

## Le droit constitutionnel européen pour *penser* les rapports de systèmes

SYLVIE TORCOL

Maître de Conférences HDR à la Faculté de Droit de Toulon.  
Centre d'Etudes et de Recherches sur les Contentieux  
(C.E.R.C.)

**MISE EN GARDE : la communication proposée ici n'est pas une version définitive.  
Elle sera amenée à évoluer dans sa version publiée.**

---

### PLAN de l'étude :

**I: En attendant un droit constitutionnel européen : arbitrer le désordre**

**II: Les attentes autour d'un droit constitutionnel européen : « ordonner le multiple sans le réduire »**

La grille d'analyse que nous proposons aujourd'hui les responsables de cet atelier met l'accent sur « les changements suscités par le phénomène exponentiel d'internationalisation et d'eupéanisation du droit », alors même que ce phénomène est « d'une intense actualité »... depuis vingt ans. Anne Levade et Baptiste Bonnet nous invitent à renouveler la réflexion sur les conséquences de l'interpénétration des ordres juridiques. Invitation certes alléchante mais véritable gageure à la fois parce que, dans ce domaine, tout a été dit (notamment par nos deux éminents collègues) mais également parce que, tout ce qui pourrait *encore* se dire, risquerait d'être interprété comme de la provocation ou mieux, comme une « insurrection de l'imaginaire » selon la poétique formule utilisée par Mireille Delmas-Marty citant Edouard Glissant. Mais, si l'exercice a une certaine odeur de souffre, il n'en est que plus stimulant. De là à espérer pouvoir repousser les limites de « la conception traditionnelle » des rapports entre les ordres juridiques, il n'y a qu'un pas que nous franchissons d'autant plus allègrement que nous y sommes finalement invités.

Il est d'ailleurs utile, (même si la démarche peut sembler lâche) de se référer aux (ou de se cacher derrière les) sollicitations déjà très fortes opérées par certains auteurs<sup>1</sup> bien décidés à en découdre avec une conception du droit qui ne permettrait pas de laisser s'exprimer ses « forces imaginantes »<sup>2</sup>. On citera bien entendu Mireille Delmas-Marty,

---

<sup>1</sup> Voir la contribution de Salomé GOTTOT qui fait référence à ce qu'elle appelle les théories « hétérarchiques ».

<sup>2</sup> DELMAS-MARTY, M. *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit (tome 2)*, Paris, Ed. du Seuil, 2006, 360 p.

**IXe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Lyon, 26-28 juin 2014**  
**Atelier C : Ordre constitutionnel, ordre international, ordres européens**  
**SYLVIE TORCOL**

François Ost et Michel Van de Kerchove<sup>3</sup>, auteurs qui ont largement contribué à ébranler notre compréhension pyramidale du droit en proposant des changements de paradigmes inhérents à toutes révolutions scientifiques.

Dans le prolongement de ces propositions pluralistes, c'est justement ce que le courant du *multilevel constitutionalism* tente de résoudre. Cela implique de penser les systèmes juridiques « de façon convergente, enchevêtrée, combinée [...] ». Ce constat part du présupposé scientifique selon lequel la théorie du *multilevel constitutionalism* – qui a été traduite en français par le concept de « constitution composée » – est pertinente pour l'analyse de l'Union européenne telle qu'elle est<sup>4</sup>. L'approche du « *multilevel constitutionalism* » suggère que l'Union européenne constitue un système constitutionnel composé d'un niveau national et d'un niveau supranational, les deux étant complémentaires, nous y reviendrons longuement. Mais elle est aussi aux fondements même de ce que de nombreux auteurs appellent aujourd'hui, le droit constitutionnel européen.

Selon cette doctrine le *droit constitutionnel européen* serait (ou deviendrait) « une discipline<sup>5</sup> de la jointure des ordres juridiques, celle de la lecture transversale, du langage commun, de la réconciliation des champs scientifiques. Un vrai dialogue entre disciplines se trouverait ainsi maintenu [...] »<sup>6</sup>. Mais ces auteurs sont encore contestés par une doctrine plus classique opposée à toute théorisation des rapports de systèmes au nom de la sempiternelle souveraineté étatique. G. Cornu, en 2003, s'exprimant à propos du principe de primauté, n'y voyait qu'un « processus, qui jouant au désordre plus qu'à la cohérence et à l'exaltation d'une jurisprudence incontrôlable prospère[rait] au mépris du génie du droit français [...] »<sup>7</sup>. Baptiste Bonnet remarque d'ailleurs, qu'il existe, « dans le domaine des rapports entre les ordres juridiques singulièrement, des courants de pensées, des manières de réfléchir, de lire

---

<sup>3</sup> Voir notamment OST, F. VAN DE KERCHOVE, M ; *De la pyramide au réseau ? pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p.

De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? *R.I.E.J.* 2000.

<sup>4</sup> BURGOGNE-LARSEN, L. « La démocratie au sein de l'Union européenne. De la 'constitution composée' à la 'démocratie composée' », *Les principes constitutionnels en Europe. Constitutional principles en Europe*, H. Bauer, C. Callies (ed.), Societas Iuris Publici Europaei (SIPE), Bruylant, Sakkoulas, Berliner, 2008, pp.83-99.

<sup>5</sup> On remarquera que le *droit constitutionnel européen*, s'il ne jouit pas d'une reconnaissance absolue, gagne du terrain. **En France**, s'il ne s'agit pas d'une discipline à proprement parlé, la matière, en tant que telle, est cependant enseignée dans plusieurs universités : Montpellier (où D. Rousseau – aujourd'hui J. Bonnet – a contribué à une véritable réflexion sur l'existence même du DCE), Strasbourg, Paris 1 et la liste est certainement bien plus longue. **Parmi les Etats membres**, le DCE est enseigné depuis bien plus longtemps qu'en France par l'Espagne, la Grèce, la Belgique (Académie de Droit Européen) et l'Allemagne avec notamment le Walter Hallstein Institut, Institut de droit européen de Humboldt à Berlin.

Enfin, de nombreuses revues européennes sont consacrées ou ont des chroniques consacrées au DCE comme la *RFDC* (chronique interrompue depuis peu), ou la *Revue de l'UE* (nouvelle chronique à paraître en 2014). En Espagne, par ex., *la Revista de Derecho Constitucional Europeo* semble avoir fait de la création de la discipline l'un de ses premiers objectifs. La revue a été créée en 2004 à l'initiative de la faculté de droit de Grenade avec l'appui de l'Institut andalou d'administration publique.

<sup>6</sup> PINON, S. « Le droit constitutionnel européen, une discipline autonome ? », *Annuaire de Droit Européen*, vol. VI-2008, Bruxelles, Bruylant, sept. 2011, pp. 61-73.

<sup>7</sup> CORNU, G. *Droit civil – Introduction – Les personnes, Les biens*, Paris, Montchrestien, 11<sup>e</sup> édit., 2003, n°263, p. 121.

**IXe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Lyon, 26-28 juin 2014**  
**Atelier C : Ordre constitutionnel, ordre international, ordres européens**  
**SYLVIE TORCOL**

ces rapports, des spécificités disciplinaires, des types d'évolution, des mouvements sur lesquels il [...] paraît nécessaire de poser un regard »<sup>8</sup>.

On le voit, les résistances académiques à l'émergence d'une nouvelle discipline qui pourrait aider à « repenser les rapports entre les ordres juridiques »<sup>9</sup> en permettant une théorisation de l'articulation des normes dans l'espace européen, sont encore vives, la question étant sans doute de savoir si elles sont encore tenables. Parce que ce refus (ou devrions nous dire cette abstention fautive), des constitutionnalistes mais aussi des spécialistes du droit de l'Union à *penser* l'Europe autrement qu'en référence à la théorie classique du droit constitutionnel et dans un cadre étatique, a obligé les juges internes et européens à se saisir de « l'enroulement » des différents ordres juridiques<sup>10</sup>, afin d'articuler leur coexistence et à se livrer à un exercice quasiment impossible mais également très risqué, celui de devoir « concilier l'inconciliable »<sup>11</sup> ; c'est-à-dire répondre à la célèbre question posée par l'avocat général Maduro : « comment assurer la protection de la Constitution dans l'ordre juridique interne sans attenter à l'exigence existentielle de primauté du droit communautaire ? Cette revendication concurrente de souveraineté juridique est la manifestation même du pluralisme juridique qui marque l'originalité du processus d'intégration européenne »<sup>12</sup> mais qui en fait aussi toute la complexité...

**C'est ce constat que se propose d'analyser la première partie de cette contribution.** Certes, ce constat n'est ni nouveau ni très original. Mais les morceaux d'histoire jurisprudentielle mis bout à bout, permettent de mieux se rendre compte des résistances du système mais également de mieux comprendre pourquoi les rapports de systèmes sont toujours liés par un nœud gordien...

Ce faisant, la construction d'une Europe politique, on le voit de manière encore plus prégnante aujourd'hui dans le contexte d'une crise économique qui n'en finit plus, ne peut (et ne doit) pas être gérée par la seule voie prétorienne. Si le désormais célèbre « dialogue des juges » a permis pour l'instant et après de nombreux atermoiements, de concilier le principe de primauté avec celui de la suprématie constitutionnelle, et partant, de « sauver » ce qu'il reste de la souveraineté des Etats membres, il ne pourra pas aller beaucoup plus loin, sauf à

---

<sup>8</sup> BONNET, B. *Repenser les rapports entre les ordres juridiques*, Paris, Lextenso Editions, 2013, p. 135.

<sup>9</sup> Comme nous y invite B. BONNET, *Repenser les rapports entre les ordres juridiques*, *op. cit.*

<sup>10</sup> Voir Rousseau, D. « Cours constitutionnelles et intégration européenne », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Philippe Colson*, Grenoble, PUG, 2004, p. 503. Il existe, selon l'auteur, un ordre juridique structuré « sur l'idée de pluralité non hiérarchisée [...]. L'hypothèse ici proposée est que le nouvel ordre juridique qui se construit par un « mélange » complexe des droits infra nationaux, nationaux et européens renvoie davantage à la forme d'une spirale ou du réseau qu'à celle de la pyramide ; les différents actes juridiques s'enroulent les uns aux autres de manière horizontale, rétroagissent les uns sur les autres avec, en perspective, ce que j'appellerai un *monisme d'horizon* ».

<sup>11</sup> La formule a été maintes fois utilisée pour traduire les difficultés rencontrées devant la conciliation des ordres juridiques. Par l'avocat général M. P. MADURO dans ses conclusions sur l'affaire *Arcelor* (CJCE, 21 mai 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e. a.*, C-127/07, *Rec.* 2008, p. I-9895) ; par le commissaire du gouvernement M. GUYOMAR et en réponse, dans ses conclusions sur la même affaire (6<sup>e</sup> et 1<sup>ère</sup> sous-sections réunies, 3 juin 2009, n° 287110), puis par la doctrine, voir par exemple, LEVADE, A. « Identité constitutionnelle et exigence existentielle : comment concilier l'inconciliable », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin – L'Union européenne : Union de droit, Unions des droits*, Paris, Pedone, 2010, p. 109 et s.

<sup>12</sup> Conclusions MADURO précitées.

franchir « la ligne rouge » que constitue, en France la jurisprudence *Arcelor*, c'est-à-dire admettre la remise en cause du primat constitutionnel et accepter la transcendance du droit international, plus précisément du droit de l'Union sur les Etats membres. Cela pourrait inciter à admettre également de *penser* l'Union Européenne dans un cadre théorique qui ne soit pas un cadre étatique et qui permette une lecture apaisée des rapports entre les ordres juridiques. Il appartient au droit constitutionnel européen de relever ce défi. Il en a les moyens et « la boîte à outils ». Encore faudrait-il qu'il soit « reconnu » comme une véritable discipline pour avoir une véritable force de propositions. **C'est à ces questions que sera consacrée la seconde partie.**

## **I: En attendant un droit constitutionnel européen : arbitrer le désordre**

Il n'est sans doute pas inutile, en préambule, de faire un peu d'archéologie juridique et de rappeler que, malgré l'affirmation (ancienne maintenant) par la CJCE, de la primauté du droit communautaire sur le droit des Etats membres<sup>13</sup> y compris constitutionnel<sup>14</sup>, aucun traité n'a réussi à « constitutionnaliser » cette primauté (A), laissant le problème à la merci des juges nationaux, obligés d'inventer, grâce à « des contorsions inouïes »<sup>15</sup>, ce que Baptiste Bonnet appelle des « primautés alternatives »<sup>16</sup> en brandissant des « boucliers »<sup>17</sup> souverainistes tels que le concept *d'identité constitutionnelle*.

Dans ce contexte, la gestion des rapports de système a été lâchement (?) ou inconsciemment (?) « abandonnée » aux juges nationaux et communautaires, qui ont, dans un premier temps, chacun de leur côté, cherché à protéger leurs ordres juridiques respectifs, ce qui a pu être interprété comme « une guerre », puis par le dialogue, chercher à trancher le nœud gordien de l'imbrication des ordres juridiques... sans y parvenir véritablement, et pour cause (B).

### **A- Primauté européenne versus suprématie constitutionnelle : le nœud gordien<sup>18</sup> des rapports de systèmes**

Que le lecteur se rassure. Il ne s'agira pas ici de revenir sur les jurisprudences salvatrices *Arcelor* ou *Simmenthal* et autres toutes aussi connues... Mais appeler de ses vœux un droit constitutionnel européen capable (selon nous) de dénouer le nœud des rapports de

---

<sup>13</sup> C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa contre E.N.E.L.*, 6/64, *Rec.* p. 1141

<sup>14</sup> C.J.C.E., 9 mars 1978, *Simmenthal*, 106/77, *Rec.* P. 629.

<sup>15</sup> BONNET, B. *Repenser les rapports entre les ordres juridiques*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> ROUSSEAU, D. « 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. BURGORGUE-LARSEN, L.), Paris, Pedone, 2011, pp. 89-100.

<sup>18</sup> L'expression « **nœud gordien** » désigne, par métaphore, un problème inextricable, finalement résolu par une action brutale. On dit : **trancher le nœud gordien**.

**IXe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Lyon, 26-28 juin 2014**  
**Atelier C : Ordre constitutionnel, ordre international, ordres européens**  
**SYLVIE TORCOL**

systèmes, demande sans aucun doute, quelques précautions et quelques mises au point préalables.

La construction européenne a consacré l'existence de deux ordres juridiques mais les Etats membres n'ont pas eu le courage *d'écrire* (dans les traités successifs) la manière dont ces ordres devraient cohabiter. Ce faisant, ce sont les juges qui ont dû « concilier l'inconciliable »<sup>19</sup> ... avec, pour ce qui concerne les juges nationaux, des obstacles juridiques complexifiés par des situations particulières liées à des interprétations plus ou moins souverainistes. C'est cette situation « d'embourbement »<sup>20</sup> que nous entendons dénoncer.

Certes, il est facile de comprendre pourquoi le problème n'a jamais été résolu et pourquoi le principe de primauté reste, encore aujourd'hui, un principe d'origine prétorienne. Mais on ne peut pas dénoncer les incohérences d'un système et en être à l'origine ; on ne peut pas regretter les atermoiements et le manque de légitimité de l'Union Européenne et en rester au *statu quo*. Ce sont les Etats membres qui sont responsables de cette guerre de frontières, guerre autour de conflits de normes dont la problématique est depuis longtemps posée : « [...] la situation rencontre l'aporie inéluctable en l'absence de hiérarchie des normes de type fédéral : il est radicalement indécidable de trancher entre l'affirmation, par le juge de l'Union, de la suprématie du droit de l'Union dans son propre ordre juridique et l'affirmation, par la juridiction constitutionnelle nationale, de la suprématie de la constitution nationale dans son ordre juridique interne. Les deux juges suprêmes ont également raison, mais leurs raisons sont radicalement inconciliables »<sup>21</sup>.

Or, le principe de primauté est la pierre angulaire de l'effectivité du droit de l'Union Européenne et bien plus largement de l'articulation des ordres juridiques. En n'inscrivant pas ce principe dans le marbre des Traités, les Etats membres ont condamné l'Europe à n'être qu'une organisation *sui generis*, terme bien commode pour une politique de « retranchement provisoire » mais terme particulièrement symptomatique d'un manque de courage politique devant un choix théorique. *A contrario*, inscrire la primauté dans les traités ne signifie pas une résolution automatique du conflit mais plutôt un « cessé le feu » susceptible d'aboutir à un armistice, nous y reviendrons.

Les opportunités d'inscrire le principe de primauté au frontispice de l'UE ne sont que des occasions manquées. Seul le traité d'Amsterdam l'avait timidement et indirectement reconnu, une disposition du protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité indiquant que l'application desdits principes « ne porte pas atteinte aux

---

<sup>19</sup> La formule a été maintes fois utilisée pour traduire les difficultés rencontrées devant la conciliation des ordres juridiques. Par l'avocat général M. P. MADURO dans ses conclusions sur l'affaire *Arcelor* (CJCE, 21 mai 2008, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e. a.*, C-127/07, *Rec.* 2008, p. I-9895) ; par le commissaire du gouvernement M. GUYOMAR et en réponse, dans ses conclusions sur la même affaire (6<sup>e</sup> et 1<sup>ère</sup> sous-sections réunies, 3 juin 2009, n° 287110), puis par la doctrine, voir par exemple, LEVADE, A. « Identité constitutionnelle et exigence existentielle : comment concilier l'inconciliable », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin – L'Union européenne : Union de droit, Unions des droits*, Paris, Pedone, 2010, p. 109 et s.

<sup>20</sup> Pour utiliser un vocabulaire lié aux conflits...

<sup>21</sup> SIMON, D. « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union », in *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe* (Dir. BURGORGUE-LARSEN, L.), Paris, Pedone, 2011, p. 40.

**IXe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Lyon, 26-28 juin 2014**  
**Atelier C : Ordre constitutionnel, ordre international, ordres européens**  
**SYLVIE TORCOL**

principes mis au point par la Cour de justice en ce qui concerne la relation entre le droit national et le droit communautaire ». L'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe stipulait quant à lui que « 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 ». Cette « constitutionnalisation » de la jurisprudence de la Cour de Justice avait même été jugée conforme à la Constitution française par le Conseil constitutionnel<sup>22</sup>. On sait le sort réservé à ce traité... Mais contrairement au Traité Constitutionnel, la primauté du droit de l'Union sur le droit interne n'est plus explicitement inscrite dans le Traité de Lisbonne. Seule une déclaration (n° 17) rappelle que « selon une jurisprudence constante de la Cour de Justice de l'Union Européenne, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des Etats membres, dans les conditions définies par ladite jurisprudence ». En outre, est annexé au traité un avis du service juridique du Conseil précisant que « le fait que le principe de primauté ne soit pas inscrit dans le futur traité ne modifiera en rien l'existence de ce principe ni la jurisprudence en vigueur de la Cour de Justice ».

Le principe de primauté relégué dans une déclaration ou encore dans une annexe... Il n'est nul besoin d'être spécialiste du droit de l'Union Européenne pour savoir ce que cela veut dire : *la pyramide est toujours debout*<sup>23</sup> et ce, malgré les coups de boutoir que lui ont donné très régulièrement la doctrine et les juges et alors même que l'on sait depuis longtemps que « la hiérarchie des normes ne constitue pas une grille de lecture satisfaisante des rapports normatifs entre plusieurs ordres ou plusieurs systèmes qui cohabitent mais qui ne sont pas parvenus à se rassembler en un seul et même système qui aurait sa propre norme fondamentale supérieure »<sup>24</sup>. La lecture hiérarchique oblige à raisonner en termes de rapports de type supériorité/infériorité et de suprématie constitutionnelle, lecture ne permettant pas de résoudre le problème européen. On a pourtant en tête les nombreuses critiques formulées sur la théorie kelsénienne par les juristes les plus éminents tels que Paul Amsselek ou encore Michel Troper. Mais notre culture juridique est tellement imprégnée des théories kelséniennes que, comme le rappelle fort opportunément Baptiste Bonnet reprenant la formule de Denys de Béchillon « Nul n'y peut rien, il faut penser avec, après ou contre Kelsen »<sup>25</sup> même si, au fond, nous sommes tous (?) conscients qu'il ne peut y avoir une seule hiérarchie et que le seul fait d'admettre une multiplicité de hiérarchies remet en cause notre compréhension du droit et

---

<sup>22</sup> Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*. Considérant n° 13 : Considérant que, si l'article I-1 du traité substitue aux organisations établies par les traités antérieurs une organisation unique, l'Union européenne, dotée en vertu de l'article I-7 de la personnalité juridique, il ressort de l'ensemble des stipulations de ce traité, et notamment du rapprochement de ses articles I-5 et I-6, qu'il ne modifie ni la nature de l'Union européenne, ni la portée du principe de primauté du droit de l'Union telle qu'elle résulte, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel par ses décisions susvisées, de l'article 88-1 de la Constitution ; que, dès lors, l'article I-6 du traité soumis à l'examen du Conseil n'implique pas de révision de la Constitution ;

<sup>23</sup> Pour paraphraser Michel TROPER, *La pyramide est toujours debout*. Réponse à Paul Amsselek, *R.D.P.* 1978, p. 1523.

<sup>24</sup> BONNET, B. *Repenser les rapports entre les ordres juridiques*, op. cit., p. 36.

<sup>25</sup> DE BECHILLON, D. *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Paris, Economica, 1996, p. 3.

**IXe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Lyon, 26-28 juin 2014**  
**Atelier C : Ordre constitutionnel, ordre international, ordres européens**  
**SYLVIE TORCOL**

avec elle, toute la théorie kelsénienne. D'ailleurs, ce constat est parfaitement dressé par F. Ost et M. Van de Kerchove qui relèvent que la « défense du paradigme officiel consiste à dresser des obstacles épistémologiques autour du paradigme menacé afin d'« étendre (indûment) son pouvoir explicatif et disqualifier les interprétations concurrentes »<sup>26</sup>. Et ils rajoutent : « Peut-être que, pour des raisons qui lui sont propres, la doctrine juridique a intérêt à entretenir ces représentations trompeuses ainsi que les illusions qui les nourrissent »<sup>27</sup>. Or, « il arrive, après un temps, un moment où, les exceptions se multipliant, la théorie devient à ce point alambiquée que le rapport principe-exceptions se renverse... Il est temps, alors, de changer de paradigme »<sup>28</sup>. Le constitutionnaliste italien Gustavo Zagrebelski ne dit pas autre chose en mettant en avant « la force d'inertie des grandes conceptions juridiques qui continuent souvent à agir, de façon résiduelle, même quand elles ont perdu leur raison d'être à cause de la modification des conditions qui les avaient justifiées à l'origine »<sup>29</sup>.

Pour s'en sortir sans remettre en cause la suprématie constitutionnelle, Ost et Van de Kerchove relèvent l'imagination de la doctrine qui complexifie encore un peu plus la situation par des propositions alternatives ou hybrides destinées à cacher la « misère conceptuelle ». Ils citent<sup>30</sup> les expressions de « pyramides inachevées », « hiérarchies discontinues », « hiérarchies alternatives », « hiérarchies inversées », « archipel », « rhizome », « polycentricité », « structuration réticulaire », « compénétration »...

C'est à cette complexité imposée par la lecture hiérarchique des rapports de systèmes que s'est frotté le juge, finalement obligé d'arbitrer le flou juridique.

### **B- L'arbitrage prétorien ou l'obligation de juger...**

Le constat qui vient d'être dressé est un constat de carence. Ni les Etats membres, ni les responsables européens, n'ont pu ou voulu arbitrer *en amont* la problématique de l'articulation des ordres juridiques laissant les juges confrontés à leur obligation de juger et face à une difficulté colossale<sup>31</sup> ; celle de la conciliation entre deux logiques antagonistes : la logique unificatrice de l'ordre juridique européen (au sens de communautaire) et la logique identitaire de l'ordre juridique de chacun des Etats membres<sup>32</sup> et, en la matière, le cas de la France est un exemple topique. Les juges se sont retrouvés malgré eux au cœur des rapports entre droit de l'Union et droits internes.

---

<sup>26</sup> OST, F. VAN DE KERCHOVE, M ; *De la pyramide au réseau ? ...*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>29</sup> ZAGREBELSKY (G.), *Le droit en douceur* (trad. Michel Leroy), Paris, Economica, 2000, p. 42.

<sup>30</sup> OST, F. VAN DE KERCHOVE, M ; *De la pyramide au réseau ?...*, *op. cit.*, p. 50.

<sup>31</sup> Voir BONNET, B. *Repenser les rapports entre les ordres juridiques*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 66.

**IXe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Lyon, 26-28 juin 2014**  
**Atelier C : Ordre constitutionnel, ordre international, ordres européens**  
**SYLVIE TORCOL**

Guy Canivet<sup>33</sup> utilise la métaphore de la tragédie grecque pour illustrer toute la dramaturgie de ces rapports entre juges, même si, *in fine*, le drame est partiellement évité parce les juges, (plein de sagesse ? ou appliquant la politique du « sauve qui peut » ?), vont développer une « philosophie » permettant de passer d'une logique hiérarchique à une logique de systèmes et quelquefois dans la même décision, nous y reviendrons. Evidemment, il conviendrait ici de s'attarder sur la question de « l'office du juge »<sup>34</sup>, sur l'étendue et le contenu donnés à son pouvoir d'interprétation ; autant de beaux débats très utiles et déjà très largement menés par d'illustres auteurs. Nous ne reviendrons donc pas sur ces questions à la fois parce qu'elles irriguent la réflexion en permanence mais également parce qu'en ce domaine, les réponses ne vont pas de soi. Dit autrement, il ne s'agira pas ici de remettre en question l'étendue des pouvoirs du juge mais d'observer comment, ce dernier, confronté à une situation particulière et inédite a tenté de s'en sortir au point d'épuiser petit à petit « le champ des possibles jurisprudentiels ». Nous poserons donc comme acquise l'affirmation suivante : le juge est un interprète mais « il faut seulement observer qu'en accordant la signification de norme à un texte, à une pratique ou à l'ensemble du système juridique, l'interprète ne se borne pas à créer une norme, il lui assigne par la même occasion une certaine valeur. Il décide par exemple que la Déclaration des droits exprime des normes juridiques, mais il doit décider en même temps si elle a une valeur égale ou supérieure à celle des lois, égale, voire supérieure aux dispositions numérotées de la constitution. En d'autres termes, il ne peut pas interpréter et créer une norme sans la placer à un certain rang de la hiérarchie. Celle-ci n'est pourtant pas une donnée immuable »<sup>35</sup>.

A partir de ces quelques remarques, l'hypothèse que nous entendons défendre est la suivante : **le droit constitutionnel européen naît de l'épuisement<sup>36</sup> du pouvoir créateur des juges.** Et pour donner corps à cette affirmation, il suffit d'observer la jurisprudence interne (qu'elle soit constitutionnelle, administrative ou judiciaire avec certes des nuances) afin de mettre en lumière « l'inopérance ou tout du moins [...] l'inadaptation des formules hiérarchiques pour trancher un conflit entre norme interne et norme internationale que les normes en conflit soient à un niveau plus ou moins élevé de la hiérarchie des normes des ordres juridiques dont ces émanent »<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Voir CANIVET, G. Constitutions nationales et ordre juridique communautaire, Contre éloge de la tragédie, *in Mélanges en l'honneur de P. MANIN, L'Union Européenne : Union de droit, Union des droits*, Paris, Pedone, 2010, pp. 611 et s.

<sup>34</sup> Nous renvoyons sur ce thème aux actes du très beau colloque, *L'office du juge*, tenu au Sénat les 29 et 30 septembre 2006, publiés dans la collection « Les colloques du Sénat », 544 p. Le colloque entend non pas répondre à la question « jusqu'où vont les juges ? », mais « jusqu'où pourraient-ils aller s'ils le voulaient et s'il le fallait ? ». La réponse (donnée en présentation du colloque) est qu'ils peuvent non seulement déterminer le contenu des normes juridiques qu'ils sont censés appliquer, mais aussi décider qu'un énoncé quelconque présente le caractère d'une norme juridique et même modifier la place de chaque norme dans la hiérarchie de l'ordre juridique.

<sup>35</sup> Voir la présentation du colloque *L'office du juge* sur le site :

[http://www.senat.fr/colloques/office\\_du\\_juge/office\\_du\\_juge4.html](http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge4.html). Consulté le 24/06/2014.

<sup>36</sup> Epuisement à la fois des solutions mais également par « KO »... Les juges n'entendent pas aller au-delà.

<sup>37</sup> BONNET, B. *Repenser les rapports entre les ordres juridiques*, *op. cit.*, p. 42.



**IXe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Lyon, 26-28 juin 2014**  
**Atelier C : Ordre constitutionnel, ordre international, ordres européens**  
**SYLVIE TORCOL**

Et l'observation est édifiante même s'il paraît difficile de poser des conclusions générales, au regard du fait, qu'en droit interne, il n'y a pas *un* mais trois juges qui n'ont pas tous eu la même appréhension du problème. Nos observations devront par conséquent être relativisées puisqu'il n'est pas dans nos intentions de reprendre, à ce stade du raisonnement, les analyses jurisprudentielles (au demeurant fort connues), qu'elles soient constitutionnelles, administratives ou judiciaires. Disons simplement que les résistances se sont retrouvées à tous les niveaux, plus ou moins marquées et plus ou moins tenaces, jugées par certains « pathétiques »<sup>38</sup>. Mais rajoutons immédiatement, et nous y reviendrons, que la position des juges internes et particulièrement en France, était dès le départ, intenable.

Ces précisions étant apportées, il faut malgré tout admettre que, jugeant les juges, la doctrine ne leur a pas fait de cadeau. En matière d'agencement des ordres juridiques, la plupart des auteurs ont mis en avant les solutions contingentes, changeantes dans le temps, parfois contradictoires notamment en matière de droit administratif. Ces solutions dépendent du texte du moment et de la politique jurisprudentielle ; la hiérarchie des normes n'existant pas en droit positif<sup>39</sup>. B. Bonnet quant à lui, relève les difficultés du juge, ses atermoiements, ses retours en arrière<sup>40</sup>. Il constate le malaise du juge ordinaire devant ce conflit de primautés et l'insatisfaction devant des solutions fluctuantes, diverses, évolutives : « La jurisprudence administrative nous paraît tout à fait éclairante en ce qui concerne la difficulté rencontrée par le juge pour fixer sa jurisprudence relativement aux conflits entre norme constitutionnelle et norme internationale, ce qui ne peut être interprété que comme un signe de fragilité.

De l'ignorance feinte du conflit (jusqu'à l'arrêt *Koné*) à la consécration directe de la primauté constitutionnelle (arrêt *Koné*), en passant par la suprématie *constitutionnelle* (arrêt *SNIP*), la priorité d'application (arrêt *Melle Deprez et Baillard*) ou l'écran constitutionnel (arrêt *Sarran*), sans oublier la translation du conflit et la dissociation des dispositions inhérentes à l'identité constitutionnelle française des autres dispositions constitutionnelles ou le traitement différencié du droit de l'Union européenne et des autres droits externes (y compris le droit issu du Conseil de l'Europe) (arrêt *Arcelor*), le juge administratif n'a eu de cesse de chercher des solutions et de tenter de trouver celle, idoine, qui permettrait de trouver un *statu quo* entre norme constitutionnelle et norme internationale et de fixer la jurisprudence sur ce point »<sup>41</sup>. Il est évident qu'en la matière, la jurisprudence du Conseil d'Etat, coincée entre la suprématie constitutionnelle (et une logique identitaire) et la primauté du droit de l'Union (et une logique unificatrice) est particulièrement intéressante parce qu'elle traduit parfaitement les limites de l'œuvre prétorienne. Ces limites, ce sont forcément celles inhérentes à notre conception des rapports de systèmes c'est-à-dire l'affirmation tenace que « tout procède de la Constitution ». Cette conception (c'est la Constitution qui détermine la valeur de toutes les normes juridiques) permet d'ancrer la primauté du droit de l'Union dans l'article 88-1<sup>42</sup> alors que l'ordre international général reste sous l'empire de l'article 55 de la Constitution et de l'alinéa

---

<sup>38</sup> SIMON, D. « Yes we can »... ou comment l'Assemblée du contentieux donne le coup de grâce à une jurisprudence moribonde... *Europe*, n° 12, décembre 2009, repère 11.

<sup>39</sup> Voir MONIN, M. La hiérarchie des normes n'existe pas », *Recueil Dalloz Sirey*, 2 sept. 1999, n°30, p. 1.

<sup>40</sup> BONNET, B. *Repenser les rapports entre les ordres juridiques*, op. cit., pp. 46 et s.

<sup>41</sup> *Ibid*, pp. 48-49

<sup>42</sup> Conseil constitutionnel, DC n° 2004-496, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.

**IXe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Lyon, 26-28 juin 2014**  
**Atelier C : Ordre constitutionnel, ordre international, ordres européens**  
**SYLVIE TORCOL**

4 du Préambule de 1946. L'article 88-1 permet de fonder constitutionnellement la primauté du droit de l'Union sur le droit interne, y compris constitutionnel, sous réserve de l'absence de contrariété à une disposition constitutionnelle « expresse » ; les autres règles constitutionnelles doivent, selon E. Schoettl « céder le pas » à l'application ou à la transposition du droit communautaire. Cette jurisprudence permet de maintenir « l'affirmation du primat constitutionnel » et partant, laisse le juge ordinaire se débrouiller avec des primautés « à géométrie variables ». C'est sans doute ce qui fait dire à M. Troper que « de nombreuses décisions se présentent comme déduites de la hiérarchie des normes, mais il s'agit là souvent d'une simple justification et la hiérarchie n'existe que postérieurement et en vertu de la décision de l'interprète. [...] Le juge peut bien prétendre [...] qu'il ne fait que tirer les conséquences d'une hiérarchie qui préexiste à sa décision. Cette hiérarchie n'existe que parce qu'il l'a lui-même créée »<sup>43</sup>. Et il termine son raisonnement en mettant en garde sur le fait que, si cette conclusion paraît fortement exagérée « cela ne vient pas de la faiblesse de l'analyse, mais de ce qu'il n'y a pas dans la réalité un seul interprète, mais une pluralité, et qu'ils forment un système. Et ce système est constitutif de contraintes qui empêchent chacun d'exercer complètement et à chaque instant son pouvoir discrétionnaire. L'interprète est à la fois libre et soumis au déterminisme »<sup>44</sup>.

Le maintien du primat constitutionnel ne permet pas de dégager de *bonnes solutions* malgré l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat notamment. Des stratégies jurisprudentielles ont permis de ménager la primauté de l'ordre juridique européen sans pour autant l'affirmer, elles ont également divisé la doctrine sur les véritables intentions des juges. Certes, l'évolution jurisprudentielle doit beaucoup aux commissaires du gouvernement<sup>45</sup> et « l'intention jurisprudentielle » peut être tirée de la lecture de leurs conclusions. Mais si nous devons rendre hommage à ce travail d'horlogerie, remarquons aussi que les solutions proposées, si elles révèlent un véritable effort pour tenter de sortir du raisonnement hiérarchique, n'y parviennent pas totalement (et en cela nous adhérons totalement à l'analyse de l'arrêt *Arcelor* par B. Bonnet). La lumineuse « translation » proposée par M. Guyomar dans ses conclusions sur l'arrêt *Arcelor* et reprise à son compte par le Conseil d'Etat est parfaitement révélatrice à la fois de l'ingéniosité (de la ruse) des juges (et des commissaires du gouvernement et rapporteurs publics aujourd'hui) mais également des limites du système.

Au final, certains ont salué le pas considérable que les juges administratifs français venaient de faire franchir à l'intégration communautaire alors que d'autres préféraient souligner les limites de la translation du conflit normatif.

---

<sup>43</sup> TROPER, M. La liberté de l'interprète, in *L'office du juge*, actes du colloque des 29 et 30 septembre 2006, Paris, Sénat, 2009, pp. 39-40.

Il explique que : « *Ce que l'on appelle en effet relation hiérarchique entre deux normes A et B, c'est-à-dire la supériorité de l'une sur l'autre, est le plus souvent une relation telle que si B est contraire à A, elle peut être annulée par un juge ou bien telle que en cas de conflit le juge peut faire prévaloir A. Par conséquent si c'est le juge qui interprète un texte pour décider que celui-ci lui donne le pouvoir d'annuler B en cas de contradiction avec une norme A, c'est lui-même qui a créé la relation hiérarchique entre A et B. A n'est alors supérieur à B que parce que le juge a décidé qu'il pouvait annuler B pour contradiction avec A.*

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> Tels que P. Frydman et surtout M. Guyomar.

Ce sont ces limites que ces développements avaient vocation à démontrer. Elles posent d'ailleurs d'innombrables questions : les juges [...] ne sont-ils pas davantage les « bâtisseurs » que les « gardiens » de la « pyramide » dès lors que chacune de leurs décisions de faire prévaloir une norme sur une autre s'apparente à une pierre portée à l'édifice »<sup>46</sup> ? Les juges, arbitres des rapports entre les ordres juridiques, peuvent-ils changer les règles du jeu ? Et lorsque les jurisprudences s'entrecroisent - ou pire se contredisent -, ne doit-on pas envisager « *repenser les rapports entre les ordres juridiques* » ? C'est parce que cette invitation est très stimulante que nous proposons d'aller plus loin.

*Ces développements seront enrichis dans la version définitive.*

## II: Les attentes autour d'un droit constitutionnel européen : « ordonner le multiple sans le réduire »<sup>47</sup>

Encore une fois, le constat dressé dans la première partie n'a rien de révolutionnaire. Nous n'avons fait que reprendre les éléments d'un débat ouvert depuis - trop - longtemps sans qu'il n'ait véritablement avancé, éléments par ailleurs mis en évidence dans l'ouvrage de Baptiste Bonnet qui a largement inspiré cette réflexion. Mais la place de cette contribution dans cet atelier sous la rubrique « polémiques » (suite logique du débat ?) confirme le fait que des précautions d'usage s'imposent. C'est la raison pour laquelle, les développements précédents ont essayé de « déminer » le terrain en reprenant des éléments factuels difficilement contestables même s'il est évident que la manière d'interpréter les faits les dénature immédiatement. On citera en exemple « les chausse-trapes »<sup>48</sup> de l'arrêt *Arcelor* qui a donné lieu à des commentaires doctrinaux très opposés traduisant des partis pris sans doute un peu militants que les sophistications de cette jurisprudence permettaient sans doute. Et les exemples en ce sens sont légion.

Il est désormais temps de quitter nos retranchements et, droit constitutionnel européen brandi, sortir à découvert laissant quelque peu monter l'adrénaline. Certes, en continuant à se cacher momentanément derrière ceux qui nous ont incités à sortir en nous encourageant : « [...] il convient justement de ne plus envisager les rapports entre ordres juridiques comme un pont aux ânes, comme une question récurrente et habituelle mais réglée par à coups et de manière alternative selon l'acteur concerné par ces rapports et son rôle. Il convient d'essayer de redimensionner ces rapports en remettant en cause, c'est-à-dire allant au-delà de la simple relativisation ou de la simple pondération, des postulats ou des instruments dont nous avons la maîtrise habituelle. Il faut ici admettre que le mouvement exponentiel d'internationalisation et singulièrement d'eupéanisation du droit n'a pas fait que bousculer nos ordres juridiques

---

<sup>46</sup> BARRAUD Boris, *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux. Pour une conception pragmatique du droit*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 264

<sup>47</sup> Voir l'introduction de l'ouvrage de M. DELMAS-MARTY, Cf. note 2.

<sup>48</sup> BONNET, B. *Repenser les rapports entre les ordres juridiques*, op. cit., p. 88.

**IXe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Lyon, 26-28 juin 2014**  
**Atelier C : Ordre constitutionnel, ordre international, ordres européens**  
**SYLVIE TORCOL**

internes mais les a, d'une certaine manière, restructurés et que, dès lors, il faut déconstruire, au sens de la philosophie derridienne, lever des tabous, y compris concernant les notions les plus archétypales et aprioristiques qui soient telles la souveraineté, la séparation des pouvoirs. Une déconstruction donc qui a pour vocation de démontrer qu'une nouvelle ère s'est initialisée, sans leurs qu'une volonté expresse, étatique par exemple se soit manifestée en ce sens, par sédimentation, par réalisme, par lassitude, parfois de guerre lasse, que cette nouvelle ère est la conséquence, encore parfois non admise (et même combattue), de la révolution juridique qu'a constituée l'internationalisation de nos droits durant ces cinquante dernières années. Il est temps de passer à une nouvelle vision des rapports entre droit interne et droit international au sens large ; ce n'est d'ailleurs qu'une des conséquences d'étapes déjà franchies à un rythme inégal et pas toujours chronologique »<sup>49</sup>.

Fort de ces encouragements, il est temps de défendre son camp avec sans doute une forte dose d'inconscience et opter pour *la solution d'Alexandre*<sup>50</sup> : trancher le nœud gordien des rapports de systèmes par un coup d'épée permettant une « libération théorique » capable de laisser émerger le droit constitutionnel européen comme une solution possible (A) puis, de définir dans quel cadre théorique ces rapports de systèmes pourrait être appréhendés (B).

**A- Le droit constitutionnel européen, la « solution d'Alexandre »**

Dire que le droit constitutionnel européen pourrait être une solution à la conciliation pacifiée des ordres juridiques nationaux et européens demande évidemment que soit posés quelques préalables. Nous sommes parfaitement conscients de la connotation militante de nos propos et de la brutalité de nos affirmations. Il faudrait sans doute prendre des chemins de traverse plutôt que d'aller droit au but. Si cette contribution peut donner cette impression, il s'agit sans doute des limites de l'exercice. Nous renverrons par ailleurs aux études déjà proposées sur ce thème, qui expliquent sans doute que nous n'ayons pas le sentiment de bruler les étapes.

Ces précisions étant données, il faut dans un premier temps, aborder la question essentielle de la définition du droit constitutionnel européen avant de tenter d'en donner les fondements théoriques. Les théories pluralistes ont déjà très largement ouvert la voie et Mireille Delmas-Marty a parfaitement résumé le challenge qui se pose à qui ose s'aventurer sur ce chemin : « Ordonner le multiple sans le réduire à l'identique, admettre le pluralisme sans renoncer à un droit commun, à une commune mesure du juste et de l'injuste, peut [...] sembler un objectif inaccessible, un exercice, peut-être divertissant pour l'esprit, mais

---

<sup>49</sup> *Ibid*, p. 18-19.

<sup>50</sup> Selon la légende qui fonda la métaphore du « nœud gordien », le timon du char du roi Midas était lié par le fameux « nœud gordien », dont quiconque, selon la prophétie, parviendrait à le dénouer deviendrait le maître de l'Asie — exploit qu'accomplit Alexandre le Grand. En 337 av. J.-C., Alexandre tenta de défaire le nœud. Ne pouvant trouver une extrémité pour le défaire, il le trancha d'un coup d'épée (c'est ce que l'on a ensuite appelé la « solution d'Alexandre »).

**IXe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Lyon, 26-28 juin 2014**  
**Atelier C : Ordre constitutionnel, ordre international, ordres européens**  
**SYLVIE TORCOL**

pratiquement vain. Prendre le pari contraire, c'est tenter ce que le poète Edouard Glissant nomme « la pensée du tremblement »<sup>51</sup>.

Ces doctrines pluralistes<sup>52</sup> et les différentes notions et allégories qui l'accompagnent pourraient réaliser le rêve de Michel Foucault « libérer le droit de la tutelle du discours sur la souveraineté »<sup>53</sup> et, au-delà, libérer la rationalité politique des discours ordinairement servis sur l'individu, l'État et leurs rapports<sup>54</sup>. C'est ce que soutiennent d'ailleurs ceux qui militent pour une « hétérarchie des normes », dénomination sans doute la plus modérée (mais peut-être pas la plus adaptée), en raison de sa proximité sémantique avec « hiérarchie » pour illustrer l'abandon du paradigme de la pyramide<sup>55</sup> et inscrire les rapports de systèmes dans un cadre théorique réinventé. Le droit n'émane plus d'un foyer unique de production de normes et ce phénomène marginalise forcément l'Etat et les concepts qui s'y rattachent. De là à imaginer un nouveau système de valeurs permettant d'appréhender la « post modernité », il n'y a qu'un pas... mais un pas de géant que nous avons, notamment en France, beaucoup de mal à franchir. Pourtant, il s'agit de mettre en adéquation la réalité et le droit, de prendre en compte le fait que le droit « bouge »<sup>56</sup> au rythme des évolutions sociétales, de constater la déstructuration des ordres juridiques et de proposer leur restructuration à travers un droit constitutionnel européen capable d'appréhender le processus de « métamorphose » constitutionnelle qui est envisagé ici.

Cette idée d'un droit européen, encore appelé par certains *ius commune europaerum*, relève d'une thématique ancienne : empruntée à Burdeau et à Hauriou, elle signifie, fondamentalement que toute institution, tout ordre juridique impliquent l'adhésion des sujets qui les composent à un ensemble de valeurs partagées, à un véritable « vouloir vivre ensemble ». Dominique Rousseau pose très clairement les deux données problématiques de la rencontre des ordres juridiques nationaux et européens : la désintégration de l'identité nationale et – conséquence automatique – la construction d'une identité européenne de substitution. « Ainsi, comme tout le reste de la planète, les Etats européens sont tiraillés entre un processus de mondialisation qui désintègre leur légitimité et une floraison de particularismes identitaires qui dissout le sentiment d'appartenance nationale »<sup>57</sup>. Mais cette constatation n'est pas irréfutable.

Le cadre de pensée étant posé, il reste à donner une définition de ce droit constitutionnel européen. En 2008<sup>58</sup>, dans un dossier spécial de la *Revue de Droit Public*, Hélène Gaudin et Dominique Rousseau ont confronté leur vision respective de « communautariste » et de constitutionnaliste sur le thème « le droit constitutionnel européen

---

<sup>51</sup> Voir l'introduction de l'ouvrage de M. DELMAS-MARTY, Cf. note 2.

<sup>52</sup> Cf. en introduction.

<sup>53</sup> FOUCAULT, M. *Il faut défendre la société*, Paris, Gallimard-Le Seuil, coll. Hautes études, 1997, pp. 33 et 150-151.

<sup>54</sup> Voir en ce sens, BARRAUD Boris, *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux...*, op. cit., p. 62.

<sup>55</sup> *Ibid*, p. 63.

<sup>56</sup> ROUSSEAU, D. Le droit constitutionnel en débat, le droit constitutionnel européen existe-t-il ? *R.D.P.* n° 3, 2008, p.721.

<sup>57</sup> ROUSSEAU, D. La notion de patrimoine constitutionnel européen. In C.D.D. *Le patrimoine constitutionnel européen. Actes du séminaire UniDem des 22 et 23 novembre 1996*. Strasbourg, les Editions du Conseil de l'Europe, 1997, p. 29.

<sup>58</sup> Le droit constitutionnel en débat, le droit constitutionnel européen existe-t-il ? *R.D.P.* n° 3, 2008, pp. 721-730.

**IXe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Lyon, 26-28 juin 2014**  
**Atelier C : Ordre constitutionnel, ordre international, ordres européens**  
**SYLVIE TORCOL**

existe-t-il ? ». Paradoxalement, leurs positions ne traduisent pas le clivage disciplinaire habituel, parfaitement exposé par Baptiste Bonnet<sup>59</sup> (parlant certes au conditionnel et avec beaucoup de précautions) qui relève que les grilles de lecture des rapports de systèmes sont largement dépendantes des « chapelles »<sup>60</sup> que l'on entend défendre<sup>61</sup>. Certes Dominique Rousseau n'est pas un « constitutionnaliste classique »<sup>62</sup> et sa conception du droit constitutionnel européen (partagée dans ses grandes lignes par H. Gaudin (avec peut-être une seule réserve par rapport à l'Etat) « choque » certainement nombre de nos collègues. Mais c'est celle que nous entendons défendre, conscient néanmoins qu'il n'existe pas *une* conception unique de ce droit. Que proposent ces auteurs ? D'abord une approche négative : « le droit constitutionnel européen n'est pas le droit ayant pour objet l'étude comparative des droits nationaux des différents États européens »<sup>63</sup>. « Dans une approche positive, il pourrait se définir comme la construction des catégories juridiques, des principes et des institutions dans lesquels et par lesquels se représente l'espace public européen en formation »<sup>64</sup>. Il « serait la synthèse de l'eupéanisation des droits nationaux et de la constitutionnalisation du droit de la CE/UE et présente l'avantage de ne plus raisonner en terme d'antagonisme des disciplines et des ordres juridiques mais en terme de construction en commun »<sup>65</sup>. [...] À bien des égards, le cœur de ce droit constitutionnel européen se situe dans les rapports et interactions entre les droits constitutionnels nationaux et le droit constitutionnel de la CE/UE, et leur homogénéité. De même, les rapports entre la CE/UE et ses États membres sont constitutifs, voire constituant, de ce droit constitutionnel européen »<sup>66</sup>. Les deux auteurs insistent sur le dépassement de l'horizon étatique impliqué par cette conception des rapports de systèmes, dépassement des Etats-nation devenus Etats membres, mais également dépassement du débat concernant l'opportunité d'un Etat européen.

Et c'est bien parce qu'il développe une théorie a-étatique ou post-étatique du droit constitutionnel que ce « nouveau » droit est capable d'organiser les ordres juridiques de façon efficace. D'ailleurs, Ingolf Pernice défend la même idée depuis presque dix ans : le droit constitutionnel européen est un système constitutionnel composé d'un niveau national et d'un niveau supranational (« *Verfassungsverbund* »), les deux étant complémentaires ; le système étant constitué des constitutions nationales dans leur ensemble et des traités instituant l'Union, afin d'attirer l'attention sur la base de légitimité qui est commune à ces deux niveaux constitutionnels, à savoir la volonté des citoyens des Etats membres. Cette approche du « *multilevel constitutionalism* » a reçu un accueil assez favorable dans les milieux

---

<sup>59</sup> Voir BONNET, B. *Repenser les rapports entre les ordres juridiques*, op. cit., pp. 137 et s.

<sup>60</sup> Baptiste BONNET n'emploie pas ce mot. C'est nous qui traduisons, sans doute de façon exagérée, les propos de l'auteur.

<sup>61</sup> Voir sur ce thème, TORCOL, S « La théorie constitutionnelle face aux mutations contemporaines du droit public. Entre orthodoxie et *aggiornamento* », in *Constitution, enseignement et doctrine* (dir. F. Mélin-Soucramanien, K. Mavrias), Bruxelles, Bruylant/Sakkoulas, Décembre 2010, pp. 133-160.

<sup>62</sup> Si cette expression a un sens, ce qui n'est pas sûr !

<sup>63</sup> ROUSSEAU, D. *Le droit constitutionnel en débat...*, précité, p. 723.

<sup>64</sup> *Ibid.*,

<sup>65</sup> GAUDIN, H. *Le droit constitutionnel en débat...*, précité, p. 724.

<sup>66</sup> *Ibid.*,

**IXe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Lyon, 26-28 juin 2014**  
**Atelier C : Ordre constitutionnel, ordre international, ordres européens**  
**SYLVIE TORCOL**

académiques, ce qui a encouragé l'auteur à développer ses idées dans un manuel intitulé « Fondements du droit constitutionnel européen »<sup>67</sup>.

On y trouve les mêmes arguments développés par les différents auteurs qui défendent cette nouvelle lecture des rapports entre les ordres juridiques. Le constat de départ est le suivant : il n'est possible d'envisager le principe de primauté du droit de l'Union que si l'on conçoit les deux niveaux de normes comme faisant partie d'un même système normatif. Or, l'exigence d'application uniforme du droit de l'UE vient se heurter au bon vouloir des juges nationaux qui peuvent décider d'appliquer ou non, la norme communautaire et ce n'est pas acceptable. Il faut par conséquent admettre que les deux ordres constitutionnels comme complémentaires. « Ils ne sont que deux aspects d'un seul système juridique qui est destiné à produire une seule solution dans chaque cas particulier. Dès lors, [Ingolf Pernice] propose de concevoir les constitutions et le droit primaire de l'Union Européenne comme deux éléments dans un système constitutionnel unique, composé ou intégré [...] ou, plus simplement, de considérer cet ensemble de normes constitutionnelles à deux niveaux comme une constitution composée : la « constitution européenne »<sup>68</sup>... Autant dire que ces auteurs posent là les premiers fondements du droit constitutionnel européen mais qu'ils ouvrent évidemment un nouveau débat théorique (pour ne pas dire une véritable polémique) tout aussi compliqué à résoudre. Parce que l'émergence de ce droit constitutionnel européen oblige à repenser le lien entre constitution et Etat et le lien entre Constitution et Peuple<sup>69</sup>. Pas d'Etat européen, pas de Peuple et pourtant une « Constitution » capable de gérer deux ordres juridiques. C'est ce que propose le droit constitutionnel européen. Cela paraît aberrant et pourtant...

Plusieurs précisions doivent être apportées ici. D'abord, on remarquera que le mot « Constitution » a été mis entre guillemets et ces guillemets sont essentiels. Le terme de Constitution n'a pas, en droit constitutionnel européen, la même signification qu'en droit constitutionnel « classique ». L'utilisation du mot n'est d'ailleurs pas consensuelle, il existe des propositions alternatives, à notre avis plus convaincantes et plus adaptées, nous y reviendrons. S'il s'agit bien de penser la « Constitution » comme une loi fondamentale qui énonce des principes sur lesquels le droit doit se construire dans un espace déterminé et qui définit les pouvoirs et les procédures par lesquels ils s'élaborent, la grande différence c'est que l'on ne la rattache plus à l'Etat. C'est là sans doute le principal point d'achoppement de la doctrine. Pourtant la question de savoir comment concevoir une Constitution sans Etat et sans Peuple a été largement commentée sans qu'il soit ici nécessaire d'y revenir longuement. On rappellera seulement, pour rafraîchir ce débat, la magnifique thèse de J. Gerkrath et les travaux de D. Rousseau<sup>70</sup> démontrant par exemple, que certains auteurs – comme Georges

---

<sup>67</sup> PERNICE, I. *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, Pedone, 2004, 93 p.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>69</sup> Voir notamment les travaux de GERKRATH, J. *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*. Bruxelles : Editions de l'Université, 1997. 425 p. Coll. Etudes européennes ; BLANCHARD, D. *La Constitutionnalisation de l'Union européenne*, Paris, Apogée, 2002, 476 p. ; MAGNETTE, P. *La constitution de l'Europe*, Bruxelles, Edit. Université de Bruxelles, 2000, 204 p. ; FLAUSS, J.-F. (dir) *Vers un droit constitutionnel européen. Quel droit constitutionnel européen ? Actes du colloque des 18 et 19 juin 1993*. In *R.U.D.H.* 29 décembre 1995, vol. 7. ; TOULEMON, R. *Quelle Constitution pour quelle Europe ?*, *RMUE*, 2001, p. 293...

<sup>70</sup> Tout en rajoutant par exemple le colloque de la Rochelle en 2009 sur le droit constitutionnel européen avec notamment la contribution de S. PINON, *Le droit constitutionnel européen, une discipline autonome ?*, ou encore

**IXe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Lyon, 26-28 juin 2014**  
**Atelier C : Ordre constitutionnel, ordre international, ordres européens**  
**SYLVIE TORCOL**

Scelle<sup>71</sup> – préfèrent utiliser la notion de « société politique » plutôt que celle d'Etat. C'est d'ailleurs l'esprit de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen qui affirme : « Toute **société** dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

Pour J. Gerkrath, il existerait « une notion européenne de Constitution »<sup>72</sup> résultant de l'adhésion des Etats européens à un modèle constitutionnel commun. Cette notion recouperait « la notion idéale de Constitution bourgeoise » de C. Schmitt. C'est d'ailleurs la même conception qu'exprime A. Manassis lorsqu'il affirme que, dans le domaine européen, on assiste à un réaménagement des catégories traditionnelles consacrées. Ainsi, selon lui, il existe une influence réciproque « qu'exercent les unes sur les autres, les Constitutions des différents Etats, ainsi que la tendance à l'assimilation et à l'internationalisation des réglementations constitutionnelles »<sup>73</sup>. Mais l'auteur avance une autre explication aux dépassements de la notion de Constitution et à l'homogénéisation des ordres juridiques étatiques : le phénomène juridico-politique essentiel à notre époque est l'infiltration de règles nationales (supraétatiques et supranationales) dans l'ordre juridique interne des Etats, « infiltration qui entraîne altération et relativisation du caractère normatif de la Constitution, qui tend à devenir 'volontairement' perméable »<sup>74</sup>. Ce phénomène traduirait une inversion des rapports entre droit international et droit interne en ce qui concerne le fonctionnement de la souveraineté.

Il en résulte qu'un droit constitutionnel européen est en train « d'émerger devant nous, autour des interactions complexes qu'entretiennent une pluralité d'ordres juridiques,

---

DEHOUSSE, R. (dir.) *Une Constitution pour l'Europe ?* Paris, Presses de Sciences Po, 2002, 289 p.

*Les Constitutions possibles de l'Europe, Figures politiques de l'Europe unie.* Cités, Paris, P.U.F., 2003, 189.

TORCOL, S. *Les mutations du constitutionnalisme à l'épreuve de la construction européenne. Essai critique sur l'ingénierie constitutionnelle.* Toulon : Thèse Droit public. 2002, 402 p. (dir. J.- Jacques SUEUR), (publication Lille : A.N.R.T. Réf. : 39961) ; L'internationalisation des Constitutions nationales, *Politéia*, n° 8, juin 2006, pp.317-343.

<sup>71</sup> « Pour la doctrine classique il n'y aurait Constitution que là où il y a Etat. [...] Nous croyons, au contraire, que la notion de Constitution est inséparable de la notion de Société politique » : SCELLE, G. Le droit constitutionnel international. In *Mélanges Carré de Malberg*. Paris : Dalloz, 1966. p. 505.

<sup>72</sup> GERKRATH, J. *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>73</sup> MANESSIS, A. La constitution au seuil du XXIe siècle. In *Droit et justice. Mélanges en l'honneur de Nicolas VALTICOS*. Paris : Pédone, 1999, p. 675.

Voir également PIERRE-CAPS, S. La Constitution démotique ou les mutations de la Constitution au seuil du XXIe siècle. In *Mélanges en l'honneur de F. BORELLA. Etat, société et pouvoir à l'aube du XXIe siècle.* Nancy : P.U. N., 1999. p. 407. : « Le droit constitutionnel n'apparaît donc pas comme une construction toute faite, mais il est le résultat d'une construction historique dont la force agissante n'est pas tant l'esprit que le combat des hommes ». A ce constat, S. Pierre-Caps apporte une explication : le droit constitutionnel se réduirait aujourd'hui à un droit constitutionnel politique. Face au « désarroi de l'herméneutique constitutionnelle » mais aussi et surtout, à cause de l'émergence en Europe, d'un « ordre constitutionnel commun, fruit des évolutions constitutionnelles nationales et des structures européennes ». Pour l'auteur, cet ordre serait issu d'une sorte de jus commune en formation, fruit des évolutions constitutionnelles nationales et des structures européennes, qui exprimerait une véritable culture juridique européenne et que l'on pourrait tout aussi bien appeler « patrimoine constitutionnel européen ».

<sup>74</sup> MANESSIS, A. La constitution au seuil du XXIe siècle. art. précité. p. 677.



**IXe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Lyon, 26-28 juin 2014**  
**Atelier C : Ordre constitutionnel, ordre international, ordres européens**  
**SYLVIE TORCOL**

nationaux et internationaux ? »<sup>75</sup>. Les influences croisées de ces ordres juridiques dissemblables, enserment les Etats européens dans « un filet normatif et juridique »<sup>76</sup> dont le juriste se doit aujourd'hui de prendre la mesure et notamment parce que « Cette 'exaltation métaphysique de la Constitution' que stigmatisait P. Bastid en y voyant l'héritage des révolutionnaires français [...] se heurte à la réalité historique et contemporaine des faits »<sup>77</sup>.

Ce droit constitutionnel européen nous demande un véritable travail théorique : celui d'« apprendre à penser la notion de Constitution sans l'Etat et avec le peuple comme projet »<sup>78</sup>. Comment *penser* ce système complexe, c'est à cette délicate question que nous allons nous attacher maintenant.

**B- Le droit constitutionnel européen, droit de la Fédération européenne ?**

« Il n'est pas nécessaire de réinventer la roue, il s'agit de mieux la faire rouler. En fait l'Union européenne dispose déjà d'une constitution « post nationale » dans un sens plus large bien entendu. Il nous faut tout d'abord comprendre sa structure et ses dispositions, et ensuite fusionner ses bases contractuelles dans un seul traité et les simplifier, plutôt que d'essayer de remplacer « l'acquis constitutionnel » par une constitution au sens classique d'une constitution d'Etat, mettant ainsi en cause la spécificité de la construction européenne »<sup>79</sup>. Selon I. Pernice, le phénomène implique une évolutivité du traité institutif, le franchissement par celui-ci de ce qu'il appelle des étapes « constituantes ». Consécutivement, l'acceptation constitutionnelle liée aux révisions revêt une logique propre : à côté de la logique nationale, elle est aussi celle tournée vers l'extérieur et l'appartenance à un ensemble plus vaste. Sa logique propre serait donc celle de la mise en commun, permettant l'émergence d'un droit nouveau, sans faire disparaître ses composantes que sont les droits nationaux et les droits des ordres juridiques européens. Le fédéralisme de ce nouveau droit constitutionnel est alors mis en lumière<sup>80</sup>. Si nous sommes d'accord avec la conclusion posée par l'auteur concernant *le fédéralisme de ce nouveau droit constitutionnel*, la question de la nature du texte permettant d'articuler les ordres juridiques en présence restant ouverte.

Essayons de poser la dernière pierre à notre édifice (non pyramidal) : si l'on accepte l'idée d'un droit constitutionnel européen (dont nous venons de donner la définition et les principaux fondements), il reste encore à déterminer sous quelle forme juridique pourrait être *pensé* ce nouvel espace politique, c'est-à-dire à concevoir théoriquement *un système constitutionnel composé* d'un niveau national et d'un niveau supranational. En disant cela,

---

<sup>75</sup> Voir à ce sujet son rapport de synthèse : CONSTANTINESCO, V. Débats – Rapport LAUVAUX, P. In FLAUSS, J.-F. (dir) Vers un droit constitutionnel européen. Quel droit constitutionnel européen ? Actes du colloque des 18 et 19 juin 1993. In *R.U.D.H.* 29 décembre 1995, vol. 7, pp. 445-450.

<sup>76</sup> *Ibid.*,

<sup>77</sup> PIERRE-CAPS, S. Les mutations de la notion de Constitution ... art. précité. p. 40.

<sup>78</sup> ROUSSEAU, D. Le droit constitutionnel en débat..., précité, p. 729.

<sup>79</sup> PERNICE, I. *Fondements du droit constitutionnel européen*, op. cit. pp. 21-22.

<sup>80</sup> GAUDIN, H. Le droit constitutionnel en débat..., précité, p. 727.

**IXe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Lyon, 26-28 juin 2014**  
**Atelier C : Ordre constitutionnel, ordre international, ordres européens**  
**SYLVIE TORCOL**

tout constitutionnaliste pense automatiquement au modèle fédéral. Or, tout constitutionnaliste sait qu'il s'agit d'un mode d'organisation étatique qui ne peut convenir à la problématique européenne... sauf à imaginer un Etat fédéral européen, ce que nous écarterons évidemment, à la fois parce que ce modèle est rejeté par la plupart des Etats membre mais surtout parce que, selon nous, l'Union Européenne, organisation originale, *doit* être pensée autrement. Autrement mais comment ?

Nous ouvrirons sans doute une polémique mais il ne s'agit pas de provocation. La question, depuis longtemps posée est celle de savoir si nos structures de pensée peuvent admettre un système de pouvoir au-delà de l'Etat. La difficulté, nous dit Norbert Elias, c' « est tout simplement que dans la plupart des cas la compréhension intellectuelle qui permet de se rendre compte que des formes d'intégration plus étendues seraient adaptées à la réalité se heurte à la résistance obstinée de représentations fortement affectives qui font apparaître cette intégration comme un déclin, une perte dont on ne finira jamais de porter le deuil. Et dans les situations de ce type, on ne souhaite même pas que s'achève le deuil. Le problème central réside, comme on peut le constater, dans le caractère spécifique du passage d'un niveau d'intégration à l'autre »<sup>81</sup>.

Le droit constitutionnel européen, on l'a dit, c'est la possibilité de penser les rapports de systèmes autrement que dans un cadre étatique mais dans un cadre qui permettrait de conserver l'identité des Etats membres (une partie de leur souveraineté), tout en permettant un niveau supranational. Autrement formulé, il s'agit finalement d'appliquer le principe fédératif mais sans Etat fédéral. Comment concevoir alors cette société sans Etat. Tous les éléments du débat ont été largement commentés. Que ce soit par des anthropologues<sup>82</sup> ou encore des philosophes et des juristes, la question des relations entre Etat et société est depuis longtemps réglée : l'Etat n'a pas toujours existé et il a vocation à évoluer et pourquoi pas à disparaître<sup>83</sup>... Un raisonnement à double détente permet peut-être de nouvelles perspectives : dans un premier temps, il faut admettre que l'Etat n'est pas le seul mode d'organisation possible des sociétés politiques, Puis, il faut également accepter que l'Europe se construise sur une forme de pouvoir politique non étatique ou post-étatique<sup>84</sup> c'est-à-dire à partir du principe fédératif, principe selon nous, seul capable de résoudre la conciliation des ordres juridiques nationaux et européen sans passer par une forme étatique et en conservant l'essentiel des identités respectives.

Afin de donner du sens à cette proposition, retournons vers « les penseurs » du fédéralisme » et notamment vers Proudhon et sa conception du principe fédératif : dans la pensée de Proudhon, une fédération est un contrat politique synallagmatique et commutatif, pour un ou plusieurs objets déterminés, mais dont la condition essentielle est que les

---

<sup>81</sup> ELIAS, N. Les transformations de l'équilibre Nous-Je, *La société des individus*, Paris : Fayard, 1991, p. 292.

<sup>82</sup> Voir dans les années 70, le débat classique entre l'anthropologue CLASTRES P. La société contre l'Etat. *In Recherche d'anthropologie politique*. Paris : Le Seuil, 1980 et LAPIERRE J-W. *Vivre sans Etat ? Essai sur le pouvoir politique et l'innovation sociale*. Paris : Le Seuil, 1977, 374 p.

<sup>83</sup> Les développements présentés ici sont tirés d'une publication à paraître : TORCOL, S. Concilier « Liberté et Autorité » : Les prérequis pour penser la Fédération européenne, *Revue de l'Union européenne*. 26 pages dactylographiées. A paraître juillet ou septembre 2014.

<sup>84</sup> Voir en ce sens CONSTANTINESCO, V. Europe fédérale ou fédération d'Etats-nations ?, *In DEHOUSSE, R. (dir) Une Constitution pour l'Europe ?* Paris : Presses de Sciences Po, 2002, p. 120.

**IXe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Lyon, 26-28 juin 2014**  
**Atelier C : Ordre constitutionnel, ordre international, ordres européens**  
**SYLVIE TORCOL**

contractants se réservent toujours une part de souveraineté et d'action plus grande que celle qu'ils abandonnent<sup>85</sup>. Proudhon est non seulement le premier à aborder aussi explicitement le lien entre solidarité et diversité, mais il l'est aussi à concevoir explicitement le fédéralisme comme une pensée de l'équilibre entre unité et diversité. Selon D. Karmis, il n'y aurait pas lieu de chercher des solutions toutes faites à nos problèmes dans la pensée d'un auteur du XIXe siècle. À partir d'une mise en contexte du questionnement et des réponses de Proudhon, il s'agit plutôt de voir dans quelle mesure ses intuitions, ses concepts, son raisonnement et ses propositions peuvent faire progresser la théorie et la pratique de la solidarité transnationale. Plus précisément, il importe surtout de présenter et d'évaluer les bases morales et pratiques du fédéralisme proposé par Proudhon pour en arriver à la solidarité transnationale dans le respect de la diversité. Pour l'essentiel, il y aurait dans l'esprit du fédéralisme proudhonien, davantage que dans la lettre, des intuitions permettant de progresser sur cette voie<sup>86</sup>. Et c'est finalement une doctrine assez récente, s'inspirant des idées de Carl Schmitt sur le « pacte fédératif » et représentée en France par le Pr. Olivier Beaud, qui va proposer de concilier des éléments... dont on avait toujours pensé qu'ils étaient inconciliables.

A partir de ce principe fédératif, O. Beaud va proposer sa théorie de la Fédération, puis dans une conférence prononcée peu de temps après la sortie de son ouvrage, il posera la question : « Peut-on penser l'Union européenne comme une Fédération ? »<sup>87</sup>.

Lors de la recension de l'ouvrage d'Olivier Beaud, dans le journal *Le Monde*, Guy Carcassonne résume ainsi la thèse défendue par l'auteur : « *la Fédération n'est pas un Etat ; elle est une forme politique autonome par rapport à ce dernier, dont elle n'a pas à se soucier de réunir les éléments constitutifs, au premier rang desquels la souveraineté* »<sup>88</sup>. L'accent est alors mis sur l'idée générale sous-tendant la Fédération et qui consiste à associer durablement des entités politiques préexistantes dans un ensemble plus large qui les englobe sans les faire disparaître. Fondée sur des Etats, cette forme d'association ne possède pas elle-même la qualité étatique. Dotée d'une existence politique, elle ne supprime pas pour autant celle de ses membres. Ce qui spécifie cette « société de sociétés », selon le mot de Montesquieu, est alors le dualisme qui l'imprègne et la dialectique unité/diversité qui l'anime.

« De cette première ébauche de la Fédération peuvent être déduites plusieurs caractéristiques. En tant qu'union d'Etats souhaitant conserver cette qualité, la Fédération doit être fondée sur le principe du consensualisme »<sup>89</sup>, ce dernier se manifestant par ce que le professeur Olivier Beaud nomme le « principe de liberté fédérative »<sup>90</sup>, qui doit irriguer l'ensemble des institutions et des mécanismes à l'œuvre dans cette entité. « En particulier, aucun Etat ne peut être forcé ni d'intégrer ni de sortir d'une association fédérale. Cependant, à la différence des confédérations et, plus largement, des organisations internationales, la

---

<sup>85</sup> Voir PROUDHON, P.- J. *Du principe fédératif et de la nécessité de reconstituer le parti de la révolution*, Paris, Romillat, 1999, p. 106. (reprise de l'édition originale de 1863).

<sup>86</sup> KARMIS, D. Pourquoi lire Proudhon aujourd'hui ? Le fédéralisme et le défi de la solidarité dans les sociétés divisées, *Politique et Sociétés*, vol. 21, n° 1, 2002, p. 43-65.

<sup>87</sup> BEAUD, O. Peut-on penser l'Union Européenne comme une Fédération ? in *Europe : De l'intégration à la Fédération*, (dir. F. ESPOSITO, N. LEVRAT), Bruxelles : Bruylant-Academia, 2010, pp. 71-103.

<sup>88</sup> « La Fédération éclairée », *Le Monde* du 29 février 2008, recension de l'ouvrage, *Théorie de la Fédération*.

<sup>89</sup> Voir MARTI, G. *Le pouvoir constituant européen*, Thèse, Nancy, 22 novembre 2008, p. 599.

<sup>90</sup> BEAUD, O. *Théorie de la Fédération*, Paris, P.U.F., 2009, pp. 116 et s.

**IXe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Lyon, 26-28 juin 2014**  
**Atelier C : Ordre constitutionnel, ordre international, ordres européens**  
**SYLVIE TORCOL**

Fédération possède une véritable existence politique, distincte de celle de ses membres. Souligner cet aspect permet de comprendre l'existence de mécanismes proches de ceux qu'on retrouve en droit interne et qui coexistent au sein de la Fédération avec des mécanismes issus du droit international »<sup>91</sup>. Mais O. Beaud nous met également en garde : « Le fait de choisir une grille de lecture fédérale pour déchiffrer l'Union européenne ne résout toutefois pas tous les problèmes car, comme l'a fait justement remarquer Stephan Oeter, « le fait de comprendre l'Union comme une politique fédérale (*Federal Polity*), c'est adopter une position qui est tout, sauf consensuelle »<sup>92</sup>. Il y a bien *dissensus*, et non consensus, car il n'y a pas d'accord sur ce que signifient l'adjectif de « fédéral » ou les mots de « fédéralisme » ou de « fédération ». C'est d'ailleurs cette polysémie que démontre Gaëlle Marti dans sa thèse<sup>93</sup> : il y a plusieurs théories de la Fédération selon que les auteurs évacuent totalement ou partiellement la référence à la souveraineté<sup>94</sup>.

La théorie de la Fédération d'Olivier Beaud est aujourd'hui bien connue : il s'agit d'une Union d'Etats suffisamment intégrés pour avoir dépassé la qualification de Confédération. C'est *la figure inversée de l'Etat*<sup>95</sup> et les notions cruciales - comme la souveraineté - ont une toute autre signification, voire plus *du tout de sens* dans ce nouveau contexte<sup>96</sup>. Pour l'auteur, si l'Etat se définit toujours par ce critère unique qu'est la souveraineté, la Fédération se caractérise par une série de principes qui s'opposent à elle : Le principe de dualité fédérative (il y a deux puissances publiques dans une Fédération), le principe de parité fédérative (ces deux ordres juridiques fédéral et fédéré sont égaux), le principe de pluralité fédérative (il y a une fédération, mais nécessairement plusieurs Etats-membres). Aucun de ces traits ne se retrouve dans un Etat. C'est ainsi qu'en récapitulant les étapes fondamentales de son raisonnement, Olivier Beaud en démontre le caractère pleinement opératoire. La « Fédération » désigne alors l'ensemble fédéral composé des deux sous-ensembles (instances fédérales et instances fédérées), tandis que la « fédération » désigne ce qu'on nomme la puissance publique fédérale (l'ensemble des organes fédéraux).

Certains auteurs avouent « être sceptique sur un tel dépassement hégélien des contraires et sur l'apparition d'une synthèse nouvelle. Nous ne voyons pas comment, dans la théorie de l'Etat, on pourrait glisser un « nouvel animal » comportant tous les avantages juridiques et politiques de l'Etat fédéral tout en conservant la souveraineté pleine des 'Etats-nations'. Mais nous comprenons très bien que les hommes politiques, soit par croyance sincère soit par calcul, essaient d'acclimater l'idée qu'un tel résultat pourrait être atteint »<sup>97</sup>.

---

<sup>91</sup> MARTI, G. *Le pouvoir constituant européen*, précitée, p. 599.

<sup>92</sup> OETER, S. Föderalismus, in Armin von Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. (Theoretische und dogmatische Grundzüge)*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2003, p. 59.

<sup>93</sup> MARTI, G. *Le pouvoir constituant européen*, *op. cit.*,

<sup>94</sup> Nous citerons C. SCHMITT ou encore E. ZOLLER. Nous renvoyons évidemment à cette très belle thèse afin d'y recueillir des développements particulièrement stimulants.

<sup>95</sup> BEAUD, O. *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>96</sup> BEAUD, O. L'Europe vue sous l'angle de la Fédération. Le regard paradoxal de Paul Reuter. *Droits*, 2007, p.48.

<sup>97</sup> LEBEN, C. Fédération d'Etats-nations ou Etat fédéral ?

consultable sur <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/00f0301.html>. 2000, p.14.

**IXe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Lyon, 26-28 juin 2014**  
**Atelier C : Ordre constitutionnel, ordre international, ordres européens**  
**SYLVIE TORCOL**

Il est sans doute utile de rappeler, afin de dérouler la progression théorique tentée ici, et « de boucler la boucle », de répondre à la question de la nature du texte qui viendrait concrétiser cette Fédération européenne et de sa légitimité en l'absence d'un Peuple européen. Pour ce faire, nous rappellerons que le postulat fondamental des doctrines contractualistes est l'idée que la société n'est pas un phénomène naturel, mais une création artificielle, volontaire. La référence au contrat social permet alors de dévier le problème juridique du fondement de l'autorité du politique et de la liberté des Peuples<sup>98</sup>, vers un problème historique et philosophique, celui de l'origine de la société qui se trouve tout simplement dans le consentement des hommes. Et la référence à un contrat, c'est-à-dire à « un accord de volonté », faisant naître, pour les parties, des obligations et des droits, sanctionnés par la mise en jeu d'une responsabilité contractuelle, rassure ceux qui craignent encore que l'Europe ne soit la cause d'une perte totale d'identité.

C'est la raison pour laquelle, la doctrine préconisant une Fédération européenne a depuis longtemps proposé de se référer, non plus à une Constitution fédérale, mais à un texte d'une toute autre nature, un « contrat fédératif européen » ou, pour reprendre les mots de Proudhon, un contrat social, appelé par l'auteur *contrat de fédération*<sup>99</sup>. Dès 1862, Proudhon définit ce pacte comme un acte d'association dont la base est la famille. Puis, les familles se regroupent en villages et créent une fédération. Ce pacte permet alors de regrouper tout le monde sous une loi commune et dans un intérêt identique ; **cette nouvelle organisation remplace l'Etat**. Grâce au pacte fédératif, l'autonomie individuelle de chacun est préservée. C'est « un contrat synallagmatique et commutatif, pour un ou plusieurs objets déterminés, mais dont la condition essentielle est que les contractants se réservent toujours une part de souveraineté et d'action plus grande que celle qu'ils abandonnent »<sup>100</sup>. De plus, il s'agit d'un pacte positif, effectif, qui a été réellement proposé, discuté, voté, adopté et qui se modifie régulièrement à la volonté des contractants. Toujours selon Proudhon, le contrat de fédération a pour objet, « de garantir aux États confédérés leur souveraineté, leur territoire, la liberté de leurs citoyens ; de régler leurs différends ; de pourvoir, par des mesures générales, à tout ce qui intéresse la sécurité et la prospérité de la commune [...] »<sup>101</sup>... On ne peut qu'être frappé par le modernisme de la pensée, même s'il faut reprocher à la théorie proudhonienne, une dimension idéaliste dénoncée par de nombreux auteurs<sup>102</sup>.

Une doctrine récente<sup>103</sup> a repris l'idée d'un *pacte fédératif* instituant une fédération ; la théorie la plus aboutie est là encore celle d'Olivier Beaud. Ce dernier défend la double nature du pacte fédératif qui serait une opération à la fois contractuelle et fondatrice d'une nouvelle

---

<sup>98</sup> Cf : PROUDHON, *Du Principe Fédératif*, *op. cit.*

<sup>99</sup> Voir PROUDHON, P.- J. *Du principe fédératif et de la nécessité de reconstituer le parti de la révolution...*, *op. cit.*, p. 107.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 113.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>102</sup> Voir notamment BEAUD, O. Fédéralisme et fédération en France. Histoire d'un concept impensable ?, in *Annales de la faculté de droit de l'Université de Strasbourg*, vol. 3, 1999, pp. 7-82

<sup>103</sup> Même s'il faut rappeler la doctrine allemande et notamment C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993 (1928), p. 507 et s. C. Schmitt définit la Fédération (*Bund*) comme « une union durable, reposant sur une libre convention, servant au but commun de la conservation politique de tous les membres de la fédération ; elle modifie le *status* politique global de chaque membre de la fédération en fonction de ce but commun ».

**IXe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Lyon, 26-28 juin 2014**  
**Atelier C : Ordre constitutionnel, ordre international, ordres européens**  
**SYLVIE TORCOL**

institution : « Cette idée de pacte fédératif apporte [...] d'une part, la prise en compte de cette imbrication des deux ordres juridiques, fédéral et fédéré, et d'autre part, le fait qu'il contient une garantie du maintien d'existence politique en faveur des Etats-membres »<sup>104</sup>.

Ce « pacte fédératif européen »<sup>105</sup> serait un « acte conclu entre Etats mais qui se distingue des traités ordinaires par son objet, l'établissement d'une institution - la Fédération -, et les effets qui en découlent. Il englobe l'ensemble des domaines d'action des Etats membres à la fois positivement en conférant une compétence législative au niveau fédéral dans un certain nombre de domaines énumérés, et négativement, l'appartenance à la Fédération entraînant un encadrement de l'exercice des compétences que l'Etat conserve. Outre des éléments institutionnels et procéduraux assurant l'efficacité du droit fédéral, et la nécessité pour les autorités fédérales et fédérées de respecter une 'fidélité fédérale' dans l'exercice de leurs compétences, la stabilisation de la Fédération suppose le développement d'un sentiment d'appartenance »<sup>106</sup>. O. Beaud parle d'un entre-deux (*half way house*) pour décrire un espace institutionnel situé entre l'Etat et la simple organisation internationale<sup>107</sup> et d'acte de nature « mixte »<sup>108</sup> traduisant la dualité du pacte fédératif. « Il n'est pas exagéré de conclure que la "contractualité" est justement un élément déterminant du concept de fédéralisme. Ce premier a pour corollaire un second, celui de libre volonté de s'associer »<sup>109</sup>. Evidemment, reste, en creux, le problème du pouvoir constituant, problème qui a déjà été évoqué plus haut et qui apparaît à présent beaucoup plus clairement. En effet, faire du pacte fédératif **l'acte constituant des Peuples réunis** implique de donner le pouvoir constituant aux Etats membres qui instituent alors une Fédération. Ainsi considéré, le pacte fédératif est en mesure de résorber le déficit démocratique existant au sein de l'ordre juridique communautaire sans pour autant remettre en cause l'idée d'œuvre initiale<sup>110</sup>. Afin de légitimer cette collectivité humaine « en dehors » de toute référence nationale, il faut rappeler les travaux de J. Habermas<sup>111</sup> qui permettent de comprendre comment une société politique peut prendre appui sur une simple communauté légale, par la création d'un espace public, laissant la place à l'expression citoyenne. « C'est [...] en revenant au fondement de la démocratie, aux citoyens, qu'il faut repenser l'Europe. Celle-ci ne se fera pas contre les peuples ou sans eux, mais avec eux et par le retour aux citoyens doublement constituants, comme membre d'un Etat-nation particulier et

---

<sup>104</sup> BEAUD, O. Peut-on penser l'Union européenne comme une Fédération ? », art. précité.

<sup>105</sup> Voir DECHATRE, L. *Le pacte fédératif européen*, Thèse Panthéon-Assas, Dir. BLUMANN, C. 12/12/2012, 840 p.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>107</sup> BEAUD, O. *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 281.

<sup>108</sup> BEAUD, O. La notion de pacte fédératif - Contribution à une théorie constitutionnelle de la Fédération, in J.-F. KERVEGAN et H. MOHNHAUPT (dir.), *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie* (Liberté sociale et obligation contractuelle dans l'histoire juridique et la philosophie), Francfort, KLOSTERMANN, 1999, p. 269.

Schönberger, *op. cit.* [7], p. 89.

<sup>109</sup> DIETRICH, A. Chronique : Théorie de la Fédération d'O. Beaud, consultable sur <http://nautre-democratie.over-blog.fr/article-29400754-6.html>, 24 mars 2009.

<sup>110</sup> Nous renvoyons ici pour de plus amples développements à la thèse de G. MARTI, *Le pouvoir constituant européen*, *op. cit.*, pp. 608-630 et notamment p. 610.

<sup>111</sup> Voir notamment HABERMAS, J. *Après l'Etat-nation. Une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard, 2000, p. 121 et s.

**IXe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Lyon, 26-28 juin 2014**  
**Atelier C : Ordre constitutionnel, ordre international, ordres européens**  
**SYLVIE TORCOL**

comme membre de l'Union. C'est cette notion du citoyen doublement constituant qui doit permettre de redéfinir le cadre juridique de l'Union, en même temps qu'il permettra d'élargir les démocraties nationales »<sup>112</sup>.

\*\*\*

Selon Mireille Delmas Marti « les forces imaginantes du droit doivent pouvoir, à défaut d'instaurer un ordre immuable, inventer une harmonisation souple, propre à laisser espérer la refondation de valeurs communes »<sup>113</sup>.

**Nous proposons de remettre la conclusion de cette contribution après le congrès afin de tenir compte des apports et des critiques que les débats ne manqueront pas d'apporter...**

---

<sup>112</sup> ZARKA, Y.- C. L'Europe : une union qui doit s'appuyer sur les nations, *Le Monde*, 10/01/2013. Consultable sur <http://iphilo.fr/2013/01/10/leurope-une-union-qui-doit-sappuyer-sur-les-nations/>. Octobre 2013.

<sup>113</sup> DELMAS MARTY, M. *Un pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit ?* Paris, Seuil, 2006.