

Pour une révolution théorique douce : la figuration du pluralisme constitutionnel en réseau

Florence Giorgi*
*Assistante du Corps Intermédiaire,
Université du Luxembourg*

*« 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. Il n'en reste pas moins qu'une science du droit critique, dégagée de ces intérêts, doit pouvoir affronter ces remises en question et tenter, en se gardant cependant de tout effet de mode, de formuler un nouveau cadre théorique, plus englobant que l'ancien susceptible à la fois de rendre compte des survivances du modèle précédent, des raisons de ses nombreuses transformations et des formes inédites que celles-ci revêtent », François OST et Michel van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 17*

Introduction

I. Le pluralisme appliqué au constitutionnalisme

- A. Constitutions et théorie des sites
- B. L'affirmation de l'Union européenne comme site constitutionnel

II. L'Union européenne, composante du réseau constitutionnel

- A. Vers un réseau constitutionnel ?
 - 1. *De l'ordre au réseau en passant par l'espace*
 - 2. *Le réseau comme instrument de cartographie de l'univers juridique*
- B. Essai de propositions pratiques à destination des juges

Conclusion : Le pluralisme constitutionnel à l'épreuve du réalisme

* Florence Giorgi est doctorante au Centre de Droit Européen de l'Université du Luxembourg. Les travaux ici présentés s'inscrivent dans le cadre des recherches qu'elle mène pour sa thèse de doctorat, et ont fait l'objet d'une communication au VII^{ème} Congrès de l'Association française de droit constitutionnel (Paris, 25-27 septembre 2008). L'auteur souhaite remercier les Professeurs Anne Levade (Université Paris XII), Bernard Cubertafond (Université Paris VIII), Jörg Gerkrath (Université du Luxembourg), Ferdinand Mélin-Soucramanien (Université Bordeaux IV), Stéphane Pierré-Caps (Université Nancy II) et Francis Snyder (Université Paul Cézanne) pour leurs précieux commentaires et leurs encouragements.

Introduction :

Lorsqu'il s'agit d'analyser les relations entre les droits constitutionnels nationaux et le droit communautaire dit *primaire*, et que la Cour de Justice des Communautés Européennes (ci-après CJCE), de concert avec une partie au moins de la doctrine communautariste, qualifie de « Charte constitutionnelle de base », les crispations ressurgissent. Dans un mouvement de défense légitimé par la peur de l'inconnu, il n'est pas rare de voir la question balayée par un lapidaire et sans appel « La constitution européenne, ça n'existe pas ».

Hélas, la réalité juridique nous semble quelque peu plus complexe, et la négation d'un fait n'a jamais empêché sa survenance. Il n'est pas question ici de rentrer dans les détails d'une querelle de clochers. Mais on ne peut soutenir l'idée d'une constitution européenne sans se pencher sur la nature des relations engendrées par la coexistence de deux *niveaux* constitutionnels. La constitution européenne, qu'elle soit, ou non, formelle, est le fruit d'un processus qui a, à l'évidence, affecté les constitutions nationales de manière plus ou moins frontale, et qui est source de conflits. Les ordres juridiques nationaux et communautaire, et leurs gardiens, se sont lancés dans une sorte de course, chacun se revendiquant en possession de l'autonomie et du dernier mot. Une telle attitude condamne à poser le problème en termes hiérarchiques. Lorsque la CJCE cherche à asseoir l'autorité de la *charte constitutionnelle* jusques et y compris sur les constitutions nationales, les juges nationaux répondent que le droit communautaire, au regard de leur ordre juridique, est d'un rang infra-constitutionnel¹. Or, tant que le nœud gordien formé par la question de la souveraineté n'est pas tranché au niveau de l'Union européenne, aucune hiérarchie ne pourra être posée de façon irréfutable. La mobilisation du concept hiérarchique nous semble donc relativement stérile.

Envisager la dimension constitutionnelle de l'UE paraît à certains être un contre-sens. L'idée même du « pluralisme constitutionnel » est a priori irréconciliable avec l'école kelsenienne, laquelle – faut-il le rappeler – propose une conception pyramidale du droit, nécessairement hiérarchique et tendant vers un sommet unique. Ainsi, pour sortir de l'impasse hiérarchique, il faut manifestement faire œuvre de pédagogie. L'on doit, à notre sens, construire de nouvelles propositions de résolution des conflits inter-systémiques en les fondant sur un modèle théorique novateur parce que prenant véritablement compte de la diversité des sources et des systèmes. L'effort à fournir, tant pour le chercheur que pour le juge, est colossal. Il faut en effet se défaire du carcan conceptuel pour oser penser au-delà de la facilité offerte par la hiérarchie.

L'opposition historique entre la CJCE et les juridictions constitutionnelles nationales à propos de la primauté est finalement un malentendu. Au contraire, la CJCE et les juridictions constitutionnelles nationales adoptent des solutions comparables dans le traitement du

¹ Pour une analyse comparée de la déclaration du Tribunal constitutionnel espagnol sur le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe, de la décision de la Cour constitutionnelle allemande sur le mandat d'arrêt européen, et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel consacrée au droit communautaire, primaire et dérivé, entre 2004 et 2006, lire Florence GIORGI et Nicolas TRIART, « National Judges, Community Judges : Invitation to a Journey Through the Looking-glass - On the Need for Jurisdictions to Rethink the Intersystemic Relations beyond the Hierarchical Principle », *European Law Journal* 2008 vol. 14 n° 6, pp. 693 à 717.

pluralisme juridique, et elles voient dans sa négation un élément de la survie de leur ordre juridique. Il faudra alors proposer une révolution théorique douce, pour aider notamment les juges constitutionnels à concilier leur rôle de gardien suprême et la prise en compte de ce contexte pluraliste en proposant de substituer au lien traditionnel constitution/Etat celui, plus original et plus novateur, entre constitution et sites (I).

L'obstacle hiérarchique ne pourra être surmonté qu'à condition d'admettre la diversité des sources normatives et la pluralité des lieux d'expression juridique, ce qui constitue un véritable défi pour l'imagination du juriste. Mais il faut également organiser les relations entre *sites* constitutionnels sur un mode différent que le seul règlement hiérarchique, puisque ce dernier est impossible : le pluralisme constitutionnel semble mieux capté grâce à la figure du réseau, qui est à la fois instrument de représentation du pluralisme constitutionnel, et instrument de mise en relation de ces différents *sites* (II).

I. Le pluralisme appliqué au constitutionnalisme

La prétention de l'Union européenne à être dotée d'une constitution – au moins au sens matériel – ne peut se comprendre et n'être supportable qu'à condition que l'on adopte une vision plurale du droit, jusques et y compris dans sa dimension constitutionnelle. Si l'Etat n'est plus le cadre exclusif de l'expression du phénomène constitutionnel, il faut alors proposer un nouveau concept, développé dans la doctrine anglophone : celui de site constitutionnel (A). Le recours à l'idée de *site* devrait enfin pouvoir convaincre de la qualité constitutionnelle de l'Union européenne (B).

A. Constitutions et théorie des sites

Au-delà de la simple volonté de la CJCE d'asseoir l'autorité de l'ordre juridique dont elle est la gardienne suprême, la constitutionnalisation des traités communautaires répond également aux mutations qui frappent le phénomène étatique dans l'ordre post-westphalien, lequel est à présent caractérisé par une pluralité d'unités² et par la nécessité de coopérer. L'autarcie et le repli sur soi sont désormais synonymes de mort de l'Etat. La mondialisation n'est pas qu'économique, elle est aussi normative : elle impose la mise en commun des pouvoirs et compétences et la prise de décision à un niveau nécessairement supranational. Les structures étatiques sont fortement éprouvées par l'atomisation et la déterritorialisation du pouvoir normatif³ : « L'Etat moderne n'est plus un acteur unitaire, il a été transformé par cinquante ans de construction européenne. Il a été déconstruit de l'intérieur et est devenu un 'Etat ouvert'. (...) Les Etats ont été obligés d'étendre graduellement leur interdépendance européenne et d'accroître leur engagement dans un processus décisionnel commun, susceptible d'augmenter leur poids international, afin de renforcer leur légitimité intérieure. (...) Cette européanisation donne lieu à une énorme complexification des processus

² « a plurality of unities », Neil WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *The Modern Law Review* 2002 vol. 65 n° 3, p. 357.

³ Selon l'expression de Miguel POIARES MADURO in Miguel POIARES MADURO, « Europe and the Constitution : what if it is as good as it gets ? », in J.H.H. WEILER and M. WIND, *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 75.

décisionnels, à la multiplication du nombre d'acteurs participant à des niveaux affectés, tant formels qu'informels »⁴.

L'Etat n'est plus l'épicentre de la production normative. Finalement, c'est un constat que l'intégration européenne et la coopération régionale ont aggravé, mais qui aurait pu être fait plus tôt, en considération de la gestion préexistante, au plan international, d'intérêts transnationaux⁵. Néanmoins, il est évident que l'Union européenne témoigne plus particulièrement de ce passage à une conception post-moderne de l'Etat⁶ dans la mesure où l'intergouvernementalisme est dépassé, et que l'Etat perd, contrairement à ce qui se passe dans des organisations internationales plus classiques, son droit de veto. L'acceptation post-moderne de l'Etat impose aussi de considérer différemment la souveraineté étatique et d'en accepter un exercice partagé.

Le pluralisme juridique défie donc nos conceptions traditionnelles du droit, de l'Etat, et, partant, de la constitution. D'autres lieux que l'Etat peuvent être le berceau de l'expression constitutionnelle, et cela pose alors la question du pluralisme constitutionnel.

Parce que ses travaux sont majeurs dans ce domaine, notre réflexion s'appuiera ici essentiellement sur les écrits de Neil WALKER. Penser ce qu'il y a au-delà de l'Etat n'est pas penser sa mort. Le constitutionnalisme au-delà de l'Etat ne propose pas de remplacer le référent historique dans les théories constitutionnelles, mais seulement de le dépasser. Le pluralisme constitutionnel suppose nécessairement le maintien des constitutions nationales, faute de quoi il n'y a plus de pluralisme. Le pluralisme constitutionnel suppose aussi de reconnaître, tout en préservant sa nature atypique, que l'UE n'est pas totalement déconnectée du scénario étatique. Pour partie, l'UE reproduit des caractéristiques étatiques facilement identifiables⁷. Mais là encore, c'est de dépassement qu'il va s'agir pour ne pas réduire la constitution européenne à une pâle et imparfaite copie.

Neil WALKER énumère quatre critiques majeures adressées au constitutionnalisme moderne : l'héritage étatique, le fétichisme constitutionnel, l'adoption d'un biais normatif, l'exploitation idéologique. Pour résumer, il dénonce cette conception du constitutionnalisme comme étant toujours incapable de rendre vraiment compte des nouveaux schémas constitutionnels qui se déroulent en dehors du cadre étatique⁸. Dans le même temps, il se méfie de ce qu'il appelle le « fétichisme constitutionnel »⁹ qui consiste à attribuer aux discours et théories constitutionnels des vertus quasi-magiques : la seule invocation

⁴ Mario TELÒ, « Le constitutionnalisme européen, du XX^{ème} au XXI^{ème} siècle », in Paul MAGNETTE (dir.), *La Constitution de l'Europe*, coll. Etudes européennes, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2000 (1^{ère} édition), pp. 73-74.

⁵ On pense ici au commerce (OMC), à la santé (OMS), à la paix (ONU), à la défense (OTAN) etc...

⁶ Lire Neil WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *préc.*, p. 320.

⁷ Et qui font aussi partie de l'identité constitutionnelle *empruntée* de l'Union : des institutions de gouvernement représentatives, une monnaie unique, une politique sociale (même embryonnaire) etc. Voir Neil WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *préc.*, p. 318.

⁸ Ce qu'il appelle « the statist legacy » (voir Neil WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *préc.*, p. 319 ; lire aussi Neil WALKER, « Taking Constitutionalism Beyond the State », *RECON Online Working Paper* 2007/05, 2007, pp. 1 à 5, disponible sur www.reconproject.eu) qui se manifeste bien sûr par un certain stato-centrisme (lire Neil WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *préc.*, pp. 320 à 324).

⁹ Neil WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *préc.*, p. 324 et p. 325, citant, *in fine*, Ian WARD.

constitutionnelle suffirait à guérir les maux, sans engager une réflexion de fond plus importante. Autrement dit, le constitutionnalisme souffrirait d'un niveau d'abstraction trop élevé et pas assez en prise avec les réalités et les besoins de la communauté politique au sens antique du terme. Troisièmement, Neil WALKER avance l'argument selon lequel le constitutionnalisme moderne ne sert que des valeurs et intérêts particuliers¹⁰. Plus exactement, la constitution reflète généralement la volonté de la majorité et ne satisfait pas complètement la demande croissante de la reconnaissance de groupes distinctifs aux intérêts divers¹¹. On retombe ici dans la problématique bien connue, mais en voie de dépassement¹², de la constitution comme expression de l'Etat-Nation. Vient ensuite la critique de l'exploitation idéologique, qui rejoint celle analysée plus haut du fétichisme constitutionnel¹³. Le débat autour de la constitutionnalisation de l'UE est aussi guidé par des considérations stratégiques dont l'objet est soit l'affirmation de l'autorité de l'UE par la mobilisation de sa légitimité constitutionnelle, soit précisément l'inverse¹⁴, mais qui, dans tous les cas, polluent la réflexion. L'ultime remarque, qui est une synthèse de tout ce qui précède, relève le caractère protéiforme du constitutionnalisme et donc la variété de sa nature, de ses définitions et de ses courants qui, *in fine*, menace le concept lui-même¹⁵. Le défi est de taille pour parvenir à théoriser de façon novatrice un concept dont on accepte autant de variantes, parfois incompatibles entre elles.

Neil WALKER commence par proposer six critères, regroupés en trois catégories : les critères spatiaux, les critères temporels et les critères normatifs. D'abord, il faut continuer à reconnaître la place de l'Etat au sein du discours constitutionnel (1). L'Etat est un acteur de tout premier plan de l'activité constitutionnelle, y compris dans son acception multidimensionnelle¹⁶. Mais une définition renouvelée du constitutionnalisme prend également note de ses possibles développements dans un ordre non-étatique (2). Ensuite, une appréhension plus précise du constitutionnalisme contemporain exige que l'on détermine le contexte historico-sociologique qui a accompagné chacune des évolutions dans sa définition¹⁷ (3), en même temps que les évolutions internes au discours¹⁸ (4). Enfin, le constitutionnalisme doit être défini dans des termes suffisamment larges et selon une formule ouverte, de sorte qu'il ne puisse souffrir aucune récupération idéologique. Cette formule doit être suffisamment large pour couvrir toutes les formes possibles de l'expression

¹⁰ Neil WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *préc.*, p. 319.

¹¹ Neil WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *préc.*, p. 328 à 321, spéc. p. 328-329.

¹² Lire Neil WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *préc.*, p. 330.

¹³ « (...) it is only because there is so much at stake symbolically in the acceptance of a position or argument as constitutional or otherwise, that constitutional actors invest so much, and sometimes without scruple, in the effort to win such acceptance or to deny it to others » [*c'est seulement parce qu'il y a tant en jeu, d'un point de vue symbolique, quant à l'acceptation du statut ou de l'argument constitutionnel que les acteurs constitutionnels investissent tant d'efforts, et parfois sans beaucoup de scrupules, pour gagner cette reconnaissance, ou la dénier aux autres*], Neil WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *préc.*, p. 331. Sur le lien entre cette critique et celle du fétichisme constitutionnel, voir p. 331-332. Les traductions présentées entre crochets sont celles de l'auteur du présent article.

¹⁴ Neil WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *préc.*, p. 333.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, p. 334.

¹⁸ *Ibid.*, p. 334-335.

constitutionnelle. La solution réside dans l'établissement de standards minimaux¹⁹ (5), lesquels doivent rendre concevable l'existence d'un constitutionnalisme non enserré dans un cadre strictement étatique, ce qui suppose également une vision assouplie du *demos*²⁰. Le constitutionnalisme nouveau doit avoir des vertus pédagogiques, et peut servir d'« orientation normative »²¹ dans d'autres sphères du discours lié à la régulation²² (6). La nouvelle définition du constitutionnalisme a donc une face interne (c'est-à-dire qu'elle doit être suffisamment universelle pour englober les formes diverses du concept) et externe (c'est-à-dire qu'elle doit être suffisamment compréhensible pour être dotée d'un effet utile pour les non-spécialistes, et on vise alors ici une possible exportabilité du discours constitutionnel renouvelé).

Pour satisfaire ces six critères, en évitant l'écueil des critiques soulevées plus haut, l'auteur propose une approche globalisante du constitutionnalisme, qui prend la forme du pluralisme constitutionnel²³. Toutefois, plutôt que de parler de rapports d'ordres, ou de systèmes, Neil WALKER emploie plus fréquemment le terme de « sites constitutionnels »²⁴. Sans expliciter davantage le concept, le « site constitutionnel » désigne le cadre d'émergence, nécessairement protéiforme, du phénomène constitutionnel : l'UE est un site, au même titre que ses Etats membres. L'ensemble de ces sites semblent former un ordre plural²⁵. Et parce qu'il s'agit de sites *constitutionnels*, chacun de ces lieux d'expression constitutionnelle se prétend en situation d'autonomie et en possession de l'autorité juridique ultime, et nous devons simplement accepter que chacune de ces revendications soit également recevable et plausible²⁶. Cet aveu d'incapacité à trancher la question du détenteur de l'autorité juridique ultime est fondamental pour la compréhension du pluralisme constitutionnel.

L'auteur analyse le pluralisme d'abord du point de vue conceptuel, puis du point de vue structurel. Du point de vue conceptuel, il faut souscrire à l'idée selon laquelle, pour saisir toute l'amplitude du constitutionnalisme et de la constitutionnalisation dans ce nouveau cadre, l'on doit renoncer à tout manichéisme et probablement aussi à toute idée de vérité unique et universellement accueillie comme telle. Au contraire, dans ce contexte pluraliste, le constitutionnalisme gagne en subtilité, et devient une question de nuances et gradations²⁷.

¹⁹ Sur le critère de l'« inclusive normative coherence », lire Neil WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *préc.*, p. 335.

²⁰ Neil WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *préc.*, p. 336.

²¹ « normative guidance », Neil WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *préc.*, p. 336.

²² Lire, pour cet ultime critère d'« external coherence », Neil WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *préc.*, p. 336.

²³ Neil WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *préc.*, p. 337.

²⁴ Voir, entre autres, Neil WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *préc.*, p. 317, 337, 338, 342, 355 à 358. Plus tard, Neil WALKER qualifia également de site constitutionnel l'Organisation Mondiale du Commerce : voir Neil WALKER, « The EU and the WTO : Constitutionalism in a New Key » in Grainne DE BÚRCA and Joanne SCOTT (eds), *The EU and the WTO - Legal and Constitutional Issues*, Hart Publishing, Oxford, 2001, p. 37-38.

²⁵ Neil WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *préc.*, p. 339-340.

²⁶ Neil WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *préc.*, p. 338.

²⁷ « there is no unitary template in terms of which constitutional status is either achieved or not achieved, but rather a set of loosely and variously coupled factors which serve both as *criteria* in terms of which norms of constitutionalism can be distinguished and as *indices* in terms of which modes and degrees of constitutionalization can be identified and measured » [*Il n'existe pas de modèle unique selon lequel la 'qualité' constitutionnelle serait reconnue ou pas, mais plutôt un ensemble de facteurs larges et variés, qui servent à la fois de critères pour la*

On pressent déjà toute la souplesse et la flexibilité que le pluralisme viendra insuffler dans un domaine dont ce n'est pas la caractéristique première. D'un point de vue structurel, le constitutionnalisme n'est plus seulement l'acte de naissance de communautés politiques aux existences parallèles, mais il devient un instrument, un moyen de les connecter²⁸.

Comment constater l'existence d'un nouveau lieu d'expression constitutionnelle ? L'auteur avance une série de critères. Le premier est le développement d'un discours constitutionnel explicite aboutissant à l'émergence d'une conscience constitutionnelle de la part de tous ceux qui sont associés à la communauté politique²⁹. Le second est l'existence d'une revendication particulière ayant trait à la détention de l'autorité juridique fondatrice, ou, autrement formulé en des termes stato-centrés, à la souveraineté³⁰. Viennent ensuite trois critères liés à la question de la gouvernance : chaque site doit prévoir une délimitation des compétences, prétendre disposer d'une totale autonomie quant à l'interprétation de ses règles fondamentales, et être doté d'une architecture institutionnelle. Enfin, il existe deux critères sociétaux : les conditions et conséquences de l'appartenance à la communauté politique en question doivent être précisément fixées, en même temps que les voies d'expression et la façon dont cette communauté va pouvoir peser dans le processus de prise de décision³¹. Neil WALKER s'interdit probablement une formulation plus précise de ces critères, craignant de retomber dans des définitions stato-centrées (le critère de la souveraineté en étant une illustration parfaite, même si l'admission de souverainetés plurielles et concurrentes marque déjà une rupture avec la définition classique du terme). Reste évidemment à voir dans quelle mesure l'UE remplit ces différents critères pour pouvoir être considérée pleinement comme un *site constitutionnel*.

B. L'affirmation de l'UE comme site constitutionnel

Si un *site* remplit l'ensemble de ces critères, il n'y a aucune raison d'en nier le caractère constitutionnel. Néanmoins, et parce que le pluralisme constitutionnel est une affaire de degré et de nuance, il faut admettre que le site constitutionnel de l'Etat est le plus affirmé, le moins fragile. L'UE constitue un site post-étatique³², auquel la « tradition » fait évidemment défaut. Comme les sites constitutionnels étatiques, les sites post-étatiques vivent dans l'ombre d'une conception de plus en plus pluraliste de *l'autorité* ; mais à la différence des sites étatiques, ils ne disposent pas d'un noyau dur, irréductible (bien que celui-ci se réduise rapidement au sein des sites étatiques). D'autres sites empiètent sur eux, et menacent leur autorité et leurs compétences. Les phénomènes constitutionnels post-étatiques sont peut-être des conséquences institutionnelles nécessaires dans l'ordre post-westphalien, mais ils ne bénéficient pas de l'antériorité, de l'histoire ni du contexte idéologique qui a accompagné

distinction des normes constitutionnelles, et comme indices à l'aune desquels le mode et le degré de constitutionnalisation peuvent être mesurés], Neil WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *préc.*, p. 339-340.

²⁸ Neil WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *préc.*, p. 340.

²⁹ *Ibid.*, p. 342.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Pour l'ensemble de ces critères, lire Neil WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *préc.*, p. 342-343.

³² Ou « post-state sites » : voir Neil WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *préc.*, p. 356 et p. 358.

l'affirmation des sites étatiques. Leur légitimité est dès lors bien plus précaire³³. Autrement dit, les « post-state sites » ont la fragilité de leur jeunesse, mais cela ne doit pas empêcher leur reconnaissance.

Le pluralisme constitutionnel est donc une déclinaison particulière, spécifique du pluralisme juridique. L'effort de Neil WALKER quant à sa théorisation est remarquable parce qu'il propose, en posant ces standards minimaux et en reconnaissant le constitutionnalisme post-moderne comme nuancier à l'aune duquel s'apprécient les différents stades de maturation des sites constitutionnels, un cadre d'expression et d'épanouissement des différentes formes constitutionnelles, sans les ramener constamment à l'étalon-Etat. Mais c'est aussi parce qu'il s'agit de ne pas sous-estimer la persistance du référent étatique dans la théorie constitutionnelle que cette approche est, à notre sens, susceptible de réunir les deux camps traditionnellement opposés lorsque l'on parle de « constitution européenne ».

Pour reprendre rapidement les six critères exposés plus haut, et dont la réunion permet de déterminer l'existence d'un site constitutionnel, on relèvera en premier lieu que l'UE est, au moins depuis 1986, l'objet d'un véritable discours constitutionnel. Pour la première fois, à l'occasion de son célèbre arrêt *Les Verts contre Parlement*³⁴, la CJCE officialise la constitutionnalisation judiciaire des traités, intention que l'on devinait déjà à la lecture des arrêts *Van Gend en Loos*, *Costa contre ENEL* ou encore *Internationale Handelsgesellschaft*³⁵. A la fin des années 1990, l'ambition constitutionnelle de l'UE est même portée sur le devant de la scène politique par les officiels des Etats membres, et c'est notamment sous l'impulsion du duo franco-allemand que la première Convention se réunit pour répondre au mandat fixé par les Conseils européens de Cologne et de Tampere, et présider à la rédaction de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'UE est dès 2000 dotée d'un catalogue de droits fondamentaux, ce qui lui faisait jusque là défaut. Or, les constitutions étatiques dites modernes ont généralement pour attribut un tel catalogue. L'analogie se poursuit, à la différence notable près que la Charte des droits fondamentaux n'a, encore aujourd'hui, toujours pas valeur contraignante. Mais la voie vers la formalisation de la constitution européenne est ouverte. Une seconde Convention se réunit, la Convention sur l'avenir de l'Europe, qui rapidement se considère investie de la mission de doter l'Union européenne d'une constitution, alors que le mandat fixé à Laeken ne préconisait que l'engagement d'une réflexion de fond sur les traités, et les moyens de les rendre notamment plus clairs, lisibles, accessibles et simples. La procédure de rédaction est inédite, et améliore substantiellement – sans la supprimer – la méthode intergouvernementale classique qui présidait jusqu'alors pour toute révision des traités. Les élites européennes considèrent également que l'on peut répondre à la critique du déficit démocratique par la constitutionnalisation de l'Union.

³³ « they lack tradition, and often, too, well-defined or broadly respected rules of amendment. Like state constitutional sites, they live in the shadow of a growing pluralist conception of authority, but unlike state sites they have no untouchable core (however quickly diminishing even in the state case), and rival discourses overlap with and may challenge their jurisdiction in every functional and territorial corner. Post-state constitutional phenomena may be necessary institutional incidents of the post-Westphalian order, but they lack the ideological niche carved out by their more venerable state counterparts. Their legitimacy is much more precarious », Neil WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *préc.*, p. 358.

³⁴ CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts contre Parlement*, aff. 294/83, Rec. p. 01339.

³⁵ Respectivement CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, Rec. p. 3 ; CJCE, 15 juillet 1964, *Costa contre ENEL*, aff. 6/64, Rec. p. 01141 ; CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec. p. 01125.

L'échec des referenda français et néerlandais leur donnera tort, et viendra évidemment marquer un coup d'arrêt à cette frénésie constituante.

Le second critère devant être rempli pour pouvoir conclure à l'existence d'un site constitutionnel est la prétention à la souveraineté. Appliquée à l'Union européenne, on ne parlera pas exactement en ces termes, bien trop stato-centrés. En revanche, l'ordre juridique communautaire a été conçu, depuis l'origine, comme étant indépendant et autonome. La CJCE a d'abord affirmé que « la Communauté économique européenne constitue un nouvel ordre juridique de droit international »³⁶, avant de couper toutes les racines qu'elle pensait trop ancrées dans le droit international. Pour que l'ordre juridique communautaire soit pris au sérieux, il fallait le déconnecter de toute filiation avec le droit international, généralement mésestimé par les Etats. La primauté va *in fine* découler de la spécificité, et cette spécificité réside en trois points majeurs : « la nature des Communautés européennes qui repose sur le transfert et la limitation des droits souverains des Etats membres ; l'autonomie du droit communautaire par rapport au droit international et aux droits nationaux ; l'homogénéité d'application du droit communautaire au sein des ordres juridiques internes »³⁷. Le fondement de la primauté n'est plus à chercher dans le droit international, ni dans les constitutions nationales, mais il devient, dans cette perspective, immédiat : « d'une primauté concédée par les ordres constitutionnels des Etats membres, on passerait à une primauté reposant sur un fondement propre, libérant ainsi le juge national, dans l'exercice de la mission de garant de l'application du droit communautaire qui lui a été confiée par la Cour de Justice, des contraintes de son ordre juridique »³⁸. La primauté du droit communautaire ainsi fondée, elle devient d'une consistance autre que celle traditionnellement reconnue à la primauté du droit international³⁹, et la *transformation* peut avoir lieu. La primauté du droit communautaire telle que conçue par la CJCE a également une dimension externe, dans le sens où elle est également affirmée à l'encontre des engagements internationaux auxquels la Communauté est partie. L'analyse de la jurisprudence communautaire consacrée aux rapports entre le droit communautaire et le droit issu de l'OMC est particulièrement éclairante à cet égard⁴⁰. La CJCE, en gardienne rigoureuse des frontières inter-systémiques, va notamment considérer que les accords OMC réservent une place trop importante à la négociation, y compris dans le nouveau système de règlement des différends, pour conclure que « compte tenu de leur nature et de leur économie, les accords OMC ne figurent pas en principe parmi les normes au regard desquelles la Cour contrôle la légalité des actes des

³⁶ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, Rec. p. 3, point 23.

³⁷ Placide M. MABAKA, « Suprématie de la Constitution et primauté du droit européen : mariage impossible ? », *Revue de la Recherche Juridique* 2001-2 (1), p. 695.

³⁸ Dominique RITLENG, « Le principe de primauté du droit de l'Union », *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 2005 n° 2, p. 300. Dominique Ritleng écrit ceci en considérant que l'immédiateté du fondement résidait alors dans la formalisation du principe de primauté dans l'article I-6 du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe. Nous transposons ici son raisonnement à la thèse de la spécificité sans juger nécessaire de passer par le truchement d'une formalisation de la règle.

³⁹ Pour une démonstration de cette différence d'intensité, lire Michiel BRAND, « Affirming and Refining European Constitutionalism : Towards the Establishment of the First Constitution for the European Union », *EUI Working Paper LAW* n° 2004/2, Florence, 2004 (disponible à partir de www.iue.it), pp. 23-24.

⁴⁰ Pour une analyse de la jurisprudence de la CJCE consacrée aux rapports entre le droit communautaire et le droit issu de l'OMC, et un parallèle fait entre la CJCE et les juridictions constitutionnelles nationales quant à la gestion des rapports inter-systémiques, lire Florence GIORGI et Nicolas TRIART, « National Judges, Community Judges : Invitation to a Journey Through the Looking-glass - On the Need for Jurisdictions to Rethink the Intersystemic Relations beyond the Hierarchical Principle », *préc.*

institutions communautaires »⁴¹... La CJCE est loin de montrer la voie aux juridictions constitutionnelles nationales en matière de reconnaissance du pluralisme, et semble au contraire considérer que la fermeture, l'hermétisme de son ordre sont propices à son autonomie et à sa survie. Elle emprunte ici les mêmes réflexes défensifs que les juridictions constitutionnelles nationales ont eus à l'égard du droit communautaire.

Les critères relatifs à la gouvernance sont également remplis. Inutile de revenir ici sur l'architecture institutionnelle de l'UE, bien connue. D'autre part, les traités communautaires contiennent les règles relatives à la répartition des compétences, répartition qui s'opère entre les Etats membres et l'UE, sous la tutelle du principe de subsidiarité. La CJCE n'a de cesse de rappeler son autorité exclusive quant à l'interprétation des normes communautaires : c'est la raison d'être du mécanisme du renvoi préjudiciel en interprétation ; c'est aussi la raison pour laquelle la CJCE est si réticente à ce que la Communauté – et demain l'UE si le Traité de Lisbonne entre en vigueur, dotant ainsi l'UE de la personnalité juridique – contractent des engagements internationaux qui reconnaissent la compétence d'autres juridictions internationales⁴². Elle ne se sent d'ailleurs pas toujours liée par le sens de leurs décisions, et ne saurait l'être sous peine de remettre en cause à la fois son monopole d'interprétation du droit communautaire et l'autonomie de l'ordre juridique communautaire.

Les deux derniers critères ont trait à une conception post-étatique du *demos*. La communauté politique sur laquelle est fondée l'UE doit se voir attribuer des droits (et éventuellement devoirs) clairement établis par la « Charte constitutionnelle de base ». Il faut également que cette communauté soit impliquée dans le processus de prise de décision communautaire. C'est évidemment ici qu'intervient la notion de citoyenneté européenne. Une des constantes du droit communautaire est d'osciller en permanence entre revendication autonome et dépendance existentielle. Il n'en va pas différemment lorsqu'il s'agit de la citoyenneté européenne. C'est bien sûr une citoyenneté de superposition, mais qui offre aux ressortissants communautaires des droits tout à fait nouveaux, et qui a contraint les Etats membres à accepter sur leur territoire la participation d'électeurs non nationaux. La participation au processus de prise de décision de la communauté politique qui fonde l'UE est assurée directement et indirectement. Directement, c'est bien sûr les électeurs européens qui, au suffrage universel direct, désignent les membres du Parlement européen. Indirectement, et cette fois-ci sur une base nationale, leur représentation est assurée par les exécutifs des Etats membres qui siègent au Conseil de l'UE et au Conseil des ministres, lesquels sont tous issus du suffrage universel.

La question de savoir si l'UE dispose véritablement d'une communauté politique dont le *vouloir vivre ensemble* est exprimé dans la fameuse « Charte constitutionnelle de base » est une question complexe qui n'est pas exactement l'objet de notre présente analyse. L'on se contentera alors de deux remarques. La première consiste à dire que, face à une nouvelle définition du constitutionnalisme pensé au-delà de l'Etat, il faudra nécessairement réfléchir à ce que peut être cette communauté politique dans un cadre supranational. Autrement dit,

⁴¹ CJCE, 23 novembre 1999, *Portugal contre Conseil*, aff. C-149/96, Rec. p. I 08395, point 47.

⁴² Lire les avis CJCE, 14 décembre 1991, *Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen*, Avis 1/91, Rec. p. I 06079 ; et CJCE, 28 mars 1996, *Adbésion de la Communauté à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/94, Rec. p. I 01759.

l'on ne peut pas plaquer sur le modèle « UE » les attentes que l'on a en termes de *democratie* et de *démocratie* au niveau étatique. La définition classique du *democratie* vaut lorsqu'elle est mise en rapport avec la définition classique de la *constitution* et de l'*Etat*. On ne saurait reprocher à l'UE de ne pas avoir véritablement de *democratie* au sens classique du terme, puisqu'elle n'est précisément pas une organisation classique. La deuxième remarque porte sur la pluralité qui est contenue dans la définition même de ce que pourrait être le *democratie* européen : la communauté politique de l'UE n'est pas singulière, mais elle est plurielle, et c'est là précisément que réside son identité. Finalement, « que l'on parle du peuple ou des peuples ne change rien »⁴³ pourvu que l'on reste « unis dans la diversité » ; au contraire, une telle conception fait ressortir la pluralité. Dire cela n'est pas renier la réelle difficulté à laquelle est confrontée l'UE depuis quelques années. La critique du déficit démocratique est une critique sérieuse, et le projet commun à cette communauté plurielle reste encore largement à construire.

Malgré ses imperfections et ses lacunes, l'UE semble bel et bien remplir les conditions requises pour former un *site constitutionnel*. Nous n'essayons pas de convaincre, mais simplement d'exposer une autre voie possible pour tenter d'expliquer. Il y a fort à parier que l'admission du pluralisme constitutionnel et, pis encore, la reconnaissance de l'existence d'une constitution européenne soient avant tout une question de foi. Les constitutions nationales doivent pouvoir coexister au côté de la constitution européenne dans la mesure où « vouloir supprimer les premières pour imposer la seconde ou refuser la seconde pour sauver les premières, c'est vouloir priver l'Europe d'une partie d'elle-même »⁴⁴. Le monisme constitutionnel est probablement plus confortable d'un point de vue intellectuel. En effet, une fois le pluralisme constitutionnel admis, va se poser la question de l'organisation des relations entre les sites constitutionnels. Les relations inter-systémiques étaient jusque là réglées selon les lois de la pyramide. Nous proposons désormais de recourir à la figure du réseau.

II. L'Union européenne, composante du réseau constitutionnel

L'acceptation de l'idée même du pluralisme constitutionnel est une étape nécessaire mais elle ne résout pas, à elle seule, la question des relations entre les normes constitutionnelles nationales et ce que la CJCE désigne comme la « Charte constitutionnelle de base qu'est le traité »⁴⁵. Au-delà de la pensée constitutionnelle moniste, il y a une nouvelle possibilité de se représenter le droit et ses interactions en ayant recours à la figure du réseau (A). Une fois les sites disposés au sein de ce réseau, il va falloir se risquer à formuler quelques propositions pratiques à destination des juges constitutionnels pour une meilleure prise en compte du pluralisme (B).

⁴³ Florence CHALTIEL, « Propos sur l'idée d'une constitution européenne », *RMCUE* 2002 n° 463, p. 651.

⁴⁴ Dominique ROUSSEAU, « Pour une constitution européenne », *Débat* 2000 n° 108, p. 66.

⁴⁵ CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts contre Parlement*, préc., point 23.

A. Vers un réseau constitutionnel ?

1. De l'ordre au réseau en passant par l'espace

Il s'agit de voir maintenant en quoi le « réseau » dans son acception singulière⁴⁶ peut être utile dans notre étude de l'organisation des relations inter-constitutionnelles. La proposition est la suivante : en constatant que la définition classique de l'ordre juridique ne permet plus de refléter avec exactitude la réalité juridique, on va mettre en évidence l'imbrication des *systèmes*. Ce faisant, nous aurons un argument supplémentaire plaidant en faveur du pluralisme constitutionnel, que l'on tentera d'organiser en *réseau*.

Il y a bien sûr différentes façons de définir l'ordre juridique⁴⁷. Mais son essence même réside dans son autonomie⁴⁸ dont découle son indépendance vis-à-vis d'autres ordres. L'ordre juridique, porté par sa constitution, est intrinsèquement un ordre tourné vers lui-même et fermé, dont l'organisation interne est généralement hiérarchique. A l'évidence, cette définition sied mieux au modèle étatique en tant que modèle isolé. A l'évidence aussi, les droits nationaux, créations de ces ordres juridiques, ne sont plus tout à fait autonomes, ni indépendants. A l'évidence enfin, l'*ordre* juridique porte en lui les racines d'une architecture hiérarchique qui pourtant, de plus en plus, se fissure.

La première étape consiste en un changement terminologique : l'on préférera d'emblée le *système* à l'*ordre*. Cela ne devrait pas emporter trop de conséquences, tant l'un et l'autre sont employés indifféremment⁴⁹.

La seconde étape exige de reconnaître l'interdépendance entre les « sites » de production normative. Cette interdépendance se manifeste par la création et l'adoption de normes dont on a du mal à déterminer la paternité car plusieurs acteurs, appartenant à des ordres juridiques distincts, sont impliqués dans le processus normatif⁵⁰. Plusieurs thèses sont

⁴⁶ On notera en effet que les « réseaux » sont depuis longtemps un objet d'études chez les politologues, et que ce concept renvoie à celui de gouvernance : voir *inter alia* Colin SCOTT, « The Governance of the EU : The Potential for Multi-Level Control », *European Law Journal* 2002 vol. 8 n° 1, pp. 59 à 79 ; voir aussi, pour une appréciation positive du Livre blanc de la Commission sur la gouvernance comme une manifestation des *réseaux* au sein de l'UE, François OST et Michel Van DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, coll. Droit, Bruxelles, 2002, p. 32.

⁴⁷ Jörg GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1997, p. 92 et s. Lire aussi Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, Dalloz, Paris, 1975, § 16 sur la synonymie des termes « droit », « institution » et « ordre juridique ».

⁴⁸ « Seul un ensemble de normes tirant toutes leur origine du même système de référence forme véritablement un ordre propre », Jörg GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, préc., p. 93.

⁴⁹ Jörg GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, préc., p. 92 ; pour une tentative de dissociation entre le système juridique et l'ordre juridique, ce dernier étant la somme des premiers, lire Eugenio BULYGIN, « Système juridique et ordre juridique », in Denys de BECHILLON, Pierre BRUNET, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Eric MILLARD (dir.), *L'architecture du droit - Mélanges en l'honneur du Professeur Michel TROPER*, Economica, Paris, 2006, pp. 223 à 229.

⁵⁰ « (...) chacun de ces ordres se déforme et subit une hybridation au contact de l'autre, produisant dans la zone de contact des normes métisses, résultantes du croisement de ces ordres normatifs », Ioana RADUCU et Nicolas LEVRAT, « Le métissage des ordres juridiques européens », *Cahiers de Droit Européen* 2007 n° 1-2, p. 113.

avancées : on parle soit d'un phénomène d'« hybridation » du droit⁵¹ ; soit d'un « métissage »⁵², ou de l'« interlégalité »⁵³ ; soit d'un certain chevauchement⁵⁴ ; soit encore on avance que les ordres juridiques se déforment au contact des autres rendant obsolète toute tentative d'« articulation verticale et unidimensionnelle entre eux »⁵⁵. Certains y voient le dessin de « boucles étranges » et de « hiérarchies enchevêtrées »⁵⁶. Une compréhension moderne de l'ordre juridique exige de reconnaître en lui « un système complet, complexe et ouvert à plusieurs référentiels »⁵⁷. L'ordre juridique, s'il doit subsister, n'est plus ni national, ni communautaire, il est supranational⁵⁸. La révolution est en route.

On saisit bien le degré de complexité auquel il faut faire face, qui rend la pauvreté des concepts plus saillante. Nous pensons, avec Mireille DELMAS-MARTY, qu'il faut œuvrer dans le sens d'une « pédagogie de la complexité ». L'introduction au côté de l'*ordre juridique* de la notion d'*espace* paraît tout à fait utile. L'objectif est de parvenir à une représentation plus fidèle du pluralisme constitutionnel au travers de la prise en compte de phénomènes juridiques contemporains, qui sont tout à la fois « interdépendances, discontinuités, interactions, instabilité, imprévisibilité »⁵⁹. On comprend aussi à quel point l'idée d'ordre ne permet pas cette prise en compte de l'instabilité et des mouvements. L'ordre juridique est conçu sur un plan davantage vertical et fermé : l'intégration n'y est que verticale, et fondée principalement sur le principe de hiérarchie des normes⁶⁰. L'espace⁶¹, lui, est indifférent à l'autonomie et à l'indépendance⁶², il est ouvert aux interactions : en son sein, « l'engendrement des normes est caractérisé par des discontinuités et des interactions combinant un ordonnancement vertical (parfois assoupli par le jeu des marges) et des entrecroisements horizontaux (parfois verticalisés par référence à des normes impératives). Le fonctionnement est donc nécessairement plus instable (...) l'instabilité de ces figures, ouvertes et poreuses, pouvant expliquer la difficulté à les nommer »⁶³. L'Union européenne

⁵¹ Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Critique de l'intégration normative*, PUF coll. Les voies du droit, Paris, 2004, p. 236, p. 246 ; du même auteur, *Le pluralisme ordonné*, Editions du Seuil, Paris, 2006, p. 108 et s.

⁵² Ioana RADUCU et Nicolas LEVRAT, *préc.*, pp. 111 à 148.

⁵³ « L'interlégalité est la contrepartie phénoménologique de la pluralité juridique (...). L'interlégalité est un processus dynamique parce que les espaces juridiques ne sont pas synchroniques, ce qui aboutit à des mélanges irréguliers et instables de codes juridiques », Boaventura de SOUSA SANTOS, « Droit : une carte de la lecture déformée – Pour une conception post-moderne du droit », *Droit et société* 1988 n° 10, p. 403 ; voir également, du même auteur, *Vers un nouveau sens commun juridique*, LGDJ coll. Droit et société n° 39, Paris, 2004, p. 445 et s. et p. 548 et s.

⁵⁴ Karl-Heinz LADEUR, « Towards a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept », *European Law Journal* 1997 n° 1, p. 43.

⁵⁵ Ioana RADUCU et Nicolas LEVRAT, *préc.*, p. 113.

⁵⁶ François OST et Michel Van DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *préc.*, p. 49.

⁵⁷ Ioana RADUCU et Nicolas LEVRAT, *préc.*, p. 145.

⁵⁸ Karl-Heinz LADEUR, « Towards a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept », *préc.*, p. 46.

⁵⁹ Mireille DELMAS-MARTY, « La grande complexité juridique du monde », in *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 102.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 99.

⁶¹ Sur la notion d'espace, nous renvoyons également aux travaux de Boaventura de SOUSA SANTOS : cf. « Droit : une carte de la lecture déformée – Pour une conception post-moderne du droit », *préc.*, p. 389-390 ; *Vers un nouveau sens commun juridique – Droit, science et politique dans la transition paradigmatique*, *préc.*, pp. 537 à 560.

⁶² Mireille DELMAS-MARTY, « La grande complexité juridique du monde », *préc.*, p. 100.

⁶³ Mireille DELMAS-MARTY, « La grande complexité juridique du monde », *préc.*, p. 101.

oscille précisément entre ces deux figures, tantôt encore espace⁶⁴, tantôt ordre juridique embryonnaire⁶⁵.

Ce qui est intéressant dans cette approche c'est le constat, encore une fois, d'un manichéisme impossible. Tout n'est pas réductible à l'ordre ou rien ; au contraire, il existe toute une déclinaison des *formes* et *figures* juridiques, depuis l'ordre juridique hiérarchisé jusqu'à l'espace perméable et spongieux⁶⁶. La captation de la figure - l'« ordre juridique communautaire » ou cet « ordre supranational » qui nous préoccupe - sera mieux réalisée si l'on déplace le curseur entre l'abscisse de l'ordre juridique et l'ordonnée de l'espace : « de l'informel au formalisme juridique, la mise en ordre, par référence aux deux processus d'ordonnement et d'entrecroisement, n'a donc pour objectif ni de réduire la complexité, ni de supprimer toute l'imprévisibilité, mais d'ordonner entre elles ces différentes figures en une synthèse évolutive et dynamique »⁶⁷. Le passage de l'ordre à l'espace nous pousse à davantage réfléchir à une représentation du droit qui s'appuie sur une surface plane. Et dans ce sens, le réseau est un complément nécessaire à la pyramide, capable de mieux représenter et appréhender les relations constitutionnelles inter-sites.

2. Le réseau comme instrument de cartographie de l'univers juridique

L'horizontalité de l'espace juridique nous renvoie à notre ambition de cartographier l'univers juridique, pour mieux y situer l'UE et sa constitution à côté de celles de ses Etats membres, autrement dit pour mieux y situer les sites constitutionnels, et aussi pour mieux guider les juges dans leurs missions. Aucune proposition théorique n'est à même de présenter une solution pleinement satisfaisante. Chacune souffre à un moment de la réflexion d'une imperfection, d'une insuffisance. Peut-être faut-il admettre la quête d'un idéal impossible⁶⁸. Il est aussi probable qu'en même temps qu'il faille apprendre à figurer le droit autrement que sous forme pyramidale, il faille renoncer à l'attente d'une théorie unique et universellement admissible. Nul doute que le pluralisme juridique entraîne avec lui l'émergence de représentations et de conceptualisations plures, *a priori* également recevables. Penser le pluralisme juridique comme instrument de compréhension du phénomène communautaire devrait pousser à l'ouverture et à la diversité des solutions. Autrement dit, la tolérance conceptuelle doit précéder la *tolérance constitutionnelle*. Mieux encore, le pluralisme juridique doit non seulement se nourrir des représentations passées, mais surtout ne pas en sous-estimer la survivance actuelle : « sans disparaître, la hiérarchie révèle ses limites – discontinuité, inachèvement, alternance – où la subordination cède partiellement la place à la

⁶⁴ Mireille DELMAS-MARTY relève l'utilisation de ce nouveau vocable dans la sphère communautaire: espace judiciaire européen, espace Schengen, espace de liberté, de sécurité et de justice, espace pénal européen : Mireille DELMAS-MARTY, « La grande complexité juridique du monde », *préc.*, p. 100.

⁶⁵ « Ainsi, le droit communautaire semble former un ordre juridique (l'ordre communautaire) qui est reconnu comme tel et s'analyse comme un ordre juridique supraétatique, supérieur à celui des Etats membres (principe de primauté). Mais cet ordre, qui n'est ni totalement autonome, ni autosuffisant, ne se substitue que très progressivement à l'Espace juridique européen » : Mireille DELMAS-MARTY, « La grande complexité juridique du monde », *préc.*, p. 101-102.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 103.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 105.

⁶⁸ « une pyramide qui ne soit pas synonyme de tyrannie, une transcendance qui soit affranchie du dogmatisme. Un réseau de mondes enchevêtrés qui ne soit pas synonymes de chaos, une immanence qui soit affranchie de l'insignifiance », François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *préc.*, p. 9.

coordination et à la collaboration ; sans perdre toute vigueur, la linéarité se relativise et s'accompagne fréquemment de phénomènes de bouclage ou d'inversion dans l'ordre des relations ; l'arborescence se dilue, dans la mesure où la multiplicité des foyers de création du droit ne peut pas toujours être dérivée d'un point unique et souverain »⁶⁹.

Puisque le juriste a besoin de figure, il nous semble utile de reprendre à notre compte l'image, souvent invoquée, du réseau comme instrument de compréhension et de théorisation de la supranationalité⁷⁰. Les nombreuses interactions juridiques que provoque le droit communautaire peuvent, à notre sens, être contenues dans un réseau réputé ouvert : « le réseau constitue une 'trame' ou une 'structure', composée d'éléments' ou de 'points', souvent qualifiés de 'nœuds' ou de 'sommets', reliés entre eux par des 'liens' ou 'liaisons', assurant leur 'interconnexion' ou leur 'interaction' et dont les variations obéissent à certaines 'règles de fonctionnement' »⁷¹. La figure du réseau permet de prendre en compte la pluralité d'acteurs, la pluralité de « sites »⁷² au niveau des « nœuds »⁷³. Si l'on descend à un niveau de détails supérieur, ou plus exactement si l'on change d'échelle⁷⁴, le réseau pourrait être une présentation plus précise, une véritable cartographie de la grande diversité des acteurs de la vie normative, et de leurs interactions. En quelque sorte, le réseau des sites se superpose, tel un calque, au réseau des acteurs et institutions.

Son ouverture et sa capacité à évoluer de façon quasi-instantanée font du réseau un modèle particulièrement dynamique, autorisant l'émergence de nouveaux « acteurs » ou « sites », prenant acte de la disparition d'autres⁷⁵. Si le réseau ne rejette pas totalement les structures géométriques, il met en lumière leur variabilité⁷⁶. Le réseau ne prétend pas, en outre, à l'égalité des intervenants, sans pour autant systématiser le rapport hiérarchique⁷⁷. Il est tout à fait pensable que l'organisation interne des nœuds soit de type pyramidal par exemple.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 50.

⁷⁰ Karl-Heinz LADEUR, « Towards a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept », *préc.*, p. 33.

⁷¹ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *préc.*, p. 24.

⁷² Nous renvoyons ici non pas aux sites walkeriens, mais, dans une acception plus englobante, aux travaux de Francis SNYDER sur la question : voir, parmi une littérature abondante, Francis SNYDER, « Governing Economic Globalisation : Global Legal Pluralism and European Law », *European Law Journal* 1999 n° 4, pp. 334 à 374 ; « Constructing Multi-Site Governance : WTO Law in the European Courts », in Sonia PUNTSCHER-RIEKMANN, Monika MOKRE et Michael LATZER (eds), *The State of Europe : Transformations of Statehood from a European Perspective*, Campus Verlag, Frankfurt and New York, 2004, pp. 306 à 328.

⁷³ Pour des raisons évidentes, nous préférons avoir recours à cette terminologie plutôt qu'au terme de « sommet ».

⁷⁴ Lire Boaventura de SOUSA SANTOS, « Droit : une carte de la lecture déformée – Pour une conception post-moderne du droit », *préc.*, pp. 379 à 405, et spéc. p. 386 : « la différence d'échelle est non seulement quantitative, mais aussi qualitative. Un phénomène donné ne peut être représenté qu'à une échelle déterminée. Changer d'échelle signifie changer le phénomène. Chaque échelle révèle un phénomène et en déforme ou en cache d'autres ».

⁷⁵ Karl-Heinz LADEUR, « Towards a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept », *préc.*, p. 48 ; lire aussi François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *préc.*, p. 25.

⁷⁶ Karl-Heinz LADEUR, « Towards a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept », *préc.*, p. 53.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 49-50.

Le réseau est tout à la fois système de représentation et système de mise en relation⁷⁸ des entités représentées. Ici encore, rien n'est imposé, fixé, prédéterminé. Certains des « nœuds », donc, ne connaissent pas de liaisons entre eux, les liaisons étant les canaux par lesquels les flux normatifs s'échangent, avec une intensité variable. La nature de la liaison et son intensité varieront : l'interconnexion, de même que les règles de fonctionnement, ne sont pas les mêmes selon les sites concernés. D'autres liaisons peuvent ne pas être encore actives, voire même construites, mais pourront le devenir, ce qui suppose un modèle dynamique, évolutif et ouvert.

Le réseau permettrait donc une représentation quasi-exhaustive, en même temps qu'il reflèterait à la fois la flexibilité et la différenciation. Il est intéressant de noter, de concert avec François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, que l'Union européenne porte déjà, et sûrement bien plus qu'il n'y paraît, les déclinaisons fonctionnelles ou procédurales de ce réseau décrit plus haut. La comitologie, le Livre Blanc sur la Gouvernance européenne⁷⁹, la procédure conventionnelle qui a présidé à la rédaction de la Charte des droits fondamentaux de l'UE puis du Projet de Constitution européenne, l'harmonisation des législations nationales⁸⁰, le mécanisme du renvoi préjudiciel⁸¹, l'ainsi dénommé « réseau européen de la concurrence »⁸² jusqu'au mandat d'arrêt européen et, demain, la protection des droits fondamentaux telle que dessinée par le Traité de Lisbonne⁸³ sont autant de témoignages de l'émergence de ce mode de relations en réseau.

Du point de vue de la théorie des systèmes, le recours au réseau permet d'expliquer des phénomènes liés au droit communautaire qu'une vision strictement pyramidale ne peut justifier⁸⁴. On assiste à un glissement de paradigme, marquant la transition « de la pyramide au réseau »⁸⁵ pour l'ébauche d'une sorte de la théorie de la relativité juridique⁸⁶. Ce qui en ressort, c'est une combinaison des principes et valeurs, traditionnellement rattachés à l'idée de pyramide, avec ceux nouvellement incarnés par le réseau⁸⁷. La cohérence, la sécurité, la stabilité et l'obéissance, qui commandaient une vision du monde plutôt rationnelle, manichéenne et individualiste, doivent désormais s'inscrire en parallèle de valeurs et principes prônant un modèle pragmatique de communication et d'échange, et favorisant la

⁷⁸ *Ibid.*, p. 51.

⁷⁹ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, préc., p. 32 : le Livre blanc constitue, à leurs yeux, une « excellente illustration de la combinaison du paradigme du réseau (associé aux thèmes de la régulation et de la gouvernance), d'une part, et du modèle pyramidal plus classique d'autre part ».

⁸⁰ Lire Mireille DELMAS-MARTY, « La grande complexité juridique du monde », préc., p. 105.

⁸¹ Article 234 TCE.

⁸² Règlement 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO L 1 du 4 janvier 2003, pp. 1 à 25 ; Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, JO C 101 du 27 avril 2004, pp. 41 à 53. Voir aussi Anne-Marie VAN DEN BOSSCHE, « Une politique plus proche des citoyens : l'apport du réseau européen de la concurrence », *Journal des Tribunaux Droit Européen* 2007 n° 135, pp. 1 à 7.

⁸³ Voir l'article 6 du futur Traité sur l'Union européenne.

⁸⁴ Karl-Heinz LADEUR, « Towards a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept », préc., p. 51.

⁸⁵ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, préc.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 17.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 17-18.

créativité, la souplesse et la coexistence harmonieuse⁸⁸. Il reste que si la figure du réseau est une des rares proposées pour cette révolution théorique douce, rares aussi sont les auteurs qui ramènent le niveau de leur réflexion à celui de la praxis⁸⁹. Or, pour surmonter l'impasse dans laquelle sont enserrées les jurisprudences constitutionnelles nationales et la jurisprudence communautaire à propos de l'articulation entre sites constitutionnels, et après avoir proposé un nouveau positionnement du juge au sein de l'univers juridique, il faut tenter de « penser les procédures » et les « principes de coordination »⁹⁰ de ce réseau.

B. Essai de propositions pratiques à destination des juges

Le recours à la figure du réseau permet, on l'a vu, d'insister davantage sur l'horizontalité du modèle. L'importance de cette horizontalité se présentait déjà quand nous avons proposé de réfléchir en termes d'espace plutôt que d'ordre. Le recours au réseau permet de cartographier l'univers juridique, pour mieux y situer ses différentes composantes. Le juge constitutionnel et le juge communautaire ne siègent plus seulement au sein de juridictions qui sont placées au sommet d'un édifice pyramidal ; mais, grâce à la lecture de cette nouvelle carte, ils peuvent désormais contempler, le cas échéant du haut de leur pyramide, les autres acteurs et sites qui les entourent. Le réseau offre une mise en perspective de la place et du rôle de chacun. Mais l'on s'en doute, la réalité est plus nuancée.

Le réseau, parce qu'il offre la connaissance et la conscience de *l'autre*, permet de dénouer les fils de la relation juridique, de suivre le fil d'Ariane, en d'autres termes, pour remonter non pas tellement à la source de l'autorité juridique légitime, mais plutôt à la source d'une solution compréhensible de tous et respectueuse du pluralisme.

Le pluralisme induit intrinsèquement des modes de gestion plutôt souples et flexibles ; il ne faut donc pas aller trop loin dans la codification formelle des moyens de communication et d'échanges entre acteurs du réseau constitutionnel. Si l'on ajoute à cela qu'il nous semble plus favorable à cette idée de flexibilité de laisser la question du détenteur de l'autorité ultime ouverte, l'introduction, dans les constitutions nationales, d'une clause reconnaissant la primauté du droit communautaire, même conditionnée au respect des identités constitutionnelles et à l'absence de déficiences structurelles n'est pas souhaitable⁹¹.

A l'inverse, il est temps que l'Union officialise son exigence de primauté dans les traités originaires. Las, le pouvoir constituant européen a renoncé à cette ambition lors de la rédaction du Traité de Lisbonne, et contrairement à ce qu'il avait tenté de faire passer lors de

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Lire Mattias KUMM, « The Jurisprudence of Constitutional Conflict : Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty », *European Law Journal* 2005 vol. 11 n° 3, pp. 290 à 304.

⁹⁰ François OST et Michel Van DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, préc., p. 27.

⁹¹ D'un avis opposé, voir Edouard DUBOUT, « De la primauté 'imposée' à la primauté 'consentie' », *Vième congrès français de droit constitutionnel*, Association française de droit constitutionnel, Montpellier, 9-11 juin 2005, p. 8 (disponible sur www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes3/DUBOUT).

la rédaction du précédent projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe⁹². L'officialisation de la primauté du droit communautaire nous semble nécessaire au regard de la légitimité de la prétention d'une part (la primauté, dans son acception absolue, ne pourrait plus être rejetée comme étant l'« obsession » d'une Cour de Justice isolée sur ce sujet), et à la plénitude de la qualité constitutionnelle de l'Union d'autre part. L'inscription dans les traités communautaires de leur prétention à la primauté officialise, en ce qu'elle le rend plus visible, le potentiel conflictuel des relations *inter-sites*.

En même temps, il faut aussi trouver un juste équilibre pour que cette souplesse, cette non-codification ne servent pas de refuge *in fine* au juge pour justement ne pas reconnaître le pluralisme, puisque, après tout, rien ne l'y contraint, ou pour persister dans une logique de minimisation du risque conflictuel. Il est assez frappant de s'entretenir à ce propos avec les juges des plus hautes juridictions nationales et communautaires. D'un côté comme de l'autre, on n'est pas favorable à une codification des règles de gestion du pluralisme constitutionnel. Au pire consent-on à une codification effective, mais pour *l'autre juge*, c'est-à-dire que le juge national souhaiterait voir la CJCE tenue de mieux prendre en considération les spécificités nationales, et inversement. Mais la constante demeure que le juge est finalement assez jaloux de sa liberté d'agir et de prendre en compte *quand* il l'entend et *comment* il l'entend le pluralisme.

Il faut ouvrir des voies de communication au travers desquelles les concepts juridiques vont pouvoir circuler, s'échanger en s'imprégnant parfois de l'identité de chacun des sites par lesquels il aura transité. L'image des « bridging mechanisms »⁹³, en faisant appel à la figure du pont, nous semble bien choisie à cet égard. L'utilisation, ou, à tout le moins, la mention par une juridiction des décisions qui ont été rendues par d'autres⁹⁴, prouve que ces ponts sont en voie de construction.

Dans un premier temps, et pour sensibiliser chacun à l'idée que *l'autre et l'ailleurs* existent, on aurait pu penser accentuer les moyens d'échanges et d'informations entre les juridictions nationales et communautaires. La persistance de positions antagonistes pouvait en effet résulter de l'ignorance de ce qui avait été décidé et tranché *ailleurs*. Après de brèves recherches, il apparaît au contraire que la CJCE et les juridictions constitutionnelles sont en contact, le plus souvent de façon informelle et irrégulière⁹⁵, et somme toute peu lisible⁹⁶.

⁹² On pense bien sûr à la codification (imparfaite) de la primauté dans l'article I-6 du Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

⁹³ Lire Neil WALKER, « Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union », *European Law Journal* 1998 vol. 4 n° 4, pp. 375 à 378. Neil WALKER cite comme exemple le plus connu, bien sûr, le renvoi préjudiciel.

⁹⁴ La CJCE cite, par exemple, des arrêts de la CEDH : voir, *inter alia*, 7 janvier 2001, K. B., aff. C-117/01, Rec. p. I 541, point 33 ; 22 octobre 2002, *Roquette Frères*, aff. C-94/00, Rec. p. I 9011, point 29. La CEDH mentionne la jurisprudence de la CJCE : voir CEDH, 18 février 1999, *Matthews contre Royaume-Uni*, req. n° 24833/94, § 41 ; 8 décembre 1999, *Pellegrin contre France*, req. n° 28541/95, § 38 et 41 ; et bien sûr l'arrêt du 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret AS contre Irlande*, req. n° 45036/98, § 42 et s. Les juridictions nationales mobilisent elles aussi les jurisprudences communautaires et européennes.

⁹⁵ La plupart du temps, les contacts directs entre juges nationaux, européens et communautaires sont pris à l'occasion des visites des uns et des autres au sein des juridictions. Au titre de l'année 2007, la CJCE a reçu des délégations du Conseil d'Etat français, de la Cour constitutionnelle slovène, de la Cour suprême espagnole, de la Cour constitutionnelle et de la Cour suprême hongroises, de la Cour suprême tchèque et de la Cour

Leurs jurisprudences respectives sont disponibles sur Internet⁹⁷. Les juridictions nationales, quant à elle, se structurent en réseau transnational incluant généralement la participation de la CJCE⁹⁸. La non-reconnaissance du pluralisme, ou sa prise en considération très lacunaire ne découlent donc pas d'un défaut d'information des juges. Beaucoup d'attentes doivent être placées dans le développement des échanges entre les juges⁹⁹ pour favoriser l'imprégnation. Leur parcours professionnel n'exclut d'ailleurs pas un passage dans plusieurs juridictions suprêmes, tantôt nationales tantôt communautaires et/ou internationales. De sorte que les juges de la CJCE, pour ne parler que d'eux, ont en principe derrière eux des années de pratique juridictionnelle au sein de leur ordre national dont ils connaissent donc bien les spécificités et les sujétions particulières. Nul doute que l'approfondissement de l'espace judiciaire européen fera progressivement émerger la conscience de chacun de participer à une entreprise juridictionnelle commune.

Une autre piste pourrait venir de la revalorisation du rôle des juges constitutionnels nationaux. Une solution consisterait à leur confier la mission de déceler les « déficiences structurelles » du droit communautaire¹⁰⁰. Ce mécanisme d'alerte permet de responsabiliser le juge constitutionnel national et de l'impliquer davantage dans le processus d'amélioration du

constitutionnelle italienne. La CJCE s'est quant à elle déplacée pour une visite officielle au Portugal et à la CEDH (source : <http://curia.europa.eu>).

⁹⁶ On pense ici notamment aux contacts entre les juridictions internationales et la CJCE.

⁹⁷ La base de données de la Commission de Venise constitue à ce titre une ressource importante : www.venice.coe.int et <http://codices.coe.int>.

⁹⁸ Il existe notamment une Association des Conseils d'Etat et des Juridictions Administratives suprêmes de l'Union européenne, réunissant les plus hautes juridictions administratives des Etats membres et la CJCE (source : www.juradmin.eu/fr/home_fr.html). Plus récemment, en 2004, un réseau des Présidents des Cours Suprêmes judiciaires de l'UE a été créé. Sa vocation est de favoriser l'échange, par la création d'un portail électronique commun réunissant toutes les bases de données jurisprudentielles de chacune des Cours suprêmes membres, et par l'organisation de stages pour les magistrats desdites Cours dans le cadre du programme d'échanges des autorités judiciaires européennes. Les présidents de la CJCE et de la CEDH sont invités à participer aux assemblées générales et colloques organisés par le Réseau (source : www.network-presidents.eu). La même année, le Forum des juges de l'UE pour l'environnement, déclinaison d'un programme onusien, a vu le jour, avec l'objectif d'échanger des données jurisprudentielles et partager des expériences en matière de formation et de sensibilisation des juges au droit de l'environnement. Enfin, on notera la communication de la Commission relative à la création d'un forum de discussion sur les politiques et les pratiques de l'UE en matière de justice (COM(2008) 38 Final, 4 février 2008, *nep*) : au sein de l'espace européen de justice, la Commission relève que « le dialogue ouvert entre tous les acteurs des systèmes de justice à travers l'Union européenne renforcera la confiance réciproque », et cela vise autant les citoyens européens que les juges eux-mêmes (point 4 de la Communication). Dans ce but, elle propose la création d'un forum sur la justice qui aura « pour principaux objectifs d'améliorer l'élaboration des politiques en matière de justice civile et pénale, en offrant une plate-forme permanente au dialogue avec les acteurs, en examinant l'application des textes en vigueur et en contribuant à développer la confiance mutuelle au niveau européen » (point 11 de la Communication). Un rapprochement avec le Conseil de l'Europe est également prévu (cf. points 21 et s. de la Communication).

⁹⁹ Pour notre part, nous sommes en faveur d'une plus grande visibilité des rencontres entre juges communautaires et juges constitutionnels nationaux. L'institutionnalisation d'une rencontre sur un rythme bisannuel pourrait être une proposition.

¹⁰⁰ Mattias KUMM et Victor FERREREZ COMELLA, « The Future of Constitutional Conflict in the European Union : Constitutional Supremacy after the Constitutional Treaty » in *Altmenland : the EU Constitution in a Contextual Perspective*, Jean Monnet Working Paper 5/2004, 2004, New York, p. 16.

droit communautaire... à condition bien sûr de ne pas retomber dans une lecture nationalisée des déficiences structurelles¹⁰¹.

L'identification des déficiences structurelles rappelle évidemment la logique des jurisprudences *Solange*. Finalement, *aussi longtemps* que les principes constitutionnels fondamentaux nationaux ne sont pas menacés, les juridictions constitutionnelles renoncent à leur pouvoir de « révision » du droit communautaire. Il est assez surprenant d'assister à un retour en force de ce type de raisonnement, et il serait assez risqué d'en faire la panacée de la gestion pratique du pluralisme constitutionnel. Néanmoins, et faute de mieux, certains y voient la garantie d'un respect réciproque de la justice constitutionnelle, qui va inspirer les relations entre les juridictions constitutionnelles nationales et la CJCE (et même les relations entre la CJCE et la CEDH), et en font un principe extensible aux relations entre les juridictions internationales et les juridictions de l'ordre juridique communautaire¹⁰². Passé un premier niveau de lecture des jurisprudences *Solange*, à partir duquel on ne retiendrait que la grave mise en danger du droit communautaire placé sous le joug des constitutions nationales, on retiendrait surtout la coopération judiciaire qui a suivi¹⁰³. La CJCE a dû elle-même trouver la méthode efficace, puisqu'elle s'est risquée, à plusieurs reprises, à réutiliser ce même type de raisonnement¹⁰⁴.

Il faudrait également développer la coopération directe entre juges constitutionnels nationaux et CJCE par le biais du renvoi préjudiciel¹⁰⁵. Les juridictions constitutionnelles statuant par définition en dernier ressort sont en principe tenues à l'obligation de renvoi préjudiciel prévue par l'article 234 TCE. Certaines d'entre elles, comme le Conseil constitutionnel, se retranchent derrière le délai qui leur est constitutionnellement imparti pour ne pas se soumettre à cette obligation de renvoi. La création d'une cellule permanente au sein de la CJCE pour statuer en urgence, selon une procédure simplifiée¹⁰⁶, pourrait être une solution pour surmonter l'argument du délai. Cela nous semble d'autant plus important dans l'hypothèse d'un ressaisissement des juridictions constitutionnelles du contrôle de

¹⁰¹ Mattias Kumm précisera quelques temps plus tard cette proposition en la systématisant (voir Mattias KUMM, « The Jurisprudence of Constitutional Conflict : Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty », *préc.*, p. 298) sans en gommer les risques de renationalisation.

¹⁰² Ernst-Ulrich PETERSMANN parle de « coopération conditionnelle » : voir Ernst-Ulrich PETERSMANN, « Judging Judges », *EUI Working Paper* 2008/01, Florence, 2008, p. 17.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 19 et 26.

¹⁰⁴ Ernst-Ulrich PETERSMANN cite notamment le célèbre avis 1/91 précité, l'affaire *Denuit et Cordenier c. Transorient* (CJCE, 27 janvier 2005, aff. C-125/04, Rec. 2005 p. I-923). On peut sans doute aussi considérer que les conclusions rendues par l'Avocat Général Maduro sous les affaires *Kadi* et *Yusuf et Al-Barakaat International Foundation* (affaires C-402/05P et C-415/05P, conclusions respectivement des 16 et 23 janvier 2008, *nep* ; arrêt CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil*, aff. jtes. C-402/05 et C-415/05, *nep*) invitent la CJCE à tenir un tel raisonnement à l'égard du droit onusien. Le risque consiste, d'après nous, dans l'utilisation des armes utilisées un temps par les juridictions nationales pour contrecarrer l'application du droit communautaire ; on assiste en sorte à une légitimation a posteriori de ces jurisprudences par la CJCE elle-même, dont on se demande quels arguments elle pourra avancer si elle devait faire face à nouveau à des décisions nationales remettant gravement en cause l'application du droit communautaire.

¹⁰⁵ Sur la pratique par les juridictions suprêmes nationales du renvoi préjudiciel, lire Franz C. MAYER, « The European Constitution and Its Courts – Adjudicating European Constitutional Law in a Multilevel System », *Walter Hallstein-Institut Working Paper* 15/03, Berlin, 2003, pp. 5 à 8

¹⁰⁶ On assiste déjà à l'émergence de procédures préjudicielles d'urgence, en vigueur depuis début 2008, dans les domaines couverts par le titre IV du Traité sur l'UE (voir les articles 23 bis du Protocole sur le statut de la CJCE et 104 ter du règlement de procédure).

conventionnalité¹⁰⁷, et d'autant plus facile à mettre en œuvre que le cas se présente assez rarement (mais toujours sur des questions fondamentales), de sorte que cette permanence ne serait que très occasionnellement sollicitée et n'alourdirait pas la tâche quotidienne des juridictions communautaires

D'un autre côté, la CJCE pourrait aussi être amenée à consulter les juridictions constitutionnelles nationales lorsqu'elle doit trancher un point litigieux, par exemple à propos d'une législation nationale qui contreviendrait au droit communautaire pour la satisfaction d'exigences constitutionnelles, ou pour solliciter l'avis de juridictions qui traitent depuis longtemps les questions de l'articulation des ordres juridiques¹⁰⁸. Cette procédure consultative ne saurait bien sûr lier la CJCE¹⁰⁹; mais elle serait une manifestation intéressante du dialogue des juges. Il semble également urgent de considérer les conséquences institutionnelles et procédurales d'une adhésion de l'UE à la CESDH telle qu'envisagée dans le Traité de Lisbonne¹¹⁰. L'instauration d'un recours préjudiciel en « fondamentalité » à la charge cette fois-ci de la CJCE elle-même n'est pas exclue.

Conclusion : Le pluralisme constitutionnel à l'épreuve du réalisme

La suggestion que nous faisons ici de reconnaître le pluralisme constitutionnel et d'organiser les relations entre sites constitutionnels selon un *modus operandi* ouvert, flexible et évolutif nous semble être un préalable nécessaire à la reconnaissance de l'existence d'une constitution européenne. Les propositions pratiques doivent encore être développées, sans oublier qu'elles peuvent également nous être soufflées par la pratique juridictionnelle existante. Il faudra proposer à terme de vraies lignes directrices aux juges pour leur permettre d'ouvrir leurs ordres au pluralisme sans que cela n'affecte le haut niveau de protection qui doit être offert aux justiciables. Nous reconnaissons aussi que d'autres questions se posent si l'on quitte le terrain hiérarchique, pour davantage raisonner en termes de coopération et de tolérance réciproque, celle relative au « test de compatibilité systémique »¹¹¹ étant

¹⁰⁷ Lire, dans ce sens, l'intervention du Président du Conseil constitutionnel devant le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République, 19 septembre 2007, disponible à partir de www.conseil-constitutionnel.fr.

¹⁰⁸ Nous pensons ici en particulier à l'affaire *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission* (CJCE, 3 septembre 2008, aff. jtes. C-402/05P et C-415/05P, *nep*). Dans l'hypothèse où une telle juridiction ait existé en Suède, il aurait peut-être été utile que le TPI, puis la CJCE, recueillent l'avis de la juridiction en charge du contrôle de constitutionnalité en Suède sur le *ius cogens* par exemple, ou sur ce qu'elle aurait tranché si elle avait été face à un tel problème. C'est sans parler d'un éventuel recours à la CIJ...

¹⁰⁹ D'aucuns pourraient s'émouvoir de l'asymétrie introduite ici, et croire deviner chez l'auteur une certaine faveur pour la juridiction communautaire, libre de ne pas tenir compte de l'avis des juridictions constitutionnelles nationales. En effet, le renvoi préjudiciel serait obligatoire pour les juridictions nationales entendues comme juridictions statuant en dernier ressort, alors que la CJCE ne serait pas liée par l'interprétation donnée par les juridictions constitutionnelles concernant la question de l'identité nationale. On avancera seulement que dans le cas contraire, l'autonomie du droit communautaire serait significativement menacée. En outre, et si juridiquement rien ne l'y oblige, il y a fort à parier pour que la CJCE se sente au moins *politiquement* liée par les avis rendus.

¹¹⁰ Futur article 6 § 2 du Traité sur l'Union européenne tel que modifié par le Traité de Lisbonne.

¹¹¹ Sur ce thème, lire Miguel MADURO, « Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action », in Neil WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oxford, 2003, p. 524-525 ; du même auteur, « L'interprétation du droit communautaire : la fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel », prononcé devant la Cour de Cassation française le 17 décembre 2007, p. 11, disponible sur www.network-presidents.eu/spip.php?rubrique89&lang=fr (publié en anglais sous le titre « Interpreting

probablement la plus délicate à résoudre. Il n'est pas question que la reconnaissance du pluralisme constitutionnel emporte avec elle une atteinte intolérable à l'identité de chacun des sites en présence. Mais il faut définir un critère de compatibilité, qui ne se réduise pas à un critère d'identité, faute de quoi il n'y a plus de pluralisme. L'on pense également à l'argument selon lequel le pluralisme constitutionnel, parce qu'il induit le pluralisme des normes de référence, porte atteinte à la sécurité juridique et introduit de l'hétérogénéité. Nous reconnaissons sans peine que la frontière entre un pluralisme efficace parce qu'organisé, et la paralysie réciproque de normes ou systèmes qui se chevauchent est ténue. C'est pour cela qu'il faut poursuivre la réflexion pour ordonner le pluralisme et convaincre « que l'indétermination des processus d'intégration, qui risque d'affaiblir l'ordre juridique en réduisant la prévisibilité et en favorisant l'arbitraire, peut aussi contribuer à préserver la diversité »¹¹². En somme, il s'agit de convaincre que le pluralisme constitutionnel n'est pas synonyme de chaos.

European Law : Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism », *European Journal of Legal Studies* 2007 vol. 1 n° 2, disponible à partir de www.ejls.eu).

¹¹² Mireille DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, préc., p. 30.