

Atelier n°3 : Europe et Constitution

L'accélération de la constitutionnalisation de l'Europe : prémices de la création d'un État fédéral européen ou structuration accrue de l'espace européen ?

Romain Tinière

ATER à l'Université Montpellier I,

Institut de Droit Européen des Droits de l'Homme (IDEDH)

La question de la constitutionnalisation de l'Europe a déjà été traitée de nombreuses fois par d'éminents auteurs provenant de la doctrine constitutionnelle comme communautaire sous des angles divers¹. Cependant la décision prise par le Conseil européen, réuni à Laeken en décembre 2001, d'initier une refonte des Traités pouvant « *conduire à terme à l'adoption d'un texte constitutionnel* »², initiative qui a abouti finalement au projet de « *traité établissant une constitution pour l'Europe* », signé par les chefs d'État et de gouvernement le 29 octobre 2004 à Rome, a relancé ce débat dont les origines remontent à la création des premières Communautés³. L'apparition d'un texte dont l'intitulé rassemble les termes de « constitution » et « Europe » a en effet provoqué des remous considérables au sein de la doctrine, démontrant l'actualité persistante de ce sujet et sa capacité à resurgir périodiquement⁴.

Cette constitutionnalisation de l'Europe a connu récemment une accélération avec l'élaboration et la signature de ce projet. Accélération mais pas aboutissement, car si cette signature aurait pu être considérée comme un aboutissement, doublant le développement de la

¹ Voir notamment parmi de très nombreuses références : J.-F. Flauss (dir.), *Vers un droit constitutionnel européen, quel droit constitutionnel européen ?*, Colloque des 18 et 19 juin 1993, publié à la RUDH 1995, p. 357 ; J. Gerkrath, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1997, 425pp. ; C. Gouaut, *Le projet de constitution européenne*, RFDC, 1995, pp. 287s. ; C. Grewe et H. Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens*, PUF, 1995, 661pp. ; P. Magnette (dir.), *La constitution de l'Europe*, 2^e édition, 2003 ; J.-C. Piris, *L'Union européenne a-t-elle une Constitution ? Lui en faut-il une ?*, RTDE, 1999, pp. 599s. ; L.S. Rossi, "Constitutionnalisation" de l'Union européenne et des droits fondamentaux, RTDE, 2002, pp. 27s. ; D. Rousseau, *Pour une Constitution européenne*, *Le Débat*, 2000, n°108, pp. 54s. ; Weiler and Eisgruber, eds., *Altneland: The EU Constitution in a Contextual Perspective*, *Jean Monnet Working Paper 5/04*, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040501.html>.

² Déclaration de Laeken du 15 décembre 2001.

³ Cette question est en effet soulevée dans les articles portant sur le projet de Communauté politique européenne de 1953 : G. Heraud, *Nature juridique de la Communauté européenne d'après le projet de statut du 10 mars 1953*, RDP, 1953, pp. 581s. ; et D. Pepy, *Le projet de traité portant statut de la CE*, *Dalloz*, 1953, Chronique XVI, pp. 79s.

⁴ Réapparitions périodiques qui démontrent manifestement la difficulté que connaît la doctrine pour trancher ce débat.

constitution matérielle⁵ par l'adoption d'une constitution formelle, et marquant ainsi la fin du processus de constitutionnalisation de l'UE par l'adoption d'une constitution au sens plein et entier du terme, deux arguments s'y opposent. Il faut tout d'abord constater que la nature réellement constitutionnelle du texte adopté par les États de l'Union fait, c'est le moins que l'on puisse dire, débat⁶ ; il est donc pour le moins prématuré d'annoncer ainsi la « victoire de la constitution sur le traité »⁷. Proclamer l'aboutissement de la constitutionnalisation de l'Europe reviendrait ensuite à mettre de côté une de ses dimensions importantes : le Conseil de l'Europe, dont la convention phare, la CEDH, participe indéniablement à l'élaboration d'un droit constitutionnel européen⁸ mais qui n'est pas pour autant directement concerné par la constitution européenne⁹. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe, matérialise, voire approfondit ce phénomène de constitutionnalisation sans cependant le mener à son terme, mais cette accélération, tant du fait des changements matériels que symboliques qu'elle entraîne, ne peut se faire sans conséquences sur l'Union européenne elle-même et sur les relations qu'elle entretient avec les autres acteurs de l'espace européen, les États et la CEDH. Il importe à cet égard de tenter de renouveler en partie les termes du débat, en remettant en cause certains arguments considérés comme acquis en essayant d'apporter un éclairage nouveau sur ce phénomène.

Il apparaît ainsi que le retour au premier plan de la vocation fédérale de la construction européenne¹⁰, en plus d'être injustifié, est véritablement anachronique et ne correspond visiblement pas au modèle de construction choisi par les rédacteurs des Traités. L'accélération de la constitutionnalisation de l'Europe traduit beaucoup plus vraisemblablement, sinon une meilleure structuration, du moins une structuration accrue de l'espace européen. Ces deux

⁵ C. Grewe, Existe-t-il un droit constitutionnel européen ?, in C. Grewe (dir.), *Questions sur le droit européen*, Actes du colloque de Caen, Presses universitaires de Caen, 1996, pp. 29s.

⁶ Voir notamment les remarques très critiques de P.-Y. Monjal, Le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe : quels fondements théoriques pour le droit constitutionnel de l'Union européenne ?, *RTDE*, 2004, pp. 443-475 ; également L. Grard, « Traité constitutionnel », une réalité juridique, *RDP*, 2003, pp. 1259-1263 ; et les discussions dans le cadre du forum des « écoles doctorales » de la RDP : LE traité instituant une Constitution européenne, *RDP*, 2004, pp. 609-631.

⁷ Nous céderons cependant à une certaine facilité de langage en utilisant le terme de « constitution européenne » pour faire référence à ce texte, sans que cela ne traduise une prise de position sur la nature de ce texte.

⁸ Il faut ici rappeler l'importance de l'arrêt de la CourEDH *Loizidou* dans cette évolution (CourEDH, 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie*, A. 310, GACEDH n°1). Sur la place des droits fondamentaux et de la CEDH dans l'élaboration d'un droit constitutionnel européen voir J.-F. Flauss, Les droits de l'homme comme élément d'une constitution de l'ordre européen, *LPA*, 30 avril 1995, n°52, pp. 8s. ; et L.S. Rossi, "Constitutionnalisation" de l'Union européenne et des droits fondamentaux, *op. cit.* .

⁹ Par constitutionnalisation de l'Europe, il faudra cependant entendre dans cet article, essentiellement constitutionnalisation de l'Union européenne, car même si certains développements seront consacrés à la CEDH, ils resteront limités.

¹⁰ Si tant est qu'elle en ait réellement disparu pendant un temps.

constats traduisent le changement progressif de paradigme auquel est sujet le droit. L'affaiblissement du modèle pyramidal au profit du réseau¹¹ conduit en effet à relativiser la position centrale du modèle étatique et à se concentrer davantage sur les relations qui peuvent se nouer entre les différents ordres juridiques dont l'interaction ne semble plus devoir se traduire « simplement » par les notions de monisme ou dualisme teintées de suprématie au profit de l'un ou de l'autre des ordres juridiques¹². Pour apprécier les conséquences de l'accélération de la constitutionnalisation de l'Europe, il conviendra donc de contester tout d'abord le bien fondé du retour du mythe de l'État fédéral européen (I), avant de tenter d'évaluer l'impact de cette constitutionnalisation sur la structuration de l'espace européen (II).

I- Le retour du mythe de l'État fédéral européen

Mythe : « *Image simplifiée, souvent illusoire, que des groupes humains élaborent ou acceptent au sujet d'un individu ou d'un fait et qui joue un rôle déterminant dans leur comportement ou leur appréciation* ». Cette définition que le Petit Robert donne du mot « mythe » semble correspondre parfaitement au rôle joué par la notion d'État fédéral dans la construction progressive de l'Europe communautaire. Image simplifiée tout d'abord, car calquant sur l'Europe un modèle étatique bien connu et rassurant, image également illusoire car, au vu des Traités, les États ne sont résolument pas décidés à donner naissance à un « super-État » européen. Cette notion a ensuite joué un rôle important dans différentes modifications apportées aux Traités, que cela soit au niveau des propositions ou lors de l'interprétation du résultat qui prenait comme modèle de référence l'État fédéral européen. Ce mythe, dont les racines plongent jusqu'aux débuts de la construction européenne, est aujourd'hui dépassé (A), mais le traité établissant une constitution pour l'Europe l'a, paradoxalement, renvoyé sur le devant de la scène (B).

A- Le mythe de l'État fédéral européen

¹¹ Sur cette crise, voir F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p. Voir également concernant plus spécifiquement l'espace européen, D. Rousseau, Cours constitutionnelles et intégration européenne, in *Environnements*, Mélanges J.-Ph. Colson, PUG, 2004, pp. 501-506.

¹² Pour une présentation critique de la controverse autour du monisme et du dualisme ainsi qu'une tentative de synthèse, voir M. Virally, Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes, in *Le droit international en devenir, essais écrits au fil des ans*, PUF, 1990, pp. 103-117.

La notion d'État fédéral appliquée à la construction européenne, du moins dans sa formulation initiale, est à la fois ancienne (1) et très probablement sans avenir dans l'Europe d'aujourd'hui (2).

1- Une idée ancienne

Une des premières apparitions remarquable du modèle de l'État fédéral pour bâtir l'Europe est le discours prononcé par W. Churchill à Zurich le 19 septembre 1946 lorsqu'il déclara qu'il fallait créer une « *une sorte d'Etats-Unis d'Europe* ». Cette déclaration politique sera suivie le 9 mai 1950 par la proposition de Robert Schuman. Le ministre français des affaires étrangères donne en effet une ambition similaire à l'Europe lorsqu'il déclare que « *Par la mise en commun de productions de base et l'institution d'une Haute Autorité nouvelle, dont les décisions lieront la France, l'Allemagne et les pays qui y adhéreront, cette proposition réalisera les premières assises concrètes d'une Fédération européenne*¹³ *indispensable à la préservation de la paix* »¹⁴. Ces déclarations expriment toutes deux l'attrait du modèle fédéral et plus particulièrement du modèle fédéral américain, qui a engendré la célèbre appellation « d'Etats-Unis d'Europe » sinon inventée, du moins popularisée par le discours de W. Churchill, dans le cadre de la construction européenne¹⁵.

Le modèle fédéral a servi pendant un temps de « mètre étalon » pour apprécier les avancées de la construction communautaire¹⁶. Ainsi le projet de statut du 10 mars 1953 devant instituer une communauté européenne a été analysé par la doctrine dans l'optique d'une construction fédérale¹⁷, voire, par un auteur, comme établissant un véritable État, bien que celui-ci reconnaisse également sa nature *sui generis*¹⁸. Ce projet, qui n'aboutira pas suite à l'échec de la CED, sera remplacé par le projet de la CEE, nettement moins politique. D'ailleurs, le caractère essentiellement économique des fonctions qui seront dévolues aux

¹³ Certains auteurs, dont O. Beaud, distinguent les notions d'État fédéral et de fédération (voir notamment l'entrée *fédération et état fédéral* dans D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2004). Nous reviendrons sur cette distinction en abordant le renouvellement du débat apporté par la constitution européenne.

¹⁴ Nous soulignons.

¹⁵ Le parallèle ainsi établi entre le modèle fédéraliste et l'expérience américaine n'est d'ailleurs pas entièrement justifié. Voir à ce sujet les remarques d'E Zoller, *Aspects internationaux du droit constitutionnel, contribution à la théorie de la fédération d'États*, *RCADI*, 2002, t. 294, p. 41.

¹⁶ A ce sujet, voir l'étude de C. Réveillard, *Les premières tentatives de construction d'un Europe fédérale, des projets de la Résistance au traité de la CED*, éd. F.-X. Guibert, 2001, 421p.

¹⁷ G. Héraud, *Nature juridique de la Communauté européenne d'après le projet de statut du 10/03/1953*, *op. cit.*. Cet auteur constate, après l'avoir confronté au modèle fédéral, que la Communauté européenne ainsi établie « *demeure dans le cadre du fédéralisme fonctionnel* » (p. 607).

¹⁸ D. Pepy, *Le projet de traité portant statut de la CE*, *op. cit.*, pp. 79s., spéc. p. 86.

Communautés explique probablement l'effacement momentané du parallèle avec l'État fédéral, et son cantonnement au niveau des projets. Effacement momentané car le « projet Spinelli » ; adopté le 14 février 1984 par le Parlement européen¹⁹ ; et le « projet Herman » de 1994 ont été analysés comme étant d'inspiration fédérale même si ne prévoyant pas explicitement l'établissement d'un État européen²⁰. Toutefois, en l'absence de théorie prévoyant la mise en place du modèle fédéral sans construction étatique, la référence à l'État fédéral était indirectement présente.

La construction de l'Europe suivant la méthode fonctionnaliste a cependant constitué un frein important au développement d'une conception fédérale de l'Europe. En effet, l'intégration par secteur d'activité économique, puis par domaine de compétence, est bien loin de l'acte politique et juridique général nécessairement fondateur d'un État fédéral²¹ ; et ce n'est pas la création de l'Union européenne, malgré une orientation plus politique, qui a permis de s'écarter de ce schéma. Ainsi, l'évolution des Communautés, puis de l'Union, n'a pas été directement soumise au modèle de l'État fédéral même si des références à ce modèle peuvent apparaître dans certains commentaires des Traités²².

La volonté des pères fondateurs de construire une Europe fédérale n'a pas pour autant disparu. Un éminent constitutionnaliste français a ainsi pu écrire en 1998 « *nous allons, que nous le voulions ou non, vers une structure qui sera de plus en plus une structure fédérale* »²³, l'idée de l'État fédéral en Europe est donc toujours vivace, même si elle reste cantonnée aux projets à longue échéance²⁴, et est exprimée le plus souvent par la doctrine.

¹⁹ JOCE, n° C 77 du 19 mars 1984, pp. 33 s.

²⁰ J.-V. Louis, Les projets de constitution dans l'histoire de la construction européenne, in P. Magnette (dir.), *La Constitution de l'Europe*, 2^e édition, 2003, p. 49.

²¹ La notion d'intégration étant entendue comme un phénomène « *qui consiste à incorporer dans un ensemble plus vaste de relations immédiates des rapports juridiques jusque-là isolés dans leur encadrement étatique* », L. Azoulay, La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation, *RFDA*, 2003, p. 862.

²² Ainsi, à propos du traité de Maastricht, M.-F. Labouz s'interroge sur le caractère fédéral de « *la constitution de l'Union européenne* » (M.-F. Labouz, Rapport introductif, in Les accords de Maastricht et la constitution de l'UE, Actes du colloque du 27 juin 1992, Monchrestien, 1992, pp. 42-43). Concernant le Traité d'Amsterdam, E. de Smijter semble comparer l'avancée de l'intégration communautaire à la progression du fédéralisme (E. de Smijter, Enrichissons le débat sur la réforme institutionnelle, in Y. Lejeune (dir.), *Le traité d'Amsterdam, espoirs et déceptions*, Bruylant, 1998, p. 432).

²³ J. Robert, Perspectives pour demain, in *La constitution face à l'Europe*, actes du colloque du 16 décembre 1998, La documentation française, 2000, p. 67.

²⁴ Voir aussi l'affirmation de N. Schmitt : « *Quelles que soient les difficultés et les ambiguïtés que contient la définition même du fédéralisme, il apparaît incontestable que l'Europe s'engage sur une voie fédérale (...)* » (N. Schmitt, L'Europe et les expériences fédérales, in T. Fleiner & N. Schmitt (dir.), *Vers une Constitution européenne, l'Europe et les expériences fédérales*, Institut du fédéralisme Fribourg Suisse, 1996, p. XIII). Il faut cependant noter que cette perspective n'est pas partagée par tout le monde ainsi que le montre le refus, lors de la négociation du traité de Maastricht, de considérer la constitution d'une fédération comme un objectif (Ph. Manin, *Droit constitutionnel de l'UE*, Pedone, 2004, p. 66).

Le fait que cette idée est encore vivace n'empêche cependant pas de se demander si elle est en accord avec les évolutions récentes du droit en Europe.

2- Une idée dépassée ?

Si le modèle de l'État fédéral, reste présent à l'esprit de certains commentateurs et de certains hommes politiques, la notion de fédération, telle que celle développée par C. Schmitt et actualisée par O. Beaud²⁵ peut apporter un éclairage nouveau au débat. En effet, selon cette théorie, le modèle fédéral peut se distinguer du modèle étatique, et s'extraire ainsi de la sempiternelle opposition entre confédération et État fédéral en pensant le modèle fédéral comme un mode de rationalisation des relations entre les différents centres décisionnels, plutôt que comme une structure étatique ou internationale. Cette théorie permet ainsi d'expliquer à la fois le rejet du modèle étatique pour la construction européenne et la persistance de la vocation fédérale de cette dernière, permettant éventuellement à une partie du mythe de l'État fédéral européen d'accéder à la réalité (la fédération), en laissant l'autre (le modèle étatique) de côté.

Le droit international semblant avoir assez rapidement écarté la perspective du superétatisme²⁶ au profit d'un modèle original de gestion des relations inter-étatiques, il est assez paradoxal que cette idée survive en Europe, espace dont la construction a pu être perçue comme constituant un véritable renouveau du droit international²⁷. L'application du modèle étatique à la construction européenne reviendrait en effet à nier toute spécificité au modèle communautaire, dont la Cour de justice a affirmé l'importance dans les arrêts Costa²⁸ et Van Gend en Loos²⁹, en tombant dans le piège d'une analyse statomorphique de son cadre institutionnel³⁰. Cette option est de plus peu réaliste, tant pour des raisons théoriques que pour des raisons pratiques. Donner un avenir étatique à l'Europe serait ainsi en décalage avec l'évolution actuelle du droit qui voit une certaine érosion du modèle étatique et une montée en

²⁵ Voir l'entrée « fédération et État fédéral » dans le dictionnaire de la culture juridique (précité), ainsi que O. Beaud, *Fédéralisme et souveraineté*, notes pour une théorie constitutionnelle de la fédération, *RDP*, 1998, pp. 83-122.

²⁶ P. Dailliet et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, 7^e édition, 2002, n°34.

²⁷ Y. Daudet, *Le droit international tire-t-il profit du droit communautaire ?*, in *Mélanges Boulouis, L'Europe et le droit*, Dalloz, 1991, pp. 97-112.

²⁸ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec.* 1141, commentaire dans J. Boulouis et R.-M. Chevallier, *Grands arrêts de la Cour de justice des communautés européennes* (GACJCE), tome 1, 6^e éd., 1994, n°31.

²⁹ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*, aff. 26/62, *Rec.* 3, *GACJCE* n°1.

³⁰ V. Constantinesco, *Vers quelle Europe ? Europe fédérale, Confédération européenne, Fédération d'États-nations ?*, *L'Europe en perspective, Cahiers français*, n°298, p. 84.

puissance parallèle de l'organisation en réseau s'opposant au schéma classique fondé sur des relations directes entre États-nation souverains et protégés de toute influence extérieure³¹. L'Europe qui a joué un rôle non négligeable dans l'affaiblissement de l'État³² en le privant de certaines de ses compétences³³, serait ainsi amenée à adopter le modèle étatique? Cette éventualité est, en tout état de cause, expressément exclue par les États membres de l'UE, qui ont de plus apparemment choisi de favoriser l'élargissement aux dépens de l'approfondissement de l'intégration européenne. Si l'accession au statut étatique a pu paraître, sinon évidente, du moins réalisable, cette perspective semble avoir été durablement écartée par les évolutions récentes de l'Union et le refus des États de voir inscrit dans les Traités la moindre mention à un quelconque objectif fédéral de la construction européenne.

Le rejet du modèle étatique n'entraîne cependant pas nécessairement l'abandon de l'analyse fédérale, cette dernière pouvant se développer comme un phénomène ne présupposant, ni n'entraînant, l'existence d'un État européen. La notion de fédération, telle qu'abordée par O. Beaud, se présente comme un nouveau modèle d'organisation, différant à la fois de l'État fédéral et de la Confédération³⁴, et permettant d'expliquer la contradiction existante entre fédéralisme et souveraineté³⁵. La contradiction n'est en effet pas résorbée mais plutôt reconnue comme étant l'expression de deux natures juridiques distinctes : la fédération et l'État³⁶. La théorie constitutionnelle de la fédération ainsi proposée semble correspondre en grande partie aux déterminants de l'Union européenne³⁷ et pourrait ainsi fournir un outil précieux, un nouvel « idéal-type », permettant de jauger les caractères et les avancées de la construction européenne, sans nier sa spécificité au regard du droit international³⁸ tout en

³¹ F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.* .

³² M. Telò explique ainsi que l'État européen moderne « a été transformé en profondeur par cinquante ans de construction européenne. Il est déconstruit de l'intérieur et il est définitivement devenu un « État ouvert » [...] En dépit des hésitations, les États ont désormais accepté de renoncer partiellement à leur autonomie dans le cadre du processus européen ». M. Telò, *Le constitutionnalisme européen du XXe au XXIe siècle*, in P. Magette (dir.), *La Constitution de l'Europe*, *op. cit.*, p. 79.

³³ Voire d'une partie de sa souveraineté, du moins en considérant que la souveraineté n'est pas indivisible, étant composée d'un faisceau de compétences (G. Scelle, *Précis de Droit des Gens*, Sirey, 2 vol., 1932-1934 ; cité par V. Constantinesco, *Vers quelle Europe ? Europe fédérale, Confédération européenne, Fédération d'États-nations ?*, *op. cit.*, p. 86).

³⁴ La question du fédéralisme a en effet été, pendant longtemps, soumise à ce débat, le fédéralisme ne pouvant s'exprimer qu'au travers de l'une de ces deux formes, le modèle de l'État fédéral étant d'ailleurs conçu comme un aboutissement du processus de fédéralisation (V. Constantinesco, *Vers quelle Europe ? Europe fédérale, Confédération européenne, Fédération d'États-nations ?*, *op. cit.*, pp. 81-83).

³⁵ Étant acquis que la conception, dominante, du caractère indivisible de la souveraineté est retenu.

³⁶ O. Beaud, *Fédéralisme et souveraineté*, notes pour une théorie constitutionnelle de la fédération, *op. cit.*, pp. 88-89.

³⁷ En ce sens V. Constantinesco, *Vers quelle Europe ? Europe fédérale, Confédération européenne, Fédération d'États-nations ?*, *op. cit.*, p. 88, également O. Beaud, *La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le traité de Maastricht*, *RFDA*, pp. 1067-1068.

³⁸ Pour un point de vue critique sur cette spécificité du droit communautaire, voir A. Pellet, *Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire*, *RCADÉ*, 1994, Vol. IV-2, pp. 195 s.

évitant l'écueil du statomorphisme. Cette proposition a cependant connu un accueil mesuré, certains lui reprochant de laisser « *l'impression d'un savant escamotage de la difficulté* »³⁹. Quelle que soit la difficulté supposée qu'il faut nécessairement franchir pour extraire l'Union de la controverse État/Confédération, il semble que la proposition d'O. Beaud permette le développement du rôle de la fédération comme élément explicatif du phénomène communautaire.

La « partie » fédération du mythe de l'État fédéral européen a donc la possibilité d'accéder à la réalité grâce à cette notion ; le débat sur le traité établissant une constitution pour l'Europe est néanmoins venu écartier cette potentialité en ramenant sur le devant de la scène la question de l'État européen.

B- Un mythe renouvelé par le débat sur le traité établissant une constitution pour l'Europe

Le débat qui s'est développé au sujet du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe, également appelé constitution européenne, a démontré, semble-t-il, la résurgence du lien d'inféodation de la Constitution à l'État (1) alors que l'entrée en vigueur de cette constitution n'entraîne aucunement, que ce soit immédiatement ou à long terme, la création d'un État européen (2).

1- La résurgence du lien d'inféodation de la Constitution à l'État

Le développement de l'usage du vocabulaire constitutionnel en droit communautaire⁴⁰, s'il est toujours critiqué par certains constitutionnalistes⁴¹, semble aujourd'hui largement accepté par la doctrine. Certains auteurs ont ainsi avancé l'argument de la déconstruction du lien existant entre État et Constitution afin de justifier l'existence d'une Constitution européenne, établissant plutôt un lien entre constitution et modes d'organisation du pouvoir,

³⁹ V. Constantinesco, *loc. cit.*, p. 88, voir également la critique analogue formulée par C. Leben dans l'avant propos de la réédition de la thèse de L. Le Fur, *L'État fédéral et la confédération d'État*, Panthéon-Assas, 2002.

⁴⁰ Voir à ce sujet notre étude : R. Tinière, Le débat doctrinal sur la nature du système européen, *Cahiers de l'IDEDH*, n°9, 2003, pp. 238-272.

⁴¹ Notamment par L. Favoreu qui réitère ses critiques inlassablement, voir par exemple L. Favoreu, Quel(s) modèle(s) constitutionnel(s) ?, in J.-F. Flauss (dir.), *Vers un droit constitutionnel européen, quel droit constitutionnel européen ?*, actes du colloque des 18 et 19 juin 1993, *RUDH*, 1995, n°11 et 12, pp. 357 s. ; et en dernier lieu L. Favoreu, Rapport de synthèse : l'euroscépticisme du droit constitutionnel (suite), in B. Mathieu, F. Melin-Soucramanien & M. Verpeaux (dir.), *La "Constitution européenne": une Constitution ?*, Actes de la journée d'études constitutionnelles du 28 mars 2003, *RAE*, 2001-2002, vol. 6, pp. 699-702.

organisation dont l'État ne serait qu'une forme parmi d'autres⁴². Cependant, si affirmer que l'usage du vocabulaire constitutionnel, ou la reconnaissance de l'existence d'une constitution matérielle des Communautés européenne, produit d'un phénomène de constitutionnalisation du droit communautaire⁴³, peut être justifié, proclamer la naissance d'une constitution formelle de l'Union avec l'adoption du traité établissant une constitution pour l'Europe semble davantage contesté. Or, si la constitutionnalisation de la Communauté puis de l'Union européenne s'est développée en l'absence de référence étatique avouée, les critiques adressées au traité constitutionnel sont quasiment toutes rattachables, que cela soit clairement affirmé ou pas, à la nature non étatique de l'Union. Sans s'avancer outre mesure dans la controverse doctrinale portant sur la nature de ce texte⁴⁴, il est frappant, qu'une fois de plus, l'image de l'État fédéral européen revienne hanter ce débat, comme si la tentative de doter l'Union d'une constitution formelle avait fait réapparaître le lien indéfectible entre État et Constitution. Mis à part le Conseil constitutionnel qui s'est senti obligé d'enfoncer « *la porte ouverte d'un débat largement dépassé* »⁴⁵ en précisant que la constitution européenne ne crée pas un État fédéral⁴⁶ mais reste une confédération⁴⁷, les critiques ne portent pas directement sur l'absence d'État européen, empêchant par là même l'adoption d'une Constitution européenne. Cependant, en refusant de voir certains déterminants de la Constitution comme de simples conséquences de la forme étatique et en les considérant plutôt comme des déterminants consubstantiels à sa nature même, certains auteurs continuent de rattacher la Constitution au modèle étatique.

⁴² Par exemple J. Gerkrath, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, PUB, 1997, pp. 88-92 ; D. Rousseau, Une résurrection : la notion de Constitution, *RDP*, 1990, pp. 5 s. ; D. Rousseau, Pour une constitution européenne, *Le Débat*, 2002, n°108, pp. 54 s.

⁴³ Voir par exemple C. Grewe, Existe-t-il un droit constitutionnel européen ?, in C. Grewe (dir.), *Questions sur le droit européen*, actes du colloque de Caen, PU de Caen, 1996, p. 34.

⁴⁴ Voir cependant les remarques de J.-P. Jacqué, Les principes constitutionnels fondamentaux dans le projet de traité établissant la Constitution européenne, in L. Serena Rossi (dir.), *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne*, Bruylant, 2004, pp. 50-52, et notamment les pages 50-51 lorsqu'il se demande si « *La doctrine est (...) normatrice ou doit (...) se limiter à présenter de manière cohérente la réalité juridique de son temps. Si elle ne veut pas devenir une pensée morte, elle devrait préférer la seconde solution* ».

⁴⁵ Selon les termes de H. Labayle et J.-L. Sauron, La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe, *RFDA*, 2005, p. 5.

⁴⁶ Décision 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une constitution pour l'Europe*, point 13 ; et le commentaire de la décision aux *Cabiers du Conseil constitutionnel* n°18 (« *Le Conseil constitutionnel a constaté que ce traité ne crée pas un État fédéral* »).

⁴⁷ *Ibid.*, la citation exacte est : « *La dimension confédérale de l'Union est au demeurant attestée* » ; voir les réserves à cet égard de D. Simon, L'examen par le Conseil constitutionnel du traité portant établissement d'une Constitution pour l'Europe : fausses surprises et vraies confirmations, *Europe*, mars 2005, p. 7.

Exiger la présence d'un Démon européen comme préalable à l'adoption d'une Constitution européenne⁴⁸ revient ainsi à calquer le modèle de l'État Nation sur le phénomène communautaire. Si l'État suppose la présence d'une Nation⁴⁹, il ne semble pas que la Constitution requière nécessairement cette condition. Il faut bien entendu, que cette Constitution soit adoptée de façon démocratique ; mais la signature par des chefs d'État et de gouvernements élus par le peuple, et une ratification par les parlements nationaux ou par la voie de procédures référendaires n'est-elle pas démocratique ? Ce qui semble poser problème est alors d'avantage l'absence d'expression démocratique commune d'un peuple européen, entité qui n'existe probablement pas actuellement. Cependant, la Constitution nécessite-t-elle cette unité du démon européen ? Rien n'est moins sûr, et le recours à la notion de fédération pour analyser l'Union européenne constitutionnalisée permet de montrer qu'un phénomène constitutionnel peut tout à fait s'accommoder de deux peuples, cette dualité reflétant la dualité de la fédération (la fédération *stricto sensu* et les États), et s'exprimant par une double citoyenneté nationale et européenne⁵⁰. Le Conseil constitutionnel a déduit du fait que l'article I-5 de la Constitution européenne prévoit que l'Union respecte l'identité nationale des États membres pour dénier à ce texte la qualité constitutionnelle. Cette reconnaissance aurait, selon lui, remis en cause l'existence de la Constitution française au sommet de la hiérarchie des normes⁵¹, remise en cause qui ne pourrait provenir que la création d'un État fédéral⁵². Cette affirmation est également fondée sur une conception étatique de la Constitution, car, pour quelle raison sinon celle de vouloir à tout prix déceler le spectre de l'État derrière toute Constitution, cette dernière ne pourrait pas respecter les identités nationales cohabitant au sein de la structure dont elle vient réguler le fonctionnement ? Critiquer la présence du détail des politiques de l'Union dans la partie III de la Constitution européenne traduit également une vision étatiste de l'Union. En effet, l'Union ne disposant que de compétences qui lui ont été attribuées, il est normal que celles-ci soient présentes dans le texte sensé régir son fonctionnement. La constitution étatique n'est pas confrontée à ce problème, elle n'a pas à énoncé les divers domaines de compétence de l'État. Il est certes possible de répondre que si

⁴⁸ Notamment S. Pierré-Caps, Problématique de la constitution européenne, *Civitas Europa*, Septembre 2000, p. 133.

⁴⁹ Encore que cette affirmation soit contestable pour certains États fédéraux, ainsi, existe-t-il une Nation belge ?

⁵⁰ O. Beaud, Fédéralisme et souveraineté, notes pour une théorie constitutionnelle de la fédération, *op. cit.*, p. 121. Voir également les développements consacrés à cette question par A. Manzella, La constitution européenne : une véritable constitution ?, in L. Serena Rossi (dir.), *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 63-76, spéc. pp. 70-73.

⁵¹ Décision précitée, point 10. Il faut également noter que le Conseil constitutionnel aurait, de toute façon, été bien en peine d'affirmer autre chose, car il ne lui est probablement pas possible de déclarer que la Constitution européenne remet en cause la place de la Constitution française au sommet de la hiérarchie des normes, Constitution française qui fonde sa compétence.

⁵² H. Labayle et J.-L. Sauron, La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe, *op. cit.*, pp. 4-5.

l'énoncé des compétences attribuées à l'Union est nécessaire, un tel niveau de détail dans leur mise en œuvre est superflu et écarte de ce fait le texte du modèle de la Constitution. Cette objection ne prend cependant pas en compte les spécificités de l'Union qui, malgré la forte intégration qui la caractérise au sein des organisations internationales, demeure une création étatique exerçant des compétences qui lui sont dévolues par ses États membres, États qui veulent s'assurer que cet exercice se fera bien suivant l'objectif pour lequel la compétence a été transférée. Un tel niveau de détail, s'il nuit incontestablement à la lisibilité du texte, ne peut conduire à lui seul à rejeter sa nature constitutionnelle, sauf à ne considérer possible de Constitution que dans le seul cadre de l'État.

Il faut cependant bien reconnaître qu'une utilisation trop souple de la notion de Constitution peut conduire à galvauder cette notion essentielle de la science juridique actuelle. Dès lors, si la Constitution veut pouvoir accéder à « l'indépendance », il lui faudra développer une véritable théorie de la Constitution qui l'affranchisse de l'État et permette à cette notion de conserver un sens hors du cadre étatique⁵³.

Si la Constitution a semblé pouvoir s'émanciper de l'État, il n'en est rien, et le débat autour de la Constitution européenne le démontre à l'envi, bien que le traité établissant une Constitution pour l'Europe n'ait pas comme conséquences la création d'un État européen.

2- L'entrée en vigueur de la Constitution européenne n'entraîne ni la création d'un État fédéral européen, ni d'une fédération

La constitution européenne ne prévoit pas explicitement l'établissement d'un État. Il serait, en outre, vain de chercher dans le texte élaboré par la Convention et signé par les États membres le 29 octobre 2004 une quelconque preuve concluante de l'existence d'un État fédéral européen, si tant est qu'une telle création puisse se faire discrètement à l'insu du plus grand nombre. Sans revenir sur le débat de l'existence d'un État européen, il suffit de relever que l'Union ne dispose pas de la « compétence de la compétence », mais demeure régie par le principe d'attribution des compétences⁵⁴. Elle est de plus dépourvue des caractères de puissance publique attribués à l'État. Si le caractère étatique manque indubitablement à

⁵³ Théorie qui dépasse cependant à la fois, nos compétences et le cadre de cette étude.

⁵⁴ Article I-11 de la Constitution.

l'Union, cela ne saurait cependant préjuger d'une éventuelle vocation fédérale, étant acquis que l'État et modèle fédéral peuvent être distincts⁵⁵.

Lors de son discours à l'université de Humboldt de Berlin le 12 mai 2000, J. Fischer s'exprima clairement en faveur de l'abandon du modèle communautaire actuel au profit « d'une Fédération d'États et de citoyens démocratique et unie au plan politique ». La volonté de créer une fédération d'États en Europe⁵⁶, formulée également, semble-t-il, par J. Chirac dans un discours du 27 juin 2000, aurait ainsi pu trouver un aboutissement dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Le modèle de la Fédération, qui semble tellement convenir aux réalités de la construction européenne⁵⁷, aurait ainsi pu être formellement associé à l'Union. Il semble cependant que, du fait des confusions entre fédération et État fédéral, et de l'absence de consensus européen sur les effets du modèle fédéral⁵⁸, l'adoption de la Constitution européenne n'entraîne pas l'apparition d'une fédération européenne, ou du moins ne permet pas de qualifier l'Union européenne de fédération d'États et de citoyens. En effet, l'article I-1, intitulé « établissement de l'Union », prévoit que « l'Union coordonne les politiques des États membres visant à atteindre ces objectifs et exerce sur le mode communautaire les compétences qu'ils lui attribuent »⁵⁹. Il avait été prévu que cet article préciserait que l'Union exerce ses compétences sur le mode fédéral, allusion au modèle fédéral volontairement exclue du texte suite à la demande explicite de certains États membres⁶⁰. Si ce choix de ne pas signifier que l'Union exerce des compétences sur le mode fédéral peut paraître anecdotique, il exprime néanmoins le refus de ceux qui demeurent les « maîtres des Traités »⁶¹ de voir un virage fédéral s'opérer ou, du moins, en considérant que ce virage est déjà amorcé, de l'afficher expressément dans la nouvelle Constitution européenne. Au-delà de ce choix de la part des États, peut se poser la question de savoir si l'Union européenne est matériellement devenue une Fédération. La

⁵⁵ Voir *supra*.

⁵⁶ La formule proposée par J. Delors de « *fédération d'États-nations* » n'est pas la meilleure car elle tend à ignorer la situation de certains États européens qui ne sont pas nécessairement fondés sur une Nation. J.-P. Jacqué, Les principes constitutionnels fondamentaux dans le projet de traité établissant la Constitution européenne, *op. cit.*, p. 54 ; et D. Sidjanski, L'approche fédérative de l'Union européenne ou la quête d'un fédéralisme européen inédit, *Études et recherches n°14*, Notre Europe, Juillet 2001, pp. 61-62, disponible à l'adresse : <http://www.notre-europe.asso.fr/IMG/pdf/Etud14-fr.pdf>

⁵⁷ V. Constantinesco, Vers quelle Europe ? Europe fédérale, Confédération européenne, Fédération d'États-nations ?, *op. cit.*, p. 88 ; et J.-P. Jacqué, Les principes constitutionnels fondamentaux dans le projet de traité établissant la Constitution européenne, *op. cit.*, pp. 54-57.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 53.

⁵⁹ Nous soulignons.

⁶⁰ Et notamment de la Grande-Bretagne.

⁶¹ Expression employée par la Cour constitutionnelle de Karlsruhe dans son arrêt *Maastricht* à propos de l'Allemagne.

réponse dépend ici de la définition qui est donnée de la notion de Fédération, et du rôle qu'elle doit jouer. Doit-elle rester un modèle permettant de jauger les évolutions de la construction européenne, ou bien un nouveau mode d'organisation des pouvoirs, alternatif à l'État et à l'Organisation internationale ? Il semble qu'en l'état actuel, la définition de la Fédération ne soit ni suffisamment aboutie, ni commune aux États d'Europe pour qu'il soit possible d'affirmer que, malgré le refus de faire figurer une quelconque référence au modèle fédéral dans la Constitution européenne, l'Union européenne est devenue une Fédération d'États⁶².

L'accélération de la constitutionnalisation de l'Europe, qui a abouti à la Constitution européenne, ne semble donc s'être traduite ni par la création d'un État européen, ni par la consécration de l'existence d'une Fédération européenne. La Fédération européenne demeure essentiellement un outil servant à apprécier les avancées de l'Union sans que la Constitution européenne soit venue bouleverser cet état de fait. Si la constitutionnalisation de l'Europe n'a pas eut de réel impact sur la création d'une fédération européenne, et partant sur la nature de l'Union, elle a cependant contribué à structurer davantage l'espace européen.

II- Le développement de l'espace constitutionnel européen

L'accélération de la constitutionnalisation de l'Europe est un phénomène multiple. Il résulte certes du développement de la Constitution matérielle des Communautés, renforcé par le traité établissant une Constitution pour l'Europe, mais également de la prise en compte croissante de la matière communautaire et, dans une moindre mesure, de la prise en compte de la CEDH par les droits constitutionnels nationaux. Se demander si cette prise en compte est une cause du développement de la Constitution européenne ou une de ses conséquences importe peu, les deux faces du phénomène de constitutionnalisation sont visiblement concomitantes et se nourrissent mutuellement. Ce phénomène constitutionnel vient ainsi apporter un éclairage nouveau à l'Europe conçue « *moins comme un étage supplémentaire de l'édifice étatique qu'un principe d'organisation transnational qui en bouleverse la*

⁶² Il est aussi reproché à l'Union de se caractériser par une intégration surtout économique au détriment du politique. On a ainsi pu écrire de l'Union « *Elle a bien le squelette d'une Fédération, mais sa chair reste, pour l'instant, largement économique* » (Olivier Beaud, Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel, in A. Auer, J. F. Flauss (dir.), *Le référendum européen*, Bruylant, 1997, p. 174).

composition »⁶³, que nous appellerons ici « espace européen ». Il est ainsi intéressant de relever que si la progression du phénomène constitutionnel en Europe peut permettre une meilleure structuration de cet espace européen, cette évolution demeure néanmoins limitée (A) ; limite qui s'explique sans doute par les carences du modèle pyramidal et montre la voie d'un nouveau mode d'organisation des relations entre ordres juridiques, inspiré du modèle du réseau (B).

A- Les limites de l'influence directe de la constitutionnalisation de l'Europe sur la structuration de l'espace constitutionnel européen

En effet, si l'accélération de la constitutionnalisation de l'Europe a, sans aucun doute, permis une meilleure structuration de l'espace constitutionnel européen (1), cette évolution semble limitée par l'absence de reconnaissance entière, par les acteurs constitutionnels nationaux, de la spécificité de cet espace (2).

1- Une meilleure structuration de l'espace constitutionnel européen

L'idée de structuration de l'espace constitutionnel européen renvoie au processus de rationalisation et de formalisation des relations existantes au sein de cet espace. Ces relations, sont en effet de plus en plus nombreuses, du fait du nombre croissant de domaines délégués à l'Union, et de natures multiples ; pouvant intervenir entre les différents niveaux de juridictions nationales et communautaires, entre les différents législateurs, mais aussi au niveau constitutionnel entre les constitutions nationales et le droit communautaire⁶⁴. Si elles ont été abondamment étudiées par la doctrine, elles n'ont cependant que rarement été formalisées dans les textes constitutionnels nationaux⁶⁵. Néanmoins, concernant plus spécifiquement la France, la progression de l'intégration communautaire, se traduisant pour les communautaristes par un accroissement de la constitutionnalisation, s'est accompagnée d'une modeste inscription dans la constitution française

⁶³ F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 76.

⁶⁴ Comme cela a été précisé dans l'introduction, cette contribution ne traitera pas de la CEDH, bien qu'elle s'insère parfaitement dans le cadre de ces relations.

⁶⁵ Voir à ce sujet C. Grewe et H. Ruiz Fabri, La situation respective du droit international et du droit communautaire dans le droit constitutionnel des États, in *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Colloque SFDI de Bordeaux, éd Pedone, 2000, pp. 251-282.

*de certaines de ces relations. Le titre XV de la Constitution française de 1958, intitulé « *des Communautés européennes et de l'Union européenne* », regroupant des dispositions insérées dans le texte constitutionnel suite aux modifications du droit primaire de l'UE depuis sa création en 1992 par le traité de Maastricht, peut ainsi certes être perçu comme un effort visant à inscrire en partie la spécificité de l'UE, mais également comme une tentative de rationaliser les relations entretenues entre l'État français et l'Union. L'article 88-4 contribue ainsi à une telle rationalisation en énonçant les conditions dans lesquelles l'Assemblée Nationale et le Sénat sont consultés lors de l'adoption d'un acte communautaire comportant des dispositions de nature législative. Cette consultation, qui a lieu en amont de l'adoption de l'acte par les Institutions de l'Union, permet en effet au législateur national de peser sur la négociation en cours, renforçant ainsi la position du gouvernement, et de préparer les mesures nationales éventuellement nécessaires pour transposer l'acte en droit interne dans le cas d'une directive⁶⁶. Il officialise ainsi les relations existantes entre législateur de l'Union et législateur national et permet au Parlement d'exercer un certain contrôle sur les actes de l'Union qui entrent dans son champ de compétence tel que défini par l'article 34 de la Constitution. Le principe de subsidiarité⁶⁷, si il a une vocation plus large, englobant également les niveaux de pouvoir infra étatiques⁶⁸, s'inscrit également dans ce dialogue entre les législateurs européens⁶⁹. Il confirme en effet, en précisant que les Parlements nationaux veillent à son application, le rôle croissant joué par ces acteurs nationaux au sein de l'espace européen⁷⁰. Une place plus importante prévue au profit des Parlements nationaux semble ainsi aller de pair avec la constitutionnalisation de l'Union, ou plus prosaïquement avec le développement des compétences de l'Union, afin de répondre aux craintes exprimées par ces derniers de se voir déposséder de leurs compétences au profit des Institutions de l'Union et des gouvernements nationaux agissant au travers du Conseil européen et du Conseil des ministres. Le protocole n°2, concernant l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, prévoit d'ailleurs un mécanisme précis d'alerte précoce permettant aux Parlements nationaux

⁶⁶ B. Mathieu et M. Verpeaux, *Droit constitutionnel*, PUF, 2004, p. 808.

⁶⁷ Ce principe a été inscrit dans les Traités lors de la révision de Maastricht suite à la demande du gouvernement allemand accédant ainsi aux demandes répétées des Länder. Voir à ce sujet F. Chaltiel, le principe de subsidiarité dix ans après le traité de Maastricht, *RMCUE*, 2003, pp. 365 s.

⁶⁸ Article I-11§3.

⁶⁹ Notamment tel que rédigé à l'article I-11 du projet de Constitution. Voir les remarques sur cette nouvelle formulation de P.-A. Feral, Retour en force du principe de subsidiarité dans le traité constitutionnel : de nouvelles responsabilités pour les parlements nationaux et pour le comité des régions ?, *RMCUE*, septembre 2004, pp. 496-499.

⁷⁰ « *Les institutions de l'Union appliquent le principe de subsidiarité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Les parlements nationaux veillent au respect de ce principe conformément à la procédure prévue dans ce protocole* » (article I-11§ 3 second alinéa, nous soulignons).

d'être tenus au courant des avancées législatives au sein de l'Union afin de pouvoir, en cas d'atteinte au principe de subsidiarité, demander le réexamen de l'acte législatif européen, voire de saisir la Cour de justice par l'intermédiaire de son gouvernement⁷¹. Cette mesure prévue par le projet européen a été jugée contraire à la Constitution française par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2004-505 DC⁷². La Constitution a donc été révisée, l'article 88-5⁷³ prévoyant la possibilité pour le Parlement français d'émettre « *un avis motivé sur la conformité d'un projet d'acte législatif européen au principe de subsidiarité* », et de former un recours devant la Cour de justice de l'Union européenne que le gouvernement devra transmettre⁷⁴. Les Parlements nationaux jouent également un rôle important dans la procédure de révision simplifiée de l'article IV-444, dite « clause passerelle », permettant de faire passer les domaines soumis à des procédures législatives spéciales sous l'égide de la procédure ordinaire⁷⁵. La faculté qu'ils ont de s'opposer à une telle évolution contribue encore à renforcer leur poids dans le processus européen et concourt incontestablement à la structuration de cet espace européen et tissant de nouveaux liens entre ses différents acteurs⁷⁶. Si l'accélération de la constitutionnalisation de l'Union provoque l'émergence d'un véritable rôle européen des parlements nationaux, en renforçant leur poids dans le processus décisionnel de l'Union, mais également en formalisant les liens existant avec le Parlement européen⁷⁷ ; elle clarifie également les relations existantes au sein de cet espace constitutionnel européen entre les différents ordres de juridiction.

⁷¹ Voir sur à ce sujet les remarques sceptiques de A. Biondi, Les compétences normatives de l'Union, in L. Serena Rossi (dir.), *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne*, op. cit., pp. 106-108.

⁷² Point 37 à 41.

⁷³ Seulement en cas d'entrée en vigueur du traité établissant une Constitution pour l'Europe.

⁷⁴ « *Chaque assemblée peut former un recours devant la Cour de justice de l'Union européenne contre un acte législatif européen pour violation du principe de subsidiarité. Ce recours est transmis à la Cour de justice de l'Union européenne par le Gouvernement.* » L'emploi du présent de l'indicatif ayant dans un texte juridique valeur d'impératif, le gouvernement sera probablement contraint d'accéder à la demande du Parlement. H. Labayle et J.-L. Sauron considèrent à cet égard qu'il s'agit d'une « *compétence liée* » du gouvernement (La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe, op. cit., p. 22).

⁷⁵ C'est-à-dire plus clairement de permettre le vote à la majorité qualifiée dans des domaines auparavant soumis à un vote à l'unanimité du Conseil.

⁷⁶ Cette disposition a également nécessité une modification de la Constitution de 1958, l'article 88-6 attribuant ces nouveaux pouvoirs à l'Assemblée Nationale et au Sénat (voir les points 37 à 41 de la décision 2004-505 DC).

⁷⁷ R. Imbeni, Parlement européen et Parlements nationaux, in L. Serena Rossi (dir.), *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne*, op. cit., pp. 153-155. Voir également le protocole n°1 concernant « *le rôle des Parlements nationaux dans l'Union européenne* » annexé au projet de Constitution et l'étude de J.-P. Duprat, Une intégration des parlements nationaux dans le processus décisionnel communautaire ?, in H. Gaudin (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect réciproque mutuel ?*, Colloque de La Rochelle des 6 et 7 mai 1999, Economica, 2001, pp. 317-345.

Si la collaboration des juridictions nationales avec la CJCE est ancienne⁷⁸ et connaît dans le mécanisme du renvoi préjudiciel un outil particulièrement précieux⁷⁹, la Constitution européenne prévoit une formalisation accrue de ces liens déjà étroits. L'article I-29, concernant la Cour de justice de l'Union européenne, précise en effet que « *les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union* ». Cet alinéa, qui peut être perçu comme une confirmation de la position de la Cour de justice dans le cadre du débat sur la recevabilité des recours en annulation formés par des particuliers à l'encontre d'actes dont ils ne sont pas les destinataires⁸⁰, traduit en outre une officialisation de cette relation. Les voies de recours communautaires et les recours internes constituent ainsi explicitement un système unique visant à assurer une protection juridictionnelle aussi complète que possible⁸¹. L'avancée de la constitutionnalisation de l'Union, qui nécessite une garantie effective des droits des particuliers, se traduit donc par un renforcement et une formalisation des relations existantes entre les juridictions de l'espace européen.

Enfin, dernier exemple de cette meilleure structuration de l'espace constitutionnel européen⁸², la Constitution européenne officialise, en l'inscrivant dans son titre premier, le principe de primauté du droit de l'Union sur celui des États membres⁸³. Si ce principe, qui a été rapidement affirmé par le juge de Luxembourg⁸⁴, n'a rien de nouveau pour l'Union européenne, il est particulièrement significatif qu'il apparaisse pour la première fois dans le droit primaire lors de l'élaboration du traité établissant une Constitution pour l'Europe, qui plus est dans son premier titre, et dans un article intitulé simplement « *Le droit de l'Union* », démontrant ainsi que cette primauté est véritablement consubstantielle au droit de l'Union. Cette officialisation a ainsi le mérite de tenter de poser clairement les termes de la relation que doivent entretenir les ordres juridiques nationaux avec l'ordre juridique de l'Union, du moins

⁷⁸ L'on a ainsi pu parler d'une Europe des juges dès 1976 (R. Lecourt, *L'Europe des juges*, Bruylant, 1976, 321p.).

⁷⁹ D. Simon, *Le système juridique communautaire*, PUF, 2^e édition, 2001.

⁸⁰ CJCE, 25 juillet 2002, Unión de Pequeños Agricultores (UPA) c/ Conseil de l'Union européenne, aff. C-50/00 P, Rec. I-6677, point 41; et la contribution récente au débat de D. Simon, « Droit au juge » et contentieux de la légalité en droit communautaire : La clé du prétoire n'est pas un passe-partout, in *Libertés, justice, tolérance*, Mélanges G. Cohen-Jonathan, Bruylant, 2004, pp. 1399-1419.

⁸¹ P. Mengozzi, Les dispositions relatives au système juridictionnel communautaire : une contribution pour une meilleure réalisation de l'Europe des citoyens, in L. Serena Rossi (dir.), *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne*, op. cit., p. 226.

⁸² Exemple qui sera approfondi sous un angle différent dans la partie suivante.

⁸³ Article I-6 : *Le droit de l'Union*

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 États membres.

⁸⁴ CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ ENEL, aff. 6/64, Rec. 1141 ; *GACJCE*, tome 1, n° 31.

du point de vue de l'UE et contribue ainsi à une meilleure structuration et une perception plus claire de l'espace constitutionnel européen. L'article I-6 précise ainsi clairement que la primauté du droit de l'Union ne vaut que dans le cadre des compétences conférées par les États à l'Union européenne. La nature de règle de conflit de normes du principe de primauté est alors ici clairement affichée, tout en renforçant, par son inscription formelle dans le droit primaire, son rôle de norme d'habilitation permettant aux juridictions internes d'écarter la norme nationale contraire au droit de l'Union⁸⁵. Si cette officialisation du principe de primauté ne pose guère de problèmes au niveau infra constitutionnel, elle échoue cependant au niveau constitutionnel comme le montre la décision du Conseil constitutionnel n°2004-505 DC⁸⁶.

La structuration de l'espace européen, si elle a indéniablement progressée avec cette accélération de la constitutionnalisation de l'Europe, n'est pas complète⁸⁷ et semble achopper sur l'absence d'une reconnaissance pleine et entière de la spécificité de l'Union par les acteurs constitutionnels nationaux.

2- Une structuration limitée par l'absence de reconnaissance entière de la spécificité de l'UE

Le droit communautaire s'est depuis longtemps présenté comme distinct du droit international général. Depuis l'arrêt « *Simmenthal* »⁸⁸ dans lequel la Cour de justice a qualifié l'ordre juridique communautaire d'ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres, le droit communautaire revendique une place différente de celle reconnue à l'ordre juridique international dans les droits nationaux. Cependant, en France, l'article 55 de la Constitution, chargé de définir la place des traités internationaux dans l'ordre juridique

⁸⁵ Sur cette « double nature de la primauté », voir L. Azoulay, La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation, *op. cit.*, pp. 866-868.

⁸⁶ Notamment les points 9 à 13, dans lesquels le Conseil ne tire pas toutes les conséquences de ce principe et de son inscription dans la Constitution européenne (voir en ce sens les commentaires de H. Labayle et J.-L. Sauron, La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe, *op. cit.*, pp. 6-14).

⁸⁷ Pour être plus complet, il faudrait également évoquer l'apport considérable de la Constitution européenne dans le domaine de la structuration de la protection des droits fondamentaux au sein de cet espace européen. La Charte esquisse ainsi, par ses articles II-112 et II-113, une véritable articulation entre les différents niveaux de protection de ces droits (CEDH, protection nationale et protection par l'Union). Voir à ce sujet O. Le Bot, Charte de l'Union européenne et Convention de sauvegarde des droits de l'homme: la coexistence de deux catalogues des droits fondamentaux, *RTDH*, 2003, pp. 781-811 ; et J.-P. Jacqué, La constitution pour l'Europe et les droits fondamentaux, *L'Europe des libertés*, Août 2004, pp. 9-13. Il faut également rappeler que le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2004-505 DC se prononce sur cette question et cite pour la première fois parmi l'appareil de référence un arrêt de la CourEDH et s'en sert pour anticiper l'interprétation de la Charte des droits fondamentaux. Voir à ce sujet l'analyse critique de F. Sudre, Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel « sur la Charte des droits fondamentaux ». *Réflexions critiques, RFDA*, 2005, pp. 34-39.

⁸⁸ CJCE, 9 mars 1978, Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal, aff. 106/77, *Rec.* 629 ; *CDE*, 1978, pp. 265-286, note A. Barav.

français, a pendant longtemps été la seule disposition pertinente. Si cette situation a changé avec le Traité de Maastricht, le mouvement ainsi initié qui consiste à inscrire la spécificité des Communautés et de l'Union dans la Constitution française est loin d'être complet et de s'opérer sans résistances⁸⁹.

Dans sa décision 2004-505 DC, le Conseil constitutionnel a ainsi, certes cité parmi les normes de références le Titre XV de la Constitution et son article 88-1, assurant ainsi une base spécifique à son contrôle, mais il continue néanmoins de considérer l'Union européenne comme une simple organisation internationale, déniait à son droit toute spécificité. Pour le Conseil, si l'appartenance de la France à l'Union est inscrite dans la Constitution, cela ne conduit pas à accorder à l'Union et à son droit primaire une place particulière au sein de l'ordre juridique français. Aussi, si une certaine spécificité est reconnue à l'Union européenne par son inscription dans la Constitution française, ce que le juge communautaire considère comme étant la spécificité de l'Union et de son droit, à savoir sa nature constitutionnelle et sa primauté inconditionnelle sur l'ensemble du droit interne, n'est pas reconnue par le texte constitutionnel français et son interprète officiel⁹⁰.

Cette situation est d'autant plus regrettable qu'elle emporte des conséquences sur les relations existantes entre les deux ordres juridiques. L'ordre juridique communautaire se conçoit comme un ordre autonome et intégré à l'ordre juridique des États membres qui prime le droit de ces derniers et peut être invoqué directement devant le juge national. De cette conception découle la logique de nombreux mécanismes d'application et de contrôle du respect du droit communautaire. Ainsi, le juge national est le juge communautaire de droit commun, et dans l'exercice de cet office il doit pouvoir écarter toute norme interne qui s'opposerait à cette application, y compris les normes de rang constitutionnel. Or si cette éventualité a été abordée de manière équivoque par la Cour de cassation⁹¹, elle a été

⁸⁹ Il faut noter également que le régime spécifique ainsi établi « n'est spécifique que rétrospectivement », C. Grewe et H. Ruiz Fabri, La situation respective du droit international et du droit communautaire dans le droit constitutionnel des États, *op. cit.*, p. 262.

⁹⁰ A. Levade, La prise en compte spécifique de l'Union européenne par les constitutions nationales, in B. Mathieu, F. Melin-Soucramanien & M. Verpeaux (dir.), *La "Constitution européenne": une Constitution ?*, Actes de la journée d'études constitutionnelles du 28 mars 2003, RAE, 2001-2002, vol. 6, pp. 664-666.

⁹¹ C.Cass., plén., 2 juin 2000, Fraisse ; et les commentaires optimistes qui seront infirmés, semble-t-il, par le Conseil d'État de D. Simon et A. Rigaux, Droit communautaire et constitution française : une avancée significative de la Cour de cassation, *Europe*, août-septembre 2000, pp. 3-6.

formellement exclue par le Conseil d'État⁹². Le Conseil constitutionnel, quant à lui, a, sur cette question, une position intermédiaire qui n'a probablement pas encore révélé toutes ses potentialités. Dans sa décision n°2004-496 DC⁹³ il a été amené à se prononcer sur les conditions dans lesquelles la transposition d'une directive pourrait être refusée du fait d'une contrariété avec la Constitution. Le juge constitutionnel français considère ainsi que seule « *une disposition expresse contraire de la Constitution* »⁹⁴ pourrait justifier un tel refus. Cette affirmation est à double tranchant, elle peut ainsi donner lieu tant à des interprétations favorables au droit communautaire, que plus conservatrices de l'intégrité de l'ordre juridique français⁹⁵, le véritable enjeu se situant dans la définition de cette notion de « *disposition expresse de la Constitution* ». Quelle que soit la solution retenue, le Conseil constitutionnel laisse clairement entendre qu'en cas de conflit entre une directive et une disposition expresse de la Constitution, cette dernière l'emporterait sur la première, faisant ainsi fi de la jurisprudence communautaire sur la Primauté⁹⁶.

Si dans la pratique les problèmes sont relativement rares, cela ne signifie pas qu'ils sont totalement abstraits et qu'un problème d'application du droit communautaire ne pourra jamais survenir, d'autant plus que le développement en Europe de la justice constitutionnelle est concomitante de l'accroissement des compétences de l'Union, notamment dans les domaines politiques qui touchent directement la souveraineté étatique, et donc le domaine constitutionnel. L'élargissement de ces deux cercles de compétences va donc très certainement les amener à se superposer de plus en plus souvent, rendant les conflits plus fréquents. Il faut donc nécessairement prévoir une articulation entre ces deux ordres juridiques afin d'éviter les conflits pouvant survenir, ou de les résoudre le cas échéant. La structuration de l'espace constitutionnel européen est à ce prix.

⁹² CE, 3 décembre 2001, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique e.a. ; F. Chaltiel, La boîte de Pandore des relations entre la Constitution française et le droit communautaire. A propos de l'arrêt SNIP du Conseil d'État du 3 décembre 2001, *RMCUE*, 2002, n°462, pp. 595s.

⁹³ CC n°2004-496 DC du 10 juin 2004, loi pour la confiance dans l'économie numérique. Parmi de nombreux commentaires, J.-P. Camby, Le droit communautaire est-il soluble dans la Constitution ?, *RDP*, 2004, pp. 878-888 ; A. Levade, Le Conseil constitutionnel aux prises avec le droit communautaire dérivé, *RDP*, 2004, pp. 889-911 ; X. Magnon, Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire..., *LPA*, 12 août 2004, pp. 16-22 ; P.-Y. Monjal, La constitution, toute la Constitution, rien que le droit communautaire..., *LPA*, 12 août 2004, pp. 16-22 ; et J. Roux, Le Conseil constitutionnel, le droit communautaire dérivé et la Constitution, *RDP*, 2004, pp. 912-933.

⁹⁴ Point 7 de la décision.

⁹⁵ Voir à ce sujet H. Oberdorf, Le Conseil constitutionnel et l'ordre juridique communautaire : coopération et contrôle, *RDP*, 2004, pp. 869-870.

⁹⁶ Primauté qui s'applique bien évidemment aussi aux normes constitutionnelles, même celles protectrices des droits fondamentaux: CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, aff. 11/70, *Rec.* 1128; GACJCE, tome 1, n°17.

Si la structuration de l'espace constitutionnel européen profite des avancées de la Constitutionnalisation de l'Europe, c'est paradoxalement au plus haut niveau, le niveau constitutionnel, que la structuration rencontre le plus de limites. Ce hiatus, qui pourrait avoir des effets sur l'ensemble des relations entre les deux ordres juridiques, est la conséquence d'une application abusive de la construction pyramidale qui conduit à une conception strictement hiérarchique des relations entre des ordres juridiques en partie intégrés. La structuration complète de l'espace européen suppose donc une certaine remise en cause du modèle systématisé par H. Kelsen.

B- La remise en cause de la « pyramide kelsénienne » comme modèle de l'espace constitutionnel européen

En permettant une meilleure structuration de l'espace constitutionnel européen, l'accélération de la constitutionnalisation de l'Europe a mis à jour les carences de l'application à cet espace du modèle kelsénien (1), conduisant ainsi à envisager, pour le décrire, le modèle alternatif du réseau (2).

1- L'accélération de la constitutionnalisation de l'Europe comme révélateur des faiblesses du modèle kelsénien

Si l'avancée du processus de structuration de l'espace européen achoppe sur l'obstacle constitutionnel, cela est dû en grande partie à la conception excessivement hiérarchique des rapports normatifs retenue par le Conseil constitutionnel, reflet d'une conception traditionnelle, et largement répandue, « *essentiellement hiérarchique, linéaire et arborescente de la structure d'un ordre juridique* »⁹⁷. Les termes de cet énoncé, appliqués aux relations existantes entre droit constitutionnel national et droit de l'Union conduisent à la formulation suivante : la Constitution nationale prime sur le droit de l'Union (hiérarchie), le droit de l'Union ne saurait avoir une quelconque influence sur le droit constitutionnel national qui lui est supérieur (linéarité), et enfin la Constitution est la seule source de légalité sur le territoire de l'État, il ne peut exister d'autre source de légalité que celle découlant de la Constitution (arborescence). Il est évident que cette conception heurte frontalement la vision moniste avec

⁹⁷ Selon la formule de F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 43.

primauté du droit de l'Union développée par la CJCE et que c'est cette opposition qui empêche la poursuite de la structuration de l'espace européen. En outre il semble que cette présentation théorique ne reflète pas la réalité des rapports étroits entretenus au sein de cet espace européen. La position du Conseil constitutionnel sur l'inscription de la primauté à l'article I-6 de la Constitution européenne est, à cet égard, particulièrement significative de cette approche hiérarchique des rapports entretenus par ces deux ordres juridiques.

Dans sa décision n°2004-505 DC, le Conseil constitutionnel considère que le principe de primauté résulte de l'article 88-1 de la Constitution française. La primauté du droit communautaire se voit ainsi reconnaître un fondement constitutionnel qui vient, certes asseoir sa légitimité face aux normes infra constitutionnelles, mais qui lui refuse *de facto* toute effectivité face à des normes constitutionnelles⁹⁸. Pour que la primauté du droit de l'Union puisse s'exprimer, il faut donc, selon le Conseil, que cette primauté soit inscrite dans la Constitution. Cette solution n'est visiblement pas conforme à la jurisprudence de la Cour de justice, contrairement d'ailleurs à ce qu'affirme le Conseil⁹⁹, même si il faut remarquer qu'en se plaçant dans une vision strictement hiérarchique des relations normatives, ce dernier n'avait pas d'autre choix. Il ne lui est, en effet, pas possible de déclarer que le droit de l'Union prime sur le texte constitutionnel dont sa compétence est issue¹⁰⁰. Mais si la norme européenne ne peut pas être supérieure à sa norme de référence, elle doit nécessairement lui être soumise. Enfermé dans ce choix binaire il ne reste alors au Conseil qu'à confirmer sa position antérieure et déclarer que le principe de primauté tel qu'inscrit à l'article I-6 de la Constitution européenne ne porte pas atteinte à la suprématie de la Constitution et qu'il peut donc être limité par cette dernière. Cette approche des relations entre droit constitutionnel et droit européen est visiblement sans issue et ne peut que mener au conflit.

Le modèle de la pyramide des normes, qui suppose qu'il n'existe qu'un seul sommet, de la légalité duquel toutes les normes découlent, est particulièrement mal adapté à la construction européenne. Il lui est en effet impossible de traduire le phénomène

⁹⁸ Il faut d'ailleurs relever une certaine ambiguïté dans cette décision qui fait référence aux décisions du Conseil constitutionnel n° 2004-496 DC, 2004-497 DC, 2004-498 DC et 2004-499 DC, dans lesquelles ce dernier avait précisé que le droit communautaire ne devrait s'effacer que devant une disposition expresse de la Constitution, type de disposition dont il n'est fait nulle mention dans la décision n°2004-505 DC.

⁹⁹ Points 12 et 13.

¹⁰⁰ Sauf, peut être, à établir une hiérarchie au sein des dispositions constitutionnelles et à considérer que les dispositions fondant l'appartenance de la France à l'Union soient supérieures au reste de la Constitution, ce qui ne résoudrait aucunement le problème sur un plan théorique, le fondement de la primauté étant toujours issu de la constitution nationale.

d'enchevêtrement normatif entre dispositions nationales et dispositions de l'Union régnant à tous les niveaux. L'échelon constitutionnel lui-même n'est d'ailleurs pas épargné par cette imbrication étroite des deux ordres juridiques, le juge communautaire se fondant sur les principes constitutionnels communs aux États membres pour assurer la garantie des droits fondamentaux au sein de l'Union¹⁰¹, et les Constitutions nationales subissant des modifications chaque fois que nécessaire lors des révisions des Traités¹⁰². Il existe bien une réalité beaucoup plus complexe que ce que l'analyse hiérarchique tend à montrer. Il est donc pour le moins incorrect de considérer que les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique communautaire sont entièrement distincts et que, par conséquent, chaque ordre juridique se fonde exclusivement sur sa norme suprême en ignorant l'autre. Si l'espace européen peine à identifier clairement quelle est sa norme suprême¹⁰³ et que des controverses constitutionnelles se développent au sein des États membres, c'est bien que la réalité n'est pas si simple. Il est dès lors pour le moins paradoxal de conclure à une séparation stricte des ordres juridiques. En ce sens, il est fort probable que l'affirmation, par la Cour de justice, de l'indépendance de son ordre juridique s'explique par le fait que, dans le cadre d'une présentation pyramidale, le seul moyen d'assurer la prévalence des normes communautaires sur les normes nationales, et donc l'effectivité de celles-ci, est, soit de se placer au sommet du système, choix peu réaliste compte tenu de la place des Constitutions dans les ordres internes, soit de se placer en dehors du système pyramidal. En effet, le modèle pyramidal ne permet que deux possibilités : l'unité de deux ordres juridiques traduisant leur fusion complète avec la norme suprême de l'un ou l'autre au sommet de la nouvelle pyramide ainsi créée (monisme), ou bien la coexistence de deux pyramides absolument distinctes, chacune prévoyant les règles qui régissent les relations existantes avec son homologue (dualisme). Aucune de ces deux possibilités ne correspondant à la réalité de l'Union, plutôt que de vouloir plier les faits pour les rendre conforme à la théorie, ne faudrait-il pas plutôt reconnaître l'incapacité de ce modèle à traduire l'intégration européenne et, partant, en chercher un autre ? De la même manière qu'il est vain de vouloir calquer la construction étatique sur l'Union, il semble que le modèle pyramidal peine à appréhender la réalité d'un l'espace constitutionnel européen, produit d'un enchevêtrement de

¹⁰¹ Mouvement initié par les arrêts CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder c/ Ville d'Ulm-sozialamt*, aff. 29/69, *Rec.* 419; et *Internationale Handelsgesellschaft* précité, il a été abondamment étudié par la doctrine depuis lors. Voir, pour un aperçu de la matière F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 6e édition, 2003, §97-105 et la bibliographie citée §126.

¹⁰² Il faut également relever que l'article I-2 de la Constitution européenne, intitulée « *les valeurs de l'Union* », dispose que les valeurs de l'Union « *sont communes aux États membres* ».

¹⁰³ L. Azoulay, *La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation*, *op. cit.*, p. 868.

normes, d'institutions et de compétences, ouvrant ainsi la voie à un modèle alternatif, celui du réseau.

2- La pertinence du modèle du réseau pour décrire l'espace constitutionnel européen

Si le modèle pyramidal montre sa difficulté à refléter la réalité européenne, l'archétype du réseau tel que développé par F. Ost et M. Van De Kerchove¹⁰⁴ semble plus à même de saisir la complexité de cette construction. La définition de cet archétype par référence à la pyramide des normes, mettant en avant tout ce que cette construction théorique interdit, est d'ailleurs révélatrice du lien qui existe entre ces deux modèles. Ainsi, le réseau, entendu comme une structure composée d'éléments souvent qualifiés de nœuds ou de sommets et reliés entre eux par des liens assurant leur interaction et dont les variations obéissent à certaines règles de fonctionnement¹⁰⁵, vient contredire le modèle pyramidal sur ses trois caractères propres évoqués précédemment. Le modèle du réseau vient ainsi tempérer quelque peu la hiérarchie, reconnaissant ainsi la difficulté que connaît la hiérarchie des normes à exprimer l'ordonnement interne du droit de l'Union¹⁰⁶ et sa relation avec le droit national, « *la subordination cède partiellement la place à la coordination et à la collaboration* »¹⁰⁷. La linéarité est elle aussi mise à mal, la possibilité d'une influence de normes inférieures sur des normes hiérarchiquement supérieures étant reconnue. Cette proposition qui sanctionne une évolution déjà présente en droit interne¹⁰⁸ s'exprime également dans les relations entretenues avec le droit de l'Union, notamment lorsque la Constitution nationale, sensée être au sommet de la hiérarchie nationale, est modifiée pour se conformer aux évolutions du droit primaire, voire du droit dérivé¹⁰⁹ de l'Union. L'arborescence, enfin est nécessairement atténuée dans la mesure « *où la multiplicité des foyers de création du droit ne peut pas toujours être dérivée d'un point unique et souverain* »¹¹⁰, expliquant ainsi la coexistence sur le territoire national du droit interne et du droit de l'Union qui proviennent de deux foyers distincts qu'il est impossible de rattacher à une norme unique.

¹⁰⁴ F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p. Leur ouvrage, s'il constitue un apport indéniable à cette théorie, n'est cependant pas le premier à aborder développer cette thèse. Pour de plus amples références, se reporter à la volumineuse bibliographie située à la fin de l'ouvrage précité.

¹⁰⁵ Paraphrase de la définition proposée par F. Ost et M. Van de Kerchove, *Ibid.* p. 24.

¹⁰⁶ H. Gaudin, Amsterdam : l'échec de la hiérarchie des normes ?, *RTDE*, 1999, pp. 1-20.

¹⁰⁷ F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 50.

¹⁰⁸ La jurisprudence constitutionnelle contribue ainsi à forger la notion et le contenu de la Constitution. *Ibid.* pp. 51-64

¹⁰⁹ La mise en place du mandat d'arrêt européen a ainsi nécessité une révision de la Constitution de 1958.

¹¹⁰ *Ibid.* p.50.

Le recours au modèle du réseau permet alors d'expliquer certaines situations inconcevables dans le paradigme pyramidal et de proposer des solutions à des problèmes qui pouvaient alors paraître insolubles. H. Labayle et J.-L. Sauron relèvent ainsi que le principe de primauté du droit de l'Union n'implique pas nécessairement l'établissement d'une hiérarchie entre les normes, mais constitue plutôt « *une règle de priorité d'application* »¹¹¹. Dans le même sens L. Azoulay considère que l'organisation juridique de l'Europe « *s'inscrit dans un espace juridique plural et complexe qui trouve le principe de son équilibre non dans une hiérarchie des normes mais dans une collaboration des fonctions* »¹¹². Si ces auteurs n'utilisent pas la notion de réseau pour formaliser cette analyse¹¹³, il n'en demeure pas moins qu'elle semble sous-tendre leur raisonnement visant à présenter une conception de la primauté davantage fondée sur une collaboration fonctionnelle que sur un principe hiérarchique. L'application du droit de l'Union devient ainsi prioritaire chaque fois qu'est mise en œuvre une des compétences qui ont été déléguées par l'État à l'Union, délégation inscrite, de plus, dans la Constitution française. L'appréhension du principe de primauté, problématique au travers d'une approche strictement hiérarchique, est ainsi beaucoup plus aisée dès lors qu'il est admis que deux sources de normativité peuvent coexister au sein du même espace et que leur relation n'est pas exclusivement fondée sur la hiérarchie mais plutôt sur un partage des compétences. Cette notion de partage des compétences entre l'UE et les États membres, conditionnant le droit applicable, n'est pas sans rappeler le fonctionnement de la fédération. L'achèvement de la structuration de l'espace constitutionnel européen pourrait alors constituer un prérequis à l'établissement d'une fédération européenne en permettant une gestion pacifiée des relations entre les acteurs constitutionnels. En amont du principe de primauté, les principes qui règlent l'attribution et l'exercice des compétences au sein de l'Union s'inscrivent également dans la perspective d'une organisation en réseau. Ainsi, l'idée même de compétence partagée entre les États et l'Union se fonde sur une interaction et une collaboration entre ces deux acteurs¹¹⁴, compétences dont l'exercice est lui-même soumis au principe de subsidiarité qui vise à déterminer le niveau de pouvoir le plus apte à intervenir en

¹¹¹ H. Labayle et J.-L. Sauron, La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe, *op. cit.*, p. 7.

¹¹² L. Azoulay, La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation, *op. cit.*, p. 875.

¹¹³ L. Azoulay y fait cependant référence p. 868. Il renvoie également implicitement à cette notion lorsque, évoquant la fragmentation de l'Union, il constate notamment que « *au lieu d'une forme nouvelle d'autorité souveraine, apparaît, à l'échelle de l'Union européenne, une multiplicité de systèmes particuliers développant leurs propres règles de compétence et de validité* » (*Ibid.* p. 871).

¹¹⁴ Le nombre toujours réduit de compétences exclusives et celui sans cesse diminuant des compétences réservées aux États renforçant d'autant cette thèse.

fonction des objectifs visés¹¹⁵ et repose donc également sur une collaboration entre les autorités étatiques et européennes en amont de toute prise de décision¹¹⁶. Dernier élément, et non l'un des moindres, le fonctionnement interne de l'Union repose également sur une collaboration des différentes institutions sans que se dégage une institution véritablement dominante¹¹⁷. Cette organisation, qui répond difficilement aux canons de l'État moderne¹¹⁸, suit donc un mode de fonctionnement laissant une large part à la négociation et à la coopération, tant entre les institutions entre elles qu'avec les États membres, ce qui la prédispose naturellement à favoriser les actions permettant la collaboration des différents niveaux de pouvoirs, et donc à s'inscrire aisément dans un tel contexte. C'est donc le cœur même de l'Union qui semble habité par l'idée de réseau, il est alors pour le moins paradoxal de continuer à aborder l'étude de l'espace européen qu'elle contribue à développer sous l'angle de la stricte hiérarchie des normes.

Au final, l'adoption du modèle du réseau pour décrire les relations entre les différents acteurs de l'espace européen apparaît nécessaire à la poursuite de la structuration de cet espace qui risque sinon de s'enliser dans des conflits hiérarchiques insolubles, et ce tout particulièrement au niveau constitutionnel. L'adoption de ce modèle peut en outre permettre à l'Union d'assumer une vocation fédérale sans pour autant tomber dans le piège du statomorphisme. Construction en réseau et fédération européenne, deux notions qui sont (ré-) apparues du fait des avancées de la constitutionnalisation de l'Europe apparaissent, alors comme étant finalement deux des éléments les plus importants pour l'avenir de l'Union et sans lesquels la construction européenne risque fort de ne plus connaître d'avancée significative.

¹¹⁵ Même si son inscription dans le droit primaire de l'Union s'est faite sous une forme favorisant l'action à un niveau le plus proche possible des citoyens, c'est-à-dire, le plus souvent, l'État au détriment des institutions communautaires (J.-P. Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 3^e édition, 2004, pp. 148-158 ; et pour une approche plus « politiste » P. Magnette, *Le régime politique de l'Union européenne*, Presses de Sciences po, 2003, pp. 67-75).

¹¹⁶ Voir à ce sujet l'évolution de la position de la Commission européenne qui tend désormais à favoriser la technique de la coordination plutôt que l'harmonisation (*Ibid.* pp. 73-75).

¹¹⁷ Paul Magnette considère à cet égard que « L'Union reste ainsi un régime « acéphale », reposant sur la négociation continue entre trois pôles, dont aucun ne parvient à monopoliser les fonctions de leadership » (*Ibid.* p. 87).

¹¹⁸ Et ce malgré les comparaisons incessantes qui sont faites entre les structures étatique et communautaire, notamment lorsqu'elles visent à rechercher une hypothétique séparation des pouvoirs, équivalente à celle existante au sein de l'État, en feignant d'oublier que l'Union n'est pas un État mais est composée d'États (cet argument aurait d'ailleurs tout aussi bien pu être développé dans la première partie de cette étude).