

LA VIOLENCE PARADOXALE DE L'ORDRE JURIDIQUE EUROPEEN
(Congrès de le l'AFDC, Lyon 27 juin 2014, atelier C)

Bernard Cubertafond, professeur des universités

**« Ce qu'il y a d'ennuyeux dans la morale,
c'est que c'est toujours la morale des autres »**

Léo Ferré

Prologue

Introduction

I Une violence « douce »

A-Un ordre bienveillant?

B- L'idéologie européenne

C- Le moment Delmas Marty

D- Le moment Supiot

II Le « coup » de la primauté

A- La primauté despotique

B- La primauté mal légitimée

C- La primauté mal métabolisée

1- manichéenne

2- disciplinaire (fini de jouer bis?)

3- colonisatrice

4- contre-productive

D-Petite réparation: la primauté modulée?

III Le refoulement des identités

A- L'identité reconnue en vain

B- L'identité honteuse

C- L'identité déjà violée

1 - la souveraineté siphonnée

2- la constitution économique remplacée

3- l'identité sociale mise en cause

4- le grand remplacement

D- Petite réparation: l'identité via la subsidiarité?

IV La démocratie contournée

A-Obscurité

B-Irresponsabilité

C-Unidimensionnalité

D-Petites réparations

CONCLUSION : Changer vraiment de paradigme

PROLOGUE

Sur beaucoup de leurs fondamentaux, les Etats membres et l'Europe s'opposent. Et c'est particulièrement net en France. Opposition sur les constitutions gouvernementales, le pouvoir national étant expulsé ou prédéterminé. Sur les constitutions économiques avec, ici, le conflit chronique colbertisme - « *concurrence pure et non faussée* ». Sur leurs chartes des droits et libertés, qui se recoupent moins sur les moeurs et le vivre ensemble. On pourrait multiplier les exemples d'oppositions flagrantes en Grande Bretagne, en Pologne, en Hongrie, etc...

Certes, une conciliation a été organisée, plusieurs fois ratifiée. Mais ses caractères artificiels (par exemple, en France, l'insolite article 88 à tiroirs), et pseudo démocratiques (par exemple l'hypocrite traité de Lisbonne qui reprend, mais disperse, noie et/ou cache les « avancées » de la pourtant récusée « constitution ») apparaissent de plus en plus nettement.

Il est à craindre que le « commerce des juges » (par exemple le renvoi par le *Conseil constitutionnel* français à la *Cour de justice*), une subsidiarité conçue à l'avantage de Bruxelles, et des identités constitutionnelles restant virtuelles ne suffisent pas pour dissiper un profond malaise causé par une véritable révolution juridique, économique et sociale, et un « grand remplacement », jamais politiquement avoués, opérés comme « par effraction ». Costa/ Enel et son interminable suite: violence d'un droit habermassien, qui se dit pourtant avisé, ouvert à la société civile et aux groupes d'intérêts, pacifiant et bienveillant.

La violence et le rejet de l'ordre européen qui, naturellement, l'accompagnent, résultent sans doute de trois malfaçons, peut être encore réparables, de l'ordre juridique européen:

- La primauté a été imposée, assénée de manière despotique et peut être ressentie comme manichéenne, colonisatrice, et contre-productive.
- Les « structures fondamentales politiques et institutionnelles » ou les « identités constitutionnelles » sont mises à mal par l'ordre européen, et mal défendues par les juridictions nationales à la longue charmées ou abusées par les si belles idées de « pluralisme ordonné », « droit en réseau », « commerce des juges ». C'est particulièrement net en France dont l'identité constitutionnelle s'oppose, au fond, sur bien des points, à l'ordre idéologique, constitutionnel, économique, gouvernemental européen.
- La construction européenne, qui se prétend démocratiquement très avancée, en fait maltraite, contourne ou manipule la démocratie.

Si l'on ne peut ni sortir ni reculer, que faire pour tenter de réconcilier l'Europe avec les peuples européens votant « mal » parce qu'expulsés de leurs bases, pourtant après bien des sacrifices, et sans contrepartie côté revenus, croissance et emploi? Faire cesser la violence « éclairée et douce » des despotes théologiens moralisateurs (juges, commissaires et banquiers). Que la *BCE* et la *Cour de justice* interprètent en tenant compte des demandes populaires, que les peuples européens deviennent des « amis de la Cour ». Et que l'on écoute une, en l'espèce, bonne leçon allemande: l'arrêt *Lisbonne* de la Cour constitutionnelle allemande nous rappelle en effet que l'*Union* n'est qu'une organisation internationale et, qu'en l'absence de nation européenne, il faut revenir à la démocratie via les parlements nationaux.

Et que dans leurs interprétations législatrices, et même constituantes, les juges sortent de leurs a priori libéraux et de leur entre soi complice, et qu'ils tiennent compte de la souffrance des citoyens. Après tout, compliqué, aristocratique, profus, ça et là contradictoire, le droit européen s'y prête et la *BCE* de Mario Draghi a montré la voie en donnant d'autres sens à son mandat de défense de la stabilité des prix: elle s'abrite désormais derrière celui-ci pour pratiquer une politique monétaire « accommodante » anti déflationniste favorable à la croissance.

Harmonisation dans l'univers feutré des juges et des « sachants » mais douleur du côté des citoyens: une construction politique par le droit ne peut qu'échouer si ce droit se croit nécessaire, objectif, non politique, neutre, et devient répulsif.

INTRODUCTION

Deux remarques, ou convictions, ou à priori, préalables en direction de ceux qui vont me classer parmi les anti européens rétrogrades et les juristes approximatifs:

1- La construction européenne est nécessaire mais beaucoup n'en sont plus convaincus. Il faudrait donc réparer l'Europe, notamment avec du droit démocratique, du droit qui convienne mieux à ceux auxquels il s'applique pour qu'elle apparaisse à nouveau comme un espoir et non plus comme une épreuve sans fin. Pourquoi avec principalement du droit? Parce que la construction européenne est avant tout normative (1). S'il y a désamour et malaise européen, comme maints sondages (2) et les récentes élections européennes de mai 2014 sembleraient le prouver, c'est un malaise dans le droit européen. Réparer l'Europe c'est donc avant tout réparer le droit européen, en tout cas le concevoir et l'appliquer autrement.

2- les analyses positivistes n'appréhendent pas le réel, le droit ne peut être pur, c'est du social consolidé, de l'idéologie en marche, du rapport de forces. Nous devrions donc sortir de notre savant et rassurant entre soi éthéré, enquêter sur sa réelle création, et sur son possible rejet. Ne plus nous limiter- qui plus est en invoquant la rigueur scientifique et en repoussant la « pollution » du « flou sociologique » ou de l'idéologie !- à la surface du droit. Au lieu de nous prendre, par exemple à force de *QPC*, pour des « amis » des cours suprêmes, nous nourrir des autres sciences sociales pour dire d'où il sort, comment il s'applique, s'il est rejeté, s'il fait du bien, s'il fait souffrir, et pourquoi (3). C'est d'ailleurs ce que l'on fait communément à l'étranger, et ce que l'on pratique dans la vie courante.

En démocratie, le droit constitue un moyen de prévenir la violence mais il est devenu ici, aussi, dans cette curieuse démocratie, ou pseudo démocratie, démo despotique(4), une forme de violence, une violence douce qui ne blesse pas directement les corps, mais maltraite quand même les vies. En effet, les règles fondamentales y sont imposées plus que voulues au motif qu'elles sont (seraient), nécessaires, salutaires. D'où l'obligation de les accepter (subir), parce que c'est, ce serait pour notre bien. De plus, ce qui est traditionnellement soi-même est souvent nié, maltraité, occulté, refoulé, diffamé, considéré comme rétrograde, mauvais.

1- cf, par exemple, Zaki Laïdi, *La norme sans la force, l'énigme de la puissance européenne*, Presses de la FNSP, 2005, 3ème édition, 2013.

2- par exemple, selon un sondage IPSOS (*Le Monde, Cevipof, Terra nova*), « Le projet européen n'est plus majoritaire en France », seuls 39% des français jugent que l'*Union Européenne* est « une bonne chose » et « 54% des sondés pensent que l'Europe présente plus d'inconvénients que d'avantages » (*Le Monde*, 20 mai 2014).

3- J'ai beaucoup écrit là-dessus, à vrai dire sans écho dans notre milieu, par exemple: « Du droit enrichi par ses sources », *RDP*, 1992; *La Création du droit*, Ellipses, 1999; « Crise positiviste et renouveau sociologique du droit constitutionnel », congrès *AFDC*, Montpellier 2005., *Politeïa*, n° 7 et *Le nouveau droit constitutionnel, un démo despotisme*, L'Harmattan, 2008; « XXL Constitution, élargir et creuser le champ constitutionnel », congrès *AFDC* de Nancy, 17 juin 2011 et *Politeïa*, n° 19.

4- cf « Le roman de la Cinquième République à l'aube du démo despotisme », *Pouvoirs*, n° 103, 2003, et « Essai sur un despotisme post moderne, le démo despotisme », *Annuaire français des relations internationales*, 2004.

Ou encore, les règles fondamentales sont difficiles à discerner, compliquées, obscurcies, éloignées comme à plaisir, comme s'il y avait quelque chose à cacher. Il serait donc nécessaire de passer par l'intermédiaire, et sous le pouvoir, de ceux qui voient, lisent et pensent bien, d'être guidés dans la -seule- bonne direction qu'ils savent, eux. Et c'est d'autant plus douloureux qu'ils nous parlent sans cesse de transparence et de démocratie, voire se posent en modèles de transparence et de démocratie. Ou qu'ils invoquent notre accord préalable, via un référendum ou une ratification parlementaire dont nous n'avions, en fait, pas bien compris le vrai sens d'ailleurs obscurci par le fréquent labyrinthisme des textes et des structures européennes.

On se demandera donc pourquoi cet ordre juridique européen qui se croit bienfaiteur est souvent perçu tout autrement (chapitre I). Puis on cherchera à décliner trois formes de cette violence paradoxale: la primauté européenne imposée, despotique (chapitre II); l'identité nationale suspectée, écartée (chapitre III); la démocratie souvent contournée (chapitre IV). Mais aussi, constructif, on fera, à la fin des chapitres « primauté », « identité », « démocratie », des propositions de réforme, petites réparations n'impliquant pas, contrairement au projet de constitution européenne de 2005, un long processus de négociation et de ratification inter étatique au résultat incertain.

CHAPITRE I- UNE VIOLENCE « DOUCE »?

Et si l'Union européenne se prenait encore pour ce qu'elle n'est pas, ou plus? Elle continue en effet à se présenter comme un ordre « éclairé et doux » (Jacques Delors), ou « complexe mais bienveillant » (J. Mertens de Wilmars) (1). Et cette représentation de soi correspond à une idéologie européenne encore portée par des élites pratiquant le despotisme éclairé, ou la démocratie d'adhésion, plus que la démocratie authentique. Mais aujourd'hui cette idéologie imprègne moins les esprits. Elle est même de plus en plus perçue comme disciplinaire, voire punitive. Décalage et répulsion, ne serions-nous pas passés du moment Delmas Marty vivant sur le mythe du « pluralisme ordonné » au moment Supiot marqué par la crainte de « l'économie communiste de marché »?

A-UN ORDRE « BIENVEILLANT »?

Violence du droit !? Dans nos sociétés ouvertes, le droit n'est-il pas, plutôt, pacificateur? C'est, en principe, le lieu d'un compromis longuement et ouvertement négocié, un instrument unanimement ou très largement accepté de résolution des conflits, le moyen de donner son dû à chacun, une arme de l'anti violence. Un pouvoir accepté parce que légitime.

Violence de l'ordre juridique européen !? Pourtant l'Europe se présente comme une institution anti violence ou non violente: elle fut notamment fondée pour pacifier, enfin, la relation franco-allemande; elle laisse aux Etats-membres le « monopole de la violence légitime »; elle promeut la gouvernance entendue comme usage prioritaire de la négociation, persuasion, incitation; elle reste réticente à se lancer, via les Etats-membres, dans des interventions militaires, même pacificatrices, et tend à déléguer sa défense aux Etats- unis d'Amérique et à l'OTAN, organisation politico -militaire à priori extérieure à l'Union mais pourtant inscrite dans sa quasi constitution (2). Et elle pratiquerait une démocratie avancée, fondée sur « l'éthique de la discussion », le primat du droit et des droits, le respect des minorités et des régions, le dépassement des Etats- nations (plus portés à l'autoritarisme et à l'affrontement), et même, selon le traité de Lisbonne, tout à la fois le gouvernement représentatif, le droit de pétition et la démocratie participative.

1- Jacques Delors, discours à la cathédrale de Strasbourg le 7 décembre 1999: « construction à allure technocratique et progressant sous l'égide d'une sorte de despotisme doux et éclairé ». J. Martens de Wilmar, ancien président de la *Cour de justice des communautés européennes*, in préface à André Jean Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, 1991 p. 19: «... un ordre juridique européen, complexe mais bienfaisant ».

2- TUE, article 42. 4, dernier paragraphe: « Les engagements et la coopération dans ce domaine (politique de sécurité et de défense commune) demeurent conformes aux engagements souscrits au sein de l'organisation du traité de l'Atlantique Nord, qui reste, pour les Etats qui en sont membres, le fondement de leur défense collective et l'instance de sa mise en oeuvre ».

L'Europe serait donc plutôt un modèle habermassien particulièrement attractif, comme le prouveraient les demandes d'adhésion ou d'association, et l'élargissement continu. Ou encore, les récents mouvements démocratiques en Ukraine, en général présentés comme récusation de l'arbitraire, de la violence et de la corruption de type traditionnel russe et comme demande de transparence démocratique et de respect des droits, de gouvernance douce, à l'europpéenne. A la limite, l'*Union* pourrait même préfigurer le bon gouvernement mondial, ordre intégrateur, au-delà des contingences géographiques, de toutes les nations de bonne volonté enfin réunies et dissoutes au sein des valeurs universelles, prospères et en paix. Ainsi, porté par un idéalisme rafraichissant, Dominique Rousseau affirme que l'universalisation opérée à partir de l'Union et ses valeurs va se poursuivre: « *il faut compter les pas qui mèneront inévitablement vers la constitution du monde* » (1).

B-L'IDEOLOGIE EUROPEENNE

Idéologies dominantes, hégémonies culturelles, « *imprégnations* »? En certaines périodes, un ensemble d'idées et de valeurs s'impose, déterminant les institutions, les règles, les politiques. Antonio Gramsci a insisté sur l'hégémonie culturelle décisive des catégories sociales maîtrisant les *appareils idéologiques d'Etat*; et Raoul Girardet a parlé pour l'avant deuxième guerre mondiale d'« *imprégnation* », alors fasciste(2). Imprégnation fasciste puis imprégnation marxiste puis imprégnation keynésienne et aujourd'hui, en tous cas en Europe, imprégnation libérale financière, avec l'idée dominante, rejoignant les théories fonctionnalistes, que les Etats européens ne peuvent s'en sortir seuls dans la mondialisation, que la concurrence pure et non faussée est le fondement du progrès, que l'Europe est le meilleur introducteur et protecteur dans ce nouveau cadre nécessaire, que sa construction ne peut ni s'arrêter, ni ralentir, sauf à tomber comme un vélo dont on n'actionnerait plus les pédales, qu'il faut donc imposer cette évolution salutaire au besoin contre les peuples, qui finiront bien par comprendre leur intérêt.

C'était l'idée des fondateurs, démocrates-chrétiens, experts se prétendant a ou anti politiques, ardents partisans du libre commerce transatlantique, anti communistes mais constituant, de fait, une très discrète, sinon clandestine, « avant garde éclairée ». Appliquant donc ce précepte léninien pour imposer une véritable révolution pacifique et bienfaisante (la réconciliation franco- allemande et la fin des conflits destructeurs chroniques, la mise en commun de richesses, la primauté croissante d'instances non élues supra nationales, la libre circulation des capitaux, des travailleurs et des biens), ils entendaient se tenir à l'écart de la politique démocratique, de ses pressions, élections, compromissions, épuisantes campagnes, récurrentes paralysies.

1- cf « L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne » in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, dir. Laurence Burgogue-Larsen , *Cahiers européens*, n°1, Pedone, 2011, p. 100.

2- Dans ses « Notes sur l'esprit d'un fascisme français, 1934-1939 », *Revue française de science politique*, 1955, vol 5, numéro 3, pp 529-546, Raoul Girardet parle d'une « *imprégnation fasciste du nationalisme* ».

Et le droit, entendu comme instrument neutre, interprété par des juges impartiaux, hors politique, « purs », n'était-il pas pour eux l'instrument idéal de cette marche vers le bien commun? Dès le début, on réduit la démocratie à l'adhésion à la bonne règle discernée par les éclairés, discrets et efficaces (efficaces parce que discrets?) juges-sages-experts.

C-LE MOMENT DELMAS MARTY

Gagnés à cette nouvelle idéologie dominante, et opérant comme des appareils idéologiques d'Etat, ces juges du dernier mot, léniniens et gramsciens peut être sans le savoir, restent dans le moment Mac Cormick ou Delmas Marty qui les arrange et les justifie: « *commerce et dialogue des juges* », « *pluralisme ordonné* » (Michel Delmas Marty), « *marge nationale d'interprétation* », « *droit en réseau* » (François Ost et Van de Kerkove) (1).

Ils ont fini par convenir, entre eux, que les identités nationales sont morbides ou peu de chose, ou encore qu'elles se recourent. Ainsi, puisque l'Europe garantit les droits fondamentaux aussi bien que les Cours suprêmes nationales, voire mieux depuis l'inclusion de la Charte des droits fondamentaux et de la Convention européenne des droits de l'homme dans la « constitution européenne » de fait qu'est le traité de Lisbonne, (TUE, article 6, -1, -2, -3), la jurisprudence *So Lange* est périmée. Ou encore, après examen d'une éventuelle « réserve constitutionnelle », qui ne donnera rien puisqu'on minimise ou stigmatise l'identité constitutionnelle, on peut sans souci opérer la « translation » et confier le contrôle à la CJUE de plus seule capable d'assurer l'harmonisation jurisprudentielle (arrêt *Arcelor*, Conclusions Mattias Guyomar) (2).

Au-delà de longues considérations techniques sophistiquées, ces conclusions sont très politiques: elles manifestent une volonté d'entente, d'harmonisation, voire de contrition et de réparation après la jurisprudence souverainiste *Semoule*, heureusement mais tardivement rectifiée par *Nicolo*, la peut être « rechute » *Sarran* (3), et, surtout, la bévue citoyenne du non à la constitution qui, disait-on parmi les élites bien pensantes (pléonasme?), risquait de nous mettre au ban de l'Europe progressiste et civilisée:

- « *Des considérations de convenance et de réalisme politique nous conduisent en effet à vous proposer de vous inspirer, tout en l'adaptant à votre position institutionnelle, de la solution retenue par le juge constitutionnel* »

- « *Ce n'est pas seulement vos relations avec l'aile Montpensier du Palais Royal qui sont en cause. Ce sont aussi les rapports entre notre droit interne et le droit communautaire et, partant, ceux entre la juridiction administrative et la Cour de Luxembourg qui sont en jeu. Toute divergence avec la jurisprudence du juge constitutionnel risquerait d'être perçue, à tort ou à raison, comme une position de défiance envers le juge communautaire. Ce serait d'autant plus dommageable que vos relations avec la Cour de justice sont aujourd'hui apaisées* »

1- Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty, Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford UP, 1998; Michèle Delmas Marty, *Les forces imaginatives du droit (II), Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006; François Ost et Michel Van de Kerkove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, PFUSL, 2002.

2-CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*

3-CE, 1er mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoule de France*; CE, 20 octobre 1989, *Nicolo* et CE, 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*,

-ou encore, « *alors que se développe en Europe, nous l'avons vu, un mouvement général de coopération judiciaire entre les cours suprêmes nationales et la CJUE, il serait en outre hasardeux de faire, sur ce point, cavalier seul* ».

L'heure n'est plus à la résistance nationale du type *Semoule*, voire *Sarran*. Le *Conseil d'Etat* rentre dans le bon rang européen comme le *Conseil Constitutionnel* autorisé par la *CJUE* à jouer autant qu'il le voudra à la *QPC* (1) mais se gardant bien de donner quelque contenu concret que ce soit à l'identité constitutionnelle qu'il avait pourtant consacrée (2) et se prêtant au renvoi à la *CJUE* (3). Belle harmonie -ou hiérarchie, ou soumission - moins en phase avec les aspirations présentes des peuples, voire avec la « *démocratie continue* » selon laquelle les juges suprêmes deviennent quand ils interprètent des quasi représentants des peuples, porteurs de leurs aspirations.

D- LE MOMENT SUPIOT

Décalage: cette orientation jurisprudentielle, et en fait politique et idéologique, ne correspond sans doute plus vraiment à l'époque. Europe du bonheur ou Europe de la souffrance? L'ordre juridique européen est-il vraiment, encore, « *bienveillant et doux* »? Ne serait-il pas plutôt devenu pervers narcissique (culte de soi, auto justification et auto glorification, dénégations face aux réalités gênantes et refus des critiques, dénigrement systématique des subordonnés après rapport de force, compassion et bienveillance de façade mais culpabilisation des sujets sous emprise?) (4). Et, en fait, les traductions juridiques de l'intérêt général européen imposées par ses instances dirigeantes ne font-elles pas souvent violence aux citoyens, ou plutôt - comment dire et là est tout le problème - administrés, ressortissants, sujets, élèves, encadrés, bien guidés-rétifs? Alain Supiot, à son tour professeur au *Collège de France*, mais quant à lui très peu médiatisé, comme tant d'autres chercheurs qui critiquent la forme donnée à la construction européenne (5), me semble plus en phase avec l'époque et le droit tel qu'il est ressenti par les gens et non imaginé par ses créateurs inter nationaux complices.

1-, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Selim Abdeli*.

2- Décision n° 2004-496 DC, 10 Juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, § 7 et Décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, § 17 à 20.

3- Décision n° 2013-314 QPC du 4 avril 2013, *Jérémy F.* (Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat européen) question préjudicielle à la 4- Cf Paul-Marie Récamier, *Le génie des origines*, Payot, 1992, Harold Searles, *L'effort pour rendre les autres fous*, Folio Essais, 2002 et Jean-Charles Bouchoux, *Les pervers narcissiques*, Eyrolles, 2009 et Pocket, 2014.

5-cf, notamment, Olivier Gohin et Armel Pécheul, *La nouvelle Union Européenne, approches critiques de la Constitution européenne*, François-Xavier de Guibert, 2005; Michel Clapié, *Manuel d'institutions européennes*, Champs Flammarion, 3ème édition, 2010 ; Antonin Cohen, *De Vichy à la Communauté européenne*, PUF, 2012; Robert Salais, *Le viol de l'Europe, enquête sur la disparition d'une idée*, PUF, 2013; Antoine Vauchez, *Démocratiser l'Europe*, Seuil, la République des idées, 2014; Coralie Delaume, *Europe: les Etats désunis*, Michalon, 2014. Voir aussi, in *Politeia*, n° 13, *Constitution et traité de Lisbonne*, les contributions de Marie France Verdier, Anne Marie Le Pourhiet, Michel Clapié et Armel Pécheul.

Il met en évidence deux éléments qui rendent douloureux l'ordre juridique européen (1).
-D'une part, notamment à partir des trois arrêts de la CJUE (*Viking*, 6 décembre 2007, *Laval*, 18 décembre 2007, *Rüffert*, 3 avril 2008), il montre que l'Europe, qui a pourtant engendré le nazisme et sa transformation des hommes en choses, destructibles, (et qui devrait donc en garder, vif, le souvenir), peut mettre sur le même plan, ou en balance, la dignité de la personne humaine garantie par un droit du travail protecteur, et le dogme libéral de la libre circulation des personnes, des capitaux et des biens conduisant à du darwinisme social.

-D'autre part, il montre que la passion ultra libérale de l'Europe, unique au monde, « modèle », conduit à une pratique bureaucratique à tendance totalitaire. Il parle donc « *d'économie communiste de marché* », ce qui d'ailleurs peut correspondre à ce que ressentent beaucoup de citoyens des pays européens ex communistes qui disent subir désormais une forme moins grise, plus productivo- consumériste de normalisation paradoxalement libérale-bureaucratique. Et à un malaise croissant suscité par la multiplication des normes, précautions, directives, souvent issues des institutions européennes et « impactant », comme on dit aujourd'hui, notre quotidien.

Triomphe final de la démocratie des droits ou emprise croissante d'un totalitarisme libéral? Certes, la violence secrétée par l'ordre juridique européen n'est pas spectaculaire et sanglante. C'est une violence sans blessure visible, dissimulée et douce, bien dans l'époque qui pratique les process obligatoires, les adhésions obligées, les discussions en trompe-l'oeil, le refus contourné, le consensus factice, la mise en concurrence, le darwinisme social, l'élimination sournoise, le délaissements et l'abandon des hommes et des territoires sans valeur marchande, les fraternisations de façade, le harcèlement moralisateur, la normalisation et même la sur normalisation présentées comme bénéfiques, voire salvatrices mais ressenties comme mutilantes, régressives, oppressives (2).

Cette violence insidieuse et douce résulte d'un credo, d'un impératif catégorique, quasiment d'un principe moral. Depuis Jean Monnet, les dirigeants réels de l'Europe, juges, experts, sages des institutions européennes dites « indépendantes » (la *Commission* et sa dogmatique *Direction de la concurrence*, la *Cour de justice*, et désormais la *Banque centrale*) ont mission, en vertu d'un mandat impératif issu de la grande idée supérieure de l'indispensable construction européenne, d'imposer la voie salutaire aux européens rétifs aveuglés par leurs préoccupations immédiates et par leurs élus clientélistes.

On cherchera à détailler les trois fondamentaux juridico-politiques européens qui finissent par brutaliser les peuples au prétexte de les améliorer: la primauté, qui n'a pas été vraiment démocratiquement acceptée; l'identité constitutionnelle de chaque membre qui est affirmée mais en fait suspectée, refoulée; et la démocratie toujours proclamée mais souvent contournée.

1 -*L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010.

2- cf Giorgio Agamben, *Qu'est-ce qu'un dispositif ?*, Payot et Rivages, 2007; Roland Gori, *La fabrique des imposteurs*, LLL, 2013, et « de l'extension sociale de la norme à l'inservitude volontaire », in R. Gori, B Cassin, Ch Laval (dir.) *L'appel des appels pour une insurrection des consciences*, Mille et une nuits- Fayard, 2009; Catherine Thibierge, « La densification normative d'un dispositif: l'exemple du « référentiel d'équivalence horaires » destiné aux enseignants chercheurs » in Catherine Thibierge et ali., *La Densification normative*, Mare et Martin, 2013.

CHAPITRE II: LE « COUP » DE LA PRIMAUTE.

Fragilité de la construction européenne et violence constante faite à la volonté populaire, le pilier central de la « bienfaitante » construction est bâti sur du sable. La primauté n'est qu'une construction jurisprudentielle imposée, jamais ratifiée par les citoyens. Obsession de juges fédéralistes, voire centralisateurs, elle a fini par être admise avec quelques réserves, plutôt formelles, par les juges nationaux. Mais la connivence ne descend pas des juges jusqu'aux peuples. En haut c'est de l'entente subtile, du commerce de bon aloi, en bas, hors club, ce peut être du viol.

A- LA PRIMAUTE DESPOTIQUE

Le principe de base de l'*Union* selon lequel le droit, et l'ordre européen, priment sur le droit national et sur l'ordre national n'est pas, explicitement, inscrit dans les traités, qui ne consacrent que le caractère obligatoire et l'applicabilité directe des règlements, l'obligation de résultat des directives (article 288 *TFUE*) et le pouvoir d'interprétation de la *Cour de justice*. (article 19.1 *TUE* et 267 *TFUE*).

C'est une construction jurisprudentielle de cette très créative et très fédéraliste, et de fait très despotique juridiction. Celle -ci a usé, abusé ?, de son pouvoir d'interprétation, et du dernier mot, pour développer et imposer le grand récit constitutionnel suivant:

- Le droit de l'*Union* est directement applicable et s'intègre au droit des Etats qui abandonnent, irrévocablement, à l'*Union* des éléments de leur souveraineté: «*à la différence des traités internationaux, ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des Etats membres*»; «*issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même*» (*Costa/ Enel*, 15 juillet 1964).

- Le droit de l'*Union* prime même sur les constitutions nationales: «*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.*» (*International Handelsgesellschaft*, 17 décembre 1970).

- Les autorités nationales sont tenus de mettre en oeuvre le droit de l'*Union* : «*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 en laissant au besoin inappliqué, de sa propre autorité, toute disposition de la législation nationale même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination de celle-ci par voie législative ou par un autre procédé constitutionnel.*»

«*Est incompatible avec les exigences inhérentes à la nature du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national, ou toute pratique législative, administrative et judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit le pouvoir de faire tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales, formant obstacle à la pleine efficacité de normes communautaires*» (*Simmenthal*, 9 mars 1978).

Par conséquent, le droit communautaire prime sur toute disposition juridique nationale, et même sur la constitution des Etats membres. Et les juges nationaux doivent faire prévaloir le droit communautaire sur le droit national. Pourquoi pas. Le problème, la violence, vient de ce que cette supra constitution a été imposée discrètement - subrepticement, clandestinement?- alors qu'en démocratie, les citoyens doivent adopter expressément la constitution et que « nul n'est censé ignorer la loi », et particulièrement la loi fondamentale, le principe de base du système politique.

La Cour a donc imposé et développé un fondateur mais discret « ôte- toi de là que je m'y mette » dès le début des années 60 et alors même que les Etats-nations affirmaient leur pleine souveraineté. Et particulièrement la France gaullienne qui, alors, créait la force de frappe, appliquait une politique industrielle très volontariste, sortait de l'Otan et pratiquait la « *politique de la chaise vide* » conduisant au compromis de Luxembourg justement destiné à ne pas se faire imposer une décision par l'Europe! Alors que la France reconstituait sa souveraineté, bruyamment, l'Europe imposait la sienne, subrepticement.

B- LA PRIMAUTE MAL LEGITIMEE

Mais tout devait rentrer dans l'ordre démocratique avec la, très débattue, explicite, juridiquement et politiquement incontestable *Constitution européenne* qui proclamait la primauté de l'ordre juridique européen dès son article premier: article I.6: « *La constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des Etats-membres* ».

C'était l'une de ses « *avancées* », d'ailleurs trompeuse puisque la messe était dite depuis quarante ans. Ce n'était qu'une régularisation, mais démocratiquement nécessaire. En rejetant cette constitution, les citoyens français et hollandais n'auraient-ils pas, expressément, refusé la primauté imposée par le juge, et rejeté sa tardive régularisation? On peut d'ailleurs supposer que, s'ils avaient été à leur tour consultés par référendum, les citoyens britanniques, voire d'autres citoyens d'autres Etats- membres auraient aussi usé de leur droit de veto.

La gêne démocratique subsistant, le traité de Lisbonne revient sur la primauté par la bande, hypocritement. La primauté expulsée par la grande porte est ré introduite par le soupirail. C'est d'ailleurs une pratique assez courante de l'*Union* comme de toutes les administrations constantes et efficaces: pour, finalement, imposer la « bonne » règle aux assujettis rebelles, la noyer dans de l'obscur, au fond d'un texte interminable à l'usage des spécialistes.

Faute, en effet, de pouvoir carrément réintroduire à l'identique ce principe fondamental mais litigieux et rejeté, il y est fait référence dans la déclaration n° 27 (déclaration relative à la primauté) annexée au traité: « *La conférence rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'UE, les traités et le droit adopté par l'Union sur les bases des traités priment le droit des Etats membres, dans les conditions définies par ladite jurisprudence* .

En outre, la Conférence a décidé d'annexer au présent acte final l'avis du service juridique du Conseil sur la primauté tel qu'il figure au document 11197/07 (JUR 260): Avis du service juridique du Conseil du 22 juillet 2007: 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 l'Union européenne. A l'époque du premier arrêt de cette jurisprudence constante (Costa/ Enel, 15 Juillet 1964), la primauté n'était pas mentionnée dans le traité. Tel est toujours le cas actuellement. Le fait

que le principe de la 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 ».

Autrement dit, qu'importe les objections, même par voie démocratique, voire même la lettre des textes, puisque c'est la *Cour de justice* qui, pour consolider la bonne construction et faire progresser la bénéfique intégration, se reconnaît le droit (le devoir?) de relire -réécrire ?- le texte toujours dans le sens, fédéraliste, de la limitations des souverainetés étatiques. Ainsi est contourné, « réparé », le refus démocratique (cette « bévue », cette « faute ») et réaffirmé le despotisme éclairé européen: par un moyen détourné, revenir sur la bonne route au besoin contre les peuples, lorsqu'ils errent. S'ils se trompent, faute de pouvoir les dissoudre, les ignorer.

C- LA PRIMAUTE MAL « METABOLISEE »

« Mais de quoi se mêle-t-elle, pourquoi nous impose-t-elle tout ça, ça ne nous correspond pas, on ne m'a jamais demandé mon avis ou mon accord la dessus, quel préjugés, quel envahissement, ces libéraux sont hyper interventionnistes, qui servent-ils? », etc... Les réflexions de fait anti primauté européenne oublient les apports de l'Europe et les habilitations par traités formellement ratifiés. Elles peuvent être de mauvaise foi, relever d'une facile bouc-émissairisation de l'Europe et manifester beaucoup d'ignorance institutionnelle. Mais elles révèlent aussi un trouble juridico social: le droit européen entre trop souvent dans la catégorie du droit « mal métabolisé » (Alain Supiot), notamment parce que la primauté apparaît, non seulement, comme on l'a vu, despotique, mais aussi manichéenne, disciplinaire, colonisatrice et contre-productive.

1-La primauté manichéenne.

La primauté est un principe juridique issu d'un calcul utilitariste: dans le nouveau cadre de la mondialisation et de la concurrence avec les Etats- Unis d'Amérique, la Chine et toute l'Asie, les pays européens ont intérêt à donner la primauté à des gouvernants et à des règles communes; le bénéfique marché unique et la bienfaitante concurrence pure ne peuvent se concrétiser qu'avec l'imposition de règles et normes communes et l'interdiction des aides d'Etat qui fausseraient la concurrence, salubre, pour le consommateur, et, après ajustements, et en fin de compte, pour la croissance.

Cet a- priori, ce discours plus ou moins scientifié, rejoint la théorie fonctionnaliste (1) selon laquelle les problèmes qui dépassent les fonctions ou les capacités des Etats-nations conduisent à la création d'institutions internationales ou supra nationales appropriées. La paix, la prospérité, la promotion des valeurs universelles, seront assurés plus efficacement par ces institutions supra nationales au sein desquelles la poursuite du bien-être social n'est plus sacrifiée aux luttes pour le pouvoir. L'Etat est en effet perçu comme un instrument très imparfait, facteur de conflictualité interne et externe, à démembrer progressivement. Pour ce faire est pratiqué l'*effet d'engrenage, de débordement ou de diffusion (spill over effect)*. A chaque nouvelle étape, sa solution par le passage à un plus haut degré d'intégration. Ces constructions dont les fonctions sont donc appelées à se multiplier sont nécessairement technocratiques mais leur succès leur donne une réelle légitimité.

1-cf Ernst Haas, *The Unity of Europe: Political, Social and Economic Forces, 1950-1957*, David Mitrany, « The prospect of Intégration; Federal or Fonctionnal », *Journal Commun Market Studies*, 1965-1966, p.119; et voir la note de Michel Clapié dans son *Manuel d'institutions européennes*, Champs Université Flammarion, 3ème éd. p.392-394.

.

On voit que ce principe tend à devenir aussi un principe moral: tous les citoyens européens doivent pouvoir, à égalité, accéder aux progrès, et notamment aux droits ainsi engendrés et garantis par l'Europe (par exemple la libre circulation). C'est ce que dit l'arrêt *Van Gend en Loos*, qui, dès 1963, impose l'effet direct: « *le droit communautaire, indépendant de la législation des Etats - membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique* ». (1)

3- La primauté disciplinaire (« *fini de jouir* »-bis-).

Arrêter la construction continue, qui implique l'élargissement continu du champ de la primauté, c'est donc régresser, voire tomber du côté du mal. C'est en général ce qui est lancé à l'encontre des euro sceptiques, traités par exemple lors du débat sur la constitution européenne de réactionnaires, d'égoïstes, d'adversaires du progrès et du bien commun, voire de nationalistes bornés proches du racisme et voulant ranimer la guerre franco-allemande : bonne pensée européenne, intimidation, interdiction de parole et mise au ban des tenants de l'Europe des Etats, caricaturés. Violence.

La doctrine économique européenne, notamment reflétée par le *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSGC)*, 1er janvier 2013) exprime bien, sous pression allemande, cette dimension morale: « bonne » gouvernance, « salutaire » diète budgétaires, « dogme des 3 % », « faute » du transfert de la dette vers les générations futures, ou vers les Etats vertueux, rédemtrices disciplines budgétaires et monétaires. Mario Monti, devenu président du Conseil italien indiquait que pour les dirigeants allemands l'économie et les finances publiques avaient tendance à devenir un chapitre de la théologie morale. Sa remarque est d'ailleurs d'autant plus cocasse qu'il avait eu, lorsqu'il était Commissaire à la concurrence, tendance à sacraliser la « *concurrence pure et non faussée* ».

En tout cas, on assiste à un curieux télescopage historique: on retrouve dans la rigueur luthérienne de la chancellerie face aux « légèretés » des pays du *Club Méd* un écho à l'exhortation de Pétain martelant après la défaite de 1940 présentée comme conséquence, et punition, des intempérances budgétaires et sociales de 1936: « *fini de jouir* »(2). Vertus, péchés, punitions, souffrances, disciplines rédemtrices, les institutions européennes et les pays s'affichant vertueux peuvent être vécus par les partisans dits « réactionnaires » et « belliqueux » du stato-national et par les victimes des bonnes directives comme des harceleurs, pervers narcissiques qui, sous couvert de bons principes, poussent leurs avantages compétitifs et refusent la solidarité alors qu'ils dominent et modèlent le système, et en tirent profit. Du haut de sa primauté consubstantielle et bienfaitrice, l'Europe, donc, juge et moralise sans cesse, ce qui finit par être douloureusement vécu pour des citoyens qui n'ont pas le sentiment d'être en faute. Qui ont même le sentiment de sacrifices sans fin. Le jugement moral, et la menace d'excommunication qui l'accompagne, s'est accentuée depuis la crise de 2008, dont les européens ne sont pas responsables mais dont ils vont être pourtant punis.

1-CJUE, 5 février 1963

2- cf Gérard Miller, *Les pousse au jouir du Maréchal Pétain*, préface de Roland Barthes, Seuil, 1975.

Les arrêts fondateurs *Van Gend en Loos* et *Costa / Enel* assénaient que les « *limitations définitives de souveraineté* » consenties au « *nouvel ordre juridique de droit international* » que constitue la Communauté ne concernaient qu'« *un domaine restreint* ». Ce n'est plus le cas aujourd'hui. On avance en effet souvent que plus de 50% des législations et réglementations nationales ont une source communautaire. Et, régulièrement, sont évoquées des projets jugés incongrus et intrusifs de norme européenne, par exemple récemment, au motif, à priori moralement impeccable, de protection des ressources naturelles, sur les chasses d'eau. Monte donc l'idée que l'Union compense et masque son impuissance sur l'essentiel (la croissance et l'emploi) par un activisme sur le détail normalisateur, sous pression des firmes et sous couvert des bons sentiments.

Fantasma, opportune fabrication d'un bouc émissaire? Certes, pour partie. Reste toutefois, reconnaît même Denys Simon, « *la pratique, par la Cour, d'une « conception holistique et totalitaire de la primauté absolue du droit de l'Union* » (1). De même pour la Commission? La normalisation européenne est ressentie comme violence parce que souvent hors sujet de préoccupation (« *ils feraient mieux de se concentrer sur l'essentiel* ») et violente d'intimité et d'identité (« *ils veulent unifier nos modes de vie, détruire nos particularismes, nous expulser de nous-mêmes* ».)

Cette « extension continue du domaine du bien européen » a plusieurs causes:

- Le fonctionnalisme bien-pensant déjà mentionné: le niveau national n'est plus adapté, et il est belliciste; les Etats ont failli; il faut mettre le gouvernement du nécessaire ensemble supra national à l'abri des surenchères clientélistes.
- Faute de budget substantiel, d'armée, de police et de services publics, l'Europe est avant tout une puissance normalisatrice. Elle peut donc avoir tendance à sur utiliser le droit parce qu'il est son arme principale, voire exclusive, et parce qu'en cela, elle serait un modèle, précurseur.
- les traités successifs multiplient les transferts de souveraineté en faveur de l'Union alors même que les citoyens sont restés dans l'idée de « *transfert définitifs* » « *dans des domaines limités* » voire, de la pleine souveraineté des gouvernements nationaux sur les questions ressenties comme essentielles.
- Il est rare qu'une réglementation ne touche pas un des nombreux domaines ou principes européens(cf les multiples principes et compétences énoncées par le traité de Lisbonne: notamment, la défense de l'environnement, le respect des minorités, les droits fondamentaux, la monnaie, le marché unique, la libre circulation, les relations commerciales internationales.)
- La Commission compte autant de commissaires que de pays membres et chacun des 28 commissaires cherche à exister, par la réglementation et la décision dans le domaine qu'il a bien fallu lui trouver. Une commission plus resserrée pourrait abandonner l'accessoire, se consacrer à l'essentiel (croissance, emploi, environnement, aménagement des territoires, grands investissements) et apparaître alors utile, voire indispensable, et même populaire. La très européeniste *Fondation Robert Schuman* a d'ailleurs fait en 2014 une proposition en ce sens ce qui prouve que même des institutions très intégratrices commencent à prendre conscience des dégâts politiques de la primauté généralisée.

1 -cf « *L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union* », in *L'Identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, op.cit., p. 39.

Reste que le traité de Lisbonne consacre l'extension continue, qui peut être ressentie comme colonisatrice. Et il ouvre encore trois possibilités d'extension sans recours à un nouveau traité: la « *clause passerelle* » (article 48, paragraphe 7 du *TUE*: extension de la majorité qualifiée ou de la procédure législative ordinaire), la « *clause de flexibilité* » (article 352 *TFUE*) (1) , la « *méthode ouverte de coopération* », qui ne figure pas formellement dans le traité mais qui y est décrite et recommandée pour favoriser la convergence des politiques nationales (2).

La subsidiarité est présentée comme contrepoids à cette tendance en fait plus centralisatrice que fédéraliste. Selon l'article 5.3 *TUE*, « *en vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être atteints de manière suffisante par les Etats membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union* ».

Mais n'est-ce pas suggérer, conformément à la théorie fonctionnaliste et à la philosophie générale de la construction bénéfique, que le meilleur niveau d'action est en principe le niveau communautaire, et à défaut le niveau local ou régional, et non celui de l'Etat-nation. C'est d'ailleurs également le sous-entendu du protocole sur la subsidiarité et la proportionnalité.

En réalité, et jusqu'à maintenant, la subsidiarité apparaît surtout comme un drapeau brandi à chaque « *avancée* », « *progression* » pour rassurer ceux qui trouvent l'*Union* envahissante et intrusive (cf, encore, par exemple, le projet de normalisation des chasses d'eau ou de contrôle central des véhicules automobiles). Certes, un projet de directive peut être bloqué mais à la suite d'une procédure interparlementaire très compliquée qui a peu de chance d'aboutir. Et si les Etats peuvent introduire un recours devant la *CJUE* pour demander le respect du principe et un retour au niveau étatique, il ne pourrait aboutir que si la *Cour* cessait d'être chroniquement, existentiellement, intégratrice.

Toutefois, la subsidiarité demeure dans son principe et pourrait trouver, enfin, un vrai contenu sous la pression de la Grande Bretagne qui menace de sortir et de l'opinion montante demandant aux institutions européennes de se limiter, mais alors efficacement, à l'essentiel (monnaie, recherche, grandes infrastructures, politique industrielle et politique commerciale internationale orientées vers la croissance et l'emploi).

1- « *Si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques prévues par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que celle-ci n'ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil des ministres statuant à l'unanimité, sur proposition de la Commission européenne et après approbation du Parlement européen, adopte les mesures appropriées* ».

2- Domaines dans lesquels l'Union peut mener des actions d'appui, de coordination, ou de complément par rapport à l'action des Etats membres, comme la santé publique (article 168, § 2 *TFUE*), l'industrie (article 173, § 2 *TFUE*), la recherche 179, § 2 *TFUE*), ou la politique sociale (article 156 *TFUE*).

4- la primauté contre- productive?

Car la primauté n'apparaît plus forcément bénéfique. Nombre d'Etats- nations demeurent, fonctionnant fort bien dans la mondialisation et pas du tout en autarcie et/ou dans la régression. Ils passent entre eux des accords, échangent librement mais contrôlent mieux leur destin et impulsent mieux leur croissance que le « *modèle* » intégrateur européen. En tous cas, ils connaissent, dans l'ensemble, une croissance plus forte, et même beaucoup plus forte que notre si belle et si exemplaire *Union européenne*, anémiée par quoi et par qui? La Chine, les Etats Unis d'Amérique, l'Inde, le Brésil, la Russie, l'Afrique du Sud, le Nigéria, et tant d'autres Etats -nations maintenus ou rétablis n'ont aucune intention d'entrer dans des processus d'union qui les affaibliraient.

Le vingt et unième siècle est, en fait, marqué par la réaffirmation de l'Etat-nation. Et, en France, beaucoup se demandent si le processus d'intégration nous a été favorable, si nous n'avons pas beaucoup plus perdu (notre monnaie, notre langue, notre tradition administrative, notre efficace Etat colbertiste, notre modèle de croissance, notre capacité d'action internationale) que gagné, contrairement , sans doute, aux nouveaux entrants de l'est, à l'Allemagne, victorieuse, enfin, et même au Royaume Uni qui pratique efficacement à la fois le chantage à la sortie, l'entrisme et le noyautage institutionnels et l'opting out pour limiter son Europe à ce qu'elle a toujours voulu qu'elle soit, une grande zone de libre- échange.

De fait, mais est-ce imputable à la France qui n'a pas su s'adapter à la mondialisation via l'Europe, ou à l'Europe qui a désarmé la France, avec son naïf accord, l'approfondissement européen s'est accompagné du déclin de la France. D'où l'idée-complètement fautive?- que l'ordre européen, non seulement fait souffrir la France mais aussi la désarme et l'abat.

D- PETITE REPARATION: LA PRIMAUTE MODULEE?

Si ce calcul coûts / avantages se révélait, à la longue, négatif dans d'autres pays européens, et en l'absence d'attachement affectif à l'*Union* permettant de sortir des égoïsmes terre à terre, ne faudrait-il pas, pour la sauver, limiter les domaines de la primauté. Et donc mettre, enfin, en pratique la subsidiarité et l'identité. Mais aussi atténuer, moduler l'impact de cette même primauté. Voilà, sur ce sujet essentiel, un magnifique terrain de manoeuvre, ou plutôt de négociation dans le cadre du si fameux « *dialogue* », à mots couverts, ou « *commerce des juges* », avec, d'un côté, des cours nationales (re) devenant quelque peu suprêmes, et, de l'autre, une *Cour de justice européenne* modelant le principe en s'accommodant de certaines restrictions nationales, et une *Commission* moins dogmatique et moins moralisatrice.

Par exemple, le grand et beau principe de la liberté de circulation des personnes pourrait être modulé pour tenir compte des situations et des garanties sociales existant dans les différents pays, de départ et d'accueil, et du niveau des aides européennes accordées aux uns et aux autres. Ce serait prendre en compte une revendication de David Cameron et du Royaume uni, que l'Allemagne souhaite plutôt inciter à rester dans l'*Union*, et mettre en pratique la « *démocratie continue* » selon Dominique Rousseau: les interprétations des juges se feraient, alors, vraiment, au « *miroir* » des sociétés concernées, les peuples en souffrance devenant des « *amis de la Cour* »! Et, quelque peu, de l'*Union*?

Depuis *Costa/ Enel*, on justifie notamment la primauté par l'égalité de traitement des Etats. Or, l'argument a aujourd'hui moins de poids compte tenu de : l' opting out britannique; l'élargissement continu qui a conduit à instituer une sorte de

discrimination positive en faveur des nouveaux entrants; l'inégalité des droits de vote confirmée et aggravée par le traité de Nice; la reconnaissance dans les traités de situations spécifiques appelant des traitements spécifiques (Allemagne de l'Est, Antilles, etc...); le constat que, compte tenu des contextes sociologiques et administratifs, les réglementations européennes s'appliquent plus ou moins, bien ou mal; et aussi l'existence des zones intra européennes à contraintes spécifiques (zones Euro et Schwengen).

D'ailleurs, la nécessaire modulation souverainiste de la primauté ne serait-elle déjà amorcée? Pour Jean Pierre Desrosier, « *si une norme inhérente à l'identité nationale à un Etat devait faire obstacle à l'application d'une norme de l'Union, cette norme nationale pourrait éventuellement prévaloir sur le droit de l'Union puisque ce dernier impose lui-même son respect. Dans des affaires récentes et suivant les conclusions des avocats généraux, la Cour a fait sien ce raisonnement et elle l'a expressément confirmé dernièrement en admettant qu'un « élément de l'identité nationale peut être pris en compte lors de la mise en balance d'intérêts légitimes avec le droit de libre circulation des personnes reconnu par le droit de l'Union »* »(CJUE, 22 décembre 2010 Aff. C.208.09 *Ilonka Sayn -Wittgenstein c/. Landeshauptmann von Wien* et CJUE 12 mai 2011, Aff. C-391-09, *Runevic-Vardyn*).

Et, pour Gaelle Marti, la conception absolue du principe de primauté « *semble cependant avoir vécu. On en veut pour preuve la reconnaissance dans l'arrêt Omega de la légitimité d'une mesure étatique portant atteinte aux libertés de circulation reconnues par les traités au motif qu'elle « correspond au niveau de protection de la dignité humaine que la constitution nationale a entendu assurer sur le territoire » de cet Etat membre ou encore le banc seing donné par la Cour, dans l'arrêt Melki, au mécanisme français de la QPC. De même, dans un arrêt Runevic-Vardyn rendu le 12 mai 2011, la Cour a également reconnu la légitimité d'une mesure nationale potentiellement attentatoire à la libre circulation des citoyens européens dès lors qu'elle avait pour but de préserver « l'identité nationale » de l'Etat en cause, en l'espèce la Lituanie, par la protection de ses règles linguistiques en matière de graphie. »*

Voilà de petites modulations jurisprudentielles, bien compréhensibles. En effet, la Cour pouvait-elle admettre l'atteinte à un droit fondamental (*Omega*)? Elle aurait provoqué une grave crise politique en s'opposant à la *QPC*, et chaque Cour suprême nationale doit garder du grain à moudre (*Melki*). Enfin, les questions de titres nobiliaires (Aff. *Ilonka Sayn -Wittgenstein c/. Landeshauptmann von Wien*) ou de graphies particulières sont accessoires. Mais, pendant ce temps, hors contentieux, les identités nationales et constitutionnelles n'ont- elles pas été atteintes, et violées, sur du plus fondamental?

1- Jean pierre Desrosier, « Le noyau constitutionnel identitaire, frein à l'intégration européenne » et Gaelle Marti, « Le statut contentieux du droit constitutionnel devant la Cour de justice de l'Union européenne », communications au congrès *AFDC*, Nancy, 2011, et *Politeïa*, n° 22.

CHAPITRE III- LE REFOULEMENT DES IDENTITES

Les promoteurs de l'intégration européenne - prenant conscience de la sourde violence opérée par une primauté sans nuance ou soucieux d'afficher des contrepoids souverainistes cosmétiques lors de chaque « *avancée* » européenne ?- ont donc consacré parallèlement deux limites, deux garde-fous anti primauté, la subsidiarité et l'identité.

La formulation du contrepoids subsidiarité est, on l'a dit, ambiguë. D'une part, la procédure permettant aux parlements nationaux, dans le cadre de la subsidiarité, de récuser un projet d'acte législatif européen est trop lourde pour être couramment utilisable. D'autre part, les textes européens la définissant sous entendent que le niveau européen et/ ou le niveau régional peuvent être les meilleurs niveaux d'intervention. La subsidiarité peut donc aussi apparaître comme une arme anti Etats au service du renforcement de l'Europe (1).

Toutefois, l'utilisation politique, systématique, par un ou plusieurs Etats membres, de ce principe quasi constitutionnel européen d'inspiration chrétienne selon lequel les décisions doivent être prises par des instances se situant au plus près des problèmes concrets et des communautés de vie, pourrait reconduire l'Europe dans une voie fédérale, et non plus centralisatrice, raisonnable.

Quant au contrepoids identité (« *nationale* » selon le traité de Maastricht; « *constitutionnelle* » selon la décision du *Conseil constitutionnel* du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, et le traité de Lisbonne), que nous interrogerons surtout ici, il fait polémique. Car si l'identité a été instituée pour atténuer la violence de la primauté, c'est raté: la violence de la primauté n'est pas, encore?, atténuée, comme soignée par le contrepoids, ou l'onguent de l'identité. Elle est plutôt redoublée par la violence de l'identité reconnue en vain. Il y a, en effet, un cruel paradoxe européen des identités nationales: les institutions nationales et européennes les reconnaissent, les quasi constitutionnalisent mais, en même temps, voire auparavant, les nie, ou les viole.

Pourquoi cette reconnaissance juridique réitérée mais vaine? Certes parce que la concrétisation de l'identité par les Etats s'opposant en son nom à l'Union pourrait avoir de lourdes conséquences juridico-politiques: actions en manquement, renégociations de directives, voire révisions constitutionnelles pour se conformer à l'ordre européen en éliminant les éléments contraires de l'identité constitutionnelle. Mais aussi, et surtout?, parce que l'identité est suspecte, et donc, dans les milieux dirigeants encore culturellement hégémoniques acquis à la bien-pensance européenne, sous « *imprégnation* » européenne, nauséabonde, inexprimable, refoulée. Interdite?

1- voir ci-dessus, pp.15-16. Et, selon fiche technique de l'Union consacrée à la subsidiarité (2013), les objectifs de celle-ci sont les suivants: « *Dans les domaines qui ne relèvent pas de la compétence de l'Union* », ce principe « *entend protéger la capacité de décision et d'action des Etats -membres et il légitime l'intervention de l'Union si les objectifs d'une action ne peuvent pas être satisfaits de manière satisfaisante par les Etats membres en raison des dimensions et des effets de l'action envisagée* ».

Et puis ne serait-ce pas trop tard pour les identités, le « *grand remplacement* » européen ayant déjà été opéré? Reste que la subsidiarité pourrait être utilisée comme ersatz, présentable, de l'identité, suspecte, dans le cadre des petites réparations (réorientations dans le cadre des traités existants) que l'exaspération à l'égard de l'intégration unificatrice finira par imposer. Identités reconnues en vain, suspectes, déjà violées mais possiblement réintroduites via la subsidiarité?

A-L'IDENTITE RECONNUEE EN VAIN

Les faits étant bien connus, nous nous bornerons ici à un rapide rappel. La décision du *Conseil constitutionnel* du 27 juillet 2006 précise la formulation de la « *réserve de constitutionnalité* » consacrée par sa décision du 10 juin 2004 (*Loi pour la confiance dans l'économie numérique*): « *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* ».

Et, conformément aux conclusions de son commissaire du gouvernement Mattias Guyomar sur l'arrêt *Arcelor* (8 février 2007), le *Conseil d'Etat* se place sur la même ligne. Il se donne le rôle d'« *aiguilleur* » d'abord attribué par Bruno Genevois au *Conseil constitutionnel* (1). Pour Mattias Guyomar, suivi par le *Conseil d'Etat*, si le « *noyau dur* » constitutionnel national est mis en cause, la constitution prévaut, ou doit être révisée; sinon s'opère la « *translation* » vers la *Cour de justice*.

Quant au traité de Lisbonne (signé le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1er décembre 2009), il affirme, en reprenant l'article 1-5 de feu la constitution européenne : « *l'Union respecte l'égalité des Etats membres devant les traités 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 des Etats* » (article 4.2).

Apparemment, donc, est respectée la limite, la ligne rouge souverainiste exprimée par Pierre Mazeaud, président du *Conseil constitutionnel* dans ses vœux au président de la République, en janvier 2005: « *...le droit européen, si loin qu'aillent sa primauté et son immédiateté, ne peut remettre en cause ce qui est expressément écrit dans nos textes constitutionnels et qui nous est propre. Je veux parler ici de tout ce qui est inhérent à notre identité constitutionnelle au double sens du terme inhérent: crucial et distinctif. Autrement dit, l'essentiel de la République* ».

1- Bruno Genevois « *Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé (à propos de la décision n° 2004-496 du 10 juin 2004)* ». *RFDA* 2004, p 651 : « *on pourrait s'attendre alors, et on y reviendra, à ce que le Conseil constitutionnel joue un rôle d'aiguilleur. A l'occasion de l'examen de la constitutionnalité d'une loi de transposition, il lui appartient d'en confronter le contenu à la constitution. En cas de contrariété de la loi au texte constitutionnel, l'obligation de transposition ne pourra être satisfaite qu'au prix d'une révision préalable de la constitution* »

De plus, ainsi que Mattias Guyomar le détaille dans ses conclusions *Arcelor*, la jurisprudence française rejoint les jurisprudences d'autres « grands » Etats-membres. Enfin le contenu de la mystérieuse identité constitutionnelle a été largement étudié, imaginé par une abondante doctrine. Bruno Genevois (1), se référant au « *commentaire particulièrement autorisé* » de J.E. Schoettl (2), mentionne l'article 6 de la déclaration des droits de 1789 en ce qui concerne les critères d'accès aux emplois publics, la règle faisant de la France une république laïque figurant à l'article 1er, la définition du corps électoral politique donnée à l'article 3, l'indivisibilité de la République, la règle faisant du français la langue de la République. Et la liste n'est pas exhaustive.

On aurait donc pu s'attendre à un affrontement avec la *Cour* qui entend faire prévaloir les règles européennes y compris sur les constitutions nationales (*Simmenthal*) et pour qui « *le recours à des dispositions de l'ordre juridique interne pour limiter la portée des dispositions du droit communautaire auraient pour effet de porter atteinte à l'unité et à l'efficacité de ce droit et ne saurait être admis* » (17 Décembre 1980, *Commission c/Belgique* 149/79 p.3881).

En effet, comment résoudre, ou dépasser la contradiction souveraineté nationale - intégration européenne, ou hiérarchie des normes couronnée par la constitution nationale- hiérarchie des normes sous domination européenne. Ou encore primauté européenne sauf en ce qui concerne les identités constitutionnelles entendues de manière extensive au niveau des Etats et, au contraire, de manière restreinte au niveau européen? L'aporie demeure, indépassable: soit prévaut le national, soit prévaut l'europpéen. L'Europe - même est dans la contradiction: alors que la *Cour* martèle primauté sur tout, y compris la constitution, et on peut en déduire sur tout dans la constitution, le traité de Lisbonne limite la primauté en consacrant les identités constitutionnelles nationales.

Le dépassement de l'aporie n'est que rhétorique: on proclame la réserve de constitutionnalité, le noyau dur constitutionnel indestructible mais on s'est bien gardé de provoquer l'affrontement en lui donnant le moindre contenu concret. Pourquoi le choc frontal n'a-t-il pas eu lieu?

Parce qu'ont été soigneusement évitées les occasions de conflit? Par exemple, il n'est pas question pour l'Europe de combattre ouvertement la laïcité à la française. Parce que les Etats et leurs Cours suprêmes se sont soumis? De fait, même la *Cour de Karlsruhe*, si attachée à la souveraineté parlementaire nationale, certainement pour elle élément de son identité constitutionnelle au même titre que les droits fondamentaux, n'a pas osé provoquer une crise européenne grave risquant de concrétiser l'image d'une Allemagne égoïste, non coopérative et indifférente voire dominatrice à l'égard des Etats-membres financièrement en difficulté. Par sa décision du 7 février 2014 elle a, finalement, renvoyé à la très intégratrice *Cour de justice*, la question de la légalité de l' *OMT* imaginée par la *BCE* de Mario Draghi.

1- op cit

2- *Petites affiches*, 18 aout 2004, p.18.

Elle indique, dans une argumentation aussi « accommodante », comme dit la BCE, que ce programme de rachat d'obligations d'Etat sur le marché monétaire secondaire, qu'il va peut-être « *au-delà du mandat de politique monétaire de la BCE* » et qu'il pourrait être « *en infraction vis à vis des prérogatives des Etats membres et du financement monétaire du budget* ». Mais la Cour suprême allemande juge également « *possible qu'une interprétation restreinte de la décision OMT* » le rende conforme au traité. Lorsque le programme d'achat de la BCE sera entériné par la Cour - après interprétation souple de l'article 123 *TFUE* ? -on pourra sans doute dire que le « *dialogue des juges* » a été tellement fructueux qu'il a permis d'éviter les sujets qui fâchent.

Habiles contournements, louable réserve de juges suprêmes craignant d'apparaître gouvernants, illégitimes, s'ils créent, ainsi, une grave crise politique nationale et européenne. Usage pour eux protecteur des dispositions constitutionnelles nationales qui ont introduit, d'une manière contradictoire ou baroque, l'ordre constitutionnel européen au sein – au-dessus?- de l'ordre constitutionnel national (article 88-1 de la constitution française voire article 23.1 de la loi fondamentale allemande)?

Si l'on se situe en « droit pur », on constate qu'il n'y a pas eu conflit. On s'en félicite. On pourra même y voir le signe de l'avancée d'un nouvel ordre juridique bien régulé par des juges s'harmonisant subtilement, hors stato national. Mais, si l'on sort de la fiction du « droit pur », et si l'on considère qu'un ordre juridique est constitué non seulement par un agencement de normes et d'institutions, notamment juridictionnelles, mais aussi conditionné par une culture juridique, on peut avancer deux raisons, l'une idéologique, l'autre plus historique, même s'il s'agit d'histoire immédiate, pour expliquer que les identités pourtant reconnues, consacrées au plus haut niveau de la hiérarchie des normes aussi bien nationales qu'européennes n'ont pas été définies, mises en avant et utilisées comme arme anti primauté. Et pour dire le malaise, la souffrance que cela peut provoquer. En tous cas en France, l'identité est suspecte, et déjà violée.

B- L'IDENTITE SUSPECTE

La disposition précitée du traité de Lisbonne consacrant l'identité nationale est en fait restrictive et ambiguë. Elle semble en effet confondre identité et régionalisme, ou « *respect de l'autonomie locale* ». C'est une approche limitative, ciblée, de l'identité qui ne dit rien de ce que pourrait être l'identité allemande, française, britannique, etc... Il est vrai que c'est une question d'ordre culturel, historique, sociologique que le « droit pur » repousse par principe. Et qui, d'ailleurs, comportant autant de réponses que d'Etat-nations membres, se prête très mal à une formulation générale. De plus, la disposition laisse aux Etats la tâche régaliennne qui peut salir les mains de l'ordre public et de la sécurité nationale et maintient opportunément l'Europe dans le nouvel ordre éthéré et modèle du « *patriotisme constitutionnel* » européen et de l' « *éthique de la discussion* ».

Enfin, et surtout?, elle correspond à l'idéologie et aux intérêts des institutions européennes. C'est un encouragement à l'essor des régions, contrepoids aux Etats qui ne veulent pas lâcher prise: pour les autorités européennes, mieux vaut avoir affaire à une multitude de régions concurrentes amadouables par quelques reconnaissances officielle et quelques aides bien ciblées. Et c'est le reflet d'une gêne, d'une suspicion, voire une manoeuvre, une tromperie provoquant malaise et souffrance: on le répète, les identités reconnues, proclamées, particulièrement lors de chaque « approfondissement » européen sont en fait suspectées, refoulées, minimisées, ou réorientées alors même que, pour beaucoup, elles sautent aux yeux. Trois types de suspicion et préventions sont à

l'œuvre au sein de l'idéologie européeniste encore dominante pour refouler ou minimiser les identités.

-les identités coupables.

Dans le cadre du manichéisme européen que l'on a déjà constaté, les identités peuvent être présentées comme régressives, voire pestilentielles. Quand, il y a quelque trente ans, Fernand Braudel s'attachait à cerner l'identité de la France (*L'identité de la France*, Arthaud, 3 volumes, 1986), la question semblait essentielle et il n'apparaissait pas comme un horrible réactionnaire. On n'était pas alors dans la *moraline*, dans le ciel des bonnes idées à l'usage de bien-pensants excommunicateurs mais à la recherche, légitime, des fondements de l'histoire nationale, des structures permanentes des sociétés, objectivement si possible.

Aujourd'hui, le mot apparaît malséant contrairement aux mots connotant au contraire progrès, nouvelle démocratie comme gouvernance ou subsidiarité. Et peu importe si la gouvernance est avant tout une méthode de gestion des entreprises transposée, imposée aux Etats et aux peuples et si la subsidiarité a pu être, à l'origine, un principe catholique conservateur pouvant justifier l'autorité sans conteste du père sur sa famille.

Pour beaucoup, aujourd'hui, le mot identité est nauséabond, en tous cas quand on l'applique à la France car ceux- là même qui nient l'identité française, question selon eux « pétainiste », populiste, lepeniste, régressive, réactionnaire, seront les premiers à célébrer l'identité des peuples que nous avons exploités. Pourtant quiconque a un peu voyagé et vécu à l'étranger sait très bien, que les identités existent, qu'on doit les respecter si on veut séjourner sur place, mais que ça ne signifie pas qu'on ne croit pas, en même temps, aux droits universels. Et quiconque enseigne le droit comparé insiste sur les diverses cultures déterminant dans les divers Etats-nations, institutions, règles et procédures. Et on constate, et on admet, aujourd'hui partout des revanches nationales identitaires (Russie, Chine, Inde, Iran, Algérie, nombre pays d'Afrique noire, etc...). Identité exaltée versus identité coupable puisque nos appareils idéologiques dominants pratiquent plutôt la haine et la honte de soi, masochisme destructurant.

Erreur, voire faute ici, vérité au-delà. La pourtant traditionnellement conservatrice *Académie Française* a hésité à admettre en son sein Alain Finkelkraut parce qu'il se préoccupe de la question (cf notamment son *Identité malheureuse*, Stock, 2013). Ou encore, le colloque *Identité constitutionnelle et valeurs européennes communes; analyses à partir de la constitution hongroise* organisé à l'*Institut hongrois* de Paris avec le *Centre de recherches en droit constitutionnel de Paris I* le 10 octobre 2012 a, à mon sens, dès l'abord limité sa portée.

On commença en effet par dire que les constitutions historiques peuvent difficilement être qualifiées de constitutions, et que le droit authentique transcende sociétés et histoires, loin des justifications réactionnaires de Bonald ou de Savigny, qu'il faut dépasser la coutume et se situer du côté des droits de l'homme universaux. On ne parla donc plus vraiment du sujet putride. Négation des réalités, silence sur les non convenables malaises sociaux et traditions nationales. Surtout pas d'histoire et de sociologie. Mais comment faire l'Europe sans voir tout ce qui la constitue et sans traiter, d'abord, de ce qui l'empêche?

- les identités accessoires, décoratives.

Les identités constitutionnelles peuvent aussi apparaître accessoires, ou insignifiantes. Y participeraient alors les blasons, les drapeaux, les hymnes, les titres nobiliaires, ou encore les traditions culinaires, tauromachiques et de la chasse. Aucune raison alors pour refuser cette ré humanisation de la mondialisation libérale individualiste par un peu de folklore, de communautarisme de bon aloi, de régionalisation et de nécessaire ré enracinement périodique dans l' Heimat. A moins, bien sûr, que cela ne heurte trop la Nature, les droits fondamentaux des générations futures et des animaux (par exemple, problème, n'est-ce pas si considérable, du gavage des oies.)

-Les identités identiques.

Mais les identités européennes et nationales peuvent aussi apparaître quasi identiques si bien qu'en garantissant l'identité européenne, par exemple au travers des droits fondamentaux, on préserve tout autant les identités nationales. On l'a déjà dit, si on ne trouve pas de contenu spécifique pour l'identité constitutionnelle nationale, autant confier directement le contrôle à la *CJUE* qui pourra, quant à elle, assurer une interprétation uniforme dans l'ensemble de l'*Union*. S'il apparaissait que l'identité nationale est atteinte, le *Conseil d'Etat*, impeccable garant de la hiérarchie des normes, n'opérerait pas la « translation », et ferait, bien sûr, prévaloir la constitution nationale et la traditionnelle hiérarchie des normes. Mais si l'on ne donne jamais de contenu à la mystérieuse (ou putride) identité, ce ne sera jamais le cas. De même si l'Europe, notamment à travers la charte des droits fondamentaux, assure à ceux-ci une garantie équivalente, voire supérieure à celle des Etats, plus besoin, en Allemagne, de la jurisprudence protectrice *So lange*.

Mais n'est-ce pas réduire l'identité aux droits de l'homme, universaux, et postuler que les identités nationales doivent être refoulées, ou rééduquées (cf le colloque précité sur l'identité de *l'Institut hongrois?*), parce qu'elles ont trop tendance à violer ces droits sacrés. Vertueuse identité universelle versus putrides identités nationales et conversion obligatoire à la bonne identité humaine, préfigurée par l'identité modèle, européenne. incluant les droits fondamentaux, le patriotisme constitutionnel, l'éthique de la discussion, le respect des communautés et des régions, la bonne gouvernance libérale, la méfiance à l'égard de l'interventionnisme d'Etat, la préférence à l'égard des autorités indépendantes appliquant, à l'abri du clientélisme politique (pléonasme?), les bonnes et incontestables règles libérales préexistantes, la vocation à ouvrir cette société néo démocratique et ce gouvernement d'avant- garde à tous les pays qui font l'effort de s'en rapprocher?

C-L'IDENTITE DEJA VIOLEE

Il est possible que nos hauts magistrats - aveuglés par le si harmonieux *commerce des juges*, des perspectives de carrière européennes, ou par la foi dans ce nouveau monde?- partagent la conviction d'Alexandre Viala, selon laquelle l'identité constitutionnelle de la France serait moins marquée que l'identité constitutionnelle d'autres pays européens, tels la Grande Bretagne, puisque nous avons souvent changé notre constitution (1).

1- « Le concept d'identité constitutionnelle. Approche théorique » in *L'identité constitutionnelle saisie par les cours européennes*, op.cit.

On peut peut-être l'admettre si l'on se borne à la constitution stricto sensu. Mais si l'on donne à constitution un sens plus large incluant l'identité constitutionnelle (culture juridique, constitution historiques, mode d'intervention de l'Etat, rapport des citoyens aux pouvoirs, idée de la place du pays dans l'histoire et dans le monde, propension à y agir au nom des valeurs universelles) (1), on constate au contraire qu'il y a une très forte, très consistante, identité constitutionnelle française souvent très opposée à ce qui pourrait composer l'identité constitutionnelle de l'Europe.

Où qu'on ne retrouve pas grand-chose de cette identité française dans l'identité européenne alors que l'identité allemande lui a apporté l'économie sociale de marché, le patriotisme constitutionnel, l'ordo libéralisme, la rigueur monétaire, la phobie de l'inflation, voire le fédéralisme (2), la réticence à l'égard des interventions et pouvoirs militaires, l'influence internationale via le commerce extérieur. Et l'identité britannique, la langue anglaise, d'autres traditions juridiques et administratives, la création ouverte du droit par les juges, l'objectif du grand marché.

Notre thèse est ici que la violence faite à la France est particulièrement vive car les identités française et européenne s'opposent sur bien des points. L'identité française n'est pas « meurtrière »(3). Elle est meurtrie parce que violée par la construction européenne. Du fait de son histoire, de ses valeurs, de son idéologie, l'Union européenne ne peut être en harmonie avec un Etat centralisé, unitaire, colbertiste, étatiste, interventionniste, plutôt militariste ou observant que l'action militaire est une condition du rayonnement international. La construction européenne bouleverse l'identité constitutionnelle de la France sur au moins trois de ces éléments fondamentaux: son idée de la souveraineté, sa constitution économique, sa constitution sociale. La question n'est pas ici de savoir si la mondialisation rend ces fondamentaux français ringards, et handicapants. Elle est de constater que leur abandon, par l'intermédiaire de l'Europe, professeur en mondialisation, nous trouble, nous meurtrit.

1- la souveraineté siphonnée

a- Bodin ou Hayek?

Juridiquement, tout va bien. Chaque nouveau transfert de souveraineté à l'ordre juridique européen est contrôlé par le *Conseil constitutionnel* qui impose à chaque fois une révision constitutionnelle pour le mettre en conformité avec la constitution. Et la révision est à chaque fois régulièrement ratifiée. Le peuple, ou plutôt ses représentants exercent donc la souveraineté pour admettre toute limitation ou tout transfert de souveraineté et les formes de l'article 54 sont respectées.

1- cf Bernard Cubertafond, «XXL Constitution élargir et creuser le champ constitutionnel», communication au congrès de l'AFDC, Nancy, 2011 et *Politeïa* n° 19

2- cf Guillaume Duval, *Made in Germany, Le modèle allemand au-delà des mythes*, Seuil, 2013.

3- Allusion au livre d'Amine Maalouf, *Les identités meurtrières*, Grasset, 1998, qui traite d'une toute autre question.

Mais on fait comme si on se plaçait dans le cadre d'un problème classique de relation entre ordre national et ordre international: limitations ponctuelles de souveraineté ne mettant pas en cause l'existence même de celle-ci. Or, les transferts se sont multipliés et ils portent sur des éléments essentiels de la souveraineté (politique budgétaire, monnaie, relations économiques et taux de change, contrôle aux frontières et politique migratoire, politique commerciale, aides d'Etat et politique industrielle, ou plutôt quasi interdiction de mener une telle politique au niveau national).

Et via la flexibilité, les clauses passerelles, la méthode ouverte de coopération, tous les domaines d'exercice de la souveraineté peuvent être touchés. Surtout, chaque transfert entraîne une centralisation au profit de l'*Union* (directives, contrôle, recours en manquement, pouvoir du dernier mot de la *CJUE*, condamnation, sanctions) étrangère aux relations classiques entre national et international.

Il y a même une volonté de mettre en commun la politique étrangère et la défense. Certes, la création, par le traité de Lisbonne du Haut représentant n'a pas abouti concrètement à grand- chose car les positions géographiques, les histoires, les alliances traditionnelles, les visions d'eux-mêmes des principaux Etats membres, par ailleurs toujours rivaux entre eux, sont différentes. La politique étrangère et de défense se situe et se détermine au niveau national et il n'y a pas une nation européenne mais des nations ayant une forte existence au niveau international (Grande Bretagne, Allemagne, France, Pologne, notamment), et des oppositions et alliances mouvantes entre elles.

Reste, au niveau de ce qu'on pourrait appeler l'idéologie européenne, des idées très négatives sur les politiques étrangère et de défense nationales: pourquoi la France dispose-t-elle encore un siège de membre permanent au conseil de sécurité de l'*ONU*, ne devrait-elle pas le céder à l'Europe (la revendication s'adressant, me semble- t-il , moins à la Grande Bretagne, qui est toujours autorisée à pratiquer l'opting out); quand la France intervient au Mali, l'appui européen est faible, l'Allemagne, notamment, soulignant « amicalement » qu'elle y défend ses intérêts nationaux. Et il n'est pas question d'exclure les investissements de défense lors du contrôle des déficits par la *Commission* (et pourtant le souhait insistant du tuteur Etasunien d'un accroissement européen des dépenses de défense pourrait pousser en ce sens).

L'idéologie du bonheur et du progrès par l'Europe déjà décrite et des procédures classiques de droit international en système dualiste ont été utilisées pour mettre en place, peu à peu, un système moniste, voire une centralisation à l'avantage d'institutions non élues, ou n'ayant qu'une relation lointaine, alambiquée, avec l'investiture démocratique. Sans que cela ait été clairement dit, et en respectant des formes juridiques, notre souveraineté nationale, pourtant si chérie et revendiquée a été siphonnée. Certes, la mondialisation, la coopération internationale, et le contrôle de constitutionnalité ont, chacun le sait, érodé le prétendu pouvoir suprême, discrétionnaire, inconditionné, du souverain national. Reste que les écrits de Bodin et Carré de Malberg donnent toujours, en arrière fonds, la tonalité, quand on parle ici de souveraineté. La France continue à se vivre comme une nation pleinement souveraine, indépendante au dedans et au dehors, qui a eu, et qui peut encore avoir une influence et une politique singulière.

Or les traités, la *Commission* et le bon élève allemand rappellent aux souverainistes colbertistes attardés les bonnes règles: un déficit budgétaire au pire de 3% du PIB, et si possible nul (la fameuse règle d'or à constitutionnaliser), une dette publique ne dépassant pas 70% de ce même PIB, de vraies réformes du marché du travail, sur le modèle des lois allemandes Hartz- Schröder et une réelle réduction des charges.

S'opposent donc une conception prométhéenne du pouvoir, souverain, encore rêvée par la France et une conception manageriale (new public administration, bonne gouvernance) prônée par l'Europe. Pouvoir inconditionné de politiques démiurges versus pouvoir conditionné par les bonnes règles (libérales financières) sous contrôle de collèges d'experts se disant neutres, désintéressés, sages. Bodin remplacé par Hayek. Ou, pire, soumission à un groupe d'Etats amis étrangers, voire à l'ennemi traditionnel, devenu ami incontournable et modèle. Soumission au vainqueur final de la guerre, devenue économique! Et peu importe si ces règles arbitraires, ces dogmes, ces prétendues vérités scientifiques ne correspondent plus aux nécessités européennes de 2014, et que des prix Nobel d'économie insoupçonnables d'étatisme, voire le président de la *BCE*, prônent plutôt, en 2014, une pause dans la réduction des déficits, voire une relance momentanée par la demande privée et publique.

b- Le contrôle superficiel du *Conseil constitutionnel* (1).

On regrettera donc que le Conseil Constitutionnel n'ait effectué son contrôle qu'à moitié. Car il aurait pu, lors de chaque déclaration d'inconstitutionnalité d'un nouveau traité, d'une nouvelle « avancée » européenne, encadrer la révision en donnant des indications sur son contenu nécessaire. Ou son président aurait pu, lors d'une déclaration solennelle, par exemple lors des vœux au président de la République, alerter sur le caractère désormais double, et en fait contradictoire de notre constitution: un long texte détaillé insistant sur le pouvoir de décision de l'exécutif et sur le pouvoir législatif subordonné du parlement et un amendement constitutionnel tardif, lapidaire, et à tiroirs plaçant en fait la France sous le parasol européen (on dirait au Maroc « sous l'ombre du roi »).

Une telle déclaration n'aurait-elle pas été plus utile à la démocratie que des récriminations sur la loi « bavarde », « gazeuse », « molle » (1) adressées d'ailleurs au seul Parlement français, comme si la loi européenne était exempte de tout reproche (voir Chapitre IV, B Obscurité). Une clarification solennelle, ou des réflexions dans le même sens formulées par la *Commission Balladur*, aurait peut être conduit à une introduction plus franche de l'Europe dans notre constitution.

1-Lire Patrick Gaïa, « Le Conseil constitutionnel est-il encore le gardien de la souveraineté nationale ? », *Politeia*, n° 25, 2014, p.209 s.

2-cf, dans la suite des critiques de Renaud Denoix de Saint Marc, vice- président du *Conseil d'Etat*, et de Jean Louis Debré, président de *l'Assemblée nationale*, Pierre Mazeaud, discours du 3 janvier 2005, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°18 (« dégradation de la qualité de la loi »; « malfaçon législative pure et simple », « la loi qui tâtonne, bafouille », « le manque de clarté et d'intelligibilité »). Lire Véronique Champeil-Desplats, *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 215 (dossier normativité) janvier 2007 : « N'est pas normatif qui peut, l'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ».

On aurait, par exemple, au lieu, ou en plus, de l'article 88, faussement anodin et qui ne dit rien de clair sur la nouvelle réalité du pouvoir, un plus franc article 20 révisé selon lequel, conformément aux nouvelles réalités, « *le gouvernement français détermine et conduit la politique de la nation, selon les orientations et sous le contrôle de l'Union européenne dans les domaines où celle-ci exerce, en vertu des traités, sa primauté* ». Ou encore- nouvel article 24- « *lorsque l'Union européenne exerce sa compétence, le Parlement vote la loi et le gouvernement exerce le pouvoir réglementaire dans le cadre défini par ses traités, règlements et directives* ».

Et puis, pour que tout soit clair dans le texte fondamental, on aurait, en mentionnant l'Europe, réécrit et limité, nos dispositions constitutionnelles aujourd'hui trop péremptoires, devenues menteuses, sur la souveraineté (1). Mais alors, les réalités n'étant plus occultées, la révision aurait-elle été acceptée par le peuple et ses représentants. Nécessité du caché et du flou, pour qu' « avance » l'Europe, démocratie en fait, nécessairement, léninienne (le pouvoir de l'avant garde éclairée) ou ayattolesque (la tutelle des proches du sens caché)?

On objectera que ce travail de clarification relève des élus. Certes. Reste que présentée, « vendue » à une France qui veut encore croire à sa singularité, sa grandeur et à sa capacité d'influer sur le monde comme multiplicateur de puissance, la construction européenne y apparaît plutôt aujourd'hui comme un châteleur de volonté et un révélateur de déclin, alors que l'Allemagne s'impose, la Grande Bretagne garde sa ligne, la Pologne s'affirme et que la souveraineté n'est pas aussi essentielle pour, par exemple, le Luxembourg. D'où, on le répète, une souffrance française particulière par ailleurs redoublée par le viol de ses constitutions économique et sociale.

2-la constitution économique remplacée

Sous l'Ancien régime, la France a pratiqué un certain interventionnisme économique colbertiste. Et son économie s'est reconstituée après la deuxième guerre mondiale à partir de l'intervention de l'Etat et sur la base de l'économie mixte et de la planification souple. Jusqu'à la montée en puissance de la primauté européenne, le droit public économique détaillait les instruments de cet interventionnisme économique keynésien créateur d'emplois, d'investissements privés et public, de croissance.

Incroyable innovation constitutionnelle – ou retour, libéral, à la tradition constitutionnelle soviétique – les traités constitutionnels européens posent les principes économiques libéraux et même les pratiques concrètes de politique économique anti keynésiennes comme fondements de l'Union au même titre que les droits de l'homme! Au centre, voire au sommet de l'ordre juridique européen, sont consacrés, avec l'aval de la France, et au moins formellement des français, des principes économique qui vont à l'opposé des traditions françaises.

1-notamment l'article 3 et 6 de la Déclaration des droits et l'article 3, § 1 et 2 de la constitution.

L'Union présente la grande originalité de consacrer une grande place à l'économie, et de consacrer un type d'économie. Certes, contrairement à la Constitution, récusée, le *TUE* et le *TFUE* n'affichent plus, ostensiblement, emblématiquement, « *la concurrence pure et non faussée* », en tête des textes. Mais « *l'économie de marché ouverte où la concurrence est libre* » a été re semée, ici et là; elle reste omniprésente aussi bien dans le *TUE* que dans le *TFUE*, notamment au titre VIII (la politique économique et monétaire). Aujourd'hui, donc, tous les chapitres du droit public économique national ont disparu, interdits par l'Europe et supplantés par les règles de la bonne gouvernance, en fait par les lois du marché divinisés dans le sillage d'Hayek qui triomphe de Bodin et de Keynes(1).

La politique des prix est remplacée par une politique de la concurrence dictée par les lois du marché. La politique budgétaire est déterminée par le carcan, arbitraire, des 3% de déficit par rapport au *PIB* et par l'objectif du respect de la règle d'or, sans qu'on puisse distinguer entre déficits pour investissements productifs et de souveraineté et déficits sur les dépenses courantes. La politique monétaire est déléguée à la *BCE*. Les banques centrales n'ont plus le droit de financer directement les déficits publics. Les aides d'Etat sont interdites sous le contrôle sourcilieux de la *Direction de la concurrence* et de la *CJUE* gagnée à l'intégrisme du marché au point de mettre en cause nos traditionnels *EPIC*, la garantie de l'Etat les préservant de la faillite et leur assurant des taux privilégiés d'emprunt (arrêt du 3 avril 2014, *France/Commission* dans la ligne d'un arrêt du 26 avril 2010 concernant *la Poste*). Les politiques industrielles sont, pour la même raison, de fait, suspectes, à moins de qualifier ainsi la seule concurrence fiscale et salariale entre Etats-membres (cf Irlande et Espagne, notamment).

De plus, est passé le temps où l'Europe pratiquait des tarifs extérieurs communs protecteurs. Aujourd'hui, elle négocie en secret des accords de libre-échange notamment destinés à réveiller des énergies prétendument assoupies: C'est toujours le « *fini de jouir* » qui impose du darwinisme social. En Europe que le meilleur, ou le plus vertueux gagne; les perdants pourront se redresser s'ils pratiquent, enfin, la dévaluation interne, c'est à dire la baisse des salaires, et des charges patronales, et des redistributions sociales.

Pourtant, alors que l'Europe désarme, et qu'Arnaud Montebourg prône le rétablissement du droit public économique à la française, les grands Etats, anciens ou émergents, restés maîtres d'eux-mêmes, utilisent tous les instruments du droit public économique que nous avons abandonnés: le *Buy American Act* étasunien qui viole l'égalité entre entreprises nationales et étrangères, le financement des déficits par la création monétaire des banques centrales aux Etats Unis, en Chine, et même en Europe hors zone Euro, en Grande Bretagne, les aides et financements d'Etats systématiques et la planification étatique en Chine, l'accord préalable en cas de rachats d'entreprises nationales, dans les secteurs stratégiques ou non, les protections nationales de fait et de droit par exemple au Brésil, les dévaluations monétaires de fait au Japon et jusqu'en Grande Bretagne alors que, jusqu'en 2014, la zone Euro ne voulait pratiquer que la dévaluation interne (expression hypocrite pour dire baisse des salaires.) Naïveté, culpabilité, carcan dogmatique libéral européen, la France a rendu les armes qui définissaient, depuis longtemps sa très efficace constitution économique.

1- cf Bernard Cubertafond, « Etat républicain versus gouvernance », *Politeïa*, n° 10 et *Le nouveau droit constitutionnel, un démo despotisme*, op. cit.

3- la constitution sociale mise à mal

La notion de constitution sociale est controversée et le contenu qu'on lui donnera ici est hétéroclite: d'une part, le maintien d'un haut niveau de protection sociale, défendu par la gauche, d'autre part, le maintien de la famille traditionnelle, plutôt marqué à droite. Ces points sont assurément encore considérés par de nombreux citoyens français comme éléments essentiels de leur identité ébranlés par l'Europe.

S'agissant de la protection sociale, la question n'est pas non plus ici de savoir si la France ne sera pas contrainte de la réduire pour faire face à la concurrence internationale, et si mieux vaudrait ne pas trop tarder. Le constat est plutôt le suivant: l'histoire sociale de la France a été marquée par des luttes syndicales et sociales qui ont conduit à un haut niveau de protection. Celui-ci a été consacré, dans l'esprit de réconciliation et d'Union nationale de l'époque, par le programme du *Conseil national de la résistance* puis dans le préambule de la constitution de 1946, partie intégrante de notre actuel bloc de constitutionnalité. Or, la mondialisation des échanges, à laquelle l'Europe nous convertit, impose une moindre protection sociale ou/et le recours individuel à l'assurance privée plus qu'à des mécanismes nationaux de redistribution fondés sur la solidarité.

Tenant des assurances privées, Denis Kessler n'affirmait-il pas qu'il s'agissait, au fond, de « défaire méthodiquement le programme du *Conseil National de la Résistance* » (1); la jurisprudence de la *CJUE* ne met-elle pas en balance les protections sociales et syndicales avec la concurrence libre et non faussée; et la compétitivité allemande ne résulte-t-elle pas, notamment, de l'adoption des lois Hartz-Schröder réduisant les protections sociales alors que l'Allemagne connaissait des difficultés économiques comparables à celles que la France rencontre aujourd'hui. Voilà, pour de nombreux français, des atteintes, via l'Europe, à ce qu'est pour eux l'identité sociale de la France.

Selon Mario Draghi, « *les citoyens européens ont besoin d'un accord de base selon lequel, dans une union économique et monétaire, certains modèles économiques ne sont pas possibles. En d'autres termes, on a besoin d'un nouveau consensus sur les politiques qui rendrait vigueur au modèle social européen et l'adaptera au vingt et unième siècle.* »(2). En France, ce consensus sur « *l'adaptation du modèle social* » n'a pas encore été trouvé, ou vraiment cherché. Et les institutions européennes sont accusées de vouloir imposer une constitution sociale atrophiée.

S'agissant des moeurs l'atteinte ne résulte pas directement des institutions de l'*Union* mais plutôt de la *Cour européenne des droits de l'homme* et par l'exemple donné par d'autres pays- membres. Mais tous ceux qui se sentent agressés dans leur être profond par la diabolique « Europe » préfèrent tout confondre.

1- in Alain Supiot , op. cit., p 30. De même pour le président du *MEDEF*, Pierre Gattaz : « *notre modèle social a vécu* », *Le Parisien*, 16 septembre 2014.

2-« Pour un espace européen », remarques de Mario Draghi, président de la *BCE*, lors de la réception du *prix M 100 Média*, Posdam, 6 septembre 2012.

Pour une partie de la population française, l'Europe, qui a refusé de reconnaître dans sa « constitution », ses, pourtant selon elle évidentes, « racines chrétiennes », est livrée à une idéologie et des groupes de pression la conduisant à imposer le mariage gay, ou la gestation pour autrui, qui violent pourtant son identité profonde.

Souvent excessives, ces prises de position reflètent néanmoins de réelles blessures et on doit reconnaître que deux mécanismes européens sont ici à l'oeuvre. Il y a tout d'abord l'impact des pays dits « les plus avancés ». Le processus a déjà été abordé à propos de l'intégration. L'idéologie progressiste européenne qui imprègne les appareils idéologique dominants joue ici pleinement. Retard à rattraper, prix d'excellence et mise au ban, archaïsme et modernité; certains pays peuvent être salués parce qu'étant d'avant- garde et d'autres dénoncés comme en retard, archaïques, voire sous l'emprise délétère de forces populistes ou même fascistes. Sur le mariage gay et la GPA, vu l'hostilité qu'ils y provoquent, la France serait en pleine régression. Même l'Espagne encore catholique ferait bien mieux que nous! Ce jugement blesse les traditionalistes qui estiment qu'il ne faudrait pas transiger sur l'identité et que la régression se situe dans le camp d'en face.

A l'impact des pays dits « les plus avancés » peut se surajouter celui de la jurisprudence de la *CEDH* utilisée en matière de droits de l'homme et de moeurs comme instance d'appel à l'encontre de décisions nationales « rétrogrades ». Ainsi, récemment, en France, sur la GPA: craignant d'alimenter une « *guerre civile larvée* », le gouvernement, une fois le mariage gay laborieusement adopté, a décidé d'annuler le débat législatif sur la GPA. Mais le débat a été ré ouvert via un recours devant la *CEDH* dont la décision fait « avancer » la cause. Sans se prononcer sur le fond, elle a en effet, dans un arrêt du 26 juin 2014, posé que les enfants de parents français nés par GPA à l'étranger devaient être reconnus à l'état civil de de leur pays. Les conséquences des GPA pratiquées à l'étranger sont donc reconnues ce qui peut ouvrir la voie à la reconnaissance d'ensemble de la GPA. On l'a vu souvent, par exemple à propos du « procès équitable » (article 6 de la Convention), les jugements de la *CEDH* peuvent contraindre les Etats-membres à modifier leur réglementation, même si, selon certains (ou beaucoup?), leur identité est ainsi mise en cause. Reste que, sur le droit de vote des condamnés emprisonnés la Grande Bretagne résiste depuis neuf ans, arguant qu'est violé un élément essentiel de sa souveraineté⁽¹⁾. Quand l'identité est vraiment atteinte, la résistance, politique, nationale, ne pourrait-elle pas, finalement, l'emporter?

4- le grand remplacement

Et ne faudrait-il pas, pour qualifier cette dépossession, reprendre l'idée du « *grand remplacement* » en lui donnant un contenu différent de celui donné à l'expression par l'écrivain réactionnaire Renaud Camus (*Le grand remplacement*, Ed David Reinharc, 2011 et *Le changement de peuple*, chez l'auteur, 2013 ?). Selon lui, l'islam remplacerait le catholicisme et les populations du Sud de la Méditerranée remplaceraient les français d'origine, d'où l'actuel malaise français.

1- cf jugement de la *Cour Suprême* du 16 octobre 2013.

L'affirmation n'est pas fondée mais le malaise est certain. Et une des, vraies, causes de ce malaise ne serait-il pas, plutôt, un autre type de dépossession de soi et d'éviction, en rien fantasmagique et même, selon nous, sautant aux yeux au point que l'ignorer pourrait relever de l' « erreur manifeste d'appréciation »: le remplacement de l'ordre juridique français, et des convictions partagées qui le sous-tendent par l'ordre juridique européen porté par des convictions souvent opposées. L'Europe nous juge, recommande, condamne, démode, relègue, rééduque. Et c'est là que se situe le, réel et non fantasmagique, grand remplacement (et la permanente translation). Non, l'islam et les pays du Sud ne nous ont pas colonisés, mais l'Europe nous a mis sous tutelle nous expliquant sans cesse, qu'en retard, il nous fallait changer de mentalité et de structures, que, sans son ombre bienfaitrice, nous disparaîtrions de la carte du monde qui compte, que ces quelques sacrifices nous conduiraient au salut. Qu'il n'y avait pas d'autres voies. Et le droit, on le répète, a été le moyen d'y accéder: enfin, vite, les bonnes normes et le bon ordre juridique pour les bons comportements.

On n'a pas affaire à une opposition frontale de normes mais plutôt à l'avancée inexorable d'un état d'esprit, d'une idéologie, à l'abandon discret mais massif de règles étatistes prométhéennes et à leur remplacement subreptice et mal consenti par des règles libérales en fait opposés. Ce grand remplacement progressif n'intervient pas à la suite d'une déclaration solennelle et de l'adoption d'une nouvelle loi fondamentale. Il est discret mais certain, progressif et auto justifié par la modernité. Il donne peu de prise à l'opposition contentieuse mais ceux qui s'y opposent prennent le risque d'une accusation publique: procès médiatique suivi d'une condamnation (excommunication) pour ringardise, petitesse, racisme, archaïsme.

Le malaise français n'est pas une réaction à un littéralisme intégriste musulman imposé par des clercs « pourvoyeurs des biens de salut ». C'est, surtout, une résistance, une incompréhension, un blocage face au littéralisme intégriste libéral de despotes éclairés européens également, à leur manière, économique, financière, et plus dissimulée, « pourvoyeurs des biens de salut ». La violence faite à la France et aux français vient de ce que ses « structures fondamentales », théoriquement, au nom de l'identité, intouchables, ont été profondément atteintes, modifiées. Et qui plus est comme en cachette, « par effraction » (Pierre Sellal) par des textes souvent à dessein obscurs et ratifiées à l'issue de procédures juridiquement correctes mais souvent démocratiquement tortueuses.

D- PETITE REPARATION: L'IDENTITE VIA LA SUBSIDIARITE

Comment faire reconnaître les identités sans encourir une excommunication? Peut-être en utilisant un biais. Comme on le fait souvent au sein des institutions européennes. Ainsi la *Cour de justice* s'est fondée sur son pouvoir d'interprétation pour imposer la primauté. Ou la *BCE* de Mario Draghi a, en 2014, évoqué ou inventé un lien entre son mandat, la lutte contre l'inflation, et des actions contre la déflation et pour la croissance (déclarations et mesures pour faire baisser l'Euro, achat de dettes privées et publiques, incitations au crédit, et même prise de position en faveur d'une pause dans la réduction des déficits publics.)

Le lien entre identité et subsidiarité est plus évident: l'une et l'autre peuvent imposer de revenir au niveau national si l'on veut des décisions respectueuses, adaptées, comprises, acceptées. On pourrait donc, par le biais de la convenable subsidiarité, en venir à faire mieux respecter la vénérable identité. Selon Alain Pellet, « ...ce fameux principe de subsidiarité ... invite à réfléchir sur le niveau pertinent de gouvernance: toute volonté d'organisation de gouvernance doit se doter d'une « hygiène » absolument fondamentale, qui est celle de la charge de la preuve. Un modèle de pouvoir n'est valable que s'il est exercé par ceux auxquels il s'adresse; et, si ce n'est pas ceux qui l'exercent directement, ils doivent le déléguer. Mais démonstration doit être faite de la nécessité d'une telle délégation. C'est en cela que réside le principe de subsidiarité. Trop souvent, cette « hygiène » n'est pas appliquée, ce qui fait que l'on met en jeu dans les systèmes de gouvernance des sujets qui ne doivent pas relever de la gouvernance internationale »(1). Idem pour l'identité.

1- « La gouvernance du monde », in Michel Delmas Marty, Pascal Lamy, Alain Pellet, « Les voies d'un ordre mondial », *Le Débat*, n° 142, novembre décembre 2006.

CHAPITRE IV: LA DEMOCRATIE CONTOURNEE

Comme les pays communistes autrefois, champions ostensibles des libertés « réelles », l'Europe proclame des principes qu'elle n'applique surtout pas. On vient de le voir à propos de l'identité qu'elle préfère, au fond, édulcorée par le régionalisme et l'« *identité* ». S'agissant de la démocratie, elle se devait, aussi, d'être en pointe et le traité de Lisbonne n'oublie rien: démocratie parlementaire, démocratie participative, droit de pétition, référendum d'initiative populaire, reconnaissance des identités et des communautés, et, bien sûr, droits de l'homme, tout y passe, tout est consacré. Or, sauf sur la démocratie des droits, il est vrai progrès fondamental, c'est surtout de la rhétorique. « *Démocratie Potemkine* »? (1)

L'Europe se dit démocratique mais ne l'est guère. Voilà une autre violence faite aux européens à qui l'on dit qu'ils sont, parce qu'en démocratie, et même en démocratie perfectionnée, maîtres du jeu alors qu'en fait ils le subissent. Comme le constat de l'insuffisance des procédures et institutions démocratiques européennes a souvent été fait, l'accent sera plutôt mis ici sur trois principes de base de la démocratie, dont se réclame l'Europe mais qu'elle ne respecte pas: la transparence, la responsabilité, le libre choix. S'y pratiquent en effet plutôt l'obscurité, l'irresponsabilité et l'unidimensionnalité.

A-OBSCURITE

Transparence, transparence, transparence, les tenants de la bonne gouvernance, de la *new public administration*, si nombreux dans les instances européennes et parmi les tenants de l'intégration n'ont que ce mot à la bouche: la transparence facilite l'engagement, l'adhésion, l'imputation des décisions, la responsabilité des dirigeants, elle évite la corruption, le clientélisme, les conflits d'intérêts et elle permet l'évaluation. Il ne s'agit pas ici de critiquer ou de relativiser cette notion-emblème, mais de constater, avec regret, que les institutions et procédures européennes sont souvent très opaques. En démocratie les règles doivent être connues, ou, au moins, à la portée de tous. « Nul n'est censé ignorer la loi ». Ici, au contraire, qui, à part les dirigeants et les spécialistes, sait où est la loi, qui la fait, ce qu'elle nous dit?

1-Où est la loi fondamentale ? Si, aujourd'hui un citoyen soucieux de bien s'informer demande à un professeur de droit constitutionnel où trouver nos règles d'exercice du pouvoir, il répondra d'abord dans notre constitution et il pourra offrir au curieux ce texte en gros directement compréhensible (par exemple le texte intégral sous tout petit format clairement présenté par Ferdinand Mélin -Soucramanien, Dalloz, 2009). Puis l'honnêteté l'obligera à se reprendre: mais aussi dans le traité de Lisbonne (ou plutôt dans le *TUE* et le *TFUE*.) Mais, c'est à rien n'y comprendre, ça renvoie sans cesse à des traités antérieurs répliquera le curieux après avoir consulté cet obscur amas de signes pourtant intitulé, peut-être pour faire croire à une différence fondamentale avec la constitution refusée mais largement et subrepticement reprise, « traité simplifié »!

1- cf Antoine Vauchez, *Démocratiser l'Europe*, op.cit., p.11; et Bernard Cubertafond, « Essai sur un despotisme post moderne : le démo despotisme », op.cit.

Le constitutionnaliste ne lui dira pas, même s'il le pense très fort: « *c'est peut être bien exprès, ainsi les trois « indépendantes » (la Commission et notamment sa direction de la Concurrence, la Cour de justice, la Banque centrale) peuvent interpréter en fonction de leurs préjugés libéraux atlantistes, et fonctionner comme d'intouchables ayatollahs en contact exclusif avec le sens caché ; l'Europe a un côté chiite* ». Il lui présentera un texte, ou plutôt deux textes, officieux, « consolidés », ajoutera qu'il faut concilier ce texte avec la constitution nationale, tenir compte de la jurisprudence, elle aussi constituante, de la CJUE. Puis il focalisera sur l'article 88 de la constitution française pour préciser que ces dispositions lapidaires et pour le profane énigmatiques entérinent le pivotage - la « translation » ?- voie l'hybridation européen-national de notre composite, évolutive, subtile constitution de fait.

Enfin, face à la perplexité provoquée par l'article 88-1, osera-t-il reprendre l'argumentation de son inspirateur principal, Alain Lamassoure, selon lequel il fallait éviter que l'Europe fasse son entrée dans la constitution « *par un trou de souris* » ou « *par la petite porte* » et « *définir en quoi consiste la construction européenne à laquelle la France s'associe* » (JOAN CR 6 mai 1992, p. 927 et 1074) !?

2- Qui fait la loi ? Notre citoyen curieux, ou notre huron, s'enfoncera encore plus dans la perplexité quand, à ses questions, « *c'est bien notre gouvernement qui détermine et conduit la politique de la nation, c'est bien notre parlement qui fait notre loi, les parlementaires, et le peuple par référendum, c'est aussi clairement écrit dans notre constitution, sont bien les législateurs ?* », il lui sera répondu « *c'est plus compliqué, il faut nuancer, le national et l'Européen s'enchevêtrent, la Commission joue un grand rôle, la loi européenne est négociée entre Etats, la Cour est aussi constituante, les cours suprêmes s'harmonisent, la Commission prépare les règles au contact des Etats et de groupes de pression, il y a la codécision, et, certes, notre constitution, nationale impose la séparation des pouvoirs, la nullité du mandat impératif mais l'Europe dépasse, périmé, les vieux dogmes* ».

3- Que dit la loi ? A cette ultime question de notre honnête citoyen, déjà très perturbé, « *mais alors qu'elle est cette loi européenne, que dit-elle de singulier, à répercuter au niveau national* », le pédagogue honnête sera bien obligé de lever le voile: il s'agit avant tout, avouera-t-il, de mettre en place un marché unique ouvert sur l'extérieur. Le principe de base est « *la concurrence libre et non faussée*. ». Ce n'est plus du tout Bodin, et l'Etat prométhéen, à la française, qu'il a justifié. En Europe (surtout, ou au plus au point, en Europe), Hayek l'a emporté.

Poursuivant ses investigations constitutionnelles, notre citoyen consciencieux se rassurera en constatant que le Conseil constitutionnel français a posé, dans sa décision n° 99-421 du 16 novembre 1999 (*loi d'habilitation du gouvernement à procéder par voie d'ordonnances à l'adoption de nouveaux codes*) précisée par sa décision n° 2006 540 DC du 27 Juillet 2006 précitée, un « *principe de valeur constitutionnel d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi qui découle des articles 4 5 6 et 16 de la Déclaration des droits* » afin de « *prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la constitution et contre le risque d'arbitraire sans reporter sur les autorités administratives et juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'est confiée qu'à la loi* ».

Quelle belle leçon de transparence démocratique et d'anti ayattolisme, quelle belle charge contre les juges experts et sages devenus législateurs et même constituants ! pourra penser notre citoyen, rassuré. Mais, cruelle déception pour ce démocrate, il devra constater que la réprimande et la leçon de démocratie ne s'adressent pas aux autorités européennes qui méritaient tant la réprimande, le traité de Lisbonne étant plein de dispositions libérales programmatiques impliquant une intervention du juge européen pour préciser, et, en fin de compte légiférer en lieu et place des élus. En effet, notre Conseil constitutionnel n'aurait pas compétence pour juger des règles et des pratiques à propos desquelles, pourtant, il applique l'adage « *y penser toujours, n'en parler jamais* ». Et, alors qu'il est de bon ton aujourd'hui de s'en prendre aux élus, notre juge « suprême » mais national (oxymore) pourrait-il invectiver avec la même énergie des « collègues » encore sacrés?

B-IRRESPONSABILITE

L'Union européenne prône les bonnes pratiques du *new public management* et de la bonne gouvernance: mise en concurrence et audition des candidats à des responsabilités, dénonciation des conflits d'intérêt, affirmation -également toute théorique?- que les commissaires, une fois nommés, ne servent plus que l'intérêt général européen, rapports d'activité, justification sourcilieuse, bureaucratique, des dépenses et de l'utilisation des aides, évaluations multiples, expertises dites indépendances, ouverture de recours judiciaires et contrôles de légalité.

Et l'*accountability* est un des mots fétiche de la gouvernance et de la bien-pensance européenne. Le mot inclut et dépasse la responsabilité. C'est l'obligation, pour une personne ou une organisation de rendre compte de son activité et de s'en expliquer, d'endosser la responsabilité de ses actions et d'en divulguer les résultats dans la transparence. L'obligation de rendre compte, de justifier et d'expliquer s'étend évidemment aux moyens, notamment financiers, mobilisés pour l'action.

Il y aurait beaucoup à dire sur cette présentation avantageuse: proximité avec des groupes d'intérêts suscitant des réglementations, commissaires cherchant à promouvoir les politiques de leurs Etats d'origine, et des points de chutes dans les activités qu'ils régulent, pluralisme limité et reproduction au sein du vivier d'experts, imprégnation généralisée – obligatoire - dans la même idéologie, pro marché, anti Etat national, pro régionaliste et pro écologique, anti « populiste » ?

En Europe on parle beaucoup de responsabilité et d'*accountability*, comme de transparence. Mais le contrôle et la mise en cause peuvent y être sélectifs, obsessionnels, orientés, ostensibles, oubliés. Surtout, la responsabilité politique des instances européennes, entendue ici comme la possibilité, pour des institutions élues de les contester et de les démettre n'est prévue que très succinctement et de manière sélective. Certes, l'article 10 du traité de Lisbonne affirme que « *le fonctionnement de l'Union est fondé sur la démocratie représentative* » ou encore que « *les Etats membres sont représentés au Conseil européen par les chefs d'Etat ou de gouvernement, eux-mêmes démocratiquement responsables, soit devant leurs parlements nationaux, soit devant leurs citoyens* ». De plus, « *la Commission, en tant que collège, est responsables devant le Parlement européen* » (article 17. 8) qui peut le renverser au moyen d'une motion de censure adoptée à la majorité des deux tiers (article 17. 8 et 234 TFUE).

Certes, des commissaires pressentis ont été récusés par le Parlement, ont été contraints de démissionner, ou ont été poursuivis pour conflit d'intérêt ou favoritisme. Certes la commission Santer (95-99) a dû, sous la menace d'une motion de censure, démissionner, le 15 mars 1999, au terme d'un seul mandat et la commissaire Edith Cresson a été stigmatisée et poursuivie (1). Reste qu' on n'a pas à ce jour d'exemple de fronde populaire et parlementaire contre le Conseil, la Commission et son président, et encore moins bien sûr contre les instances statutairement indépendantes.

En fait, la responsabilité politique des dirigeants européens s'exerce peu, et mal, pour une série de raisons qui s'additionnent:

-l'absence d'élections pour les responsables directs avec, toutefois, un petit progrès récent dans le traité de Lisbonne: la prise en compte de la majorité au Parlement lors de la désignation du président de la Commission par les chefs d'Etat et de gouvernement (article 17.7 *TFUE*).

- la dissémination et la faible personnalisation des instances et donc la difficulté à situer les responsables, peut-être accentuée par la codécision. Si bien, constate Robert Salais, « *que la contestation politique ne sait pas à qui s'adresser, ni comment agir: la figure du pouvoir a disparu, dissimulée et distribuée dans les programmes, les organigrammes, les interactions multiples* ». Et pourtant « *cette Europe n'est pas neutre: elle entend assurer aussi sa survie et celle des intérêts qu'elle sert* ». (2).

- des instances fondamentales sont placées, statutairement, constitutionnellement, hors transparence et hors responsabilité : « *La Cour de justice de l'Union européenne, la Banque centrale européenne et la Banque européenne d'investissement ne sont soumises au présent paragraphe (obligation de délibérer en public, de transparence et droit d'accès aux documents) que lorsqu'elles exercent des fonctions administratives* » (*TFUE* article 15. 3, quatrième paragraphe).

- l'investiture démocratique est couramment invoquée. Par exemple, la *BCE* de Jean Claude Trichet se plaçait en quelque sorte sous abri démocratique quand on mettait en cause son orthodoxie budgétaire et financière : « *en appliquant les traités démocratiquement ratifiés, nous ne faisons qu'obéir aux peuples souverains à qui le traité de Lisbonne reconnaît d'ailleurs un droit de sortie.* »

- la justification par l'intérêt général européen face aux intérêts particuliers des Etats ou des groupes peut être également mis en avant pour disqualifier les critiques. De même que la dénonciation, si facile, fréquente et superficielle des « *populismes* ».

- l'absence d'espace politique européen homogène et la nationalisation des critiques peut permettre aux instances européennes de jouer tels Etats contre d'autres: on avance alors que le désaccord est limité et que l'ensemble va plutôt vers la solution de progrès proposée par la Commission. Par exemple, sur la liberté de circulation, un commissaire européen originaire de l'Est soulignera, sondages à l'appui, la popularité du principe, l'acquis fondamental, le progrès dans l'ordre des droits qu'il constitue alors que le premier ministre britannique dénoncera, « *égoïstement* » pourra-t-on dire, une quête de protection sociale aux seuls dépens des pays d'accueil.

1-cf Didier Georgakakis, « La démission de la Commission européenne ; scandale et tournant institutionnel », *Culture et conflits*, n° 38-39, en ligne.

2- Robert Salais, *Le viol de l'Europe, enquête sur la disparition d'une idée*, PUF, 2013, p. 363-364

C-UNIDIMENSIONNALITE

Certes, personne, aujourd'hui, ne suivrait à la lettre Bodin attribuant au souverain un pouvoir inconditionné: les entreprises communistes de transformation radicale ont échoué et la mondialisation limite les choix politiques et économiques. Restent quand même des oppositions par exemple entre libéraux et keynésiens, stricts adeptes de la règle d'or et partisans du déficit anti récession et d'investissement, étatistes et tenants de l'Etat minimal, tenants des assurances privées ou de l'assurance publique, ou encore d'une défense nationale ou d'une protection extérieure. La démocratie suppose d'ailleurs des alternatives entre lesquelles les citoyens ont à choisir, après débat contradictoire, notamment lors des élections libres. S'il n'y a plus de possibilités de changement, ou, au minimum, plus de marges de choix, il n'y a plus de démocratie.

Or les textes fondamentaux de l'Europe réduisent voire annihilent la marge de choix de ses membres. En fait très idéologiques, ils fixent la juste ligne économique. Le traité de Lisbonne s'y consacre particulièrement comme s'il fallait mettre définitivement les Etats membres, et notamment les plus rétifs comme la France dans le bon chemin. Et les institutions européennes, et notamment la commission Barosso, ont eu tendance à suivre la religion économique dominante : infaillibilité du marché, bienfaits de la concurrence généralisée, privatisation des services publics, déréglementation du travail, libre circulation. Cette affirmation de Robert Salais ne relève donc pas que de la science-fiction : *« l'Europe passe au pilotage automatique programmé au sein d'un système de gouvernance par indication de performance. Le déclenchement des sanctions contre un Etat membre deviendrait immédiat en cas de franchissement de seuils. La rigidité et l'irréversibilité du processus serait renforcés. Les ajustements ne peuvent se faire qu'à la marge sur des paramètres du programme. » (op.cit.).*

Depuis Maastricht, tous les traités vont dans le même sens et le pays dominant rappellent la voie unique et bonne ainsi consacrée, re consacrée, martelée. On rappellera simplement ici trois articles dogmatiques du traité de Lisbonne, au bien-fondé économique et social aujourd'hui discuté par les économistes consacrés mais qui limitent ou interdisent une politique économique de croissance et nous handicapent par rapport à nos principaux concurrents. A moins, bien sûr, de tolérer ce qu'on appellera des « assouplissements » (quand la récession empêche le respect des 3% et quand il faut redonner aux Etats les moyens d'une politique industrielle ?). Et de pratiquer la violation subreptice (comme la BCE de Mario Draghi expliquant qu'elle respecte les traités quand elle les contourne ou les viole):

-article 107.1:

« Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources de l'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ».

-Article 123.1:

« Il est interdit à la Banque centrale européenne et aux banques centrales des Etats membres, ci-après dénommés « banques centrales nationales, d'accorder des découverts ou tout autre type de crédit aux institutions, organes ou organismes de l'Union, aux administrations centrales, aux autorités régionales et locales, aux autres autorités publiques, aux autres organismes ou entreprises publics des Etats membres; l'acquisition directe, auprès d'eux, par la Banque centrale européenne ou les banques centrales nationales des instruments de leur dette leur est également interdite ».

Article 125.1;

« L'Union ne répond pas des engagements des administrations centrales, des autorités régionales ou locales ou d'autres autorités publiques ou d'autres organismes ou organismes d'Etat ou d'entreprises d'un Etat membre, ni ne les prend à sa charge. » De même pour un Etat membre.

L'Europe a donc fixé une ligne qu'elle aurait du mal à modifier notamment parce qu'elle est gravée dans le marbre des traités-constitution : elle pratique une forme démocratisé de despotisme éclairé (1). Et aussi la démocratie d'adhésion puisque tous les moyens furent bons pour faire ratifier les bons principes par les peuples irlandais, français, hollandais, grecs, s'estimant violents : dénonciation pour populisme, menace de mise au ban, concessions cosmétiques avant nouveau vote, « de la dernière chance ». Comme le constate Alain Supiot, *« les dirigeants de l'Union Européenne sont parvenus à contourner successivement le rejet du traité de Maastricht par les électeurs danois, du traité de Nice par les irlandais, le traité constitutionnel par les électeurs français, hollandais e irlandais. L'habitude se prend de considérer que les résultats d'un scrutin ne s'imposent que s'ils répondent aux vœux des dirigeants qui les organisent »* (2).

D-PETITES REPARATIONS

Que faire?, comme disait Lénine qu'il est opportun d'évoquer ici puisqu'il s'agit de savoir si l' *« avant- garde éclairée »* qui s'est donnée la responsabilité de conduire l'Europe dans son bon chemin va prendre conscience du malaise social et du risque d'écroulement de sa si belle construction, elle aussi d'avant- garde. Et s'il elle va adopter une pratique plus modeste, justement moins platonico-hegelo-léninienne, plus *« conseilliste »*. Nos despotes éclairés vont- ils, enfin, prendre conscience que le mouvement anti européen qui monte n'est pas forcément méprisable, immoral, réactionnaire, *« populiste »*, qu'ils ne sont pas forcément du côté du bien, du progrès. Sortir donc de la bonne conscience, du manichéisme excommunicateur et réformer l'Europe autrement, en changeant les comportements et non plus les règles fondamentales. Les premières déclarations de Jean Claude Juncker, président de la nouvelle Commission (septembre 2014) ne portent pas au pessimisme puisqu'il a évoqué la distance à combler entre les institutions européennes et les citoyens ainsi qu'une *« dernière chance pour l'Europe »*. On propose donc ici trois voies modestes mais praticables.

1-Tout d'abord revenir au réel en suivant une ici très opportune leçon allemande.

Dans son arrêt *Lisbonne* du 30 juin 2009, la *Cour*, s'interrogeant sur la nature de l'Europe, fait deux rappels fondamentaux :

1-cf Bernard Cubertafond, *« Essai sur un despotisme post moderne, le démo despotisme »*, op.cit.; voir aussi et David Engels, *Le déclin, la crise de l'Union européenne et la chute de la République romaine*, Editions du Toucan, 2012.

2-op.cit.p.41

- Ce n'est pas un Etat bien qu'elle ait connu « *une extension considérable de son champ d'action de sorte que, en certains domaines, elle revêt une forme qui s'apparente à celle d'un Etat fédéral* ». « *Le pouvoir interne de décision en reste au modèle prédominant d'une organisation internationale dont la structure répond pour l'essentiel au principe d'égalité entre les Etats* ». Ce n'est qu'une « *organisation internationale* », ou « *une union juridique fondé sur le droit international* ». Les Etats-membres restent souverains.

Voilà qui est très en retrait de Costa/Enel (« *existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international* »), qui ménage la chèvre et le chou. Et voilà de quoi relativiser (anéantir ?) le dessein européen de se substituer progressivement aux Etats par l'extension continue des compétences et la primauté sur toutes les normes nationales, y compris constitutionnelles.

- L'Europe ne dispose pas d'une « *source de légitimité* » : aussi longtemps qu' « *aucun peuple européen unifié, comme source de légitimité, ne pourra exprimer une volonté majoritaire par des voies politiques effectives, tenant compte de l'égalité dans le contexte de la fondation d'un Etat européen fédéral, les peuples de l'Union, constitués dans les Etats-membres demeurent titulaires exclusifs de l'autorité publique* ».

Retour donc aux deux fondements primordiaux en droit international et en démocratie représentatives : les Etats –nations et les parlements nationaux.

2-Ensuite relire et réinterpréter les textes dans un sens plus national et plus social.

D'une part, les gouvernements nationaux pourraient se dégager de l'inhibition et de l'intimidation qui limitent l'utilisation des deux principes fondamentaux européens, pourtant « *constitutionnels* » que sont, on l'a vu, l'identité et la subsidiarité.

D'autre part, on pourrait lire, et appliquer, les traités dans leur totalité et utiliser leur, non négligeable, potentiel social. Contre balancer, donc, dans les décisions et jugements, l'orientation purement libérale, en se fondant sur les dispositions qui vont plutôt dans le sens du « *modèle social* » français, ou à tout le moins d'une forte protection sociale : notamment l'article 147.1 *TFUE* qui prévoit que l'Union « *contribue à la réalisation d'un niveau élevé d'emplois...* » et le titre X *TFUE*, *Politique sociale* (référence aux « *droits sociaux fondamentaux* », promotion du rôle des partenaires sociaux, « *sommet social tripartite sur la croissance et l'emploi* » qui « *contribue au dialogue social* », amélioration des conditions de travail, « *sécurité sociale* » et « *protection des travailleurs* », « *défense collective des intérêts y compris la cogestion* », « *lutte contre l'exclusion sociale* » « *modernisation des systèmes de protection sociale* », possibilité « *d'adopter des protections minimales applicables progressivement* », « *égalité des rémunération* » entre les hommes et les femmes », etc...)

Force des imprégnations idéologiques qui peuvent conduire à reléguer, oublier, rendre quasi caduques des dispositions sorties de l'air du temps et ne servant pas les intérêts dominants. N'a-t-on pas, aussi, en France, tendance à oublier le préambule de 1946 qui fait pourtant partie intégrante du bloc de constitutionnalité au même titre que la Déclaration des Droits de l'homme? Et à « *découvrir* » à partir de celle-ci des principes libéraux, comme la liberté d'entreprendre, qui peuvent servir à contrebalancer, restreindre, des droits sociaux ou des possibilités d'intervention économique de l'Etat

pourtant, quant à eux, inscrits explicitement dans les textes ? L'époque commande parfois de donner à l'idéologie (ici libérale) les formes impeccables du droit et à faire primer du droit déduit de textes interprétés politiquement sur du droit directement explicite.

Force des idées dominantes, relève des générations et nouvelles majorités au sein même de hautes juridictions se présentant pourtant comme a politiques, impartiales. En France n'est- on pas passé en quarante ans de Nicole Questiaux à Mattias Guyomar, du souverainisme à l'europanisme, de *Semoule* à *Arcelor*, via *Saran* ? Mais qui sont les juristes et qui sont les idéologues ? Pour justifier une orientation politique ou idéologique on trouve toujours une belle argumentation juridique. Idem en Europe, argumentant à partir d'autres principes incontestables dans dix ou vingt ans ?

3-Enfin, pour réduire le « *déficit démocratique* », ne devrait-on pas s'inspirer d'Antoine Vauchez quand il suggère d'identifier les pouvoirs réels et de les démocratiser autant que possible (1).

Il s'agirait donc de ne plus considérer les trois « indépendantes » (la *Commission* et notamment sa puissante Direction de la concurrence, la *Cour de justice*, la *Banque centrale européenne*) comme des instances d'experts ou de sages, décidant hors politique au nom de bons principes, incontestables.

Il faudrait les sortir de leur abri technique (les bonnes règles applicables avec compétence et impartialité), et de leur abri juridico-démocratique (« *nous ne faisons qu'appliquer des traités démocratiquement ratifiés* » ; « *nous n'avons pas le droit de créer du droit* » ; « *nous avons reçu mandat des peuples* ») et de les introduire pleinement au sein du débat, de la contestation démocratique.

Car ils ont du pouvoir, beaucoup de pouvoir, sinon tout le pouvoir et en démocratie, il faut que « *le pouvoir arrête le pouvoir* » (Montesquieu) et, même, « *tout pouvoir mérite le fouet* »(Alain). On devrait donc rendre les « indépendantes » dépendantes des peuples : identifier leurs dirigeants, connaître leurs antécédents, leurs idées, leurs à priori, leurs proximités politiques, économiques et sociales, leurs intérêts, débattre lors des nominations, les rendre responsables de leurs actes, appliquer vraiment à leur endroit l'accountability. Personnalisation et responsabilité des vrais pouvoirs, auditions publiques et débats contradictoires lors des nominations, publication des opinions dissidentes, compte rendus exhaustif, évaluations par les élus, expertises diversifiées, pluralisme idéologique, ainsi sortira-t-on du mythe de l'apolitisme et de l'indépendance des véritables instances dirigeantes de *l'Union*.

CONCLUSION: CHANGER VRAIMENT DE PARADIGME POUR REIMPLANTER LE DROIT EUROPEEN

Dans un livre récent consacré à la relation Europe-Etats-membres, Baptiste Bonnet nous incite à « *repenser les rapports entre les ordres juridiques* » (*Repenser les rapports entre les ordres juridiques*, préface de Fabrice Picod, *Lextenso éditions*, 2013.). Pour ce faire, il nous demande de changer de paradigme et se réfère au doyen Ripert. J'adhère totalement à ce programme tout en lui donnant un tout autre contenu.

Suivre Ripert, certainement mais pas le Ripert qui, nous rappelle le professeur Bonnet, trouvait nos programmes et enseignements figés. Car ils ne le sont plus: disparition du droit public économique souverainiste, prométhéen, réorientation complète, et abusive, du droit constitutionnel vers les cours suprêmes et les droits fondamentaux, de plus en plus loin des partis politiques, des groupes de pression, de la vraie création du droit, de la sociologie, de la science politique et même de l'histoire des idées; et pour suivre comme il se doit le mouvement de l'histoire, forte croissance du droit comparé et du droit européen, notamment. L'ancien que je suis devenu a observé qu'on enseigne plus du tout en 2014 ce qu'on enseignait en 1970.

Il me semble donc qu'il faudrait mieux suivre le Ripert résolument historien et sociologue des *Forces créatrices du droit* (LGDJ 1955), sans oublier, bien sûr, que Ripert a été secrétaire d'Etat de Pétain et ce que sa conception de la création du droit doit beaucoup à la pensée réactionnaire. On retrouve en effet ici le même problème que pour Heidegger, et même Carl Schmitt : dans quelle mesure des positions moralement douteuses, ou inadmissibles, sont consubstantielles à une pensée au point d'en interdire l'utilisation ? En tous cas, Baptiste Bonnet et les tenants du droit « pur » ne se réfèrent pas à ce Ripert sulfureux: ils ont peur de plonger ouvertement dans le politique et l'idéologie et font comme si le droit, tout droit, y compris le type de droit qu'ils servent, n'était pas reflet de politiques et d'idéologies.

Changer de paradigme, certainement aussi mais Baptiste Bonnet en change-t-il ? Ne prolonge-t-il pas le cadre explicatif de Mireille Delmas Marty ou de Mattias Guyomar: le stato national est de plus en plus démodé, le pluralisme ordonné par le commerce des juges met en place une relation apaisée entre l'Europe nécessairement intégratrice et les Etats qui gardent une place, la vieille distinction monisme-dualisme et la traditionnelle hiérarchie ne peuvent plus rendre compte d'un droit devenu complexe, enchevêtré, en réseau; pour appréhender cet enchevêtrement on doit donc sortir de la vieille image militaire du droit hiérarchique et de la défense du national.

Si l'on suit l'orientation théorique du Ripert des *Forces créatrices du droit*, le changement, réel, de paradigme doit se situer bien ailleurs. Ce serait au contraire, ici:

(a)- s'agissant de la matrice théorique, sans doute revenir au modèle explicatif universellement persistant, renaissant, ou encore nécessaire de l'Etat-nation et des organisations internationales

(b)-s'agissant des méthodes, certainement dépasser l'analyse certes très érudite mais souvent un peu béate des finasseries jurisprudentielles; et réintroduire les traditions juridiques, les identités, les résistances et pressions sociales, les débats politiques, les résultats électoraux, les rapports de forces, internes et externes. Un peu moins de cours

suprêmes, ou des cours suprêmes moins rêvées, faisant, en fait, de l'idéologie, du droit politique (pléonasme?). Un peu plus de sources, réelles, vraiment matricielles, du droit pour voir s'il est supporté, adapté, s'il fait mal, et ce même si c'est moins sacerdotal, plus trivial. En réalité Baptiste Bonnet ne change pas de paradigme, contrairement à Ripert qu'il invoque pourtant.

Comment faire du droit qui ne soit pas hors sol, comment repenser les rapports entre les ordres juridiques sans recourir à l'histoire, la sociologie, la science politique? Car les citoyens de chaque Etat-membre entendent-ils dépasser une hiérarchie des normes qui, croient-ils, les protège? Et peut-on repenser ces rapports sans tenir compte des citoyens, hors démocratie, hors société, hors histoire? Changer de paradigme, ce n'est pas rester dans le cadre explicatif selon moi et bien d'autres élitiste, idéologique et anti stato-national de l'Europe approfondie inéluctable et bienfaitrice.

Le malaise européen vient de ce qu'on a voulu croire qu'un nouvel ordre juridique pouvait être créé par le haut, au niveau des négociations de bien inspirés et d'ajustements policés par des juges experts. Mais un ordre juridique ne se limite pas à un emboîtement savant de normes tout à la fois hiérarchisées et en réseau. Si on définit l'ordre juridique par une hiérarchie plus ou moins nette de normes, une architecture juridictionnelle, une culture et des pratiques juridiques résultant de certaines valeurs fondamentales, si l'on donne donc à l'ordre juridique un sens plus que structurel, réglementaire et juridictionnel, mais aussi politique et culturel, on rapproche alors l'ordre juridique, l'histoire et la société. On peut même recouper l'ordre juridique et l'idéologie: les deux ne sont-ils pas, en effet, notamment, des ensembles d'idées et de valeurs déterminant des institutions, des réglementations, des décisions de justice, des comportements individuels et collectifs?

Si, donc, on admet le caractère non pas neutre mais historiquement, culturellement et politiquement déterminé, orienté des ordres juridiques et des formes de droit, on peut peut-être considérer autrement la relation entre les ordres juridiques français et européen, ou plutôt, pour respecter la nouvelle hiérarchie, le nouvel ordre, européen et français. Et peut-être mieux comprendre pourquoi cette relation reste, tout à la fois, juridiquement, formellement harmonisée et, socialement, politiquement, très conflictuelle.

Compatibilité, harmonisation juridiques des deux ordres, jusqu'à n'en faire presque plus qu'un mais contradiction - voire aporie?- culturelles et politiques. En surface, l'emboîtement, l'entente, en profondeur la dispute, l'irréconciliable, la résistance, la violence, la souffrance. Des juges qui ajustent formellement les deux ordres mais des sociétés qui se sentent violées, souffrent, se plaignent, ne sont pas entendues, renâclent, votent mal et se font gronder par les harmonisateurs bien-pensants.

Limites d'un droit hors sol perçu comme entreprise de correction. Pour faire vraiment « avancer » l'Europe, rebrancher son droit sur le réel.

