

SUR LA CONSTITUTIONNALISATION DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

Prof. dr. SIMINA TĂNĂSESCU

Université de Bucarest

Précisions terminologiques

Dans la doctrine les concepts de constitution, constitutionnalisme et constitutionnalisation sont nettement distingués, même si interdépendants.

Alors que le mouvement constitutionnaliste a mis les bases du développement du phénomène de constitution dans le monde et a permis son élargissement de plus en plus large, ainsi que l'approfondissement de ses conséquences juridiques, la constitution représente seulement une concrétisation d'une partie du set d'idées et de principes qu'offre le constitutionnalisme, particularisation qui dépend aussi bien de ce que dans la doctrine on a pu nommer «le moment constitutionnel»¹, tout comme d'une série d'autres éléments, parmi lesquels les spécificités historiques, économiques, politiques et nationales jouent un rôle important.

La constitutionnalisation du droit représente une réalité dont la naissance précède de beaucoup le début des recherches juridiques qui y sont consacrées dans le droit intern. Les études menées dans les systèmes juridiques français², allemand³, espagnol⁴, ou roumain⁵ ont montré qu'elle est un phénomène juridique complexe, qui concerne l'ensemble d'un ordonnancement normatif, lui assurant unité par l'interaction qui s'établit entre les normes juridiques de la loi fondamentale et le reste des normes juridiques de rang inférieur à la constitution. La simple existence d'une loi fondamentale n'est pas suffisante pour caractériser ce phénomène. Ni l'existence des bases constitutionnelles d'un système juridique, ni la suprématie de la constitution ne peuvent être identifiées avec la constitutionnalisation du droit, mais toutes les deux en sont des prémisses indispensables. Pour tout système normatif, la constitutionnalisation commence avec l'adoption et l'implémentation effective de la Constitution et avec la garantie juridictionnelle de sa suprématie.

Beaucoup de doctrinaires de droit communautaire considèrent aujourd'hui qu'on peut facilement transplanter une terminologie qui était réservée uniquement aux Etats et à leur droit constitutionnel au niveau de l'entité supranationale qui est l'Union Européenne.⁶ Cette vision semble réconfortée aussi bien par la formulation des traités fondateurs de l'Union Européenne

¹ B. AKERMANN, «The Rise of World Constitutionalism», *Virginia Law Review* n° 83/1997, p.775 et dans «Constitutional politics/Constitutional law», *Yale Law Review* n° 99/1999, p. 453.

² L. FAVOREU, "L'influence de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel sur les diverses branches du droit", *Mélanges Léo Hamon*, p. 235 et seq.; "L'apport du Conseil Constitutionnel au droit public", *Pouvoirs* n° 13/1980, p. 17; L. FAVOREU, "La constitutionnalisation du droit", *Mélanges en hommage à Roland Drago*, PUAM Economica, p. 25 et seq.

³ M. FROMONT, "Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la R.F.A.", *Mélanges Eisenmann*, p. 9 et seq.; J.C. BEGUIN, "Le contrôle de la constitutionnalité des lois en R.F.A.", PUAM Economica, 1982.

⁴ P. BON, "La constitutionnalisation du droit espagnol", *Revue Française de Droit Constitutionnel* n° 5/1991.

⁵ I. MURARU, S. TĂNĂSESCU, „La constitutionnalisation du droit roumain”, dans „Le nouveau constitutionnalisme - Mélanges en l'honneur de Gérard Conac”, *Economica*, 2001, Paris, p. 234 et seq.

⁶ K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, «Constitutional Law of the EU», Sweet and Maxwell, 2004, Londres.

concernant «une Union de plus en plus étroite», que par une jurisprudence assez constructive, voire inventive, de la part de la Cour Européenne de la Communauté Européenne (CJCE), à travers laquelle elle a précisé non seulement la structure et la cohérence interne du droit communautaire, mais aussi son autonomie par rapport au droit interne des Etats membres et par rapport au droit international public classique, pour finalement qualifier les traités fondateurs de l'Union Européenne comme «charte constitutionnelle»⁷ du nouvel ordre juridique ainsi proclamé.

Toutefois, et même si cela n'a été répétée que trop souvent, il faudrait le rappeler encore une fois en tant que précision liminaire: la Constitution est apparue en étroite corrélation avec l'Etat, ce qui explique pourquoi l'utilisation du concept par rapport aux entités para- ou extra-étatiques est encore difficilement acceptable. Avec le recul qu'offre l'étude de l'histoire, force est de constater que l'association entre la Constitution et l'Etat marque un «moment constitutionnel» important, surtout au niveau conceptuel. La Constitution est devenue la loi fondamentale de l'Etat au moment où le pouvoir étatique s'est véritablement démocratisé. Le passage du constitutionnalisme traditionnel, entamé par le parlementarisme britannique⁸, au changement de perspective sur la légitimité de l'Etat, marqué par la Convention de Philadelphia, explique le lien indissociable qui s'est forgé dans le temps entre la Constitution et l'Etat. Le constitutionalisme moderne associe désormais les concepts Constitution et Etat d'une manière tellement indestructible qu'il est difficile aujourd'hui de les concevoir séparément. Dès lors, la Constitution est la loi fondamentale de l'Etat, qui non seulement fixe «les règles juridiques pour le jeu politique», mais aussi établit «la compétence de la compétence». Cette dernière caractéristique fait qu'elle puisse régler la production des normes au sein de l'Etat, et, ainsi, se constituer dans la base même de l'ordre juridique étatique.

Au niveau international il existe de nombreux types d'association des Etats qui ont certains objectifs communs et qui constituent des ensembles plus ou moins structurés par le biais des actes juridiques, mais il n'est pas certain que cela soit suffisant pour qu'on puisse considérer de tels *vinculum juris* comme des véritables constitutions, dans le sens propre du terme. Même si les Etats acceptent plus que des principes communs, tels qu'il est le cas des Etats membres de l'Union Européenne, et même s'ils établissent des institutions au rôle normatif, exécutif, et juridictionnel, auxquels ils obéissent tout en limitant leur souveraineté, cela ne suffit pas pour qu'une telle structure institutionnelle interétatique soit dotée d'une véritable constitution, qui, surtout, remplisse toutes les fonctions d'une constitution. Et cela parce que le terme de comparaison est, et reste, celui étatique.

Pourtant, il est vrai que, de nos jours, le terme Constitution est de plus en plus souvent utilisé dans un contexte qui dépasse largement les cadres de sa matrice génératrice étatique. Jusqu'à la fin des années '90 il était assez rare d'employer le terme Constitution en corrélation avec des entités supranationales ou internationales.⁹ Mais vers la fin des années '90 la doctrine avait fait des grands pas sur cette voie¹⁰, bien que d'une manière assez controversée¹¹. Mise à part ce contexte

⁷ Parti écologiste «Les Verts» c. Parlement européen (CJCE 1986, C294/83).

⁸ G. IONESCU, «Opoziția», Humanitas, 1992, București, p. 15.

⁹ B. FASSBENDER, «The United Nations Charter as Constitution of the international community», Columbia Journal of Transnational Law n° 36/1998, p. 529 et seq.

¹⁰ Les spécialistes de droit international public se sont largement mis d'accord sur une position favorable au concept de Constitution internationale J. KLABBERS, «Constitutionalism Lite», International Organisations Law Review n°1/2004, p. 31 et seq. ; R.St.J. MACDONALD et D.M. JOHNSTON (coord.), «Towards world Constitutionalism: issues in the legal ordering of the world community», Nijhoff, 2005, La Haye. Egalement, les spécialistes de droit communautaire ont rapidement bâti sur la fameuse jurisprudence *Parti écologiste «Les Verts» c. Parlement européen* (CJCE 1986, C294/83), et ont amplement adopté et adapté la terminologie Constitutionnelle aux réalités de l'Union Européenne: K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, «Constitutional Law of the EU», Sweet and Maxwell, 2004, Londres; J. HABERMAS, «Why Europe needs a Constitution», New Left Review n°11/2001, p. 5 et seq.

doctrinal, les avancées de l'intégration européenne, tant géographiquement qu'en matière d'approfondissement, ont créé les conditions pour l'association de deux termes irréconciliablement contradictoires¹² dans le titre d'un traité de l'Union Européenne. Même s'il n'avait pas suscité les vifs débats politiques et juridiques qu'il a réussi soulever, aussi bien parmi les doctrinaires et les praticiens du droit, que parmi les citoyens européens, rien que le titre de ce Traité établissant une Constitution pour l'Europe¹³ peut rappeler la théorie de Carl Schmitt sur le traité constitutif d'une (con)fédération en tant qu'acte d'un pouvoir constituant.¹⁴

Dans ce contexte, et indépendamment du sort de ce «traité constitutionnel»¹⁵, il convient de se poser la question s'il serait possible, dans l'état actuel des choses, de parler d'une Constitution de l'Union Européenne¹⁶, et, de ce fait, d'une constitutionnalisation de l'intégration européenne. Dans un contexte plus général, où l'on parle souvent et dans un consensus quasi-général de la constitutionnalisation du droit international public¹⁷, est-il possible que des parties spécifiques de ce système normatif soient plus avancées que d'autres?

Les phénomènes particuliers et, en grande partie, originaux, que l'on observe récemment au niveau des relations internationales, surtout dans le domaine juridique, peuvent justifier l'emprunt *tale quale* des concepts et raisonnements développés au niveau des Etats? En d'autres mots, y a-t-il véritablement aujourd'hui une constitution européenne et une constitutionnalisation de l'intégration européenne, ou s'agit-il d'un abus de langage?

Pour tester cette hypothèse il faudrait vérifier l'existence des deux prémisses indispensables pour la constitutionnalisation du droit au niveau de l'ordre juridique de l'Union Européenne, à savoir: (A) l'existence d'une constitution et (B) la présence des garanties

¹¹ Surtout les juristes de droit Constitutionnel et les historiens du droit ont soulevé quelques questions par rapport à un usage excessif, voir erroné, des concepts classiques dans un contexte peu adapté pour leur emploi: L. FAVOREU, «Au carrefour des droits», Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis, Dalloz, 2002, Paris, p. 35 et s.; D. GRIMM, «Ursprung und Wattle des Verfassung» dans J. Isensee et P. Kirchhof (coord.) «Handbuch des Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland», C.F.Müller, 2003, Heidelberg, p. 3 et seq. (traduction en manuscrit consultée avec la permission du traducteur); E.S. TĂNĂSESCU, «Sur la possible Constitutionnalisation du droit communautaire», AUB n°1/2004, p. 1 et seq. Aussi relevant, V. CONSTANTINESCO, «Des racines et des ailes», dans «Au carrefour des droits – Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis», Dalloz, Paris, 2002, p. 315 et seq.

¹² E.S. TĂNĂSESCU, «Between a Treaty with Constitutional Authority and The Authority of a Constitutional» dans «The EU as the Paradigm of Future European Statehood», coord. Bogdan IANCU, New Europe College, 2006, p. 61 et seq.

¹³ J.O.C.E. n°310/16 décembre 2004.

¹⁴ Il est intéressant à noter que, selon Carl Schmitt, la (con)fédération n'est pas dotée d'un pouvoir constituant propre, mais elle est fondée sur une convention qui est le résultat d'un pouvoir constituant original, constitué de l'ensemble des Etats participant à cette association. Toutefois, «un authentique traité constitutif d'une (con)fédération est un acte de pouvoir constituant d'un type spécial», car l'appartenance à une (con)fédération soumet l'Etat à l'encadrement dans l'ensemble d'un système politique. Carl Schmitt a même utilisé le vocable «traité Constitutionnel», qui ne lui semble pas du tout une *contradictio in terminis*. (C. SCHMITT, «Teoria Constituției», traduction en langue roumaine en cours de parution, manuscrit consultée avec la permission du traducteur. L'auteur de cet article tient à remercier vivement le traducteur pour tout le soutien fourni.)

¹⁵ Malgré les protestations de la Commission Européenne contre cet appellatif abrégé du Traité instituant une Constitution pour l'Europe, qui a fait presque l'unanimité tant au niveau du public général, que dans les controverses doctrinaires. (Voir «Note de la Commission Européenne à l'attention des fonctionnaires du service juridique» JUR(2005)095010 GL/ qui recommande l'utilisation soit de «la dénomination complète», soit de «la dénomination abrégée: la Constitution».)

¹⁶ Le terme Union Européenne est utilisé ici comme concept générique pour désigner aussi bien la Communauté Economique Européenne, que la Communauté Européenne, ou l'Union Européenne elle-même, malgré les différences objectives qui existent entre ces trois entités, notamment par rapport aux systèmes juridiques qui leur sont propres.

¹⁷ B. FASSBENDER, *op.cit.*, p.529 et seq.

juridictionnelles efficaces pour sa suprématie par rapport au reste des normes juridiques de l'ensemble de l'Union Européenne.

La constitution – prémisses indispensables de la constitutionnalisation

Le mot Constitution est caméléonien: il peut non seulement comporter des sens différents à des époques différentes, mais il peut aussi couvrir des réalités distinctes à la même époque. Ainsi, l'utilisation contemporaine du concept de constitution peut être adaptée aussi bien au contexte étatique, tout comme à celui supra-étatique (Union Européenne), car elle peut être déchiffrée selon au moins deux clefs de lecture: descriptive ou prescriptive.

1. Le sens descriptif du concept de Constitution

D'un point de vue purement descriptif, empirique même, la Constitution de l'Union Européenne renvoie à la réalité objective selon laquelle les traités fondateurs d'une organisation internationale constituent la base structurante de cet ensemble institutionnel, ainsi que des règles juridiques qui en dérivent. «Il s'agit de montrer qu'il existe un droit constitutionnel européen»¹⁸, qui aurait à la base un *corpus* des normes considérées fondamentales (les traités originaires) sur lesquelles s'appuie tout l'établissement normatif sous-jacent.

Dans ce sens on a pu parler d'un véritable «système constitutionnel communautaire»¹⁹, qui serait fondamentalement original par rapport aux modes d'organisation traditionnels du pouvoir. Autrement dit, les traités originaires de l'Union Européenne sont des actes juridiques différents d'une Constitution au sens classique du terme, mais qui remplissent des fonctions spécifiques à une Constitution. Cela veut dire que ces traités contiennent les principes selon lesquels est structuré le système normatif communautaire, et selon lesquels fonctionne l'Union Européenne, entité supra-étatique sans personnalité juridique, mais qui commence à se manifester en matière économique tout comme politique.

On peut retrouver dans cette approche les échos des théories développées entre les deux guerres mondiales à propos de l'ordre juridique international. Ainsi, l'école positiviste de cette époque avait affirmé qu'il existait déjà un «droit international constitutionnel» parce qu'une constitution n'est rien d'autre qu'une base institutionnelle pour une communauté instituée par le droit. Dans cette vision, la constitution du système juridique international est composée de «l'ensemble des normes qui établissent la structure, les sous-divisions et la répartition des compétences au sein d'une communauté»²⁰. En d'autres mots, tout comme la constitution internationale précise comment sont créées les autres normes du droit international public, quels doivent être leurs effets juridiques, et qui peut trancher sur leur interprétation, de la même manière la constitution de l'Union Européenne fixe les modalités d'édition et d'application des normes du droit dérivé.

Dans une certaine mesure, cela correspond à l'évolution qu'a connue l'Union Européenne dans le temps, ainsi qu'à une approche purement descriptive du concept classique de constitution. Mais elle ne justifie pas le statut d'évidente et inhérente originalité que réclament haut et fort les auteurs de droit communautaire pour leur objet d'études. Uniquement la fonctionnalité d'un acte juridique n'est pas suffisante pour qu'on puisse le caractériser comme véritable constitution. Même si les traités fondateurs de l'Union Européenne remplissent d'une manière efficace une fonction structurante pour l'ensemble du droit communautaire, tout comme pour l'organisation et le fonctionnement de ses institutions, il y en a d'autres organisations internationales qui utilisent le concept de constitution dans le même sens.²¹ *Mutatis mutandis*, dans un élan d'humour

¹⁸ L. FAVOREU, «Au carrefour des droits», *op.cit.*, p. 35 et seq.

¹⁹ D. SYMON, «Le système juridique communautaire», PUF, 2001, Paris, p. 177 et seq.

²⁰ A. VERDROSS, «Die Verfassung des Völkerrechtsgemeinschaft», Springer Verlag, 1926, Wien/Berlin, p. V.

²¹ L'Organisation Internationale des Migrations, l'Organisation mondiale de la santé, l'Organisation Internationale du Travail, et l'UNESCO ont toutes nommé leur traité fondateur Constitution.

typiquement britannique, et pour dramatiser le débat public sur le Traité instituant une Constitution pour l'Europe, on a fait valoir que même les clubs de golf ont une Constitution.²²

En plus, une deuxième fonction propre aux constitutions classiques n'est que partiellement - ou même très originalement - remplie par ce que généralement est considéré comme la constitution européenne. Dans ce sens il est significatif que l'Union Européenne a déployé tous les efforts nécessaires pour définir les cadres juridiques de la protection des droits fondamentaux à l'intérieur de l'ordre juridique communautaire, et, si cela s'est avéré parfois difficile²³, au moins dans la proximité de cet ordre normatif. Ainsi, déjà avant la consécration dans les traités originaires du concept de citoyenneté européenne, la CJCE avait précisé que le droit communautaire inclut aussi des droits subjectifs et individuels, qui rentrent dans le patrimoine juridique des sujets individuels de droit, et que ceux-ci peuvent invoquer directement devant les autorités étatiques²⁴. Plus tard, elle allait faire des droits fondamentaux des citoyens européens un principe général de l'ordre juridique communautaire²⁵. En grande partie c'est grâce à cette jurisprudence constante qu'on a pu assister à la codification «des traditions constitutionnelles des Etats membres» (art. 6 para. 2 TUE) dans les Traités originaires. Confrontée avec la difficile question de savoir si d'autres sources extérieures au droit communautaire, mise à part les ordres normatifs des Etats membres, pourraient servir comme fondement juridique pour les droits fondamentaux des citoyens européens, la CJCE a fermement exclu une telle possibilité.²⁶ Finalement, l'entité supranationale s'est dotée d'une Charte des droits fondamentaux, pas encore contraignante, à travers une assemblée nommée «Convention» issue d'un dosage assez savant entre des méthodes internationales et des institutions et procédures décisionnelles étatiques. Mais la protection des droits fondamentaux des citoyens européens relève, encore, d'abord de la compétence des juridictions nationale, généralement de niveau constitutionnel, et seulement en subsidiaire, en ce qui concerne les rapports entre les citoyens et les institutions de l'Union Européenne, de la juridiction communautaire.

Par conséquent, les traités fondateurs sont rien de plus que la base juridique d'un ordre normatif autonome, doté d'une certaine originalité, mais qui ne correspondent pas à toutes les caractéristiques du concept de constitution, tel qu'il a été défini au niveau étatique. Cela n'empêche pas l'application du concept classique dans une manière éminemment originale, selon un sens descriptif et fonctionnel uniquement, aux nouvelles entités, qui n'ont pas encore une qualification juridique certaine, comme l'Union Européenne. Une telle approche représente sûrement une révolution au niveau de la précision de la terminologie juridique, mais combien de révolutions n'ont pas commencé en tant que simples coups d'Etats?

2. Le sens prescriptif du concept de Constitution

D'un point de vue prescriptif, ou même normatif, l'utilisation de la terminologie constitutionnelle dans le contexte supranational fait référence à l'imposition, par l'intermédiaire des normes juridiques, d'une certaine conduite humaine selon une sélection des valeurs. Cette sélection (implicite) des valeurs est spécifique à une certaine communauté humaine dans un moment historique précis; elle est protégée par des normes juridiques formellement instituées, selon des règles qui peuvent remplir les fonctions d'une Constitution.

²² Cf. J.H. WEILER, «On the power of the word: Europe's constitutional iconography», I-CON, May 2005, p. 173.

²³ Voir les jurisprudences «Frontini» de la Cour Constitutionnelle italienne, et «Solange» du Tribunal Constitutionnel allemand, précitées, dans lesquelles les cours constitutionnelles avaient déclaré, en essence, qu'elles restent les ultimes gardiens des droits fondamentaux des citoyens européens pour autant que le droit communautaire ne s'est pas doté des mécanismes efficaces.

²⁴ C-26/62, arrêt Vand Gend en Loos du 5 février 1963.

²⁵ C-11/70, arrêt Internationale Handelsgesellschaft mbH du 17 décembre 1970.

²⁶ Voir l'Avis n°2/94 de la CJCE sur l'adhésion de l'Union Européenne à la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

C'est ainsi que les règles établies d'un commun accord par les Etats membres de l'Union Européenne expriment, en effet, leur accord sur un certain choix des valeurs essentielles, et, dès lors, les lient valablement d'un point de vue juridique, et leur imposent une conduite qui risque d'être différente de celle qui leur aurait été possible dans l'absence de l'intégration européenne. La bonne fois et le principe *pacta sunt servanda* obligent les Etats d'accepter se soumettre à des traités dont, par ailleurs, ils sont les auteurs, et même à des juridictions internationales créées par ces traités en tant que gardiens de leur normativité.

La jurisprudence de la CJCE, notamment celle du début, caractérisée par une inventivité prononcée, ne peut être comprise dans l'absence de cette dimension constitutionnelle des traités fondateurs. Si le droit communautaire est autonome et dispose d'une cohérence interne cela est dû aux règles imposées par les traités, qui sont contraignantes pour les Etats membres.

A leur tour, les Etats membres restent les maîtres du processus décisionnel en matière d'intégration, bien que la finalité de cette intégration leur échappe. La CJCE n'aurait pas pu identifier les traits spécifiques et originels qui caractérisent le droit communautaire s'il n'y avait pas un accord sur le *telos* d'un tel exercice. Mais ce *telos* est seulement implicitement contenu dans les textes; c'est lui qui justifie la valeur constitutionnelle des traités fondateurs, mais il n'est nulle part clairement exprimé. Dans la mesure où les traités originaires de l'Union Européenne contribuent à définir un *telos* propre à l'entité supra-étatique, qui serait différent de ceux spécifiques aux Etats (membres), ainsi que de l'intégration elle-même²⁷, on pourrait affirmer qu'il existe déjà une constitution européenne. Mais certainement, cette constitution est originale, et en pleine évolution, car son critère ultime reste encore à être découvert.

L'activisme non négligeable, ainsi que la détermination de la CJCE à identifier les particularités du droit communautaire, et à le faire se distinguer aussi bien du droit interne des Etats membres que du droit international public classique, a fait certains auteurs affirmer que le droit de l'Union Européenne ressemble de plus en plus avec le droit public d'un Etat fédéral²⁸ ou d'une république *in statu nascendi*²⁹ ce qui rendrait légitime l'usage de la terminologie propre au droit constitutionnel lorsqu'il s'agit de décrire les réalités de l'intérieur de l'Union. Toutefois, l'état actuel des choses semble offrir autant des indices qui font une nette différence entre l'Union Européenne et un Etat fédéral, et qui rendent assez difficile le simple transplant des concepts du niveau étatique au niveau supranational.

En plus, le terme constitution n'est pas seulement caméléonien, mais aussi évolutif.

Dans son milieu d'origine, la Constitution est un ensemble de normes juridiques qui règlent les relations sociales essentielles pour l'exercice du pouvoir dans l'Etat, sa normativité étant autoréférentielle et définie par rapport à des buts précis; parmi ces buts (*telos*) on compte, généralement, la consécration de la collectivité humaine en tant que communauté, l'intégration de tous les membres individuels au sein de cette communauté, la définition des traits qui permettent l'auto identification du groupe, ainsi que des membres, tout cela à travers des valeurs communément acceptées. La Constitution constitue le «cadre et la mesure du droit»³⁰ au sein de l'Etat. Elle fixe les limites et établit l'organisation interne du pouvoir de cet Etat, en même temps établissant les droits et libertés de ses citoyens. Selon les théories démocratiques contemporaines, le pouvoir est exercé au sein de l'Etat à travers des décisions collectives adoptées par les citoyens; ces citoyens ne disposent d'aucune possibilité de renoncer à cette prérogative.

²⁷ Laquelle ne devrait être considérée qu'en tant qu'instrument pour atteindre le but fixé. Sur une critique des attentes relatives à l'intégration par le droit voir D. GRIMM, "Integration by Constitution", I-CON, May 2005, p. 193.

²⁸ J. HABERMAS, *op.cit.* p. 5 et seq.

²⁹ A. VON BOGDANDY, "The Prospect of a European Republic: What European Citizens are Voting On", *Common Market Law Review* n°42/2005, p. 913.

³⁰ C. STARCK, «La Constitution - cadre et mesure du droit», PUAM Economica, collection Droit Public Positif, 1997, Paris, *passim*.

Or la complexité des réalités propres à l'Union Européenne risque d'être ignorée si des analogies simplistes avec la situation dans le droit interne sont rapidement faites, sans discernement et sans analyse approfondie. Par exemple, l'usage d'un vocabulaire qui aujourd'hui présuppose un exercice démocratique du pouvoir au niveau de l'Etat n'engendre pas par lui-même des effets démocratiques au niveau supranational.³¹

Dans l'état actuel des choses on est obligé de constater que les citoyens européens voient leur régime juridique fixé d'abord au niveau national, et seulement d'une manière subsidiaire au niveau de l'Union Européenne, ce qui les rendent participants directs seulement au processus décisionnel interne à leur propre Etat, alors que les décideurs au niveau européen restent les Etats membres. Cela est substantiellement différent de la situation qu'on vient de constater au niveau étatique.

Par conséquent, d'un point de vue prescriptif, l'Union Européenne se trouve encore dans la recherche de son principe ultime propre, qui soit différent de l'intégration en elle-même; l'intégration constitue un moyen pour l'entité supranationale, même si elle peut être considérée comme un but commun des Etats membres. La sélection des valeurs opérée selon ce principe ultime peut être faite, d'une manière logique et séquentielle, seulement après son expression concrète et son acceptation par tous les intéressés. En ce moment, l'Union Européenne ne semble pas avoir réussi définir plus que l'objectif d'une «Union plus étroite entre les Etats et les peuples», ce qui paraît insuffisant dans la perspective de l'intégration des citoyens, et de leur engagement dans un projet concret, qui les détermine dépasser les étroites cadres étatiques pour avancer en confiance dans un espace supranational, dans des conditions au moins semblables à celles dont ils disposent actuellement au niveau national.

En conclusion, d'un point de vue descriptif la constitution européenne existe depuis le début de l'intégration européenne, mais d'un point de vue prescriptif elle est encore en plein processus d'autodéfinition.

La garantie de la suprématie de la constitution – prémisses nécessaires de la constitutionnalisation

Si le simple transplant des concepts juridiques du niveau national au niveau international n'est pas possible, la perspective historique peut être éclairante à un autre niveau. Dans la doctrine de droit international public il existe des auteurs qui font remarquer que la sédimentation juridique n'est pas propre seulement à la Constitution européenne, mais elle a été un phénomène largement répandu au niveau des Constitutions dites historiques, ou traditionnelles.³² Ainsi, des textes constitutionnels non négligeables en tant que référence historique se présentent aujourd'hui non pas sous la forme d'une unique loi à caractère fondamental, mais comme un ensemble d'actes normatifs, sédimentés dans le temps, et superposés d'un point de vue formel. La Constitution de la Grande Bretagne en fournit l'exemple le plus notable, mais on pourrait mentionner ici aussi la Constitution de la Suède, avec ses quatre lois organiques³³, ou encore le bloc de constitutionnalité

³¹ *Mutatis mutandis* le même argument a été fait par D. GRIMM, *op.cit.*, *passim.*, lorsqu'il a affirmé que l'intégration sociale qui caractérise les Constitutions nationales est plutôt une donnée initiale, qui préexiste et facilite l'adoption d'une loi fondamentale qu'un effet para-juridique de celle-là. Tout texte juridique aurait quelques difficultés à déterminer cet effet en pratique, et ces difficultés sont encore plus évidentes pour un traité international qui, à aucun niveau, n'entraîne directement les citoyens.

³² B. FASSBENDER, «The meaning of international Constitutional law», dans «Transnational Constitutionalism», *op.cit.*, p. 307 et seq.

³³ L'ordre constitutionnel suédois est composé de quatre textes considérés comme lois fondamentales du royaume: la Constitution proprement dite (*Regeringsformen*), la loi de succession au trône (*Successionsordningen*), la loi sur la liberté de la presse (*Tryckfrihetsförordningen*), et la loi fondamentale sur la liberté d'expression (*Yttrandefrihetsgrundlagen*). A cela il faut ajouter le règlement du Riksdag (*Riksdagsordningen*), qui occupe une position subordonnée, mais supérieure aux lois ordinaires.

français³⁴ ou espagnol³⁵. Le fait que de nos jours on assiste à une sédimentation accrue des règles et principes qui se caractérisent par une priorité manifeste sur d'autres types de règles et normes, et qui bénéficient de l'acceptation consensuelle des Etats participants à l'Union Européenne ne constitue pas une surprise: le phénomène est également présent au niveau international, et semble généralisé.³⁶

Toutefois, une précision non sans importance peut éclairer encore mieux sur les particularités qui rendent la Constitution européenne véritablement originale. Si l'on accepte que le résultat d'une certaine sédimentation juridique puisse avoir des fonctions spécifiques à une Constitution de type historique³⁷, force est de constater que ses effets juridiques sont plus près de ceux d'une Constitution moderne. La Constitution de la Grande Bretagne se particularise par sa souplesse et ne se distingue pas par une quelconque position hiérarchiquement supérieure dans l'ensemble des actes normatifs de l'Etat, alors qu'une telle conclusion n'est pas valable par rapport aux autres lois fondamentales «complexes» mentionnées, et l'est encore moins à l'égard de la Constitution européenne.

La CJCE a souvent mentionnée non seulement la priorité des traités originaires sur le droit communautaire dérivé, mais aussi leur caractère de «charte constitutionnelle» dotée de suprématie dans l'ordre juridique de l'Union Européenne. Cette hiérarchie entre les sources de nature constitutionnelle et le reste du système normatif est propre aux Constitutions étatiques modernes; elle a été marquée au niveau juridictionnel par la fameuse décision «Marbury c. Madison» de la Cour Suprême des Etats-Unis, et, plus généralement, se trouve garantie institutionnellement par le contrôle de constitutionnalité.

Or, si leur position hiérarchiquement supérieure est bel et bien affirmée par la CJCE, les traités originaires de l'Union Européenne ne connaissent pas une véritable garantie juridictionnelle de cette position. Dans un premier temps, la compétence de la CJCE à vérifier la légalité du droit communautaire dérivé est limitée aux actes juridiques du premier pilier de l'Union Européenne, et n'a été étendue aux certains actes juridiques du troisième pilier qu'avec beaucoup des précautions³⁸. En suite, les décisions rendues par la CJCE sur la base des questions préjudicielles ne lient pas d'une manière juridiquement obligatoire leurs destinataires, étant donné que le propre de cette procédure juridictionnelle consiste dans la collaboration qui doit s'établir entre juridictions nationales et la Cour de Luxembourg. La CJCE n'est pas un tribunal de dernière instance, encore moins une cour suprême au sein du système juridictionnel de l'Union

³⁴ L. FAVOREU, «Le bloque de constitutionnalité» dans «Dictionnaire constitutionnel», (coord.) O. Duhamel et Y. Mény, PUF, 1992, Paris, p. 87 et seq.

³⁵ M. RODRIGUEZ-PINERO, J. LEGUINA VILLA, «Rapport espagnol» à la VIII-ème Conférence des Cours Constitutionnelles européennes sur «La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux», AIJC, vol. VI (1990), p. 99 et seq. (notamment p. 113)

³⁶ P. ELEFTHERIADIS, «The Standing of States in the European Union» dans «Transnational Constitutionalism», *op.cit.*, p. 44 et seq.

³⁷ Pour un essai de classification des Constitutions, selon un critère temporel, qui permet la distinction entre Constitutions historiques et Constitutions modernes voir H. DIPPEL, «Modern constitutionalism, an introduction to a history in need of writing», *The Legal History Review* 2005, p. 153 et seq.

³⁸ Dans le troisième pilier de l'Union Européenne la CJCE a une compétence de juridiction internationale classique, qui dépend de sa reconnaissance par les Etats membres. D'un point de vue matériel, elle peut trancher sur des questions préjudicielles seulement par rapport à des décisions, décisions-cadre, et conventions. Par ailleurs, cette compétence dépend d'une déclaration expresse d'acceptation de sa juridiction qui doit être faite par tout Etat membre en vertu de l'article 35 du Traité sur l'Union Européenne. En plus, la portée de cette déclaration peut être encore limitée par les Etats membres, qui peuvent attribuer la possibilité d'adresser des questions préjudicielles seulement aux tribunaux de dernière instance, sans, toutefois, que cela soit obligatoire. Pour une analyse détaillée de la compétence spécifique de la CJCE dans le cadre du troisième pilier de l'Union Européenne voir S. PEERS, «EU Justice and Home Affairs Law», Oxford University Press, deuxième édition, 2007, Londres, p. 17 et seq.

Européenne, et cela grève d'une manière singulière sa possibilité de garantir la primauté de la Constitution européenne.

Une des prémisses essentielles de la constitutionnalisation du droit, directement liée à l'apparition du constitutionnalisme moderne, à savoir la garantie de la normativité et de la suprématie de la constitution, semble manquer d'efficacité dans le système juridique de l'Union Européenne.

En plus, le constat objectif selon lequel le nombre d'actes juridiques déclarés par la CJCE comme ayant valeur suprême dans le système normatif de l'Union Européenne ne fait qu'accroître ne change en rien cette réalité. La constitutionnalisation ne représente pas l'équivalent de tout processus d'inflation normative ou de l'abus de la fonction de contrôle au sein d'un ordre juridique rationnellement structuré; dans le droit interne ces deux derniers phénomènes sont plutôt associés avec les «dommages collatéraux» de l'Etat de droit³⁹. Tout comme la constitutionnalisation du droit implique et présuppose l'existence d'une Constitution⁴⁰, l'Etat de droit comporte intrinsèquement la nécessité d'une loi fondamentale, mais aucun de ces deux phénomènes ne se confondent pas avec elle.

Conclusion

La sédimentation et la codification constitutionnelles ne sont pas des phénomènes nouveaux, ni au niveau national, ni international. Ainsi, au niveau national, la sédimentation constitutionnelle a été un phénomène qui a caractérisé l'apparition de la première constitution du monde – celle de l'Angleterre – et représente un processus qui ne doit pas être négligé, même si aujourd'hui la fréquence de son utilisation est plutôt inexistante. Au niveau international on assiste à une sédimentation de plus en plus accentuée des règles et principes qui tendent acquérir précédence sur d'autres types de normes, et qui bénéficient de l'acceptation consensuelle de plus en plus d'Etats. Le même phénomène, mais avec une intensité accrue, peut être observé aussi au niveau de l'Union Européenne. Il pourrait déterminer, dans un futur pas très lointain, l'apparition d'une constitution dans le sens propre du terme, mais uniquement ce phénomène, pris isolément, ne peut pas conduire à la constitutionnalisation aussi du droit européen.

Le constitutionalisme international peut être considéré comme un mouvement progressiste, qui soutient la coopération internationale par la consolidation des liens (de droit matériel) entre les Etats, et des structures organisationnelles (institutionnalisées formellement) qui existent déjà au niveau international. Le corollaire de cette approche pourrait consister dans le simple constat de l'existence d'une unité croissante, à l'échelle planétaire, des acteurs au niveau international. Cette tendance d'intégration est d'autant plus présente au sein de l'Union Européenne, où la finalité exprimée par les Etats membres est justement «une Union plus étroite». Et un élément qui ne fait que souligner cette tendance est aussi celui de l'évidente hiérarchie des règles juridiques, aussi bien au niveau international, comme au niveau du droit communautaire.

Toutefois, dans l'absence des prémisses nécessaires et indispensables de la constitutionnalisation, on considère qu'un tel processus ne peut pas encore être constaté au niveau de l'Union Européenne, même si le constat d'une cohésion de plus en plus forte, et d'une accrue efficacité de son système normatif ne peut pas être minimisé. Autrement dit, si une révolution peut être un coup d'Etat réussi, et un patricide peut légitimer une nouvelle ligne monarchique, un simple transplant, même juridique, ne garantit pas toujours, nécessairement, la survie du patient. Le concept de constitutionnalisation risque d'avoir le sort de l'enfant partagé par deux mères s'il continue à poursuivre, jusqu'au bout, sa vocation plurivalente, et prétend couvrir, en même temps, deux réalités fondamentalement distinctes.

³⁹ J.P. HENRY, «Vers la fin de l'Etat de droit?», RDP, 1977, p. 1207 et seq.; J. CHEVALLIER, «L'Etat de droit», RDP 1988, p. 313 et seq.

⁴⁰ L. FAVOREU, «La constitutionnalisation du droit» dans «L'Unité du droit», *op. cit.*, p. 28 et seq.