

CONSIDÉRATIONS SUR LE POUVOIR CONSTITUANT DANS LE CONTEXTE DU DROIT CONSTITUTIONNEL EUROPÉEN

Marius BALAN

Les concepts du domaine du droit public et de la théorie de l'Etat – à la différence de ceux qui appartiennent au droit privé, avec, parfois, une existence multimillénaire – ne sont valables que pour une période limitée et leur pertinence est variable. Nés sous l'influence de certaines conjonctures concrètes de forces et d'intérêts politiques, ayant souvent un contenu polémique,¹ ils sont soit dirigés contre un ordre ou contre des institutions existantes, soit élaborés afin de rendre légitimes des intérêts ou des projets politiques concrets. Des concepts tels Etat², souveraineté, pouvoir, autorité, nation, légitimité, ordre sont parfois reconsidérés, réévalués, critiqués ou relativisés. On compte au nombre des quelques notions dont on ne conteste pas l'importance et la validité, celles de démocratie et de constitution.

Résultat d'un effort soutenu et conscient de rationaliser l'ordre politique et de systématiser le droit public, règle fondamentale qui détermine la manière dont l'autorité publique doit être exercée³, fruit spirituel de l'âge des Lumières, la constitution n'est-elle quand même étrangère d'approches et de perceptions quasi-religieuses. Elle apparaît parfois comme objet de l'adoration dans le culte de la religion civile, en on lui dédie des éloges qui prennent les formes de la dévotion religieuse la plus exaltée :

« Notre grandiose et sacrée constitution, éclairée et inviolable, étend son bienfaisant pouvoir sur notre pays, sur ses mères, ses fleuves et ses forêts, sur l'enfant de toute mère de chez nous, tout comme le main que Dieu Lui-même nous a tendu [...] lors de la création du premier gouvernement constitutionnel qui ait jamais été fondé, le peuple des Etats-Unis a également créé un corps judiciaire [...] le peuple a aussi institué une Cour Suprême – l'autorité la plus raisonnable, la plus éclairée, la plus sage, la plus désireuse de vérité et la plus impersonnelle – l'autorité la plus ouverte, la plus honnête, la plus consciencieuse et la plus incorruptible – une autorité qui dans l'histoire du monde reste unique et inégalable [...] Ô, magnifique constitution ! Magique parchemin ! Parole de la transformation et du devenir ! Demiurge, maître et gardien de l'humanité ! Columbia, tu as sans discriminations embrassé les peuples du monde et tu les as appelés égaux [...] Je défendrais toute ligne de la Constitution, comme je défendrais toute étoile du drapeau. »⁴

¹ C'est la fameuse thèse de Carl Schmitt, formulée dans « Der Begriff des Politischen », étude publiée pour la première fois dans *Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik*, Tome 58 (1927), pp. 1-33, et reprise dans un volume autonome, en 1932, paru chez Duncker&Humblot, München und Leipzig. Voir aussi Ernst Wolfgang Böckenförde, « Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts », dans Helmut Quaritsch, *Complexio Oppositorum – Über Carl Schmitt*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, pp. 283-300.

² Pour une reconsidération systématique et une mise en discussion de l'utilité même du concept d'État voir Christoph Möllers, *Der Staat als Argument*, 2^{ème} édition, Mohr (Siebeck), Tübingen, 2011 (1^{ère} édition: C.H. Beck, 2000).

³ Emmerich de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, nouvelle édition augmentée, revue et corrigée, avec quelques notes de l'auteur et des citations, Paris, Janet et Cotelle éditeurs, 1820 (première édition: 1758), § 27, vol. I, p. 31. La citation complète: « Le règle fondamental qui détermine la manière dont l'autorité publique doit être exercée, est qui forme la constitution de l'état. En elle se voit la forme sous la quelle la nation agit en qualité de corps politique, comment et par qui le peuple doit être gouverné, quels sont les droits et les devoirs de ceux qui gouvernent. Cette constitution n'est dans le fond autre chose que l'établissement de l'ordre dans lequel une nation se propose de travailler en commun à obtenir les avantages en vue desquels la société politique s'est établie ».

⁴ Henry D. Estabrook, *The Vengeance of the Flag and Other Occasional Adresses*, Fleming H. Revell Company, New York, Chicago, Toronto, 1914, les fragments cités font partie de l'article « The Constitution Between Friends » (pp. 207-231), pp. 208, 217-218 et 220.

Etablissant les règles du jeu politique et les limites du pouvoir de l'Etat, souvent invoquée de manière abusive et instrumentalisée en vue de justifier des décisions politiques soudaines et de promouvoir des intérêts précis ou pour bloquer les décisions des adversaires politiques, ou pour combattre les intérêts des autres, devant les chambres du Parlement, les cours constitutionnelles, les instances ordinaires ou devant l'opinion publique, la constitution se distingue par une extraordinaire vitalité du prestige et de la force persuasive des arguments déduits de son texte. On a ici également un parallèle avec le monde spirituel : on peut considérer le texte de la Constitution comme texte de l'Écriture.⁵

L'idée que la loi fondamentale, la constitution, est non seulement le produit d'un pouvoir politique qui détient un niveau maximal de légitimité, mais aussi une source de légitimité, qu'une entité politique peut se légitimer par le fait même d'élaborer une constitution – ou du moins qu'elle peut, par cela, considérablement augmenter son don de légitimité – nous semble être la conséquence logique de cette position privilégiée de la constitution dans l'hierarchie axiologique de la société politique moderne. Lorsqu'on déplace la discussion sur ce plan, des difficultés surgissent. Le pouvoir constituant soulève la question d'un titulaire autorisé à l'exercer, d'une personne ou d'un groupe, d'une communauté réelle ou imaginaire, dont la volonté soit par-dessus toute objection ou contestation. Autrement dit, on a affaire avec un pouvoir unilatéral, dont les décisions seront incontestables et non-appelables. A ce sujet, nous ne pouvons qu'être d'accord avec Carl Schmitt, qui voit une certaine antinomie, dans les constitutions modernes, entre l'élément démocratique, qui postule le peuple en tant que titulaire du pouvoir et l'élément d'Etat de droit, qui envisage la séparation et l'équilibre des pouvoirs, tout comme la garantie des droits fondamentaux.⁶ Le fait que le processus même de l'apparition et du développement de l'Etat moderne est marqué par une certaine antinomie, entre les tendances d'ordonner, de rationaliser et de limiter le pouvoir central (et non secondairement par instituer des droits individuels, universels et abstraits), d'une part, et celles de centraliser et d'uniformiser du point de vue politique, social et culturel, de supprimer les anciennes libertés, autonomies et privilèges, d'autre part, nous ne pourrions pas l'analyser en détail ici. Mais nous tenons à souligner que la constitution elle-même est marquée par cette ambivalence. Elle peut agir aussi bien comme facteur d'intégration politique des individus – en tant que citoyens – dans l'Etat moderne, que comme instrument de création et de consolidation de certains privilèges politiques, sociaux, économiques ou culturels par des groupes de pression ou d'intérêts organisés. L'ordre constitutionnel se trouve toujours dans un équilibre dynamique (sauf les cas d'instabilité et de turbulence politique, où il n'y a aucun équilibre), étant la résultante de l'interaction, de la confrontation ou de la compétition entre de diverses forces politiques ou économiques, entre des fidélités, des engagements ou des préférences religieuses ou idéologiques ou entre des intérêts parmi les plus divers, et cela aussi longtemps que les participants respectent les règles du jeu, statués dans la loi fondamentale.

L'Etat et la constitution apparaissent-ils ainsi comme des structures dynamiques, caractérisées par un permanent processus d'intégration des individus et des groupes humains les plus divers dans la société, et la légitimation de l'ordre politique et juridique nécessite un permanent effort et une participation active de tous les sujets de droit. L'ordre constitutionnel n'est pas légitime par lui-même ou par certains éléments de contenu que contient la loi fondamentale, mais par le succès du processus d'intégration politique de la société dans l'Etat, de l'individu, en tant que citoyen, dans le processus politique et d'Etat. Sans doute, une constitution bien rédigée, avec des dispositions clairement et judicieusement formulées, qui statue une délimitation nette des compétences et des attributions des autorités publiques, qui comprend un répertoire suffisant de droits et de libertés fondamentales et leurs garanties adéquates a –

⁵ Voir Thomas C. Grey, « The Constitution as Scripture », *Stanford Law Review*, vol. 37 (1984), pp. 1-25. L'auteur dresse un parallèle entre les façons de se rapporter aux textes (les Saintes Écritures et la Constitution), en mettant en évidence des similitudes entre les théologiens protestants, qui se caractérisent par une interprétation plus rigide et plus littérale du texte sacré (assimilés aux « textualistes » et aux « originalistes » de la littérature juridique et de la pratique judiciaire américaine) et les catholiques romains, dont l'interprétation est plus flexible et se rapporte non seulement au texte, mais aussi à la tradition (et auxquels correspondent les « interprétivistes » du domaine du droit).

⁶ Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 4^{ème} édition, 1965 (1^{ère} édition: 1928), pp. 125 et suiv.

grâce à ces atouts – des chances considérablement plus grandes de constituer une réussite, tant du point de vue de la réglementation durable du jeu politique, que de l’adhésion des citoyens à son hiérarchie axiologique. On ne peut quand même anticiper le succès d’une constitution, sa réussite au niveau de l’intégration politique des individus dans une société au moment de sa rédaction, ni les déduire par le simple examen de son texte. Dans le cas de la Constitution des Etats-Unis de 1787, aussi bien que de la Loi Fondamentale de l’Allemagne de 1949, personne et rien n’anticipait, lors de leur adoption, leur immense prestige politique et le rôle éminent qu’elles allaient jouer dans l’(auto)définition de l’identité politique des deux peuples. La création et le maintien d’un sentiment de communauté au sein d’une société d’Etat ne sont pas exclusivement le résultat des réglementations juridiques et constitutionnelles ; ils dépendent de bien d’autres facteurs, y compris d’ordre économique, social, religieux ou culturel. Le processus électoral, les campagnes électorales, les cérémonies publiques, les processions, les spectacles, les fêtes – religieuses et nationales – à la fois, les compétitions sportives, le chant de l’hymne national à de diverses occasions (y compris les compétitions sportives) contribue plus ou moins à la consolidation du sentiment d’appartenance à une communauté, et, si les circonstances s’harmonisent heureusement, à l’intensification du sentiment national et de l’adhésion à l’Etat et à son régime politique et constitutionnel⁷. Dans le cas de l’Union Européenne, ce processus d’intégration est rendu bien plus difficile. L’Union est, évidemment, en désavantage par rapport aux Etats nationaux, puisque les facteurs intégrateurs non-juridiques sont à peine configurés ou totalement inexistants.⁸ L’absence d’une langue commune, la difficulté de trouver des repères culturels communs dont l’impact émotionnel soit plus fort que celui de quelques banalités de catéchisme humaniste-séculariste, le processus décisionnel lourd et bureaucratisé, le manque d’identification avec les symboles de l’Union, tout comme l’absence d’une élite « eurocratique » visible et active politiquement font que le processus d’intégrations se limite presque exclusivement aux mécanismes juridiques.

Le succès d’une constitution dans le processus d’intégration politique dépend non seulement du degré d’acceptation des valeurs qu’elle proclame, mais aussi de la perception vis-à-vis de la légitimité de l’ordre qu’elle institue. Les constitutions des Etats nationaux ont été couronnées du nimbe du prestige immaculé et de l’autorité suprême et incontestable car on les considérait comme des manifestations nettes de la volonté du peuple, comme des expressions du pouvoir constituant. L’idée du pouvoir constituant parut au XVIII^e siècle comme solution simple et rapide pour changer radicalement l’ordre constitutionnel, sans plus tenir compte de la tradition, des précédents ni même des « lois fondamentales » de l’ancien régime. Pour Sieyès,⁹ ce qui était important était de justifier la solution moderne de la « représentation nationale », formée exclusivement (ou majoritairement) de représentants du « III^e état », ce qui équivalait à assimiler cet état avec la nation entière. A une pareille réforme s’opposaient les traditions politiques et les lois non-écrites, conformément auxquelles c’était le Roi qui devait prendre les décisions importantes, avec l’accord de tous les trois états du Royaume. On pouvait changer ces règles, mais non sans respecter ces règles-là déjà consacrées du processus décisionnel. Afin de légitimer la suppression de ces règles, traditionnellement vues comme des lois fondamentales, Sieyès invoque l’autorité suprême, du pouvoir constituant du peuple. On a affaire ici, comme dans bien d’autres cas, avec un concept sécularisé : la distinction théologique entre créature et créateur, transposée en plan philosophique par Spinoza comme distinction entre *natura naturata* et *natura naturans*, réapparaît comme distinction entre les pouvoirs constitués et le pouvoir constituant.

⁷ Sur le rôle du processus d’intégration dans la constitution et le maintien de la communauté de l’Etat, voir l’ouvrage de pionnier de Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, 1928; pour l’évaluation d’ensemble de la théorie de Smend sur l’Etat, voir Sandra Obermeyer, *Integrationsfunktion der Verfassung und Verfassungsnormativität: Die Verfassungstheorie Rudolf Smends im Lichte einer transdisziplinärer rechtstheorie*, Duncker & Humblot, 2008.

⁸ Dieter Grimm, « Integration by Constitution », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, No. 2-3, pp. 193-208, à la p. 196.

⁹ Joseph Emmanuel de Sieyès, *Qu’est que le tiers état*. Précedé de l’*Essai sur les privilèges*, Paris, Au Siège de la Société, 1888 (première parution: 1789).

On peut, par cela, justifier du point de vue juridique et légitimer toute rupture dans l'évolution politique d'une nation ; le peuple libre et conscient de son destin adopte une libre décision sur sa manière et sa forme d'existence. Cela est très vite devenu évident, le 17 juin 1789, lorsque les Etats Généraux convoqués par le roi se sont constitués en « Assemblée Nationale Constituante ». Ils se sont constitués sans avoir été légitimés en ce sens par un mandat formel, en tant que mandataires du peuple qui exerce son pouvoir constituant, leurs attributions en résultant de ce pouvoir constituant. Sieyès a désigné, à juste raison, comme action de la révolution, le fait qu'on ait d'emblée fait la distinction entre pouvoir constituant et pouvoir constitué. Malgré la considérable influence que le modèle américain ait exercé,¹⁰ ce n'est qu'en 1789 que surgit ce nouveau principe politique.¹¹ Le peuple français a premièrement trouvé sa forme en tant que nation dans son unité politique. Donc, la décision consciente en faveur d'une certaine manière et d'une certaine forme de cette existence, l'acte par lequel « le peuple se donne à lui-même une constitution » suppose comme existant l'Etat dont on précise la manière et la forme d'exister. Mais, pour l'acte en soi, pour l'exercice de cette volonté, on ne peut pas avoir des dispositions et des limites procédurales, et de même pour le contenu de la décision politique. « Il suffit que la nation veuille ». Cette phrase de Sieyès exprime de la manière la plus claire l'essence de ce processus. Le pouvoir constituant n'est pas lié à des formes juridiques et à des procédures ; il se trouve toujours « à l'état naturel » lorsqu'il se manifeste en cette qualité inaliénable.¹²

Il n'est plus besoin de souligner le potentiel déstabilisateur de la théorie du pouvoir constituant. On peut justifier toute révolution, renversement, usurpation, coup d'Etat, changement de régime ou violation flagrante de la constitution par le recours à la volonté réelle ou supposée du peuple. Celle-ci n'a même besoin d'être manifeste. Les conséquences pratiques de l'acceptation de la théorie du pouvoir constituant concernent l'existence ininterrompue de ce pouvoir, la continuité de l'Etat, même dans le cas d'élimination ou de suppression de la constitution, la distinction entre les pouvoirs constitués et le pouvoir constituant, mais aussi entre la constitution et les lois constitutionnelles.¹³ Bien que son expression la plus visible et la plus spectaculaire se produit lors des changements brusques du régime politique et constitutionnel, des renversements et des révolutions, le pouvoir constituant a une manifestation continue, lente et silencieuse : elle est ce qui fait qu'un pouvoir institué et légitime continue d'être légitime, elle est la raison ultime de la validité de la constitution et de la légitimité de l'ordre existant. Dans cette perspective, la fameuse expression d'Ernest Renan, « la nation est un plébiscite de tous les jours » se charge d'une relevance tout spéciale et d'une surprenante actualité.¹⁴

En ce qui concerne le processus de l'intégration européenne, l'avantage tactique du potentiel légitimateur de la notion de pouvoir constituant est contrebalancé par la difficulté d'indiquer un titulaire, au niveau européen, du pouvoir constituant, dont la volonté apparaisse comme valide et sans appel, d'une source de légitimité incontestable, bref, par l'absence d'un *demos* européen. Une grande partie du prestige et de la force intégratrice de la constitution provient de l'invocation du fondement de sa légitimité, ce « We the People » dont la volonté est intégrée dans la loi fondamentale. Une « constitution » peut substantiellement catalyser le processus graduel de cristallisation d'un sentiment de communauté au niveau européen, d'intégration politique des individus – citoyens européens – dans la communauté supranationale de l'Union, de formation d'un peuple européen. Or, l'efficacité et l'impact d'une pareille

¹⁰ Il y a eu pourtant des éléments d'une théorie américaine du pouvoir constituant, même avant 1789. Voir en ce sens Tobias Herbst, *Legitimation durch Verfassunggebung. Ein Prinzipienmodell der Legitimität staatlicher und supranationaler Hoheitsgewalt*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003, p. 91

¹¹ Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, *op. cit.*, p. 78.

¹² *Ibid.*, p. 78.

¹³ *Ibid.*, pp. 91-99.

¹⁴ Voir Ernst Wolfgang Böckenförde, « Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts », in Ulrich Preuß (Hrsg.), *Zum Begriff der Verfassung*, Fischer Taschenbuch-Verlag, Frankfurt am Main, 1994, pp. 58 et suiv.

constitution nouvelle dépendent décisivement du fait de la considérer comme légitime, comme émanation réelle de la volonté des citoyens européens.

Une solution formaliste serait d'assimiler le problème du pouvoir constituant à celui de l'autonomie du droit européen : si le droit de l'UE est hétéronome, les Etats membres sont titulaires du pouvoir constituant, et si ce système est autonome, les citoyens vont être les titulaires de ce pouvoir. Une pareille démarche ignore pourtant le contenu original radical-démocratique de la théorie du pouvoir constituant du peuple.¹⁵

Dans la théorie classique du pouvoir constituant, la légitimité d'une constitution, aussi bien que du pouvoir souverain normé par cette constitution s'appuient en général sur le fait que le peuple (de l'Etat), en tant que sujet unitaire et souverain, engendre la constitution. Ce fondement réside en cela que ce peuple détient le pouvoir constituant, dont il est le titulaire. Cette manière de légitimation, orienté sur l'auteur de l'acte constituant, part de l'idée de la souveraineté populaire, vue comme pouvoir illimité d'un sujet unitaire : « le peuple ».

La théorie de la légitimation par l'adoption de la constitution (*Legitimation durch Verfassunggebung*)¹⁶ tente une démarche qui s'éloigne de celle qui a au centre l'idée de l'auteur de la volonté constituante, en explorant en ce sens l'héritage idéationnel des théories politiques et constitutionnelles issues des révolutions française et américaine. Le résultat en est un système de principes – parfois antinomiques – qui permettent une évaluation individuelle et graduelle de la légitimité d'une constitution et du pouvoir souverain institué par celle-ci, différente par rapport à celle binaire que la théorie classique fournit.

Les trois principes de légitimation que Tobias Herbst envisage sont: la garantie de la liberté, l'autonomie collective et la capacité de créer du consensus (*Konsensfähigkeit*). Garantir la liberté, c'est le but par excellence de l'œuvre constitutionnel achevé lors des révolutions américaine et française, et aussi bien la finalité du contrat social dans les théories contractualistes de l'époque. Cet objectif, on peut l'atteindre par une configuration des organes et des procédures de l'Etat conformément aux exigences de séparation des pouvoirs et par la consécration de certains droits fondamentaux qu'on peut obtenir par la justice. La légitimation n'apparaît pas comme une conséquence automate et totale de l'aménagement du pouvoir vis-à-vis de ces exigences, mais elle s'institue graduellement, en fonction de la réussite et de l'efficacité des mécanismes et des procédures de garantie de la liberté.

Le principe de l'autonomie collective exige une concordance, aussi grande que possible, entre la constitution et la volonté des soumis à la norme par le pouvoir souverain (*Hoheitsgewalt*) de celle-ci. Des facteurs parmi les plus divers, à commencer avec les mécanismes et les procédures constitutionnelles de formation de la volonté politique, et jusqu'aux déplacements de situation ou d'attitude des citoyens, peuvent déterminer des variations du degré de concordance entre la volonté des gouvernés et la constitution. La volonté des divers groupes d'individus, organisés dans des diverses formes institutionnelles (collectivités locales, Etats membres d'une fédération ou même l'Union Européenne) doit se manifester dans les limites du cadre normatif existant et compte tenu des rapports effectifs de pouvoir.¹⁷ Il n'est pas nécessaire que ces collectivités soient titulaires de la souveraineté.

La capacité de garder un consensus durable a en vue le fait que l'adoption de la constitution est orientée vers l'instauration d'un ordre politique et juridique à long terme, valable, autant que possible, pour les prochaines générations. La condition d'obtenir l'accord subjectif des contemporains, quelque largement partagé qu'il soit, ne suffit pas si l'on ne tient pas compte de facteurs objectifs tels les expériences culturelles à long terme, ou les éventuels changements d'attitude et de position des diverses

¹⁵ Christoph Möllers, « Verfassunggebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung », dans Armin von Bogdandy, Jürgen Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht, 2. Völlig aktualisierte und erweiterte Auflage*, Springer, Wien, New York, 2009, pp. 227-277, à la p. 250.

¹⁶ Tobias Herbst, *Legitimation durch Verfassunggebung g. Ein Prinzipienmodell der Legitimität staatlicher und supranationaler Hoheitsgewalt*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003 (Schriftenreihe Europäisches Verfassungsrecht, Band 13), pp. 103 et suiv.; 284 et suiv.

¹⁷ *Ibid.*, p. 108.

catégories de personnes qu'une certaine norme constitutionnelle affecte. De ce point de vue, le centre d'intérêt de la démarche cognitive est constitué non tant par le consensus proprement dit, qui dépend de diverses conjonctions de circonstances contingentes et de l'attitude subjective des participants, que par la capacité objective de produire et de maintenir un consensus de durée. Or, ce n'est qu'à partir d'une riche expérience sociale, politique, juridique et culturelle qu'on peut déterminer cette capacité.

De plus, il ne faut pas considérer les trois principes isolément, mais dans leur interdépendance. La garantie de la liberté peut fonctionner comme correctif d'un niveau plus bas de réalisation de l'autonomie collective, et il faut garantir un minimum d'autonomie individuelle à celui qui ne consent pas aux actes de la volonté collective. D'autre part, un haut degré de concordance effective entre l'ordre constitutionnel et la volonté de ceux qui lui sont soumis (=autonomie collective) plaide en faveur de la durabilité du consensus.¹⁸ Les principes mentionnés peuvent plaider non seulement contre une révision de la constitution de nature à péricliter l'accomplissement de leurs exigences, mais aussi en faveur d'une révision lorsque l'ordre constitutionnel est dans l'impasse. Si l'opinion des citoyens d'un Etat vis-à-vis de la constitution existante change tellement, qu'on la regarde avec réserve, et même avec hostilité, et si le changement en question s'avère être plus qu'un phénomène passager, on pourra légitimer la révision ou l'abrogation de la constitution par le principe de la capacité de garder le consensus.¹⁹

En ce qui concerne la légitimation par l'adoption de la constitution (*Verfassungsgebung*) au niveau européen, le système des trois principes mentionnés présente l'avantage d'une plus large applicabilité, au-delà du schéma classique de l'Etat souverain, où c'est le peuple qui est le titulaire du pouvoir constituant (« auteur » de la constitution). Tant la garantie de la liberté, que l'autonomie collective et la capacité de maintenir un consensus durable, peuvent opérer également dans le cas d'une constitution autre que celle d'un Etat, sans partir de la présupposition d'un Etat souverain et d'un peuple homogène.

Difficile à argumenter dans les dimensions normatives du pouvoir constituant du peuple, la légitimité démocratique de l'ordre politique et juridique de l'Union Européenne peut quand même être soutenue dans le cadre plus large de la notion de constitutionnalisation. La constitutionnalisation représente le phénomène graduel d'apparition d'un nouveau niveau normatif du droit, processus caractérisé par la coagulation progressive, dans une forme initialement non assortie d'un domaine juridique, où l'agglomération quantitative de normes rend finalement possible l'apparition de structures normatives qu'on peut généraliser – les principes de droit –, qui, par leur caractère général, sont (du moins en pratique) plus difficiles à modifier.²⁰ Il apparaît donc une hiérarchisation interne et spontanée du droit, qui peut être catalysée et accélérée par les instances judiciaires ; cette concentration ou « épaissement » de la matière juridique étant, traditionnellement, spécifique plutôt aux ordres juridiques nationaux qu'à ceux internationaux.²¹ Au niveau de l'Europe, un pareil processus se manifeste par la cristallisation d'un droit constitutionnel commun européen, par l'implémentation de la Charte Européenne des Droits Fondamentaux et par la constitutionnalisation administrative, dont l'essence est synthétisée par la notion de « gouvernance ».²²

Si on met l'accent sur l'aspect évolutif de l'ordre juridique et constitutionnel de l'UE, sur le processus de cristallisation graduelle de structures normatives qui satisfassent de manière adéquate les exigences d'un Etat de droit dans un système qui inclut plusieurs Etats, on pourrait désamorcer le problème de la légitimation démocratique de l'UE, problème qu'on circonscrit d'habitude par l'euphémisme « déficit de démocratie ». Du point de vue d'une analyse théorique rigoureuse, l'Union Européenne ne possède pas, à proprement parler, du pouvoir constituant. Le processus décisionnel est encore polarisé en fonction des intérêts nationaux spécifiques de ceux qui décident, et on ne voit que rarement des dichotomies du genre droite/gauche ou gouvernement/opposition, caractéristiques au

¹⁸ *Ibid.*, p. 285.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 285-286.

²⁰ Christoph Möllers, *op. cit.*, p. 265.

²¹ *Ibid.*, pp. 265-266.

²² Voir *European Governance. A White Paper*, COM (2001) 428 - fin.

processus décisionnel démocratique dans les Etats membres de l'Union. L'importance actuelle de l'idée de pouvoir constituant dans le contexte des débats autour de la constitution européenne et de la constitutionnalisation au niveau européen réside en cela qu'elle évoque l'héritage radical-démocratique du XVIIIe siècle et le fait qu'il ne faut pas l'appliquer restrictivement à l'Etat national souverain et qu'il offre des critères fiables pour la future évolution démocratique de l'Union.²³ En ce sens, elle joue le rôle d'une « épine critique, normativement justifié » pour le processus d'une intégration européenne démocratique.²⁴ Le fait que l'Union Européenne est déficitaire du point de vue de la légitimation démocratique – ce qu'on peut voir le plus facilement dans la perspective de l'idée de pouvoir constituant – ne doit pas nous rendre eurosceptiques, ni pessimistes en ce qui concerne le processus d'intégration européenne. Les cas où l'apparition d'un nouvel ordre constitutionnel a été impeccable du point de vue de la légitimité de la position, du mandat et des actions des facteurs de décision politique représentent plutôt une exception que la règle. La constitution des Etats-Unis est l'œuvre d'une assemblée qui a évidemment dépassé ses attributions, celle de France est le résultat d'un référendum, et la Loi Fondamentale de l'Allemagne a été adoptée par un « Conseil Parlementaire » qu'on pourrait à peine assimiler à une représentation nationale proprement-dite. De même, l'apparition d'une nouvelle communauté politique, d'un nouveau titulaire de pouvoir constituant (« demos européen »), est un processus impossible à prescrire normativement ou à déterminer par des moyens normatifs.

Considerații privitoare la puterea constituantă în contextul dreptului constituțional european

Rezumat

Procesul integrării europene determină redefinirea și reconfigurarea unor concepte precum statul, națiunea, constituția, federația sau puterea constituantă. Totodată, sunt puse într-o nouă lumină forme și soluții de configurare politică a comunităților sociale din trecutul unor state europene, acestea devenind relevante pentru noua arhitectură instituțională europeană. Examinarea în acest context a noțiunii de putere constituantă poate revela anumite aspecte semnificative în privința proceselor de constituționalizare și de formare progresivă a unei structuri etatice suverane în cadrul Uniunii Europene.

Some Considerations on the Concept of Constituent Power in the Context of European Constitutional Law

Abstract

The process of European integration brings about the redefinition and reconfiguration of some key concepts such as state, nation, federation, constitution or constituent power. By the same token, several forms and solutions of political shaping of social communities in the history of Europe are cast into a new light and become relevant for the new European institutional architecture. In this context, an examination of the concept of constituent power can reveal some significant features of the process of constitutionalization, as well as of the gradual crystallization of a sovereign state structure within the European Union.

²³ Christoph Möllers, *op. cit.*, p. 255.

²⁴ *Ibid.*