

Aix-en-Provence – Université d'Aix-Marseille 40ème Table ronde internationale de l'Institut
Louis Favoreu - GERJC 14-15 septembre 2024

Pré-rapport sur l'Union européenne

LES NOUVELLES FRONTIÈRES DU CONSTITUTIONNALISME EUROPÉEN

Charlotte Denizeau-Lahaye

Maître de conférence HC Université Panthéon-Assas

Avertissement

Ce pré-rapport est une version provisoire qui n'a pas vocation à être diffusée, ni publiée.

Support des discussions orales qui auront lieu les 13 et 14 septembre, il présente quelques pistes de réflexion, propres au droit de l'Union européenne, sur les différents sujets amenés à être abordés. Il ne répond donc pas aux canons académiques attendus pour une publication écrite (notes de bas de page, références bibliographiques notamment..).

Certains points évoqués seront développés dans le rapport écrit.

Pour un européeniste, lire le droit institutionnel de l'Union européenne à la lumière du rapport de Massimo Luciani ouvre un champ de recherches presque infini, à tout le moins très étendu. Chacun des thèmes abordés et développés dans son rapport fait écho à des problématiques qui se sont posées et se posent pour l'Union européenne ; à ceci près que l'Union européenne n'est pas un État et n'a pas vocation à le devenir. Sa nature spécifique, *sui generis*, formule insatisfaisante pourtant inlassablement utilisée et répétée depuis sa création, en font encore aujourd'hui, selon la formule consacrée par J. Delors, un « objet juridique non identifié » ; et ce malgré les travaux très stimulants de la doctrine pour en définir la nature exacte¹.

Génétiquement l'Union européenne et avant elle la Communauté économique européenne viennent du droit international. A sa création en 1992, l'Union européenne est encore une organisation internationale, elle en garde des stigmates. Mais l'on sait qu'elle est bien plus que cela. Pour autant, elle n'est pas un État, structure à laquelle elle emprunte pourtant de nombreuses caractéristiques, mais dont il lui manque certains attributs essentiels (la souveraineté, la primauté réelle de son droit, la compétence de la compétence, la prérogative de déclarer la guerre, une armée, une citoyenneté qui ne dépende pas de la nationalité des États membres...). L'Union européenne refuse de se laisser enfermer dans une catégorie préexistante. Parce qu'elle emprunte aux différents modèles connus (étatique, fédéral, international...), sa

¹ Organisation « *sui generis* », une « *fédération d'États-Nations* », « *Fédération pluri-nationale en devenir* », « *pouvoir public commun* », « *fédération* », « *Union cosmopolitique* », sont autant d'expressions qualificatives qui ont été proposées par la doctrine depuis le Traité de Rome et la création des Communautés économiques européennes.

nature juridique est complexe : elle n'est jamais dans son entièreté l'un de ceux-ci. On peut observer qu'elle est une organisation politique intégrée, supranationale, dotée de prérogatives normatives, exécutives et juridictionnelles, et à laquelle les États souverains ont confié des compétences régaliennes. Elle est attachée aux respect de valeurs fondamentales inscrites dans le préambule du traité sur l'Union européenne, au respect des droits et libertés garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, sous le contrôle d'une juridiction et elle constitue ainsi une Union de droit, fondé sur des principes démocratiques.

La quarantième table ronde internationale de l'Institut Louis Favoreu invite à réfléchir aux nouvelles frontières du constitutionnalisme. Il est piquant d'observer qu'aux côtés du large panel d'États étudiés, deux organisations européennes sont citées : l'Union européenne et l'ordre juridique du Conseil de l'Europe régi par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ce choix scientifique laisse entendre qu'il existerait un constitutionnalisme européen ou des constitutionnalismes européens, attachés à chacun des deux ordres juridiques européens ; il invite aussi à questionner le rapport entre le constitutionnalisme étatique et les ordres juridiques européens, il interroge les rapports de système. Seule la première piste d'analyse sera retenue dans ce rapport, la seconde étant plutôt réservée aux rapports étatiques².

Pour s'en tenir à l'Union européenne³, il conviendra de vérifier l'existence d'un constitutionnalisme européen - qui n'est pas entendu comme l'addition des constitutionnalismes des États membres de l'Union mais bien un constitutionnalisme propre à l'Union européenne, attaché spécifiquement à son ordre juridique - en posant préalablement quelques éléments théoriques pour définir les concepts en jeu.

Le mot « constitutionnalisme » est loin d'être univoque. Le constitutionnalisme connaît de multiples déclinaisons dans le monde et peut recevoir de nombreuses définitions lorsque le mot est utilisé seul. Ces définitions peuvent aussi varier en fonction des adjectifs accolés au mot⁴. Nous nous en tiendrons ici à une définition objective tirée de l'identification de plusieurs éléments structurant du constitutionnalisme contemporain, adopté par les États de l'Union européenne mais aussi par les grandes démocraties au-delà du continent européen. Au sens du droit constitutionnel, l'État de droit s'incarne dans **le constitutionnalisme lequel peut être défini, dans son acception contemporaine, comme la théorie selon laquelle il existe un droit supérieur, permanent et fixe, inscrit dans une Constitution écrite qui s'impose aux gouvernants et dont le respect est garanti par un mécanisme de contrôle juridictionnel (contrôle de constitutionnalité). L'État de droit est en outre un État démocratique puisque le peuple souverain a voté pour placer cette Constitution au sommet de l'ordonnement juridique, lui conférant ainsi une légitimité pleine, garantie par cette onction démocratique.**

Cette forme de constitutionnalisme, **caractérisé par l'avènement de l'État constitutionnel de droit, caractérisé par la rigidité de la Constitution et le contrôle de constitutionnalité**

² Sur le sujet, lire : B. BONNET, « Les rapports entre droit constitutionnel et droit de l'Union, de l'art de l'accommodement raisonnable », *Titre VII, n°2, avril 2019*.

³ Pour le rapport sur la CEDH, lire le pré-rapport de J. ANDRIANTSIMBAZOVINA.

⁴ Les rapports nationaux en témoignent : **constitutionnalisme formel/ matériel, faible/fort, juridique/politique, libéral/pluraliste, illibéral, fictif, abusif, autoritaire, déréglementé, total, global, universel sauvage** ... A. Nussberger critique ce phénomène d'adjectivisation des concepts : « on est souvent confronté à un phénomène consistant à ajouter des adjectifs qui, au lieu de qualifier les concepts de base, les déforment ». A. NUSSBERGER, *L'Europe constitutionnelle : une ou divisée*, conférences données au collège de France, éd. Collège de France, 2023, § 20, 116 p. (disponible en podcast sur le site de Radiofrance). DOI : 10.4000/books.cdf.14886

est aujourd'hui dominante à l'échelle mondiale⁵. On ne peut qu'observer l'unité politique et juridique mondiale attachée à cette définition, notamment garantie par la figure du juge constitutionnel. Le mouvement est récent, mais il n'allait pas de soi puisqu'il s'est agi, en rupture avec la tradition légicentriste, de mettre en place un contre-pouvoir face au législateur. La loi est certes l'expression de la volonté générale, mais le législateur, faillible, peut adopter des lois liberticides. La loi peut être censurée au regard du texte fondamental, adopté par le constituant primaire. L'existence de ces juridictions est l'aboutissement d'une évolution des institutions, fruit de l'ingéniosité de quelques penseurs. Ce mouvement, en germe dans les pensées révolutionnaires françaises et américaines, ébauché par Sieyès et identifié par le juge Marshall dans l'arrêt *Marbury v. Madison* en 1803, fut systématisé par les auteurs de la fin du XIX^e et du début du XX^e, en particulier Kelsen.

La généralisation du constitutionnalisme par la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité assuré par les juridictions constitutionnelles peut se dater. Elle est un phénomène récente. Elle a commencé pendant l'entre-deux guerres portée par les idées de Kelsen, puis s'est réalisée par vagues successives, se propageant à grande vitesse dans les aires géographiques du monde entier. Le mouvement s'est accéléré, et même emballé, après la seconde guerre mondiale, en raison des velléités démocratiques des nouveaux États indépendants, issus de la décolonisation et la fin de l'ère soviétique. De fait, sur le continent européen, pour intégrer les Communautés européennes et le Conseil de l'Europe, les États se sont engagés à remplir des critères qui sont étroitement associés aux valeurs du constitutionnalisme. Spécifiquement s'agissant de l'Union européenne, les critères de Copenhague de 1993 posent les conditions essentielles auxquelles chaque État candidat doit satisfaire pour devenir membre de l'Union européenne : critères politiques, économiques et de reprise de l'acquis. Parmi les critères politiques, les États doivent établir qu'ils sont dotés d'institutions stables, garantissant la démocratie, la primauté du droit, le droit de l'homme, le respect et la protection des minorités. Les États candidats sont prêts à tous les engagements pour se montrer vertueux et à la hauteur des exigences européennes. Malheureusement l'engagement constitutionnel a pu être un engagement de façade, seulement destiné à intégrer l'Union européenne : un engagement superficiel n'ayant pour finalité pernicieuse que de « déconstruire le constitutionnalisme »⁶. Les exemples hongrois et polonais illustrent cette dérive du constitutionnalisme qu'Ariane Vidal Naquet et X. Magnon qualifient d'« abusif »⁷. Comme le souligne A. Nussberger : les concepts modernes de « démocratie », d'« État de droit » et de « droits de l'homme », « semblent utilisés comme des mots passe-partout. Ils apparaissent de fait dans toutes les Constitutions élaborées en Europe centrale et orientale après 1989. Cependant, rien ne garantit que l'étiquette constitutionnelle corresponde à la réalité. L'impression dominante est qu'au début des réformes constitutionnelles, le fait de reproduire ces "grands" concepts juridiques dans les nouveaux textes était motivé davantage par la volonté de faire tout "comme il faut" que de répondre à un choix conscient. Ils figurent en effet dans toutes les Constitutions, même dans celles de pays comme la Biélorussie, mais leur sens est souvent réinterprété »⁸.

On observe que le constitutionnalisme contemporain commun est un constitutionnalisme juridictionnalisé, c'est-à-dire un constitutionnalisme qui fait de la Constitution une norme d'application directe et immédiate sanctionnée par un juge⁹. Quels que soient les chemins qu'il

⁵ Et cela malgré la montée en puissance de la théorie du néo-constitutionnalisme, vivement critiquée par M. Luciani et dont il dénonce le caractère hégémonique. Rapport p. 6

⁶ Rapport sur la France par A. VIDAL-NAQUET et X. MAGNON.

⁷ *ibid.*

⁸ A. NUSSBERGER, op. cit. §20.

⁹ L. Favoreu l'observait en 1988. Il relevait six caractéristiques essentielles du modèle européen de justice constitutionnelle, entendu ici comme le modèle retenu par les États européens : le monopole du jugement de ce contentieux au profit d'une seule juridiction ; la spécificité de cette Cour ; les conditions de saisine de celle-ci ; la nature du contentieux constitutionnel ; et les conséquences des décisions rendues. Lire L. FAVOREU, « Modèle

a empruntés, le constitutionnalisme a partout imposé la figure du juge – qui est à la fois un contre-pouvoir et le garant des libertés - comme élément central de son enracinement et de son développement. Le contrôle du législateur et de l'exécutif par des juges indépendants du pouvoir politique se présente comme la condition première du constitutionnalisme. Il s'agit comme le note G. Tusseau d'un « fait culturel ». L'époque actuelle est le point culminant d'un mouvement qui a conduit à la mise en place d'États constitutionnels et à l'instauration de ce que l'on peut appeler la démocratie constitutionnelle.

Qu'en est-il pour l'Union ? N'y aurait-il pas une distorsion conceptuelle à évoquer un « constitutionnalisme européen », comme l'expression « traité constitutionnel », choisie en 2003, revêtait *prima facie* l'allure d'un « cercle carré »¹⁰ ? Comment qualifier de constitutionnel un système juridique qui n'a pas de Constitution, ni de Cour constitutionnelle ?

L'introduction du concept de « constitutionnalisme européen » n'allait pas de soi. Elle provoqua même une rude bataille doctrinale à la fin des années 1990 entre les « communautaristes » et les « constitutionnalistes ». Les premiers pro-actifs pour utiliser le vocabulaire constitutionnel jusque-là réservé aux États, les seconds hostiles à ce dévoiement conceptuel et inquiets des perspectives. Le doyen Favoreu fut l'un des plus virulents opposants à cette évolution, multipliant les arguments pour résister à ce mouvement : il écrivait « *on ne trouve pas dans les traités communautaires qualifiés de Constitution une Déclaration des droits qui fasse partie du pacte fondamental accepté par le peuple* »¹¹. Il fustigeait les approximations conceptuelles : « *parler de "Communauté de droit" afin d'établir un parallèle avec l'État de droit n'est pas véritablement exact* »¹². Les débats prirent fin avec la rédaction, puis l'échec du Traité établissant une Constitution pour l'Europe. L'analyse de la nature de ce traité suscita tant de commentaires qui ne firent que constater que le traité restait un traité et que l'adjectif constitutionnel ne métamorphosait pas la nature de l'Union européenne mais actait des progrès politiques de l'Union, que chacun put être rassuré.

Après cela, l'emploi du vocabulaire constitutionnel pour analyser l'architecture de l'Union ne fut plus un tabou et l'apaisement du débat passa par un respect réciproque, dans un esprit de conciliation¹³. L'expression « droit constitutionnel européen » est aujourd'hui courante. Des manuels en langue française de droit constitutionnel européen sont proposés aux étudiants¹⁴. Le

américain et modèle européen de justice constitutionnelle », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol IV, 1988.

¹⁰ H. DUMONT, « La question de l'État européen du point de vue d'un constitutionnaliste », *Droit et société*, LGDJ, n° 53, 2003, p. 29-71, p. 40

¹¹ L. FAVOREU, « Quel(s) modèle(s) constitutionnel(s) ? », J.-F. FLAUSS (Dir.), *Vers un droit constitutionnel européen. Quel droit constitutionnel européen ?*, R.U.D.H., 1995, vol. 7, pp. 357-360, p. 426.

¹² L. FAVOREU, « Quel(s) modèle(s) constitutionnel(s) ? », *op. cit.*, *spéc.* p. 360. Sur l'impossible transposition des concepts du droit constitutionnel au droit de l'Union, lire aussi L. Favoreu, « L'euroscpticisme du droit constitutionnel », in *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Actes du colloque de la CEDECE, La Rochelle, 6 - 7 mai 1999, H. GAUDIN, (dir.), Economica/ PUAM, 2001, pp. 379- 390. L. Favoreu, « L'euroscpticisme du droit constitutionnel (suite) », in *Constitution et construction européenne*, B. MATHIEU, M. VERPEAUX, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, (dir.), Paris, Dalloz, 2006, pp. 85-91.

¹³ Pour la discussion relative à l'emploi du vocabulaire constitutionnel dans l'analyse de la structure institutionnelle de l'Union, voir notamment L. FAVOREU et H. OBERDORFF, « Droit constitutionnel et droit communautaire, les rapports des deux ordres juridiques », *R.M.C.U.E.*, n°435, février 2000, p. 94 et s. On retrouve l'essentiel des débats entre les constitutionnalistes et communautaristes dans le colloque de la Rochelle de mai 1999, *Droit constitutionnel-droit communautaire : vers un respect constitutionnel réciproque ?*, H. GAUDIN (Dir.), Colloque de la Rochelle 6 et 7 mai 1999, PUAM, Economica, 2001, 393 p.

¹⁴ E. DUBOUT, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Bruylant, 2^{ème} édition, 2023, 518 p. ; S. BESSON, *Droit constitutionnel européen*, Stämpfli Editions, 2023, 2^{ème} éd., 512 p. ; A. BAILLEUX, H. DUMONT, *Le pacte constitutionnel européen, tome 1. fondement du droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, 2015 K. LENAERTS et P. Van NUFFET, *EU Constitutional Law*, OUP Oxford, 2021, 9280 p. ; A. VON BOGDANDY, *Principles of european constitutional Law*, Bloomsbury Publishig, 209, 856 p. ; A. ROSAS, *EU constitutional law : An Introduction*, 2018, 3^{ème} éd., 352 p. La liste n'est pas exhaustive mais on observe que les ouvrages sont plus nombreux en langue anglaise qu'en français.

débat est aujourd'hui apaisé de part et d'autre et il n'est plus contesté qu'il existe, avec tout un ensemble de spécificités, un constitutionnalisme européen. En revanche ce dernier fait face à des défis, défis auxquels sont aussi confrontés les États membres. Il est confronté d'une part nouvelles réalités qui ne sont pas nécessairement menaçantes mais qui appellent des réponses institutionnelles européennes et d'autre part à des dangers nouveaux et surtout globaux en ce début de XXIème siècle. L'avenir de l'Union européenne résidera dans la capacité du constitutionnalisme européen à résister aux vents contraires et accompagner les changements nécessaires.

C'est pourquoi réfléchir aux nouvelles frontières du constitutionnalisme européen implique dans un premier temps de penser le constitutionnalisme européen, le concevoir et parvenir à l'appréhender tel qu'il est aujourd'hui. Bâti pas à pas depuis les débuts de la construction européenne, il est en constante évolution. Il se présente donc comme une forme spécifique de constitutionnalisme, attaché à une organisation supranationale intégrée. Il s'est enrichi et renforcé à mesure que progressaient la démocratie dans l'Union européenne, l'État de droit européen, la protection des valeurs et des droits fondamentaux garantis dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. A cet égard, l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne qui a repris l'essentiel des dispositions du Traité établissant une Constitution pour l'Europe a contribué à son affermissement (I). Pour autant, plusieurs défis majeurs se présentent, des « risques globaux multiples »¹⁵ qui appellent une adaptation du constitutionnalisme européen face à des nouvelles réalités. Il en va de la survie et de la pérennité de la construction européenne. La question se pose pour le constitutionnalisme européen, tout autant que pour le constitutionnalisme étatique, d'envisager un constitutionnalisme « reconstructif » selon l'expression proposée par M. Luciani (II).

I. Le constitutionnalisme européen consolidé

Dans le cadre de notre réflexion collective sur les nouvelles frontières du constitutionnalisme, il faut souligner, qu'en tant que telle, **la reconnaissance d'un constitutionnalisme européen a repoussé les frontières du constitutionnalisme depuis vingt déjà, lui donnant un horizon supranational.** Il s'est agi au début des années 2000 en effet de proposer une nouvelle conception du constitutionnalisme propre à l'Union européenne, détaché des notions d'État et de Constitution.

En 2002 Renaud Dehousse observait que l'Europe avait donné naissance à un « constitutionnalisme transnational »¹⁶, inventant le « constitutionnalisme sans Constitution »¹⁷. La Convention sur l'avenir de l'Union européenne était alors en train de finaliser la rédaction du Traité établissant une Constitution pour l'Europe et nul ne pouvait prédire que le Traité n'entrerait jamais en vigueur en raison des refus néerlandais et français aux referendums de ratification. Cet échec aurait pu entraîner un recul du constitutionnalisme européen, douchant les espoirs déçus des europhiles. Plus de vingt ans après, il est intéressant d'y revenir pour constater que le constitutionnalisme européen, malgré l'échec du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, n'a fait que se renforcer. En perpétuelle évolution, le mouvement a été celui de sa consolidation (B) et ceci, alors même qu'il s'agit toujours d'un constitutionnalisme sans Constitution formelle et sans juge constitutionnel. De ce point de vue, les choses n'ont pas changé en vingt ans (A).

¹⁵ M. LUCIANI, rapport précité, p. 11.

¹⁶ R. DEHOUSSE, « Un nouveau constitutionnalisme », Renaud DEHOUSSE (dir.), *Une Constitution pour l'Europe ?*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, 289 p., pp. 19-39, spéc. p. 34.

¹⁷ *op. cit.* p. 35

A.- La permanence des spécificités du constitutionnalisme européen

Dans un premier temps, la conceptualisation et la théorisation du constitutionnalisme européen se sont heurtées à la nature juridique des traités. Sans Constitution : pas de constitutionnalisme. Il a fallu dépasser ce constat pour aller plus loin dans la réflexion et penser le constitutionnalisme hors du cadre étatique constitutionnel. Porter un regard neuf sur le constitutionnalisme n'était pas aisé, surtout dans un monde juridique français où jusqu'en 1989¹⁸, la supériorité des traités sur les lois nationales n'était pas reconnue par le Conseil d'État. Mais les années 1990, avec l'adoption du traité de Maastricht créant l'Union européenne, nouvelle entité politique, firent entrer la construction européenne dans une nouvelle ère.

Le constitutionnalisme européen s'est construit en rupture avec la notion classique et formelle de Constitution et avec d'autres éléments attachés à la théorie étatique du constitutionnalisme. Dès la fin des années 1990, la doctrine européenne a exploré ce nouveau champ de recherche et des travaux précurseurs ont été publiés¹⁹. Dès le départ, le processus de constitutionnalisation de l'Union fut associé à la défense des droits fondamentaux, même si à ce moment-là la Charte n'existait pas encore²⁰. Plusieurs traits qui caractérisent le constitutionnalisme européen n'ont pas évolué. Ils n'ont pas progressé avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. On reste dans une sorte de *statu quo* depuis la création de l'Union européenne : ni plus, ni moins. Schématiquement quels sont-ils ? On peut en dégager cinq.

1°- Les traités européens, Constitution matérielle européenne

Les projets qui ont visé à doter l'Europe d'une Constitution (les projets *Spinelli*, *Herman* ou le *Traité une Constitution pour l'Europe*) n'ont jamais franchi pas le pas qui aurait fait des traités une Constitution, notamment parce que la souveraineté constituante restait monopolisée par les États (voir le point 4) et la question de la primauté sur les Constitutions internes n'a pas été réglée (pt 2 infra). Le droit européen a donc inventé le constitutionnalisme sans Constitution.

On le sait : le mot Constitution est polysémique²¹. Sous un même vocable, en s'éloignant du droit constitutionnel, des situations fondamentalement différentes sont désignées. Certes, dans un sens très large, toutes sortes d'organismes ont une Constitution²² : les ordres monastiques, les organisations internationales, les associations... Mais, s'en tenir à ce sens n'a guère d'intérêt. Si toute organisation a une Constitution, la réflexion sur la nature constitutionnelle des traités

¹⁸ Dans l'arrêt *Nicolo* du 20 octobre 1989, le Conseil d'État admet que les traités priment sur les lois même postérieures, primauté qu'il étendra ensuite au droit dérivé (directive et règlement).

¹⁹ Sur le sujet, voir notamment J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel européen*, ULB, 1997 et la bibliographie thématique, pp. 401 à 420 ; V. CONSTANTINESCO, « La constitutionnalisation de l'Union européenne », *De la Communauté de droit à l'Union de droit, continuités et avatars européens*, L.G.D.J., 2000, pp. 133-152 ; C. BLUMANN, « Essai sur le processus de constitutionnalisation de l'Union européenne », *Les mutations contemporaines du droit public*, Dalloz, 2002, pp. 277-292 ; D. BLANCHARD, *La constitutionnalisation de l'Union européenne*, préf. J.-L. QUERMONNE, avant-propos J. RAUX, Rennes Apogées, 2001, 475 p. ; P. LAUVAUX, « Le modèle constitutionnel européen comme source d'une Constitution pour l'Europe », *La Constitution de l'Europe*, P. MAGNETTE (Dir.), ULB, 2000, pp. 21-29. D. GRIMM, « Le moment est-il venu d'élaborer une Constitution européenne ? », *Une Constitution pour l'Europe ?*, in *une Constitution pour l'Europe*, R. DEHOUSSE, *op. cit.*, pp. 69-79, spéc. p. 73

²⁰ K. LENAERTS, « Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne », *Mélanges en hommage à M. WAELBROECK, Etudes de droit européen et institutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 2. vol., 1739 p., spéc. vol. 1, pp. 423-457.

²¹ On conviendra que « d'un point de vue du droit positif aucune définition n'est susceptible de couvrir tous les cas, aucune classification non plus n'est absolument irréprochable et pleinement démonstrative » (P. BASTID, *L'idée de Constitution*, préf. de J. RIVERO, *Economica*, 1985, 197 p., p. 19) ; S. RIALS, « Les incertitudes de la notion de Constitution », *R.D.P.*, 1984, p. 587 et s.

²² M. TROPER, Entretien sur « le projet de Constitution européenne et la question du pouvoir constituant » réalisé par L. JAUME, *Cités*, n°13, 2003, pp. 101-111, spéc. p. 102.

tourne court. Il convient dès lors de s'en tenir aux différentes définitions : l'une formelle l'autre matérielle.

Définie formellement, la Constitution est un texte adopté solennellement, sous la forme d'un document écrit, auquel est conféré le rang suprême dans la hiérarchie des normes ; il est soumis à une procédure de révision plus contraignante que celle applicable aux lois ordinaires. Selon Carré de Malberg, la Constitution est réservée à la « *partie des règles qui a été énoncée dans la forme constituante et par l'organe constituant, et qui par la suite ne peut être modifiée que par une opération de puissance constituante et au moyen d'une procédure spéciale de révision* »²³. La définition matérielle décrit le contenu de la Constitution et la ou les fonction(s) qu'elle remplit. Elle s'entend « *de toutes les règles relatives à la dévolution et à l'exercice du pouvoir, qu'elles figurent ou non dans un texte écrit et, quelle que soit la catégorie juridique dont relève ce texte* »²⁴. La Constitution matérielle est un ensemble de dispositions organisant les pouvoirs publics, le fonctionnement des institutions et les libertés de citoyens.

Dès lors que les traités organisent la distribution du pouvoir entre les autorités européennes instituées et protègent les droits fondamentaux, ils répondent à la définition de la Constitution matérielle²⁵, tout en étant accompagné des spécificités qui suivent. La Cour de justice l'énonçait en ces termes en 1986 : « *le traité C.E.E., bien que conclu sous la forme d'un accord international, n'en constitue pas moins la Charte constitutionnelle d'une Communauté de droit* »²⁶.

2°. La primauté relative du droit de l'Union européenne

En principe, la constitution nationale, « *étant l'expression la plus directe de la souveraineté nationale, est la loi suprême du pays. Cette supériorité se marque par la supériorité de cette loi exceptionnelle sur les lois ordinaires, supériorité qui, logiquement, tend à se traduire en un système d'invalidité juridique des dispositions de lois ordinaires contraires au texte ou aux principes de la constitution* »²⁷. En ce sens, la Constitution, norme suprême, doit primer sur les normes inférieures.

Pourtant, loin de la « *supremacy clause* » américain²⁸, ou des principes de primauté allemand (*Bundesrecht bricht Landesrecht*) ou suisse (*Bundesrecht bricht Kantonalrecht*), principes constitutifs du fédéralisme, les traités ne jouissent pas d'une telle primauté, ils ne priment pas sur les Constitutions nationales (certainement parce que dans la hiérarchie étatique des normes, les Constitutions nationales ne sont pas des normes inférieures aux traités). Entre le Traité sur l'Union européenne de 1992 et le Traité de Lisbonne de 2007, entrée en vigueur en 2009, il n'y a pas eu d'évolution institutionnelle. Le Traité de Lisbonne n'a pas repris la formulation qui avait été retenue dans le Traité établissant une Constitution pour l'Europe et qui visait à inscrire la primauté parmi les premiers articles du traité²⁹. Elle est aujourd'hui seulement mentionnée à droit constant dans la Déclaration n°17 annexée au Traité de Lisbonne.

A l'échelle européenne, la primauté des traités a été posée par la jurisprudence. Elle est garantie par la Cour de justice. Dès 1964, dans l'arrêt *Costa contre Enel*, la Cour de Luxembourg posait le principe de primauté, soulignant que la primauté valait même sur les Constitutions nationales.

²³ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 2., pp. 571-572

²⁴ P. PACTET, *Institutions politiques, Droit constitutionnel*, Armand Colin, 21^e éd., 2002, p. 67

²⁵ Références et développements dans le rapport écrit.

²⁶ C.J.C.E., 23 avril 1986, *Parti écologiste Les Verts c/ Parlement européen*, aff. 294/93, rec. p. 1357 ;

²⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, 2^e éd., 1929, 759 p., p. 261.

²⁸ Charlotte Denizeau, « De la clause de suprématie au principe de primauté : résistances européennes », Élisabeth Zoller (dir.), *Migrations constitutionnelles d'hier et d'aujourd'hui*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2017, p. 129-165.

²⁹ Dans le Traité de Lisbonne, la référence à la primauté a été renvoyé dans la déclaration n°17 annexée au traité qui ne fait que répéter la jurisprudence de la Cour. Dans le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, l'article I-6 du TECE stipulait que « la Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celles-ci, priment le droit des États membres ».

Pour pallier le silence des traités sur cette question (silence délibéré de la part des pères fondateurs qui ne voulaient pas effrayer les États en introduisant des concepts fédéraux dans les traités institutifs), elle énonçait que le droit communautaire ne peut se voir « *judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire* »³⁰. La Cour de justice veille au respect de la hiérarchie des normes en assurant la prévalence du traité, placé dans la logique communautaire au sommet de la pyramide normative, dans un rôle équivalent à celui d'une Constitution dans un État. Dans son premier arrêt, le Tribunal de première instance a énoncé que la hiérarchie des normes était un principe fondamental de l'ordre juridique communautaire³¹. La primauté est un principe existentiel³² et structurel³³ de l'Union. Pour la Cour de justice, il n'était pas possible d'envisager l'autonomie et la pérennité de ce système, sans que les normes européennes priment sur l'ensemble des règles internes, qu'elles soient ordinaires ou constitutionnelles.

Pourtant, les États ont résisté³⁴ et continuent de le faire³⁵. Ils refusent de reconnaître aux traités une valeur supérieure à leur propre Constitution³⁶. L'absence d'une hiérarchie favorable au droit de l'Union, qui aurait été entérinée par les États et les peuples, est l'obstacle principal à la reconnaissance de la nature formellement constitutionnelle du traité.

Ajoutons que l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des traités réalisé par les États membres avant la ratification est le signe principal de la suprématie formelle des Constitutions nationales sur le droit européen³⁷. Ce contrôle permet de confronter les stipulations des traités par rapport à la Constitution et de dégager des réserves de constitutionnalité. Bien que ce contrôle préventif n'ait pas pour objet d'assurer une hiérarchie entre les textes, il permet de vérifier si un traité, auquel l'État veut adhérer, respecte l'étendue des habilitations prévues. Lorsqu'il est consulté par référendum à cette occasion, le peuple souverain peut rejeter le projet : il en fut ainsi au moment de la ratification du Traité établissant une Constitution pour l'Europe avec les non français et néerlandais, puis pour le Traité de Lisbonne en 2008 avec le non du peuple irlandais.

Ainsi, la primauté du droit européen n'est pas absolue... Reste-t-elle pour autant primauté, si elle est relative ?³⁸ N'y a-t-il pas une contradiction fondamentale dans l'idée que la primauté puisse être simplement relative ? Pour D. Carreau, « *la primauté ne peut être qu'absolue ou ne pas*

³⁰ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*. Voir le numéro spécial de la revue *Europe : La primauté du droit de l'Union européenne : intégration et valorisation du principe. 50 ans après l'arrêt de la CJCE Costa c. Enel. Colloque du 31 mars 2014 à l'université de Lille 2*, Patrick Meunier et Jacques Lepers (dir.), *Revue Europe*, supplément au n° 7, juillet 2014.

³¹ TPI, 10 juillet 1999, *Tetra Pack c/ Commission*, aff. T-51/89, rec. p. II-309 : « au regard des principes régissant la hiérarchie des normes, l'octroi d'une exemption au moyen d'un acte de droit dérivé ne pourrait, en dehors de toute disposition du traité l'y autorisant.

³² P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, P.U. de Liège, 1973, spéc. p. 227.

³³ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, P.U.F., 3^e éd., 1998, spéc. p. 253.

³⁴ Laurans Y., « La résistance des cours suprêmes à la primauté du droit de l'Union européenne : entre dialogue horizontal et monologues parallèles », *Civitas Europa* juin 2008, n° 20, p. 239 et s.

³⁵ G. TUSSEAU, « Le constitutionnalisme européen aux prises avec la « désobéissance institutionnelle » des juges nationaux » in *Chronique de jurisprudence Droit administratif et droit constitutionnel*, *Revue française de droit administratif*, n° 1, 2013, pp. 149-157.

³⁶ Références à venir. Voir les jurisprudences françaises mais aussi les jurisprudences des Cours constitutionnelles allemandes ou polonaise.

³⁷ Voir l'opinion divergente de M. CHEMILLIER-GENDREAU, « Sur les rapports du droit interne et du droit international dans l'ordre constitutionnel », *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de P. PACTET*, Dalloz, 2003, pp. 105-116. « Si de très nombreux traités déclenchent autant de révisions inéluctables et que par leur objet ces traités portent sur des questions fondamentales, le pouvoir constituant ne s'est-il pas déplacé de l'intérieur du groupe national vers l'extérieur, vers cet ailleurs où se négocient les engagements internationaux ? »

³⁸ H. GAUDIN, « Primauté « absolue » ou primauté « relative » ? », *Droit constitutionnel-droit communautaire : vers un respect constitutionnel réciproque ?*, PUAM, Economica, 2001, 393 p., pp. 99-120

être »³⁹. Pourtant, c'est sur la base de cette idée de primauté relative qu'a été expliquée la hiérarchie des normes entre le droit européen et le droit constitutionnel, expression d'une tension entre deux exigences antinomiques. On systématise cette contradiction par l'idée qu'il existerait une primauté à deux faces, l'une absolue, l'autre relative⁴⁰. En réalité, il existe une primauté de principe, affirmée par la Cour de justice et une primauté d'application, conditionnée⁴¹, canalisée par les Constitutions étatiques. Cet état de fait n'empêche pas de penser le constitutionnalisme européen.

3°- Le constitutionnalisme sans État

L'argument a été avancé : l'Union, parce qu'elle n'est pas un État, ne peut connaître le constitutionnalisme. Il est vrai que dans la théorie générale du droit, État et constitution sont liés. La Constitution a pris sa signification actuelle dans le cadre de l'État : l'État est constitutionnel et la Constitution organise le pouvoir de l'État. Est-ce à dire que la notion de Constitution épuise celle d'État, est-elle un phénomène réservé exclusivement au droit interne ?

Dire que le constitutionnalisme n'existe que l'ordre étatique entraîne un raisonnement circulaire qui obère toute réflexion sur l'idée d'un constitutionnalisme européen. Pour penser le constitutionnalisme hors de l'État, il semble opportun de dissocier les notions d'État et de Constitution⁴². Si l'on retient une acception extensive et matérielle de la notion de Constitution, il est évident qu'elle peut s'appliquer hors de l'État. On observe dans ce cas que « *le mot Constitution ne renvoie par lui-même à aucune structure institutionnelle* »⁴³. D'ailleurs, à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, il est question de société et non d'État : **toute société** dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. Dès lors que le texte (ici les traités) est une charte constitutionnelle dont le but est de limiter le pouvoir en organisant sa distribution et de protéger les droits fondamentaux, l'Union qui n'est pas un État et n'a pas vocation à le devenir, connaît le constitutionnalisme.

4°- L'introuvable pouvoir constituant européen.

En 2004, la Convention présidée par V. Giscard d'Estaing n'était pas une assemblée constituante « *mais une assemblée consultative* »⁴⁴, mise en place pour préparer la future conférence intergouvernementale de 2004, chargée d'adopter un traité réformant les institutions. Les Conventionnels n'avaient pas reçu de mandat constituant. Dans un système démocratique, le constituant ne peut être que le peuple souverain. L'élaboration du texte constitutionnel doit émaner d'un organe spécial. Il faut trouver un processus régulier de légitimation qui fait défaut puisque les traités restent adoptés conformément aux règles constitutionnelles propres à chaque État en matière de ratification des traités⁴⁵.

³⁹ D. CARREAU, « Droit communautaire et droits nationaux : concurrence ou primauté ? », *R.T.D.E.*, 1978, p. 381, spéc. p. 385.

⁴⁰ V. CONSTANTINESCO, « La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité ? », *Ged. L.-J. CONSTANTINESCO*, 1983, pp. 109-123 ; J.-V. LOUIS, « La primauté, valeur relative ? », *C.D.E.*, 1995, p. 23.

⁴¹ Pour une démonstration en ce sens, voir O. DORD, « Ni absolue, ni relative, la primauté du droit communautaire procède de la Constitution », *Droit constitutionnel—droit communautaire : vers un respect constitutionnel réciproque ?*, pp. 121-141, spéc. p. 122.

⁴² Pour une démonstration de la dissociation des notions d'État et de Constitution, voir la démonstration de J. GERKRAT qui répond positivement à la question de savoir si l'on peut « détacher » la Constitution de l'État ? *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, éd. ULB., 1997, 425 p., spéc. pp. 87-99.

⁴³ Ch. LEBEN, « Fédération d'États-nations ou État fédéral ? », *What kind of Constitution for what Polity ?*, *Harvard Law School*, 2000, 14 p., p. 10.

⁴⁴ R. BADINTER, *Une constitution européenne*, Fayard, 2002, p. 19.

⁴⁵ Pour le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, il n'était pas prévu d'organiser un référendum. F. HAMON notait que « le fait que l'Europe existe ne garantit nullement le succès de tous les référendums auxquels

Pour qu'il y ait Constitution (au sens formel étatique), il faut que soit posé un acte constituant (acte juridique) procédant d'une volonté constituante (acte politique). Or, on le sait, les traités européens ne procèdent pas des peuples mais des États. Les traités n'ont pas été approuvés par une procédure constituante qui aurait requis le suffrage des citoyens européens. Ils n'ont fait l'objet que de procédures de ratification qui ne sont pas en tant que telles un acte constituant. Même si la ratification des traités par référendum confère une légitimité constitutionnelle (ou au moins démocratique) à la construction européenne. Il leur manque « *l'onction formelle* »⁴⁶ soulignait L. Favoreu dans la mesure où aucun traité n'a été voté par un *demos* européen⁴⁷.

Alors que les États se dotent eux-mêmes de leur Constitution, l'Union reçoit sa Charte constitutionnelle de l'extérieur. Ainsi, la différence fondamentale entre les traités européens et une Constitution étatique réside dans le fait que le pouvoir constituant n'a pas été transmis au nouvel ensemble politique : il demeure entre les mains des États.

En atteste la procédure de révision des traités, prévue à l'article 48 TUE, qui reste une procédure propre au droit conventionnel : elle implique l'unanimité des 27 ; alors même que la révision des Constitutions fédérales ne requiert souvent que la majorité, même si celle-ci doit être souvent double et qualifiée. Tant que la modification des traités suppose l'unanimité, le texte fondateur de l'Union européenne restera un traité. En revanche, si les États renonçaient à sa maîtrise par un mode de révision à la majorité, alors le traité perdrait sa nature conventionnelle et la nature de l'Union européenne changerait également.

5°. L'absence de voie de droit spécifique devant la Cour de justice pour protéger les droits fondamentaux

La Cour de justice emprunte certains traits au modèle classique de juridictions constitutionnelles⁴⁸. Par ses interprétations, elle a construit un supranationalisme normatif, basé sur les principes d'effet direct et de primauté. Le processus de constitutionnalisation suppose un interprète incontesté de la norme qui acquiert du fait de l'interprétation et des méthodes employées, une valeur constitutionnelle⁴⁹. A défaut de constituant européen, la Cour de justice est devenue cet interprète privilégié⁵⁰. J. P. Jacqué observait en 1991 que « *le refus des États d'élaborer une véritable Constitution a conduit à la mise en place d'une Constitution judiciaire* »⁵¹.

Toutefois la Cour de justice s'éloigne du modèle de justice constitutionnelle à deux égards.

peut donner lieu la construction européenne » (F. HAMON, « Référendum et légitimité. Le cas de l'Union européenne », *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de P. PACTET*, Dalloz, 2003, pp. 211-227). De fait, les référendums négatifs français, néerlandais et irlandais ont confirmé cette prédiction.

⁴⁶ L. FAVOREU, « L'euroscépticisme du droit constitutionnel », *Droit constitutionnel-droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, *op. cit.*, p. 386

⁴⁷ J.-H. WEILER, « Fédéralisme et constitutionnalisme : le *Sonderweg* de l'Europe », *Une constitution pour l'Europe ?*, R. DEHOUSSE (Dir.), *op. cit.*, p. 151-176

⁴⁸ Pour une réflexion stimulante sur cette problématique, lire la thèse de P.-E. Pignarre, *La Cour de justice de l'Union européenne, juridiction constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant 2021, 914 p. Il s'emploie à démontrer la légitimité et la compétence constitutionnelles de la Cour de justice. Lire aussi V. B. BERTRAND, « Retour sur l'office constitutionnel de la Cour de justice », *Revue de droit d'Assas*, n° 13-14, 2017, pp. 65-77. V. encore, L. AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTD. eur.*, n° 1, 2008, pp. 29-45.

⁴⁹ L. Favoreu était vigoureusement opposé à la qualification de Cour constitutionnelle tant de la Cour de justice que de la Cour européenne. L. FAVOREU, « Les cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des cours constitutionnelles », in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 35-45.

⁵⁰ R. KOVAR, « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *R.A.E.*, 1990, vol. 1, p. 265 et s. ; P. PESCATORE, « Une révolution juridique. Le rôle de la Cour de justice européenne », *Commentaire*, n°59, 1992, pp. 569-574.

⁵¹ J.-P. JACQUÉ, « Le rôle du droit dans l'intégration européenne », *Philosophie politique*, 1991, p. 132.

Tout d'abord la Cour de justice ne peut quasiment pas être saisie par les particuliers. Mais surtout il n'existe devant elle aucune voie de droit qui permettrait à des citoyens européens de faire valoir devant elle une violation de leurs droits par les Institutions européennes. Ce recours est réservé à la Cour européenne des droits de l'homme. Si l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales devait se réaliser, alors les citoyens européens pourraient dans cette configuration se tourner vers la Cour européenne. Il n'y a donc aucune exception d'inconventionnalité qui puisse permettre à un citoyen de faire valoir ses droits.

Ensuite, la Cour n'est pas habilitée à censurer, à l'instar d'une Cour constitutionnelle, les lois nationales qui violeraient le droit des traités. Elle ne peut assurer directement la primauté du droit communautaire sur le droit national, par exemple en annulant un acte interne qui violerait le droit des traités. La primauté effective nécessiterait un organe juridictionnel commun qui puisse censurer les actes contraires au droit européen. Le mécanisme du renvoi préjudiciel permet, certes, de pallier l'absence de juridiction centralisée. Toutefois, la Cour de justice se borne à interpréter le droit applicable, laissant le soin au juge national de statuer.

Tous ces éléments marquent la spécificité du constitutionnalisme européen qui, sur un plan théorique, pour pouvoir être pensé, doit être dissocié des notions de constitution, d'État, de primauté, de pouvoir constituant, de juge constitutionnel et plus généralement de la souveraineté. Mais alors comment concevoir le constitutionnalisme européen ? Qu'est-ce qui le constitue et en quoi n'a-t-il fait que progresser depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, en dépit de ces obstacles théoriques ?

B- Les progrès du constitutionnalisme européen

Les valeurs du constitutionnalisme s'articulent autour de deux axes⁵² : la protection de l'homme et le pouvoir limité par le droit. Les révolutionnaires l'avaient compris et écrit en 1789, une constitution exige la garantie des droits et la séparation des pouvoirs⁵³, deux principes qui sont aujourd'hui les valeurs phares de la démocratie libérale. **En ce sens, la protection des droits fondamentaux et le contrôle démocratique du pouvoir sont les deux assises du constitutionnalisme européen, ils en constituent les deux piliers. On peut donc penser et identifier le constitutionnalisme européen par ce que le droit de l'Union européenne s'emploie à garantir et protéger ces deux valeurs essentielles - protection de des droits de l'homme et limitation du pouvoir - ,** quelles que soient la spécificité et la nature juridique non étatique de l'Union évoqués dans les développements qui précèdent.

Avant de s'intéresser aux progrès accomplis dans ces deux directions, une remarque : si dans les années 2000-2005 les études sur le constitutionnalisme européen et ses différentes expressions ont été très nombreuses, dans la doctrine française mais aussi étrangère, portées par le projet de Traité constitutionnel, son échec a semblé marquer un coup d'arrêt. Les travaux sur le constitutionnalisme européen et la constitutionnalisation de l'Union européenne se sont faits plus rares⁵⁴. Ils semblent n'intéresser plus que les spécialistes européenistes. Le sujet n'est plus dans l'air du temps et semble avoir été épuisé au moment de l'élaboration du traité constitutionnel. Il y a aussi peut-être aussi - chez la doctrine européeniste en particulier - un élément de nature psychologique : tant avait été espéré et attendu de ce traité en termes de progrès institutionnels et de changement de paradigme, que son échec a été vécu comme un

⁵² G. TUSSEAU, « Deux dogmes du constitutionnalisme », in *Penser le droit à partir de l'individu, Mélanges en l'honneur d'Elisabeth Zoller*, Paris, Dalloz, 2018, pp. 835-883.

⁵³ article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen

⁵⁴ Cela ne signifie pas qu'il n'y en a plus du tout. Sont encore publiés des travaux ou des manuels qui portent sur le droit constitutionnel européen, mais ils sont moins abondants qu'ils ne le furent. La doctrine (non européeniste notamment) s'est détournée du sujet.

brusque retour à la réalité des choses : retour à la méthode intergouvernementale pour réviser le traité, retrait de tout ce qui pouvait évoquer une Constitution ou un État dans le traité modificatif⁵⁵...

Est-ce à dire qu'il n'existe pas ou plus de constitutionnalisme européen ? La réponse est négative puisque la construction européenne est spécifiquement bâtie sur ces deux idéaux. Déjà présents au moment de la création des Communautés européennes et surtout de l'Union européenne, ils n'ont fait que se consolider, se perfectionner au fil des révisions des traités, renforçant ainsi les assises du constitutionnalisme européen.

1°- Les progrès de la protection des droits de l'homme

Dans la mesure où le but de toute association politique est, comme l'indique l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, « la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme » est la première valeur du constitutionnalisme : celle de l'Homme, de l'individu et de la garantie de ses droits⁵⁶. Il n'est pas possible ici de restituer *in extenso* le formidable chemin de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Nous nous contenterons de faire quelques rappels brefs.

- Les droits fondamentaux hissés au rang de droit primaire

Pour Kelsen, une liste des libertés et des droits des citoyens constitue un élément caractéristique des Constitutions modernes⁵⁷. Qu'en est-il pour l'Union ?

On se souvient qu'initialement les traités communautaires ne contenaient aucune disposition générale relative aux droits fondamentaux⁵⁸. Les pères fondateurs pensaient que, par sa nature économique, le traité ne risquait pas d'interférer avec les droits de l'homme. Mais surtout, et notamment après l'échec de la Communauté européenne de défense qui fut une alerte, il n'était pas question de confier à la Cour de justice une compétence qui lui permette, *in fine*, de contrôler l'action étatique au regard des droits de l'homme (qui dans les années 1960 n'étaient pas à l'ordre du jour). La logique fonctionnaliste n'a laissé aucune place à la protection des droits fondamentaux, exception faite bien-sûr des droits inhérents à la libre circulation et à l'interdiction de discrimination sur la base de la nationalité et du sexe.

Dans ses premiers arrêts, la Cour de justice a refusé de prendre en considération les droits fondamentaux⁵⁹. Malgré les suggestions de l'avocat général Lagrange, elle considérait qu'il n'appartenait pas à la Cour, juge de la légalité des décisions prises par la Haute Autorité, d'assurer le respect des règles de droit interne, même constitutionnelles, en vigueur dans l'un ou l'autre des États membres. Mais devant les contestations allemande et italienne, fondées sur l'insuffisante protection des droits⁶⁰, la Cour a fini par suivre l'incitation adressée, dès 1960, l'avocat général Lagrange, sinon d'appliquer directement les règles constitutionnelles nationales, au moins de « *s'en inspirer éventuellement pour y voir l'expression d'un principe général de droit, susceptible*

⁵⁵ Nom donné initialement au Traité de Lisbonne.

⁵⁶ C. GREWE, « Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ? Conclusions générales », in S. HENNETTE-VAUCHEZ, J.-M. SOREL (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, 2011, Bruxelles, Bruylant, p. 277 et s., not. p. 284

⁵⁷ KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 315.

⁵⁸ P. PESCATORE, « Les droits de l'homme et l'intégration européenne », *C.D.E.*, 1968, p. 629.

⁵⁹ C.J.C.E., 15 juillet 1960, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr « président »*, « *Geitling* », « *Mausegatt* », *Entreprise*, I, *Nold K.G.*, aff. jtes. 36 et 38/59 et 40/59, rec. p. 890, concl. M. LAGRANGE.

⁶⁰ La notion de droit fondamental doit ici être tenue pour équivalente à celle de droits de l'homme, la Cour de justice utilisant d'une manière générale l'appellation de droit fondamental pour désigner les normes protectrices des droits de l'homme applicables dans le champ du droit communautaire.

d'être prise en considération pour l'application du traité »⁶¹. La Cour de justice a affirmé que **les droits fondamentaux faisaient partie des principes généraux du droit dont elle assurait le respect**⁶². Par la suite, elle a énoncé, selon une formule constante, qu'« en assurant la sauvegarde de ces droits, **la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres, et ne saurait dès lors admettre dans la Communauté des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les Constitutions de ces États** »⁶³.

Le Traité de Maastricht est venu constitutionnaliser cette jurisprudence et l'inscrire dans le traité. Ensuite, le premier paragraphe de l'article 6 TUE, tel que modifié par le traité d'Amsterdam (ancien article F), a présenté les fondements de l'Union. Les principes de liberté, de démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de l'État de droit deviennent des principes fondamentaux de l'Union parce qu'ils sont communs aux États membres. Telle est la première série de valeurs que l'Union doit respecter, la seconde étant mentionnée au paragraphe 2 de l'article 6 TUE : « l'Union s'engage à respecter les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁶⁴ et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles nationales ». Notons que cette mention venait entériner une pratique de la Cour de justice bien établie.

Une nouvelle étape, en matière de protection des droits fondamentaux, a été franchie avec la proclamation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à Nice, le 7 décembre 2000⁶⁵. Le texte a connu un destin chaotique⁶⁶. Il fut inséré dans la Partie II du traité constitutionnel. Après l'échec du traité, son avenir fut incertain. Finalement il fut décidé que le traité de Lisbonne allait reconnaître la valeur de droit primaire de l'Union. L'article 6 §1 en vigueur énonce : « 1. *L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités* ». et au §3 : « 3. *Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux* ».

La Charte est donc en vigueur depuis presque quinze ans. Elle est entrée en vigueur en même temps que le Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009. Pendant ces quinze années, l'usage de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans les contentieux a été croissant. La Cour de justice a développé une jurisprudence audacieuse et militante pour assurer le respect des droits qui sont protégés dans le texte, en particulier dans le cadre du renvoi préjudiciel en

⁶¹ C.J.C.E., 15 juillet 1960, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr « präsident », « Geitling », « Mausegatt », Entreprise, I. Nold K.G.*, aff. jtes. 36 et 38/59 et 40/59, rec. p. 890.

⁶² C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, rec. p. 1125. Cette solution était pressentie depuis que la Cour de justice avait, quelques mois auparavant, accueilli le moyen tiré d'une violation d'un droit fondamental, mais pour le rejeter comme non fondé (C.J.C.E., 12 novembre 1969, *Erich Stauder c/ ville d'Ulm-Sozialamt*, aff. 29/69, rec. p. 419, concl. K. ROEMER). Voir G. COHEN-JONATHAN, « La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme », *R.M.C.*, n°214, 1978, pp. 74-100.

⁶³ C.J.C.E., 14 mai 1974, *Nold c/ Commission*, aff. 4/74, rec. p. 1974, pp. 491 et 507 ; C.J.C.E., 13 juillet 1989, *Wachauf*, aff. 5/88. Caractères gras ajoutés.

⁶⁴ La C.E.D.H. participe à l'émergence d'un droit constitutionnel européen au sein de la Communauté. Voir entre autres, J-F. FLAUSS, « La contribution des organes de la Convention européenne des droits de l'homme à la formation d'un droit constitutionnel européen », J-F. FLAUSS (Dir.), *Vers un droit constitutionnel européen. Quel droit constitutionnel européen ?*, R.U.D.H., 1995, vol. 7, p. 373-383.

⁶⁵ J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : quelle valeur ajoutée, quel avenir ? », *R.M.C.U.E.*, n°443, novembre 2000, pp. 674-680, spéc. p. 680

⁶⁶ L. BURGORGUE-LARSEN, « La « force de l'évocation » ou le fabuleux destin de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de P. PACTET*, Dalloz, 2003, pp. 77-104.

interprétation⁶⁷, interférant dans tous les domaines de la vie des citoyens européens (liberté religieuse, protection des données personnelles, sécurité....)

- L'affermissement de « l'Union de droit »

En ce sens, l'Union est bien une « Union de droit » qui assure une protection juridictionnelle des droits de l'homme et des libertés fondamentales des citoyens européens. Ces droits font office de principes directeurs de l'Union, destinés à imprégner de leur valeur toute la construction européenne. Leur consécration, à droit constant, était une condition de l'établissement du Constitutionnalisme européen : elle soutient la conviction des citoyens européens que l'action européenne est encadrée par le droit. En 2014, A Rainer l'écrivait : « L'État de droit est le fondement du constitutionnalisme européen »⁶⁸. L'article 2 du TUE énonce aujourd'hui que : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes »

L'État de droit est un État qui se conforme au droit préalablement établi. L'Union européenne est une Union de droit⁶⁹ parce que l'action des institutions européennes s'exerce dans le respect des traités et qu'aucun acte imputable aux institutions ou aux États membres n'échappe au contrôle, par la Cour de justice, de sa conformité à la « Charte constitutionnelle de base »⁷⁰. L. Favoreu contestait cette affirmation : « parler de "Communauté de droit" afin d'établir un parallèle avec l'État de droit n'est pas véritablement exact »⁷¹. Car, énonçait-il, la plupart des actes législatifs ne sont pas publiquement délibérés, mais adoptés dans le secret des Conseils et des comités. Ils souffrent d'un défaut de précision et de publicité. Ensuite, parce que les citoyens ne peuvent pas aisément contester la validité des actes communautaires, ni devant les juridictions nationales, ni devant les juridictions communautaires.

Ces arguments peuvent être écartés aujourd'hui. Les critiques sur l'opacité et la complexité du droit européen ont conduit les États membres et les institutions à se préoccuper de la nécessaire évolution vers « une Communauté plus proche des citoyens »⁷² en consacrant un principe de transparence, garanti par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁷³ qui englobe un principe d'accessibilité et de lisibilité du droit communautaire. Les articles 41 §2 et 42 de la Charte des droits fondamentaux énoncent que le droit d'accès aux documents est un droit subjectif, faisant partie intégrante du principe de bonne administration. Ensuite, la Cour de justice a affirmé que l'accès au juge est un des éléments constitutifs d'une Communauté de

⁶⁷ Références jurisprudentielles à venir

⁶⁸ A. RAINER, « L'État de droit comme fondement du constitutionnalisme européen », *RFDC*, 2014, n°100, pp. 769-776.

⁶⁹ Voir le colloque de Nice, *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, L.G.D.J., 2000, 515 p. ; C. CHARRIER, « La Communauté de droit, une étape sous-estimée de la construction européenne », *R.M.C.*, n°400, 1996, p. 521 ; J.-V. LOUIS, « L'État de droit », *Hommages J. VANDAMME*, 1998, pp. 167-190

⁷⁰ C.J.C.E., 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement européen*, aff. C-294/83, rec. p. 1339, pt 23.

⁷¹ L. FAVOREU, « Quel(s) modèle(s) constitutionnel(s) ? », J.-F. FLAUS (Dir.), *Vers un droit constitutionnel européen, Quel droit constitutionnel européen ?*, R.U.D.H., 1995, vol. 7, pp. 357-360, spéc. p. 360.

⁷² Déclaration de Birmingham, adoptée par le Conseil européen extraordinaire du 16 octobre 1992 (Bull. CE, 10/92, pt. I. 8).

⁷³ Sur ce thème, voir le colloque de Nice en 1998, *La transparence dans l'Union européenne, mythe ou principe juridique*, J. RIDEAU (Dir.), L.G.D.J., 1999 ; T. BLANCHET, « Transparence et qualité de la législation », *R.T.D.E.*, 1997, p. 916 ; I. MONTAUT, *La protection non juridictionnelle des personnes dans l'ordre juridique communautaire*, thèse dactyl., Tours, 1999 ; J. BIANCARELLI et N. ROBERT, « Le principe de transparence en droit communautaire », *Mélanges en l'honneur de L. DUBOIS, Au carrefour des droits*, Dalloz, 2002, 901 p., pp. 493-515.

droit⁷⁴ et que l'État de droit est garanti dans l'ordre juridique fondé sur le traité CE, du fait que celui-ci a établi un système complet de voies de recours et de procédures destinées à confier à la Cour de justice le contrôle de la légalité des actes des institutions⁷⁵. La Cour s'est fondée, pour ce faire, sur les traditions constitutionnelles communes aux États membres et sur les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme qui reconnaissent le droit à un recours effectif devant une juridiction compétente⁷⁶. Dans sa définition de la Communauté de droit, la Cour de justice met l'accent sur deux des éléments de l'État de droit : la soumission des autorités publiques à des normes et l'existence d'un contrôle juridictionnel permettant de garantir le respect de ces normes. Ainsi conçue, l'Union de droit est une Union dans laquelle est assurée le contrôle juridictionnel du respect par les autorités de la règle de droit. Cette notion va bien au-delà des règles matérielles du traité et comprend notamment les droits fondamentaux.

Cet ensemble devrait se parachever **avec l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales** prévue à l'article 6 §2 du TUE. Le projet a été brutalement stoppé en décembre 2014 avec l'avis 2/13 de la Cour de justice qui avait émis un avis très négatif sur une éventuelle adhésion, craignant une remise en cause de l'autonomie du droit de l'Union européenne. Dix années ont passé, le processus de négociation a repris. Si la Cour de justice ne réitère pas son opposition, on peut espérer que le projet se réalise enfin. **Cette adhésion de l'Union à la Convention parachèvera cet ensemble et contribuera à renforcer le constitutionnalisme européen.**

2°- Les progrès démocratiques

La seconde grande valeur du constitutionnalisme est une certaine conception du pouvoir, le pouvoir légitimé par la démocratie et soumis au droit, ce qui inclut la prohibition de l'arbitraire, le respect des formes et de procédures. C'est ainsi qu'au-delà de la lettre, l'esprit de la séparation des pouvoirs dépasse la simple répartition des trois fonctions, législative, exécutive et judiciaire de l'État entre trois organes distincts. Sans jamais mentionner une éventuelle séparation des pouvoirs, les traités répartissent les fonctions entre les institutions européennes. Le concept de séparation des pouvoirs renvoie à un principe d'organisation politique. Il suppose que les trois prétendus pouvoirs puissent être définis comme trois fonctions de l'État, distinctes et coordonnées et qu'il soit possible de tracer des lignes de démarcation entre elles. L'Union, le point est connu, est loin de ce modèle. Les principes relatifs à la structure institutionnelle ne répondent pas à ce schéma classique. Le principe d'organisation de la Communauté n'a pas été celui de la séparation des pouvoirs, **mais celui de la représentation des intérêts**⁷⁷ dans un cadre démocratique. .

- La représentation des intérêts et la méthode fonctionnelle

Le Conseil est l'institution par laquelle les États membres interviennent dans le fonctionnement de l'Union. La Commission représente l'intérêt général et le Parlement européen celui des peuples des États membres. La Cour de justice assure le respect du droit.

Lorsque dans un domaine déterminé, les intérêts des États, en raison de la sensibilité de la matière par rapport à la souveraineté nationale (en matière de défense et de politique extérieure par exemple), prédominent : le pouvoir de décision est confié au Conseil statuant à l'unanimité. Lorsque les intérêts nationaux doivent être conciliés avec l'intérêt général de l'Union (et ces cas sont les plus nombreux), le Conseil statue à la majorité qualifiée (55% des États représentants

⁷⁴ Voir J. RIDEAU, « Le droit au juge : conquête et instrument de l'État de droit », *Le droit au juge*, J. RIDEAU (Dir.), L.G.D.J., 1997, pp. 3-7.

⁷⁵ C.J.C.E., 23 avril 1986, *Les Verts c/ Parlement européen*, aff. C-294/83, rec. p. 1339, pt 23.

⁷⁶ C.J.C.E., 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, rec. p. 1651, pt 18.

⁷⁷ J.-P. JACQUÉ, « La Constitution de la Communauté européenne », *op. cit.*, p. 412.

65% de la population). Dans la majorité des cas aujourd'hui, le Parlement est le co-législateur en vertu de la procédure législative ordinaire (appelée auparavant la procédure de co-décision). Ni le parlement, ni le Conseil n'ont le dernier mot en cas de désaccord entre les parlementaires européens et les ministres. Chaque domaine de compétence possède sa procédure législative, d'où l'importance de la base juridique, c'est-à-dire de l'article sur lequel est donné l'acte puisqu'il détermine la procédure qui sera suivie.

En ce sens, l'Union ne connaît pas la séparation des pouvoirs, entendue comme l'attribution d'une fonction à un organe. La confusion subsiste encore largement entre la fonction législative et exécutive⁷⁸. La fonction législative est exercée par le Conseil, avec le concours de la Commission qui a le monopole de l'initiative. Le Parlement est associé à divers degrés. Depuis l'Acte unique européen, la Commission exerce en principe la fonction exécutive⁷⁹, mais sous le contrôle du Conseil qui en détermine les modalités. Mais le Conseil jouit d'un droit d'évocation et il peut se réserver le pouvoir exécutif. Au total, seul le pouvoir judiciaire est confié en exclusivité à la Cour de justice de l'Union européenne

Les caractères spécifiques de l'Union, tels qu'ils découlent des traités originels, des révisions successives et des interprétations et apports de la Cour de justice, traduisent un niveau élevé de constitutionnalisation et répondent aux exigences du constitutionnalisme.

- La légitimité démocratique

Avec le Traité de Lisbonne, les progrès démocratiques ont été majeurs, temporisant la critique du déficit démocratique longtemps formulée à l'égard du fonctionnement institutionnel de l'Union européenne. Certes, depuis 1979, les députés européens étaient élus au suffrage universel dans leurs États respectifs. Mais cette onction démocratique n'avait pas de répercussion concrète sur le fonctionnement des institutions et les pouvoirs du Parlement étaient alors restreints. Reprenant une disposition du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, il a été décidé que le président de la Commission serait élu par le Parlement européen, en tenant compte du résultat des élections européennes. L'article 14 §1 énonce que le Parlement « élit le président de la Commission ». Ainsi le candidat du parti majoritaire au parlement européen à la suite des élections européennes (les dernières ont eu lieu le 9 juin 2024) a toutes les chances d'être élu, même si le parti n'a pas la majorité absolue.

D'autres avancées démocratiques ont été insérées dans les Traités au rythme de leur révision. Il faut citer l'extension des pouvoirs législatifs du Parlement européen devenu colégislateur, le passage progressif au vote à la majorité qualifiée au Conseil, l'audition préalable des futurs commissaires devant le Parlement européen, le contrôle politique de la Commission par le Parlement (motion de censure), la création d'un droit d'initiative citoyenne par exemple⁸⁰.... Progressivement, le système européen a adopté un fonctionnement législatif lisible pour le citoyen européen : vote à la codécision, c'est-à-dire vote partagé entre le Parlement européen, représentant des citoyens, et le Conseil, représentant des États. Aujourd'hui l'Union présente à cet égard et avec ses spécificités les caractéristiques d'une démocratie participative et libérale.

⁷⁸ Pour une démonstration sur l'absence de distinction entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif sur le fondement de l'idée de puissance publique, cf. *supra*, § 585 et s.

⁷⁹ P. PESCATORE, « L'exécutif communautaire : justification du quadripartisme institué par les traités de Paris et de Rome », *C.D.E.*, 1978, p. 387.

⁸⁰ L'initiative citoyenne européenne permet aux citoyens européens de participer à l'élaboration des politiques de l'Union européenne en faisant une proposition à la Commission. Inscrite dans le cadre du traité de Lisbonne et mise en œuvre depuis 2012, l'initiative citoyenne européenne se présente comme un outil démocratique au service des citoyens européens, même si les résultats sont plutôt décevants (Voir l'ouvrage de F. MARTUCCI. E. DUBOUT, F. PICOD, *L'initiative citoyenne européenne*, 2019, Bruylant, 330 p.)

Penser le constitutionnalisme européen n'allait pas de soi. Finalement la reconnaissance d'un constitutionnalisme européen a repoussé les frontières du constitutionnalisme, lui donnant d'autres horizons que le seul cadre étatique. Car ce constitutionnalisme se réalise sans Constitution et sans juge constitutionnel. Cela étant, même si l'évolution institutionnelle a consolidé le constitutionnalisme européen, celui-ci est confronté aujourd'hui à des défis majeurs qui appellent réponses et réactions tant européenne que nationales.

II. Le constitutionnalisme européen déstabilisé

Comme le constitutionnalisme étatique, le constitutionnalisme européen fait face à de nombreux défis. Certains sont des menaces, à court ou moyen terme. Les identifier vise peut-être de les prévenir, à tout le moins de les anticiper. Malgré cela, il n'est pas certain qu'ils puissent être évités. Les autres défis sont afférents à toutes les crises que l'Europe traverse depuis maintenant quinze ans. Les éléments présentés *infra* ne prétendent pas à l'exhaustivité mais visent à mettre au jour les problématiques majeures.

A. Le constitutionnalisme européen menacé

En 1987, Edgard Morin écrivait que les nouvelles conditions géostratégiques issues de la seconde guerre mondiale avaient eu pour conséquence « *la disparition de menaces inter-européennes et l'accroissement des menaces extra-européennes* »⁸¹. Pourtant même si la menace externe est réelle (et aujourd'hui très concrète avec la guerre engagée par la Russie contre l'Ukraine⁸²), la menace interne existe toujours. Le constitutionnalisme européen doit faire face à deux risques : le risque d'explosion et le risque d'implosion de l'Union européenne, pouvant conduire dans les deux cas à sa désagrégation. L'explosion comme l'implosion désignent une destruction violente, mais pour l'explosion le mouvement est dirigé vers l'extérieur, alors qu'il est dirigé vers l'intérieur pour l'implosion.

1°- Le risque d'explosion

Le risque de l'explosion est le risque du démantèlement de l'Union européenne, un risque que le Traité de Lisbonne a rendu possible, lorsqu'il a repris les dispositions du traité établissant une Constitution pour l'Europe. Loin de la logique constitutionnaliste qui exige l'unité structurelle et durable des éléments composant l'organisation⁸³, les rédacteurs du Traité établissant une Constitution pour l'Europe avaient prévu explicitement une clause de retrait volontaire, alors que les traités institutifs n'y font aucune mention. « *Tout État membre peut, dans le respect de ses règles constitutionnelles internes, décider de se retirer de l'Union européenne* » énonçait l'article 59 de la partie I du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe.

Cet article a été repris à l'article 50 TUE du Traité de Lisbonne. Claude Blumann s'était interrogé sur la question de savoir si « *la constitutionnalisation, destinée à faire progresser l'Europe communautaire, ne provoquait pas en définitive un effet contre-productif* »⁸⁴, en ce qu'elle a obligé à trancher le dilemme entre la nature interne ou internationale de l'Union. L'addition de cette clause a entériné la nature conventionnelle de l'Union européenne. Pourtant sans craindre la contradiction, les Conventionnels expliquèrent que l'addition de cette clause de retrait s'inspirait « *en partie de celle prévue dans la Convention de Vienne sur le droit des traités* ».

⁸¹ E. MORIN, *Penser l'Europe*, Gallimard, 1987, p. 144.

⁸² Voir les travaux de la 39^{ème} table ronde internationale de l'IFL.

⁸³ La sécession n'est pas autorisée dans les États fédéraux. Les États-Unis sont ainsi une « Union indestructible d'États indestructibles » : « *Indestructible union composed of indestructible states* »

⁸⁴ C. BLUMANN, *op. cit.*, p. 285.

Il s'agit d'un recul significatif par rapport à l'état du droit antérieur puisque dans le silence des traités, l'appartenance à l'Union semblait avoir un caractère définitif. La question a longtemps été débattue. Telle est en tout cas l'interprétation qui avait été dégagée du silence des traités. Dans la mesure où ils étaient conclus pour une durée illimitée, il a été déduit que les États ne pouvaient les dénoncer unilatéralement. Les fédéralistes soutenaient que le processus d'intégration communautaire interdisait par principe toute sécession. Ils arguaient que l'objectif des traités supposait le caractère irréversible de l'appartenance à la Communauté, d'autant que l'engagement avait été conclu *intuitu personae* et que l'accord des autres États était lié à l'engagement réciproque de ses partenaires⁸⁵. Il n'est guère étonnant que J. Fischer, fédéraliste convaincu, ait déposé un amendement demandant le retrait pur et simple de cette disposition. Elle éloignait la construction européenne d'une construction fédérale et de son idéal constitutionnel.

Dans ce contexte, le Brexit qui a conduit au départ du Royaume-Uni de l'Union européenne⁸⁶, après un référendum au Royaume-Uni et d'après et longues négociations, est un recul pour le constitutionnalisme européen. Il est une « fissure »⁸⁷ dans l'édifice bâti depuis la fin de la guerre froide, alors que les États européens avaient vécu ensemble sous deux toits juridiques communs, à savoir le Conseil de l'Europe, avec à leur apogée, quarante-sept États membres et pour l'Union européenne vingt-huit États membres. Ainsi, l'Est et l'Ouest appartenaient à une « Europe juridique institutionnalisée ». La fissure est apparue qu'en 2016, avec référendum britannique qui a conduit au Brexit et au départ du Royaume-Uni de l'Union européenne, revenue à vingt-sept États membres. Pour le Conseil de l'Europe, avec le départ de la Russie à la suite de l'invasion de l'Ukraine en février 2022.

L'exemple britannique a pu être une tentation pour certains États. Il a alors été question pour la Pologne de « polexit » ou pour la Roumanie de « roexit »⁸⁸. En Pologne, la menace a été brandie par l'extrême droite au pouvoir pendant plusieurs années⁸⁹. Aujourd'hui depuis l'arrivée de Donald Tusk, elle n'est plus d'actualité. Mais de fait, la possibilité ouverte aux États membres de quitter l'Union européenne est une menace réelle qui peut conduire à la désagrégation de l'Union européenne.

2°- Le risque de l'implosion

Le risque de l'implosion est lui aussi un risque interne au système, mais le mouvement de destruction est dirigé vers l'intérieur. Il consiste à soumettre un corps à une pression externe supérieure à sa résistance conduisant à sa désintégration⁹⁰, à son effondrement. Le risque de l'implosion est lié à la confrontation entre le constitutionnalisme européen et les

⁸⁵ Pourtant, juridiquement, même avant la clause de l'article 50 TUE, rien ne s'opposait à ce que la volonté politique manifestée par un État ne soit pas prise en compte par ses partenaires. Rien n'interdit un retrait négocié et accepté d'un commun accord, conformément aux règles classiques du droit conventionnel – même si cela paraît politiquement et économiquement improbable –. Par ailleurs, la prohibition de retrait n'empêche pas qu'un État puisse bloquer le fonctionnement des institutions communautaires et paralyser la Communauté (voir en ce sens F. DEHOUSSE, « Réflexions sur le droit de retrait et la politique de la « chaise vide », *Revue belge de droit international*, 1968, I). On connaît le cas du Groenland qui appartenait aux Communautés européennes jusqu'en 1973 en tant que province danoise, et qui a demandé à s'en retirer, lorsqu'il a accédé à l'indépendance en 1979 (*J.O.C.E.*, n° L29 du 1^{er} février 1985).

⁸⁶ Références et développements à venir.

⁸⁷ A. NUSSBERGER, *op. cit.*, § 8.

⁸⁸ « Roumanie : après le Brexit, le « Roexit » ? », *Le Monde*, 22 octobre 2018.

⁸⁹ Mais l'invasion de l'Ukraine par la Russie a plutôt contribué à renforcer le sentiment d'appartenance à l'Union protectrice contre les velléités impériales russes. La droite polonaise a pris conscience qu'il valait sans doute mieux être *in que out*.

⁹⁰ Le Larousse en donne cette définition : « Phénomène physique dans lequel un milieu solide ou un corps creux, soumis à une pression externe supérieure à sa résistance mécanique, s'écrase violemment et tend à se concentrer en un volume réduit (implosion d'un tube à vide de téléviseur, implosion d'un sous-marin) ».

constitutionnalismes étatiques. Jusqu'à récemment, ils semblaient répondre aux mêmes idéaux et véhiculer les mêmes valeurs et les mêmes principes (État de droit, démocratie, protection des droits de l'homme et limitation du pouvoir par le juge). Il n'y avait pas de contradictions, ni dissonances entre le constitutionnalisme supranational européen et les constitutionnalismes étatiques, mais une harmonie, une cohésion. Cette cohérence constitutionnelle s'explique aisément puisque le respect des critères politique de Copenhague est un présupposé indispensable pour adhérer à l'Union.

Les choses se présentent différemment depuis que certains États pratiquent un constitutionnalisme qui peut être qualifié d'abusif⁹¹, de totalitaire ou d'autoritaire⁹² que Max Weber avait décrit comme un « pseudo-constitutionnalisme ». Certains États qui pratiquent ce type de constitutionnalisme sont membres de l'Union européenne : la Hongrie, la Pologne, la Bulgarie, d'autres sont hors Union européenne (pour n'en citer que quelques-uns proche de l'Europe : la Russie, la Turquie, certains États des Balkans). Le constitutionnalisme autoritaire est un processus par lequel le pouvoir en place s'appuie sur les structures institutionnelles et constitutionnelles pour conduire à un changement de régime, portant atteinte aux principes de l'État de droit, de la séparation des pouvoirs et à la garantie des droits. Ce phénomène de *mutation* constitutionnelle, qualifié par certains de *régression* tend aujourd'hui à se répandre dans certains États européens, mettant à jour un nouveau type de régime politique, qualifié d'hybride, et prenant le nom de démocratie illibérale⁹³ ou encore de constitutionnalisme autoritaire, abusif.

Une question essentielle est celle de savoir si le constitutionnalisme européen pourra résister à l'existence de ces constitutionnalismes étatiques nouveaux. Certes l'Union européenne dispose de moyens très concrets pour contraindre les États à respecter les critères de Copenhague (article 7 TUE)⁹⁴, mais sont-ils suffisants ? Les États en cause brandissent leur souveraineté, leur identité constitutionnelle pour justifier leur choix ; ils se targuent de défendre une certaine idée de la démocratie, rendant au peuple un pouvoir confisqué arbitrairement par des juges non élus et illégitimes. Face à eux, dans un bras de fer juridique et financier, les Institutions européenne et la Cour de justice mettent en œuvre tout ce que les traités leur permettent de faire, pour défendre la conception libérale, humaniste et démocratique du constitutionnalisme européen. Mais les États peuvent résister. Le risque serait alors qu'ils cherchent à sortir de l'Union européenne sur le fondement de l'article 50 TUE, l'implosion conduisant finalement à une explosion et à la dislocation de l'Union.

B. Le constitutionnalisme européen éprouvé

1°- Les défis de la « poly-crise »

L'adaptation à toute une série de nouveaux contextes n'est pas spécifique à l'Union. Elle est un défi pour les États, tout autant qu'elle l'est pour l'Union européenne⁹⁵. La particularité de ces défis est qu'ils viennent à former « une complexité systématique ». Ils se répercutent les uns sur les autres, ils découlent les uns des autres, comme l'a expliqué M. Luciani⁹⁶.

⁹¹ Pierre-Alain Collot, *Le constitutionnalisme abusif en Europe*, Mare et Martin, 2023, 399 p ; Lire les travaux de D. LANDAU cité dans le pré-rapport français et les développements y relatifs.

⁹² Voir le rapport sur la Bulgarie

⁹³ *La démocratie illibérale en droit constitutionnel*, V. BARBÉ, B.-L. COMBRADE et C.-É. SÉNAC, Bruylant, 2023, 496 p.

⁹⁴ Ces moyens sont mis en œuvre depuis quelques années par la Commission, le Parlement et la Cour de justice. Références et développements dans la version définitive.

⁹⁵ Voir B. STIEGLER, « "Il faut s'adapter". Sur un nouvel impératif politique », Folio essai, Gallimard, 2016, 416 p.

⁹⁶ « Prenons l'exemple du changement climatique (...): plus le changement climatique s'accroît, moins il serait possible de prévenir les grandes migrations induites par la désertification ; moins on prévoit les grandes migrations, plus le problème social et économique de la cohabitation entre groupes s'aggraverait, mais malheureusement sans la solution du simple appel à la rationalité et à la tolérance ; plus cela se produirait moins la résistance des régimes démocratiques serait forte et plus il serait difficile d'empêcher les régressions autoritaires des systèmes politiques ; plus les tentations autoritaires se répandraient, plus les dangers liés aux nouvelles

Il est aisé d'observer que depuis l'échec du traité établissant une constitution pour l'Europe, l'Union est en péril, confrontée à une crise existentielle multifactorielle⁹⁷. Le processus d'intégration traverse l'un des plus graves épisodes de son histoire : les crises sont institutionnelle, climatique, migratoire, sécuritaire, sanitaire, sociale, économique et financière... Elles se succèdent et l'une chasse l'autre : la crise économique de 2008, la vague d'attentats du début des années 2010, la crise migratoire amplifiée à partir de 2015 avec la guerre en Syrie, en 2020 la crise du Covid-19, puis la guerre en Ukraine ; tout cela dans un contexte général bouleversé et affecté par les progrès du numérique, la digitalisation des sociétés et le péril climatique. A ces crises européennes s'ajoutent, dans de nombreux États européens, une crise financière et une crise de la démocratie représentative, conduisant dans certains États - ceci a été évoqué - comme la Hongrie, la Pologne ou la République tchèque, à une crise des valeurs démocratiques. Les défis sont immenses et les enjeux cruciaux⁹⁸. Il n'est pas excessif de dire que l'Union européenne est en « état d'urgence⁹⁹ ».

Là où ces crises viennent éprouver le constitutionnalisme européen, c'est en tant qu'elles affectent les droits et libertés des individus. Chacune de ces crises a appelé des réponses étatiques et européennes particulièrement sévères pour les libertés. La mise en œuvre de l'état d'urgence dans de nombreux États européens, en vertu de la théorie des circonstances exceptionnelles, pour faire face aux attaques terroristes ou à la crise sanitaire, a elle-aussi entraîné des limitations des libertés et les dispositifs exceptionnels ont ensuite été souvent inscrits dans le droit commun. Ces périodes ont aussi vu le renforcement des pouvoirs des autorités exécutives au détriment des parlements et des juges gardien de la liberté individuelle.

2°- Les défis de l'élargissement

Un défi majeur pour l'Union est celui de l'élargissement et l'adhésion de nouveaux États. Dans un colloque consacré aux *frontières* se pose très concrètement la question des frontières du constitutionnalisme européen à l'égard des *frontières du territoire de l'Union*. En 2003, l'élargissement massif à dix nouveaux États, jeunes démocraties à peine sorties du joug soviétique, a eu des conséquences sur le fonctionnement institutionnel de l'Union européenne. Fonctionner à vingt-sept a rendu le travail institutionnel plus compliqué qu'il ne l'était à quinze. Il est un frein à l'émergence d'un *leadership* européen. Comment à 27, et demain à plus, constituer un gouvernement européen ? Pour la Commission, désignée comme l'exécutif européen (en tant qu'elle propose les textes et veille à leur application), il est difficile de trouver vingt-sept portefeuilles de même poids. De fait, le Traité de Lisbonne avait prévu un nombre plus limité de Commissaires (la Commission aurait été composée de 2/3 de commissaires au regard du nombre d'États membres) mais pour donner des garanties aux Irlandais (qui en tant que petit État ne voulaient, même provisoirement, pas perdre leur commissaire) les États ont voté le *statu quo* : un commissaire par État membre. Par ailleurs, l'arrivée dans l'Union européenne de jeunes et fragiles démocraties est un danger réel pour le constitutionnalisme. La nécessaire cohésion entre les valeurs du constitutionnalisme européen et des constitutionnalismes étatiques requiert la plus grande vigilance lorsque seront examinés les critères politiques posés à l'adhésion à l'Union européenne.

technologies s'aggraveraient, technologies que les régimes non démocratiques pourraient utiliser à des fins de contrôle autoritaire ; plus cela se produirait, plus on multiplierait les possibilités de guerre, etc. On a engendré, en somme, une complexité systémique ».

⁹⁷ H. GAUDIN (dir.), *Crise de l'Union européenne. Quel régime de crise pour l'Union européenne ?*, Paris, Mare & martin, coll. « Horizons européens », 2018.

⁹⁸ M. BLANQUET, « L'Union européenne est-elle une Communauté ? », *Revue de l'Union européenne*, n° 621, 2018, p. 507 sq.

⁹⁹ Constat formulé par D. SIDJANSKI, « L'Europe de la souveraineté du président Macron », *Revue de l'Union européenne*, n° 615, 2018, p. 122-124.

Les menaces et défis qui affectent et questionnent le constitutionnalisme européen placent l'Union européenne aujourd'hui à la croisée des chemins. Elle a le choix, schématiquement, entre deux directions. L'une consisterait à renoncer au projet européen, à capituler face aux obstacles, à laisser l'Union sombrer; la seconde, ambitieuse, vise à relever les défis identifiés.

Sans nous attarder sur la première, examinons la seconde.

Alors que l'histoire européenne a été marquée par toutes les formes du totalitarisme - l'absolutisme, le despotisme, le fascisme, le nazisme et les dictatures qui ont perduré dans certains États même après la seconde guerre mondiale, comme en Espagne ou au Portugal -, la démocratie et le constitutionnalisme ont fini par devenir, après l'effondrement du monde soviétique, le caractère politique commun des États européens à la fin du XX^e et au début du XXI^e siècle. Aujourd'hui, ils sont la condition première d'adhésion à l'Union. Dans cette logique démocratique, l'individu doit conserver son libre arbitre et son indépendance de pensée, destinés non pas à déstabiliser l'organisation sociale, mais à l'enrichir. La pensée démocratique dans les États européens s'est nourrie du pluralisme, du principe d'autonomie et du droit de l'individu, élaborés par la pensée anglaise du XVII^e siècle, puis française du XVIII^e. Elle repose sur l'idée de la libre expression de la diversité politique et sociale. C'est ce modèle de constitutionnalisme, qui établit une relation de confiance entre l'individuel et le collectif, entre le citoyen et l'État/l'Union, qu'il faut parvenir à ancrer et solidifier dans le système institutionnel de l'Union européenne. L'Union ne pourra progresser que par le « croisement réciproque¹⁰⁰ » de principes d'organisation de pouvoirs communs aux États européens, basés sur la confiance mutuelle¹⁰¹.

¹⁰⁰ É. Zoller (dir.), « Introduction », *Migrations constitutionnelles d'hier et d'aujourd'hui*, Paris, Édition Panthéon-Assas, coll. « Colloques », 2017, p. 13-31, n. p. 31

¹⁰¹ J. P. Jacqué, « La confiance mutuelle. Un élément fédéral dans l'Union européenne ? », *Penser le droit à partir de l'individu. Mélanges en l'honneur d'Élisabeth Zoller*, Paris, Dalloz, 2018, p. 81 sq.