mettant en cause la violation, par les institutions fédérales, des droits fondamentaux des Etats membres.

280/05, non encore publiées au *Recueil*, spéc. pt. 19 : « La protection du “code commun” de droits fondamentaux constitue [...] une condition existentielle de l'ordre juridique communautaire ».

¹⁹⁹⁸ Sur la question du droit au juge, voir Joël RIDEAU (Dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, 230 pages.

830.- Au sein de l'Union européenne, le droit d'accès au juge est garanti par la qualité de requérants privilégiés dont disposent les Etats, qualité leur permettant d'introduire un recours sans avoir à justifier d'un intérêt à agir. La qualité de requérant privilégié permet aussi à ses bénéficiaires de ne pas être soumis à la cause de forclusion touchant les requérants ordinaires et leur interdisant d'exciper de l'illégalité d'un règlement contre lequel ils auraient pu agir par la voie du recours en annulation¹⁹⁹⁹. De même, les Etats (à l'instar de la Commission et du Conseil) peuvent intervenir dans le cadre des litiges soumis à la Cour afin de présenter des observations²⁰⁰⁰, ce qui pourrait leur permettre de démontrer en quoi tels principes relèvent des dispositions essentielles de leur ordre constitutionnel. D'ailleurs, ce droit d'intervention est selon la Cour réservé aux Etats « et ne saurait être étendue, fût-ce partiellement en reconnaissant à des entités infraétatiques certaines prérogatives attribuées aux Etats membres, sans porter atteinte à l'équilibre institutionnel prévu par le traité »²⁰⁰¹. Si l'absence de droit d'intervention des collectivités infra-étatiques peut paraître contestable eu égard aux intérêts dont elles sont porteuses, cette situation témoigne de la place privilégiée faite aux Etats dans le système communautaire et plus particulièrement en matière de recours juridictionnel.

831.- S'agissant de la transposition aux Etats des principes découlant du droit au juge, elle est pour l'instant limitée à la garantie des droits de la défense des Etats dans le cadre du recours en manquement, si tant est que l'on accepte de faire le parallèle entre ces deux mécanismes. C'est ainsi que la Cour sanctionne les pratiques de la Commission empêchant l'Etat incriminé de faire valoir ses observations en imposant des délais trop brefs dans sa lettre de mise en demeure ou dans l'avis motivé²⁰⁰², ou encore en n'explicitant pas les

¹⁹⁹⁹ Voir pour exemple CJCE, 10 juillet 2003, Commission c/ BCE, aff. C-11/00, *Rec.* p. 7147. Voir aussi CJCE, 15 mai 2008, Espagne c/ Conseil, aff. C-442/04, non encore publié au *Recueil, Europe*, comm. 239, obs. Fabienne KAUFF-GAZIN.

²⁰⁰⁰ Voir à ce titre l'article 40 du statut de la Cour de justice, libellé comme suit : « Les Etats membres et les institutions de la Communauté peuvent intervenir aux litiges soumis à la Cour [...] ».

²⁰⁰¹ Voir en ce sens CJCE, 2 mai 2006, Regione Siciliana c/ Commission, aff. C-417-04 P, *Rec.* p. I-3881, pt. 21. Voir aussi CJCE (ord.), 25 janvier 2008, Provincia di Ascoli Piceno et Comune di Monte Urano, aff. C-461/07 P(I), non encore publié au *Recueil, Europe*, 2008, comm. 82, obs. Denys SIMON.

²⁰⁰² CJCE, 2 février 1988, Commission c/ Belgique, aff. 293/85, *Rec.* p. 305, spéc. pts. 13 et 14 : « la procédure précontentieuse a pour but de donner à l'Etat membre concerné l'occasion, d'une part, de se conformer à ses obligations découlant du droit communautaire, et, d'autre part, de faire utilement valoir ses moyens de défense à l'encontre des griefs formulés par la Commission. Ce double objectif impose à la Commission de laisser un délai raisonnable aux Etats membres pour répondre à la lettre de mise en demeure et pour se conformer à un avis motivé ou, le cas échéant, pour préparer leur défense ».

griefs soulevés à son encontre²⁰⁰³. Bien que circonscrites à un type de recours, ces garanties procédurales pourraient être utilisées par les Etats afin de faire valoir des faits justificatifs éventuellement tirés de l'exigence de protection de leurs droits fondamentaux. La problématique de la transposition aux Etats des principes liés au droit au juge tend cependant à se développer, sous l'impulsion de certains avocats généraux.

832.- Ainsi, dans ses conclusions relatives à l'affaire opposant l'Espagne à Eurojust, l'avocat général M. Maduro a proposé de juger recevable le recours déposé par l'Espagne, dans la mesure où celui-ci avait été introduit afin d'obtenir la protection de la « diversité linguistique [qui] est l'un des aspects essentiels de la protection accordée à l'identité nationale des Etats membres, ainsi qu'il résulte des articles 6, paragraphe 3, TUE »²⁰⁰⁴. Ce faisant M. Maduro semble tisser un lien entre l'examen des conditions de recevabilité, conditionnant l'effectivité du recours juridictionnel, et la protection d'un élément essentiel de l'identité nationale des Etats, se positionnant ainsi dans une problématique proche de celle des droits fondamentaux des Etats. Certes, la Cour de justice dans cette affaire a déclaré le recours irrecevable, cependant elle a tout de même noté qu'il n'y avait pas en l'espèce atteinte au droit à une protection juridictionnelle effective de l'Etat espagnol. En effet, cet Etat pourra intervenir lors du recours éventuellement formé par les candidats aux différents postes figurant dans les appels à candidatures attaqués et même former un pourvoi contre l'arrêt du Tribunal²⁰⁰⁵. *A contrario*, il est possible de penser qu'en l'absence de voie de recours alternative la Cour aurait déclaré le recours de l'Espagne recevable.

La Cour aurait pu affirmer de manière plus forte le principe du droit à la protection juridictionnelle effective des Etats au sein de l'ordre juridique communautaire, dans une affaire opposant la Pologne au Conseil et jugée le 23 octobre 2007²⁰⁰⁶. Ayant accepté de juger la requête au fond, il peut être soutenu que la juridiction communautaire a, ne serait-ce

²⁰⁰³ Ainsi le juge communautaire impose-t-il que les griefs invoqués par la Commission soient identiques dans la lettre de mise en demeure, dans l'avis motivé et au cours de la procédure. Voir par exemple CJCE, 28 mars 1985, Commission c/ Italie, aff. 274/83, *Rec.* p. 1077. Voir aussi CJCE, 28 avril 1993, Commission c/ Italie, aff. C-306/91, *Rec.* p. I-2133, spéc. pt. 22 : « dans le cadre d'un recours en manquement, la phase précontentieuse délimite l'objet du litige, et celui-ci ne peut plus, ensuite, être étendu. En effet, la possibilité pour l'Etat concerné de présenter ses observations constitue une garantie essentielle voulue par le traité et une forme substantielle de la régularité de la procédure destinée à constater un manquement d'un Etat membre ».

²⁰⁰⁴ Conclusions de l'avocat général Poiras Maduro présentées le 16 décembre 2004, dans l'affaire Espagne c/ Eurojust, aff. C-160/03, *Rec.* p. I-2077, spéc. pt. 24.

²⁰⁰⁵ CJCE, 15 mars 2005, Espagne c/ Eurojust, aff. C-160/03, *Rec.* p. I-2077, spéc. pts. 41 et s.

²⁰⁰⁶ CJCE, 23 octobre 2007, Pologne c/ Conseil, aff. C-273/04, *Rec.* p. I-8925.

qu'implicitement, adhéré au raisonnement développé par l'avocat général²⁰⁰⁷. Afin de justifier la recevabilité de la requête en annulation déposée tardivement par la Pologne à l'encontre d'une décision modifiant les dispositions du traité d'adhésion, M. Maduro s'est fondé sur le droit des Etats à une protection juridictionnelle effective. La solution qu'il proposait à cet égard consistait à reporter le point de départ de la computation du délai (fixé à la date de publication de l'acte), à la date d'entrée en vigueur de l'accord d'adhésion, dans l'hypothèse où l'acte a été adopté entre la signature et l'entrée en vigueur du traité d'adhésion et qu'il modifie de manière défavorable l'équilibre d'avantages et de charges convenu lors de la signature des instruments d'adhésion. Ce qu'il importe ici de souligner est l'argument soulevé par M. Maduro, qui prend appui sur le *changement de statut de l'Etat* adhérent à l'Union européenne qui, de ce fait, devrait impliquer un droit à une protection juridictionnelle effective pour garantir les droits qu'il tire du traité²⁰⁰⁸. Or, la théorie de la Fédération enseigne de même que l'adoption du pacte fédératif « modifie le *status* politique global de chaque membre »²⁰⁰⁹, ce qui se traduit notamment par le fait que l'Etat s'en remet à la Fédération pour garantir ses éléments essentiels, impliquant qu'il puisse en obtenir une protection effective. De même M. Maduro fait valoir un argument tiré du principe de solidarité entre les Etats membres pour refuser que les anciens Etats membres puissent « rompre arbitrairement l'équilibre entre avantages et charges établi par les instruments d'adhésion au profit des futurs Etats membres »²⁰¹⁰. Il semble alors lier la garantie du droit au respect de la solidarité entre Etats membres (que certains théoriciens de la Fédération considèrent comme l'un des droits fondamentaux des Etats au sein d'une telle entité politique) à la possibilité de contester efficacement les actes y portant atteinte. Les conclusions de M. Maduro semblent ainsi placer le droit au juge au cœur de la problématique des droits fondamentaux des Etats. Bien qu'il soit difficile de déduire de l'arrêt de la Cour une conclusion dépourvue d'ambiguïtés sur l'existence d'un tel droit dans l'ordre juridique communautaire, le fait que ce mécanisme soit actuellement en discussion au sein de l'Union européenne témoigne de la proximité de cette entité avec la notion de Fédération.

²⁰⁰⁷ Voir les conclusions présentées le 21 juin 2007 par l'avocat général Poiares Maduro dans l'affaire C-273/04, Pologne c/ Conseil, *Rec.* p. I-8925.

²⁰⁰⁸ *Ibid.* pt. 50 : « les Etats candidats à l'adhésion se voient conférer des droits par le droit communautaire. Dès le traité d'adhésion signé, ils changent de statut. Ils ne peuvent plus être considérés comme de simples personnes morales mais apparaissent comme de futurs Etats membres. L'accord entre Etats membres et Etats candidats que consacre la signature des instruments d'adhésion fixe au profit de ces derniers un ensemble de droits et d'obligations. Et cet équilibre de droits et d'obligations c'est-à-dire leurs intérêts de futurs Etats membres, ils doivent pouvoir le défendre [...] ».

²⁰⁰⁹ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 512.

²⁰¹⁰ Voir les conclusions précitées présentées le 21 juin 2007 par l'avocat général Poiares Maduro dans l'affaire opposant la Pologne au Conseil, *spéc.* pt. 51.

833.- En définitive, l'examen de la théorie et de la pratique de la Fédération enseigne que la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux des Etats doit être assurée par une juridiction fédérale, cette configuration étant la seule à sauvegarder l'interprétation et l'application uniformes du droit issu de l'ordre juridique fédéral. La définition du noyau dur de chaque constitution nationale devrait en contrepartie échoir aux Etats, intervenant dans les affaires mettant en cause ce qu'ils estiment relever de leur identité nationale, ou aux juridictions nationales dans le cadre d'un mécanisme de coopération judiciaire tel qu'il existe au sein de l'Union européenne. Plus généralement, les principes découlant du droit à une protection juridictionnelle effective devraient être transposés aux Etats dans la Fédération.

La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux des Etats ayant été examinée, il convient de se pencher sur la question, beaucoup plus controversée, de l'existence d'une éventuelle garantie politique des droits fondamentaux des Etats.

III. LA GARANTIE POLITIQUE DES DROITS FONDAMENTAUX DES ETATS

La question qui doit être ici examinée est celle de l'existence éventuelle d'un droit de retrait de la Fédération, consacré par le pacte fédératif.

834.- La plupart des théoriciens de la Fédération refusent d'admettre le droit de retrait au sein de la Fédération. Plusieurs arguments viennent ainsi au secours de l'indissolubilité de la Fédération. Le caractère politique de la Fédération, impliquant la permanence de cette institution, est ainsi mis en avant par M. Murray Forsyth pour qui « créer un organe politique et en même temps stipuler expressément que ses membres pourront le quitter à leur guise, autrement dit pourront faire sécession, revient à ne pas en créer »²⁰¹¹. La théorie de l'institution développée par le doyen Hauriou²⁰¹² pour expliquer la

²⁰¹¹ Murray FORSYTH, « Vers un concept nouveau de la confédération », in *Le concept contemporain de confédération*, actes du séminaire UniDem organisé à Santorin du 22 au 25 septembre 1994, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1995, pp. 61-70, spéc. p. 66. Cet auteur admet cependant que l'ensemble des membres de la confédération puissent donner leur accord au retrait d'un Etat membre, ce qui ne constitue pas, selon lui, « un acte de sécession, mais simplement un amendement de la constitution fédérale » (*ibid.*, p. 67).

nature mixte du pacte fédératif est de même fréquemment invoquée pour récuser le droit de retrait. En effet, cette théorie enseigne que la Fédération, bien qu'ayant été créée par les Etats, a acquis du fait de son institutionnalisation un caractère objectif qui s'impose à ses créateurs. Ceux-ci ne peuvent donc revendiquer un quelconque droit de mettre fin à l'existence de la Fédération par le biais du retrait. De même, c'est sur le fondement de la qualification du pacte fédératif comme pacte *institutionnel* que le professeur Olivier Beaud exclut la faculté de résiliation ou de résolution de cet acte par les Etats²⁰¹³. Enfin, Carl Schmitt semble de même avoir exclu cette hypothèse²⁰¹⁴ même si sa position à l'égard du droit de retrait n'apparaît pas clairement²⁰¹⁵.

Pour d'autres auteurs, l'expérience constitutionnelle américaine aurait prouvé l'incompatibilité entre la catégorie juridique de Fédération et le droit de sécession. Mme Zoller interprète en effet l'échec de la théorie de la nullification défendue par Calhoun comme ayant récuser la possibilité de la reconnaissance d'un droit de sécession aux Etats membres de la Fédération²⁰¹⁶. Or, nous pensons que les deux questions doivent être dissociées. De la même manière que Calhoun ne liait pas forcément le droit de nullification au droit de sécession²⁰¹⁷, il nous semble que le rejet du droit des parties d'interpréter le pacte fédératif ne doit pas forcément entraîner le refus de consacrer le droit de retrait au sein de la Fédération.

²⁰¹² Voir notamment Maurice HAURIOU, *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, Bloud & Gay, 1933, réimpr. Caen, centre de philosophie politique et juridique, 1986, 191 pages, spéc. pp. 120 et s.

²⁰¹³ Voir à cet égard Olivier BEAUD, « La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération », *op. cit.*, pp. 267-268.

²⁰¹⁴ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 202 : « un pacte de *status* fonde un rapport vital durable qui embrasse la personne dans son *existence* et l'intègre à un ordre global qui ne se ramène pas seulement à des relations individuelles mesurables et ne peut pas être abrogé par une résiliation ou révocation libre ».

²⁰¹⁵ On peut en effet lire par ailleurs que « tout peuple doué d'une existence politique tranche nécessairement lui-même et à ses propres risques les problèmes de son existence politique » (Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, p. 519), ce qui implique qu'il puisse se retirer de la Fédération. Nous pensons cependant que la conception schmittienne du droit de retrait dans la Fédération est liée à sa conception de la souveraineté au sein de cette entité : comme elle, le droit de retrait doit être considéré comme « pendant » pendant toute la vie de la Fédération, les peuples recouvrant ce droit s'ils décident de trancher le conflit de souveraineté. Ainsi, reconnaître explicitement le droit de retrait au sein du pacte fédératif reviendrait déjà à résoudre le conflit de souveraineté dans le sens des peuples, ce qui est antinomique avec l'idée même de Fédération.

²⁰¹⁶ Elisabeth ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel, contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *op. cit.*, p. 101.

²⁰¹⁷ Jean-Philippe Feldman a en effet montré que Calhoun n'a jamais cherché à détruire l'Union, mais pensait au contraire la sauver par la préservation de la loyauté des citoyens à son égard, et, *in fine*, de la souveraineté des Etats. Paradoxalement, la doctrine de l'annulation, en permettant aux Etats de protéger ce qu'ils considèrent être leurs intérêts essentiels, a pu apparaître à Calhoun comme un rempart contre la sécession. Voir à ce titre Jean-Philippe FELDMAN, *La bataille du fédéralisme*, *op. cit.*, spéc. pp. 265 et s.

835.- Plusieurs raisons militent selon nous pour une réévaluation du droit de retrait dans les associations de type fédéral.

Tou d'abord, l'exemple tiré de l'histoire constitutionnelle américaine, qui pour de nombreux auteurs démontre l'impossibilité de consacrer le droit de sécession au sein de la Fédération, doit être appréhendé avec circonspection. En effet, il convient tout d'abord de noter que la constitution américaine est muette sur la question de la sécession. Si certains membres de la Convention de Philadelphie étaient personnellement opposés à la consécration de ce mécanisme²⁰¹⁸, le silence du texte adopté ne permet pas de conclure avec certitude que les conventionnels ont voulu l'exclure. Quant à la réfutation ultérieure du droit de sécession, elle a généralement pris appui sur l'interprétation de la constitution américaine comme l'acte *du peuple américain*, ce qui empêche de transposer cette solution à la Fédération. Ainsi, le président Andrew Jackson, répondant aux résolutions de la Caroline du Sud, dénonce le droit de sécession en ces termes explicites : « chaque Etat s'étant expressément départi de tant de pouvoirs afin de constituer, conjointement avec les autres Etats, une nation unique, ne peut posséder aucun droit de *sécession*, dans la mesure où une telle sécession ne briserait pas une ligue, mais détruirait l'unité d'une *nation*, et toute violation de cette unité ne constituerait pas seulement une rupture d'un contrat, mais devrait être considérée comme une offense faite à l'Union. *Dire qu'un Etat peut faire sécession selon son désir revient à affirmer que les Etats-Unis ne forment pas une nation* »²⁰¹⁹. De même, la position de la Cour suprême fédérale américaine qualifiant les Etats-Unis d'« Union *indestructible* d'Etats *indestructibles* »²⁰²⁰ se fonde sur l'acceptation de la constitution comme étant l'acte originaire d'un peuple unitaire²⁰²¹. Dans tous ces exemples, l'exclusion du droit de sécession se fonde sur ce que nous avons appelé la « *mésinterprétation nationale* »²⁰²² de la Fédération. La guerre de Sécession a d'ailleurs confirmé de manière tragique la mutation de la Fédération américaine en un *Etat*

²⁰¹⁸ Dans *Le Fédéraliste* n° 11, Hamilton mentionne ainsi « l'étroite et indissoluble Union » formée par les treize Etats, Alexander HAMILTON, *Le Fédéraliste* n° 11, in Alexander HAMILTON, John JAY et James MADISON, *Le Fédéraliste, op. cit.*, p. 86. Voir aussi John JAY, *Le Fédéraliste* n° 2, *ibid.*, p. 12 : « si jamais se produit la dissolution de l'Union, l'Amérique pourra dire avec le poète : "Adieu ! Adieu pour jamais ! Toute ma grandeur !" ».

²⁰¹⁹ Proclamation du président Andrew Jackson en date du 10 décembre 1832, précitée (traduit par nos soins, italiques ajoutés).

²⁰²⁰ Cour suprême fédérale des Etats-Unis, *Texas v. White*, 74 US (1 Wall.) 700 (1868), reproduit in Elisabeth ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, PUF, 2002, p. 234 (italiques ajoutés).

²⁰²¹ Voir, outre les arrêts *Marbury v. Madison* et *McCulloch v. Maryland*, précités, l'opinion du juge Story dans l'affaire *Martin v. Hunter's Lessee* : « la Constitution des Etats-Unis a été ordonnée et établie, non par les Etats en qualité de personnes souveraines, mais, manifestement, comme le Préambule de la Constitution l'indique, par "le Peuple des Etats-Unis" », Cour suprême fédérale des Etats-Unis, *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 US (1 Wheat) 304, 324 (1816), cité in Elisabeth ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel, contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *op. cit.*, p. 108.

²⁰²² Voir *supra*, paragraphes 777.- et suivants.

fédéral. Par conséquent, l'exemple américain ne peut servir d'étalon de mesure en ce qui concerne l'examen du droit de retrait dans la Fédération²⁰²³. Plus encore, elle témoigne selon nous de la nécessité de consacrer un tel droit, afin d'éviter la consolidation nationale de la Fédération.

836.- En effet, non seulement le droit de retrait ne nous semble pas en contradiction avec la Fédération entendue comme union politique d'entités politiques mais, de plus, ce mécanisme nous paraît particulièrement pertinent dans ce type d'association politique.

Ainsi, la nature mixte du pacte fédératif justifie selon nous la consécration du droit de retrait dans la Fédération. Nous avons en effet montré que le pacte fédératif, bien que conclu par les différents peuples des Etats composant la Fédération, devait être considéré comme la constitution de cette entité politique et, partant, devait suivre le régime de cette catégorie juridique. Nous en avons déduit l'impossibilité de reconnaître un droit constitutionnel des Etats à interpréter le pacte fédératif, la subsistance d'une telle prérogative étant ontologiquement en contradiction avec la notion de constitution. Or, il nous semble que la résurgence de la dimension contractuelle du pacte doit être admise, dans de rares hypothèses, lorsqu'il s'agit de la préservation de l'existence d'un Etat. Le caractère constitutionnel du pacte fédératif, qui prédomine pendant l'application normale de celui-ci, doit s'accommoder d'une résurrection de son origine contractuelle prenant la forme du droit de retrait.

837.- Plus encore, le droit de retrait acquiert selon nous une justification supplémentaire dès lors qu'on envisage ce mécanisme sous l'angle de la théorie kantienne du droit cosmopolitique.

Si Kant ne mentionne pas le droit de sécession dans son projet pour la paix perpétuelle, il envisage toute de même l'organisation des Etats sous l'angle d'un « fédéralisme des peuples libres », ce qui peut accréditer la théorie du libre droit de se retirer d'une telle Fédération. Surtout, M. Jean-Marc Ferry a montré que, dès lors que la Fédération ne peut être comprise comme la réplique au niveau supranational de la formule étatique, il

²⁰²³ Plus généralement, Thierry Chopin met en garde contre une transposition hâtive de l'expérience des Etats-Unis pour construire la théorie de la Fédération. Cf. Thierry CHOPIN, *L'héritage du fédéralisme ? Etats-Unis/Europe, op. cit.*, pp. 31 et s. Dans le même sens, Paul Magonette montre les limites du parallèle entre l'histoire constitutionnelle américaine et la construction d'une Union européenne politique. Cf. Paul MAGNETTE, *Au nom des peuples. Le malentendu constitutionnel européen*, Paris, éditions du Cerf, 2006, 159 pages.

convenait de reconnaître que le droit des peuples soit maintenu au sein de cette entité. Cela se traduit, selon cet auteur, par le fait que « rien ne devrait en principe, *suivant le droit des peuples*, contraindre *absolument* cet Etat à poursuivre la coopération, car il lui est toujours loisible en dernière instance de reconsidérer sa participation à l'Union »²⁰²⁴.

La réflexion de M. Ferry est particulièrement intéressante en ce qu'elle met l'accent sur le droit de retrait, considéré comme un droit, non de l'Etat, mais des peuples composant la Fédération. C'est d'ailleurs sous l'angle des droits fondamentaux que le droit de retrait trouve sa principale raison d'être dans la mesure où il constitue l'ultime garantie, de nature politique, des droits fondamentaux conférés par la Fédération à ses unités composantes. En effet, la viabilité de la Fédération repose sur la capacité de cette entité à garantir, *via* l'action de la juridiction fédérale, les droits fondamentaux des Etats. Or, si cette protection n'est pas assurée, les peuples doivent pouvoir retrouver leur capacité d'action pour préserver leur autonomie²⁰²⁵. Jean-Marc Ferry note ainsi très justement que « la limite d'une intégration supranationale est située au regard de cette *liberté négative* tout à fait *fondamentale*, qui consiste à refuser une mesure sur une clause de conscience »²⁰²⁶. Cette liberté négative doit se traduire, selon nous, par l'institution d'un droit de retrait, qui est finalement moins destructeur de la Fédération que la reconnaissance au profit des Etats d'un pouvoir d'interprétation du pacte fédératif concurrent de celui de la juridiction fédérale.

838.- Une objection pourrait toutefois découler de l'inutilité, voire de la nocivité de l'insertion d'une telle disposition dans le pacte fédératif. En effet, il pourrait être soutenu que les peuples étant détenteurs du pouvoir constituant dans la Fédération, ils conservent par-devant eux le pouvoir d'y mettre fin et que, par conséquent, la consécration formelle de ce droit serait sans objet. Plus encore, il pourrait être allégué que consacrer le droit de retrait au sein du pacte fédératif reviendrait à le faire découler, non plus de la souveraineté des peuples au sein de la Fédération, mais de la Fédération elle-même. L'insertion dans le pacte fédératif d'un article consacrant le droit de retrait serait assimilable aux constitutions consacrant le

²⁰²⁴ Jean-Marc FERRY, *La question de l'Etat européen*, *op. cit.*, p. 11.

²⁰²⁵ La déclaration du tribunal constitutionnel espagnole relative à la compatibilité avec la constitution du traité établissant une constitution pour l'Europe témoigne d'ailleurs de ce lien entre protection des intérêts essentiels de l'Etat et droit de retrait, qui constitue, en dernier ressort, l'arme absolue permettant de préserver le noyau dur de la constitution d'une éventuelle atteinte par le droit de l'Union. Cf. Déclaration du tribunal constitutionnel espagnol du 13 décembre 2004 sur la compatibilité du traité établissant une constitution pour l'Europe avec la Constitution espagnole, reproduite in *RFDA*, 2005, pp. 43-55, spéc. pt. 3.

²⁰²⁶ Jean-Marc FERRY, *La question de l'Etat européen*, *op. cit.*, p. 90.

droit de résistance du peuple, dont l'effet est au mieux symbolique, au pire destructeur de la souveraineté du peuple.

Ces thèses ne sauraient être soutenues. Tout d'abord la consécration du droit de retrait des peuples n'est pas équivalente au pouvoir de mettre fin à la Fédération que détiennent collectivement les peuples. Le droit de retrait dont il s'agit ici est conféré à chacun des peuples pris isolément. Sa mise en œuvre devrait d'ailleurs se traduire, non par un acte collectif des peuples réunis entérinant le retrait, mais par un acte unilatéral du peuple considéré, éventuellement suivi d'une révision du pacte fédératif²⁰²⁷ et/ou d'un traité conclu entre l'Etat concerné et la Fédération afin de régler les modalités du retrait²⁰²⁸. De plus, il ne saurait être soutenu que l'encadrement du droit de retrait par le pacte fédératif aboutit à priver les peuples de leur souveraineté dans la mesure où il ne fait qu'en aménager l'exercice, selon des modalités propres à préserver à la fois les droits des peuples et ceux de la Fédération. Il pourrait d'ailleurs sembler judicieux que le pacte fédératif subordonne le droit de retrait à son acceptation préalable par le peuple de l'Etat concerné s'exprimant par la voie du référendum²⁰²⁹. Le référendum populaire pourrait ainsi recevoir une double signification, celle d'une autorisation de retrait de la Fédération au niveau de l'ordre juridique global et celle d'un acte du pouvoir constituant originaire entérinant le départ de la Fédération au niveau de l'ordre juridique national²⁰³⁰.

²⁰²⁷ Dans la mesure où le pacte fédératif mentionne dès l'origine la possibilité pour un Etat de se retirer de la Fédération, une révision du pacte aménageant les conséquences d'un tel retrait ne doit pas être considérée comme un acte originaire, et pourrait donc être menée par le titulaire du pouvoir de révision.

²⁰²⁸ Dans l'article I-60 du traité établissant une constitution pour l'Europe, la décision de retrait est ainsi prise unilatéralement par l'Etat concerné. Ce n'est que sa mise en œuvre qui fait l'objet d'un accord entre l'Etat et l'Union visant à organiser les futures relations entre l'Etat et l'Union européenne. Les dispositions relatives au retrait volontaire de l'Union européenne ont été reprises par le traité de Lisbonne et ont vocation à faire l'objet de l'article 50 du traité sur l'Union européenne.

²⁰²⁹ Le lien entre la Fédération et le droit de retrait du *peuple* a d'ailleurs été mis en lumière dans une décision célèbre de la Cour suprême du Canada en date du 20 août 1998, Renvoi relatif à la sécession du Québec (disponible à l'adresse suivante : <http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/1998/1998rcs2-217/1998rcs2-217.html>). Statuant sur l'hypothèse d'une sécession éventuelle du Québec, cette juridiction a jugé que « le principe du *fédéralisme*, joint au principe démocratique, exige que la répudiation claire de l'ordre constitutionnel existant et *l'expression claire par la population d'une province* du désir de réaliser la sécession donnent naissance à une obligation réciproque pour toutes les parties formant la confédération de négocier des modifications constitutionnelles en vue de répondre au désir exprimé » (souligné par nous). Sur cette décision, voir l'article de Marie-Laure GELY, « La Cour suprême du Canada, arbitre confirmé de l'évolution du fédéralisme : la décision du 20 août 1998 relative au droit de sécession unilatérale du Québec », *RDP*, 1999, pp. 1645-1668. Lors de la Convention sur l'avenir de l'Europe, ce lien entre droit de retrait et référendum populaire a d'ailleurs été discuté, sur la base d'une proposition d'amendement émanant de M. Juraj Migas (représentant du gouvernement slovaque) visant à l'adoption de la disposition suivante : « any member state may decide to withdraw from the European Union with its own constitutional requirements, *including national referendum* » (souligné par nous).

²⁰³⁰ En effet, si l'entrée dans la Fédération doit être considérée comme emportant une modification du *status* politique de l'Etat, nécessitant selon M. Olivier Beaud un acte du pouvoir constituant originaire, il doit en être ainsi de la sortie de la Fédération.

839.- En définitive, le droit de retrait ne semble pas incompatible avec l'institution de la Fédération. Plus encore, ce droit se justifie par la garantie politique qu'il apporte aux droits fondamentaux des Etats et par le fait qu'il constitue la traduction de la souveraineté des peuples au sein de la Fédération. En outre, sa consécration explicite peut être considérée, sur le plan pratique, comme un rempart à une possible interprétation judiciaire uniformisante du pacte fédératif. Le droit de retrait peut ainsi apparaître comme le corollaire indispensable du monopole d'interprétation du pacte fédératif conféré à la juridiction fédérale.

840.- Au vu de ces considérations, le fait que le traité de Lisbonne, suivant en cela le traité établissant une constitution pour l'Europe, ait prévu d'introduire une disposition relative au droit de retrait à l'article 50 du traité sur l'Union européenne ne doit pas être considéré comme portant atteinte à l'avenir fédéral de l'Union européenne. Conformément à ce qu'enseigne la théorie de la Fédération, une telle disposition rappelle que « ce sont toujours les peuples de chacun des Etats qui constituent les unités de référence, ce qui garantit que la volonté individuelle de chacun est déterminante et, concrètement, que l'Union ne peut prétendre conserver un Etat membre contre la volonté de son peuple »²⁰³¹.



841.- Si la consécration de véritables droits fondamentaux des Etats signe l'originalité du pacte fédératif, l'existence de tels droits resterait lettre morte en l'absence de garanties permettant d'en préserver l'essence. Il importe ainsi que le pacte fédératif offre aux Etats un panel de mécanismes permettant de sauvegarder leur existence politique, celle-ci conditionnant *in fine* la viabilité de la Fédération. Les mécanismes institutionnels, traduisant plus généralement l'existence d'un droit de participation des Etats aux décisions communes, paraissent ainsi propres à assurer que les normes fédérales, au premier plan desquelles le pacte fédératif, ne portent pas atteinte à l'existence particulière des Etats. Mais l'essence des droits fondamentaux réside surtout dans leur juridicité, qui implique l'intervention d'un organe juridictionnel habilité à en sanctionner la méconnaissance par les organes de la Fédération. Si cette instance juridictionnelle doit selon nous relever de l'ordre juridique de la

²⁰³¹ Alexis VAHLAS, « Appartenance à l'Union européenne », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2005, pp. 239-278, spéc. p. 278.

Fédération, cette condition étant nécessaire à la préservation de l'unité du droit issu de cet ordre, le potentiel centralisateur de toute juridiction fédérale pourrait être compensé par le soin apporté à la composition de cette juridiction, qui pourrait mêler des juges constitutionnels nationaux au juges fédéraux. En tout état de cause, la remise du monopole de l'interprétation authentique du pacte fédératif à la juridiction fédérale doit être considérée comme étant neutralisée par la reconnaissance d'un droit de retrait unilatéral des Etats par lequel ceux-ci peuvent préserver, en dernier ressort, leur existence politique.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

842.- L'examen du pouvoir constituant au sein de la Fédération ne peut se contenter de l'identification de son titulaire. Comme nous l'avons montré, la remise du pouvoir constituant aux peuples composant la Fédération doit s'accompagner de la consécration, au sein du pacte fédératif, de droits propres à garantir l'existence politique des Etats. Dans la mesure où ces droits sont liés à l'essence de l'Etat, ils peuvent être qualifiés de « droits fondamentaux des Etats » à l'image des droits fondamentaux des individus et pourraient être consacrés dans trois domaines distincts : le domaine des droits civils (droit à l'existence, droit au respect de l'intégrité, droit au respect de l'autonomie constitutionnelle ou droit au respect de l'identité nationale), le domaine des droits civiques ou politiques (droit de participation de l'Etat au niveau central, droit au respect de l'égalité) et celui des droits sociaux (droit à la solidarité entre Etats).

843.- La consécration de tels droits fondamentaux des Etats par le pacte fédératif semble indispensable à la viabilité de la Fédération entendue comme une Union *durable* entre différentes entités politiques. Dans cette optique, si le principe du pouvoir constituant des peuples composant la Fédération permet de sauvegarder l'existence des Etats lors de la fondation de cette entité, l'existence de droits fondamentaux des Etats permet de préserver leur essence pendant toute la durée de la Fédération.

844.- Essentiels selon nous à la perpétuation de l'équilibre entre consolidation et démembrement qui caractérise la Fédération, les droits fondamentaux des Etats ne devraient pas se contenter d'être consacrés par le pacte fédératif mais devraient être accompagnés de garanties permettant d'en garantir l'effectivité. Ainsi, la participation des Etats à la production du droit fédéral a pu être qualifiée de garantie institutionnelle propre à préserver l'existence des Etats. Il en va de même de la protection juridictionnelle, qui apparaît comme l'« archétype »²⁰³² de la garantie des droits fondamentaux. Enfin le droit de retrait a pu être qualifié de garantie politique visant à assurer, en dernier lieu, le droit à l'existence de l'Etat.

²⁰³² Voir en ce sens Jean-Denis MOUTON, « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats dans le système communautaire ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 463-477, spéc. p. 464. Voir aussi Marie-Joëlle REDOR, « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », in *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 1/2002, texte de l'article disponible à l'adresse suivante : <http://www.unicaen.fr/mrsh/crdf/pdf/c1Redor.pdf>

Défini de cette manière, le pacte fédératif, tout en reconnaissant le principe du pouvoir constituant des peuples de la Fédération, ne semble pas devoir mettre en péril l'étaticité de ses composantes.

CONCLUSION DU TITRE 2

845.- Au final, le fait que la Fédération soit fondée sur le principe du pouvoir constituant des peuples ne porte pas fondamentalement atteinte à l'existence des Etats et de leur identité particulière dans la mesure où l'une des caractéristiques de cette entité consiste dans la reconnaissance et la garantie de véritables droits fondamentaux des Etats, similaires dans leurs caractéristiques aux droits fondamentaux des individus.

Cela confirme en retour l'hypothèse selon laquelle la transformation de l'Union européenne en une Fédération véritable, fondée sur le principe du pouvoir constituant du peuple, ne remettrait pas en cause l'une des prémisses sur lesquelles elle est bâtie, à savoir la préservation du fait étatique. Celle-ci serait en effet assurée par la participation des Etats à la prise de décision fédérale et par l'existence de droits fondamentaux opposables à la Fédération, justiciables devant la juridiction communautaire et garantis, en dernier ressort, par la possibilité conférée au peuple de se retirer de l'Union européenne.

L'examen théorique des différentes caractéristiques de la Fédération montre d'ailleurs que l'Union européenne entretient de nombreux points communs avec cette forme d'association politique, sans pour autant que le point de passage vers cette entité, qui se traduit juridiquement par l'abandon du pouvoir fondateur des Etats au profit du pouvoir constituant des peuples, n'ait été atteint. Les propositions développées ci-dessus ont cependant pu esquisser la physionomie que pourrait prendre le pouvoir constituant dans une Fédération européenne à venir.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

846.- A rebours de la méthode fonctionnaliste visant à faire jaillir l'union politique de la mise en place progressive et désordonnée de mécanismes organisant la gestion en commun de certaines prérogatives de puissance publique, la méthode « fédérale-constitutionnelle »²⁰³³ prônée par le professeur Léontin-Jean Constantinesco consistant à mettre en place une Fédération européenne arc-boutée sur une constitution semble à même de résorber l'actuel déficit démocratique traditionnellement imputé à l'Union européenne. Le déficit démocratique engendré par la constitutionnalisation endogène de l'ordre juridique communautaire ne peut en effet être comblé qu'à la condition de faire en sorte que les citoyens, qui sont à l'heure actuelle, au même titre que les Etats, les destinataires des normes communautaires, en soient également les auteurs. Cette vérité première de la démocratie implique concrètement la remise du pouvoir constituant au peuple dans l'Union européenne.

Or, la réalisation de cette hypothèse semble se heurter à un obstacle insurmontable, qui consiste dans la nécessaire préservation de l'existence des Etats. Selon l'opinion généralement répandue, la remise du pouvoir constituant au peuple impliquerait en effet la transformation de l'Union européenne en une entité étatique à laquelle les Etats membres seraient dorénavant subordonnés. Ceci explique que la résorption du déficit démocratique ait pris une autre direction consistant, au lieu de remettre au peuple le *pouvoir* de sanction constituante, à démocratiser la *procédure* d'adoption des traités.

847.- Cependant, le pouvoir constituant européen ne saurait prendre la forme limitée de la démocratisation du processus constituant. Plus précisément, le principe du pouvoir constituant du peuple peut selon nous être concilié avec le maintien de l'existence des Etats, dès lors que l'on accepte de suivre la voie tracée par la théorie de la Fédération. La théorie de la Fédération enseigne en effet que cette forme d'association politique se caractérise par le fait qu'elle est à la fois un ordre constitutionnel, fondé sur le principe du pouvoir constituant du peuple et un ordre juridique interétatique. Pour le dire autrement, la Fédération peut être caractérisée comme procédant d'un double principe de légitimité incluant les peuples et les Etats, la traduction juridique de ce double principe de légitimité consistant en l'attribution du

²⁰³³ Cf. Léontin-Jean CONSTANTINESCO, « Fédéralisme-constitutionnalisme ou fonctionnalisme ? Réflexions sur la méthode de l'intégration européenne », in *Mélanges Fernand Dehousse*, vol. 2 : *La construction européenne*, Bruxelles, Paris, éditions Labor, Fernand Nathan, 1979, pp. 19-27.

pouvoir constituant *aux peuples* composant cette entité. Comme nous l'avons montré, l'adoption du pacte fédératif par les peuples composant la Fédération devrait être compensée par la consécration et la garantie, au sein de ce même pacte, de véritables droits conférés aux Etats, semblables dans leurs caractéristiques aux droits fondamentaux des individus et permettant à ceux-ci de préserver leur existence particulière au sein de la Fédération.

848.- En définitive, la voie tracée par le fédéralisme a permis de concevoir une Union européenne fondée sur le principe du pouvoir constituant et ne remettant pas en cause l'existence des Etats sur lesquels elle est fondée. L'aporie résultant de l'impossibilité (supposée) de remettre le principe du pouvoir constituant au centre de la construction européenne sans remettre en cause du même coup l'existence des Etats a été levée par l'approfondissement de la théorie de la Fédération. Celle-ci enseigne que la préservation des Etats est possible sur d'autres bases que celles qui sous-tendent actuellement le droit international, plus précisément sur le fondement d'un droit cosmopolitique. Cette hypothèse implique cependant de se départir de la fiction de la souveraineté de l'Etat et d'en appeler à cette vérité profonde de la démocratie, selon laquelle les peuples doivent être à l'origine de tout pouvoir s'exerçant sur eux. La transition vers l'idéal kantien exige cependant une volonté politique de la part des dirigeants européens qui semble actuellement faire défaut. La progression de l'intégration européenne est alors condamnée à ne suivre la voie de la Fédération qu'à la manière d'une asymptote, s'approchant toujours davantage de cette incarnation de la démocratie postnationale sans jamais réellement l'incarner.

CONCLUSION GENERALE :

LE POUVOIR CONSTITUANT EUROPEEN, L'IRRESOLU DE LA CONSTRUCTION EUROPEENNE

849.- Au terme de cette étude consacrée au pouvoir constituant européen une première conclusion, essentielle, s'impose : ce concept est absent de l'ordre juridique communautaire. Cette affirmation, intuitivement perceptible dès les prémices de cette étude, a pu être démontrée par la détermination du noyau dur du concept de pouvoir constituant et son application à l'ordre juridique issu des traités fondateurs des Communautés et de l'Union européennes.

Alors que le pouvoir constituant peut être défini comme le pouvoir du peuple d'adopter l'acte constituant d'un ordre juridique donné, force est de constater que ni l'établissement des traités fondateurs, ni leur révision, y compris la révision initiée par la déclaration de Laeken et ayant abouti à l'adoption du traité établissant une constitution pour l'Europe, ne peuvent être assimilés à l'exercice du pouvoir constituant. Introuvable au sein de l'ordre juridique communautaire, le concept de pouvoir constituant ne saurait donc expliquer le processus de constitutionnalisation qui caractérise les Communautés et l'Union européennes et qui doit son existence à la conjonction de deux phénomènes distincts : le pouvoir fondateur initialement exercé par les Etats membres, d'une part, et la fonction constituante exercée par les Etats membres et certaines institutions, au premier rang desquelles la Cour de justice des Communautés européennes, d'autre part.

850.- Cette première conclusion est importante, en ce qu'elle enseigne que le développement des caractéristiques constitutionnelles du texte fondant un ordre juridique donné peut emprunter d'autres canaux que la seule intervention du pouvoir constituant. Les notions de pouvoir fondateur et de fonction constituante paraissent ainsi constituer des instruments pertinents pour qualifier l'action imputable à des sujets autres que le peuple et visant à produire un objet constituant similaire à celui découlant de l'exercice par le peuple de son pouvoir constituant. Bien qu'étant à l'origine du déficit démocratique aujourd'hui vivement décrié au sein de l'ordre juridique communautaire, cette dissociation entre le titulaire du pouvoir constituant et l'objet qui lui est théoriquement réservé est généralement

considérée comme consubstantielle à la nature de l'ordre juridique communautaire. En effet, il est couramment soutenu que le concept de pouvoir constituant serait inopérant dans le cadre de l'Union européenne, du fait de la singularité de cet ordre juridique constitutionnel bâti sur des entités étatiques souveraines entendant le rester.

851.- Nous pensons au contraire que si le concept de pouvoir constituant est introuvable au sein de l'ordre juridique communautaire, il ne l'est qu'à la manière d'un évitement, ce qui signifie que c'est délibérément que cet ordre juridique s'est construit sans le recours au concept de pouvoir constituant. Ainsi, c'est le choix de la méthode fonctionnaliste visant à construire l'Europe par l'accrétion progressive de solidarités de fait dont finirait par jaillir une entité politique, qui a imposé le recours à ces équivalents fonctionnels du pouvoir constituant que sont le pouvoir fondateur des Etats et la fonction constituante des institutions.

852.- Mais de ce choix initial ne doit pas être déduit l'inopérance du concept de pouvoir constituant dans le cadre de l'Union européenne. Nous avons en effet tenté de démontrer que l'avènement de ce concept était pensable au sein même d'une entité telle que l'Union européenne, fondée sur des composantes étatiques souhaitant conserver cette qualité. Plus encore, nous soutenons que seule l'attribution du pouvoir constituant aux peuples européens est à même de résorber le déficit démocratique actuel, en partie dû à la méthode fonctionnaliste d'intégration qui a prévalu jusqu'à présent. La stratégie initiale consistant à contourner le recours au principe du pouvoir constituant, dans une tentative d'externalisation de la contrainte démocratique, a sans nul doute permis le développement d'un ordre juridique fortement intégré, d'essence fédéraliste. Elle s'avère cependant contre-productive puisqu'elle retrouve sa limite, le peuple, évincé, qu'il convient de réintégrer dans une construction juridique qui s'est faite en grande partie sans lui. Sans dénier toute pertinence aux stratégies de légitimation employées jusqu'à présent au sein de l'ordre juridique communautaire, qu'il s'agisse de l'octroi de droits aux individus ou de l'aménagement de la procédure constituante, le retour à la définition première de la démocratie implique de redonner tout son sens à l'autodétermination du peuple et de faire en sorte qu'il puisse être considéré comme l'auteur des normes qui lui sont destinées. La réintroduction du concept de pouvoir constituant au sein de l'ordre juridique communautaire est alors essentielle, en ce qu'elle vise à réaménager les rapports de pouvoir entre les trois niveaux que constituent, respectivement, l'Union européenne, les Etats et les individus. Plus généralement à l'heure où l'Etat semble être

dépassé en tant que forme d'expression juridique du pouvoir politique, la réflexion sur le pouvoir constituant européen sonne comme un défi dans la mesure où elle revient à examiner les conditions d'existence d'une démocratie à l'échelle supranationale. Comme nous avons tenté de le montrer, l'une des voies possibles de la démocratie supranationale semble résider dans l'émergence d'un « constitutionnalisme post-constituant »²⁰³⁴, fondé sur le transfert à cette échelle du concept de pouvoir constituant.

853.- Si l'avènement du pouvoir constituant européen est envisageable au sein de l'Union européenne, la voie est cependant étroite. Qu'il suffise ici de rappeler que le projet européen repose sur la volonté d'union des Etats dans une entité politique les englobant sans toutefois les faire disparaître. Le pouvoir constituant européen, nécessaire à la légitimation d'une Europe politique, ne se conçoit donc que s'il permet de préserver l'existence des Etats. Comme nous l'avons montré, cette condition peut être satisfaite par l'attribution du pouvoir constituant non au peuple mais aux peuples européens agissant conjointement pour adopter l'acte fondateur d'une Fédération européenne, ce dernier étant caractérisé par la reconnaissance et la garantie de véritables droits fondamentaux des Etats. L'avènement du pouvoir constituant européen exige donc une rupture radicale avec la méthode fonctionnelle d'intégration jusqu'à présent mise en œuvre.

854.- Or, le réalisme implique de prendre en compte la haute improbabilité du passage de l'Union européenne à une Fédération idéale. Le transfert du pouvoir fondateur de l'Union des Etats aux peuples européens, même si nous avons noté qu'il serait à même de garantir la préservation des Etats, est à l'heure actuelle inenvisageable du fait de l'absence de volonté politique en ce sens. Ce constat doit être renforcé par l'élargissement de l'Union européenne à de nouveaux membres qui ne sont pas forcément acquis à l'idée d'œuvre initiale et qui considèrent l'adhésion avant tout comme un moyen de retrouver au niveau international une marge d'action qu'ils avaient perdu au niveau national. Le choix de la méthode « fédérale-constitutionnelle »²⁰³⁵ sera plus vraisemblablement le fait d'un noyau dur d'Etats souhaitant progresser dans l'intégration en réalisant une Fédération européenne

²⁰³⁴ Neil WALKER, « Post-constituent constitutionalism ? The case of the European Union », in Martin LOUGHLIN and Neil WALKER (Ed.), *The paradox of constitutionalism. Constituent power and constitutional form*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 247-267.

²⁰³⁵ Léontin-Jean CONSTANTINESCO, « Fédéralisme-constitutionnalisme ou fonctionnalisme ? Réflexions sur la méthode de l'intégration européenne », in *Mélanges Fernand Dehousse*, vol. 2 : *La construction européenne*, Bruxelles, Paris, éditions Labor, Fernand Nathan, 1979, pp. 19-27.

véritable fondée sur le principe du pouvoir constituant des peuples européens²⁰³⁶. D'ici là, la méthode fonctionnelle devrait être perpétuée, en dépit de ses contradictions intrinsèques, comme en témoigne la voie empruntée après l'échec du traité établissant une constitution pour l'Europe. Il n'est cependant pas certain, l'échec du référendum irlandais portant sur le traité de Lisbonne est là pour en attester, que les peuples européens acceptent encore longtemps de renoncer à leur droit le plus légitime qui est celui de fonder le gouvernement. Si, selon le mot prêté à Georges Clémenceau, la « démocratie se doit d'être une création continue »²⁰³⁷, alors il est temps de repenser ce concept afin qu'il puisse s'épanouir à l'échelle européenne.

²⁰³⁶ C'est le sens de la proposition faite par Guy Verhofstadt, qui appelle à la création d'un « noyau dur » de la part des Etats résolus à aller plus loin dans l'intégration. Cette union politique, baptisée « Etats-Unis d'Europe », verrait le jour suite à un référendum des citoyens des Etats membres participants, organisé le même jour. Guy VERHOFSTADT, *Les Etats-Unis d'Europe*, Bruxelles, éditions Luc Pire, 2006, 66 pages.

²⁰³⁷ Cité par George BERNANOS, *La grande peur des bien-pensants*, Paris, éditions Grasset, 1949, 458 pages.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE¹

TABLE DES MATIÈRES DE LA BIBLIOGRAPHIE

DOCTRINE	723
I. DROIT COMMUNAUTAIRE ET EUROPEEN	723
A. OUVRAGES GENERAUX, MANUELS, COMMENTAIRES DES TRAITES	723
B. THESES	726
C. OUVRAGES SPECIALISES, MONOGRAPHIES, COURS	728
D. ARTICLES	734
II. DROIT PUBLIC INTERNE ET SCIENCES POLITIQUES	762
A. OUVRAGES GENERAUX, MANUELS, DICTIONNAIRES	762
B. THESES ET MEMOIRES	764
C. OUVRAGES SPECIALISES, MONOGRAPHIES, COURS	766
D. ARTICLES	771
III. DROIT INTERNATIONAL	779
A. MANUELS ET DICTIONNAIRES	779
B. THESES ET COURS	779
C. ARTICLES	780
IV. HISTOIRE DU DROIT ET DES IDEES POLITIQUES	782
A. OUVRAGES ANCIENS	782
B. OUVRAGES SPECIALISES	784
C. ARTICLES	786
DOCUMENTS OFFICIELS DE L'UNION ET DE LA COMMUNAUTE EUROPEENNES	787
A. ACCORDS INTERINSTITUTIONNELS ET ACTES COMMUNS A PLUSIEURS INSTITUTIONS	787
B. DOCUMENTS INTERNES AUX INSTITUTIONS	787
C. RAPPORTS ET RESOLUTIONS DU PARLEMENT EUROPEEN	788
D. RAPPORTS, COMMUNICATIONS ET AVIS DE LA COMMISSION	789
E. AVIS DU COMITE ECONOMIQUE ET SOCIAL	789
F. DIVERS	789
TEXTES CONSTITUTIONNELS ET POLITIQUES AMERICAINS	790
SITES INTERNET	791
A. SITES OFFICIELS DE L'UNION EUROPEENNE	791
B. SITES OFFICIELS FRANÇAIS	791
C. UNIVERSITES, FONDATIONS, BIBLIOTHEQUES	791
D. SITES NON FRANCOPHONES	791

¹ Ne sont ici répertoriés, outre la documentation officielle, que les ouvrages et articles consultés et expressément cités dans les notes de bas de page.

DOCTRINE

I. DROIT COMMUNAUTAIRE ET EUROPEEN

A. OUVRAGES GENERAUX, MANUELS, COMMENTAIRES DES TRAITES

- A -

AMATO Giuliano, BRIBOSIA Hervé et DE WITTE Bruno (Dir.), *Genèse et destinée de la constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 1394 pages.

- B -

BEAUD Olivier, PERNICE Ingolf, LECHEVALIER Arnaud et STRUDEL Sylvie (Dir.), *L'Europe en voie de constitution : pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 832 pages.

BIEBER Roland, JACQUE Jean-Paul et WEILER Joseph H.H., *L'Europe de demain - Une Union sans cesse plus étroite. Analyse critique du projet de traité instituant l'Union européenne*, Luxembourg, OPOCE, 1985, 369 pages.

BLUMANN Claude et DUBOUIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Litec, 3^{ème} édition, 2007, 653 pages.

BRUNETEAU Bernard, *Histoire de l'idée européenne au premier XXe siècle à travers les textes*, Paris, Armand Colin, 2006, 283 pages.

- C -

CAPOTORTI Francesco, HILF Meinhard, JACOBS Francis et JACQUE Jean-Paul, *Le traité d'Union européenne, commentaire du projet adopté par le Parlement européen le 14 février 1984*, Bruxelles, Editions de l'ULB, 1985, 30 pages.

CLOOS Jim, REINESCH Gaston, VIGNES Daniel et WEYLAND Joseph, *Le Traité de Maastricht, genèse, analyse, commentaires*, Bruylant, Bruxelles, 1994, 814 pages.

CONSTANTINESCO Vlad, GAUTIER Yves et MICHEL Valérie (Dir.), *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe : analyses et commentaires*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, 462 pages.

- D -

DE PONCINS Etienne, *La Constitution européenne en 25 clefs*, Paris, éditions Lignes de repères, 2005, 246 pages.

DE ROUGEMONT Denis (Dir.), *28 siècles d'Europe. La conscience européenne à travers les textes d'Hésiode à nos jours*, Paris, Christian de Bartillat, 1990, 428 pages.

DE SCHUTTER Olivier et NIHOUL Paul (Dir.), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Editions Larcier, 2004, 405 pages.

DE WITTE Bruno, *Ten reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, Florence, Institut universitaire européen de Florence, Centre Robert Schuman, 2003, 225 pages.

- G -

GOHIN Olivier et PECHEUL Armel (Dir.), *La nouvelle Union européenne. Approches critiques de la Constitution européenne*, Paris, Editions François-Xavier de Guibert, 2005, 180 pages.

GRANDGUILLOT Dominique, *L'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Paris, Gualino, 2008, 48 pages.

- H -

HERSANT Yves et DURAND-BOGAERT Fabienne, *Europes, de l'antiquité au XXe siècle, anthologie critique et commentée*, Paris, Robert Laffont, 2000, 1050 pages.

- I -

ISAAC Guy et BLANQUET Marc, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, 9^{ème} édition, 2006, 539 pages.

- J -

JACQUE Jean-Paul, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 4^{ème} édition, 2006, 779 pages.

- K -

KADDOUS Christine et AUER Andreas (Dir.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2006, 372 pages.

- L -

LEVADE Anne, PICOD Fabrice et BURGORGUE-LARSEN Laurence (Dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe : commentaire articles par articles*, tome 1, Architecture constitutionnelle, Bruxelles, Bruylant, 2007, 1132 pages ; tome 2, La Charte des droits fondamentaux de l'Union, Bruxelles, Bruylant, 2005, 837 pages.

- M -

MANIN Philippe, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Paris, Pedone, 2004, 555 pages.

MIOCHE Philippe, *De l'idée européenne à l'Europe, XIX-XXe siècle*, Paris, Hachette, 1997, 155 pages.

MONNET Jean, *Mémoires*, Paris, Fayard, 1976, 642 pages.

- *Les Etats-Unis d'Europe ont commencé*, Paris, Laffont, 1955, 171 pages.

- P -

PHILIP Christian et SOLDATOS Panayotis (Dir.), *La Convention sur l'avenir de l'Europe : essai d'évaluation du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 236 pages.

PESCATORE Pierre, *L'ordre juridique des Communautés européennes. Etude des sources du droit communautaire*, réimpression de l'ouvrage publié aux presses universitaires de Liège en 1975, Bruxelles, Bruylant, 2006, 315 pages.

- *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, réimpression de l'ouvrage publié chez Sijthoof-Leiden en 1972, Bruxelles, Bruylant, 2005, 100 pages.

- R -

REUTER Paul, *Organisations européennes*, Paris, PUF, 1965, 451 pages.

RIDEAU Joël, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 5^{ème} édition, 2006, 1281 pages.

- *Union européenne : commentaire des Traités modifiés par le Traité de Nice du 26 février 2001*, Paris, LGDJ, 2001, 511 pages.

ROLLAND Patrice, *L'unité politique de l'Europe : histoire d'une idée*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 614 pages.

ROUX Jérôme, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2006, 317 pages.

- S -

SAURON Jean-Luc, *Comprendre le traité de Lisbonne. Texte consolidé intégral des traités, explications et commentaires*, Paris, Gualino, 2008, 351 pages.

SIMON Denys, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3^{ème} édition, 2001, 779 pages.

- T -

TRIANTAFYLLOU Dimitris, *La Constitution de l'Union européenne selon le Traité de Rome de 2004 : les choix clés de la Convention et de la conférence intergouvernementale*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} édition, 2005, 150 pages.

B. THÈSES

- A -

ALBI Anneli, « Estonia's sovereignty in perspective of EU accession. Rethinking traditional concepts », Bachelor Thesis, Tartu University, 1999, texte disponible à l'adresse suivante : www.ut.ee/ABVKeskus/publ/1999/souverignity.pdf

- B -

BARBATO Jean-Christophe, *La diversité culturelle en droit communautaire. Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction communautaire*, thèse, Nancy 2, 2005, 724 pages, Aix-en-Provence, PUAM, 2008, 599 pages.

BENLOLO-CARABOT Myriam, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, thèse, Paris X, 2005, Bruxelles, Bruylant, 2007, 782 pages.

BERROD Frédérique, *La systématique des voies de droit communautaires*, thèse, Strasbourg III, 2002, Paris, Dalloz, 2003, 1136 pages.

BLANCHARD David, *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, thèse, Rennes, 2001, Rennes, Editions Apogée Rennes, 2001, 476 pages.

BOSKOVITS Kosmas, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, thèse, Strasbourg, 1999, Athènes, Sakkoulas, Bruxelles, Bruylant, 1999, 876 pages.

- C -

CHALTIEL Florence, *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français : recherches sur la souveraineté de l'Etat membre*, thèse, Grenoble, 1999, Paris, LGDJ, 2000, 606 pages.

COLIN Jean-Pierre, *Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes*, thèse, Nancy, 1963, Paris, LGDJ, 1966, 544 pages.

CONSTANTINESCO Vlad, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes, Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, thèse, Nancy 2, 1974, Paris, LGDJ, 1974, 492 pages.

- D -

DAUPS Thierry, *L'idée de constitution européenne*, thèse, Paris X, 1992, 519 pages.

- G -

GERKRATH Jörg, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe. Modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des Communautés et de l'Union européenne*, thèse, Strasbourg, 1996, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1997, 425 pages.

- L -

LENAERTS Koenraad, *Le juge et la constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, thèse, Université catholique de Louvain, 1982, Bruxelles, Bruylant, 1988, 817 pages.

LESGUILLONS Henry, *L'application d'un traité-fondation : le traité instituant la CEE*, thèse, Paris, 1966, Paris, LGDJ, 1968, 319 pages.

- M -

MAGNETTE Paul, *La citoyenneté européenne, droits, politiques et institutions*, thèse sciences politiques, Bruxelles, 1999, Bruxelles, Editions de l'université de Bruxelles, 1999, 249 pages.

MICHEL Valérie, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, thèse, Paris I, 2000, Paris, L'Harmattan, 2003, 704 pages.

- P -

PAPADOPOULOU Rébecca-Emmanuèla, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et consécration*, thèse, Université catholique de Louvain, Athènes, Sakkoulas, Bruxelles, Bruylant, 1996, 319 pages.

- R -

RITLENG Dominique, *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par le Cour de justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes*, Thèse, Strasbourg III, 1998, 725 pages.

- S -

SCHMITZ Thomas, *Integration in der Supranationalen Union : das europäische Organisationsmodell einer prozesshaften geo-regional Integration und seine rechtlichen und staatsrechtlichen Implikation*, thèse, Göttingen, 2000, Baden-Baden, Nomos, 2001, 674 pages.

SIMON Denys, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, Thèse, Nancy 2, 1979, Paris, Pedone, 1981, 936 pages.

C. OUVRAGES SPECIALISES, MONOGRAPHIES, COURS

- A -

AUER Andreas et FLAUSS Jean-François (Ed.), *Le référendum européen*, actes du colloque international de Strasbourg des 21 et 22 février 1997, Bruxelles, Bruylant, 1997, 341 pages.

AUVRET-FINCK Josiane (Dir.), *L'Union européenne, carrefour des coopérations*, Paris, LGDJ, 2002, 441 pages.

AZOULAI Loïc et BURGORGUE-LARSEN Laurence (Dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 274 pages.

- B -

BIEBER Roland et RESS Georg (Dir.), *Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts – The dynamics of EC-Law : die Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts im Lichte nachfolgender Praxis der Mitgliedstaaten und der EG-Organen*, Baden-Baden, Nomos, 1987, 457 pages.

BIEBER Roland et WIDMER Pierre (éd.), *L'espace constitutionnel européen*, Zürich, Schultess Polygraphischer Verlag, 1995, 478 pages.

BOULOUIS Jean, *Droit communautaire et droit français : recueil d'études*, Paris, Editions La Mémoire du droit, 1999, 380 pages.

- «Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général », *RCADI*, tome 235 (1992-IV), pp. 9-79.

BURGESS Michael, *Federalism and European Union : the building of Europe 1950-2000*, London, Routledge, 2000, 304 pages.

- C -

CLERGERIE Jean-Louis, *Le renvoi préjudiciel*, Paris, Ellipses, 2000, 174 pages.

CROISAT Maurice et QUERMONNE Jean-Louis, *L'Europe et le fédéralisme*, Paris, Montchrestien, 2^{ème} édition, 1999, 156 pages.

- D -

DAMAMME Dominique (Dir.), *La démocratie en Europe*, Paris, L'Harmattan, 2004, 259 pages.

DEBARD Thierry (Dir.), *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit constitutionnel*, actes du colloque organisé par le Centre d'Etudes Européennes de la faculté de droit de Lyon le 27 octobre 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, 164 pages.

DEHOUSSE Renaud (Dir.), *Une constitution pour l'Europe ?*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2002, 290 pages.

- *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Montchrestien, 2^{ème} édition, 1997, 160 pages.

DONY Marianne et ROSSI Lucia Serena (Dir.), *Démocratie, cohérence et transparence. Vers une constitutionnalisation de l'Union européenne ?*, Bruxelles, Editions de l'université de Bruxelles, 2008, 367 pages.

DUPRAT Georges (Dir.), *L'Union européenne : Droit, politique et démocratie*, Paris, PUF, 1996, 317 pages.

- E -

ECKERT Gabriel, GAUTIER Yves, KOVAR Robert et RITLENG Dominique (Dir.), *Les incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2007, 460 pages, spéc. pp. 13-37.

- F -

FLAUSS Jean-François (Dir.), *Vers un droit constitutionnel européen ? Quel droit constitutionnel européen ?*, actes du colloque de Strasbourg des 18 et 19 juin 1993, *RUDH*, n° 11-12, 1995.

- G -

GAUDIN Hélène (Dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, actes du colloque de la Rochelle des 6 et 7 mai 1999, Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, 393 pages.

GAROT Marie-José, *La citoyenneté de l'Union européenne*, Paris, Montréal, L'Harmattan, 1999, 365 pages.

GANSHOF VAN DER MEERSCH Walter, « L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international », *RCADI*, tome 148 (1975-V), 433 pages.

GOHIN Olivier et PECHEUL Armel (Dir.), *La nouvelle Union européenne. Approches critiques de la Constitution européenne*, Paris, éd. François-Xavier de Guibert, 2005, 182 pages.

- H -

HAMON Francis et PASSELECQ Olivier (Dir.), *Le référendum en Europe, bilan et perspectives*, actes du colloque organisé à la Maison de l'Europe à Paris les 28 et 29 janvier 2000, Paris, L'Harmattan, 2001, 266 pages.

HERVOUËT François (Dir.), *Démarche communautaire et construction européenne, vol. 2 : dynamique des méthodes*, actes du colloque de la CEDECE organisé à Poitiers les 12-13 et 14 octobre 2000, Paris, La Documentation française, 2000, 465 pages.

- J -

JACOT-GUILLARMOD Olivier, *Droit communautaire et droit international public*, Genève, Librairie de l'Université, Georg & Cie SA, 1979, 299 pages.

JACQUE Jean-Paul, « Cours général de droit communautaire », *RCADE*, 1990, vol. I-1., pp. 237-367.

- K -

KOVAR Robert, « L'édification de l'ordre juridique communautaire », *RCADE*, 1993, vol. IV-1, pp. 13-122.

- L -

LABOUZ Marie-Françoise (Dir.), *Les accords de Maastricht et la constitution de l'Union européenne*, actes de la septième journée d'actualité internationale organisée à Nanterre le 27 juin 1992, Paris, Montchrestien, 1992, 241 pages.

LOUIS Jean-Victor et WAELBROECK Denis (Dir.), *Le Parlement européen dans l'évolution institutionnelle*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1988, 407 pages.

- M -

MAGNETTE Paul, *Au nom des peuples. Le malentendu constitutionnel européen*, Paris, éditions du Cerf, 2006, 159 pages.

- *Contrôler l'Europe. Pouvoirs et responsabilité dans l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'université de Bruxelles, 2003, 175 pages.

- *L'Europe, l'Etat et la démocratie. Le Souverain apprivoisé*, Bruxelles, Editions complexe, 2000, 200 pages.

MAGNETTE Paul (Dir.), *La constitution de l'Europe*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2^{ème} édition revue et augmentée, 2002, 215 pages.

MASCLET Jean-Claude et MAUS Didier (Dir.), *Les constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe*, Paris, La documentation française, 1993, 239 pages.

MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel et MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (Dir.), *Constitution et construction européenne*, Paris, Dalloz, 2006, 255 pages.

MAUS Didier et PASSELECQ Olivier (Dir.), *Le traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales*, Paris, La documentation française, 1998, 133 pages.

MOUTON Jean-Denis, *La citoyenneté de l'Union : passé, présent et avenir*, Saarbrücken, Europa-Institut, Universität des Saarlandes, 1996, 20 pages.

MOUTON Jean-Denis et BARBATO Jean-Christophe (Dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux des Etats en droit communautaire ?*, à paraître.

MOUTON Jean-Denis et STEIN Torsten (Dir.), *Vers une nouvelle constitution pour l'Union européenne ? La conférence intergouvernementale de 1996*, Actes du Congrès annuel de 1996 de l'Académie de droit européen de Trêves, publié in *ERA*, n° 21/1997.

MOUTON Jean-Denis, VANDAMME Jacques (éd.), *L'avenir de l'Union européenne : élargir et approfondir*, Bruxelles, PIE, 1995, 223 pages.

- P -

PHILIP Christian et SOLDATOS Panayotis (Dir.), *La citoyenneté européenne*, Montréal, université de Montréal, 2000, 269 pages.

- R -

RIDEAU Joël (Dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit : continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, 515 pages.

- *La transparence dans l'Union européenne, mythe ou principe juridique ?*, Paris, LGDJ, 1999, 276 pages.

- *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, 230 pages.

- *Les Etats membres de l'Union européenne. Adaptations – mutations – résistances*, Paris, LGDJ, 1997, 540 pages.

- « Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme », RCADI, tome 265 (1997), pp. 9-480.

- S -

SAVIDAN Patrick (Dir.), *La République ou l'Europe ?*, Paris, Librairie générale française, 2004, 401 pages.

SCELLE Georges, *Le fédéralisme européen et ses difficultés politiques*, Nancy, Centre universitaire européen, 1952, 57 pages.

SCHWARZE Jürgen, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 2 volumes, 1631 pages.

STEPHANOU Constantin, *Réformes et mutations de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 270 pages.

SUDRE Frédéric et LABAYLE Henri (Dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 531 pages.

- T -

TELO Mario (Dir.), *Démocratie et construction européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1995, 368 pages.

- V -

VAN GERVEN Walter, *The European Union : a polity of states and peoples*, Stanford, Stanford university press, 2005, 416 pages.

VERHOFSTADT Guy, *Les Etats-Unis d'Europe*, Bruxelles, éditions Luc Pire, 2006, 66 pages.

- W -

WEILER Joseph H. H., *The constitution of Europe : do the new clothes have an emperor ? and other essays on European integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 364 pages.

WESTLAKE Martin (Dir.), *L'Union européenne au-delà d'Amsterdam : nouveaux concepts d'intégration européenne*, Bruxelles, PIE, 1998, 249 pages.

- Z -

ZILLER Jacques (Dir.), *L'européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe – The europeanisation of constitutional law in the light of the Constitution for Europe*, actes du colloque de l'Institut universitaire européen de Florence des 9 et 10 mai 2003, Paris, L'Harmattan, 2003, 336 pages.

La « constitution européenne » : une Constitution ?, actes de la journée d'études constitutionnelles du 28 mars 2003, Maison de l'Europe, *RAE – LEA*, n° 6/2001-2002, pp. 649-753.

Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles, actes du colloque de la SFDI organisé à Bordeaux du 30 septembre au 2 octobre 1999, Paris, Pedone, 2000, 448 pages.

Vers un droit constitutionnel européen ? Quel droit constitutionnel européen ?, actes du colloque de Strasbourg des 18 et 19 juin 1993, *RUDH*, 1995, vol. 7, n°11-12.

D. ARTICLES

- A -

ALBI Anelli, « “Europe” articles in the constitutions of central and eastern European countries », *CML Rev.*, n° 42/2005, pp. 399-423.

ALLAND Denis, « A la recherche de la primauté du droit communautaire », *Droits*, n° 45/2007, pp. 109-125.

ARNOLD Rainer, « Peut-on définir le phénomène d’européanisation des droits constitutionnels nationaux ? », in Jacques ZILLER (Dir.), *L’européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l’Europe*, Paris, L’Harmattan, 2003, pp. 85-95.

AUBIN Emmanuel, « Le rôle de la société civile dans les conventions sur l’élaboration de la Charte des droits fondamentaux et sur l’avenir de l’Union européenne », *La Tribune du droit public*, n° 11/2002, pp. 130-142.

AUER Andreas, « Le référendum européen : définitions, repères historiques et jalons d’étude », in Andreas AUER et Jean-François FLAUSS (Ed.), *Le référendum européen*, actes du colloque international de Strasbourg des 21 et 22 février 1997, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 23-47.

AUTEXIER Christian, « Le traité de Maastricht et l’ordre constitutionnel allemand », *RFDC* n° 12/1992, pp. 625-639.

AZOULAI Loïc, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu’il se dégage de sa jurisprudence », *RTDE*, 2008, pp. 29-45.

- « La constitution et l’intégration, les deux sources de l’Union européenne en formation », *RFDA*, 2003, p. 859-875.

- « D’une révision à l’autre », in Joël RIDEAU (Dir.), *Union européenne : commentaire des Traités modifiés par le Traité de Nice du 26 février 2001*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 5-20.

- B -

BAQUERO-CRUZ Julio, « La procédure préjudicielle suffit-elle à garantir l’efficacité et l’uniformité du droit de l’Union européenne ? », in Loïc AZOULAI et Laurence BURGORGUE-LARSEN (Dir.), *L’autorité de l’Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 241-266.

- BALME Richard et CHABANET Didier**, « Construire l'intérêt public européen : les mobilisations dans les processus conventionnels », in Olivier BEAUD, Arnaud LECHEVALIER, Ingolf PERNICE et Sylvie STRUDEL (Dir.), *L'Europe en voie de constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 229-253.
- BARBIER-LE BRIS Muriel**, « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les Etats membres de l'Union européenne, des Etats pas comme les autres », in *Le droit de l'Union européenne en principes, liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Editions Apogée, 2006, pp. 419-457.
- BEAUD Olivier**, « Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen ou plaider pour plus de réalisme constitutionnel », in Andreas AUER et Jean-François FLAUSS (Ed.), *Le référendum européen*, actes du colloque international de Strasbourg des 21 et 22 février 1997, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 125-180.
- BERNARD Elsa**, « La démocratie participative sous l'angle du dialogue civil et du dialogue social », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2005, pp. 365-382.
- BERNITZ Ulf et LOKRANTZ-BERNITZ Hedvig**, « Les droits de l'Homme et l'identité européenne : le débat relatif à la citoyenneté européenne », in Philip ALSTON (Dir.), *L'Union européenne et les droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 983 pages, pp. 523-545.
- BERRAMDANE Abdelkhaleq**, « Les limites de la protection juridictionnelle dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne », *RDUE*, 2007, pp. 433-452.
- « Les droits fondamentaux dans la Constitution européenne. La constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux », *RDUE*, n° 3/2003, pp. 613-645.
- BIEBER Roland**, « Les limites matérielles et formelles à la révision des traités établissant la Communauté européenne », *RMCUE*, 1993, pp. 343-350.
- « The settlement of institutional conflicts on the basis of article 4 of the EEC treaty », *CML Rev.*, 1984, p. 505-523.
- BIONDI Andreas**, « Les compétences normatives de l'Union », in Lucia-Serena ROSSI (Dir.), *Vers une nouvelle architecture européenne : le projet de Traité-Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 99-114.
- BLANQUER Jean-Michel**, « Le projet de Constitution européenne. Entre pacte fédératif et ordre constitutionnel coopératif », *RDP*, n°6/2002, numéro spécial sur la « Constitution européenne », pp. 1275-1279.
- BLANQUET Marc**, « L'acquis constitutionnel », *RAE-LEA*, 2001-2002, pp. 941-975.

BLUMANN Claude, « Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire », *JCP G*, n° 30/2007, I 175, pp. 13-22.

- « Citoyenneté européenne et droits fondamentaux en droit de l'Union européenne : entre concurrence et complémentarité », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, tome 1, pp. 265-281.

- « Actes législatifs et mesures d'exécution dans le projet de Constitution pour l'Europe », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 249-268.

- « Quelques réflexions sur le projet de Constitution de l'Union européenne », *RDP*, 2003, pp. 1269-1273.

- « Essai sur le processus de constitutionnalisation de l'Union européenne », in Christian-Albert GARBAR (Dir.), *Les mutations contemporaines du droit public, mélanges Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 277-292.

- « Contribution du traité d'Amsterdam à la transformation de la Communauté de droit en Union de droit », in Joël RIDEAU (Dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 355-374.

- « Quelques réflexions sur la notion de communautarisation dans le cadre de l'Union européenne », in *Droit et politique à la croisée des cultures : mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 61-76.

- « Le Conseil européen », *RTDE*, 1976, pp. 1-20.

BOSSE-PLATIERE Isabelle, « Traité de Lisbonne et clarification des compétences », *RMCUE*, 2008, pp. 443-445.

BOTELLA Anne-Sophie, « La responsabilité du juge national », *RTDE*, 2004, pp. 283-315.

BOULOUIS Jean, « Nouvelles réflexions à propos du caractère "préjudiciel" de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales », in *Etudes de droit des Communautés européennes : mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, pp. 23-31.

BRADLEY Kieran St C., « L'acte unique et la constitution irlandaise », *RMC*, 1988, pp. 87-93.

BRIBOSIA Emmanuelle et WEYEMBERGH Anne, « La personnalité juridique de l'Union européenne », in Marianne DONY (Dir.), *L'Union européenne et le monde après Amsterdam*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1999, pp. 37-60.

BRIBOSIA Hervé, « Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres », *RMUE*, n° 4/1992, pp. 165-188.

BROUSSY Emmanuelle, DONNAT Francis et LAMBERT Christian, « *Suum cuique* : la Cour de justice ignore-t-elle la souveraineté des Etats-membres ? », in *L'Etat souverain dans le monde d'aujourd'hui. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet*, Paris, Pedone, 2008, pp. 19-25.

BRYDE Brun-Otto, « Le peuple européen and the european people », in Andreas AUER et Jean-François FLAUSS (Dir.), *Le référendum européen*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 253-274

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Pourquoi une Constitution européenne ? », in Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX et Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN (Dir.), *Constitution et construction européenne*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 37-57.

- « La déclaration du 13 décembre 2004 : un *Solange II* à l'espagnole », *CCC*, n° 18/2004-2005, pp. 154-161.

- « Lumières et ombres de l'eupéanisation sous le signe du projet de Constitution pour l'Europe », in Jacques ZILLER (Dir.), *L'eupéanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, actes du colloque des 9 et 10 mai 2003, L'Harmattan, Paris, 2003, pp. 17-24.

- « Petit bréviaire imaginaire des relations harmonieuses entre la Constitution française et l'intégration européenne », *RDP*, n°1/2-2002, pp. 423-440.

- « Les résistances des Etats de droit », in Joël RIDEAU (Dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit : continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 423-458.

BURROWS Noreen, « The risks of widening without deepening », *ELR*, n° 4/1992, pp. 352-360.

- C -

CASSIA Paul, « L'article I-6 du traité établissant une constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes », *JCP A*, n° 48/2004, pp. 1508-1514.

CASSIA Paul et SAULNIER-CASSIA Emmanuelle, « Rapports entre la constitution et le droit communautaire », *DA*, n° 10/2006, comm. n° 155, pp. 31-33.

CAUNES Karine, « La nature du système juridique européen : retour sur le principe de primauté », in Jacques ZILLER (Dir.), *L'eupéanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, actes du colloque des 9 et 10 mai 2003, L'Harmattan, Paris, 2003, pp. 281-297.

CHALMERS Damian, « Judicial preferences and the Community legal order », *Modern Law Review*, n° 60/1997, pp. 164-199.

CHALTIEL Florence, « La souveraineté et l'Union européenne à la croisée des chemins », *LPA*, n°16, 22 janvier 2003, pp. 6-10.

- « Contribution à la théorie juridique du statut de l'Etat membre de l'Union européenne : l'exemple français » in François HERVOUËT (Dir.), *Démarche communautaire et construction européenne*, Paris, La documentation française, 2000, vol. 1, pp. 163-178.

CHARPENTIER Jean, « De la personnalité juridique de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1995, pp. 89-102.

CHARRIER Carmenza, « La Communauté de droit, une étape sous-estimée de la construction européenne », *RMCUE*, 1996, pp. 521-533.

CHEVALLIER Jean-Pierre, « Les accords interinstitutionnels en matière budgétaire : une pièce maîtresse de l'évolution du système financier européen », in François HERVOUËT (Dir.), *Démarche communautaire et construction européenne, vol. 2 : dynamique des méthodes*, Paris, La Documentation française, 2000, pp. 211-223.

CHOPIN Thierry, « La Convention : un moment constituant pour l'Europe ? », *Politique étrangère*, n° 3-4/2003, pp. 731-742.

CHRISTIANOS Vassili, « L'acquis jurisprudentiel », *RAE-LEA*, 2001-2002, pp. 986-990.

CLAES Monica, « Constitutionalizing Europe at its source : the "European clauses" in the national Constitutions : evolution and typology », *Yearbook of European Law*, n° 24/2005, pp. 81-125.

CLAPIE Michel, « Traité ou Constitution ? A propos du projet de Constitution de l'Union européenne », *Recueil Dalloz*, n° 17/2004, p. 1176-1178.

CLOSA Carlos, « The concept of citizenship in the treaty on EU », *CML Rev.*, 1992, pp. 1137- 1169.

COHEN-TANUGI Laurent, « L'Etat dans la construction européenne. Intégration juridique ou politique ? », in Renée LENOIR et Jacques LESOURNE (Dir.), *Où va l'Etat ? La souveraineté économique et politique en question*, Paris, Le Monde éditions, 1992, pp. 156-167.

CONSTANTINESCO Léontin-Jean, « Fédéralisme-constitutionnalisme ou fonctionnalisme ? (Réflexions sur la méthode de l'intégration européenne) », in *Mélanges Fernand Dehousse, volume 2 : La construction européenne*, Bruxelles, Editions Labor, Paris, Fernand Nathan, 1979, pp. 19-27.

- « La spécificité du droit communautaire », *RTDE*, 1966, p. 1-30.

CONSTANTINESCO Vlad, « L'équilibre institutionnel dans la Constitution de l'Union européenne », in *Le droit de l'Union européenne en principes, liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Editions Apogée, 2006, pp. 481-491.

- « Brève note sur la répartition des compétences comme clé de la future constitution européenne », in *50 ans de droit communautaire. Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2004, tome 1, pp. 155-164.
- « Les rapports entre les traités et la constitution : du droit interne au droit communautaire », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, tome 1, pp. 463-481.
- « La citoyenneté de l'Union : une "vraie" citoyenneté ? », in Lucia-Serena ROSSI (Dir.), *Vers une nouvelle architecture européenne : le projet de Traité-Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 203-217.
- « Des racines et des ailes. Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 309-323.
- « Quelle constituante pour quelle constitution ? », *Europe en formation*, n° 1/2002, pp. 17-27.
- « Europe des Etats ou fédération d'Etats-nations ? », in Renaud DEHOUSSE (Dir.), *Une constitution pour l'Europe ?*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2^{ème} éd., 2002, pp. 115-150.
- « La constitutionnalisation de l'Union européenne », in Joël RIDEAU (Dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit, continuités et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, p. 133-152.
- « Je t'aime, moi non plus ! La société européenne en quête d'affection ? », in *Etat, société et pouvoir à l'aube du XXI^e siècle : mélanges en l'honneur de François Borella*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1999, pp. 143-163.
- « Les noms de l'Europe (Des Communautés européennes à l'Union européenne) », in *Le droit des organisations internationales. Mélanges à la mémoire de Jacques Schwob*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 309-330.
- « L'Union européenne : par le droit vers le politique ? (*ad augusta per angusta* ?) », in Gérard DUPRAT (Dir.), *L'Union européenne : droit, politique et démocratie*, Paris, PUF, 1996, pp. 175-189.
- « L'émergence d'un droit constitutionnel européen », rapport de synthèse, in Jean-François FLAUSS (Dir.), *Vers un droit constitutionnel européen ? Quel droit constitutionnel européen ?*, actes du colloque de Strasbourg des 18 et 19 juin 1993, RUDH, 1995, vol. 7, pp. 445-450.
- « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 35-45.

- « La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité ? », in *Rechtsvergleichung Europarecht und Staatenintegration : Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Carl Heymanns verlag KG, 1983, pp. 109-123.

CONSTANTINESCO Vlad et PERNICE Ingolf, « La question des compétences communautaires : vues d'Allemagne et de France », WHI Paper n° 6/02, juillet 2002, 31 pages, disponible à l'adresse suivante : www.whi-berlin.de/constantinesco-pernice.htm

CONSTANTINESCO Vlad et PETCULESCU Ioanna, « La personnalité de l'Union », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2005, pp. 65-75.

COT Jean-Pierre, « Les défis de la Convention européenne : ou comment rattraper un retard de légitimité », in Olivier BEAUD, Ingolf PERNICE, Arnaud LECHEVALIER et Sylvie STRUDEL (Dir.), *L'Europe en voie de constitution : pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 69-85.

CRAIG Paul, « The treaty of Lisbon : process, architecture and substance », *ELR*, 2008, pp. 137-166.

- D -

DA CRUZ VILACA José Luis et PICARRA Nuno, « Y a-t-il des limites matérielles à la révision des traités instituant les Communautés européennes ? », *CDE*, n° 1-2/1993, pp. 3-37.

DAUPS Thierry, « De la fédération d'Etats-nations et de sa constitution », *LPA*, n°141, 16 juillet 2002, pp. 4-19.

DAVID Eric, « L'Etat-communautaire », in Gabriel ECKERT, Yves GAUTIER, Robert KOVAR et Dominique RITLENG (Dir.), *Les incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2007, 460 pages, spéc. pp. 13-37.

DEBARD Thierry, « A propos du processus de constitutionnalisation des traités », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 283-293.

- « Textes interinstitutionnels, constitutionnalisation et révision des traités », in Thierry DEBARD (Dir.), *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit constitutionnel*, actes du colloque du 27 octobre 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 93-110.

DE CARA Jean-Yves, « La révision des traités communautaires et le droit international », in Thierry DEBARD (Dir.), *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit constitutionnel*, actes du colloque du 27 octobre 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 9-24.

- DEHOUSSE Renaud**, « Un nouveau constitutionnalisme ? », in Renaud DEHOUSSE (Dir.), *Une constitution pour l'Europe*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2002, pp. 19-38.
- DELLAVALLE Sergio**, « La construction de l'Union européenne : une constitution sans peuple ? », in Gian Mario CAZZANIGA et Yves-Charles ZARKA (Dir.), *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*, Paris, J. Vrin, Pise, Edizioni ETS, 2001, tome 2, pp. 543-562.
- DELOCHE-GAUDEZ Florence**, « La convention pour l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux : une méthode "constituante" ? », in Renaud DEHOUSSE (Dir.), *Une constitution pour l'Europe*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2002, p. 177-226.
- DELPEREE Francis**, « Le Conseil d'Etat de Belgique et le Traité établissant une Constitution pour l'Europe », *RFDA*, 2005, pp. 242- 248.
- DEHOUSSE Renaud**, « Au-delà du plan B : comment réformer les clauses de révision des traités ? », in Giuliano AMATO, Hervé BRIBOSIA et Bruno DE WITTE (Dir.), *Genèse et destinée de la constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 939-955.
- DE SCHUTTER Olivier**, « Les droits fondamentaux dans le projet européen », in Olivier DE SCHUTTER et Paul NIHOUL (Dir.), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Editions Larcier, 2004, pp. 81-117.
- DE WITTE Bruno**, - « Entry into force and revision », in Bruno DE WITTE (Ed.), *Ten reflexions on the Constitutional Treaty for Europe*, Florence, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, EUI, 2003, pp. 207-223.
- « Retour à "Costa", la primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *RTDE* 1984, pp. 425-454.
- DIEZ-PICAZO Luis**, « Les pièges de la souveraineté », in Renaud DEHOUSSE (Dir.), *Une constitution pour l'Europe*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2002, pp. 39-68.
- DUBOUIS Louis**, « Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes. Objet et portée de la protection », in Louis FAVOREU (Dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, actes du colloque d'Aix-en-Provence des 19-21 février 1981, Paris, Economica, 1982, pp. 429-451.
- DUBOUT Edouard**, « Le "contentieux de la troisième génération" ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire », *RTDE*, 2007, pp.427-443.
- DUMONT Hugues**, « La question de l'Etat européen du point de vue d'un constitutionnaliste », *DS*, n° 53/2003, pp. 29-71.
- DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline**, « L'avenir de l'Union européenne et le débat constitutionnel français », *RDP*, 2002, pp. 403-421.

DUVERGER Maurice, « Le pouvoir constituant dans l'Union européenne », *in A constitution for the European Union ? EUI Working paper RSC*, n° 9/1995, pp. 35-40.

- F -

FALLON Marc, « Les droits fondamentaux liés à la citoyenneté de l'Union européenne, sous les regards croisés du traité CE et de la Charte », *in Jean-Yves CARLIER et Olivier DE SCHUTTER (Dir.), La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son apport à la protection des droits de l'Homme en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 149-178 .

FAURE-TRONCHE Véronique, « L'Union européenne est-elle une fédération ? », *RRJ*, n°4/2002, pp. 1970-2008.

FAVOREU Louis, « L'eurosepticisme du droit constitutionnel (suite) », *in Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX et Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN (Dir.), Constitution et construction européenne*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 85-91.

- « L'eurosepticisme du droit constitutionnel », *in Hélène GAUDIN (Dir.), Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, pp. 379-390.

- « Quel(s) modèle(s) constitutionnel(s) ? », *in Jean-François FLAUSS (Dir.), « Vers un droit constitutionnel européen ? Quel droit constitutionnel européen ? »*, Actes du colloque de Strasbourg des 18 et 19 juin 1993, *RUDH*, 1995, vol. 7, n°11-12.

FAVRET Jean-Marc, « L'Union européenne : “ l'unité dans la diversité ”. Signification et pertinence d'une devise », *RTDE*, 2003, p. 657-660.

- « L'intégration européenne et la France : quelques réflexions sur la divisibilité de la souveraineté », *RDP*, 1999, p. 1741-1764.

FERAL Pierre-Alexis, « Le principe de subsidiarité après la signature du traité établissant une Constitution pour l'Europe », *AJDA*, 2004, pp. 2085-2093.

FERRARI-BREEUR Christine, « La Convention : évaluation d'une méthode de changements constitutionnels dans l'Union européenne », *in Christian PHILIP et Panayotis SOLDATOS, La Convention sur l'avenir de l'Europe. Essai d'évaluation du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1-21.

FERRY Jean-Marc, « Le problème de la souveraineté en regard d'une Union politique européenne », *in Paul MAGNETTE (Dir.), La constitution de l'Europe*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000, pp. 53-68.

- « Souveraineté et représentation », *in Mario TELO (Dir.), Démocratie et construction européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1995, pp. 91-98.

FLAUSS Jean-François, « Auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht aus französischer Sicht », *Europarecht*, n° 1/2000, pp. 31-40.

FLEINER Thomas, « Huit thèses sur le fédéralisme et la démocratie dans le contexte de la construction européenne », in *Droit constitutionnel, mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 2000, pp. 379-384.

FRANCK Christian, « Traité et Constitution : les limites de l’analogie », in Paul MAGNETTE (Dir.), *La constitution de l’Europe*, Bruxelles, Editions de l’Université de Bruxelles, 2000, pp. 31-39.

- G -

GAILLARD Maurice, « La compétence de la compétence dans l’Union européenne », in Thierry DEBARD (Dir.), *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit constitutionnel*, actes du colloque du 27 octobre 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 111-126.

GARRON Robert, « Réflexions sur la primauté du droit communautaire », *RTDE*, 1969, pp. 28-48.

GAUDIN Hélène, « Citoyenneté européenne et droits fondamentaux », *RAE-LEA*, n° 1/2006, pp. 83-92.

- « Révision des traités communautaires, révision des constitutions nationales : recherche sur la symétrie d’un phénomène », in *Mélanges en hommage à Guy Isaac : 50 ans de droit communautaire*, tome 2, Toulouse, Presses de l’université des sciences sociales de Toulouse, 2004, pp. 541-557.

- « L’Etat vu de la Communauté et de l’Union européennes », *Annuaire de droit européen*, n° 2/2004, pp. 231-256.

- « La répartition des compétences Communauté-Etats membres. Un Janus constitutionnel », in *L’esprit des institutions, l’équilibre des pouvoirs : mélanges en l’honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 629-647.

- « La “ fonction constituante ” de la Cour de Justice des Communautés européennes », in Thierry DEBARD (Dir.), *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit constitutionnel*, actes du colloque du 27 octobre 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 25-52.

- « Primauté “absolue” ou primauté “relative” ? », in Hélène GAUDIN (Dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Paris, Economica, Aix-en Provence, PUAM, 2001, pp. 97-120

GAUDISSERT Marc-André, « La portée des avis 1/91 et 1/92 de la Cour de justice des Communautés européennes », *RMUE*, n° 2/1992, pp. 121-136.

- GAUTIER Marie et MELLERAY Fabrice**, « Le champ d'application matériel, limite à la primauté du droit communautaire ? » *RAE-LEA*, n° 1/2003-2004, pp. 27-36.
- GAUTIER Yves**, « Citoyenneté européenne », in Ami BARAV et Christian PHILIP (Dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, pp. 161-169.
- GAUTRON Jean-Claude**, « Les accords interinstitutionnels dans l'ordre juridique communautaire », in Pierre AVRIL et Michel VERPEAUX (Dir.), *Les règles et principes non écrits du droit public*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2000, pp. 195-208.
- GISCARD D'ESTAING Valéry**, « Simplifier ou mutiler le traité constitutionnel ? », tribune publiée dans *Le Monde* daté du 15 juin 2007, p. 23.
- GLAESNER Hans-Joachim**, « Les objectifs de la Communauté économique européenne. Origine et développements », in *L'Europe et le droit, mélanges en hommage à Jean Boulois*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 285-295.
- GLISTRUP Eva**, « Le traité sur l'Union européenne : la ratification du Danemark », *RMCUE*, 1994, pp. 9-16.
- GODET Romain**, « Le nouveau "code de procédure budgétaire" de l'Union européenne », *RTDE*, 2000, pp. 273-298.
- GOERIG Dany**, « Le principe de la démocratie représentative : entre renforcements et contresens », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2005, pp. 383-396.
- GOHIN Olivier**, « Conseil constitutionnel et Constitution européenne : les trois contradictions », *JCP A*, n° 53/2004, comm. n° 1847, pp. 1707-1710.
- « La nature juridique de la nouvelle Union européenne », in Armel PECHEUL et Olivier GOHIN (Dir.), *La nouvelle Union européenne. Approches critiques de la Constitution européenne*, Paris, éd. François-Xavier de Guibert, 2000, pp. 71-89.
- GOUAUD Christiane**, « Le projet de Constitution européenne », *RFDC*, 1995, pp. 287-319.
- GRARD Loïc**, « "Traité constitutionnel", une réalité juridique », *RDP*, n°6/2002, numéro spécial sur la « Constitution européenne », pp. 1259-1263.
- « Brèves réflexions autour de l'idée de Constitution pour l'Europe », in *Droit constitutionnel, mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 2000, pp. 399-405.
- GREWE Constance et RUIZ-FABRI Hélène**, « La situation respective du droit international et du droit communautaire dans le droit constitutionnel des Etats », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, actes du colloque de la SFDI organisé à Bordeaux du 30 septembre au 2 octobre 1999, Paris, Pedone, 2000, pp. 251-282.

GRIMM Dieter, « Verfassung – Verfassungsvertrag – Vertrag über eine Verfassung », in Olivier BEAUD, Ingolf PERNICE, Arnaud LECHEVALIER et Sylvie STRUDEL (Dir.), *L'Europe en voie de constitution : pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 279-287

- « Le moment est-il venu d'élaborer une constitution européenne ? », in Renaud DEHOUSSE (Dir.), *Une constitution pour l'Europe*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2^{ème} éd., 2002, pp. 69-78.

- « Does Europe need a constitution ? », *ELJ*, n° 3/1995, pp. 282-302.

- « Souveraineté et *checks and balances* », in Michel TROPER et Lucien JAUME (Dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 226-232.

GROUX Jean, « Convergences et conflits, dans l'interprétation du traité CEE, entre la pratique suivie par les Etats membres et la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Du droit international au droit de l'intégration : Liber amicorum Pierre PESCATORE*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 275-286.

GUILLAUME-HOFNUNG Michèle, « Le rôle du référendum dans la construction de l'Europe », in Francis HAMON et Olivier PASSELECQ (Dir.), *Le référendum en Europe, bilan et perspectives*, actes du colloque organisé à la Maison de l'Europe à Paris les 28 et 29 janvier 2000, Paris, L'Harmattan, 2001, pp 175-199.

GUILLERMIN Guy, « Quelques réflexions sur la notion de constitution européenne », in *50 ans de droit communautaire. Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2004, tome 2, pp. 525-539.

- « Le principe de l'équilibre institutionnel dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 1992, pp. 319-346.

- H -

HÄBERLE Peter, « Gemeineuropäisches Verfassungsrecht », in Roland BIEBER, Pierre WIDMER (Ed.), *L'espace constitutionnel européen, Der europäische Verfassungsraum, European constitutional area*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995, pp. 361-397.

HABERMAS Jürgen, « Remarks on Dieter Grimm's "does Europe need a constitution" ? », *ELJ* n° 3/1995, pp. 303-307.

HALPERIN Jean-Louis, « L'Union européenne, un Etat en voie de constitution ? », *Recueil Dalloz*, n° 4/2004, pp. 219-221.

HARTLEY Trevor C., « The Community legal order : a british view », in Jean-Denis MOUTON et Torsten STEIN (Dir.), *Vers une nouvelle constitution pour l'Union européenne ? La conférence intergouvernementale de 1996*, Actes du Congrès annuel de 1996 de l'Académie de droit européen de Trêves, publié in *ERA*, n° 21/1997, pp. 57-62.

HAUSCHILD W. M., « L'importance des conventions communautaires pour la création du droit communautaire », *RTDE*, 1975, pp. 4-13.

HECQUART-THERON Maryvonne, « La notion d'Etat en droit communautaire », *RTDE*, 1990, pp. 693-711

HOFMANN Herwig C. H., « A critical analysis of the new typology of acts in the Draft treaty establishing a Constitution for Europe », *European Integration online Papers*, n° 9/2003, disponible à l'adresse suivante : <http://eiop.or.at/eiop/texte/2003-009a.htm>

- I -

ISENSEE Josef, « Integrationsziel Europastaat ? », in *Festschrift für Ulrich Everling*, Band 1, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, pp. 567-592

- J -

JACQUE Jean-Paul, « Du Traité constitutionnel au Traité de Lisbonne », *RDP*, 2008, pp. 824-831.

- « L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence Solange II de la Cour EDH ? », *RTDE*, 2005, pp. 749-767.

- « Le projet de traité établissant une constitution pour l'Europe. Constitutionnalisation ou révision des traités », in Paul DEMARET, Inge GOVAERE et Dominik HANF (éd.), *30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe*, Bruxelles, Presses interuniversitaires européennes, 2005, pp. 41-52.

- « Les principes constitutionnels fondamentaux dans le projet de traité établissant la Constitution européenne », in Lucia-Serena ROSSI (Dir.), *Vers une nouvelle architecture européenne : le projet de Traité-Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 47-62.

- « La constitution de la Communauté européenne », in Jean-François FLAUSS (Dir.), *Vers un droit constitutionnel européen ? Quel droit constitutionnel européen ?*, actes du colloque de Strasbourg des 18 et 19 juin 1993, *RUDH*, 1995, vol. 7, n°11-12, pp. 397-423.

- « Le rôle du droit dans l'intégration », *Philosophie politique*, 1991, pp. 119-133.

- « La pratique des institutions communautaires et le développement de la structure institutionnelle communautaire », in Roland BIEBER et Georg RESS (Dir.), *Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts : die Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts im Lichte nachfolgender Praxis der Mitgliedstaaten und der EG-Organe*, Baden-Baden, Nomos, 1987, pp. 377-405.

JOERGES Christian, « Guest editorial : the Commission's white paper on governance in the EU – a symptom of crisis ? », *CML Rev.*, n° 39/2002, pp. 441- 445.

JOUANJAN Olivier, « Ce que “donner une constitution à l'Europe” veut dire », *Cités*, n° 13/2003, pp. 21-35.

- K -

KAUFF-GAZIN Fabienne, « L'arrêt Bosphorus de la CEDH : quand le juge de Strasbourg décerne un label de protection satisfaisante des droits fondamentaux », *PA*, 24 novembre 2005, pp. 9-21.

- « La citoyenneté de l'Union dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2005, pp. 345-348.

KARAGIANNIS Symeon, « Le Conseil européen », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2005, pp. 133-147.

- « La Commission européenne », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2005, pp. 161-178.

KARYDIS Georges Sp., « Le juge communautaire et la préservation de l'identité culturelle nationale », *RTDE*, 1994, pp. 551-561.

KOHLER Christian et ENGEL Jean-Charles, « La choix approprié de la base juridique pour la législation communautaire : enjeux constitutionnels et principes directeurs », *Europe*, n° 1/2007, étude 1, pp. 5-10.

KOMAREK Jan, « European constitutionalism and the European arrest warrant : in search of the limits of “contrapunctual principles” », *CML Rev.*, n° 44/2007, pp. 9-40.

KOVAR Jean-Philippe, « Vers un statut du droit d'exécution du droit communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Europe*, 2007, étude n° 2, pp. 4-6.

KOVAR Robert, « L'émergence et l'affirmation du concept de citoyenneté européenne dans le processus d'intégration européenne », in Christian PHILIP et Panayotis SOLDATOS (Dir.), *La citoyenneté européenne*, Montréal, université de Montréal, 2000, pp. 81-94.

KOVAR Robert et SIMON Denys, « La citoyenneté européenne », *CDE*, n° 3-4/1993, pp. 285-315.

KRANZ Jerzy, « Le vote dans la pratique du Conseil des ministres des Communautés européennes », *RTDE*, 1982, pp. 403-430.

KUMM Mattias, « Who is the final arbiter of constitutionality in Europe? Three conceptions of the relationship between the German federal constitutional Court and the European Court of justice », *CML Rev.*, n° 36/1999, pp. 351-386.

- L -

LABAYLE Henri, « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice dans l'espace de liberté, de sécurité et justice », *RTDE*, 2006, pp. 1-46

- « L'ouverture de la jarre de Pandore, réflexions sur la compétence de la Communauté en matière pénale », *CDE*, n° 3-4/2006, pp. 379-428.

- « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, 1998, pp. 75-91.

LABAYLE Henri et SAURON Jean-Louis, « La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe », *RFDA*, 2005, pp. 1-29.

LABOUZ Marie-Françoise, « La société civile dans le cadre de la Convention », in Christian PHILIP et Panayotis SOLDATOS, *La Convention sur l'avenir de l'Europe. Essai d'évaluation du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 209-236.

LACROIX Justine, « Pour un patriotisme constitutionnel européen », in Patrick SAVIDAN (Dir.), *La République ou l'Europe ?*, Paris, Librairie générale française, 2004, pp. 219-249.

LAJOIE Andrée, « Le Fédéralisme canadien : science politique fiction pour l'Europe ? », *Lex Electronica*, n° 1/2005, 23 pages, disponible à l'adresse suivante : <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-1/lajoie.pdf>

LAMASSOURE Alain, « Après Nice : quelles perspectives ? », *Commentaire*, n° 94/2001, pp. 255-268.

LAMBERS Hans-Jürgen, « Les clauses de révision des traités instituant les Communautés européennes », *AFDI*, 1961, pp. 593-631.

LAMOUREUX François, « La Constitution “ Pénélope ” : une refondation pour en finir avec les replâtrages », *RDUE*, 2003, pp. 13-37.

- LANDFRIED Christine**, « Vers un Etat constitutionnel européen », in Renaud DEHOUSSE (Dir.), *Une constitution pour l'Europe*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2002, pp. 79-114.
- LAUVAUX Philippe**, « Le modèle constitutionnel européen comme source d'une Constitution », in Paul MAGNETTE (Dir.), *La constitution de l'Europe*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000, pp. 21-29.
- LE BARBIER-LE BRIS Muriel**, « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les Etats membres de l'Union européenne, des Etats pas comme les autres », in *Le droit de l'Union européenne en principe : Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Editions Apogée, 2006, pp. 419-457.
- LEBEN Charles**, « Fédération d'Etats-nations ou Etat fédéral ? », *Harvard Jean Monnet Working Paper*, n° 7/00, (Symposium : Responses to Joschka Fischer), <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/papers00.html>
- « A propos de la nature juridique des Communautés Européennes », *Droits*, n°14/1991, pp. 61-72.
- LECOURT Robert**, « Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ? », in *L'Europe et le droit, mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 349-361.
- « Le rôle unificateur du juge dans la Communauté », in *Etudes de droit des Communautés européennes : mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, pp. 223-237.
- LENAERTS Koen**, « La déclaration de Laeken : premier jalon d'une Constitution européenne ? », *JTDE*, 2002, pp. 29-42.
- « Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, vol. 1, pp. 423-455.
- « Some reflections on the separation of powers in the European Community », *CML Rev.*, n° 1/1991, pp. 11-35.
- LENAERTS Koen et DESOMER Marlies**, « Répartition des compétences et équilibre institutionnel dans le projet de Constitution », in Olivier DE SCHUTTER et Paul NIHOUL (Dir.), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Editions Larcier, 2004, pp. 53-80.
- LEPKA Estelle, TEREBUS Sandrine**, « Les ratifications nationales, manifestations d'un projet politique européen ? La face cachée du Traité d'Amsterdam », *RTDE*, 2003, pp. 365-388.
- LEQUESNE Christian**, « De l'utilité d'une Constitution européenne pour une Europe élargie », in Paul MAGNETTE (Dir.), *La constitution de l'Europe*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000, pp. 79-84.

LESGUILLONS Henry, « l'extension des compétences de la C.E.E. par l'article 235 du traité de Rome », *AFDI*, 1974, pp. 886-904.

LEVADE Anne, « La prise en compte spécifique de l'Union par les constitutions nationales », in Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX et Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN (Dir.), *Constitution et construction européenne*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 19-36.

- « Quel avenir pour l'Europe ? Réflexions croisées sur l'avant-projet et le projet de traité constitutionnel », *RAE-LEA*, n° 7/2001-2002, pp. 823-861.

LEVRAT Nicolas, « Le pari fédéraliste du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe. Etude du système de partage des compétences », in Paul MAGNETTE (Dir.), *La grande Europe*, Bruxelles, Editions de l'université de Bruxelles, 2004, pp. 21-40.

LOCHAK Danièle, « La citoyenneté européenne : facteur d'Union ou vecteur d'exclusion ? », in Geneviève KOUBI (Dir.), *De la citoyenneté*, colloque des 3, 4 et 5 novembre 1993 de la Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes, Paris, Librairie de la Cour de cassation, 1995, pp. 51-58.

LOUIS Jean-Victor, « Le droit de retrait de l'Union européenne », *CDE*, n° 3-4/2006, pp. 293-314.

- « Le projet de Constitution : continuité ou rupture ? », *CDE*, 2004, pp. 215-223.

- « Les projets de Constitution dans l'histoire de la construction européenne », in Paul MAGNETTE (Dir.), *La constitution de l'Europe*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2^{ème} éd., 2002, pp. 41-52.

- « L'Union européenne dans le projet de Constitution », *RDP*, n°6/2002, numéro spécial sur la « Constitution européenne », pp. 1265-1268.

- « La primauté, une valeur relative ? », *CDE*, 1995, pp. 23-28.

LUCIANI Massimo, « La constitution italienne et les obstacles à l'intégration européenne », *RFDC*, n° 12/1992, pp. 663-677.

- M -

MABAKA Placide M., « L'europanisation des droits constitutionnels : étendue et définitions », in Jacques Ziller (Dir.), *L'europanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, actes du colloque des 9 et 10 mai 2003, Paris, L'Harmattan, 2003, pp. 25-38.

MAC CORMICK Neil, « Risking constitutional collision in Europe ? », *Oxford Journal of Legal Studies*, n° 18/1998, pp. 517-532.

MADURO Miguel Poiares, « The importance of being called a constitution : constitutional authority and the authority of constitutionalism », *IJCL*, n° 3/2005, pp. 332-356.

- « Contrapunctual law : Europe's constitutional pluralism in action », in Neil WALKER (Dir.), *Sovereignty in transition*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 501-537.

- « Where to look for legitimacy ? », communication présentée à la conférence de l'Arena qui s'est déroulée en mars 2002, à Oslo, sur le thème suivant : *Democracy and European Governance*. Texte de la communication disponible à l'adresse suivante :

<http://www.arena.uio.no/events/Conference2002/documents/Maduro.doc>

MAGNETTE Paul, « La Convention européenne : argumenter et négocier dans une assemblée constituante multinationale », *RFSP*, n°1/2004, pp. 5-42.

- « Forces et limites de la "méthode conventionnelle" », in Olivier DE SCHUTTER et Paul NIHOUL (Dir.), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations de l'Union européenne*, Bruxelles, Ed. Larcier, 2004, pp. 23-51.

- « Le principe démocratique au-delà de la représentation », in Paul MAGNETTE (Dir.), *La constitution de l'Europe*, Bruxelles, Editions de l'université de Bruxelles, 2^{ème} édition, 2002, pp. 141-156.

- « Questions sur la Constitution européenne », in Paul MAGNETTE (Dir.), *La constitution de l'Europe*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2^{ème} éd., 2002, pp. 9-17.

MAGNON Xavier, « La singularisation du droit communautaire au sein de la jurisprudence IVG », *Europe*, 2006, étude n° 6, pp. 4-6.

- « Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire », *Europe*, 2004, étude 2, pp. 6-12.

MANCIAUX Hélène, « L'introuvable citoyenneté de l'Union dans le projet de Constitution pour l'Europe », *Europe*, n° 4/2004, chron. 5, pp. 3-6.

MANCINI Federico et DI BUCCI Vittorio, « Le développement des droits fondamentaux en tant que partie du droit communautaire », *RCADE*, 1991, Vol. I-1, pp. 35-52.

MANIN Philippe, Philippe MANIN, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », in Lucia-Serena ROSSI (Dir.), *Vers une nouvelle architecture européenne : le projet de Traité-Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 247-264.

- « L'invocabilité des directives, quelques interrogations », *RTDE*, 1990, pp. 669-693.

- « L'article 228, paragraphe 2, du traité CEE », in *Etudes de droit des Communautés européennes : mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, pp. 289-310.
- MANZELLA Andrea**, « La constitution européenne : une véritable constitution ? », in Lucia-Serena ROSSI (Dir.), *Vers une nouvelle architecture européenne : le projet de Traité-Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 63-76.
- MAUBERNARD Christophe**, « Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme : l'équivalence procédurale », *RAE-LEA*, n° 1/2006, pp. 65-81.
- MAULIN Eric**, « Le pouvoir constituant dans l'Union européenne », *Droits*, n° 45/2007, pp. 73-88.
- « Révision d'un traité ou émergence d'un pouvoir constituant ? La procédure d'adoption et de révision de la constitution européenne », in Olivier BEAUD, Ingolf PERNICE, Arnaud LECHEVALIER et Sylvie STRUDEL (Dir.), *L'Europe en voie de constitution : pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 289-303.
- MAYER Franz C.**, « La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne », *RTDE*, 2003, pp. 175-196.
- MEHDI Rostane**, « L'acquis et les Etats membres », *RAE-LEA*, 2001-2002, pp. 1037-1047.
- MEISSE Eric**, « La démocratie administrative dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2005, pp. 397-417.
- MESTRE Christian**, « Le Parlement », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2005, pp. 117-132.
- MERTENS DE WILMARS Josse**, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1986, pp. 5-20.
- MICHEA Frédérique**, « La primauté du droit de l'Union à la lumière du traité de Lisbonne », *RMCUE*, 2008, pp. 446-447.
- MICHEL Valérie**, « Les compétences : les mots et les choses », *Europe*, juillet 2008, dossier spécial sur le traité de Lisbonne, pp. 43-46.
- « Les compétences externes implicites : continuité jurisprudentielle et clarification méthodologique », *Europe*, oct. 2006, étude 10, pp. 4-8.

MICHEL Valérie et BOUVERESSE Aude, « La notion de constitution », », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2005, pp. 31-60.

MICHEL Valérie et DE LA RICA Jean-Paul, « Les compétences dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2005, pp. 281-311.

MODERNE Franck, « La question de la primauté du droit de l'Union en Espagne et au Portugal », *RFDA*, 2005, pp. 43-55.

MONACO Riccardo, « Les principes d'interprétation suivis par la Cour de justice des Communautés européennes », in *Problèmes de droit des gens : mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, Pedone 1964, pp. 217-227.

MONAR Jörg, « Interinstitutional agreements : the phenomenon and its new dynamics after Maastricht », *CML Rev.*, 1994, pp. 693-719.

MONJAL Pierre-Yves, « Le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe : quels fondements théoriques pour le droit constitutionnel de l'Union européenne ? », *RTDE*, 2004, pp. 443-475.

- « Les instruments normatifs de l'Union dans le projet de Constitution européenne : les limites de la simplification », *AJDA*, 2003, pp. 2177- 2184.

- « La guerre des droits aura-t-elle lieu ? Remarques sur le statut contentieux des accords internationaux dans l'ordre juridique communautaire », *RMUE* n° 3/1999, pp. 167-220.

MOUTON Jean-Denis, « L'évolution de l'Union européenne : quelles perspectives pour ses relations avec l'autre Europe ? », *RDP*, 2008, pp. 755-773.

- « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats dans le système communautaire ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 463-477.

- « L'Union européenne, modèle original de combinaison de la force et du droit ? » in Rafâa BEN ACHOUR et Slim LAGHMANI (Dir.), *Le droit international à la croisée des chemins. Force du droit et droit de la force*, Paris, Pedone, 2004, pp. 273-314.

- « Ressortissants communautaires », *Rép. Dalloz dr. com.*

MORTELMANS Kamiel Jan, « The extramural meetings of the ministers of the member states of the Community », *CML Rev.*, 1974, pp. 62-86.

MURSWIECK Dietrich, « Maastricht und der pouvoir constituant. Zur Bedeutung der verfassungsgebenden Gewalt im Prozess der europäischen Integration », *Der Staat* n° 2/93, pp. 161-190.

- N -

NASCIMBENE Bruno, « L'espace de liberté, de sécurité et de justice dans une perspective constitutionnelle européenne », in Lucia-Serena ROSSI (Dir.), *Vers une nouvelle architecture européenne : le projet de Traité-Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 265-285.

NEFRAMI Eleftheria, « La mixité éclairée de l'arrêt "MOX" du 30 mai 2006 : une double interaction, un triple apport », *RDUE*, 2007, pp. 687-713

NEUMAN Gerald L., « Fédéralisme et citoyenneté aux Etats-Unis et dans l'Union européenne », *Critique internationale*, n° 21-2003, pp. 151-169.

- O -

OBERDORFF Henri, « Le traité de Lisbonne : une sortie de crise pour l'Union européenne ou plus ? », *RDP*, 2008, pp. 774-786.

- « La France, Etat membre de l'Union européenne », in Gérard DUPRAT (Dir.), *L'Union européenne, droit, politique, démocratie*, Paris, PUF, 1996, pp. 81-108.

OLMI Giancarlo, « La place de l'article 235 CEE dans le système des attributions de compétence à la Communauté », in *Mélanges Fernand Dehousse, volume 2 : La construction européenne*, Bruxelles, Editions Labor, Paris, Fernand Nathan, 1979, pp. 279-295.

- P -

PECHEUL Armel, « La primauté du droit communautaire sur la constitution française : l'abrogation implicite de la constitution », in Olivier GOHIN et Armel PECHEUL (Dir.), *La nouvelle Union européenne. Approches critiques de la Constitution européenne*, Paris, éd. François-Xavier de Guibert, 2005, 182 pages, spéc. pp. 51-70.

PECHSTEIN Matthias, « Réflexions sur la nature juridique de l'Union européenne », in Joël RIDEAU (Dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 123-131.

PERNICE Ingolf, « Eine Rechtsgemeinschaft : die neue Verfassungsgrundlage für die Europäische Union », in Olivier BEAUD, Ingolf PERNICE, Arnaud LECHEVALIER et Sylvie STRUDEL (Dir.), *L'Europe en voie de constitution : pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 141-152.

- « Multilevel constitutionalism in the European Union », *ELR*, n° 27/2002, pp. 511-529.
- PERNICE Ingolf, MAYER Franz C.**, « De la constitution composée de l'Europe », *RTDE*, 2000, pp. 623-647.
- PESCATORE Pierre**, « Aspects judiciaires de l' "acquis communautaire" », *RTDE*, 1981, pp. 617-651.
- « L'effet direct des directives, une tentative de démythification », *Dalloz*, 1980, chron. XXV, pp. 171-176.
- « La carence du législateur communautaire et le devoir du juge », in *Rechtsvergleichung Europarecht und Staatenintegration : Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Carl Heymanns verlag KG, 1983, pp. 559-580.
- « L'exécutif communautaire : justification du quadripartisme institué par les traits de Paris et de Rome », *CDE*, n° 4/1978, pp. 387-406.
- PEYROU-PISTOULET Sylvie**, « Droit constitutionnel et droit communautaire : l'exemple autrichien », *RFDC* n° 46/2001, pp. 237-264.
- PICOD Fabrice**, « Le gouvernement européen : la prise de décision », in Olivier BEAUD, Ingolf PERNICE, Arnaud LECHEVALIER et Sylvie STRUDEL (Dir.), *L'Europe en voie de constitution : pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 391-408.
- « La coopération juridictionnelle », in Josiane AUVRET-FINCK (Dir.), *L'Union européenne, carrefour des coopérations*, Paris, LGDJ, 2002, 441 pages, pp. 197-230.
- « Le rôle du Conseil européen dans le processus de décision », *RDP*, 2002, pp. 1187-1203.
- PIERRE-CAPS Stéphane**, « L'Union européenne, *demos* et légitimité : de l'Etat-nation à la Multination », *Civitas Europa*, n°1/1998, pp. 35-54.
- « Problématique de la constitution européenne », *Civitas Europa*, n°5/2000, pp. 125-142.
- PINDER John**, « Du huis-clos à la démocratie européenne – au-delà des conférences intergouvernementales », in Martin WESTLAKE (Dir.), *L'Union européenne au-delà d'Amsterdam : nouveaux concepts d'intégration européenne*, Bruxelles, PIE, 1998, pp. 89-109.
- PINI Joseph**, « Qu'est-ce qu'une constitution ? », *RAE-LEA*, 2001-2002, pp. 655-658.
- PIRIS Jean-Claude**, « L'Union européenne : vers une nouvelle forme de fédéralisme ? », *RTDE*, n° 2/2005, pp. 243-260.

PLIAKOS Astéris D., « La nature juridique de l'Union européenne », *RTDE*, 1993, pp. 187-224.

PONTHOREAU Marie-Claire, « Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales », communication au VIIe congrès mondial de l'AIDC à Athènes, texte disponible à l'adresse suivante :

<http://www.droitconstitutionnel.org/athenes/ponthoreau.pdf>

- Q -

QUERMONNE Jean-Louis, « L'Union européenne : objet ou acteur de sa constitution ? », *RFSP*, 54 (2), 2004, pp. 221-236.

- « L'Union européenne entre “gouvernance” et “gouvernement” ou quelle Constitution pour une Fédération d'Etats-nations ? », *RDP*, 2002, pp. 393-402.

- « Vers un pacte constitutionnel européen ? », in Thierry DEBARD (Dir.), *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit constitutionnel*, actes du colloque du 27 octobre 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 147-155.

- « L'Union européenne entre organisation et institution. L'apport du traité d'Amsterdam à sa définition », in *Etat, société et pouvoir à l'aube du XXIe siècle : mélanges en l'honneur de François Borella*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1999, pp. 423-434.

- « L'adaptation de l'Etat à l'intégration européenne », *RDP*, 1998, pp. 1405-1420.

- « La conférence intergouvernementale de 1996. Acte fondateur ou non-événement ? », in Centre européen de sciences politiques (éd.), *La conférence intergouvernementale. Enjeux et documents*, Paris, Presses de Sciences-Po, 1996, pp. 7-29.

- R -

RASMUSSEN Hjalte, « Propos non conformistes sur les référendums nationaux d'intégration européenne », in Andreas AUER et Jean-François FLAUSS (Dir.), *Le référendum européen*, Actes du colloque international de Strasbourg des 21 et 22 février 1997, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 115-121.

- « The Court of justice of the European Communities and the process of integration », in Edmond ORBAN (Dir.), *Fédéralisme et Cours suprêmes*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 199-247.

RAUX Jean, « Le recours à l'article 235 du traité CEE en vue de la conclusion d'accords externes », in *Etudes de droit des Communautés européennes : mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, pp. 407-439.

REICH Charles, « La mise en œuvre du traité sur l'Union européenne par les accords interinstitutionnels », *RMCUE*, 1994, pp. 81-85.

REUTER Paul, « Aux origines du Plan Schuman », in *Mélanges Fernand Dehousse, volume 2 : La construction européenne*, Bruxelles, Editions Labor, Paris, Fernand Nathan, 1979, pp. 65-68.

- « Le recours de la Cour de justice des Communautés européennes à des principes généraux de droit », in *Problèmes de droit des gens : mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, pp. 263-283.

RIDEAU Joël, « L'intégration de la construction européenne dans les constitutions nationales », in Hélène GAUDIN (Dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, pp. 259-297.

- « Les dimensions politiques de la citoyenneté dans l'Union européenne », in Christian PHILIP et Panayotis SOLDATOS (Dir.), *La citoyenneté européenne*, Montréal, université de Montréal, 2000, pp. 193-224.

- « Les référendums nationaux dans le contexte de l'intégration européenne », in Andreas AUER et Jean-François FLAUSS (Dir.), *Le référendum européen*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 81-113

- « Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes. Techniques de protection », in Louis FAVOREU (Dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, actes du colloque d'Aix-en-Provence des 19-21 février 1981, Paris Economica, 1982, pp. 409-427.

- « Le rôle des Etats membres dans l'application du droit communautaire », *AFDI*, 1972, pp. 864-903.

RITLENG Dominique, « Le principe de primauté du droit de l'Union », *RTDE*, 2005, pp. 285-303.

- « Pour une systématique des contentieux au profit d'une protection juridictionnelle effective », in *Mélanges en hommage à Guy Isaac : 50 ans de droit communautaire*, tome 2, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2004, pp.735-772.

RITLENG Dominique et DAVID Eric, « Les actes de l'Union », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2005, pp. 203-220.

RODIERE Pierre, « Les arrêts *Viking* et *Laval*, le droit de grève et le droit de négociation collective », *RTDE*, 2008, pp. 47-66.

RODRIGUES Stéphane, « La réforme de l'Union européenne : changement de méthode ? A propos du débat sur l'avenir de l'Europe au Conseil européen de Gand », *RMCUE*, 2001, pp. 588-593

ROSENFELD Michel, « La Convention européenne et l'œuvre des constituants américains », *Cités*, n° 13/2003, pp. 47-55.

ROSSI Luciana Serena, « De l'avis 1/03 à l'arrêt MOX : communautarisation des relations extérieures de la Communauté européenne en raison de la cohérence du système », in Marianne DONY et Lucia Serena ROSSI (Dir.), *Démocratie, cohérence et transparence. Vers une constitutionnalisation de l'Union européenne ?*, Bruxelles, Editions de l'université de Bruxelles, 2008, pp. 155-169.

- « “Constitutionnalisation” de l'Union européenne et des droits fondamentaux », *RTDE*, n° 1/2002, pp. 27-52.

ROYER Pierre-Alexandre, « Les accords externes européens : les limites de l'engagement conventionnel de l'Union européenne », *RDUE*, 2007, pp. 869-897.

RUBIO LLORENTE Francisco, « La constitution espagnole et le traité de Maastricht », *RFDC*, n° 12/1992, pp. 651-662.

- S -

SAURON Jean-Luc, « La Convention sur l'avenir de l'Europe ou comment reconstruire la légitimité de l'Union européenne », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe : analyses & commentaires*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2005, pp. 11-30.

SCHILD Joachim, « Die Reform der EU-Kommission im Verfassungsentwurf des Konvents – Leitbilder, Legitimationsprobleme, Left-overs », in Olivier BEAUD, Ingolf PERNICE, Arnaud LECHEVALIER et Sylvie STRUDEL (Dir.), *L'Europe en voie de constitution : pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 409-428.

SCHMITZ Thomas, « Le peuple européen et son rôle lors d'un acte constituant dans l'Union européenne », *RDP*, 2003, pp. 1709-1742.

SIMON Denys, « Les fondations : l'Europe modeste ? », *Europe*, juillet 2008, dossier spécial sur le traité de Lisbonne, pp. 32-37.

- « L'examen, par le Conseil constitutionnel du traité portant établissement d'une Constitution pour l'Europe : fausses surprises et vraies confirmations », *Europe*, février 2005, étude n° 2, pp. 6-9

- « La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême. A propos de l'arrêt Köbler », *Europe*, n° 11/2003, chron. 12, pp. 3-6.

- « La Communauté de droit », in Frédéric SUDRE et Henri LABAYLE (Dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 85-123.
- « Les droits du citoyen de l'Union », *RUDH*, 2000, numéro spécial consacré à la journée d'études de Strasbourg sur la Charte des droits fondamentaux, pp. 22-27.
- « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in *Droit international, droit communautaire, perspectives actuelles*, actes du colloque de la SFDI organisé à Bordeaux du 30 septembre au 2 octobre 1999, Paris, Pedone, 2000, pp. 207-249.
- « L'avis 2/94 du 28 mars 1996 sur l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme », *Europe*, juin 1996, chronique 6, pp. 1-3.
- « Le Conseil d'Etat et les directives communautaires : du gallicanisme à l'orthodoxie ? », *RTDE*, 1992, pp. 265-283.
- « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? », *L'Europe et le droit, mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 481-493.
- « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits* n° 14/1991, pp. 73-86.

SOLDATOS Panayotis, « Le Conseil européen et la conférence intergouvernementale : une déviation par rapport à la méthode communautaire de révision des traités », in Thierry DEBARD (Dir.), *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit constitutionnel*, actes du colloque du 27 octobre 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 53-63.

STEPHANOU Constantin, « Identité et citoyenneté européennes », *RMC*, 1991, pp. 30- 39.

SUDRE Frédéric, « La conventionnalité du système communautaire de protection des droits fondamentaux », *JCP G*, n° 39/2005, II-10128.

- « L'apport du droit international et européen à la protection communautaire des droits fondamentaux », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, pp. 169-194.

- T -

TINC Mehmet, « L'article I-9 du traité établissant une Constitution pour l'Europe », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2005, pp. 349-361.

TIZZANO Antonio, « La personnalité juridique internationale de l'Union européenne », *RMUE*, n° 4/1998, pp. 11-40.

- « Quelques observations sur le développement des compétences communautaires », *Pouvoirs*, n° 48/1989, pp. 80-94.

TOULEMON Robert, « Pour une Europe démocratique », in Martin WESTLAKE (Dir.), *L'Union européenne au-delà d'Amsterdam : nouveaux concepts d'intégration européenne*, Bruxelles, PIE, 1998, pp. 191-206.

TOURNEPICHE Anne-Marie, « La clarification du statut juridique des accords interinstitutionnels », *RTDE*, 2002, pp. 209-222.

TRIANTAFYLLOU Dimitris, « Les procédures d'adoption et de révision du traité constitutionnel », in Giuliano AMATO, Hervé BRIBOSIA et Bruno DE WITTE (Dir.), *Genèse et destinée de la constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 223-245.

- V -

VAHLAS Alexis, « Appartenance à l'Union européenne », in Vlad CONSTANTINESCO, Yves GAUTIER et Valérie MICHEL (Dir.), *Le traité établissant une constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2005, pp. 239-278.

VAN RAEPENBUSCH Serge, « La réforme institutionnelle du traité de Lisbonne : l'émergence juridique de l'Union européenne », *CDE*, 2007, pp. 573-622.

VAN WAEYENBERGE Arnaud et PECHO Peter, « L'arrêt Unibet et le traité de Lisbonne. Un pari sur l'avenir de la protection juridictionnelle effective », *CDE*, 2008, pp. 123-156.

VEDEL Georges, « Schengen et Maastricht », *RFDA* 1992, pp. 173-180.

- « Les racines de la querelle constitutionnelle sur l'élection du Parlement européen », *Pouvoirs*, 1977, pp. 23-36

VELO Dario, « « Processus constituant et constitution européenne : le point de vue d'un économiste », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 529-542.

VIGNES Daniel, « Le projet du 18 juin 2004, continuité et discontinuité », *RMCUE*, 2004, pp. 417-420.

- W -

WAELBROECK Michel, « Peut-on parler d'un droit constitutionnel européen ? », in *Travaux et conférences de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles*, Bruxelles, Larcier, 1964, vol. II, pp. 75-102.

WAELBROECK Michel et WAELBROECK Denis, « Les déclarations communes en tant qu'instrument d'accroissement des compétences du Parlement européen », in Jean-Victor LOUIS et Denis WAELBROECK (Dir.), *Le Parlement européen dans l'évolution institutionnelle*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1988, pp. 79-86.

WALKER Neil, « Post-constituent constitutionalism ? The case of the European Union », in Martin LOUGHLIN and Neil WALKER (Ed.), *The paradox of constitutionalism. Constituent power and constitutional form*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 247-267.

WEILER Joseph H. H., « Fédéralisme et constitutionnalisme : le *Sonderweg* de l'Europe », in Renaud DEHOUSSE (Dir.), *Une constitution pour l'Europe*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2002, pp. 151-176.

- « Une révolution tranquille. La Cour de justice des Communautés européennes et ses interlocuteurs », *Politix*, n° 32/1995, pp. 119-138.

- « Supranationalism revisited – a retrospective - the European Communities after 30 years », in Werner MAIHOFER (Dir.), *Noi si mura, selected working papers of the European University Institute*, Florence, European University Institute, 1986, pp. 341-396.

WESTLAKE Martin, « Les horlogers aveugles de l'Union européenne – le processus de changement constitutionnel », in Martin WESTLAKE (Dir.), *L'Union européenne au-delà d'Amsterdam : nouveaux concepts d'intégration européenne*, Bruxelles, PIE, 1998, pp. 39-65.

- Z -

ZAMPINI Florence, « La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux “dans le cadre du droit communautaire” », *RTDE* 1999, pp. 659-707.

- « L'exemple italien, du dualisme à l'acceptation du pouvoir constituant du Parlement européen... », in Thierry DEBARD (Dir.), *Les procédures de révision des traités communautaires : du droit international au droit constitutionnel*, actes du colloque du 27 octobre 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 127-145.

ZOLLER Elisabeth, « Une constitution pour les Etats européens, pas pour le peuple », *Commentaire*, n° 108, hiver 2004-2005, pp. 965-969.

ZULEEG Manfred, « The European constitution under constitutional constraints. The German scenario », *ELR*, 1997, pp. 19-34.

II. DROIT PUBLIC INTERNE ET SCIENCES POLITIQUES

A. OUVRAGES GENERAUX, MANUELS, DICTIONNAIRES

- A -

ALLAND Denis, RIALS Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 1649 pages.

- B -

BASTID Paul, *L'idée de constitution*, Paris Economica, 1985, 197 pages.

BOUTMY Emile, *Etudes de droit constitutionnel : France, Angleterre, Etats-Unis*, Paris, Plon Nourrit et Cie, 2^{ème} édition, 1885, 272 pages.

BURDEAU Georges, *Traité de science politique*, tome II, « L'Etat », Paris, LGDJ, 3^{ème} édition, 1980, 733 pages.

- *Traité de science politique*, tome IV, « Le statut du pouvoir dans l'Etat », LGDJ, Paris, 3^{ème} édition, 1984, 648 pages.

- C -

CARRE DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, tome 1 (1920) et tome 2 (1922), Paris, réédition du CNRS, 1962, 837 et 638 pages.

CARCASSONNE Guy, *La Constitution*, Paris, éditions Du Seuil, 8^{ème} éd., 2007, 454 pages.

CHAGNOLLAUD Dominique, *Droit constitutionnel contemporain, tome 1 - Théorie générale. Les régimes étrangers*, Paris, Armand Colin, 5^{ème} édition, 2007, 440 pages.

CHANTEBOUT Bernard, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 24^{ème} éd., 2007, 598 pages.

CHEVALLIER Jean-Jacques, *Les grandes œuvres politiques de Machiavel à nos jours*, Paris, Armand Colin, 2001, 334 pages.

- *Histoire de la pensée politique*, Paris, Editions Payot & Rivages, 1993, 895 pages.

CONSTANTINESCO Vlad et PIERRE-CAPS Stéphane, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2007, 570 pages.

- D -

DE VILLIERS Michel, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1999, 252 pages.

DUHAMEL Olivier et MENY Yves (Dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, 1112 pages.

- F -

FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 10^{ème} éd., 2007, 988 pages.

- G -

GREWE Constance, RUIZ-FABRI Hélène, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995, 661 pages.

- H -

HAMON Francis et TROPER Michel, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 30^{ème} éd., 2007, 908 pages.

HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^{ème} édition, 1929, 759 pages.

- Précis de droit constitutionnel, Paris, Sirey, 1923, 741 pages.

- Principes de droit public, Paris, Sirey, 2^{ème} édition, 1916, 828 pages.

- J -

JELLINEK Georg, *L'Etat moderne et son droit : deuxième partie, théorie juridique de l'Etat* (1900), trad. de G. Fardis, Paris, éd. Panthéon-Assas, diff. LGDJ, 2005, 574 pages.

- L -

LABOULAYE Edouard, *Questions constitutionnelles*, Paris, Charpentier, 1872, 440 pages.

- M -

MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, 874 pages.

- P -

PISIER Evelyne (Dir.), *Histoire des idées politiques*, Paris, PUF, 2004, 596 pages.

PRELOT Marcel, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 5^{ème} édition, 1972, 925 pages.

- R -

RAYNAUD Philippe, RIALS Stéphane (Dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 2003, 892 pages.

RIALS Stéphane et BARANGER Denis, *Textes constitutionnels étrangers*, Paris, PUF, QSJ n° 2060, 6^{ème} édition, 1995, 127 pages.

- *Textes politiques français*, Paris, PUF, QSJ n° 2171, 2^{ème} édition, 1987, 69 pages.

- T -

TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2007, 846 pages.

- V -

VEDEL Georges, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, rééd. Dalloz, 2002, 616 pages.

- Z -

ZOLLER Elisabeth, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1998, 629 pages.

- *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris PUF, 2000, 1328 pages.

B. THESES ET MEMOIRES

- B -

BEAUD Olivier, *La puissance de l'Etat*, thèse, Paris II, 1989, Paris, PUF, 1994, 512 pages.

BRUNET Pierre, *Vouloir pour la nation : le concept de représentation dans la théorie de l'Etat*, thèse, Paris X, 1997, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, Mont Saint-Aignan, publications de l'Université de Rouen, 2004, 396 pages.

BURDEAU Georges, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, thèse, Paris, 1930, Mâcon, J. Buguet-Comptour, 1930, 349 pages.

- D -

DE BECHILLON Denys, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, thèse, Pau, 1993, Paris, Economica, 1996, 577 pages.

DE BERRANGER Thibaut, *Constitutions nationales et construction communautaire, essai d'approche comparative sur certains aspects constitutionnels nationaux de l'intégration européenne*, thèse, Nantes, 1992, Paris, LGDJ, 1995, 564 pages.

- E -

EDLING Max M., *A revolution in favor of government : origins of the U.S. Constitution and the making of the American state*, thèse Cambridge, Oxford, New-York, Oxford University Press, 2003, 333 pages

- H -

HAQUET Arnaud, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, thèse, Paris I, 1998, Paris, PUF, 2004, 333 pages.

HERAUD Guy, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, thèse, Toulouse, 1945, Paris, Sirey, 1945, 489 pages.

- L -

LAURANS Yann, « Recherches sur la catégorie juridique de traité constitutionnel », mémoire de D.E.A., Nancy 2, 2005, *Civitas Europa*, n° 14/2005, pp. 7-156.

LE FUR Louis, *Etat fédéral et confédération d'Etats*, thèse, Paris, 1896, Paris, réédition Université Panthéon-Assas-Paris II, 2000, 839 pages.

LE PILLOUER Arnaud, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes*, thèse, Paris X-Nanterre, 2003, Paris, Dalloz, 2005, 390 pages.

- M -

MAULIN Eric, *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, Thèse, Paris 2, 1997, Paris, PUF, 2003, 368 pages.

- R -

ROUX Jérôme, *Le principe de la souveraineté de l'Etat dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse, Montpellier I, 1998, 613 pages.

- Z -

ZWEIG Egon, *Die Lehre Vom Pouvoir Constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Tübingen, P. Siebeck, 1909, 482 pages.

C. OUVRAGES SPECIALISES, MONOGRAPHIES, COURS

- A -

ACKERMAN Bruce, *Au nom du peuple. Les fondements de la démocratie américaine* (1991), trad. de Jean-Fabien Spitz, Paris, Calmann-Lévy, 1998, 434 pages.

AVRIL Pierre, *Les conventions de la constitution : normes non écrites du droit politique*, Paris, PUF, 1997, 202 pages.

AVRIL Pierre et VERPEAUX Michel (Dir.), *Les règles et principes non écrits du droit public*, colloque organisé les 28 et 29 mai 1998 au Sénat par le Centre Droit et pratiques constitutionnels de l'Université Paris II et par l'AFDC, Paris, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2000, 260 pages.

- B -

BASTID Paul, *L'idée de constitution*, Paris, Economica, 1985, 197 pages.

BEAUD Olivier et WACHSMANN Patrick (Dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, actes du colloque organisé à la Faculté de droit de Strasbourg les 8 et 9 décembre 1995, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1997, 345 pages.

BECK Ulrich, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme ?*, trad. de l'allemand par Aurélie Duthoo, Paris, Aubier, 2006, 378 pages.

BECK Ulrich et GRANDE Edgar, *Pour un empire européen*, trad. de l'allemand par Aurélie Duthoo, Paris, Flammarion, 2007, 412 pages.

BEER Samuel H., *To make a nation : the rediscovery of American federalism*, Cambridge, Mass., Belknap press, 1994 (reprinted), 496 pages.

BERNARDI Bruno, *Qu'est-ce qu'une décision politique ?*, Paris, J. Vrin, 2003, 128 pages.

BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique : essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, trad. de l'allemand par Olivier Jouanjan, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2000, 318 pages.

- C -

CHOPIN Thierry, *L'héritage du fédéralisme ? Etats-Unis / Europe*, Paris, Notes de la Fondation Robert Schuman, 2002, 89 pages, disponible à l'adresse suivante : <http://www.robert-schuman.org/notes/notes8.pdf>

- La République « une et divisible ». Les fondements de la Fédération américaine, Paris, Plon, 2002, 324 pages

- D -

DUGUIT Léon, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, 285 pages.

- E -

EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1982 (tome 1), 786 pages.

ELSTER Jon (Ed.), *Deliberative democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, 282 pages.

- F -

FARRAND Max, *The framing of the constitution of the United States*, New Haven, Yale University Press, 1913 (reprint.), 281 pages.

FAVOREU Louis (Dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, actes du colloque d'Aix-en-Provence des 19-21 février 1981, Paris, Economica, 1982, 540 pages.

FELDMAN Jean-Philippe, *La bataille du fédéralisme, John C. Calhoun et l'annulation (1828-1833)*, Paris, PUF, 2004, 294 pages.

FERRY Jean-Marc, *Europe, la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale*, Paris, Editions du cerf, 2005, 215 pages.

- *La question de l'Etat européen*, Paris, Gallimard, 2000, 322 pages.

- *L'éthique reconstructive*, Paris, Editions du cerf, 1996, 115 pages.

FERRY Jean-Marc et THIBAUD Paul, *Discussion sur l'Europe*, Paris, Calmann-Lévy, 1992, 218 pages.

FRIEDRICH Carl, *La démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF, 1958, 564 pages.

- G -

GISCARD D'ESTAING Valéry, *La Constitution pour l'Europe*, Paris, Albin Michel, 2003, 395 pages.

- H -

HABERMAS Jürgen, *Après l'Etat-nation, une nouvelle constellation politique*, trad. par Rainer Rochlitz, Paris, Fayard, 2000, 157 pages.

- *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, trad. par Rainer Rochlitz, Paris, Fayard, 1998, 386 pages.

- *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, orig. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1992), trad. par Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme, Paris, Gallimard, 1997, 551 pages,

- *Théorie de l'agir communicationnel*, vol. 1 : *rationalité de l'agir et rationalisation de la société*, trad. par Jean-Marc Ferry, Paris, Fayard, 1987, 447 pages ; vol. 2 : *Critique de la raison fonctionnaliste*, trad. par Jean-Louis Schlegel, Paris, Fayard, 1987, 480 pages.

HAURIOU Maurice, *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, Bloud & Gay, 1933, réimpr. Caen, centre de philosophie politique et juridique, 1986, 191 pages.

- K -

KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, trad. par Charles Eisenmann de la 2^{ème} édition de la *Reine Rechtslehre*, Paris, Dalloz, 1962, 496 pages.

- *Théorie générale du droit et de l'Etat* (1945), suivi de *La doctrine du droit naturel et la positivisme juridique* (1928), trad. de l'anglais par Béatrice Laroche, et trad. de l'allemand par Valérie Faure, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1997, 517 pages.

- *Qui doit être le gardien de la Constitution ?* orig. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein ?* (1931), trad. par Sandrine Baume, Paris, Michel Houdiard, 2006, 138 pages.

KLEIN Claude, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, 1996, 217 pages.

KOUBI Geneviève (Dir.), *De la citoyenneté*, colloque des 3, 4 et 5 novembre 1993 de la Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes, Paris, Librairie de la Cour de cassation, 1995, 170 pages.

- L -

LABOULAYE Edouard, *Histoire des Etats-Unis, vol. 3 :Troisième époque : la constitution des Etats-Unis, 1783-1789*, Paris, Charpentier, 1870, 575 pages.

LACORNE Denis, *L'invention de la république*, Paris, Hachette, 1991, 319 pages.

LAMASSOURE Alain, *Histoire secrète de la Convention européenne*, Paris, Albin Michel, 2004, 525 pages.

LAMBERT Jacques, *Histoire constitutionnelle de l'Union américaine, vol. 1 : La naissance du fédéralisme aux Etats-Unis*, Paris, Sirey, 1930, 289 pages.

LOUGHLIN Martin and WALKER Neil (Ed.), *The paradox of constitutionalism. Constituent power and constitutional form*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 375 pages.

- M -

MANENT Pierre, *La raison des nations. Réflexions sur la démocratie en Europe*, Paris, Gallimard, 2006, 100 pages.

MANIN Bernard, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Calmann-Lévy, 1995, 319 pages.

MAULIN Eric, *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, Paris, PUF, 2003, 344 pages.

- O -

OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 pages.

- P -

PIERRE-CAPS Stéphane, *La Multination. L'avenir des minorités en Europe centrale et orientale*, Paris, Editions Odile Jacob, 1995, 337 pages.

- Q -

QUERMONNE Jean-Louis, *L'Europe en quête de légitimité*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 2001, 127 pages.

- R -

RENARD Georges, *L'institution, fondement d'une rénovation de l'ordre social*, Paris, Flammarion, 1933, 225 pages.

RENNER Karl, *La nation, mythe et réalité*, trad. de l'allemand par Stéphane Pierré-Caps et Claude Tixador, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1998, 134 pages.

ROUSSEAU Dominique (Dir.), *La démocratie continue*, actes du colloque de Montpellier des 2, 3 et 4 avril 1992, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1995, 165 pages.

- S -

SCELLE Georges, *Théorie juridique de la révision des traités*, Paris, Sirey, 1936, 97 pages.

SCHMITT Carl, *Théologie politique*, (1922, 1969), trad. de Jean-Louis Schlegel, Paris, Gallimard, 1988, 182 pages.

- *Théorie de la Constitution*, (1928), trad. de Lilyane Deroche, Paris, PUF, 1993, 576 pages.

SCHNAPPER Dominique, *La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, 2^{ème} édition, 2003, 320 pages.

- *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, avec la collaboration de Christian Bachelier, Paris, Gallimard, 2000, 320 pages.

- T -

TROPER Michel, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, 358 pages.

TROPER Michel et JAUME Lucien (Dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1994, 302 pages.

- Z -

ZOLLER Elisabeth, « Aspects internationaux du droit constitutionnel, contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *RCADI*, tome 294 (2002), pp. 49-155.

D. ARTICLES

- A -

ABROMEIT Heidrun et CASSAGNES Tanja Hitzel, « Constitutional change and contractual revision », *ELJ*, n° 5/1999, pp. 23-44.

ALBERTON Ghislaine, « De l'indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2005, pp. 249- 268.

AMAR Akhil Reed, « Of sovereignty and federalism », *Yale Law Journal*, n° 96/1987, pp. 1425-1520.

AUBERT Jean-François, « L'évolution historique des confédérations », in *Le concept contemporain de confédération*, actes du séminaire UniDem organisé à Santorin du 22 au 25 septembre 1994, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1995, pp. 17-39.

- « Essai sur le fédéralisme », *RDP*, 1963, pp. 401-452.

AUER Andreas, « L'adoption et la révision des constitutions : de quelques vérités malmenées par les faits », in Roland BIEBER, Pierre WIDMER (éd.), *L'espace constitutionnel européen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995, pp. 267-289.

AVRIL Pierre, « Statut des normes constitutionnelles non écrites », in Pierre AVRIL et Michel VERPEAUX (Dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2000, pp. 79-85.

- B -

BADINTER Robert, « Le Conseil constitutionnel et le pouvoir constituant », in *Libertés, mélanges Jacques Robert*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 217-225.

BASTID Suzanne, « Place de la notion d'institution dans une théorie générale des organisations internationales », in *L'évolution du droit public : études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 43-52.

BEAUD Olivier, « Constitution et droit constitutionnel », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 257-266.

- « Fédéralisme et Fédération en France, histoire d'un concept impensable ? », in *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, n°3/99, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1999, pp. 7-82.

- « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP*, 1998, pp. 83-122.

- « La Fédération entre l'Etat et l'empire », in Bruno THERET (Dir.), *L'Etat, la finance et le social*, Paris, La découverte, 1995, p. 282-304.

- « Hans Kelsen, théoricien constitutionnel de la Fédération », in Carlos Miguel HERRERA (Dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 47-84.

- « La notion de pacte fédératif. Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération », in Jean-François KERVEGAN et Heinz MOHNHAUPT (Dir.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie : Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et la philosophie*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1999, 394 pages, spéc. pp. 197-270.

- « La notion d'Etat », *APD*, n° 35/1990, pp. 199-141.

- « La souveraineté dans la “ Contribution à la théorie générale de l'Etat ” de Carré de Malberg », *RDP*, 1994, pp. 1251-1301.

- « La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le traité de Maastricht », *RFDA*, 1993, pp. 1045-1068.

- « Le droit de vote des étrangers : l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage », *RFDA*, 1992, pp. 409-424.

- « Le souverain », *Pouvoirs*, n° 67/1993, numéro spécial sur « La souveraineté », pp. 33-45.

BEAUD Olivier et STRUDEL Sylvie, « Démocratie, fédéralisme et constitution », in Olivier BEAUD, Ingolf PERNICE, Arnaud LECHEVALIER et Sylvie STRUDEL (Dir.), *L'Europe en voie de constitution : pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 3-36.

BERLIA Georges, « De la compétence des assemblées constituantes », *RDP*, 1945, pp. 353-365.

- « La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 », *RDP*, 1944, pp. 45-57.

BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, « Die Verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts », in Ulrich K. PREUSS, *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen*, Frankfurt-am-Main, Fischer, 1994, pp. 58-80.

BONNARD Roger, « Les actes constitutionnels de 1940 », *RDP*, 1942, pp. 47-90.

BOULOIS Jean, « A propos de la fonction normative de la jurisprudence », *Le juge et le droit public : mélanges offerts à Marcel Waline*, vol. 1, Paris, LGDJ, 1974, pp. 149-162.

BOUSQUET François-Charles, « La responsabilité de l'Etat du fait des dispositions constitutionnelles », *RDP*, 2007, pp. 937-958.

- C -

CADOUX Charles, « Inde : la crise politique et constitutionnelle des années 1975-1980. Vers une transformation du système politique indien ? », *RDP*, 1980, pp. 1513-1561.

CAMBY Jean-Pierre, « Supra-constitutionnalité : la fin d'un mythe », *RDP*, 2003, pp. 665-688.

CARTIER Emmanuel, « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *RFDC*, n° 71/2007, pp. 513-534.

CAYLA Olivier, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », in Jacques ROBERT (Dir.), *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 106-141.

CHAPUS René, « De la soumission au droit des règlements autonomes », *Dalloz*, 1960, chron. XXII, pp. 121-126.

- « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *Dalloz*, 1966, chron. XX, pp. 99-106.

CHEVALLIER Jacques, - « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDP*, 1970, pp. 1375-1416.

- « l'Etat post-moderne », *Droit et Société*, n° 35/2003, pp. 118-207.

COLLIOT-THELENE Catherine, « La notion de société civile », in Dominique DAMAMME (Dir.), *La démocratie en Europe*, Paris, L'Harmattan, 2004, pp. 67-81.

COMANDUCCI Paolo, « Ordre ou norme ? Quelques idées de constitution au XVIIIe siècle », in Michel TROPER et Lucien JAUME (Dir.), *1789 et l'invention de la constitution en France*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 23-43.

- D -

DAVID Marcel, « A propos de la souveraineté : deux relectures de Carl Schmitt », *RDP*, 1999, pp. 659-696.

- « Les attributs de la souveraineté du peuple avant et après 1793 », in NAUDIN-PATRIAT Françoise (Dir.), *La constitution du 24 juin 1793 : l'utopie dans le droit public français ?*, Dijon, Editions universitaires de Dijon, 1997, pp. 95-112.

- « Positivism juridique et souveraineté du peuple selon Michel Troper », *RDP*, 1997, pp. 965-993.

DI FABIO Udo, « Der Neue Art. 23 des Grundgesetzes. Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung ? », *Der Staat*, n° 2/93, pp. 191-217.

- E -

ELSTER Jon, « Argumenter et négocier dans deux assemblées constituantes », *RFSP*, n° 2/1994, pp. 187-256.

EISENMANN Charles, « Le principe de légalité », *EDCE*, 1957, pp. 25-40.

- F -

FARDELLA Franco, « Le dogme de la souveraineté de l'Etat. Un bilan », *APD*, tome 41, 1997, pp. 115-134.

FAURE Bertrand, « Les droits fondamentaux des personnes morales », *RDP*, 2008, pp. 233-246.

FAVOREU Louis, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, n° 2/1994, pp. 557-581.

FAVOREU Louis, **VEDEL Georges**, débat sur le thème « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs* n° 67/1993, numéro spécial sur « La souveraineté », pp. 71-97.

FEVRIER Jean-Marc, « Réflexions sur les fonctions de la souveraineté nationale dans l'histoire constitutionnelle française », *RRJ*, n°1/2000, pp. 159-182.

FISHER Louis et **MOURTADA-SABBAH Nada**, « La Cour suprême des Etats-Unis : interprète souverain de la Constitution ? », *RDP*, 2002, pp. 1205-1245.

FORSYTH Murray, « Vers un concept nouveau de la confédération », in *Le concept contemporain de confédération*, actes du séminaire UniDem organisé à Santorin du 22 au 25 septembre 1994, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1995, pp. 61-70.

- G -

GELY Marie-Laure, « La Cour suprême du Canada, arbitre confirmé de l'évolution du fédéralisme : la décision du 20 août 1998 relative au droit de sécession unilatérale du Québec », *RDP*, 1999, pp. 1645-1668.

GENEVOIS Bruno, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA*, 1998, pp. 909-921.

- « Entretien avec le Président de la Cour constitutionnelle italienne : M. Renato Granata », *CCC*, n° 6/1998, pp. 36-45.

GULDNER Edwyn, « Le rôle du Gouvernement dans la procédure de révision de la constitution du 27 octobre 1946 », *EDCE*, 1957, pp. 41-52.

- H -

HOBE Stephan, « Der kooperatioffene Verfassungsstaat », *Der Staat*, n° 37/1998, pp. 521-546.

- J -

JAUME Lucien, « Représentation », in Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (Dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris PUF, 2003, pp. 651-657.

JIANG Jiangyuan, « Réflexions sur la notion de souveraineté », *RRJ*, n°3/2002, pp. 1459-1473.

- K -

KELSEN Hans, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *RDP*, 1928, pp. 197-255.

- L -

LIET-VEAUX Georges, « La fraude à la constitution », *RDP*, 1943, pp. 116-150.

LUCHAIRE François, « La souveraineté », *RFDC*, n°43/2000, pp. 451-461.

- M -

MAC DONALD Forrest, *States' rights and the Union : imperium in imperio*, University Press of Kansas, 2000, 296 pages.

MALINVERNI Giorgio, « Les notions classiques de confédération et d'Etat fédéral », in *Le concept contemporain de confédération*, actes du séminaire UniDem organisé à Santorin du 22 au 25 septembre 1994, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1995, pp. 40-53.

MATALA-TALA Léonard, « De la citoyenneté au XXIe siècle », in *Etat, société et pouvoir à l'aube du XXIe siècle : mélanges en l'honneur de François Borella*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1999, pp. 295- 318.

MAULIN Eric, « L'ordre juridique fédéral : l'Etat fédéral authentique », *Droits*, n°35/2002, pp.41-62.

MEINDL Thomas, « Le Conseil constitutionnel aurait pu se reconnaître compétent », *RDP*, 2003, pp. 741-763.

MILLARD Eric, « Hauriou et la théorie de l'institution », *DS*, n° 30-31/1995, pp. 381-412.

MOUTON Jean-Denis, « Retour sur l'Etat souverain à l'aube du XXIème siècle », in *Etat, société et pouvoir à l'aube du XXIe siècle : mélanges en l'honneur de François Borella*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1999, pp. 319-334.

MOUZET Pierre, « Le rapport de constitutionnalité. Les enseignements de la Ve République », *RDP*, 2007, pp. 959-990.

- R -

RAYNAUD Philippe, « Révolution française », in Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (Dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 2003, pp. 669-683.

REDOR Marie-Joëlle, « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », in *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 1/2002, texte de l'article disponible à l'adresse suivante : <http://www.unicaen.fr/mrsh/crdf/pdf/c1Redor.pdf>

RENARD Georges, « Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution », in *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp. 485-491.

RIALS Stéphane, « La puissance étatique et le droit dans l'ordre international. Eléments d'une critique de la notion usuelle de "souveraineté externe" », *APD*, tome 32, 1987, pp. 189-218.

- « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle », *RA*, 1979, pp. 265-273.

- « Supraconstitutionnalité et systématisme du droit », *APD*, tome 31, 1986, pp. 57-84.

- « Sur une distinction contestables et un trop réel déclin. A propos d'un récent article sur le pouvoir normatif du juge », *AJDA*, 1981, pp. 115-118.

RIGAUDIÈRE Albert, « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs* n° 67/1993, numéro spécial sur « La souveraineté », pp. 5-20.

ROUSSEAU Dominique, « La démocratie et le droit : de la démocratie représentative à la démocratie continue ? », in Dominique DAMAMME (Dir.), *La démocratie en Europe*, Paris, L'Harmattan, 2004, pp. 111-118.

- « Le traité constitutionnel, un monstre juridique », *Le Monde*, 22 octobre 2002, p. 17.

ROUX Jérôme, « Le Conseil constitutionnel et le contrôle de constitutionnalité du traité de Lisbonne : *bis repetita* ? », *RTDE*, 2008, pp. 5-27.

ROUYER Muriel, « Les promesses du constitutionnalisme », *Raisons politiques*, n°10, mai-juillet 2003, pp. 7-25.

- S -

SCELLE Georges, « La notion d'ordre juridique », *RDP*, 1944, pp. 85-106.

SMITH Roger M., « Participation et subordination : les deux faces de la citoyenneté fédérée aux Etats-Unis », *Critique internationale*, n° 21-2003, pp. 171-187.

STARCK Christian, « La théorie de la démocratie constitutionnelle », in *Droit constitutionnel, mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 2000, pp. 87-92.

SULLIVAN Kathleen M., « From States'rights blues to blue States'rights : federalism after the Rehnquist Court », *Fordham Law Review*, n° 75/2006, pp. 799-813.

- T -

TROPER Michel, « La souveraineté comme principe d'imputation », in Olivier GOHIN et Armel PECHEUL (Dir.), *La nouvelle Union européenne. Approches critiques de la Constitution européenne*, Paris, Editions François-Xavier de Guibert, 2005, pp. 31-50.

- « L'interprétation constitutionnelle », in Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN (Dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, actes de la table ronde de l'AIDC organisée les 15 et 16 octobre 2004 à Bordeaux, Paris, Dalloz, 2005, pp. 13-25.

- « Le projet de Constitution européenne et la question du pouvoir constituant », entretien réalisé par Lucien Jaume, *Cités*, n° 13/2003, pp. 101-111.

- « Interprétation », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 843-847.

- « Séparation des pouvoirs », in Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 2003, pp. 708-714.

- « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp. 133-151.

- U -

URFALINO Philippe, « La délibération et la dimension normative de la décision collective », in Jacques COMMAILLE, Laurence DUMOULIN et Cécile ROBERT (Dir.), *La juridicisation du politique : leçons scientifiques*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 165-193.

- V -

VANBERG Viktor et BUCHANAN James, « Constitutional choice, rational governance and the limits of reason », in K. E. SOLTAN and S. E. ELKIN (Eds), *The constitution of good societies*, Pennsylvania State university press, 1996, pp. 39-56.

VERGNIOLLE DE CHANTAL François, « La Convention de Philadelphie, les fondements du modèle américain », *Critique internationale*, n° 21/2003, pp. 121-134.

VON BOGDANDY Armin, « Zweierlei Verfassungsrecht. Europäisierung als Gefährdung des Gesellschaftlichen Grundkonsenses », *Der Staat*, n° 2/2000, pp. 163-184.

VONSY Moea, « Le “Parlement constituant” n’est pas souverain », *RDP*, 2007, pp. 793-815.

- W -

WALINE Marcel, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *La technique et les principes du droit public : études en l’honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, vol. 2, pp. 613-632.

- Z -

ZIMMER Willy, « La loi du 3 juin 1958 : contribution à l’étude des actes préconstituants », *RDP*, 1995, pp. 382-411.

ZOLLER Elisabeth, « La question des règles non écrites aux Etats-Unis », in Pierre AVRIL et Michel VERPEAUX (Dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2000, pp. 143-151.

III. DROIT INTERNATIONAL

A. MANUELS ET DICTIONNAIRES

- D -

DAILLIER Patrick, PELLET Alain et QUOC DINH Nguyen, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7^{ème} édition, 2002, 1510 pages.

DE ROUGEMONT Denis (Dir.), *Dictionnaire international du fédéralisme*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 475 pages.

DE VISSCHER Charles, *Théories et réalités du droit international public*, Paris, Pedone, 4^{ème} édition, 1970, 450 pages.

DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 8^{ème} édition, 2006, 849 pages.

- S -

SALMON Jean (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 pages.

SCELLE Georges, *Manuel de droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948, 1008 pages.

B. THESESES ET COURS

- C -

CAHIN Gérard, *La coutume internationale et les organisations internationales : l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, thèse, Nancy 2, 1998, Paris, Pedone, 2001, 782 pages.

- D -

DUPUY Pierre-Marie, « L'unité de l'ordre juridique international, cours général de droit international public », *RCADI*, tome 297 (2002), pp. 15-489.

- J -

JACQUE Jean-Paul, « Acte et norme en droit international public », *RCADI*, tome 227 (1991), pp. 357-417.

- P -

PELLET Alain, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *RCADÉ*, vol. V-I, pp. 193-271.

- Y -

YASSEEN Mustafa Kamil, « L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités », *RCADI*, tome 151 (1976-III), pp. 1-114.

C. ARTICLES

- B -

BASTID Suzanne, « Place de la notion d'institution dans une théorie générale des organisations internationales », in *L'évolution du droit public : études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 43-52.

- C -

CHAUMONT Charles, « La signification du principe de spécialité des organisations internationales », in *Problèmes de droit de gens : mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, pp. 5-66.

- « Recherche du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'Etat », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, pp. 114-151.

CHEVALLIER-GOVERS Constance, « Actes constitutifs d'organisations internationales et constitutions nationales », *RGDIP*, 2001, pp. 373-412.

COMBACAU Jean, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », *Pouvoirs*, n°67/1993, numéro spécial sur « La souveraineté », pp. 47-58.

COT Jean-Pierre, « La conduite subséquente des parties à un traité », *RGDIP*, 1966, pp. 632-666.

- M -

MAUS Didier, « L'influence du droit international contemporain sur l'exercice du pouvoir constituant », in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, pp. 87-102.

MAZIAU Nicolas, « L'internationalisation du pouvoir constituant. Essai de typologie : le point de vue hétérodoxe du constitutionnaliste », *RGDIP*, n° 3/2002, pp. 549-579.

- « Les constitutions internationalisées. Aspects théoriques et essai de typologie », édition revue et augmentée de l'article précédent, voir : www.unisi.it/ricerca/dip/dir_eco/COMPARATO/maziau.doc

MONACO Riccardo, « Le caractère constitutionnel des actes institutifs d'organisations internationales », in *La Communauté internationale : mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp. 153-172.

MOUTON Jean-Denis, « La notion d'Etat en droit international public », *Droits*, n° 16/1992, pp. 45- 58.

- P -

POIRAT Florence, « La doctrine des "droits fondamentaux" de l'Etat », *Droits*, n° 16/1992, pp. 83-91.

- R -

REUTER Paul, « The operational and normative aspects of treaties », *Israel Law Review*, n° 20/1985, pp. 123-136.

- S -

SCELLE Georges, « Le droit constitutionnel international », in *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp. 505-515.

IV. HISTOIRE DU DROIT ET DES IDEES POLITIQUES

A. OUVRAGES ANCIENS¹

- B -

BODIN Jean, *Les six livres de la République*, (1583), Aalen, Scientia, 1961, 1060 pages.

BRUTUS Junius, *De la puissance légitime du Prince sur le peuple, et du peuple sur le Prince, orig., De Vindiciae contra tyrannos* (1581), Paris, EDHIS, 1977, 264 pages.

BURKE Edmond, *Réflexions sur la Révolution française* (1790), trad. par Jacques D'Anglejan, Paris, Nouvelle librairie nationale, 1912, 418 pages.

- C -

CASTEL DE SAINT-PIERRE Charles-Irénée, *Projet de traité pour rendre la paix perpétuelle entre les souverains chrétiens*, Utrecht, A. Schouten, 1717, 455 pages

COQUILLE Guy, *Institution au droict des françois*, Paris, A. L'Angelier, 1607, 364 pages.

CONDORCET Marie-Jean-Antoine-Nicolas de CARITAT, marquis de, *Réflexions sur la Révolution de 1688, et sur celle du 10 août 1792* (1792), 25 pages.

CONSTANT Benjamin, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France* (1815), in *Ecrits politiques*, Paris, Gallimard, 1997, 870 pages.

- D -

DE BETHUNE Maximilien, *Duc de Sully, Mémoires des sages et royales oeconomies d'estat* (1634), Paris, Ed. du commentaire analytique du Code civil, 1837, 2 volumes, 647 et 566 pages.

DE BONALD Louis, *Observations sur l'ouvrage de Madame la baronne de Staël, ayant pour titre "Considérations sur les principaux évènements de la Révolution française"*, Paris, A. Le Clere, 1838, 114 pages.

DE CHATEAUBRIAND François-René, *Essai sur les Révolutions. Génie du christianisme* (1797), Paris, Gallimard, 1978, 2089 pages.

DE LA BOETIE Etienne, *Discours de la servitude volontaire*, in *Œuvres complètes d'Estienne de La Boétie*, Paris, J. Rouam, 1892, 444 pages.

¹ La plupart des ouvrages cités dans cette rubrique ont été consultés sur le site de la bibliothèque nationale de France : www.gallica.bnf.fr.

DE SECONDAT Charles-Louis, Baron de la Brède et de Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), Paris, Gallimard, 1995, vol. 1 : pp. 1 à 604 ; vol. 2 : pp. 605 à 1628)

DE TOCQUEVILLE Alexis, *De la démocratie en Amérique* (vol. 1 : 1835, vol. 2 : 1840), Paris, Garnier-Flammarion, 1981, 2 vol., 569 et 414 pages.

- G -

GROTIUS Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix*, orig. *De jure belli ac pacis* (1625), trad. Jean Barbeyrac, Publications de l'Université de Caen, 1984, 2 volumes, 1001 pages.

- H -

HAMILTON Alexander, JAY John et MADISON James, *Le Fédéraliste*, orig. *Federalist papers* (1787-1788), Paris, V. Giard et E. Brière, 1902, 788 pages.

HOBBS Thomas, *Le citoyen ou les fondements de la politique* (1642), trad. de l'anglais par Samuel Sorbière, Paris, Flammarion, 1982, 408 pages.

- *Léviathan ou La matière, la forme et la puissance d'un Etat ecclésiastique et civil* (1651), trad. par R. Anthony, Paris, M. Giard, 1921, 286 pages.

HOTMAN François, *La Gaule françoise*, orig., *Franco-gallia*, Cologne, Hiérome Bertulphe, 1574, 216 pages.

HUGO Victor, *Discours d'ouverture au congrès de la paix à Paris du 21 août 1849*, in *Œuvres complètes de Victor Hugo*, Paris, J. Hetzel et A. Quantin, 1882, vol. 41 : *Actes et paroles 1*.

- K -

KANT Immanuel, *Pour la paix perpétuelle* [1795], trad. par Joël Lefebvre, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1985, 188 pages.

- L -

LAWSON Georges, *Politica sacra et civilis or A modell of civil and ecclesiasticall government t: wherein, besides the positive doctrine concerning state and church in general, are debated the principall controversies of the times. Concerning the consistution of the state and church of England, tending to righteousness, truth, and peace* (1660), Cambridge University Press, 1992, 283 pages,

LE BRET Cardin, *De la souveraineté du roy*, in *Les Œuvres de Messire Cardin Le Bret*, Rouen, 1689, 630 pages.

LOCKE John, *Le second traité du gouvernement : essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, orig. *Second treaty of government : essay concerning the true original, extent, and end of civil government* (1690), trad. par Jean-Fabien Spitz, Paris, PUF, 1994, 302 pages.

LOYSEAU Charles, *Traité des seigneuries*, Paris, A. L'Angelier, 1608, 398 pages.

- P -

PAINE Thomas, *Les Droits de l'Homme*, orig. *Rights of man* (1791), Paris, Belin, 1987, 303 pages.

PROUDHON Pierre-Joseph, *Du principe fédératif et de la nécessité de reconstituer le parti de la révolution*, Paris, E. Dentu, 1863, 324 pages.

- R -

ROUSSEAU Jean-Jacques, *Extrait du projet de paix perpétuelle de M. l'abbé de Saint-Pierre*, in *Œuvres complètes de Jean-Jacques Rousseau*, Paris, Dalibon, 1826, vol. VI : *Contrat social et œuvres politiques*, 504 pages.

- S -

SIEYES Emmanuel-Joseph, *Qu'est-ce que le tiers état ?* (1789), éd. critique avec une introduction de E. Champion, Paris, Société de l'histoire de la Révolution française, 1888, 93 pages.

B. OUVRAGES SPECIALISES

- A -

ATGER Frédéric, *Essai sur l'histoire des doctrines du contrat social*, Thèse, Montpellier, 1906, 432 pages.

- B -

BASDEVANT-GAUDEMET Brigitte et GAUDEMET Jean, *Introduction historique au droit, XIIIe – XXe siècles*, Paris, LGDJ, 2^{ème} édition, 2003, 472 pages.

BLAKEMORE Steven, *Intertextual war. Edmund Burke and the french revolution in the writings of Mary Wollstonecraft, Thomas Paine, and James Mackintosh*, London, Associated University Presses, 1997, 256 pages.

- C -

CARBASSE Jean-Marie et LEYTE Guillaume, *L'Etat royal, XIIIe-XVIIIe siècles. Une anthologie*, Paris, PUF, 2004, 266 pages.

- E -

EDLING Max M., *A revolution in favor of government. Origins of the U.S. constitution and the making of the American state*, Oxford University Press, 2003, 333 pages.

- F -

FURET François et HALEVI Ran (Dir.), *Orateurs de la Révolution française*, Paris, Gallimard, 1989, 1608 pages.

- P -

PASQUINO Pasquale, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris, Editions Odile Jacob, 1998, 262 pages.

- S -

SPITZ Jean-Fabien, *John Locke et les fondements de la liberté moderne*, Paris PUF, 2001, 335 pages.

SUREAU Denis, *Saint Thomas d'Aquin. Petite somme politique, anthologie de textes politiques*, Paris, P. Téqui, 1997, 210 pages.

- T -

TERREL Jean, *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, Paris, Editions du Seuil, 2001, 423 pages.

- Z -

ZANCARINI Jean-Claude, *Le droit de résistance. XIIIe – XXe siècle*, Fontenay, ENS Editions, 1999, 341 pages.

C. ARTICLES

- M -

MALHERBE Michel, « Hobbes », in Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (Dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 2003, pp. 320-328

MATHIEZ Albert, « La Révolution française et la théorie de la dictature », *Revue historique*, tome 161, 1929, pp. 304-315.

MORABITO Marcel, « La résistance à l'oppression en 1793 », in NAUDIN-PATRIAT Françoise (Dir.), *La constitution du 24 juin 1793 : l'utopie dans le droit public français ?*, Dijon, Editions universitaires de Dijon, 1997, pp. 179-193.

- S -

SPITZ Jean-Fabien, « Droit de résistance », in Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (Dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2003, pp. 169-174.

- T -

THIREAU Jean-Louis, « L'absolutisme monarchique a-t-il existé ? », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n°6/1997, pp. 291-309.

TURCHETTI Mario, « “Il faut obéir à Dieu plutôt qu'aux hommes”. Aux sources théologiques du droit de résistance au siècle de la Réforme », in Jean-Claude ZANCARINI (Dir.), *Le droit de résistance. XIIe – XXe siècle*, Fontenay, ENS Editions, 1999, pp. 71-104.

- Z -

ZARKA Yves-Charles, « La mutation du droit de résistance chez Grotius et Hobbes : du droit collectif du peuple au droit de l'individu », in Jean-Claude ZANCARINI (Dir.), *Le droit de résistance. XIIe – XXe siècle*, Fontenay, ENS Editions, 1999, pp. 139-152.

DOCUMENTS OFFICIELS DE L'UNION ET DE LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNES

A. ACCORDS INTERINSTITUTIONNELS ET ACTES COMMUNS A PLUSIEURS INSTITUTIONS

Accord interinstitutionnel "mieux légiférer" du 16 décembre 2003, *JOCE* n° C-321 du 31 décembre 2003, p. 1.

Déclaration commune du 25 octobre 1993 sur les modalités pour le déroulement des travaux du Comité de conciliation, *JOCE* n° C-329 du 6 décembre 1993, p. 132, modifiée par la déclaration commune du 4 mai 1999 sur les modalités pratiques de la nouvelle procédure de codécision, *JOCE* n° C-148 du 28 mai 1999, p. 1.

Déclaration commune sur la démocratie, la transparence et la subsidiarité du 25 octobre 1993, *JOCE* n° C-329 du 6 décembre 1993, p. 132.

Code de conduite du 6 octobre 1993 concernant l'accès du public aux documents du Conseil et de la Commission, *JOCE* n° L 340 du 31 décembre 1993, p. 41.

Accord interinstitutionnel du 12 avril 1989 sur le droit de pétition, *JOCE* n° C-120 du 12 avril 1989, p. 90.

Déclaration commune du 5 avril 1977 de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission concernant le respect des droits fondamentaux et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *JOCE* n° C-103 du 27 avril 1977, p. 1.

Déclaration commune de l'Assemblée, du Conseil et de la Commission du 4 mars 1975, *JOCE* n° C-89 du 22 avril 1975, p. 1.

B. DOCUMENTS INTERNES AUX INSTITUTIONS

Décision du conseil n° 2006/683 du 15 septembre 2006 portant adoption du règlement intérieur, *JOUE* n° L285 du 16 octobre 2006, pp. 47-71. Ce règlement a été modifié le 1^{er} janvier 2007 pour tenir compte des adhésions de la Roumanie et de la Bulgarie (Voir la décision du Conseil du 1^{er} janvier 2007 portant modification de son règlement intérieur, *JOUE* n° L1 du 4 janvier 2007, pp. 9-10).

Règlement intérieur du Parlement européen (16^{ème} édition), *JOUE* n° L44 du 15 février 2005, pp. 1-140.

Règlement intérieur de la Commission, *JOCE* n° L308 du 8 décembre 2000, pp. 26-34, modifié par une décision du 15 novembre 2005 (*JOUE* n° L347/83 du 30 décembre 2005, pp. 83-90), par une décision du 23 décembre 2005 (*JOUE* n° L19 du 24 janvier 2006, pp. 20-22) et par une décision n° 2008/401 du 30 avril 2008 (*JOUE* n° L140 du 30 mai 2008, p. 22) visant à mettre en œuvre la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière environnementale.

C. RAPPORTS ET RESOLUTIONS DU PARLEMENT EUROPEEN

Résolution du Parlement européen du 24 septembre 2003 sur le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe et sur l'avis relatif à l'ouverture d'une conférence intergouvernementale, *JOUE* n° C77 du 26 mars 2004, pp. 255-261.

Rapport A4/0289/2000, annexé à la résolution du parlement européen du 25 octobre 2000 sur la constitutionnalisation des traités (Alain DUHAMEL, rapporteur), *JOCE* n° C 197 du 12 juillet 2001, p. 186.

Résolution du Parlement européen avec ses propositions pour la Conférence intergouvernementale du 13 avril 2000, *Adapter les institutions pour réussir l'élargissement*, doc. A5-0086/2000.

Résolution du Parlement européen du 18 novembre 1999 sur la préparation de la réforme des traités et la prochaine conférence intergouvernementale, *JOCE* n° C 189 du 7 juillet 2000, p. 222.

Résolution du parlement européen du 17 mai 1995 sur le fonctionnement du traité sur l'Union européenne dans la perspective de la conférence intergouvernementale de 1996, *JOCE* n° C 151 du 19 juin 1995, p. 56.

Résolution du Parlement européen du 10 février 1994 sur la Constitution de l'Union européenne (rapport Herman), *JOCE* n° C 61 du 28 février 1994, p. 155.

Rapport de la commission institutionnelle du Parlement européen du 1^{er} février 1988 sur le déficit démocratique (rapporteur Michel TOUSSAINT), (doc. A 2-076/87).

Résolution du Parlement européen du 14 février 1984 relative au projet de traité instituant l'Union européenne (projet Spinelli), *Bull. CE*, n° 2/1984, p. 8.

D. RAPPORTS, COMMUNICATIONS ET AVIS DE LA COMMISSION

Avis de la Commission du 17 septembre 2003 sur la réunion d'une Conférence des représentants des gouvernements des Etats membres en vue de réviser les traités, COM 2003/0548 final.

Livre blanc de la Commission du 27 juillet 2001 sur la gouvernance, COM(2001) 428 final.

Avis au titre de l'article 48 du traité sur l'Union européenne sur la réunion d'une conférence des représentants des gouvernements des Etats membres en vue de modifier les traités en date du 26 janvier 2000, *Adapter les institutions pour réussir l'élargissement*, COM (2000) 34, 105 pages.

Communication de la Commission en date du 12 juillet 2000, *Un traité fondamental pour l'Union européenne*, COM (2000) 434 final.

E. AVIS DU COMITE ECONOMIQUE ET SOCIAL

Avis du Comité économique et social du 22 septembre 1999 sur le rôle et la contribution de la société civile organisée dans la construction européenne, *JOCE* n° C 329 du 17 novembre 1999, p. 30.

F. DIVERS

Mandat pour la conférence intergouvernementale 2007 annexé aux conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 21 et 22 juin 2007, *Bull. UE*, n° 6/07, pt. I-37, pp. 17 et s.

Déclaration de Laeken sur l'avenir de l'Union européenne du 15 décembre 2001, annexe 1 des conclusions de la Présidence du Conseil européen de Laeken, *Bull. UE*, n°12/2001, p. 20-25.

Claus-Dieter EHLERMANN, Yves MENY (coord.) et Hervé BRIBOSIA (rapporteur), *Un traité fondamental pour l'Union européenne. Etude sur la réorganisation des traités*, Institut universitaire européen de Florence, Centre Robert Schuman, juillet 2000, disponible à l'adresse suivante :

http://ec.europa.eu/archives/igc2000/offdoc/repoflo_fr2.pdf

Rapport de MM. Dehaene, Von Weizsäcker et Simon à la Commission du 18 octobre 1999, *Implications institutionnelles de l'élargissement*, disponible sur www.ena.lu

TEXTES CONSTITUTIONNELS ET POLITIQUES AMÉRICAINS

Proclamation du président Andrew Jackson du 10 décembre 1832. Texte disponible à l'adresse suivante :

<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/presiden/proclamations/jack01.htm>

South Carolina ordinance of nullification, ordonnance d'annulation adoptée le 24 novembre 1832 par la Convention du peuple de Caroline du sud. Texte disponible en anglais à l'adresse suivante : <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/states/sc/ordnull.htm>

John Caldwell CALHOUN, *The Fort Hill address*, 26 juillet 1831, texte intégral du discours disponible en anglais à l'adresse suivante : <http://www.thevrwc.org/Calhoun.pdf>

James MADISON, *Report on the Virginia Resolutions*, janvier 1800. Texte intégral disponible à l'adresse suivante : http://www.constitution.org/rf/vr_1799.htm

Virginia report of 1799-1800 touching the alien and sedition laws (Virginia resolutions), texte intégral de ces résolutions disponible, en anglais, à l'adresse suivante : <http://www.constitution.org/rf/vr.htm>

Virginia plan présenté à la Convention par Edmund Randolph (mais dont l'auteur est James Madison), le 29 mai 1787, texte intégral de cette résolution disponible, en anglais, à l'adresse suivante : <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/const/vatexta.htm>

Résolution du Congrès fédéral en date du 21 février 1787. Texte intégral disponible, en anglais, à l'adresse suivante : <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/const/const04.htm>

SITES INTERNET

A. SITES OFFICIELS DE L'UNION EUROPEENNE

Europa, portail de l'Union européenne	http://www.europa.eu
Convention sur l'avenir de l'Union	http://european-convention.eu.int/
Cour de justice et Tribunal de première instance des Communautés européennes	http://curia.europa.eu/
Traité de Lisbonne	http://europa.eu/lisbon_treaty/

B. SITES OFFICIELS FRANÇAIS

Assemblée nationale	http://www.assemblee-nationale.fr/
Conseil d'Etat	http://www.conseil-etat.fr/
Conseil constitutionnel	http://www.conseil-constitutionnel.fr/
Légifrance	http://www.legifrance.gouv.fr/
Ministère des affaires étrangères	http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/
Présidence française de l'UE	http://www.ue2008.fr/
Sénat	http://www.senat.fr/

C. UNIVERSITES, FONDATIONS, BIBLIOTHEQUES

Association française de droit constitutionnel	http://www.droitconstitutionnel.org/
Bibliothèque numérique de la BNF	http://gallica.bnf.fr/
European Navigator (bibliothèque numérique sur l'histoire de la construction européenne)	http://www.ena.lu/
Fondation Robert Schuman	http://www.robert-schuman.org/
Université de Perpignan, digithèque de matériaux juridiques et politiques	http://mjp.univ-perp.fr/constit/

D. SITES NON FRANCOPHONES

<i>Constitution society</i>	http://www.constitution.org/
<i>European University Institute</i>	http://www.iue.it/
<i>House of Lords</i>	http://www.parliament.uk/lords/
<i>Humboldt-Universität zu Berlin</i>	http://www.hu-berlin.de/
<i>Jean Monnet Programm at the NYU Law School</i>	http://www.jeanmonnetprogram.org/
<i>Walter Hallstein-Institut</i>	http://www.whi-berlin.de/
<i>Yale Law School</i>	http://www.law.yale.edu/

TABLE DE LA JURISPRUDENCE CITEE*

JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE

Cour de justice des Communautés européennes

CJCE, 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat, aff. jointes C-402 et 451/05 P, non encore publié au <i>Recueil</i>	174, 303, 313, 315, 385, 388
CJCE, 25 juillet 2008, Metock, aff. C-127/08, non encore publié au <i>Recueil</i>	297
CJCE, 11 juillet 2008, Inga Rinau, aff. C-195/08, non encore publié au <i>Recueil</i>	354, 407
CJCE, 22 mai 2008, Nerkowska, aff. C-499/06, non encore publié au <i>Recueil</i>	298
CJCE, 20 mai 2008, Commission c/ Conseil, aff. C-91/05, non encore publié au <i>Recueil</i>	275, 283
CJCE (ord.), 16 mai 2008, Raulin, aff. C-454/07, non encore publié au <i>Recueil</i>	472
CJCE, 15 mai 2008, Espagne c/ Conseil, aff. C-442/04, non encore publié au <i>Recueil</i>	311, 677
CJCE, 6 mai 2008, Parlement c/ Conseil, aff. C-133/06, non encore publié au <i>Recueil</i>	291, 308, 416
CJCE, 14 février 2008, Dynamic Medien, aff. C-244/06, non encore publié au <i>Recueil</i>	354, 360, 363, 407
CJCE, 14 février 2008, Varec, aff. C-450/06, non encore publié au <i>Recueil</i>	302, 354, 407
CJCE, 12 février 2008, Willy Kempter KG, aff. C-2/06, non encore publié au <i>Recueil</i>	287
CJCE, 29 janvier 2008, Productores de Musica de Espana, aff. C-275/06, non encore publié au <i>Recueil</i>	354, 407
CJCE (ord.), 25 janvier 2008, Provincia di Ascoli Piceno et Comune di Monte Urano, aff. C-461/07 P(I), non encore publié au <i>Recueil</i>	677
CJCE, 17 janvier 2008, Velasco Navarro, aff. C-246/06, non encore publié au <i>Recueil</i>	303
CJCE, 10 janvier 2008, Commission c/ Portugal, aff. C-70/06, non encore publié au <i>Recueil</i>	324
CJCE, 18 décembre 2007, Laval, aff. C-341/05, non encore publié au <i>Recueil</i>	301, 304, 354, 407
CJCE, 11 décembre 2007, Viking, aff. C-438/05, non encore publié au <i>Recueil</i>	301, 304, 354, 407
CJCE, 22 novembre 2007, Sniace SA, aff. C-260/05 P, non encore publié au <i>Recueil</i>	304
CJCE, 23 octobre 2007, Commission c/ Conseil, aff. C-440/05, <i>Rec. p. I-9097</i>	285
CJCE, 23 octobre 2007, Pologne c/ Conseil, aff. C-273/04, <i>Rec. p. I-8925</i>	678
CJCE, 18 juillet 2007, Commission c/ Allemagne, aff. C-503/04, <i>Rec. p. I-6153</i>	324
CJCE, 18 juillet 2007, Lucchini, aff. C-119/05, <i>Rec. p. I-6199</i>	287, 327
CJCE, 26 juin 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophones et a., aff. C-305/05, <i>Rec. p. I-5305</i>	250, 303
CJCE, 3 mai 2007, Advocaten voor de Wereld, aff. C-303/05, <i>Rec. p. I-3633</i>	303, 354, 407
CJCE, 22 mars 2007, Regione Siciliana, aff. C-15/06, <i>Rec. p. I-2591</i>	305
CJCE, 13 mars 2007, Unibet, aff. C-432/05, <i>Rec. p. I-2271</i>	305, 354, 362, 407
CJCE, 27 février 2007, Gestoras Pro Amnistía, aff. C-354/04 P, <i>Rec. p. I-1570</i>	302, 348
CJCE, 27 février 2007, Segi, aff. C-355/04 P, <i>Rec. p. I-1657</i>	302, 346, 348

* Les numéros renvoient aux numéros de page.

CJCE, 18 janvier 2007, PKK et KNK c/ Conseil, aff. C-229/05, <i>Rec. p. I-439</i> _____	301, 304, 305
CJCE, 12 décembre 2006, Allemagne c/ Parlement et Conseil (publicité pour les produits du tabac II), aff. C-380/03, <i>Rec. p. I-11573</i> _____	285
CJCE, 9 nov. 2006, Turpeinen, aff. C-520/04, <i>Rec. p. I-10695</i> _____	297
CJCE, 26 octobre 2006, Tas-Hagen, aff. C-192/05, <i>Rec. p. I-10451</i> _____	297, 298
CJCE, 12 septembre 2006, Eman et Sevinger, aff. C-300/04, <i>Rec. p. I-8055</i> _____	299, 363
CJCE, 12 septembre 2006, Espagne c/ Royaume-Uni, aff. C-145/04, <i>Rec. p. I-7917</i> _____	299, 363
CJCE, 18 juillet 2006, Commission c/ Italie, aff. C-119/04, <i>Rec. p. I-6885</i> _____	324
CJCE, 27 juin 2006, Parlement c/ Conseil, aff. C-540/03, <i>Rec. p. 5769</i> _____	354, 407
CJCE, 27 juin 2006, Parlement européen c/ Conseil, aff. C-540/03, <i>Rec. p. I-5769</i> _____	301, 304
CJCE, 13 juin 2006, Traghetti del Mediterraneo, aff. C-173/03, <i>Rec. p. I-5177</i> _____	286, 326
CJCE, 30 mai 2006, Commission c/ Irlande (MOX), aff. C-459/03, <i>Rec. p. I-4657</i> _____	330
CJCE, 30 mai 2006, Parlement européen c/ Conseil et Commission (PNR), aff. jointes C-317 et C-318/04, <i>Rec. p. I-4721</i> _____	286
CJCE, 2 mai 2006, Regione Siciliana c/ Commission, aff. C-417-04 P, <i>Rec. p. I-3881</i> _____	677
CJCE, 27 avril 2006, Commission c/ Allemagne, aff. C-441/02, <i>Rec. p. I-3449</i> _____	297
CJCE, 14 mars 2006, Commission c/ France, aff. C-177/04, <i>Rec. p. I-2461</i> _____	324
CJCE, avis 1/03 du 7 février 2006, Nouvelle convention de Lugano, <i>Rec. p. I-1145</i> _____	283
CJCE, 31 janvier 2006, Commission c/ Espagne, aff. C-503/03, <i>Rec. p. I-1097</i> _____	297
CJCE, 10 janvier 2006, De Groot, aff. C-147/04, <i>Rec. p. I-245</i> _____	325
CJCE, 10 janvier 2006, Commission c/ Parlement et Conseil, aff. 178/03, <i>Rec. p. 107</i> _____	293
CJCE, 10 janvier 2006, Commission c/ Conseil (convention de Rotterdam), aff. 94/03, <i>Rec. p. 1</i> _____	293
CJCE, 15 septembre 2005, Ioannidis, aff. C-258/04, <i>Rec. p. I-8275</i> _____	298
CJCE, 13 septembre 2005, Commission c/ Conseil, aff. C-176/03, <i>Rec. p. I-7879</i> _____	285, 289
CJCE, 12 juillet 2005, Commission c/ France, aff. C-304/02, <i>Rec. p. 6263</i> _____	324
CJCE, 16 juin 2005, Pupino, aff. C-105/03, <i>Rec. p. I-4135</i> _____	340, 342
CJCE, 14 avril 2005, Commission c/ Espagne, aff. C-157/03, <i>Rec. p. I-2911</i> _____	297
CJCE, 15 mars 2005, Bidar, aff. C-209/03, <i>Rec. p. I-2119</i> _____	298
CJCE, 15 mars 2005, Espagne c/ Eurojust, aff. C-160/03, <i>Rec. p. I-2077</i> _____	678
CJCE, 14 octobre 2004, Omega, aff. C-36/02, <i>Rec. p. I-9609</i> _____	303, 338, 360, 361, 363, 649, 668
CJCE, 1 ^{er} avril 2004, Commission c/ Italie, aff. 99/02, <i>Rec. p. 3353</i> _____	278
CJCE, 1 ^{er} avril 2004, Jégo-Quéré, aff. C-263/02, <i>Rec. p. I-I-3425</i> _____	304
CJCE, 23 mars 2004, Collins, aff. C-138/02, <i>Rec. p. I-2703</i> _____	298
CJCE, 13 janvier 2004, Kühne & Heitz, aff. C-453/00, <i>Rec. p. I-837</i> _____	287
CJCE, 9 décembre 2003, Commission c/ Italie, aff. C-129/00, <i>Rec. p. 14637</i> _____	323, 472
CJCE, 25 novembre 2003, Commission c/ Espagne, aff. C-278/01, <i>Rec. p. 4141</i> _____	324
CJCE, 2 octobre 2003, Garcia Avello, aff. C-148/02, <i>Rec. p. I-11613</i> _____	297, 647
CJCE, 30 septembre 2003, Köbler, aff. C-224/01, <i>Rec. p. 10239</i> _____	326, 372, 472
CJCE, 23 septembre 2003, Akrich, aff. C-109/01, <i>Rec. p. I-9607</i> _____	297
CJCE, 11 septembre 2003, Commission c/ Conseil, aff. C-211/01, <i>Rec. p. I-8913</i> _____	314

CJCE, 10 juillet 2003, Commission c/ BCE, aff. C-11/00, <i>Rec. p. I-7147</i> _____	311, 677
CJCE, 12 juin 2003, Schmidberger, aff. C-112/00, <i>Rec. p. I-5659</i> _____	301, 303, 337, 360, 361, 649
CJCE, 22 mai 2003, Commission c/ Allemagne, aff. C-103/01, <i>Rec. p. I-5369</i> _____	285
CJCE, 20 mai 2003, Rechnungshof c/ Österreichischer Rundfunk, aff. jointes C-465/00, C-138/01 et C-139/01, <i>Rec. p. I-4989</i> _____	208
CJCE, 10 avril 2003, Steffensen, aff. C-276/01, <i>Rec. p. I-3735</i> _____	286, 302, 337
CJCE, 10 décembre 2002, British American Tobacco et Imperial Tobacco, aff. C-491/01, <i>Rec. p. I-11453</i> _____	285
CJCE, 5 novembre 2002, Commission c/ Allemagne, aff. C-476/98, <i>Rec. p. I-9855</i> _____	283
CJCE, 17 septembre 2002, Baumbast, aff. C-413/99, <i>Rec. p. I-7091</i> _____	296
CJCE, 25 juillet 2002, MRAX, aff. C-459/99, <i>Rec. p. I-6591</i> _____	297
CJCE, 25 juillet 2002, Union de Pequeños Agricultores, aff. C-50/00, <i>Rec. p. I-6677</i> _____	304, 346, 348
CJCE, 11 juillet 2002, Carpenter, aff. C-60/00, <i>Rec. p. I-6279</i> _____	297
CJCE, 11 juillet 2002, D'Hoop, aff. C-224/98, <i>Rec. p. I-6191</i> _____	297, 298
CJCE, 2 juillet 2002, Commission c/ Espagne, aff. C-499/99, <i>Rec. p. 6031</i> _____	278
CJCE, avis 2/00 du 6 décembre 2001, Protocole de Cartagena, <i>Rec. p. I-9713</i> _____	283, 288
CJCE, 20 septembre 2001, Grzelczyk, aff. C-184/99, <i>Rec. p. I-6193</i> _____	297
CJCE, 28 juin 2001, Larys, aff. C-118/00, <i>Rec. p. I-5063</i> _____	287
CJCE, 26 juin 2001, BECTU, aff. C-173/99, <i>Rec. p. 4881</i> _____	353
CJCE (ord.), 13 septembre 2000, Commission c/ France, aff. C-341/97, <i>Rec. p. 6611</i> _____	323
CJCE, 12 septembre 2000, Yannick Geoffroy, aff. C-366/98, <i>Rec. p. I-6579</i> _____	671
CJCE, 4 juillet 2000, Commission c/ Grèce (déchets grecs), aff. C-387/97, <i>Rec. p. 5047</i> _____	324
CJCE, 6 juin 2000, Roman Angonese, aff. C-281/98, <i>Rec. p. I-4139</i> _____	362
CJCE, 13 avril 2000, Karlsson, aff. C-292/97, <i>Rec. p. I-2737</i> _____	286, 302, 337
CJCE, 5 octobre 2000, Allemagne c/ Parlement et Conseil (publicité pour les produits du tabac), aff. C-376/98, <i>Rec. p. 8419</i> _____	285
CJCE, 6 avril 2000, Espagne c/ Commission, aff. C-443/97, <i>Rec. p. I-2415</i> _____	401
CJCE, 8 juillet 1999, Parlement européen c/ Conseil, aff. C-189/97, <i>Rec. p. I-4741</i> _____	207
CJCE, 8 juillet 1999, Procédures pénales c/ MA Nunes, aff. C-186/98, <i>Rec. p. 4883</i> _____	287
CJCE, 25 février 1999, Parlement/Conseil, aff. C-164/97 et C-165/97, <i>Rec. p. 1139</i> _____	293
CJCE, 22 octobre 1998, Ministero delle Finanze contre IN.CO.GE.'90 Srl et a., aff. jointes C-10/97 à C-22/97, <i>Rec. p. I-06307</i> _____	321, 472
CJCE, 16 juin 1998, Racke, aff. C-162/96, <i>Rec. p. I-3665</i> _____	414
CJCE, 12 mai 1998, Commission c/ Conseil (visas aéroportuaires), aff. C-170/96, <i>Rec. p. I-2763</i> _____	289
CJCE, 12 mai 1998, Martinez Sala, aff. C-85/96, <i>Rec. p. I-2691</i> , _____	296
CJCE, 12 mai 1998, Royaume-Uni c/ Commission, aff. C-106/96, <i>Rec. p. 2729</i> _____	408
CJCE, 10 mars 1998, Allemagne c/Conseil, aff. C-122/95, <i>Rec. p. 973</i> _____	314
CJCE, 29 janvier 1998, Commission c/ Italie, aff. C-280/95, <i>Rec. p. 259</i> _____	278
CJCE, 9 décembre 1997, Commission, soutenue par Espagne et Royaume-Uni c/ France, aff. C-265-95, <i>Rec. p. 6959</i> _____	323

CJCE, 1 ^{er} octobre 1997, France c/ Parlement européen, aff. C-345/95, <i>Rec. p. I-5215</i> _____	207, 399, 425, 427, 429
CJCE, 26 juin 1997, Familia press, aff. C-368/95, <i>Rec. p. I-3689</i> _____	302
CJCE, 29 mai 1997, Kremzow, aff. C-299/95, <i>Rec. p. I-2629</i> _____	645
CJCE, 13 mai 1997, Allemagne c/ Parlement européen et Conseil, aff. C-233/94, <i>Rec. p. I-3405</i> _____	285
CJCE, 2 juillet 1996, Commission c/ Grèce, aff. C-290/94, <i>Rec. p. 3285</i> _____	357
CJCE, 2 juillet 1996, Commission c/ Luxembourg, aff. C-473/93, <i>Rec. p. I-3207</i> _____	361, 668, 670, 671
CJCE, 18 juin 1996, Parlement c/ Conseil, aff. C-303/94, <i>Rec. p. 29/43</i> _____	294
CJCE, 30 avril 1996, Pays-Bas c/ Conseil, aff. C-58/94, <i>Rec. p. I-2169</i> _____	409
CJCE, avis 2/94 du 28 mars 1996, Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, <i>Rec. p. I-1759</i> _____	174, 347, 364, 392, 393, 500, 675, 737
CJCE, 19 mars 1996, Commission c/ Conseil, aff. n° C-25/94, <i>Rec. p. I-1469</i> _____	408
CJCE, 7 mars 1996, Parlement c/ Conseil, aff. 6-360/93, <i>Rec. p. 1195</i> _____	314
CJCE, 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, <i>Rec. p. 1029</i> _____	326
CJCE, 9 novembre 1995, Allemagne c/ Conseil, aff. C-426/93, <i>Rec. p. 3743</i> _____	308
CJCE, 30 mars 1995, Parlement c/ Conseil, aff. C-65/93, <i>Rec. p. 643</i> _____	293
CJCE, avis 2/92 du 24 mars 1995, Troisième décision de l'OCDE relative au traitement national, <i>Rec. p. I-521</i> _____	283
CJCE (ord.), 13 janvier 1995, Bonnamy, aff. C-264/94, <i>Rec. p. 15</i> _____	441
CJCE, avis 1/94 du 15 novembre 1994, Accords GATs et TRIPs, <i>Rec. p. I-5667</i> _____	283, 417
CJCE, 9 août 1994, France c/ Commission, aff. C-327/91, <i>Rec. p. 3666</i> _____	308, 314
CJCE, 1 ^{er} juin 1994, Parlement c/ Conseil, aff. C-388/92, <i>Rec. p. 2067</i> _____	294
CJCE, 9 mars 1994, TWD Textilwerke, aff. C-188/92, <i>Rec. p. I-846</i> _____	311, 348
CJCE, 2 mars 1994, Parlement européen c/ Conseil, aff. C-316/91, <i>Rec. p. I-625</i> _____	425, 429
CJCE, 30 juin 1993, Parlement européen c/ Conseil et Commission, aff. C-181/91 et C-248/91, <i>Rec. p. I-3685</i> _____	428, 429
CJCE, 16 juin 1993, France c/ Commission, aff. C-325/91, <i>Rec. p. 3283</i> _____	309
CJCE, 10 juin 1993, Commission c/ Grèce, aff. C-183/91, <i>Rec. p. 3131</i> _____	278
CJCE, 28 avril 1993, Commission c/ Italie, aff. C-306/91, <i>Rec. p. I-2133</i> _____	678
CJCE, avis 2/91 du 19 mars 1993, Convention n°170 de l'OIT, <i>Rec. p. I-10/61</i> _____	283
CJCE, 16 juillet 1992, Parlement c/ Conseil, aff. C-65/90, <i>Rec. p. 4593</i> _____	294
CJCE, avis 1/92 du 10 avril 1992, projet d'accord entre la Communauté et les pays de l'AELE portant sur la création de l'Espace économique européen, <i>Rec. p. I-2821</i> _____	174, 675
CJCE, 31 mars 1992, Commission c/ Danemark, aff. C-52/90, <i>Rec. p. 2187</i> _____	323
CJCE, avis 1/91 du 14 décembre 1991, Accord sur la création de l'EEE, <i>Rec. p. 6079</i> _____	131, 173, 174, 313, 331, 675, 721
CJCE, 19 novembre 1991, Francovich et Bonifaci, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, <i>Rec. p. 5357</i> _____	326
CJCE, 13 novembre 1991, France c/ Commission, aff. C-303/90, <i>Rec. p. 5315</i> _____	309
CJCE, 17 octobre 1991, Commission c/ Allemagne, aff. C-58/89, <i>Rec. p. 4983</i> _____	323
CJCE, 4 octobre 1991, Grogan, aff. C-159/90, <i>Rec. p. 4685</i> _____	357, 361
CJCE, 25 juillet 1991, Gouda, aff. C-288/89, <i>Rec. p. I-4007</i> _____	362, 668

CJCE, 18 juin 1991, ERT, aff. C-260/89, <i>Rec. p. I-2925</i> _____	301, 302, 337, 645
CJCE, 28 novembre 1991, Luxembourg c/ Parlement, aff. jointes C-213/88 et C-39/89, <i>Rec. p. I-5643</i> _	399
CJCE, 9 juillet 1991, Commission c/ Royaume-Uni, aff. C-146/89, <i>Rec. p. I-3533</i> _____	448
CJCE, 7 mai 1991, Nakajima, aff. C-69/89, <i>Rec. p. 2069</i> _____	275, 400
CJCE, 26 février 1991, Commission c/ France, aff. C-154/89, <i>Rec. p. I-659</i> _____	362, 668
CJCE, 26 février 1991, Commission c/ Italie, aff. C-180/89, <i>Rec. p. I-709</i> _____	362, 668
CJCE, 19 novembre 1990, Factortame, aff. C-213/89, <i>Rec. p. I-2433</i> _____	286
CJCE, 22 mai 1990, Parlement c/ Conseil (règlement post-Tchernobyl), aff. C-70/88, <i>Rec. p. 2041</i>	294, 348
CJCE, 17 mai 1990, Barber, aff. 262/88, <i>Rec. p. 1889</i> _____	349
CJCE, 28 novembre 1989, Anita Groener, aff. C-379/87, <i>Rec. p. I-3967</i> _____	362
CJCE, 17 octobre 1989, Dow Chemical Ibérica, aff. jointes 97 à 99/87, <i>Rec. p. 3165</i> _____	273
CJCE, 21 septembre 1989, Hoechst, aff. jointes 46/87 et 227/88, <i>Rec. p. 2859</i> _____	301
CJCE, 13 juillet 1989, Wachauf, aff. 5/88, <i>Rec. p. 2609</i> _____	301, 337, 645
CJCE, 18 mai 1989, Commission c/ Allemagne, aff. 249/86, <i>Rec. p. 1263</i> _____	352
CJCE, 2 février 1989, Commission c/ Allemagne, aff. 94/87, <i>Rec. p. 175</i> _____	278
CJCE, 27 septembre 1988, Commission c/ Conseil, aff. 165/87, <i>Rec. p. 5545</i> _____	314
CJCE, 27 septembre 1988, Grèce c/ Conseil, aff. 204/86, <i>Rec. p. 5323</i> _____	403
CJCE, 22 septembre 1988, France c/ Parlement, aff. 358/85, <i>Rec. p. 4846</i> _____	395, 398
CJCE, 14 juillet 1988, Commission c/ Belgique, aff. 298/86, <i>Rec. p. 4343</i> _____	322
CJCE, 28 avril 1988, LAISA c/ Conseil, aff. 35/86, <i>Rec. p. 2313</i> _____	175
CJCE, 28 avril 1988, Mulder, aff. 120/86, <i>Rec. p. 2344</i> _____	336
CJCE, 25 février 1988, Commission c/ Grèce, aff. jointes 194 et 241/85, <i>Rec. p. 1037</i> _____	175
CJCE, 23 février 1988, Royaume-Uni c/ Conseil, aff. 68/86, <i>Rec. p. 855</i> _____	189, 308, 400, 417, 448
CJCE, 2 février 1988, Commission c/ Belgique, aff. 293/85, <i>Rec. p. 305</i> _____	677
CJCE, 12 novembre 1987, SpA Ferriere San Carlo, aff. 344/85, <i>Rec. p. 4447</i> _____	418
CJCE, 22 octobre 1987, Foto-Frost, aff. 314/85, <i>Rec. p. 4199</i> _____	348, 482
CJCE, 29 septembre 1987, Fernando Roberto Giménez Zaera, aff. 126/86, <i>Rec. p. 3697</i> _____	333
CJCE, 21 mai 1987, Albako, aff. 249/85, <i>Rec. p. 2345</i> _____	273
CJCE, 26 mars 1987, Commission c/ Conseil (dioxyde de titane), aff. 45/86, <i>Rec. p. 1493</i> _____	293, 392
CJCE, 24 juin 1986, Akzo, aff. 53/85, <i>Rec. p. 1965</i> _____	302
CJCE, 15 mai 1986, Johnston, aff. 222/84, <i>Rec. p. 1651</i> _____	336
CJCE, 23 avril 1986, « Les Verts », aff. 294/83, <i>Rec. p. 1339</i> _____	131, 306, 315, 340, 348, 351, 398, 399
CJCE, 18 février 1986, Bulk Oil, aff. n° 174/84, <i>Rec. p. 559</i> _____	415, 448
CJCE, 15 janvier 1986, Commission c/ Belgique, aff. 52/84, <i>Rec. p. 89</i> _____	278
CJCE, 15 janvier 1986, Hurd, aff. 44/84, <i>Rec. p. 47</i> _____	427, 428
CJCE, 28 mars 1985, Commission c/ Italie, aff. 274/83, <i>Rec. p. 1077</i> _____	678
CJCE, 14 février 1984, Commission c/ RFA, aff. 325/82, <i>Rec. p. 777</i> _____	277
CJCE, 19 janvier 1984, Michel Advernier et autres c/ Commission, aff 211/80, <i>Rec. p. 131</i> _____	408
CJCE, 17 janvier 1984, VBVB et VBBB c/ Commission, aff. jointes 43/82 et 63/82, <i>Rec. p. 1589</i> _____	301

CJCE, 13 décembre 1983, Apple and pear development council, aff. 222/82, <i>Rec.</i> p. 4083	500
CJCE, 1 ^{er} décembre 1983, Blomefield c/ Commission, aff. 190/82, <i>Rec.</i> p. 3981	412
CJCE CJCE, 10 février 1983, Luxembourg c/ Parlement, aff. 230/81, <i>Rec.</i> p. 255	275, 399, 416
CJCE, 24 novembre 1982, Commission c/ Irlande (<i>buy irish</i>), aff. 249/81, <i>Rec.</i> p. 5987	323
CJCE, 5 mai 1981, Commission c/ Royaume-Uni, aff. 804/79, <i>Rec.</i> , p. 1045	278, 284
CJCE, 29 octobre 1980, Roquette (isoglucose), aff. 138/79, <i>Rec.</i> p. 3333	293, 294
CJCE, 10 juillet 1980, Commission c/ Royaume-Uni, aff. 32/79, <i>Rec.</i> p. 2403	324
CJCE, 26 juin 1980, National Panasonic, aff. 136/79, <i>Rec.</i> p. 2033	301
CJCE, 6 mai 1980, Commission c/ Belgique, aff. 102/79, <i>Rec.</i> p. 1473	324
CJCE, 14 décembre 1979, Henn and Darby, aff. 34/79, <i>Rec.</i> p. 3795	363, 668
CJCE, 13 décembre 1979, Hauer, aff. 44/79, <i>Rec.</i> p. 3727	301
CJCE, 4 oct. 1979, France c/ Royaume-Uni, aff. 141/78, <i>Rec.</i> p. 2923	324
CJCE, 27 septembre 1979, SpA Eridania, aff. 230/78, <i>Rec.</i> p. 2749	301, 418
CJCE, 25 septembre 1979, Commission c/ France, aff. 232/78, <i>Rec.</i> p. 792	277
CJCE, 20 février 1979, Rewe-Zentral (Cassis de Dijon), aff. 120/78, <i>Rec.</i> p. 649	325, 338, 668
CJCE, 29 mars 1979, Commission c/ Royaume-Uni, aff. 231/78, <i>Rec.</i> p. 1447	175
CJCE, 9 mars 1978, Simmenthal, aff. 106/77, <i>Rec.</i> p. 629	319, 471
CJCE, avis 1/76 du 26 avril 1977, Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure, <i>Rec.</i> p. 741	282, 291
CJCE, 27 octobre 1976, Prais, aff. 130/75, <i>Rec.</i> p. 1589	301
CJCE, 14 juillet 1976, Kramer, aff. jointes 3, 4 et 6/76, <i>Rec.</i> p. 1308	282, 283
CJCE, 8 avril 1976, Defrenne, aff. 43/75, <i>Rec.</i> p. 455	155, 190, 307, 415, 428
CJCE, 3 février 1976, Manghera, aff. 59/75, <i>Rec.</i> p. 91	190, 415, 428
CJCE, avis 1/75 du 11 novembre 1975, <i>Rec.</i> p. 1355	313
CJCE, 28 octobre 1975, Rutili, aff. 36/75, <i>Rec.</i> p. 1219	301
CJCE, 4 décembre 1974, Van Duyn, aff. 41/74, <i>Rec.</i> p. 1337	333, 340
CJCE, 31 octobre 1974, Centrafarm, aff. 15/74, <i>Rec.</i> p. 1974	430
CJCE, 14 mai 1974, Nold, aff. 4/73, <i>Rec.</i> p. 491	301
CJCE, 30 avril 1974, Haegeman, aff. 181/73, <i>Rec.</i> p. 449	314
CJCE, 4 avril 1974, Commission c/ France (code du travail maritime), aff. 167/73, <i>Rec.</i> p. 359	323
CJCE, 7 février 1973, Commission c/ Italie, aff. 39/72, <i>Rec.</i> p. 101	276
CJCE, 7 février 1973, Schroeder, aff. 40/72, <i>Rec.</i> p. 125	314
CJCE, 14 décembre 1971, Commission c/ France, aff. 7/71, <i>Rec.</i> p. 1003	276, 277, 278, 284, 332
CJCE, 31 mars 1971, Commission c/ Conseil (AETR), aff. 22/70, <i>Rec.</i> p. 263	15, 276, 282, 283, 308, 333, 340, 388, 407, 429
CJCE, 11 février 1971, Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor, aff. 39/70, <i>Rec.</i> p. 49	286, 362
CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. n° 11/70, <i>Rec.</i> p. 533	254, 273, 301, 317, 333, 336, 357, 360, 470, 667
CJCE, 17 décembre 1970, Köster (comitologie), aff. 25/70, <i>Rec.</i> p. 1161	291, 295
CJCE, 18 novembre 1970, Commission c/ Italie, aff. 8/70, <i>Rec.</i> p. 961	323

CJCE, 5 mai 1970, Commission c/ Belgique, aff. 77/69, Rec. p. 237 _____	323
CJCE, 18 février 1970, Commission c/ Italie, aff. 38/69, Rec. p. 47 _____	429
CJCE, 17 février 1970, Commission c/ Italie, aff. 31/69, Rec. p. 487 _____	322
CJCE, 12 novembre 1969, Stauder, aff. 29/69, Rec. p. 419 _____	301
CJCE, 13 février 1969, Walt Wilhelm, aff. 14/68, Rec. p. 1. _____	151
CJCE, 14 juillet 1967, Kampfmeier, aff. 5/66, Rec. p. 317 _____	276
CJCE (ord.), 22 juin 1965, San Michele c/ Haute Autorité de la CECA, aff. 9/65, Rec. p. 35 _____	147
CJCE, 17 juin 1965, Italie c/ Commission, aff. 32/64, Rec. p. 474 _____	427
CJCE, 13 novembre 1964, Commission c/ Luxembourg et Belgique, aff. jointes 90 et 91/63, Rec. p. 1217 _____	277
CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ ENEL, aff. 6/64, Rec. p. 1141 _____	271, 272, 273, 277, 284, 316, 317, 318, 331, 468, 470
CJCE, 15 juillet 1963, Plaumann, aff. 25/62, Rec. p. 197 _____	304
CJCE, 5 février 1963, Van Gend en Loos, aff. 26/62, Rec. p. 3, spéc. p. 23_	271, 273, 316, 325, 326, 642, 647
CJCE, 19 décembre 1961, Commission c/ Italie, aff. 7/61, Rec. p. 633 _____	278
CJCE, avis 1/61 du 13 décembre 1961, Modification de l'article 65 du traité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Rec. p. 505 _____	201, 202
CJCE, 16 décembre 1960, Humblet, aff. 6/60, Rec. p. 1127 _____	276
CJCE, 15 juillet 1960, Chambre syndicale de la sidérurgie de l'Est de la France, aff. jointes 24 et 34/58, Rec. p. 573 _____	427
CJCE, avis 1/60 du 4 mars 1960, Procédure de révision au titre de l'article 95, alinéas 3 et 4, du traité CECA, Rec. p. 107 _____	201, 202
CJCE, 12 février 1960, Charbon de la Ruhr, aff. jointes 16 à 18/59, Rec. p. 47 _____	300, 401
CJCE, avis 1/59 du 17 décembre 1959, Procédure de révision au titre de l'article 95, alinéas 3 et 4, du traité CECA, Rec. p. 533 _____	170, 201, 202
CJCE, 4 février 1959, Stork c/ Haute autorité de la CECA, aff. 1/58, Rec. p. 43 _____	300, 643
CJCE, 13 juin 1958, Meroni, aff. 10/56, Rec. p. 53 _____	289
CJCE, 12 juillet 1957, Algera, aff. jointes 7/56, 3 à 7/57, Rec. p. 81 _____	332, 335
CJCE, 29 novembre 1956, Fédéchar, aff. 8/55, Rec. p. 291 _____	282
CJCE, 21 décembre 1954, France c/ Haute autorité, aff. 1/54, Rec. p. 7 _____	346

Tribunal de première instance des Communautés européennes

TPICE (ord.), 15 nov. 2007, Donnici, aff. T-215/07, non encore publié au Recueil _____	363
TPICE, 21 avril 2005, Holcim AG c/ Commission, aff. T-28/03, Rec. p. II-1357 _____	207
TPICE, 15 janvier 2003, Philip Morris, aff. jtes T-377, 379, 380/00, T-260 et 272/01, Rec. p. II-1_	207, 347
TPICE, 3 mai 2002, Jégo-Quéré, aff. T-177/01, Rec. p. II-2365 _____	304
TPICE, 30 janvier 2002, max.mobil c/ Commission, aff. T-54/99, Rec. p. 313 _____	354
TPICE (ord.), 17 janvier 2002, Stauner, aff. T-236/00, Rec. p. II-135 _____	409
TPICE, 12 juillet 2001, Christina Kik, aff. T-120/99, Rec. p. II-2235 _____	311
TPICE, 27 juin 2000, Salamander, aff. jointes T-172/98, T-175/98 à T-177/98, Rec. p. II-2487 ____	207, 347
TPICE, 5 mars 1997, WWF UK, aff. T-105, Rec. p. II-315 _____	400

TPICE, 29 juin 1995, Solvay SA, aff. T-31-91, <i>Rec.</i> p. II-1823 _____	400
TPICE, 27 février 1992, BASF AG, aff. jtes T-79, 84 à 86, 89, 91, 92, 94, 102 et 104/89, <i>Rec.</i> p. II-318 ____	400

Conclusions de l'avocat général

Conclusions de l'avocat général M. Maduro présentées le 21 mai 2008 dans l'affaire C-127/07, Arcelor Atlantique et Lorraine e. a., non encore publiées au <i>Recueil</i> _____	373
Conclusions de l'avocat général M. Poiaras Maduro présentées le 28 février 2008 dans l'affaire C-499/06, Nerkowska, non encore publiées au <i>Recueil</i> _____	298, 647
Conclusions de l'avocat général M. Poiaras Maduro présentées le 27 septembre 2007 dans une affaire C-133/06, Parlement c/ Conseil, non encore publiées au <i>Recueil</i> _____	291, 416
Conclusions de l'avocat général M. Poiaras Maduro présentées le 12 septembre 2007 dans l'affaire Centro Europa 7 Srl, aff. C-280/05, non encore publiées au <i>Recueil</i> _____	302, 675
Conclusions de l'avocat général M. Poiaras Maduro présentées le 21 juin 2007 dans l'affaire C-273/04, Pologne c/ Conseil, <i>Rec.</i> p. I-8925. _____	679
Conclusions de l'avocat général M. Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 12 septembre 2006 dans l'affaire C-303/05, Advocaten voor de Wereld, <i>Rec.</i> p. I-3633 _____	353
Conclusion de l'avocat général M. Léger présentées le 22 novembre 2005, dans les affaires jointes C-317/04 et C-318/04, Parlement c/ Conseil et Commission, <i>Rec.</i> p. 4721 _____	288
Conclusions de l'avocat général M. Poiaras Maduro présentées le 20 septembre 2005 dans l'affaire C-53/04, Marrosu et Sardino, <i>Rec.</i> p. I-7213 _____	363, 672
Conclusions de l'avocat général M. Poiaras Maduro présentées le 16 décembre 2004, dans l'affaire C-160/03, Espagne c/ Eurojust, <i>Rec.</i> p. I-2077 _____	363, 678
Conclusions de l'avocat général Mme Stix-Hackl présentées le 18 mars 2004 dans l'affaire C-36/02, Omega, <i>Rec.</i> p. I-9609 _____	174, 675
Conclusions de l'avocat général M. Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 4 décembre 2001 dans l'affaire C-208/00, Überseering, <i>Rec.</i> p. 9915 _____	354
Conclusions de l'avocat général M. Tizzano présentées le 8 février 2001 dans l'affaire C-173/99, Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU), <i>Rec.</i> p. 4881 _____	353
Conclusions de l'avocat général M. La Pergola présentées le 28 octobre 1999 dans l'affaire C-443/97, Espagne c/ Commission, <i>Rec.</i> p. I-2415 _____	401
Conclusions de l'avocat général M. Mischo présentées le 11 mars 1999 dans l'affaire C-189/97, Parlement européen c/ Conseil, <i>Rec.</i> p. I-4741 _____	207
Conclusions de l'avocat général M. Fennelly présentées le 6 février 1997 dans les affaires jointes C-64/96 et C-65/96, Kari Uecker et Vera Jacquet, <i>Rec.</i> p. I-3171 _____	358
Conclusions de l'avocat général M. Lenz présentées le 4 février 1997 dans l'affaire C-345/95, France c/ Parlement européen, <i>Rec.</i> p. I-5215 _____	206, 429
Conclusions de l'avocat général M. Tesauo présentées le 16 décembre 1993 dans une affaire C-327/91, France c/ Commission, <i>Rec.</i> p. I-3641 _____	418
Conclusions de l'avocat général M. Jacobs présentées le 9 décembre 1992 dans l'affaire Konstandinis, aff. C-168/91, <i>Rec.</i> p. I-1191 _____	302
Conclusions de l'avocat général M. Gulmann présentées le 8 juillet 1992, dans les affaires jointes C-15/91 et C-108/91, Josef Buckl & Söhne OHG c/ Commission, <i>Rec.</i> p. 6061 _____	348
Conclusions de l'avocat général M. Karl Roemer présentées le 12 décembre 1962 dans l'affaire 26/62, Van Gend en Loos, <i>Rec.</i> p. 3 _____	273
Conclusions de l'avocat général M. Karl Roemer présentées le 10 mai 1960 dans les affaires jointes 27/59 et 39/59, Campolongo c/ Haute Autorité, <i>Rec.</i> p. 795. _____	162

JURIDICTIONS FRANCAISES

Conseil constitutionnel

Cons. const., décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007, <i>JO</i> du 29 décembre 2007 _____	194, 238
Cons. const., décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie, <i>Rec.</i> p. 120 _____	249, 370, 371, 479
Cons. const., décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, <i>Rec.</i> p. 88 _____	248, 249, 370, 371, 479
Cons. const., décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances, <i>Rec.</i> p. 50 _____	249
Cons. const., décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une constitution pour l'Europe, <i>Rec.</i> p. 173 _____	238, 246, 475, 476
Cons. const., décision n° 2004-497 DC du 1er juillet 2004, Loi relative aux communications électroniques et aux services de la communication audiovisuelle, <i>Rec.</i> p. 107 _____	242, 249, 365, 369, 370, 478, 479
Cons. const., décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, <i>Rec.</i> p. 101 _____	242, 249, 365, 369, 370, 478, 479
Cons. const., décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République, <i>Rec.</i> p. 293 _____	112, 368, 674
Cons. const., décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, <i>Rec.</i> p. 71 _____	672
Cons. const., décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, Traité d'Amsterdam, <i>Rec.</i> p. 344 _____	257
Cons. const., décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, Maastricht III, <i>Rec.</i> p. 94 _____	112, 228
Cons. const., décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, Maastricht II, <i>Rec.</i> p. 76 _____	108, 368, 674
Cons. const., décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, Maastricht I, <i>Rec.</i> p. 55 _____	257, 368
Cons. const., décision n° 76-71 DC des 29-30 décembre 1976, Décision relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct, <i>Rec.</i> p. 37. _____	368
Cons. const., décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'IVG, <i>Rec.</i> p. 19 _____	249
Cons. const., décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Liberté d'association, <i>Rec.</i> p. 29 _____	669

Conseil d'Etat

CE, 18 juin 2008, Gestas, non encore publié au <i>Recueil</i> _____	372
CE, 10 avril 2008, Conseil national des barreaux, non encore publié au <i>Recueil</i> _____	250, 372
CE Ass., 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, <i>Rec.</i> p. 56 _____	242, 250, 365, 370, 372
CE, 11 décembre 2006, Société De Groot En Slot Allium BV, <i>Rec.</i> p. 512 _____	325
CE, 3 décembre 2001, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique, <i>Rec.</i> p. 624 _____	366
CE Ass., 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, <i>Rec.</i> p. 368 _____	254, 366, 372
CE Ass., 20 octobre 1989, Nicolo, <i>Rec.</i> p. 190 _____	365
CE, 1 ^{er} mars 1968, Syndicat général des fabricants de semoules de France, <i>Rec.</i> p. 149 _____	365

Cour de cassation

Cass. Ass. Plén. 2 juin 2000, Melle Fraisse, pourvoi n° 90-60274 _____	366
Cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975, Jacques Vabre, n° 7313556 _____	365

JURIDICTIONS ÉTRANGÈRES

Cour constitutionnelle fédérale allemande

- Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision du 7 juin 2000, dite Solange III, *EuGRZ*, 2000, p. 328
_____ 302
- Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 octobre 1993, Traité de Maastricht, *BVerfGE* 89, p. 155 350,
368, 369, 493
- Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision du 23 avril 1991, *BVerfGE*, 84, p. 90 _____ 112, 674
- Cour constitutionnelle fédérale allemande, décisions du 30 octobre 1990, *BVerfGE*, tome 83, p. 37 et p. 60
_____ 88
- Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision du 22 octobre 1986, *Solange II*, *RTDE*, 1987, p. 537
_____ 302
- Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision du 29 mars 1974, *Solange I*, *RTDE*, 1975, pp. 316-336
_____ 300, 368
- Cour constitutionnelle fédérale allemande, décision du 15 décembre 1970, *BVerfGE*, 30, p. 1 _____ 112, 674

Cour constitutionnelle italienne

- Cour constitutionnelle italienne, sentence n° 1146/1988 du 29 décembre 1988, *CCC*, n° 6/1998, pp. 36-45
_____ 112, 674, 675
- Cour constitutionnelle italienne, sentence n° 170/1984 du 8 juin 1984, *Granital*, *CDE*, n° 2/1986, pp. 185-
202 _____ 300
- Cour constitutionnelle italienne, sentence n° 183/1973 du 27 décembre 1973, *Frontini et Pozzani*, *CDE*, n°
1-2/1975, pp. 114-148 _____ 248, 256, 300, 367

Conseil d'Etat du Grand-Duché de Luxembourg

- Conseil d'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, avis du 22 mars 2005 (disponible sur le site
www.ce.etat.lu) _____ 476
- Conseil d'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, avis du 31 juillet 1953 (disponible sur le site www.ena.lu)
_____ 140, 141
- Conseil d'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, avis du 9 avril 1952 (disponible sur le site www.ena.lu)
_____ 138

Tribunal constitutionnel espagnol

- Tribunal constitutionnel espagnol, déclaration du 13 décembre 2004, Traité établissant une constitution
pour l'Europe, *RFDA*, 2005, pp. 43-55 _____ 367, 475, 476, 479, 480, 684
- Tribunal constitutionnel espagnol, déclaration du 1^{er} juillet 1992, Traité de Maastricht, *AJJC* 1992, p. 419
_____ 257

Cour suprême fédérale des Etats-Unis

- Cour suprême fédérale des Etats-Unis, *Texas v. White*, 74 US (1 Wall.) 700 (1868) _____ 682
- Cour suprême fédérale des Etats-Unis, *Dred Scott vs. Standford*, 60 US (19 How.) 393 (1857) _____ 520

Cour suprême fédérale des Etats-Unis, *Mc Culloch v. Maryland*, 17 US (4 Wheat.) 316 (1819) _____
598, 636, 682

Cour suprême fédérale des Etats-Unis, *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 US (1 Wheat) 304, 324 (1816) _ 682

Cour suprême fédérale des Etats-Unis, *Marbury v. Madison*, 5 US (1 Cranch) 137 (1803) _____
85, 606, 635, 665, 682

Autres juridictions

Tribunal constitutionnel polonais, 27 avril 2005, Application du mandat d'arrêt européen aux citoyens polonais, P 1/05, texte intégral disponible en anglais à l'adresse suivante :
http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/summaries_assets/documents/P_1_05_full_GB.pdf _____
368, 484

Tribunal constitutionnel polonais, 11 mai 2005, Traité d'adhésion, K 18/04, sommaire en anglais disponible à l'adresse suivante :
http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/documents/K_18_04_GB.pdf _____ 367, 369

Conseil d'Etat belge, avis du 15 février 2005, Traité établissant une Constitution pour l'Europe, *RFDA*, 2005, pp. 242- 248 _____ 476

Cour suprême du Canada, 20 août 1998, Renvoi relatif à la sécession du Québec (disponible à l'adresse suivante : <http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/1998/1998rcs2-217/1998rcs2-217.html> _____ 685

Cour suprême danoise, 6 avril 1998, Carlsen, *AJIL*, n° 93/1999, pp. 209-214. _____ 367

Cour suprême indienne, 24 avril 1973, *Kesavananda Bharati vs. State of Kerala*, AIR 1973 SC 1461, disponible sur le site openjudis à l'adresse suivante : <http://openarchive.in/newcases/29981.htm> 112

JURIDICTIONS INTERNATIONALES

Cour européenne des droits de l'homme

- Cour Eur. D.H., 30 juin 2005, Bosphorus c/ Irlande, req. n° 45036/98 _____ 305
- Cour Eur. D.H., 23 mai 2002, Segi et autres et Gestoras Pro-Amnistia et autres c/ quinze Etats de l'Union européenne, req. jointes n° 6422/02 et n°9916/02, Rec. 2002-V _____ 305

Cour permanente de justice internationale

- CPJI, 13 septembre 1928, affaire Usine de Chorzow (fond), série A, n° 17, p. 37 _____ 275
- CPJI, 17 août 1923, affaire du Vapeur Wimbledon, Série A, n° 1, p. 25 _____ 160, 206
- CPJI, 25 mai 1926, Haute-Silésie polonaise, série A, n° 7, p. 19 _____ 317
- CPJI, avis consultatif du 4 février 1932, Traitement des nationaux polonais à Dantzig, série A/B, n° 44, p. 24 _____ 317
- CPJI, avis du 31 juillet 1930, question des communautés gréco-bulgares, série B, n° 17, p. 32 _____ 317

Cour internationale de justice

- CIJ, avis consultatif du 21 juin 1971, Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie, Rec. p. 16 _____ 277, 308, 415, 447
- CIJ, 15 juin 1962, affaire du Temple de Préah Vihear (fond), Rec. p. 23. _____ 275
- CIJ, 18 novembre 1960, affaire de la sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906, Rec. p. 209 _____ 275
- CIJ, 15 juin 1954, affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943, Rec. 1954 _____ 275

Sentences arbitrales

- Sentence arbitrale du 9 décembre 1978, Interprétation de l'accord aérien franco-américain du 27 mars 1946 (affaire de la rupture de charges), *RSANU*, vol. XVIII, p. 417 _____ 447
- Sentence arbitrale du 21 octobre 1861 rendue par le Sénat de Hambourg dans l'affaire Yuille-Shortridge (Royaume-Uni c/ Portugal), *R.A.I.* II, p. 78 _____ 278

INDEX DES MATIERES

(Les numéros renvoient aux numéros de page)

A

Accords interinstitutionnels · 402-10
Accords internationaux conclus par la Communauté
 contrôle de compatibilité a priori · 311
 contrôle de compatibilité a posteriori · 313
Autonomie de l'ordre juridique communautaire ·
 271-74
 exclusion du droit international · 274-79
Autonomie institutionnelle et procédurale des Etats ·
 286

C

Charte des droits fondamentaux · 353, 524, 644, 645
Citoyenneté
 citoyenneté fédérale/étatique · 520
 citoyenneté postnationale · 89
Citoyenneté de l'Union · 518-29
 citoyenneté de superposition · 520
 critère de résidence · 522
 définition jurisprudentielle · 295-99
 et démocratie participative · 526
 et droits fondamentaux · 524
Clause de flexibilité · 381-93
 dans le TECE · 495
 dans le traité de Lisbonne · 500
Clauses passerelle · 194, 382
Communauté de citoyens · *Voir* Peuple
Communauté de droit · 305
Compromis de Ioannina · 436
Compromis de Luxembourg · 432-39
Conseil européen
 dispositions du TECE relatives au - · 505
 institutionnalisation du - · 440-44
 rôle dans la procédure de révision · 186-88
Constitution
 comme acte unilatéral · 53
 comme concrétisation d'une idée de droit · 153
 comme pacte · 80, 125
 conception institutionnelle · 65
 conception normative · 65
 constitution matérielle · 82
 dérogation à la - · 565
 distinction constitution/lois constitutionnelles ·
 110
 et supraconstitutionnalité · 107, 110
 et traité international · 78, 607
 suprématie de la - · 83
Constitution américaine
 comme acte du peuple américain · 635, 665
 comme contrat entre les Etats · 634, 663
 comme pacte fédératif · 605
 déclaration des droits · 640

 ratification de la - · 61, 605, 614
 révision de la - · 61, 592
 rupture avec les Articles de confédération · 62,
 612
 titulaire du pouvoir constituant à l'origine de la - ·
 63, 613-16
Constitutionnalisation · 129, 270-327, 376, 379, 389,
 398, 405, 453
Convention de Philadelphie · 58, 567, 612
Convention européenne des droits de l'homme · 300,
 303, 305, 524
Convention sur l'avenir de l'Union
 association de la société civile · 553-55
 composition · 536-41
 et concept de pouvoir constituant · 569-73
 et conférence intergouvernementale · 574-76
 et convention de Philadelphie · 570
 et pouvoir fondateur des Etats · 576
 mandat des Etats fondateurs · 570-73
 méthode conventionnelle · 541-49
 règles de procédure · 545-47
Cour de justice
 et juridictions nationales · 483
 monopole de l'interprétation · 329-31, 343-45,
 481
 pouvoir normatif · 334-45
 révision judiciaire · 331-34, 346-50
Coutume
 dans la jurisprudence de la CJCE · 416, 418
 et constitution rigide · 416
 place de la - en droit communautaire · 414-19,
 448

D

Démocratie
 dans l'ordre juridique communautaire · 292-99
 démocratie délibérative · 542-43
 démocratie postnationale · 94
 démocratie procédurale · 550-52
Développement constitutionnel · *Voir*
 Constitutionnalisation
Droit complémentaire · 431
Droit contrapuntique · 373, 483, 581
Droit de résistance · 44-57
Droits fondamentaux · 300-306, 352, 640-46
 consécration jurisprudentielle des - · 300
 droit à un recours effectif · 303
 et citoyenneté de l'Union · 524
 et primauté du droit communautaire · 300
 garantie juridictionnelle · 302
Droits fondamentaux des Etats · 359-65, 648-54
 dans la jurisprudence de la CJCE · 360-63, 653,
 668
 dans la théorie de la Fédération · 359, 513, 648-53
 dans le TECE · 513-18, 653, 670
 dans le traité de Lisbonne · 513, 653, 670

dans les traités actuels · 653, 669
droit à l'égalité des Etats · 517
droit à la solidarité · 654
droit au respect de l'identité constitutionnelle ·
362
droit au respect de l'identité culturelle · 361
droit au respect de l'identité nationale · 364, 653
droit de participation · 653
droits à un recours effectif · 676-79
et devoirs fondamentaux des Etats · 517
garantie institutionnelle · 655-59
garantie juridictionnelle · 518, 660-80
garantie politique · 680-86
valeur normative · 666-76

E

Equilibre institutionnel · 289-92, 294
espace public européen · 552
Etat
lien avec la notion de pouvoir constituant · 97
lien Etat/nation · 96

F

Fédéralisme · 591-604, 633-37
distinction Etat fédéral/confédération · 591-99
et Fédération · 599
et souveraineté · 594, 597
et Union européenne · 595
théorie de la compétence de la compétence · 122,
558, 592
théorie de la puissance d'Etat · 596
Fédéralisme américain
doctrine des States' rights · 636, 664
droit de nullification · 634, 663-64
droit de sécession · 664, 682
Fédération
autonomie de la catégorie de Fédération · 599
comme Union des Etats et des peuples · 511
définition · 80, 599-604
distinction Etat/Fédération · 121, 602
et droit cosmopolitique · 637-39, 644, 646, 648,
683
et droits fondamentaux des Etats · 512-13, 639,
648-54
et droits fondamentaux des individus · 640-48
et Empire · 599
et souveraineté constituante · 122, 602
et souveraineté selon Carl Schmitt · 600
et souveraineté selon M. Olivier Beaud · 601
et souveraineté selon Mme Elisabeth Zoller · 601
et Union européenne · 360, 586, 644-46, 657, 665
Fédération démocratique · 94
gardien de la constitution dans la - · 660-66
répartition des compétences dans la - · 501-4, 658
titulaire du pouvoir constituant dans la - · 99, 606,
611-16, 620
titulaire du pouvoir de révision dans la - · 656
Fonction constituante
de la CJCE · 328-74
définition · 266
des Etats membres · 419-50

des institutions communautaires autres que la
CJCE · 380-419
et pouvoir fondateur des Etats · 349

G

gouvernance · 527

H

Hiérarchie des normes en droit communautaire
rang des accords interinstitutionnels dans la - ·
407
rang des accords internationaux conclus par la
Communauté dans la - · 311-15
rang des mesures d'organisation interne dans la - ·
399
rang des principes généraux du droit dans la - ·
336
rang du droit complémentaire dans la - · 426
rang du droit dérivé dans la - · 311
suprématie des traités fondateurs · 154, 307-15

I

Identité nationale des Etats · 361-64
et primauté du droit communautaire · 356-74,
665
identité constitutionnelle des Etats · 362
identité culturelle des Etats · 361
Interprétation juridictionnelle · 339-45
et fonction constituante du juge · 342
et pouvoir constituant · 343-44
interprétation *praeter/contra legem* · 347
méthodes d'interprétation · 341

M

Monarchomaques · 46

N

Nation
comme sujet du pouvoir constituant · 90, 98
lien nation/démocratie · 88
lien nation/Etat · 96
selon Sieyès · 68

O

Organisations internationales
droit constitutionnel des - · 77

P

Pacte de gouvernement · 45-56

Pacte de société
 selon Hobbes · 51
 selon Locke · 52
 selon Pufendorf · 51

Pacte fédératif · 99
 comme acte du pouvoir constituant · 586
 comme pacte interétatique · 604, 626
 déclaration des droits · 642-44
 définition · 80
 droit de retrait · 680-86
 et pouvoir constituant des peuples · 608-10, 625
 ratification du - · 625-28
 révision du - · 656
 suprématie du - · 85

Parlement européen
 accroissement des pouvoirs du - · 292-95
 dispositions du TECE relatives au - · 505

Patriotisme constitutionnel · 89, 93, 94, 488, 618-21, 644

Peuple
 comme sujet du pouvoir constituant · 90-94, 617
 conception nationale-républicaine · 88
 conception normative · 89, 617
 peuple d'Etat/peuple d'Union · 617

Pouvoir constituant
 antériorité du - par rapport à l'Etat · 120
 décisions préconstituantes · 562-65
 définition · 25-27, 74
 distinction pouvoir constituant/pouvoir de
 révision · 84, 105-12, 557-61
 divin · 34
 du roi · 86
 émergence du concept de - · 56
 et pouvoir fondateur · 162
 hiérarchie pouvoir constituant/constitués · 53, 67, 104
 lien avec la notion d'Etat · 97
 pluralité de sujets du - · 94, 99
 représentation du titulaire du - · 105
 sanction constituante · 573
 titulaire du - · 86-95, 125

Pouvoir constituant du peuple
 émergence du concept de - · 53
 et révolution américaine · 57-66
 et révolution française · 73

Pouvoir constituant européen
 dans une Fédération européenne à venir · 621-29
 et ratification des traités fondateurs · 224-29
 et révision des constitutions nationales · 251-60

Pouvoir fondateur des Etats · 157-67
 et fonction constituante · 349
 et fonction constituante de la CJCE · 355
 et institutionnalisation d'une idée d'oeuvre · 162-65
 et révision des traités · 165, 348
 et traité établissant une constitution pour l'Europe · 573-78

Pratique
 des Etats membres · 450
 des institutions communautaires · 411-19
 en droit international · 446

Préconstitution · 563-65
 déclaration de Laeken · 568
 loi du 3 juin 1958 · 565

Primauté · 315-27, 468-85
 dans le TECE · 468-74

définition · 316
 du droit communautaire selon la CJCE · 315-28
 du droit communautaire selon les juridictions
 nationales · 365-74, 474-84
 et applicabilité directe du droit communautaire ·
 319-21
 et suprématie · 318, 469, 471
 primauté absolue/relative · 316, 470-71, 483

Principe de subsidiarité · 285
 dans le TECE · 497

Principes généraux du droit · 335-39
 et droits fondamentaux · 300
 et droits fondamentaux des Etats · 667

R

Ratification des traités fondateurs
 par voie référendaire · 214-23

Recours en annulation · 308

Recours en constatation de manquement · 322

Règlement intérieur des institutions · 394-402

Renvoi préjudiciel
 en appréciation de validité · 309
 en interprétation · 325

Répartition des compétences · 280-84, 492-504
 théorie des compétences implicites · 281

Représentation · 96, 98

Responsabilité des Etats membres · 326

Révision de la constitution
 limitation matérielle du pouvoir de révision · 105-
 19, 673
 limitation matérielle du pouvoir de révision du
 peuple · 118
 nature des actes constitutionnels de 1940 · 115
 révision de la procédure de révision · 114
 révision totale de la constitution · 113

Révision des constitutions nationales
 clauses "Europe" · 240-45
 et intégration de l'idée d'oeuvre · 245-51

Révision des traités communautaires
 "petite révision" du traité CECA · 200-203
 Convention sur l'avenir de l'Union · 569
 et perpétuation de l'idée d'oeuvre · 179-82
 et rupture juridique · 177-79, 569-73
 exclusivité des procédures de révision · 155, 189-
 91, 307, 363, 392, 409, 414, 427, 448
 limitation matérielle du pouvoir de révision · 168-
 75, 675
 limitation matérielle du pouvoir de révision des
 Etats · 176-77
 par acte contraire des Etats · 188
 procédure générale de révision · 184-88
 procédures simplifiées de révision · 192-200

Révision des traités en droit international · 560

S

Souveraineté
 caractéristiques · 38
 comme pouvoir de commandement · 103
 émergence du concept de - · 36
 et puissance d'Etat · 596
 indivisibilité de la - · 594, 597

mutation de la signification de la - · 64-66, 72, 105, 125
selon Jean Bodin · 38
selon M. Olivier Beaud · 119
souveraineté constituante · 65, 105, 125, 602
souveraineté dans l'Etat · 102, 103
souveraineté de l'Etat · 100, 120
souveraineté interne/externe · 100
souveraineté parlementaire · 71-72, 98, 105
souveraineté royale · 42
souveraineté-puissance publique · 101
théorie de la compétence de la compétence · 101, 119, 122, 558, 592
transfert de la - du roi au peuple · 44, 72

T

Théorie de l'organe · 102
Théorie des choix publics · 540, 543
Traité de Lisbonne
 aménagement institutionnel · 509-10
 citoyenneté de l'Union · 528-29
 clause de flexibilité · 500
 droit de retrait · 686
 droits fondamentaux des Etats · 513
 modalités de vote au Conseil · 510
 répartition des compétences · 498-501
 rôle des parlements nationaux · 501, 509

 structure du traité · 489
 substance du traité · 490
Traité établissant une constitution pour l'Europe
 adoption du - · 576
 aménagement institutionnel · 505-9
 article 1-5 TECE · 513-18
 citoyenneté de l'Union · 518-28
 clause de flexibilité · 495
 compétences de la CJCE · 472
 déclaration n°30 · 572
 devoirs fondamentaux des Etats · 517
 droit de retrait · 477, 686
 droits fondamentaux des Etats · 517-18
 personnalité juridique de l'Union · 487
 primauté · 468-74
 principe de subsidiarité · 497
 ratification du - · 570-72, 576-78
 répartition des compétences · 493-98
 rôle des parlements nationaux · 497, 508
 structure du traité · 486-88
 substance constitutionnelle du traité · 488
Traités fondateurs
 abrogation des - · 571
 caducité des dispositions des - · 332
 caractère lacunaire des - · 332
 comme constitution de l'ordre juridique communautaire · 157
 procédure internationale de conclusion des - · 136-44

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE.....	11
TABLE DES ABREVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES.....	15
INTRODUCTION GENERALE.....	20
CHAPITRE PRELIMINAIRE.....	
LE CONCEPT DE POUVOIR CONSTITUANT.....	34
Section 1 : La genèse du concept de pouvoir constituant.....	35
I. Les sources du concept de pouvoir constituant : souveraineté, contrat social et droit de résistance.....	35
A. La souveraineté : puissance divine sécularisée.....	37
1. La conceptualisation de la souveraineté par Jean Bodin.....	39
2. La souveraineté et la monarchie de droit divin.....	43
B. Les mutations du droit de résistance et les théories du contrat social.....	45
1. Le droit de résistance chez saint Thomas d'Aquin.....	46
2. Le droit de résistance chez les monarchomaques.....	47
3. La réfutation du droit de résistance par Hobbes : l'aporie du passage de la multitude au peuple.....	51
4. La résolution de l'aporie par John Locke et les premiers linéaments du concept de pouvoir constituant.....	53
II. Les révolutions américaine et française.....	58
A. Le pouvoir constituant du peuple dans l'adoption de la constitution américaine de 1787.....	58
1. La querelle constitutionnelle entre fédéralistes et antifédéralistes.....	61
2. Le dépassement de la querelle constitutionnelle par le recours au pouvoir constituant du peuple.....	62
3. Le pouvoir constituant du peuple et les mutations de la signification de la souveraineté.....	65
B. La Révolution française.....	67
1. La théorie du pouvoir constituant de la nation de l'abbé Sieyès.....	68
2. Souveraineté de la nation et souveraineté parlementaire.....	72
Section 2 : Caractérisation du concept de pouvoir constituant.....	75
I. Le peuple et la constitution : noyau dur du concept de pouvoir constituant.....	76
A. La constitution : objet du pouvoir constituant.....	76
1. La dissociation des notions de constitution et d'Etat.....	77
2. L'acte constituant et la pluralité de sujets du pouvoir constituant.....	81
3. Les caractéristiques de l'acte constituant.....	83
B. Le peuple : titulaire du pouvoir constituant.....	88
1. La caractérisation du titulaire du pouvoir constituant.....	89
2. L'identification entre peuple et Etat.....	98
II. L'Etat et la souveraineté : les limites du pouvoir constituant ?.....	101
A. Pouvoir constituant et souveraineté.....	102
1. La redéfinition de la souveraineté impliquée par le concept de pouvoir constituant.....	102
2. Différence de nature entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision.....	108
B. Pouvoir constituant et Etat.....	122
Conclusion du chapitre préliminaire.....	128

PREMIERE PARTIE
L'EVITEMENT FONCTIONNALISTE DU POUVOIR CONSTITUANT EUROPEEN..... 130

TITRE 1.....
L'EVITEMENT IMPLIQUE PAR L'EXISTENCE D'UN POUVOIR FONDATEUR DES ETATS 134

CHAPITRE 1.....
LE POUVOIR FONDATEUR DES ETATS, EQUIVALENT FONCTIONNEL DU POUVOIR CONSTITUANT..... 136

Section 1 : L'adoption par les Etats de la « constitution » de l'ordre juridique communautaire 138

I. Le « patrimoine génétique interétatique » des traités originaires.....	138
A. La procédure internationale de conclusion des traités originaires	139
1. La conclusion du traité de Paris	139
2. L'échec du traité instituant la CED	142
3. La conclusion des traités de Rome	145
B. L'indifférence de la catégorie de « traité international » au contenu des traités	147
II. La dimension constitutionnelle des traités originaires.....	151
A. La dimension matériellement constitutionnelle des traités originaires.....	151
1. La séparation des pouvoirs dans l'ordre juridique communautaire.....	151
2. La question de la déclaration des droits	153
3. La concrétisation d'une « idée de droit »	155
B. La dimension formellement constitutionnelle des traités originaires.....	157

Section 2 : L'adoption des traités, expression d'un pouvoir fondateur des Etats membres..... 160

I. La fonction du pouvoir fondateur des Etats : institutionnaliser et perpétuer l'idée d'œuvre. 160	
A. L'adoption des traités originaires et l'institutionnalisation d'une idée d'œuvre	161
1. Les caractéristiques du pouvoir fondateur.....	161
2. Le pouvoir fondateur des Etats et l'institutionnalisation d'une idée d'œuvre.....	165
B. La révision des traités et la perpétuation de l'idée d'œuvre	170
1. La transposition à l'ordre juridique communautaire de la thèse de la limitation du pouvoir de révision.....	171
2. La mise en œuvre des révisions dans l'ordre juridique communautaire.....	179
II. La fonction des procédures de révision : garantir le respect de l'idée d'œuvre	187
A. La procédure générale de révision	187
1. L'aménagement de la procédure générale de révision : l'équilibre entre la participation des institutions et celle des Etats membres	188
2. La garantie juridictionnelle de l'équilibre atteint par la procédure générale de révision : l'exclusivité des procédures de révision.....	192
B. Les procédures spécifiques de révision	196
1. Les procédures simplifiées de révision	196
2. La « petite révision » du traité CECA	204
III. Le pouvoir fondateur des Etats, distinct par nature du concept de pouvoir constituant.....	208
1. L'irréductibilité du pouvoir constituant au pouvoir fondateur.....	208
2. Le pouvoir fondateur des Etats à l'aune du concept de pouvoir constituant.....	210
Conclusion du chapitre 1.....	215

CHAPITRE 2.....	217
L'INCOMPLÉTUDE DU POUVOIR FONDATEUR DES ÉTATS	217
Section 1 : L'impuissance des ratifications nationales à fonder le pouvoir constituant européen.....	219
I. L'existence d'une tendance à l'association directe des peuples à l'intégration européenne ...	220
A. L'accroissement de l'utilisation de la technique référendaire pour les adhésions aux traités fondateurs	221
B. La réticence à l'utilisation de la technique référendaire pour les révisions des traités fondateurs	224
C. La pertinence de l'institution référendaire dans le cadre de l'Union européenne en question	228
II. L'irréductibilité du pouvoir constituant européen à la convergence des ratifications nationales	230
A. La nature juridique des actes de ratification	231
B. Les ratifications nationales, distinctes par nature d'un acte de souveraineté du peuple	232
Section 2 : L'impuissance des révisions constitutionnelles nationales à fonder le pouvoir constituant européen.....	237
I. La tendance à l'homogénéisation des révisions constitutionnelles nationales	237
A. Le parallélisme entre les révisions des constitutions nationales et le développement de l'intégration européenne.....	238
1. Les révisions des constitutions nationales impliquées par l'adhésion aux traités originaires	238
2. Les révisions des constitutions nationales impliquées par les révisions des traités originaires	243
B. L'homogénéisation matérielle des révisions constitutionnelles nationales.....	246
1. La spécificité de l'appartenance à l'Union européenne dans les constitutions nationale	246
2. L'intégration de l'idée d'œuvre européenne au sein des constitutions nationales.....	252
II. L'irréductibilité du pouvoir constituant européen à la convergence des révisions nationales	258
A. Les révisions constitutionnelles nationales, distinctes par nature d'un acte de souveraineté du peuple.....	258
B. L'impossible requalification des révisions constitutionnelles nationales en tant qu'actes constitutants	264
Conclusion du chapitre 2.....	268
CONCLUSION DU TITRE 1	269

TITRE 2.....
L'ÉVITEMENT PERPETUE PAR L'ESSOR D'UNE FONCTION CONSTITUANTE	272
CHAPITRE 1.....
LA FONCTION CONSTITUANTE DE LA COUR DE JUSTICE.....	276
Section 1 : La contribution de la Cour de justice à la constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire.....	277
I. La contribution de la Cour à l'autonomisation de l'ordre juridique communautaire	278
A. L'autonomisation de l'ordre juridique communautaire, préalable à la constitutionnalisation	278
B. L'exclusion des mécanismes issus du droit international, expression de l'autonomie du droit communautaire.....	281
1. L'exclusion des exceptions préliminaires de l'ordre juridique communautaire.....	282
2. L'exclusion partielle des faits justificatifs de l'ordre juridique communautaire.....	284
II. La contribution de la Cour à la constitutionnalisation matérielle des traités.....	287
A. la Cour de justice, juge répartiteur des compétences et des pouvoirs dans l'ordre juridique communautaire.....	287
1. La répartition des compétences entre les Communautés et les Etats membres.....	289
2. La répartition des pouvoirs entre les institutions communautaires	297
B. Le développement jurisprudentiel du principe démocratique	300
1. L'accroissement des prérogatives du Parlement européen et l'édification progressive d'une démocratie parlementaire européenne	301
2. La définition jurisprudentielle d'un statut du citoyen européen.....	304
C. La consécration jurisprudentielle des droits fondamentaux	309
III. La contribution de la Cour à la constitutionnalisation formelle des traités.....	317
A. La garantie juridictionnelle de la suprématie des traités fondateurs au sein de l'ordre juridique communautaire.....	318
1. La suprématie des traités fondateurs à l'égard des actes adoptés par les institutions.....	318
2. La suprématie des traités fondateurs à l'égard des accords internationaux conclus par la Communauté	322
B. L'affirmation jurisprudentielle de la primauté des traités fondateurs au sein des ordres juridiques internes	326
1. L'affirmation de l'effet direct et de la primauté du droit communautaire, instrument de la constitutionnalisation formelle des traités originaires.....	327
2. Les voies de droit permettant à la Cour d'assurer le respect, par les Etats membres, du droit communautaire.....	333
Section 2 : La détention d'une fonction constituante par la Cour de justice.....	340
I. Fondements et instruments de la fonction constituante de la Cour.....	341
A. Les fondements de la fonction constituante de la Cour	341
1. Les fondements textuels de la fonction constituante de la Cour	341
2. Les circonstances matérielles propices au développement de la fonction constituante de la Cour.....	344
B. L'interprétation juridictionnelle et la « découverte » des principes généraux du droit, instruments de la fonction constituante de la Cour.....	347
1. L'apport des principes généraux du droit au développement de normes matériellement et formellement constitutionnelles.....	347
2. L'interprétation juridictionnelle à l'origine d'un véritable pouvoir normatif de la Cour, expression de sa fonction constituante.....	351

II. Les caractéristiques de la fonction constituante de la Cour	358
A. La subordination au pouvoir fondateur, conséquence de la nature de pouvoir constitué de la Cour	358
1. Le refus de la Cour de se substituer aux Etats membres, fondateurs de l'ordre juridique communautaire	358
2. L'acceptation de la fonction constituante de la Cour par les Etats fondateurs	364
B. La perpétuation de l'idée d'œuvre, condition de légitimité de la fonction constituante de la Cour	369
1. La primauté du droit communautaire, obstacle au respect de l'identité constitutionnelle des Etats membres ?	369
2. La protection de l'identité constitutionnelle des Etats membres par les juridictions nationales	379
Conclusion du chapitre 1	390

CHAPITRE 2.....	
LA FONCTION CONSTITUANTE DES INSTITUTIONS COMMUNAUTAIRES ET DES ÉTATS MEMBRES	393
Section 1 : la fonction constituante des institutions communautaires	394
I. Les instruments formels de la fonction constituante des institutions communautaires	395
A. La mise en œuvre des clauses d'adaptation, instrument de la fonction constituante des institutions communautaires	395
1. Le fondement de la fonction constituante : un mandat des fondateurs révélé par les termes de l'article 308 TCE.....	398
2. La contribution de l'article 308 au développement des compétences communautaires	401
3. Les limites fixées à l'utilisation de l'article 308, instrument de la subordination de la fonction constituante des institutions au droit originaire	405
B. Les actes atypiques, instruments de la fonction constituante des institutions communautaires	408
1. Les actes issus du pouvoir d'auto-organisation interne des institutions communautaires....	408
2. Les actes issus de la coopération interinstitutionnelle.....	417
II. Les instruments informels de la fonction constituante des institutions communautaires.....	425
A. L'apport de la pratique au développement de l'ordre juridique communautaire	427
B. La nature et la valeur juridiques de la pratique des institutions en droit communautaire	429
Section 2 : la fonction constituante des Etats Membres.....	434
I. Les instruments formels de la fonction constituante des Etats membres	435
A. Le droit complémentaire, vecteur d'une fonction constituante des Etats membres	435
1. Le droit complémentaire, facteur d'évolution de l'ordre juridique communautaire	436
2. La subordination du droit complémentaire au droit originaire, conforme aux caractéristiques de la fonction constituante	443
B. Le compromis de Luxembourg, vecteur d'une fonction constituante des Etats membres ?...	447
1. Nature et valeur juridique du compromis de Luxembourg	447
2. Les répercussions du compromis de Luxembourg sur l'ordre juridique communautaire	450
II. Les instruments informels de la fonction constituante des Etats membres	454
A. L'apport de la pratique des Etats membres au développement de l'ordre juridique communautaire	455
1. La pratique des réunions au sommet et l'institutionnalisation du Conseil européen	455
2. Les réunions informelles des ministres des Etats membres	459
B. Nature et valeur juridique de la pratique des Etats en droit communautaire.....	461
Conclusion du chapitre 2.....	467
CONCLUSION DU TITRE 2	469
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	471

SECONDE PARTIE
L'AVENEMENT FEDERALISTE DU POUVOIR CONSTITUANT EUROPEEN 475

TITRE 1.....
L'AVENEMENT LIMITE D'UN PROCESSUS CONSTITUANT EUROPEEN 479

CHAPITRE 1.....
LE TRAITE Etablissant une constitution pour l'Europe, un acte constituant 481

Section 1 : L'absence de mutation du principe de primauté 484

I. La signification de la consécration formelle du principe de primauté 484

II. L'interprétation jurisprudentielle du principe de primauté 490

A. La relecture du principe de primauté par les juridictions nationales 492

1. La lecture contextualisée du principe de primauté 493

2. La lecture internalisée du principe de primauté 494

B. L'examen critique de la lecture du principe de primauté par les juridictions nationales 497

Section 2 : L'approfondissement de l'idée de droit initiale 501

I. L'essence fédérale de l'idée d'œuvre 508

A. La répartition des compétences entre les Etats et l'Union 508

1. La répartition des compétences dans le traité établissant une constitution pour l'Europe ... 509

2. La répartition des compétences dans le traité de Lisbonne 514

3. La répartition des compétences, instrument au service de l'approfondissement de l'idée fédérale 518

B. L'aménagement institutionnel 521

1. L'aménagement institutionnel dans le traité établissant une constitution pour l'Europe 521

2. L'aménagement institutionnel dans le traité de Lisbonne 525

II. Le sens de l'intégration : vers une Union des peuples et des Etats ? 527

A. Le statut d'Etat membre de l'Union : vers la consécration de droits fondamentaux des Etats ? 528

1. L'article I-5 TECE : la consécration d'un « domaine réservé » des Etats ? 531

2. L'article I-5 TECE et la consécration de droits fondamentaux des Etats 534

B. Le statut de citoyen de l'Union 535

1. La dualité de la citoyenneté de l'Union, reflet de la dualité de l'Union des peuples et des Etats 536

2. Les droits liés à la citoyenneté de l'Union : palliatif de l'absence de pouvoir constituant des citoyens de l'Union 541

Conclusion du chapitre 1 548

CHAPITRE 2.....	
LA PERSISTANCE DU POUVOIR FONDATEUR DES ETATS	550
Section 1 : La Convention au croisement de plusieurs modes de légitimation	551
I. La composition de la Convention, vecteur de sa légitimité démocratique	553
II. La méthode conventionnelle, vecteur de la légitimité délibérative de la Convention.....	558
A. Démocratie délibérative versus négociation diplomatique : Les fondements théoriques de la méthode conventionnelle	559
B. La méthode conventionnelle : une diplomatie ouverte plutôt qu'une véritable démocratie délibérative.....	561
1. La tentative d'institutionnalisation de la démocratie délibérative au sein de la Convention par le biais des règles de procédure	562
2. L'analyse du déroulement des travaux de la Convention et la résurgence de la méthode diplomatique traditionnelle.....	564
III. L'association de la société civile, vecteur de la légitimité procédurale de la Convention	566
A. La théorie de la démocratie procédurale et la place de la société civile dans la fondation de l'ordre juridique.....	567
B. La société civile dans la Convention sur l'avenir de l'Europe	570
Section 2 : L'impossible assimilation de la Convention au pouvoir constituant européen	574
I. L'absence de rupture juridique dans la phase préconstituante	579
A. Typologie et caractéristiques des décisions préconstituantes.....	579
B. La déclaration de Laeken, une préconstitution ?	585
1. L'insertion de la Convention dans la procédure de révision	586
2. Le respect, par la Convention, du mandat des Etats fondateurs.....	587
II. La persistance du pouvoir des Etats dans la phase constituante.....	591
A. L'adoption du traité établissant une constitution pour l'Europe par la conférence intergouvernementale.....	592
B. La sanction définitive du traité établissant une constitution pour l'Europe par le biais des ratifications des Etats	594
Conclusion du chapitre 2.....	597
CONCLUSION DU TITRE 1	598

TITRE 2.....
L'AVENEMENT PROJETE DU POUVOIR CONSTITUANT EUROPEEN.....	603
CHAPITRE 1.....
LE POUVOIR CONSTITUANT DES PEUPLES EUROPEENS	607
Section 1 : Le pacte fédératif, objet du pouvoir constituant européen	608
I. Le <i>telos</i> du pacte fédératif : l'institution de la Fédération.....	608
A. L'examen de la distinction traditionnelle entre Etat fédéral et confédération.....	609
1. La dichotomie traditionnelle	609
2. Les limites de la dichotomie traditionnelle	613
B. La théorie de la Fédération	617
II. La spécificité du pacte fédératif, reflet de celle de la Fédération	622
A. La nature mixte du pacte fédératif.....	622
B. Le pacte fédératif et le principe du pouvoir constituant.....	626
Section 2 : Les peuples européens, co-titulaires du pouvoir constituant européen.....	629
I. Le titulaire du pouvoir constituant dans la Fédération	629
A. La remise du pouvoir constituant aux peuples composant la Fédération.....	630
B. L'intervention du peuple d'Union lors de la procédure constituante	635
II. Le pouvoir constituant au sein de la Fédération européenne	640
A. L'aménagement de la procédure constituante.....	641
B. L'attribution du pouvoir de sanction constituante aux peuples européens.....	644
Conclusion du chapitre 1.....	649

CHAPITRE 2.....	
LE MAINTIEN DE L'EXISTENCE DES ETATS.....	650
Section 1 : La consécration des droits fondamentaux des Etats par le pacte fédératif.....	651
I. Les conceptions de la Fédération.....	651
A. Les « mésinterprétations » de la Fédération.....	652
1. Le fédéralisme « égalitaire »	652
2. Le fédéralisme « national »	654
B. La notion de Fédération à l'aune du droit cosmopolitique.....	656
II. Les caractéristiques du pacte fédératif.....	659
A. Les droits des individus dans le pacte fédératif.....	659
1. Les droits fondamentaux des individus dans le pacte fédératif.....	659
2. Les droits « transnationaux » des citoyens dans le pacte fédératif	665
B. Les droits fondamentaux des Etats dans le pacte fédératif	667
Section 2 : La garantie des droits fondamentaux des Etats	674
I. La garantie institutionnelle des droits fondamentaux des Etats	675
II. La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux des Etats.....	679
A. Qui doit être le gardien du pacte fédératif ?.....	679
1. La question de l'interprète du pacte fédératif dans la théorie de la Fédération	680
2. La question de l'interprète du pacte fédératif dans l'histoire constitutionnelle américaine..	682
B. Les modalités de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux des Etats.....	686
1. Les garanties juridictionnelles en l'absence de consécration expresse des droits fondamentaux des Etats	687
2. Les garanties juridictionnelles en présence d'une consécration expresse des droits fondamentaux des Etats	689
C. Le « droit au juge » des Etats dans la Fédération	696
III. La garantie politique des droits fondamentaux des Etats	700
Conclusion du chapitre 2.....	709
CONCLUSION DU TITRE 2	711
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	712
CONCLUSION GENERALE :	
LE POUVOIR CONSTITUANT EUROPEEN, L'IRRESOLU DE LA CONSTRUCTION EUROPEENNE	715
BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE.....	721
TABLE DE LA JURISPRUDENCE CITEE	793
INDEX DES MATIERES	805
TABLE DES MATIERES.....	809

LE POUVOIR CONSTITUANT EUROPEEN

Résumé

L'expression pouvoir constituant européen semble receler une contradiction indépassable, dans la mesure où elle associe une notion forgée dans le cadre de l'Etat à une entité dépourvue de la qualité étatique. En témoigne le fait que la constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire, impliquée par la méthode fonctionnaliste initiale, s'est développée de manière endogène, en évitant le recours au concept de pouvoir constituant. De même, le processus ayant mené à l'adoption du traité établissant une constitution pour l'Europe ne peut être considéré comme la manifestation d'un pouvoir constituant véritable.

Pour autant, le concept de pouvoir constituant ne semble pas indissolublement lié à l'Etat, qui n'est que la forme historique dans lequel ce concept a vu le jour. L'examen des notions clefs de la théorie générale de l'Etat montre en effet que ce concept peut être transposé en dehors de la sphère étatique. Ces enseignements offrent la possibilité d'entrevoir la manifestation d'un pouvoir constituant des peuples européens, fondateur d'une Union européenne modelée à l'image de la Fédération. Restituer aux citoyens le pouvoir d'adopter la norme fondatrice de l'ordre juridique communautaire permettrait alors de répondre au déficit démocratique de la construction européenne.

THE EUROPEAN CONSTITUENT POWER

Abstract

The expression « European constituent power » seems to contain an insuperable contradiction, insofar as it associates a notion that has been created in the framework of the State with an entity lacking in this quality. The fact that constitutionnalization of Community legal order, which follows from the initial functionalist method, developed itself without any recourse to constituent power, is particularly emblematic. Similarly, the process that has led to the adoption of the treaty establishing a constitution for Europe cannot be considered as the manifestation of constituent power.

However, the concept of constituent power does not seem indissolubly linked to the State, which is only the historical framework in which this concept came into existence. The analysis of the key notions of the general theory of State shows that this concept can be transposed out of the State field. These learnings allow us to foresee the manifestation of a constituent power of the European people. Restoring citizens' right to adopt the founding norm of the Community legal order might constitute a way to reduce the democratic deficit of the European construction.

Droit public – droit communautaire

Pouvoir constituant originaire – Etat – souveraineté – constitution – peuple – citoyenneté – Fédération – démocratie – constitutionnalisation de l'Union européenne – jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes – démocratie – fédéralisme américain.
