

Constitution et démocratie dans l'Union Européenne

Javier Tajadura Tejada

Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco (España)

1. L'affirmation du principe démocratique comme fondement de l'État Constitutionnel.

Au sens moderne, technique et actuel du terme, on ne peut parler de Constitution et de constitutionnalisme qu'à dater d'un moment historique très précis : celui des grandes révolutions libérales bourgeoises, américaine et française de la fin du XVIII^e siècle. C'est alors que –partant de la confrontation des principes théoriques de l'idéologie libérale incarnée par l'oeuvre de Montesquieu, et de ceux de la pensée politique démocratique magistralement formulés par Rousseau- font leur apparition dans l'histoire les premiers textes que l'on peut qualifier de constitutionnels. Ces derniers assument la convergence des trois principes de base du constitutionnalisme contemporain: le principe démocratique selon lequel le Peuple est titulaire du Pouvoir Constituant, le principe libéral fondé sur la défense et la garantie des droits et des libertés des personnes par les déclarations de droits et la séparation des pouvoirs, et le principe de suprématie constitutionnelle enfin, qui affirme l'assujettissement du gouvernant, des autres pouvoirs constitués, et de leurs produits normatifs, à la Constitution.

Si l'on trouve, dans l'Histoire des Idées Politiques, des antécédents précieux de tous ces principes, principe démocratique inclus, il n'en est pas moins vrai qu'ils n'avaient jusqu'alors pas eu d'effets concrets sur la réalité et sur l'histoire.

Portons toute notre attention sur le principe démocratique que nous estimons être le principe fondamental, omni-compréhensif d'une certaine manière des autres principes ; nous constatons que le préalable incontournable de l'apparition de celui-ci est le processus de désacralisation de l'État. Dans ce sens, l'oeuvre de Machiavel, "Le Prince" constitue une référence singulièrement transcendante. Comme l'a souligné le professeur De Vega c'est à ce moment que s'impose la "croyance selon laquelle, l'État étant une oeuvre humaine, c'est au peuple que revient d'en établir les modes et les formes d'organisation"¹. Le principe démocratique s'érige ainsi en fondement ultime de la nouvelle forme d'organisation politique de l'État. C'est cette circonstance qui va précisément établir la différence entre l'État Constitutionnel et les autres formes politiques adoptées par l'État depuis sa naissance au XV^e siècle. Il n'y a d'État Constitutionnel qu'à la condition que celui-ci fonde son organisation sur un texte émanant de la volonté d'un Peuple qui se sait souverain et qui, de ce fait, estime être le seul sujet légitimé à décider de la manière dont il veut être gouverné.

Sans nous arrêter sur les antécédents théoriques néanmoins importants du principe démocratique, nous devons rappeler que ceux-ci produisent leur premier effet dans l'histoire en 1620. C'est pendant le voyage des Pères Pèlerins à bord du Mayflower, lors de la transformation du pacte de grâce puritain en un véritable pacte politique, que l'on prend pleinement conscience du fait que le Peuple est le véritable titulaire de la souveraineté. On conclut alors, en vertu des points de vue politiques du calvinisme, que, si les individus sont totalement libres d'organiser leur communauté religieuse, ils le sont également d'organiser leur communauté politique. Les premiers antécédents des Constitutions modernes et les premières manifestations du principe démocratique sont le fruit de cette nouvelle conception de la communauté politique influencée par le puritanisme

¹ DE VEGA, Pedro : "Constitution y democracia" en La Constitución de la monarquía parlamentaria (Lopez Pina, A. ed.) FCE, Madrid, 1983. P. 67.

calviniste. Principe définitivement consacré lorsque les colonies américaines s'affranchissent de la Couronne britannique.

C'est donc dans le domaine des futures collectivités-membres américaines, et non dans celui de la Fédération, que se projette et se développe l'expression la plus correcte de la théorie de la souveraineté populaire : l'organisation de l'exercice du Pouvoir Constituant est non seulement fondée sur le principe du peuple investi de l'autorité constituante, mais sur une autre conception aussi, empruntée au Droit moderne par la Réforme puritaine, selon laquelle cette autorité ne peut pas être représentée. Les anciennes colonies approuvent ainsi progressivement leurs Constitutions respectives, en se pliant, d'une manière ou d'une autre, aux schémas théoriques tracés dès 1717 par le révérend John Wyse. On distingue alors aisément trois étapes différenciées et consécutives dans ces processus : déclaration de droits, pacte social et acte constitutionnel².

Analysons-les brièvement une par une. Pour ce qui concerne la première étape, il est indéniable que la préoccupation des révolutionnaires libéraux-bourgeois, en France comme en Amérique, est de procéder à la reconnaissance d'une sphère de liberté individuelle absolue. Cette préoccupation se traduit, sur le plan normatif, par les déclarations des droits fondamentaux. Ce n'est que plus tard que l'on procède à l'approbation de la Constitution, et ce, pour garantir précisément, ces droits par le biais de la séparation des pouvoirs. En tout état de cause, il est important d'insister sur le fait que les déclarations des droits deviennent un préalable indispensable à l'existence même de l'État Constitutionnel et qu'elles le distinguent de l'État absolu. Face aux conceptions absolutistes où les privilèges sont des concessions gracieuses des monarques au profit des classes sociales les plus puissantes, la thèse s'impose –tributaire des doctrines jusnaturalistes- selon laquelle tout homme, parce qu'il est homme, est titulaire de droits préexistants à l'État et qui, de ce fait, doivent être respectés par ce dernier.

La troisième étape (laissons de côté, pour le moment la deuxième) est également facile à identifier dans les processus révolutionnaires américain et français. Une fois la sphère de la liberté individuelle établie par le jeu de la déclaration des droits, il s'agit de la rendre effective. En cela consiste l'acte constitutionnel : approuver un Texte constitutionnel qui, tout en organisant l'État conformément au principe de la division des pouvoirs, garantisse au citoyen le respect de son domaine de liberté personnelle. Il s'avère évident que cet acte constitutionnel conçu comme le système suprême de garantie de la liberté individuelle, requiert, par exigence incontournable du rationalisme juridique, d'être couché sur un document écrit, formel et solennel, approuvé par le Peuple titulaire du Pouvoir Constituant.

Le deuxième temps, la deuxième étape, du processus constitutionnel décrit par le révérend Wyse cité plus haut, le pacte social, est plus difficile à identifier dans la pratique car il doit être vérifié simultanément à l'acte constitutionnel. En revanche et malgré cette concordance dans le temps, il s'avère que du point de vue conceptuel ou théorique, le pacte social constitue une étape nettement et nécessairement distincte de celles de la déclaration des droits, et de celle de l'acte constitutionnel.

Nous sommes redevables à Isnard de la formulation probablement la plus précise de cette distinction à tous points de vue importante. Je reproduis la citation qui, si elle est longue, n'en est pas moins indispensable à mon sens par la clarté qu'elle apporte au sujet : "Il faut, en premier lieu définir (...) quels sont les droits naturels de tous, et les proclamer (...) Pour suivre l'ordre naturel de l'organisation sociale, il faut procéder, avant toute loi constitutionnelle, à la rédaction d'un pacte social. Cet acte doit se situer à mi-chemin entre la déclaration de droits, qui lui sert de base, et la Constitution à laquelle il sert de barrière et de régulateur. Si le pacte social diffère de la simple déclaration de droits, il s'éloigne encore plus de l'acte constitutionnel. Etablir un pacte social, c'est rédiger l'instrument par lequel certaines personnes consentent à former une association soumise à

² WYSE. John : A Vindication for the Government of the New England Churches. A Drawn from Antiquity; the Light of Nature; Holy Scripture; its Noble Nature; and from the Dignity divine Providence has put upon it, Boston, 1772.

telles ou telles conditions préalables ; faire une Constitution, au contraire, consiste seulement à établir une forme de gouvernement (...) Dans un cas, on crée la société, dans l'autre, on l'organise"³.

L'importance de cette dernière distinction concernant l'application du principe démocratique ne peut être négligée : "Dans un cas, on crée la société, dans l'autre, on l'organise" (Isnard), car, c'est par le biais du pacte social que le Pouvoir Constituant voit le jour et que le titulaire de la souveraineté est configuré. Du point de vue logique, si la Constitution est le fruit de la volonté du pouvoir constituant, l'avènement de ce dernier doit de toute évidence lui être antérieur. Par l'assomption du pacte social, le Peuple est affirmé comme étant le seul sujet titulaire de la souveraineté dans l'État. Dès lors, le Peuple peut, en vertu de sa condition de souverain, imposer sa volonté aux citoyens pris individuellement ; il est donc habilité à approuver, établir et sanctionner la Constitution.

Si nous observons le processus de formation des nouveaux États d'Amérique du Nord, puis ceux de l'Union même, nous constatons sans difficulté que le principe démocratique n'a rencontré aucun obstacle à son implantation. Dans les nouvelles Républiques, affranchies de la Couronne britannique, le Peuple, et lui seul, se présente comme titulaire indiscutable du pouvoir souverain et, en vertu de cela, comme sujet habilité à se doter d'une Constitution. Le principe démocratique se confirme dans la pratique dès lors que l'on rejette explicitement une quelconque représentation de ce pouvoir souverain.

Il n'est pas besoin d'insister davantage sur l'importance du principe démocratique et sur son caractère de fondement du constitutionnalisme contemporain. Il suffit de rappeler, en guise de synthèse de ce qui vient d'être dit, le très célèbre début de la Constitution des États Unis d'Amérique : "Nous, Peuple des États Unis..."⁴. Énoncé juridique concis et précis du principe démocratique manifesté dans le pacte social. On retrouve depuis lors, dans d'autres préambules constitutionnels, des déclarations similaires de ce principe démocratique, mais le mérite revient au Préambule américain de l'avoir formulé le premier avec autant de clarté, ce qui nous amène, d'une certaine manière, à considérer ce texte comme le document fondateur du constitutionnalisme contemporain.

Bien qu'inspirés des mêmes principes libéraux-démocratiques (Montesquieu et Rousseau), les processus révolutionnaires bourgeois déclenchés en Europe dès la fin du XVIIIe siècle, empruntent des voies différentes de celles qu'avait suivies le peuple américain. Le facteur déterminant des différences profondes qui marquent l'évolution du constitutionnalisme européen et, d'une manière paradigmatique, celle du constitutionnalisme français, n'est autre que la survie de l'institution monarchique. La présence dans la structure de l'État, d'un monarque héréditaire, titulaire du Gouvernement de celui-ci, est la raison directe et immédiate pour laquelle l'histoire du constitutionnalisme européen se caractérise par une lutte permanente entre le principe démocratique et le principe monarchique.

Ces circonstances historiques expliquent que les processus constitutionnels européens se soient articulés autour d'un principe totalement différent de celui qui était en vigueur aux États Unis. On admet par exemple en Europe que le pouvoir souverain puisse être délégué par le biais de *l'instituto* de la représentation politique de libre mandat. Face à la démocratie de l'identité que prône par Rousseau, c'est la démocratie représentative qui s'imposera en Europe dans le cadre du schéma tracé par Emmanuel-Joseph Sieyès. Selon l'abbé révolutionnaire, la Nation est titulaire de la souveraineté et, en tant que telle, c'est à elle que revient la faculté de se doter d'une Constitution. Or, étant donné le caractère abstrait que revêt la Nation, cette faculté ne peut être exercée que par des représentants de cette dernière. De sorte que l'on admet que les représentants de la Nation, c'est

³ ISNARD, Archives Parlementaires, vol. LXIV, P. 417.

⁴ TAJADURA, Javier : El Preámbulo constitucional, Comares, Granada, 1997.

à dire le Parlement, se voient confier par celle-ci le pouvoir d'élaborer, approuver et sanctionner la Constitution.

Il est inutile de s'appesantir sur ce point car l'on en déduira facilement que le principe démocratique subit une commotion importante. Il s'avère en définitive que le Peuple n'est plus souverain et que toute la problématique afférant au pouvoir constituant s'est déplacée vers le domaine des Assemblées parlementaires. L'assomption des thèses de Sieyès a déterminé, entre autres, comme nous le verrons plus loin, l'impossibilité à configurer la Constitution comme une norme suprême authentique et le confinement de celle-ci au rang de loi ordinaire, de produit normatif parmi d'autres produits de l'Assemblée parlementaire. Par ailleurs, et c'est ce qu'il faut souligner ici, cela dénature complètement l'actualité et l'effectivité du principe démocratique tel que celui-ci avait été entendu et appliqué de l'autre côté de l'Atlantique.

Dans un tel contexte, la question qui se pose inévitablement est celle de la compatibilité entre le principe de souveraineté populaire et la démocratie représentative. À ce propos, une seule réponse est possible. Le besoin de faire valoir, conformément au principe démocratique, l'autorité suprême du peuple face à l'autorité du gouvernant, n'offre d'autre possibilité ou d'autre alternative que l'établissement, par la voie du peuple même, d'une loi supérieure (la Constitution), obligeant de la même manière gouvernants et gouvernés. Le pouvoir constituant apparaît ainsi comme un pouvoir préalable, illimité et total, en contrepartie aux pouvoirs constitués (les gouvernants), régulés et limités dans la Constitution.

Seule l'acceptation de ce qui vient d'être affirmé permet d'appréhender la Constitution comme ce qu'elle est : la véritable norme juridique suprême d'un État. Cela signifie, et c'est ce qu'il convient de retenir pour le suivi du présent développement, que *le principe démocratique mène inexorablement au principe de suprématie constitutionnelle qui n'en est que le corrélat logique.*

Nous aurons l'occasion de voir plus loin que les commotions profondes dont sont actuellement victimes les textes constitutionnels des pays membres de l'Union Européenne et qui remettent en question, tant du point de vue formel que matériel, le dogme de la survie constitutionnelle, affectent gravement et intensément le principe démocratique, qui en est le véritable fondement politique.

Mais procédons par ordre. Pour que les principes démocratique et de suprématie constitutionnelle revêtent toute leur effectivité, il faut préalablement implanter la thèse de la rigidité constitutionnelle. Thèse qui, si elle a été magistralement formulée sur le plan théorique par James Bryce, n'est appliquée pour la première fois, dans les faits, que dans l'article V de la Constitution américaine, permettant ainsi de distinguer clairement la double opposition Pouvoir Constituant/Pouvoir de Réforme/législateur ordinaire et Constitution/Réforme constitutionnelle/Loi ordinaire. Seul l'adoption d'une procédure spécifique, différente et plus lourde que celle du législatif ordinaire lorsque celui-ci révisé la Constitution, permettra de garantir le caractère de norme suprême de celle-ci.

Or, chacun sait que cela ne s'est produit, en Europe, que très avant dans le XXe siècle. Bien que fondée sur des présupposés communs, l'évolution des constitutionnalismes européen et américain sont totalement différents. Au point que nous pouvons dire que le principe démocratique a brillé par son absence en Europe pendant tout le XIXe siècle, et cela devrait nous obliger, si nous voulons être clairs, à refuser la qualité de constitutionnels aux Codes Politiques fondamentaux de l'époque, ou à les qualifier tout au plus de textes pseudo-constitutionnels. En France notamment, et en Europe en général, la doctrine de Sieyès a conduit à penser que les assemblées parlementaires en tant que représentantes du souverain, sont elles-mêmes souveraines. Et pas seulement pendant le processus constituant, ce qui aurait pu être admissible, mais –et c'est là que la structure de l'État Constitutionnel endure une fracture inévitable- qu'elles le demeurent pendant toute la vie de l'État.

Les conséquences de cette doctrine sont évidentes. La Constitution est subordonnée aux intérêts changeants des majorités parlementaires, majorités qui se transforment en de véritables pouvoirs constituants et donc, même si le résultat est complètement absurde, en des pouvoirs absolus et illimités quant au contenu matériel de leur volonté, et seulement soumis à d'éventuelles limites formelles ou de procédure d'intervention.

Si la gravité de telles conséquences ne peut passer inaperçue, il faut rappeler que le contexte idéologique et historique de l'Europe du dix-neuvième compliquait encore les choses. Ce contexte est celui qu'ont créé le libéralisme doctrinaire et les régimes politiques qui ont trouvé leur place sous une telle idéologie. Des régimes tels que le français de 1814 ou l'espagnol de 1834, non fondés sur les Constitutions authentiques, mais sur de simples Chartes ratifiées. Non fondées, en l'occurrence, sur le pouvoir constituant du peuple, mais sur la concession gracieuse du monarque.

Le libéralisme doctrinaire, dans son apparente volonté de concilier les intérêts du monarque, partisan en dernière instance de la récupération du pouvoir absolu qu'il avait détenu sous l'Ancien Régime, et les nouvelles idées nées de la révolution libérale-bourgeoise, selon lesquelles la souveraineté revient au Peuple ou à la Nation, invente la thèse insoutenable de la souveraineté partagée. Conformément à cette dernière, la souveraineté va correspondre tant au Roi qu'à la Nation. Un nouveau cadre politique voit ainsi le jour, dans lequel le monarque et le Parlement, qui en vertu du suffrage censitaire se constitue comme la représentation de l'oligarchie bourgeoise, sont les protagonistes indiscutables. Le problème que présente un si haut protagonisme réside tout simplement dans le fait que le Roi et le Parlement oligarchico-bourgeois étant tous deux les titulaires de la souveraineté, ils s'affirment simultanément comme Pouvoir Constituant de l'État et comme pouvoirs constitués de ce dernier : le Roi et le Parlement en tant que titulaires de la souveraineté et du pouvoir constituant sont les auteurs de la Constitution et, de ce fait, ils la précèdent. Néanmoins, en tant qu'organes ou institutions de l'État, ils sont en même temps des pouvoirs constitués et par conséquent destinataires des normes constitutionnelles.

Il est évident que si l'essence de l'État Constitutionnel réside dans la distinction entre Pouvoir Constituant et pouvoirs constitués, la négation de cette distinction, implique en définitive la négation de l'État Constitutionnel lui-même. Nous arrivons à la même conclusion si nous tenons compte du fait que l'État Constitutionnel requiert aussi, et sans exception, que le Pouvoir Constituant, une fois qu'il est intervenu pour approuver la Constitution, disparaisse, alors que les États de l'Europe du dix-neuvième avaient la prétention d'en perpétuer l'action indéfiniment.

Dans cette hypothèse, la négation de la théorie démocratique du Pouvoir Constituant du Peuple a inévitablement mené à la falsification des autres principes inspirateurs du constitutionnalisme contemporain : le principe libéral, et celui de la suprématie constitutionnelle. Le principe libéral est nié dans la mesure où, le monarque conservant sa condition de souverain, il devient impossible d'organiser l'État conformément au principe de la division des pouvoirs. Par ailleurs, tout cela se traduit, du point de vue normatif en une impossibilité à élever la Constitution au statut de norme suprême. Le principe de suprématie constitutionnelle, quant à lui, est inviable dès lors même que la distinction entre Pouvoirs Constituants et Pouvoirs constitués est niée. La Constitution devient une Loi Ordinaire. Aucune procédure spéciale de réforme constitutionnelle n'est prévue puisque la Constitution n'est qu'un produit normatif du Parlement parmi d'autres. En d'autres termes, si la théorie démocratique du pouvoir constituant du peuple requiert, pour sa mise en oeuvre effective, le principe de la rigidité constitutionnelle, la thèse insoutenable de la souveraineté partagée, fondement de base de l'idéologie doctrinaire, menait inexorablement à la Constitution flexible ou, en d'autres termes, à la négation de la Constitution. Ainsi donc, au lieu de venir consolider l'État Constitutionnel, le libéralisme doctrinaire, prive ce dernier de viabilité. En Europe, il faut attendre la fin de la Première Guerre Mondiale, et plus définitivement la fin de la Seconde, pour que le pseudoconstitutionnalisme libéral soit remplacé par un constitutionnalisme démocratique et social authentique.

C'est donc à partir de 1945 que les présupposés idéologiques du constitutionnalisme (principes démocratiques, libéral et de suprématie constitutionnel) sont définitivement et pleinement acceptés en Europe et que, de ce fait, *les Constitutions peuvent être configurées comme telles, c'est à dire comme des normes juridiques suprêmes émanant de la volonté souveraine du Peuple, conçu comme seul sujet susceptible d'être titulaire du pouvoir constituant.*

L'affirmation sans ambages du principe démocratique va bien sûr donner lieu à des changements importants dans l'articulation du processus constituant. Dès lors que le principe démocratique est admis sans aucun type de réserves et que l'on est par ailleurs disposé à l'appliquer jusqu'aux conséquences ultimes, la mécanique du processus constitutionnel, tel qu'il est conçu dans l'État Libéral Bourgeois, ne peut plus rester le même. L'ordre des événements change, mais ce sont surtout le contenu et la portée de chacune des prémices du processus qui changent. Dans ce nouveau contexte, le processus constituant ne trouve plus son point d'ancrage dans la déclaration des droits, mais dans le pacte social qui donne naissance au nouveau Pouvoir Constituant souverain et se prolonge dans le processus d'élaboration et d'approbation de la Constitution qui inclut l'énoncé des droits fondamentaux.

D'un autre côté, le passage de l'État libéral à l'État Social entraîne non seulement l'affirmation du principe démocratique, mais implique également l'inclusion, dans la Constitution, de certaines dispositions extrêmement denses. Il ne s'agit plus seulement de sauvegarder la régulation, la limitation, l'organisation et l'équilibre des pouvoirs, ou d'énoncer les droits et les libertés civiles et politiques, mais il devient nécessaire de préciser les demandes que la société soumet au pouvoir, le nouveau rapport entre politique et économie, les techniques d'intervention mutuelle entre État et société. Dans ce sens, la concision libérale n'est plus suffisante ; on exige en effet que les objectifs de l'État soient dorénavant définis et que les droits prestations répondant à des intérêts sociaux jusqu'alors négligés, et qui représentent une tentative de corriger les déséquilibres et les formalismes du XIXe siècle, soient consacrés. Quoi qu'il en soit, et c'est ce qui nous intéresse dans le contexte de cet exposé, il s'agit, par le biais des nouvelles constitutions, de matérialiser une égalité substantielle indéterminée, dont les contours flous étaient ébauchés dans la Constitution et qui, en tout état de cause, fournissait un fondement précis pour réclamer la matérialisation et pour empêcher d'éventuelles régressions par rapport aux niveaux atteints dans le texte des normes constitutionnelles.

2. La défense de la Constitution en réponse à des situations de crise constitutionnelle.

Carl Schmitt constate avec sagacité que lorsque des voix s'élèvent qui réclament des systèmes de protection pour la Constitution, celles-ci sont souvent le symptôme de situations critiques pour la Constitution même. Il en est ainsi depuis que –comme nous venons de l'évoquer– les premiers textes constitutionnels voient le jour dans le contexte des processus révolutionnaires libéraux-bourgeois de la fin du XVIIIe. Il est assez symptomatique par ailleurs que, dans le processus révolutionnaire français lui-même, lorsque les forces de la réaction, noblesse et haut clergé, unissent leurs énergies dans une campagne visant à mettre fin à la révolution, un journal intitulé *Le défenseur de la Constitution* voit le jour. On ne peut pas omettre non plus le fait que la polémique du plus haut niveau intellectuel et scientifique soutenue par Kelsen y Schmitt sur la question de savoir qui doit être le gardien de la Constitution ait eu lieu à l'époque où les plus sombres perspectives de son histoire se cernaient sur le constitutionnalisme européen.

Au fil des deux cents longues années d'évolution historique du constitutionnalisme, les attaques contre la Constitution n'émanent cependant pas toujours de la même source, et cela a donné lieu à l'apparition, dans la théorie et dans la pratique, de diverses modalités et de différentes façons d'en arbitrer la défense

D'après le professeur De Vega, nous trouvons dans l'histoire constitutionnelle européenne trois situations politico-idéologiques parfaitement distinctes dans lesquelles la défense de la Constitution emprunte des voies différentes⁵.

La première étape correspond au moment même où les premiers textes constitutionnels font leur apparition dans la réalité et dans l'histoire de l'Europe. À cette époque, les attaques contre la Constitution avaient adopté la forme de réfutations politiques, totales et globales, des nouvelles valeurs exprimées par le constitutionnalisme. Parce qu'ils nient l'égalité et la liberté, la souveraineté populaire, et la démocratie, les textes constitutionnels font l'objet du rejet le plus absolu. Les *Considérations sur la France* de Joseph de Maistre constituent, du point de vue théorique, une expression très significative de la pensée absolutiste, conservatrice et contre-révolutionnaire. Pensée qui va, pour ainsi dire donner lieu à toute sorte de conspirations et d'intrigues cherchant à mettre fin au nouvel état des choses et à restaurer le pouvoir absolu du monarque.

Face à des attaques de cette nature, une idée voit le jour selon laquelle le seul gardien de la Constitution susceptible de la défendre est le peuple lui-même. Robespierre l'exprime avec une clarté méridienne et une pertinence évidente lorsqu'il écrit: "Dans la tourmente promue par les innombrables factions qui se sont vu octroyer les moyens et le temps nécessaire de se consolider; au cour des luttes intestines perfidement combinées à la guerre extérieure, encouragées par l'intrigue et la corruption, favorisées par l'ignorance, par l'égoïsme et l'ingénuité, il faut que les bons citoyens trouvent un point d'appui et un signal d'enrôlement. Ce point et ce signal ne peuvent être autres que la défense de la Constitution". C'est cette circonstance, en définitive –le fait d'instituer le peuple comme gardien de la Constitution- qui va empêcher que la défense de la Constitution et, par conséquent, le contrôle de constitutionnalité des lois ne soient confiés aux juges, loyaux serviteurs de l'ancien régime. Le contrôle de constitutionnalité en tant que fonction du parlement, revêt donc, aux origines du constitutionnalisme européen, un caractère politique accusé.

Il est inutile de rappeler que la Constitution américaine n'a jamais fait l'objet de telles offensives et contestations, par conséquent, une fois le Pouvoir Judiciaire configuré comme un pouvoir étatique parmi d'autres, au même titre que l'exécutif et que le législatif, celui-ci peut assumer sans difficulté, suite au célèbre arrêt du juge Marshall, et comme une conséquence inévitable de la logique pure du système, la fonction de surveillance de sa cohérence interne.

La deuxième étape, ou deuxième moment historique évoqué plus haut, correspond au XIXe siècle, ce long siècle pendant lequel –nous venons de le voir- le libéralisme doctrinaire, lorsqu'il nie le principe démocratique en vertu duquel le peuple est le titulaire du pouvoir constituant, finit par invalider aussi le principe libéral et celui de la suprématie constitutionnelle. Il suffit d'ajouter à l'épigraphe précédente que le mérite revient à Benjamín Constant d'avoir récupéré la vieille notion romaine de l'*auctoritas* pour bâtir sa théorie du pouvoir neutre, intermédiaire et régulateur. Cependant, si le génie juridique de Rome avait attribué l'*auctoritas* au Sénat, le libéralisme doctrinaire l'octroie, lui, au Monarque, réussissant ainsi à introduire le Roi dans la structure de l'État Constitutionnel. Nous avons vu plus haut comment cette intégration, en refusant la distinction entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués, a déclenché la rupture de la logique de l'État Constitutionnel. Il nous faut voir maintenant de quelle manière le Roi, en tant que titulaire de ce pouvoir modérateur, va être institué gardien de la Constitution.

Dans les faits cependant, l'attribution au roi de la fonction de tenant de la Constitution ne revêt qu'une finalité symbolique. Le Monarque n'est en aucune manière conçu comme un défenseur politique de la Constitution, pour la simple raison que ladite Constitution libérale en tant qu'expression d'une société homogène (limitée par le suffrage censitaire) n'a pas d'ennemis susceptibles de la combattre. Il n'est pas non plus, de toute évidence, un défenseur juridique qui veillerait à la cohérence interne du système.

⁵ DE VEGA, Pedro : "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución" en Revista de Estudios Políticos, núm. 7, 1979.P. 99.

Car en définitive, le constitutionnalisme du XIXe siècle opère, une fois les premiers écueils surmontés, dans la certitude que sa contribution est à ce point parfaite qu'elle n'a aucunement besoin de gardien. Il faut attendre que l'histoire se charge de mettre en évidence les contradictions et les lourdes du système pour que la pensée constitutionnelle prenne conscience du besoin d'une protection effective et pas seulement symbolique pour la Constitution. C'est alors, à l'issue de la première guerre mondiale et de l'effondrement définitif de la civilisation libérale, que –par oeuvre de l'insigne juriste viennois Hans Kelsen- la première Cour Constitutionnelle est créée par la Constitution de 1920. C'est le début d'une nouvelle ère, la troisième et la dernière, caractérisée par une façon nouvelle de concevoir la défense de la Constitution qui devient une défense juridique.

La Justice Constitutionnelle voit le jour, du point de vue historique, comme une réponse à la crise généralisée du concept de Constitution qu'a provoquée l'impressionnante faillite des principes organisationnels sur lesquels reposait l'édifice fabuleux du libéralisme économique. Il n'est peut-être pas inutile de rappeler, à grands traits au moins, la genèse de cette crise.

Le constitutionnalisme libéral se construit sur la base d'une séparation radicale entre la société et l'État ; au point que les deux parties dudit rapport se voient attribuer un statut juridique, et une évaluation, en tout dissemblables. La Constitution voit donc le jour comme statut juridique de l'État, et le Code Civil comme statut juridique de la société. Les frontières entre le Droit Public et le Droit Privé sont ainsi parfaitement établies. La société devient le domaine de la liberté, face à un État potentiellement hostile à cette liberté et qu'il convenait de brider dans ses interventions et ses pouvoirs. C'est, en dernière instance, cette séparation entre État et Société qui donne son sens au dualisme caractéristique du constitutionnalisme libéral classique. La lutte entre le principe démocratique et le principe monarchique, respectivement incarnés par le Parlement et le Gouvernement monarchique, se fonde sur la considération suivante : le Parlement est la représentation de la société bourgeoise et le Roi est l'expression du pouvoir étatique. Le sens ultime de la réserve de loi apparaît lui aussi lié à cette distinction : la loi est supérieure au règlement parce qu'elle traduit la volonté de la société, alors que ce dernier exprime la volonté de l'État.

En ce qui concerne le règne de la liberté, cette heureuse Arcadie nommée société, et son statut juridique, il faut signaler que la législation privée a été totalement articulée autour des trois principes suivants : la généralité de la loi, l'égalité devant cette dernière, et l'autonomie de la volonté. Le libéralisme soutient que c'est par le biais de la satisfaction et de la mise en oeuvre de ces principes que la liberté des individus se réalise et peut être garantie. Des juristes privés émérites (Thieme et Wieacker) évoquent à juste raison le contenu matériellement constitutionnel de la codification privée, dans la mesure où le Code Civil articule un ensemble complexe de relations entre individus libres, autonomes et égaux, qui trouvent en lui la meilleure des tutelles, et le plus sûr garant de la liberté des individus.

Lorsque ces trois grands dogmes juridiques du libéralisme classique entrent en crise, le modèle de société libérale s'en trouve naturellement affecté, tout comme, irrémédiablement, l'idée de Constitution à laquelle celui-ci servait de base et de fondement. La société libérale s'est avérée être une fiction pure. Comme l'était également l'État libéral, État minimal ou faible. Pendant tout le XIXe siècle, l'État a joui d'une force enviable, l'État a guerroyé, bâti des empires, durement réprimé les soulèvements sociaux, et atteint, en vertu des progrès techniques, un pouvoir jusqu'alors inégalé. L'image d'un État libéral, État abstentionniste et faible n'est guère que la projection de quelque chose qui n'a en réalité jamais existé. Si donc la société libérale n'était qu'une fiction et que l'État libéral n'était qu'une image, nous ne pouvons pas nous étonner que les ciments sur lesquels reposait l'architecture constitutionnelle libérale se soient effondrés. La conséquence logique et immédiate de tout cela est, comme cela a été dit précédemment, une crise généralisée du concept même de Constitution.

Il se trouve cependant, et c'est là une nuance pertinemment signalée par le professeur De Vega et transcendantale pour le sujet qui nous intéresse, que "l'éclatement historique impressionnant des principes organisationnels qui reposaient sur le vieil ordre libéral, n'implique en

aucun cas la disparition des valeurs que cet ordre prétendait mettre en oeuvre” : la liberté et la démocratie. Pour que ces nobles idées prennent effet dans la réalité et dans l’histoire, les Constitutions sont indispensables. Il ne s’agissait donc pas tant de nier les hypothèses qui fondaient, et fondent, le constitutionnalisme, que d’éviter que celles-ci deviennent lettre morte de la loi. “C’est précisément pour mener à terme cette noble mission –écrit le professeur De Vega- que la justice constitutionnelle apparaît dans un univers politique chaotique en décomposition.”⁶.

En dernière instance, c’est la reconnaissance du suffrage universel, c’est à dire la réalisation effective du principe démocratique, qui requiert que l’on porte un regard nouveau sur la problématique de la protection de la Constitution. C’est le suffrage universel qui mène les Parlements vers les partis socialistes ; entre ces derniers et les partis libéraux-conservateurs, différentes alternatives radicales apparaissent qui ont pour objet la réforme de l’État. La démocratie était alors un compromis entre forces politiques et sociales antagoniques, chacune d’entre elles craignant que la victoire électorale de l’autre ne lui fournisse une majorité parlementaire suffisante pour changer la réglementation fondamentale de l’État. Cette nouvelle donne explique que les nouvelles Constitutions se rigidifient, et c’est à partir de cette rigidité que le contrôle de la constitutionnalité des lois commence à trouver un sens en tant que problème théorique et pratique. La rigidité constitutionnelle qui rend impossible la modification de la Constitution par une loi et qui exige des procédures beaucoup plus complexes, était un préalable nécessaire pour que le contrôle de la constitutionnalité des lois s’établisse enfin.

Les Cours Constitutionnelles apparaissent alors en Europe, et finissent par s’imposer comme garants ultimes de la volonté du Pouvoir Constituant du Peuple, comme les gardiens suprêmes du principe démocratique. Elles trouvent leur raison d’être dans la défense de la suprématie de la Constitution (et de la souveraineté du peuple).

Dans ce contexte, il peut être utile de rappeler brièvement les origines et l’évolution de la Justice Constitutionnelle en Europe.

3. Naissance, consolidation et expansion de la Justice Constitutionnelle en Europe.

L’exercice d’un contrôle constitutionnel des lois finit par pénétrer en Europe comme un outil à même de résoudre les conflits entre la Fédération et ses États, là où une Constitution avait organisé un système fédéral. Comme dans les États Unis d’Amérique où, lorsqu’il voit le jour, le contrôle diffus de la constitutionnalité des lois est intimement lié à la forme fédérale de l’organisation territoriale de l’État, les premiers systèmes de justice constitutionnelle apparaissent en Europe au sein des États Fédéraux.

La Constitution approuvée en Suisse par exemple, en 1874, établit un système confédéral qui évoluera progressivement vers le Fédéralisme. Dans ce contexte, et pour garantir la suprématie de la Fédération sur les Cantons, il est prévu qu’une Salle de la Cour Suprême puisse annuler, le cas échéant, les lois cantonales. Cette technique est reprise en Allemagne, dans la Constitution de Weimar de 1919.

En Autriche, lors de l’élaboration de la Constitution de 1920, la pertinence d’un tribunal susceptible d’annuler les lois des Länder contraires à la Constitution est également envisagée. Mais un pas supplémentaire y est franchi et, partant d’une appréhension plus juste du phénomène fédéral, on admet que ledit tribunal annule non seulement les lois des Länder mais encore les lois de la Fédération lorsque celles-ci ne respectent pas le régime de répartition des compétences établi par la Constitution. Le constituant autrichien finit par autoriser la Cour Constitutionnelle à se prononcer sur les lois lorsque, dans un quelconque procès relevant de sa compétence, elle se voyait confrontée à une loi inconstitutionnelle.

C’est là, et pas dans une imitation du système américain, que se trouve l’origine du contrôle des lois dans les États européens. La Suisse (depuis 1874), l’Allemagne (1919), l’Autriche (1920),

⁶ DE VEGA, Pedro : “Jurisdicción constitucional...ob. cit. P. 108.

tous des systèmes fédéraux, acceptent que soient annulées les lois des Cantons et des Länder –et de la Fédération pour l’Autriche- qui enfreignent la répartition des compétences établie par la Constitution. Le contrôle revient alors à une Cour unique, et pas aux juges ordinaires qui restent soumis au principe de légalité ; les seuls organes légitimés à dénoncer les lois étant les gouvernements de la Fédération ou des Länder et Cantons.

C’est dans ce contexte qu’éclate, entre les deux guerres, la crise dramatique de la Constitution analysée plus haut, et que se développe la controverse célèbre qui oppose Kelsen et Schmitt sur la question de savoir qui doit être le gardien de la Constitution.

L’idée se répand alors de l’éventualité de confier aux Cours Constitutionnelles la faculté d’annuler, au-delà des cas d’atteinte à la distribution des compétences, toute loi contrevenant, pour une raison ou une autre, à la Constitution. Dans les propositions de Justice Constitutionnelle, les échos de la tradition américaine et d’anciennes doctrines européennes de la loi injuste soudainement ressuscitées, se font alors entendre. Cependant, l’atout le plus favorable reste l’existence de Cours spécifiques nées des exigences du fédéralisme et qui pouvaient se voir confier une nouvelle mission, celle de protéger l’ensemble de la Constitution contre les majorités parlementaires.

Le professeur Cruz Villalón, ancien Président du Tribunal Constitutionnel d’Espagne a minutieusement examiné, dans un livre aujourd’hui classique, les trois systèmes de Justice Constitutionnelle qui ont été pratiqués en Europe avant la Seconde Guerre Mondiale. L’expérience autrichienne est modeste et brève : la Cour Constitutionnelle autrichienne succombe sous les attaques du totalitarisme nazi en 1933. Une Cour semblable créée en Tchécoslovaquie en 1920 n’a jamais réussi à fonctionner effectivement. Et, pour finir, la vie de notre Tribunal des Garanties Constitutionnelles est aussi éphémère que celle de la IIème République Espagnole⁷.

Cependant, malgré ces échecs initiaux, la proposition de Kelsen ne reste pas sans conséquences et, renforcée par quelques raisonnements similaires de la doctrine constitutionnelle la plus conséquente, elle permet la généralisation dans toute l’Europe de l’après guerre d’un nouveau système de contrôle constitutionnel des lois, différent du système américain et beaucoup plus ambitieux que celui de l’Autriche de 1920.

Ainsi donc, partant des précédents des Cours Constitutionnelles tchécoslovaque (1920), autrichienne (1920) et espagnole (1931), le système de protection de la Constitution tel qu’il est conçu par Kelsen après la Seconde Guerre Mondiale, à savoir une Cour Constitutionnelle configurée comme un législateur négatif, s’impose définitivement dans la plupart des États démocratiques européens. L’idée d’une Cour Constitutionnelle, organe de contrôle des lois contrevenant à la Constitution, est largement acceptée après les expériences totalitaires qui ont montré, en Allemagne, en Italie, en Autriche et dans d’autres pays, comment les lois pouvaient violer les droits et démolir l’État de Droit lui-même.

Dès cet instant, la première et principale préoccupation des nouvelles Constitutions devient donc de fixer les garanties de leur propre application et du respect de leur contenu par le législateur. Le rétablissement, en 1945, de la Constitution autrichienne permet la réapparition de la Cour Constitutionnelle. Les nouvelles Constitutions démocratiques italienne (1948) et allemande (1949) créent des Cours Constitutionnelles habilitées à annuler toutes les lois contrevenant aux normes constitutionnelles.

La généralisation de la Justice Constitutionnelle en Europe passe par différentes étapes. La doctrine française menée par le professeur Favoreu utilise à ce propos la métaphore de *vagues*⁸.

On peut, d’une certaine manière, inclure la France (1958) et, même s’ils ne peuvent être homologués pleinement comme États Constitutionnels, les Tribunaux Constitutionnels de la

⁷ CRUZ VILLALON, Pedro : La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939), CEC, Madrid, 1987.

⁸ FAVOREU, Louis. : Los tribunales constitucionales, Ariel, Barcelona, 1994. P. 4.

Turquie (1961) et de la Yougoslavie (1963), dans la première étape évoquée plus haut dont les jalons sont la création du Tribunal Constitutionnel de la République Fédérale d'Allemagne et la Cour Constitutionnelle italienne.

La deuxième vague, ou deuxième phase d'essor de la Justice Constitutionnelle en Europe correspond aux années soixante-dix, début des quatre-vingts, et connaît la création des tribunaux constitutionnels du Portugal (1976), d'Espagne (1978), de Belgique (1983) et d'une certaine manière aussi, de la Cour Spéciale Supérieure de la Grèce (1975).

La dernière étape recouvre enfin la décennie finale du siècle dernier qui, après le précédent polonais (1985) et la chute du Mur de Berlin, connaît la création de Cours Constitutionnelles dans la plupart des États ayant appartenu au bloc soviétique. L'influence allemande a été déterminante pour la configuration des tribunaux de la dernière vague, des tribunaux amenés à jouer un rôle essentiel dans la consolidation démocratique desdits États.

Quoi qu'il en soit, une constante que l'on retrouve dans chacune des vagues expansives de la Justice Constitutionnelle mérite d'être signalée : la connexion étroite qui s'établit entre justice constitutionnelle et démocratie. L'expérience historique comparée nous montre que lorsqu'un pays sort d'un régime autoritaire, une Cour Constitutionnelle y est quasi systématiquement implantée.

Nous pouvons déduire de tout cela que l'affirmation faite par le prestigieux juriste français, Louis Favoreu, n'est en rien hyperbolique : "Le développement de la justice constitutionnelle est, sans nul doute, l'événement le plus marquant du Droit Constitutionnel européen de la seconde moitié du XXe siècle"⁹. La multiplication des Cours Constitutionnelles dans presque tous les ordres juridiques européens constitue en effet l'expression la plus éloquente du succès du modèle kelsenien.

L'objet du présent essai est d'analyser, dans un tel contexte et sur ces bases, l'un des principaux défis auxquels les organes de Justice Constitutionnelle sont confrontés de nos jours : le processus d'intégration européenne. Et si je dis qu'il s'agit de l'un des défis principaux, c'est parce qu'il touche au principe même sur lequel ces organes sont fondés : la suprématie des Constitutions nationales.

4. Suprématie constitutionnelle, droit international et droit communautaire.

Nous l'avons vu, à l'issue d'un processus historique long et complexe, le principe politique démocratique, doublé de sa traduction juridique, le principe de suprématie constitutionnelle, finissent par s'imposer dans les États européens. De sorte que le principe juridique de suprématie constitutionnelle, véritable clef de voûte de toute l'architecture constitutionnelle, déploie ses effets sur toutes les normes juridiques.

Ainsi donc, le dogme de la suprématie constitutionnelle ne produit pas seulement ses effets sur les normes internes mais aussi sur les normes internationales, indépendamment de la conception moniste ou dualiste traditionnelle de l'ordre concerné. La subordination des normes juridiques internationales à la Constitution est une donnée qui ne peut être remise en cause.

Cette subordination est la conséquence logique du principe de suprématie constitutionnelle et, dans ce sens, il n'est pas nécessaire qu'un ordre constitutionnel donné la prévienne expressément. La Constitution espagnole de 1978 le fait pourtant, et le paragraphe premier de son article 95 dispose que "la ratification d'un traité international contenant des dispositions contraires à la Constitution requerra une révision constitutionnelle préalable".

Par ailleurs, le principe de suprématie de la Constitution eu égard aux normes internationales est encore perfectionné par une procédure qui permet de soumettre ces dernières à un contrôle de constitutionnalité interne. C'est précisément ce que prévoit le deuxième paragraphe de l'article 95 de la Constitution espagnole.

⁹ FAVOREU, Louis. : Los tribunales constitucionales...ob. cit. P. 13.

Les problèmes se présentent dès l'instant où une autre disposition constitutionnelle est appelée à coexister. L'article 93 (expressément introduit dans le texte constitutionnel par le constituant de 1978 dans le but de permettre l'adhésion de l'Espagne aux Communautés Européennes), affirme : "est autorisée la signature de traités attribuant à une organisation ou à une institution internationale l'exercice de compétences dérivées de la Constitution".

On a, pendant bon nombre d'années, discuté de savoir si l'habilitation prévue à l'article 93 était ou pas une *lex specialis* par rapport aux limites constitutionnelles établies dans l'article 95 ? D'aucuns défendaient la thèse de l'autonomie du processus d'intégration européenne et alléguaient que l'application de l'article 93 exemptait ce dernier des limites fixées par l'article 95. Le Tribunal Constitutionnel remet les choses en place dans sa Déclaration du 1^{er} Juillet 1992. Il affirme catégoriquement, avec une clarté méridienne et une pertinence évidente, que les limites de l'article 95 sont applicables à toute sorte de Traités internationaux et, par conséquent, aux traités communautaires stipulés dans le cadre de l'article 93. Cependant, à partir de sa Déclaration 1/2004, le Tribunal va modifier sa conception initiale du sens et de la portée de l'article 93 et émettre des interrogations qui sont loin d'avoir trouvé de réponse.

Quoi qu'il advienne, la Théorie de la Constitution implique que nous garantissons les effets du dogme de la suprématie constitutionnelle sur les processus d'intégration supranationale tels que le processus d'intégration européenne. C'est la raison pour laquelle, dans la perspective du Droit Constitutionnel espagnol, l'applicabilité des normes juridiques communautaires va dépendre, en dernière instance, de la Constitution. Mais, dans les faits, la réalité politique, à savoir la praxis constitutionnelle, s'accorde-t-elle vraiment à cette théorie ?

4.1. Approche formelle de la crise du principe de suprématie constitutionnelle : l'aporie théorique entre les prétentions de suprématie des ordres constitutionnel et communautaire.

Les caractéristiques propres au processus d'intégration européenne nous obligent à répondre négativement à cette question décisive. Pour ce qui concerne notre sujet, il suffira d'évoquer brièvement l'un des caractères essentiels du droit communautaire européen : le principe de la primauté. Comme chacun sait, c'est la Cour de Justice des Communautés Européennes qui, dans un travail méritoire entrepris sous l'angle de l'intégration, a "créé" les principes et les caractères de base de l'ordre juridique communautaire, principes et caractères tels que celui de la "primauté" qui permettent précisément de qualifier le Droit communautaire d'Ordre Juridique authentique.

Dans ce sens, les règles du droit communautaire originaire et dérivé, s'imposent, selon la Haute Cour Européenne, en toutes circonstances aux normes du droit interne, quel que soit leur rang, même donc si elles sont de nature constitutionnelle. On n'insistera jamais assez sur l'importance de l'Arrêt Costa-Enel, du 15 Juillet 1964, qui porte un coup dur au principe de suprématie constitutionnelle à peine quelques années après que celui-ci ait réussi à produire ses effets dans la plupart des États de l'Ouest européen.

La Cour de Justice a donné au Droit Communautaire une espèce de statut de "supraConstitution" qui s'impose aux ordres internes, et face aux normes duquel ces derniers doivent inévitablement céder. On a assisté, ces dernières décennies, à une autonomisation croissante de l'ordre communautaire, au point de formaliser en son sein la disposition d'un niveau constitutionnel qui clôt et unifie l'ensemble. Malgré son origine internationale originale et sa dépendance de la volonté des États, un processus d'autoréflexivité a été promu, par le biais de la jurisprudence de la CJCE, qui fait qu'on en appelle exclusivement aux principes, aux normes et aux institutions de l'ordre communautaire, et que l'on omette la condition de source matrice des ordres étatiques.

La conception du Droit Communautaire qui serait un Ordre Juridique autonome par rapport à ceux des États membres, n'implique guère, dans la pratique, que la subordination de ces derniers à celui-là. Si cela est difficilement discutable, cela ne veut néanmoins pas dire que, sous un angle rigoureusement constitutionnel, cela n'est pas contestable.

Ainsi donc, le professeur López Basaguren dans un travail brillant intitulé d'une manière très imagée : "Requiem pour la Constitution ? L'ordre constitutionnel dans l'intégration communautaire" met en évidence la façon dont l'aporie s'installe entre le principe de suprématie constitutionnelle sur lequel sont fondés les ordres internes, et le principe de primauté du droit communautaire et sa "constitutionnalisation", et devient à ce jour une caractéristique essentielle de cet ordre. En d'autres termes, "l'aporie entre la prétention de primauté qui habite, respectivement et de la même manière, les ordres internes et l'ordre communautaire. Aporie qui se présente sous son jour le plus radical dans les cas où l'organe juridictionnel communautaire chargé de garantir la primauté de cet ordre concourt avec des organes juridictionnels internes dont la mission, en tant que juges de la constitutionnalité, est précisément d'assurer la suprématie constitutionnelle"¹⁰. Cette aporie va perdurer, comme nous le verrons plus loin, tant qu'une Constitution de l'Union Européenne n'aura pas été approuvée.

Le conflit qui oppose la logique constitutionnelle à la logique communautaire s'achève dans un premier temps par le retrait des Cours Constitutionnelles qui finissent par accepter, dans la pratique, la doctrine jurisprudentielle communautaire. Mais, comme on a pu le constater plus tard, le problème n'était pas pour autant résolu. En effet, dans la mesure où le processus d'intégration avait connu une progression substantielle après la signature de l'Acte Unique Européenne, et un raffermissement important à l'issue du Traité de l'Union Européenne, une relecture constitutionnaliste du processus d'intégration communautaire est entreprise, suivie de la (ré)activation qui en découle des réserves de constitutionnalité qui, bien que latentes, n'avaient jamais cessé d'être présentes depuis le début du processus d'intégration.

Cette relecture va activer des mécanismes de réforme constitutionnelle dans bon nombre d'États membres. Les pouvoirs constituants constitués ou dérivés, absents jusqu'alors du processus d'intégration, en deviennent des acteurs de premier rang, notamment et d'une façon plus marquée, en Allemagne et en France.

En Allemagne, une fois la réforme constitutionnelle aboutie, la Cour Constitutionnelle est amenée à se prononcer sur la compatibilité du Traité de l'Union et de la Constitution allemande. Dans son célèbre arrêt du 12 Octobre 1993 sur Maastricht, el Haute Cour Allemande affirme que le juge de la constitutionnalité jouit de la capacité de contrôler le respect effectif, par les organes communautaires, des domaines de compétence attribués aux Communautés par les Traités.

Cet arrêt a fait couler beaucoup d'encre, dans un sens et dans l'autre ; mais l'on peut difficilement nier qu'il s'agit d'une plaidoirie pour le principe démocratique, ce qui, à mon avis, le rend plausible dans une perspective constitutionnelle, c'est à dire, dans le respect du principe de suprématie constitutionnelle qui est la position adoptée au début de cet essai.

La Cour Constitutionnelle allemande affirme catégoriquement que "le principe démocratique limite l'expansion des fonctions et des compétences des Communautés Européennes". C'est pourquoi, "si des institutions ou organes européens en venaient à gérer ou à développer le Traité de l'Union de sorte qu'il ne soit pas couvert par le Traité qui sous-tend la Loi de Ratification, les décisions juridiques qui en découleraient ne seraient pas contraignantes dans la juridiction allemande". Les organes de l'État allemand rencontreraient des empêchements d'ordre juridico-constitutionnel à appliquer de tels actes juridiques en Allemagne. En conséquence, la Cour Constitutionnelle allemande vérifie que les actes juridiques des institutions et organes européens respectent bien les frontières des droits de souveraineté qui leur ont été octroyés, ou si, au contraire, ils débordent de ce cadre.

La Cour Constitutionnelle Allemande ne fait guère que rappeler quelque chose de très simple et d'évident mais qui n'avait pas jusqu'alors été suffisamment expliqué, à savoir que l'autorisation parlementaire de ratifier le Traité de l'Union n'est pas un chèque en blanc signé aux institutions

¹⁰ LOPEZ BASAGUREN, Alberto : "¿Requiem por la Constitución ?. El ordenamiento constitucional en la integración comunitaria" en Civitas Europa, núm. 2, 1999. P. 14.

communautaires et aux gouvernements des États (puisque les gouvernements nationaux y jouent un rôle essentiel, Conseil des Ministres et Conseil Européen). S'il en était autrement, les édifices constitutionnels bâtis si laborieusement en Europe pendant les deux derniers siècles s'effondreraient.

Or, avec une telle approche, irréprochable du point de vue constitutionnel, il est évident que l'aporie dénoncée par le professeur López Basaguren retrouve toute sa place dans le débat juridique européen. Pour une simple raison : la survivance de l'Ordre communautaire passe inexorablement par la primauté de ses normes. En d'autres termes, plus catégoriques, l'existence même de l'Union Européenne comme Communauté de Droit devient incompatible avec le principe de suprématie des Constitutions nationales.

Comment les Cours Constitutionnelles des États membres réagissent-elles dans un tel contexte? Si, au premier abord, il peut paraître que les organes de Justice Constitutionnelle garantissent, formellement, la suprématie des Constitutions nationales, il s'avère en réalité que celles-ci sont, matériellement, sans aucune espèce de doute subordonnées au Droit de l'Union.

Une analyse purement et exclusivement formelle du problème qui nous occupe risquerait de nous amener à conclure erronément que les organes de Justice Constitutionnelle garantissent l'applicabilité et l'effectivité du principe de suprématie constitutionnelle. Réforme constitutionnelle et contrôle de constitutionnalité des Traités sont, comme nous l'avons vu, des éléments indispensables de garantie de la suprématie constitutionnelle. Mais ils ne sont pas suffisants, ou du moins n'ont-ils pas pu empêcher, dans la pratique, des mutations constitutionnelles importantes et transcendantes qui sont, dans certains cas, de véritables violations ou détournements des Textes Fondamentaux.

4.2. La crise du principe de suprématie constitutionnelle dans une perspective matérielle : la mutation de la Constitution suite à l'assomption, par l'État, d'objectifs s'éloignant des objectifs fixés par le pouvoir constituant.

Le professeur García Herrera analyse avec une grande acuité ce phénomène dans un ouvrage intéressant intitulé "Rigidité constitutionnelle et État Social", cité plus haut. Il y met en évidence, d'une part, la transcendance du problème de la suprématie constitutionnelle, et dénonce par ailleurs l'insuffisance d'une analyse exclusivement dogmatique de celui-ci. Je crois opportun de reproduire les considérations méthodologiques sur lesquelles il construit sa réflexion et que je partage pleinement : "Le problème de la rigidité constitutionnelle est lié à une série complexe et articulée de concepts dogmatiques afférant à des aspects cruciaux de la Constitution (...) mais comme cela a été mis en évidence, une perspective exclusivement dogmatique et bâtie sur une élaboration abstraite et générale servant à délimiter les catégories habituelles en faisant abstraction du contexte historique et social dans lequel elles évoluent ne serait pas adéquate (...) Si en toute circonstance cette prévention méthodologique est pertinente, elle est plus importante encore lorsque nous nous trouvons face à des processus historiques tels que (...) le mouvement continu d'intégration européenne, ou l'adaptation des Constitutions de l'État Social aux conditions de la mondialisation"¹¹.

L'un des signes d'identité des constitutions européennes contemporaines est la référence qui y est faite aux objectifs de l'État. Face à la concision du constitutionnalisme libéral, le constitutionnalisme social se caractérise par l'assomption constitutionnelle de certains objectifs de transformation sociale. Pour ce qui concerne les objectifs de l'État Social espagnol, l'impact qu'ont sur eux les Traités communautaires est d'une telle intensité et envergure que je n'aborderai ici qu'une question. Il faut souligner dans ce contexte la façon dont les Traités de l'Union Européenne, dans leurs dernières versions de Maastricht, Amsterdam, Nice et -en moindre mesure- Lisbonne, ont

¹¹ GARCIA HERRERA, Miguel Angel : "Rigidez constitucional y Estado social" en VV. AA : La experiencia jurisdiccional : del estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho. Escuela Judicial-Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998. P. 35-36.

avancé vers la détermination et la concrétisation du support axiologique et finaliste de la construction institutionnelle, en inversant les coordonnées propres à l'État Social.

L'article 9. 2 de la Constitution espagnole, tout comme l'article 3 de la Constitution italienne, décrit la mission fondamentale de l'État Social espagnol, forme historique adoptée par le constituant de 1978. Cette disposition se présente comme une concrétisation, extrêmement claire, des énoncés préambulaires. Il faut rappeler en effet que notre Constitution contient une déclaration exemplaire dont la potentialité n'a pas été suffisamment développée, sans doute parce qu'elle est située dans le Préambule, et probablement aussi à cause du peu d'importance que la doctrine a accordé, sauf quelques exceptions significatives (Pérez Serrano, Lucas Verdú ou Häberle) aux préambules constitutionnels. La fonction essentielle d'un Préambule est de reprendre la couverture idéologique du régime, et de synthétiser conformément à cette dernière les missions d'un État constitutionnel donné. Dans le cas espagnol, le constituant de 1978 proclame, comme objectif primordial, l'établissement en Espagne d'une société démocratique avancée ce qui implique inexorablement en contrepartie le devoir, pour les pouvoirs publics, d'atteindre l'égalité substantielle des citoyens (art. 9. 2).

Cependant, l'État espagnol à qui le constituant a fixé comme objectifs essentiels spécifiques à sa propre forme historique, d'établir une société démocratique avancée, et d'assurer l'égalité substantielle de tous les citoyens, assume l'obligation de subordonner ceux-ci aux exigences de respect des principes d'économie de marché et de libre concurrence (art. 4. 1 TUE) ainsi qu'au maintien de la stabilité des prix (art. 4. 2. TUE). Cette subordination implique qu'aujourd'hui, les véritables missions de l'État consistent à mettre en oeuvre ces dernières exigences (stabilité des prix, libre concurrence,..., etc.) et plus celles qui lui ont été fixées le constituant. Il est inutile de rappeler que le pouvoir constituant dérivé n'a pas participé à cette opération transcendantale, et s'il ne l'a pas fait, ce n'est pas parce que les procédures de réforme constitutionnelle n'ont pas été activées, mais parce que, une nouvelle fois, on a eu recours à une modification non formelle du Texte fondamental, c'est à dire à la mutation. Il en découle, du point de vue du principe démocratique, des conséquences dont la transcendance est indéniable si l'on tient compte de ce qui a été exposé au début du présent travail.

C'est ainsi qu'a eu lieu une transformation radicale des finalités de notre Constitution. Si la mise en oeuvre de politiques alternatives modulant la façon d'accomplir les objectifs de l'art. 9. 2, est possible dans l'État Social et dans les limites du cadre constitutionnel, la réglementation européenne, elle, annule cette possibilité lorsqu'elle établit le cadre unique de fonctionnement et qu'elle fixe les objectifs de la Communauté Européenne, dans des termes qui ne coïncident pas avec ceux de la Constitution. Dans ce sens, la contradiction est nette entre l'étroitesse des possibilités qu'offre le primat exclusif de l'économie de marché et de la libre concurrence, et l'éventail d'options constitutionnelles qui vont de l'économie de marché de l'art. 38 CE à la réserve du secteur public de l'art. 128. 2 CE, ou la programmation démocratique de l'art. 131 CE.

4.3. Signification et portée de la crise de la Constitution.

Cette analyse sommaire de la crise du dogme de la suprématie constitutionnelle met en évidence les deux versants de celle-ci. La dimension formelle qui se projette dans les relations entre deux ordres juridiques concurrents eu égard à la primauté : le constitutionnel et le communautaire, et la dimension matérielle concrétisée dans une mutation constitutionnelle spectaculaire qui consiste en une transformation radicale des objectifs de l'État. Mais c'est l'analyse de la seconde dimension, la substantive, qui nous livre la dimension réelle des effets du raz-de-marée communautaire aggravés encore par les conséquences explosives de la mondialisation¹².

¹² TAJADURA, Javier : "¿El ocaso de Westfalia ?. Reflexiones en torno a la crisis del constitucionalismo en el contexto de la mundialización" en Revista de Estudios Políticos, núm. 123, 2004. P. 315-349.

Cet ensemble de circonstances fait que les juristes en général, et plus particulièrement les constitutionnalistes, se trouvent à un carrefour historique déterminé par le processus actuel d'intégration européenne et ses conséquences juridico-politiques d'ordre constitutionnel.

La défense du principe juridique de la suprématie constitutionnelle est la conséquence logique de l'assomption du principe démocratique du pouvoir constituant du peuple. Cela est certain, mais il n'en est pas moins vrai que le processus d'intégration continentale est indispensable pour affronter les défis du troisième millénaire. Et l'on n'insistera jamais assez sur le fait que ce processus a assuré la paix en Europe pendant plus d'un demi-siècle. Ne serait-ce que pour cela, les institutions communautaires jouissent déjà sans nul doute d'une légitimité indiscutable.

En dernière instance, les problèmes décrits jusqu'ici trouvent leur origine dans le manque de fondements constitutionnels du processus de construction européenne. Corriger cette lacune devrait être, en principe, notre premier objectif.

Dans ce sens, le professeur Rubio Llorente, qui joint à sa condition de Professeur celle d'ex-vice-président du Tribunal Constitutionnel d'Espagne, souligne la façon dont "malgré son caractère indispensable, ce fondement constitutionnel de l'intégration (communautaire) est encore aujourd'hui au plus haut point déficient, même si cette déficience fait l'objet de très peu d'attention. Dans son admirable travail de construction du Droit Européen, la Cour de Justice s'est limitée à passer cette carence sous silence et les théoriciens de ce droit la dédaignent le plus souvent, quand ils ne la condamnent pas comme étant l'expression d'un nationalisme 'antieuropéen', les vagues cogitations de quelques inquiets (...) La conscience de plus en plus étendue de son existence, les réformes introduites ces dernières années dans certains États pour la corriger au moins partiellement, et les efforts consentis pour doter l'Europe d'une 'Constitution' (...) sont cependant la meilleure preuve du fait qu'une telle méthode a épuisé ses possibilités et que la création d'une Communauté Européenne qui soit une véritable *Rechtsgemeinschaft* ne peut continuer à éluder le problème constitutionnel"¹³.

Si l'on continue à s'y soustraire, la distance entre la normativité constitutionnelle et la réalité politique, qui atteint aujourd'hui des niveaux scandaleux, risque de devenir insurmontable.

Si nous admettons que ce qui a été dit jusqu'à présent a un quelconque fondement, nous pouvons conclure en disant :

a) Dans les États membres de l'Union Européenne, le principe de suprématie de la Constitution ne s'impose plus par rapport au Droit Communautaire. S'agissant d'un principe inhérent au concept même de Constitution normative, nous pouvons donc affirmer que la Constitution (et la démocratie) est en crise.

b) Les organes de Justice Constitutionnelle ne garantissent plus la suprématie formelle et matérielle des Constitutions nationales. Cela signifie que la crise actuelle de la Constitution ne pourra pas être résolue par l'intervention des organes qui se définissent comme ses défenseurs ultimes. Les Cours Constitutionnelles sont impuissantes à affronter les mutations constitutionnelles profondes que provoque l'intégration européenne.

c) La question par excellence sur laquelle porte le débat constitutionnel de notre époque n'est autre que celle des moyens de surmonter cette crise. Pour ce faire, le besoin est, à juste titre, souvent évoqué, d'européaniser les Constitutions nationales. Mais cela n'apporterait pas de solution cohérente et définitive au problème sous-jacent qui n'est autre que celui de l'applicabilité du principe démocratique comme fondement de la communauté politique. C'est à dire que nous pourrions inclure démocratiquement dans les Constitutions nationales une clause qui prévoirait la soumission expresse de celles-ci –avec ou sans limites, bien que seule la seconde hypothèse

¹³ RUBIO LLORENTE, Francisco : "El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa" en *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*. Ariel, Barcelona, 1997. P. XVIII-XIX.

répondrait pleinement aux exigences de la primauté communautaire- au droit européen, au quel cas, la véritable norme suprême de l'ordre juridique n'émanerait plus de la volonté populaire.

On en déduit que le *seul moyen de surmonter la crise actuelle des Constitutions nationales est d'adopter une véritable Constitution dont le statut de norme suprême sera légitimé par son origine populaire.*

Au delà de cela, c'est aussi la seule façon de garantir le succès du processus même d'intégration européenne qui, autrement, est dilué et réduit à un simple espace d'intégration économique dont l'importance politique deviendra résiduelle eu égard aux États Unis et aux nouveaux pôles de pouvoir émergents (Chine, Inde, Brésil)

L'Europe est aujourd'hui une Confédération d'États et, en tant que telle, elle se base sur le Droit International. L'histoire nous a appris qu'avec le temps, les Confédérations finissent par se dissoudre ou par devenir de véritables États. Je crois opportun, par conséquent de conclure cet essai sur un examen de la nature juridique de l'Union et –sans renoncer à la composante utopique consubstantielle à la pensée constitutionnelle- de la façon dont celle-ci pourrait finir par devenir un État constitutionnel.

5. La constitutionnalisation de l'Europe en réponse à la crise.

5.1. La nature juridique de l'Union Européenne : une confédération d'États sous sa forme moderne.

L'Europe se présente au juriste comme une organisation d'États dont la véritable nature juridique est difficile à cerner et, de ce fait, controversée. Quoi qu'il en soit, on ne peut pas nier que cette organisation s'inspire et se vertèbre sur les valeurs et principes du fédéralisme. L'Union Européenne est pétrie d'éléments qui sont propres à un schéma fédéral de l'articulation du pouvoir : les institutions communautaires exercent directement des pouvoirs normatifs et juridictionnels sur les particuliers ; il existe un ordre de distribution des compétences entre l'Union et les États membre ; les mécanismes de résolution des conflits coïncident également avec ceux du système fédéral. Cela dit, le problème se pose lorsque l'on cherche à déterminer à quelle manifestation structurelle historique de ce dernier se rattache la nouvelle communauté politique européenne. L'Union Européenne en effet, telle qu'elle est actuellement configurée par le Traité de Nice et qu'elle semble s'affirmer dans le Traité de Lisbonne, ne répond totalement, pleinement et absolument, ni au concept classique de l'État Fédéral, ni à celui de Confédération d'États. L'Union Européenne présente en effet des caractéristiques et des éléments propres à l'un et à l'autre.

Parmi les principales préoccupations émises par les rédacteurs des Traités, jamais la volonté de fixer ou d'établir une manifestation concrète du phénomène fédéral n'a été énoncée. La raison n'est pas difficile à comprendre. Une telle intention aurait échoué face à des positions aussi divergentes que celles que défendent la France, l'Allemagne et le Royaume Uni. Par ailleurs, nous devons signaler que lorsque les Conférences Intergouvernementales rédigent leurs textes, leur objectif n'est pas de fixer une manifestation concrète du fédéralisme susceptible d'être comparée aux modèles que l'histoire nous fournit. Leur objectif est de structurer l'Europe, moyennant une organisation politique qui réponde aux besoins des citoyens des États membres. C'est à nous, les théoriciens que revient la tâche d'élaborer "a posteriori" les modèles, en les induisant des décisions éminemment pratiques que les négociateurs du Traité se sont vus obligés à adopter, en vertu de leurs engagements. Cela signifie que les modèles n'existent que dans l'esprit des théoriciens qui les construisent. Ces modèles ou "idéal-types" comme les appellerait Max Weber, sont le fruit du besoin d'apporter un certain ordre conceptuel à une réalité infiniment complexe.

La première question que nous devons donc affronter est celle de la nature de l'Union Européenne. Une fois le processus d'intégration européenne mis sur les rails du fédéralisme, voyons les raisons qui expliquent les difficultés que l'on rencontre à situer clairement l'Union Européenne, soit dans l'orbite de l'État Fédéral, soit dans celle de la Confédération d'États.

Il nous faut rappeler que c'est Georg Meyer qui, a été le plus ténu et le moins intense d'entre tous les théoriciens du fédéralisme, lorsqu'il a formulé la distinction entre les deux manifestations du phénomène fédéral ; il part du principe que, d'après lui, la ratification du Traité constitutif d'une Confédération d'États, représente doré et déjà un renoncement, par ses signataires, à leur statut d'État souverain et indépendant, sujet de Droit International, en faveur de la nouvelle identité politique. Confédération et État Fédéral sont donc, en apparence, assimilés. Je dis bien en apparence car, pour G. Meyer, deux différences fondamentales empêchent de mener à terme cette comparaison et cette assimilation : en premier lieu, la procédure permettant de vérifier la réforme de leur norme fondationnelle varie selon que l'on se est dans un État Fédéral ou dans une Confédération. Alors que, dans la Confédération, la réforme du texte fondamental requiert, d'une manière générale, l'unanimité des membre, dans le cas de l'État Fédéral, il suffit que le projet de révision soit approuvé à la majorité qualifiée. En second lieu, les effets que les normes juridiques émanant des organes centraux produisent sur les citoyens sont également différents, selon que l'on se trouve dans un État Fédéral ou dans une Confédération. Dans l'État Fédéral, les normes juridiques de la Fédération sont directement applicables à tous les citoyens et ne requièrent pas d'être validées par une partie des autorités des collectivités membres. Dans la Confédération au contraire, les normes confédérales ne peuvent être appliquées aux citoyens que dans la mesure où elles ont été transformées en droit interne par l'intervention des autorités des collectivités membres.

Pour ce qui concerne la première différence, l'Union Européenne, puisque ses normes fondationnelles doivent nécessairement être réformées à l'unanimité, se situerait dans l'orbite de la Confédération d'États. En revanche, si nous nous en tenons à la seconde des deux différences de la Théorie de l'État classique, l'Union Européenne, étant donné l'application préférentielle et directe de ses normes au sein des États membres, se rapprocherait beaucoup plus de l'État Fédéral.

L'ensemble de ces considérations nous a amenés à partager la thèse du professeur La Pergola et à affirmer, donc, le besoin d'une reformulation des catégories classiques sur le fédéralisme de la Théorie de l'État¹⁴. Il s'agirait en l'occurrence d'établir une différence, en matière de Confédération, entre une forme ancienne, voire archaïque, et une forme moderne. Les modèles historiques connus de tous répondraient à la première: l'Union des treize anciennes colonies américaines, du 5 novembre 1779 à la mise en oeuvre de la Convention de Philadelphie ; la Confédération Helvétique, de 1803 à 1848 ; ou encore la situation des Länder allemands jusqu'à la création de l'Empire germanique et l'approbation de la Constitution de 1871. L'Union Européenne, elle, relèverait de la seconde option. En effet, et c'est sa principale caractéristique, si elle n'est pas encore un État Constitutionnel dans sa manifestation d'Etat Fédéral, elle est beaucoup plus centralisée que ne l'ont jamais été les Confédérations historiques.

En définitive, les Traités européens en vigueur n'impliquent en aucun cas la dissolution des États membres de l'Union dans une nouvelle communauté politique¹⁵. Communauté que nous avons qualifiée de Confédération d'États sous une forme moderne : une Confédération qui présente un niveau de centralisation beaucoup plus élevé que les niveaux jamais atteints par les Confédérations historiques. L'expérience historique prouve cependant que toute Confédération archaïque fondée sur un Traité International a toujours fini par se transformer en un véritable État Fédéral, ou par se dissoudre. C'est dans ce contexte que voit le jour l'idée de doter l'Europe d'une Constitution, de mettre en oeuvre donc, dans le domaine de l'Union Européenne, une Constitution rationnelle normative. Constitution qui ne serait plus le résultat d'un pacte contractuel entre États souverains, mais plutôt l'expression de la volonté souveraine d'un véritable Pouvoir Constituant.

5.2. Vers un Pouvoir Constituant européen.

La Constitution européenne doit émaner du pouvoir constituant, pouvoir qui n'a pas encore été reconnu à l'Assemblée de Strasbourg mais qui, conformément à la logique constitutionnelle,

¹⁴ LA PERGOLA, Antonio : Los nuevos senderos del federalismo, CEC, Madrid, 1994.

¹⁵ TAJADURA, Javier : "La posición de los Estados miembros en el Tratado Constitucional Europeo" en Revista de Derecho Político, núm. 65, 2006. P. 117-146.

devrait lui être attribué, si l'on veut qu'une Constitution véritablement démocratique soit approuvée. D'après la tradition constitutionnelle européenne, qui diffère sur ce point de l'américaine, le pouvoir constituant peut être délégué, et le Parlement qui élaborerait la Constitution recevrait des citoyens un pouvoir spécial à cet effet. Les élections de 2009 seraient une bonne occasion de procéder à cette transformation. Le texte ainsi élaboré par cette Assemblée Constituante serait ensuite ratifié par le Peuple européen par un référendum convoqué à cette fin. Le caractère constitutionnel authentique d'un Texte Fondamental élaboré et approuvé de la sorte ne ferait, dans une telle hypothèse, aucun doute.

L'approbation par le Parlement Européen d'un Texte Constitutionnel -que l'on applique les formulations classiques de Wise et d'Isnard, ou les schémas propres au constitutionnalisme démocratique et social- requerra néanmoins, comme une condition préalable, la réalisation du pacte social par le biais duquel ces citoyens européens se seront investis Peuple souverain de la nouvelle entité juridico-politique. Le professeur Grimm se prononce également dans ces termes. Le prestigieux juriste allemand soutient en effet qu'il est inhérent à toute Constitution, au sens plein du terme, que celle-ci "fasse référence à un acte réalisé par, ou au moins attribué au, peuple en soi et conformément auquel ce dernier s'attribue lui-même la capacité politique"¹⁶.

Selon moi, *le pacte social dont serait issu le nouveau Pouvoir Constituant pourrait se produire tant au moment de la célébration des élections constituintes au Parlement Européen que par le référendum de ratification du Texte Constitutionnel approuvé par celui-là*. Mais son caractère indispensable est, en tout état de cause, indiscutable, comme une espèce de prius logique à toute Constitution démocratique, le pacte social précède toujours l'acte constitutionnel. Par le premier, on crée la société, par le second, on l'organise. Sans l'existence d'un pouvoir constituant préalable et localisé dans le Peuple, il n'y a pas de Constitution démocratique. La vérification de ce Pacte Social ne doit en aucun cas être considérée comme politiquement, socialement et historiquement inviable. Dans ce sens, je ferai référence à l'analyse pertinente et pointue de Jürgen Habermas : "Un État-nation ne récupérera jamais son ancienne force en se mettant à l'abri dans sa coquille... Les conditions artificielles dans lesquelles la conscience nationale s'est réveillée sont un argument contre la supposition défaitiste selon laquelle une forme de solidarité civique entre inconnus ne peut se générer que dans les confins de la nation. Si cette forme d'identité collective a été provoquée par le passage profondément abstraitif de la conscience locale et dynastique à la conscience nationale puis à la démocratique, pourquoi ce processus d'apprentissage ne saurait-il continuer?"¹⁷.

L'avènement du Peuple européen comme Pouvoir constituant fait que les Peuples des États membres actuels s'intègrent en lui et s'y dissolvent, et, en tant que titulaire de la souveraineté, il devra pouvoir imposer sa volonté à chacun d'entre ceux qui le constituent. De sorte que le Texte Fondamental de l'Union Européenne serait à tous les égards une authentique Constitution, la Constitution de l'État Fédéral Européen¹⁸.

Tant que cette hypothèse n'aura pas été réalisée, chacun des Peuples des États membres conservera –formellement- sa souveraineté, et l'on ne pourra en aucun cas parler de Constitution au sens rationnel normatif ou libéral bourgeois évoqué dans cet exposé. Le Texte Fondamental de l'Union Européenne continuera d'être un Traité International établissant une Confédération d'Etats sous sa forme moderne.

Et il n'y a pas de troisième alternative. En effet, comme le souligne le professeur Haberle, il ne peut y avoir de Constitution européenne "dès lors que l'Europe en tant que telle ne forme pas un

¹⁶ GRIMM, Dieter : "Does Europe need a Constitution ?" en ELJ, 1, 1995. P. 282.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen : The Liberating Power of Symbols, Polito, Cambridge, 2001 en BAUMAN, Zygmunt : Europa. Una aventura inacabada, Losada, Madrid, 2006. P. 61.

¹⁸ GRIMM, Dieter : "Does Europe... ob. cit. P. 298-299.

État Constitutionnel”¹⁹. Tant que le “pouvoir public européen” restera fondé sur les États membres, parler de Constitution européenne n’aura aucun sens. Si ledit pouvoir dérivait au contraire directement du Peuple européen, nous pourrions parler, dans l’Union, de légitimité constitutionnelle. Cependant le pouvoir public européen “n’est pas, à ce jour, le pouvoir qui dérive du peuple, c’est un pouvoir qui relève des États”. Cela dit, comme en avertissait pertinemment le professeur Grimm, dans une telle hypothèse, les États membres cesseraient d’être les maîtres du Traité et l’Union Européenne deviendrait un État véritable²⁰.

En définitive, la thèse soutenue dans la présente étude peut être synthétisée de la manière suivante :

a) Tout édifice constitutionnel doit être construit sur deux piliers ou fondements : le principe politique démocratique selon lequel le Pouvoir Constituant réside dans le Peuple, et le principe juridique de suprématie constitutionnelle qui est la conséquence du précédent. En d’autres termes, la Constitution est conçue comme la norme suprême de l’Ordre parce qu’elle est l’oeuvre du Pouvoir Constituant.

b) Dans les États membres de l’Union Européenne, les Constitutions nationales (émanant directement de la souveraineté populaire) sont pourtant subordonnées au Droit communautaire. Le principe de primauté du droit communautaire, indispensable pour la subsistance de ce même droit, ne peut pas se fonder sur le principe démocratique. Je serai encore plus clair et plus catégorique, et dirai que, même si le Droit Communautaire n’est pas l’oeuvre directe du Peuple Européen, ses dispositions prévalent sur les Textes Constitutionnels issus de tous et de chacun des Peuples d’Europe.

c) Ce qui vient d’être dit oblige le juriste en général et le constitutionnaliste en particulier à aborder la question controversée de la légitimité d’une telle suprématie. Et, dans ce sens, la logique juridique et politique démocratique nous amène à conclure qu’il n’y a qu’une seule voie possible pour légitimer la suprématie normative, qui est d’octroyer celle-ci à la norme qui émane directement du peuple, à celle, donc, que techniquement nous appelons Constitution. En un mot, *tant que l’Europe n’aura pas de Constitution, la primauté de ses normes restera problématique.*

L’examen des problèmes politiques qu’une telle solution (l’approbation d’une véritable Constitution pour l’Europe) entraînerait, déborde largement les prétentions du présent travail. Quoiqu’il en soit, nous pouvons, en dernière instance, les synthétiser comme suit : le refus des États à perdre leur souveraineté. Mais ce refus est basé sur un leurre. Personne ne peut perdre ce qu’il n’a jamais eu. Il y a longtemps que les États européens ne sont plus matériellement souverains. Je crois qu’un seul exemple suffira à illustrer ce que j’affirme. Le processus d’intégration européenne est jalonné d’une série de dates significatives. Le Traité de Maastricht en est une. Ce texte pose les bases de l’Union monétaire, c’est à dire la création d’une monnaie unique ainsi que d’une politique monétaire commune, dont la direction est attribuée à la Banque Centrale Européenne. Comme chacun sait, Bodino, le créateur du concept de souveraineté, lorsqu’il parle des attributs du souverain, explique, entre autres choses, que c’est le souverain qui confère sa valeur à la monnaie. On peut alors penser qu’en 1992 les États membres ont renoncé à leur souveraineté monétaire au profit de la Banque Centrale Européenne. Or, c’est le contraire qui se produit dans les faits : les États dont les monnaies nationales étaient soumises à la pression des spéculateurs internationaux y renoncent en échange d’une monnaie plus stable et résistante aux pressions extérieures. Ce qui signifie, en définitive, qu’avec une telle décision, les États n’affaiblissaient pas leur souveraineté mais qu’au contraire ils la renforçaient.

L’exemple présenté ici, qui pourrait être corroboré par de nombreuses autres illustrations, met très clairement en évidence que le processus d’intégration européenne, loin d’affaiblir les États, les

¹⁹. HABERLE, Peter : “Derecho Constitucional común europeo” en Revista de Estudios Políticos, núm. 79, 1993. P. 11 y ss..

²⁰ GRIMM, Dieter : “Does Europe...ob. cit. P. 291 y 298-299

renforce²¹. Plus concrètement et comme le dit Bauman, les réponses à la crise de l'État Social doivent être des réponses européennes : "La mondialisation du capital et du commerce, l'élimination des restrictions et des obligations locales du capital, et la conséquente extraterritorialité des principales forces économiques ont fait que 'un État social dans un pays unique' soit un concept totalement contradictoire"²². L'établissement d'une Constitution européenne représenterait pour ceux-là le renoncement à une souveraineté qui, dans le contexte de la mondialisation, s'avère être purement formelle, en échange de leur intégration dans un État souverain européen, digne de ce nom.

En d'autres termes, la constitutionnalisation de l'Europe est inévitable non seulement pour surmonter la crise de la Constitution dans la perspective de la logique juridique et politique démocratique, comme j'ai essayé avec plus ou moins de bonheur de l'expliquer, mais encore parce que, comme réponse à la crise de l'État national, elle est aussi une nécessité historique inéluctable.

²¹ BECK, Ulrich y GRANDE, Edgar : La Europa Cosmopolita, Paidós, Barcelona, 2006.

²² BAUMAN, Zygmunt : Europa. Una aventura inacabada...ob.cit. P. 119.