



**WALTER HALLSTEIN-INSTITUT
FÜR EUROPÄISCHES VERFASSUNGSRECHT**

WHI - Paper 1/2001

De la constitution composée de l'Europe

Prof. Dr. Ingolf Pernice
Dr. Franz Mayer, LL.M. (Yale)

Ce texte est paru dans
la Revue trimestrielle de droit européen 36 (4), oct. - déc. 2000, pp. 623 – 647.

[*623]

De la constitution composée de l'Europe ⁺

Ingolf PERNICE

*Dr. jur., Professeur de droit public, international et européen
à l'Université Humboldt de Berlin*

*Directeur du Walter Hallstein Institut de droit constitutionnel européen **

Franz C. MAYER

*Dr. jur, LL.M. (Yale), Assistant à l'Université Humboldt de Berlin
et au Walter Hallstein Institut de droit constitutionnel européen*

I. - QU'EST-CE QU'UNE CONSTITUTION?

- A. - *La doctrine "Etatiste"*
- B. - *La doctrine "contractualiste"*
- C. - *L'idée d'une constitution sans Etat*

II. - LA CONSTITUTION DE L'EUROPE: UNE CONSTITUTION COMPOSEE

- A. - *Le point de vue internationaliste de l'Union européenne*
- B. - *Le point de vue supranational de l'Union européenne*
- C. - *Le Verfassungsverbund: la constitution composée de l'Europe*
- D. - *Verfassungsverbund et "contrat social européen"*
 - 1. *Le rapport entre le droit communautaire et le droit national*
 - 2. *Le statut du citoyen de l'Union*
 - 3. *Du citoyen européen au peuple européen: le demos européen*
 - 4. *Fonction et loyauté européennes des institutions nationales*
 - 5. *Les garanties d'homogénéité essentielle et l'autonomie constitutionnelle nationale*

III. - LA NOTION DE CONSTITUTION COMPOSEE: MOYEN DE SURMONTER LES RETICENCES FACE A LA CONSTITUTION EUROPEENNE

- A. - *Le concept d'Etat et la constitution européenne*
- B. - *La souveraineté nationale et la constitution européenne*
- C. - *Le principe démocratique et la constitution européenne*
- D. - *Valeurs constitutionnelles et identité nationale*

⁺ Ce texte est paru dans la *Revue trimestrielle de droit européen* 36 (4), oct. - déc. 2000, pp. 623 – 647. Nous remercions les *Editions Dalloz* d'avoir permis la ré-publication de l'article comme WHI-paper. Les numéros de page de la version paru dans la RTDE sont indiqués dans le texte.

* Walter Hallstein-Institut de droit constitutionnel européen de l'Université Humboldt de Berlin : <http://www.WHI-berlin.de>. Cet article est basé sur *I. Pernice*, *Fondements du droit constitutionnel européen*, à paraître (actes du cours donné en avril 1999 à l'Institut des hautes études internationales, Université Panthéon-Assas, Paris II). Les auteurs expriment leur profonde reconnaissance à Frédéric Bouscalt, Berlin/Paris, pour sa lecture critique d'une version antérieure de cet article.

La fin du siècle a laissé l'Europe des Quinze face à des défis considérables. L'élargissement de l'Union européenne vers une Europe des 25 ou 30 est peut-être le plus important d'entre eux, mais il n'est pas le seul. L'Union européenne, est-elle prête à envisager ces défis, d'une manière démocratique et efficace? Cette question mène directement au problème des fondements et de la légitimité de l'Union. Du côté français ainsi que du côté allemand, des interventions au niveau politique ont indiqué la dimension de cette question en expliquant leurs visions respectives d'une Constitution européenne, sans pour autant concevoir un Etat européen¹.

Mais que veut dire une constitution sans Etat? La notion de constitution ne peut être définie au niveau européen sans égard aux cultures politiques et constitutionnelles des différents Etats membres². Pour discuter des conceptions et [*624] modèles de la Constitution européenne, il est nécessaire de s'accorder sur le contenu d'une telle notion de base, de rechercher un courant commun parmi les nombreuses interprétations de cette notion consacrées dans les Etats membres³. Par conséquent, il nous paraît utile, tout d'abord, d'appréhender la notion de constitution en général (I), avant d'aborder la notion de constitution européenne (II). Ceci fait, il s'agira d'apprécier les réticences qu'elle suscite (III), pour conclure sur l'avenir de la constitution européenne.

I. - QU'EST-CE QU'UNE CONSTITUTION?

Comme l'a démontré *Jörg Gerkrath*, malgré les différences culturelles et politiques, la tradition du constitutionnalisme occidental constitue une base commune suffisamment homogène de la pensée constitutionnelle en Europe. Ce qu'il retient comme base commune de ce constitutionnalisme, c'est d'un côté le caractère limitatif d'une constitution quant au

¹ V. le discours Humboldt du Ministre allemand des Affaires étrangères *Fischer* de mai 2000 ("Vom Staatenverbund zur Föderation - Gedanken über die Finalität der europäischen Integration", FCE-Spezial 2/2000, <http://www.WHI-berlin.de/fischer.htm>, traduction française : "De la Confédération à la Fédération - réflexion sur la finalité de l'intégration européenne", *ibid.*) et le discours du Président de la République *Chirac* devant le Bundestag allemand en juin 2000 ("Notre Europe - Discours prononcé par Jacques Chirac, Président de la République française devant le Bundestag", http://www.elysee.fr/disc/disc_.htm) que l'on retiendra dans ce contexte.

² Pour la notion de constitution en France v. par ex. *G. Burdeau*, Une survivance: la notion de constitution, Mélanges Mestre, 1956, p. 53; *P. Bastid*, L'idée de constitution, 1985; *D. Rousseau*, Une résurrection: La notion de constitution, Droit public 1990, p. 5; *O. Beaud*, Constitution et constitutionnalisme, in Ph. Raynaud et S. Rials (dir.), Dictionnaire de philosophie politique, 1996, p. 118; *O. Beaud*, La notion de constitution chez Montesquieu, in Festschrift Quaritsch, 2000, p. 407 ;

³ V. pour les différentes notions de base *P. Allott*, The Crisis of European Constitutionalism: Reflections on the Revolution in Europe, 34 CMLRev. 439 (1997).

pouvoir et, d'un autre côté, l'affirmation de son caractère fondateur de pouvoir⁴.

Ces deux aspects offrent une synthèse de la discussion doctrinale allemande sur la notion de constitution qui servira de base à notre réflexion. Cette dernière se divise en deux écoles⁵: l'une que nous appellerons étatiste, l'autre que l'on pourrait nommer contractualiste.

A. - La doctrine "Etatiste"

Pour la première école, l'Etat existe en soi, comme donnée historique ou sociologique. La constitution en est soit - comme le propose *Carl Schmitt* - la décision fondamentale prise définitivement sur sa structure de base⁶, soit tout simplement - comme l'exprimerait la majorité des auteurs de nos jours - son ordre juridique de base organisant le pouvoir et définissant ses limites par rapport aux citoyens. Il va de soi que cet ordre juridique de base est largement susceptible de modifications par le pouvoir constituant dérivé⁷. Ce qui caractérise l'école „étatiste“, c'est surtout l'affirmation que l'Etat préexiste et que la constitution lui est octroyée par la suite. L'expérience historique allemande en serait preuve. Après la seconde guerre mondiale, l'Etat allemand continuait d'exister, mais il a fallu lui donner une (nouvelle) constitution⁸. La notion d'Etat et celle de la constitution sont essentiellement liées l'une à l'autre, la dernière étant conditionnée par la première. Suivant cette conception, il ne peut y avoir de constitution sans un Etat auquel elle s'applique⁹. La faiblesse principale de cette position c'est qu'elle perd de plus en plus de valeur explicative et de force analytique à cause de la mise en cause de l'Etat constitutionnel par des développements tels que l'intégration européenne et la mondialisation qui exigent

⁴ *J. Gerkrath*, L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe, 1997, p. 33 et s. Notons que même un ordre constitutionnel sans constitution écrite comme celui de la Grande Bretagne ne se trouve pas en dehors d'une telle conception de base commune, v. par ex. la définition proposée par *A. V. Dicey*, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 8^{ième} éd. 1915, p. cxl : "Constitutional law, as the term is used in England, appears to include all rules which directly or indirectly affect the distribution or the exercise of the sovereign power in the state".

⁵ Bien sûr, les nuances de la pensée allemande sur la constitution sont bien plus subtiles que nous le présentons ici, où on ne parlera pas des conceptions de *Rudolf Smend*, *Hermann Heller* et *Hans Kelsen*, pour ne mentionner que les noms les plus célèbres.

⁶ *C. Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, p. 20 et s., qui en distingue la loi constitutionnelle qui est susceptible de révision par le législateur.

⁷ V. dans ce sens : *K. Stern*, Staatsrecht I, 2^{ième} éd. 1984, p. 83 suiv.; *D. Grimm*, Vertrag oder Verfassung, Staatswissenschaft und Staatspraxis 1995, p. 509; *J. Isensee*, Staat und Verfassung, in *J. Isensee* et *P. Kirchhof* (éd.), Handbuch des Staatsrechts, tome I (1987), § 13 no. 140.

⁸ Exemple donné par *J. Isensee*, Staat und Verfassung, in *J. Isensee* et *P. Kirchhof* (éd.), Handbuch des Staatsrechts, tome I (1987), § 13 no. 7 et 119.

⁹ *J. Isensee*, *ibid.*, no. 1; plus ouverte la terminologie de *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20^{ième} éd. 1995, p. 10 suiv., qui parle plus généralement de l'ordre juridique fondamental de la communauté (*Gemeinwesen*), ce qui ajoute au *Staat* la *Gesellschaft* (société civile), sans abandonner le cadre de l'Etat. Crit. *J. Schwarze*, Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung - Wechselwirkungen zwischen europäischen und nationalem Verfassungsrecht, Deutsches Verwaltungsblatt 114 (1999), 1677 (1682): „etatistische Verengung des Verfassungsbegriffs“.

l'établissement d'un pouvoir public au delà de l'Etat. La conception „étatiste“ s'explique par l'histoire qui n'a connu que 'l'Etat' jusqu'à présent. Cela a changé. D'ailleurs, d'un point de vue plus général, il resterait à savoir en quoi consiste "l'Etat" quand il n'existe point d'organisation de droit tel que décrite par *Dicey*¹⁰.

B. - La doctrine "contractualiste"

La thèse contraire, dite „contractualiste“ est fondée sur l'argument selon lequel il ne peut y avoir „plus d'Etat“ ou, en d'autres termes, plus de pouvoir public, que n'en établit la constitution. Cette conception, défendue notamment par *Peter Häberle*, nie l'existence de tout pouvoir, de toute autorité publique légitime qui n'aurait été constituée, autrement dit créée et investie de pouvoirs, par la constitution¹¹. Dans ce sens il est proposé de concevoir la constitution comme l'expression d'un „contrat social“ entre les individus sur un territoire défini qui, simultanément:

- Constituent et organisent un pouvoir public, créent les organes auxquels ce pouvoir et les compétences respectives sont confiés, et fixent les modes d'élection et de composition ainsi que les procédures de décision de ces organes;
- Se définissent, eux-mêmes, comme les citoyens de l'Etat ainsi constitué et organisé - et, ce faisant, se reconnaissent la qualité de pouvoir constituant de cet Etat;
- Fixent leur „statut“ dans cette communauté, c'est à dire leurs droits et obligations vis-à-vis du pouvoir public et des organes qui l'exercent et, notamment, [*626] leurs droits fondamentaux, y compris leurs droits de participation active dans le processus politique.

Cette conception trouve ses racines dans la philosophie politique classique de *Jean Jacques Rousseau* et celle de *John Locke*. Elle rappelle également la formule célèbre d'un „plébiscite de tous les jours“ telle que proposée par *Ernest Renan* par rapport à la nation (*sic* !) en 1882¹². Elle serait également susceptible de s'intégrer dans la perspective des idées plus récentes de *John Rawls* et sa théorie sur la justice¹³. Elle a le mérite de satisfaire aux fonctions essentielles d'une constitution telles que développées par exemple par *Dieter Grimm* pour qui la constitution a pour but la détermination de la légitimité de l'existence et des conditions de l'exercice du pouvoir politique, l'institution et l'organisation de ce pouvoir, et la délimitation entre le pouvoir politique légitime et les libertés individuelles et l'autonomie de la société¹⁴. Ce qui s'y ajoute, cependant, c'est précisément la fonction créatrice ou fondatrice de la

¹⁰ V. *supra*.

¹¹ *P. Häberle*, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2^{ème} éd. 1998, p. 620; plus récemment: *P. Häberle*, *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, 1999, p. 15 et s.

¹² *V. E. Renan*, *Qu'est-ce qu'une nation ?*, Conférence faite en Sorbonne le 11 mars 1882, 1882, p. 26 et s.

¹³ *J. Rawls*, *A Theory of Justice*, éd. rev. 1999.

¹⁴ *D. Grimm*, *Vertrag oder Verfassung*, *Staatswissenschaft und Staatspraxis* 1995, p. 509 (512 et s.).

constitution¹⁵: Sans elle, il n'y a ni pouvoir politique (légitime), ni pouvoir constituant, ni peuple, ni même nation au sens politique. L'Etat est, suivant la définition proposée par *Immanuel Kant*, l'association d'un ensemble d'êtres humains sous des règles de droit¹⁶. Cependant, „le peuple“ se définit par la loi (constitutionnelle) qui crée des institutions communes. Ainsi, semble-t-il - sans vouloir entrer dans les détails de cette question complexe - la nation française n'était et n'est pas une donnée naturelle ou sociologique, mais la suite de la révolution, de l'acte commun de libération des individus contre la domination de l'absolutisme, des individus qui, par la constitution, se sont déclarés, eux-mêmes, maîtres de leur propre destin¹⁷.

C. - *L'idée d'une constitution sans Etat*

La thèse contractualiste explique donc l'Etat comme création, objet de la constitution, mais ne s'y limite pas. La constitution peut être le texte créateur d'autres formes de communauté dans la mesure où elle est l'expression d'un "contrat social" par lequel un groupe de personnes sur un territoire délimité convient de se donner le statut de citoyen d'un nouvel ordre politique, d'en être les citoyens ou "le peuple", pris dans le sens large de participants, membres ou [*627] adhérents qui partagent les mêmes valeurs, telles que consacrées dans la constitution. Et c'est ce "peuple" qui, par son pouvoir constituant, se crée des institutions et procédures, droits et obligations propres pour accomplir certaines tâches et fonctions dans l'intérêt de tous. 'Pas plus de pouvoir public que la constitution n'en institue': c'est l'essentiel d'une définition générale et démocratique de la notion de constitution. Elle a l'avantage de ne pas dépendre, essentiellement, de l'existence d'un Etat, elle exclut l'existence de toute autorité publique légitime en dehors d'une constitution, et elle permet de concevoir la constitution comme l'expression d'un accord aussi sur d'autres formes et structures composées et non-unitaires d'organisation politique, soit supra- ou infra-étatique. La notion de constitution, ainsi définie, légitime et limite les pouvoirs confiés aux institutions de la communauté qu'elle fonde.

¹⁵ Pour plus de détails sur la discussion de cette notion de constitution v. *I. Pernice*, Europäisches Verfassungsrecht im Werden, in H. Bauer et P.-M. Huber (éds.), *Ius Publicum im Umbruch*, XI. Deutsch-Polnisches Verwaltungsrechtskolloquium, 2000.

¹⁶ *I. Kant*, *Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, 2. Teil. Das öffentliche Recht, § 45: „Ein Staat (civitas) ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen“.

¹⁷ Ainsi l'interprétation proposée par *H. Hofmann*, *Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung*, *Juristenzeitung* 1999, p. 1065 (1069). V. aussi l'article 3 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, selon lequel 'le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation', marquant le passage de la souveraineté monarchique à la souveraineté nationale, v. *F. Chaltiel*, *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français*, 2000, p. 54 et s.

II. - LA CONSTITUTION DE L'EUROPE : UNE CONSTITUTION COMPOSEE

Parler d'une constitution européenne ne semble plus être aussi révolutionnaire qu'il y a quelques années¹⁸. Une qualification des Communautés telle que proposée par *Ernst Forsthoff* au début des années 70, comme entités tout [*628] d'abord administratives (*primär administrative Organisationen*), pour lesquelles la question de constitution ne joue aucun rôle¹⁹, ne paraît plus adéquate pour l'Union et la Communauté du XXI^{ème} siècle.

Le Ministre allemand des affaires étrangères *Joschka Fischer* a proposé l'élaboration et l'adoption d'une constitution de l'Union européenne début janvier 1999²⁰. Il est revenu sur cette idée dans son discours Humboldt en mai 2000 ("traité constitutionnel")²¹. Les Présidents *Ciampi* (Italie) et *Rau* (Allemagne) ont souligné la dimension constitutionnelle du

¹⁸ V. pour des contributions doctrinales, notamment allemandes, traitant du sujet de la constitution européenne *D. Grimm*, Braucht Europa eine Verfassung?, *Juristenzeitung* 1995, 581; version anglaise : Does Europe need a Constitution?, 1 *European Law Journal* 281 (1995); *J. Habermas*, Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe Need a Constitution?', 1 *European Law Journal* 303 (1995) ; version française : L'Europe, a-t-elle besoin d'une Constitution ? A propos de Dieter Grimm, dans *J. Habermas*, L'intégration républicaine, essais de théorie politique, 1998, ch. 5, p. 151 et s.; *R. Bieber*, Steigerungsform der europäischen Union: Eine europäische Verfassung, in *J. Ipsen et al.* (éds.), Festschrift Heymanns Verlag, 1995, p. 291 et s.; *M. Schröder*, Grundsatzfragen einer europäischen Verfassungsgebung, *ibid.*, p. 509 et s.; *R. Scholz*, Europäische Union - Voraussetzungen einer institutionellen Verfassungsordnung, in *L. Gerken* (éd.), Europa zwischen Ordnungswettbewerb und Harmonisierung, 1995, p. 113 et s.; *G. C. Rodríguez Iglesias*, Zur "Verfassung" der Europäischen Gemeinschaft, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 1996, 125; *W. van Gerven*, Toward a Coherent Constitutional System within the European Union, *European Public Law* 1996, 81; *M. Heintzen*, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht in der Europäischen Union, *Europarecht* 1997, 1; *P. Badura*, Staatsziele und Garantien der Wirtschaftsverfassung in Deutschland und Europa, in *J. Burmeister* (éd.), Festschrift Klaus Stern, 1997, p. 411 et s.; *F. Lucas Pires*, Introdução ao Direito Constitucional Europeu, 1997, p. 21 et s.; les contributions dans *P.-C. Müller-Graff et E. Riedel* (éds.), *Gemeinsames Verfassungsrecht in der Europäischen Union*, 1998 ; *J.H.H. Weiler*, The Constitution of Europe, 1999, p. 292 et s.; *R. Steinberg*, Grundgesetz und Europäische Verfassung; *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1999, 365; *Th. Oppermann*, Der Europäische Traum zur Jahrhundertwende, *Juristenzeitung* 1999, 317 (321); *H. Hofmann*, Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?, *Juristenzeitung* 1999, 1065 (1074). V. aussi *J. Shaw*, Postnational constitutionalism in the European Union, 6 *Journal of European Public Policy* 579 (1999) ; *T.C. Hartley*, Constitutional Problems of the European Union, 1999, p. 179 et s.; *J.-C. Piris*, Does the European Union have a Constitution? Does it need one?, 24 *ELRev.* 557 (1999) (version française RTDE 1999, p. 599); *M. L. Fernández Esteban*, The Rule of Law in the European Constitution, 1999, p. 7-37; *G. Hirsch*, EG: Kein Staat, aber eine Verfassung?, *Neue Juristische Wochenschrift* 2000, 46. Pour le débat français, v. les références données par *F. Chaltiel*, *op. cit.*, p. 327 et s. et, récemment, le débat entre *Louis Favoreu* et *Henri Oberdorff*, *Droit constitutionnel et Droit communautaire*, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 2000, p. 94 et s. Pour une voix française qui reprend le débat allemand, v. *O. Beaud*, *Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel*, in *A. Auer et J.F. Flauss* (dir.), *Le référendum européen*, 1997, p. 125 et s.

¹⁹ *E. Forsthoff*, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, p. 72.

²⁰ V. à ce propos le discours du 12 janvier 1999 devant le Parlement européen à Strasbourg, http://www.auswaertiges-amt.de/6_archiv/index.htm

²¹ <http://www.whi-berlin.de/fischer.htm>.

projet européen à plusieurs reprises²². C'est le Président de la République française, *Jacques Chirac*, qui a été le premier chef d'Etat de l'Union européenne à suggérer l'élaboration d'une constitution européenne dans le proche avenir en proposant de commencer le travail sur une constitution européenne immédiatement après la conférence intergouvernementale 2000²³. L'idée d'une telle constitution européenne proposée par le Président *de Gaulle* aurait été inimaginable. Aujourd'hui, il paraît possible que le premier pas sur ce chemin difficile²⁴ qui mènera peut-être un jour à un acte qui s'appellera la Constitution européenne, soit la charte de droits fondamentaux de l'Union²⁵. Du moins, la procédure nouvelle et originale établie au sommet de Cologne pour la mise en œuvre d'un premier texte de la charte nous paraît bien plus transparente et démocratique que la seule procédure des conférences intergouvernementales, dominées par des bureaucraties nationales souvent bien trop hésitantes, poursuivant leurs intérêts institutionnels propres. La "convention" devrait servir de modèle dans le processus de l'élaboration d'une telle Constitution européenne. [*629]

Toutefois, les projets d'une Constitution européenne - y compris ceux déjà soumis par des groupes politiques en France²⁶ - ne paraissent que reformuler ou réorganiser les traités "constitutifs" de l'Union européenne déjà existants. Or, il nous apparaît qu'un nouveau regard sur ces derniers nous permettrait déjà de dégager l'idée d'une constitution européenne – d'une constitution européenne composée.

²² *J. Rau*, Die Quelle der Legitimation deutlich machen. Eine föderale Verfassung für Europa, Frankfurter Allgemeine Zeitung du 4 novembre 1999, p. 16; Une Constitution fédérale pour l'Europe?, Le Monde du même jour, p. 1; *C. Ciampi*, Zuerst muss die Vertiefung kommen, Zukunftspläne für die Europäische Union, Frankfurter Allgemeine Zeitung du 8 février 2000, p. 16; Eine Verfassung für Europa, Frankfurter Allgemeine Zeitung du 7 juillet 2000, p. 6; L'incontro in Sicilia tra il Presidente italiano e quello tedesco. Il passo avanti di Ciampi e di Rau "Serve una costituzione europea", La Stampa du 10 juin 2000, p. 8.

²³ V. le discours 'Notre Europe' du 27 juin 2000 devant le Bundestag allemand, http://www.elysee.fr/disc/disc_.htm. Les propos du Président ont été supplémentés par les projets présentés par ses proches politiques, notamment le projet de *Alain Juppé*, v. l'article dans Le Monde du 17 juin 2000, *Alain Juppé* et *Jacques Toubon* proposent un projet de Constitution pour l'Europe; L'exécutif serait confié à un véritable gouvernement européen. V. aussi Le Monde du 8 juillet 2000, *H. de Bresson* et *D. Vernet*, Le débat sur l'organisation future de l'Union se développe en France et en Europe. Les notions d'avant-garde et de Constitution sont au centre des discussions.

²⁴ Qu'il suffise de rappeler le destin du rapport *Spinelli* de 1984, suite auquel le Parlement européen n'a plus ouvertement proposé une constitution mais une consolidation des traités, v. les rapports préparés sur demande du Parlement européen par *R. Bieber*, European Parliament Working Document Political Series W-16 and W-17, et par *C. Ehlermann* et *A. von Bogdandy*, A Unified and Simplified Model of the European Communities Treaties and the Treaty on European Union in Just One Treaty, Report for the European Parliament, Robert Schuman Centre, European University Institute (1996), <http://www.iue.it/RSC/TREATY/Welco-fr.html>; v. aussi *J.-P. Jacqué*, La simplification et la consolidation des traités, RTDE 1997, p. 903 et s.

²⁵ V. dans ce contexte les Conclusions de la Présidence, Conseil européen de Cologne, 3 et 4 juin 1999, no 44 et annexe IV, <http://www.europarl.eu.int/dg7/summits/de/koll.htm>; v. aussi *I. Pernice*, Eine Grundrechts-Charta für die Europäische Union, Deutsches Verwaltungsblatt 2000, p. 847.

²⁶ Europe: un appel Verts-UDF, Le Monde du 14 juin 2000, p. 1; Constitution européenne version UDF, La Tribune du 27 juin 2000, p. 5.

A. - *Le point de vue internationaliste de l'Union européenne*

Malgré l'ouverture certaine de la doctrine à la notion de constitution européenne, l'idée même de Droit constitutionnel européen suscite les réserves de ceux qui continuent de concevoir l'Union européenne comme une organisation de droit international. Au niveau des juridictions suprêmes des Etats membres, c'est surtout la Cour constitutionnelle allemande qui a formulé cette position dans l'arrêt Maastricht²⁷. La jurisprudence de la Cour suprême du Danemark²⁸ et celle de la Cour constitutionnelle italienne²⁹ reflètent également ce point de vue³⁰. [*630]

La doctrine internationaliste ne tient pas compte, cependant, de la spécificité de la construction européenne qui, mis à part l'acte formel de sa création, n'a que peu en commun avec une organisation internationale classique. Avec toutes ces spécificités, trop nombreuses pour être énumérées ici, l'Union européenne ressemble de plus en plus à une organisation étatique disposant de prérogatives de puissance public³¹.

²⁷ BVerfGE 89, 155 (188, 190). Pour une comparaison des positions de juridictions suprêmes des autres Etats-membres avec la position du BVerfG allemand dans l'arrêt Maastricht, v. *F.C. Mayer*, *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung*, 2000, p. 67 et s.

²⁸ Cour suprême du Danemark (Højesteret), arrêt du 6 avril 1998, I 361/1997, Ugeskrift for Retsvæsen 1998, p. 800 att. 9.6., - *Maastricht (Carlsen et al./Rasmussen)*. Une traduction allemande se trouve dans *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 1999, p. 49; pour commentaires v. *G. Ring* et *L. Olsen-Ring*, *Souveränitätsübertragung nach dänischem Verfassungsrecht*, *EuZW* 1998, p. 589; *O. Spiermann*, *Hvad kommer efter tyve?*, *Ugeskrift for Retsvæsen* 1998, p. 325; *F. Thomas*, *Das Maastricht-Urteil des dänischen Obersten Gerichtshofes vom 6.1.1998*, *ZaöRV* 58 (1998), p. 879; *K. Høegh*, *The Danish Maastricht Judgment*, *ELRev.* 24 (1999), p. 80; *R. Hofmann*, *Der Oberste Gerichtshof Dänemarks und die europäische Integration*, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 1999, p. 1; *S. Harck et H. P. Olsen*, *Decision concerning the Maastricht Treaty*, 93 *AJIL* p. 209 (1999); *T. C. Hartley*, *Constitutional Problems of the European Union*, 1999, p. 157 et s. *O. Due*, *The Danish Constitution and Two-level Constitutionalism*, in *U. Battis/P. Kunig/I. Pernice/A. Randelzhofer* (éds.), *Das Grundgesetz im Prozeß europäischer und globaler Verfassungsentwicklung - zum 50-jährigen Bestehen des Grundgesetzes*, 2000, p. 111. Pour l'importance de la décision de la Cour constitutionnelle allemande dans l'affaire Maastricht sur les orientations de la Cour suprême du Danemark v. *H. Rasmussen*, *Denmark's Maastricht Ratification Case: The Constitutional Dimension*, in *A. Jyränki* (éd.), *National Constitution in the Era of Integration*, 1999, p. 87 (108 et s., 111).

²⁹ Pour la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne v. la Décision no. 232/89, *Spa Fragn c. Ministro delle Finanze*, *Il Foro italiano*, I, 1990, p. 1855; et la Décision no. 117/94, *Fabrizio Zerini*, *Racc. Uff.* 1994, 785; v. aussi *M. Cartabia*, *The Italian Constitutional Court and the Relationship Between the Italian legal system and the European Union*, dans : *A.M. Slaughter/A. Stone Sweet/J.H.H. Weiler* (éd.), *The European Court and National Courts*, 1998, p. 133 et s.; *M. Luciani*, *L'Italie*, dans : *D. Maus* et *O. Passelécq* (éd.), *Le traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales*, 1998, p. 58, parlant d'un dualisme comme en Allemagne, et s'opposant à la conception défendue par „une minorité de spécialistes italiens“. Pour la doctrine des 'controlimiti' de la Constitution italienne vis-à-vis de l'intégration européenne, établie par la Cour constitutionnelle, v. *M. Cartabia*, *Principi inviolabili e integrazione europea*, 1995, p. 8, 95 et s.

³⁰ Pour des analyses compréhensives portant sur les cours suprêmes ou constitutionnelles de plusieurs Etats membres v. *A. M. Slaughter/A. Stone Sweet/J.H.H. Weiler* (éd.), *The European Court and National Courts*, 1998; *O. Dord*, *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire dérivé: De la nécessité d'un dialogue entre les juridictions suprêmes de l'Union européenne*, *Cahiers du Conseil constitutionnel* 1998, Nr. 4, p. 98 et s.; *F.C. Mayer*, *op. cit.*

³¹ V. dans ce contexte C.J.C.E., avis du 14 déc. 1991, no. 1/91 - *Espace Economique Européen*, *Rec.* 1991, I-6079 (6102); v. aussi *P. Manin*, *Les Communautés européennes l'Union européenne*, 4^{ème} ed., 1998, p. 64. Pour une analyse récente des éléments qui distinguent l'Union européenne d'une organisation internationale v. *J.-C.*

Suivant le point de vue internationaliste, ce sont des Etats qui sont les membres de l'Union. Cependant, cette vision, reposant sur un critère purement formel, nous paraît trop étroite dans des Etats démocratiques où ce sont finalement les *peuples*, les *citoyens* des Etats membres qui agissent par le biais de leurs institutions constitutionnelles : en acceptant de devenir membre de l'Union et en accordant au droit européen un effet direct vis-à-vis de l'individu le niveau d'interaction purement étatique de droit international est dépassé.

La doctrine internationaliste est contradictoire, enfin, en ce qu'elle réclame que l'application du droit communautaire soit basée sur les constitutions nationales, tout en admettant, hormis certaines exceptions reconnues, la primauté du droit communautaire sur le même droit constitutionnel.

B. - Le point de vue supranational de l'Union européenne

La Cour de justice des Communautés européennes a développé, dans une jurisprudence constante depuis l'arrêt *Van Gend & Loos*³², la doctrine supranationale bien connue, en vertu de laquelle les traités ont établi un nouvel ordre juridique, distinct de celui des Etats membres ainsi que du droit international, qui crée des droits et obligations pour les particuliers et s'intègre dans les ordres juridiques nationaux. C'est sur la base de cette jurisprudence qu'ont été développés les principes de l'intégration et de la primauté du droit communautaire³³. C'est le Président de la Commission européenne *Walter Hallstein* qui a souligné déjà en 1967 que le traité de Rome représentait le premier élément d'une Constitution de l'Europe³⁴. Par la suite, comme l'a fait d'ailleurs la Cour constitutionnelle allemande dans sa jurisprudence plus ancienne³⁵, la Cour de justice des Communautés européennes a qualifié les traités de „charte cons[631]titutionnelle d'une communauté de droit“³⁶ afin de caractériser encore plus clairement la spécificité de ce nouvel ordre juridique.

C. - Le Verfassungsverbund: la constitution composée de l'Europe

Nous proposons de concilier les éléments de constitutionalisme présent dans le point de

Piris, L'Union européenne a-t-elle une constitution? Lui en faut-il une?, RTDE 1999, p. 599 (602 et s.) et le débat entre *G. Federico Mancini* et *Joseph Weiler: F. Mancini*, Europe: The Case for Statehood, 4 European Law Journal 29 (1998), *J.H.H. Weiler*, Europe: The Case Against the Case for Statehood, 4 European Law Journal 43 (1998).

³² C.J.C.E. 5.2.1963, aff. 26/62, Rec. 3

³³ V. par ex. *P. Manin*, *op. cit.*, paras. 640 à 672.

³⁴ Introduction au 10^{ième} Rapport général CEE - discours devant le Parlement européen le 21 juin 1967, dans : EWG Kabinett des Präsidenten – Vorträge Präsident Hallstein, Jan. 1967 – Juni 1967, no. 349, p. 16 (Collections du Walter Hallstein-Institut) ; v. aussi *Commission*, Premier rapport général sur l'activité des Communautés en 1967, 1968, p. 28.

³⁵ V. BVerfGE 22, 293 (296).

³⁶ C.J.C.E. 23.4.1986, Parti écologiste ‚Les Verts‘, aff. 294/83, Rec. 1365 : « Charte constitutionnelle de base », jusqu'à l'avis 1/91 du 14.12.1991, Espace économique européen, Rec. 6102. V. aussi *P. Manin*, *op. cit.*, para. 84.

vue supranationale avec l'existence incontestable et continue des ordres constitutionnels des Etats membres. A l'image de la constitution d'un Etat membre, qui ne peut être comprise dans sa totalité réelle sans tenir compte du droit communautaire³⁷, le droit primaire de l'Union européenne ne fonctionne et ne s'explique pas dans sa nature et structure sans égard aux constitutions nationales. Les deux ordres constitutionnels sont complémentaires.³⁸ Dès lors, nous proposons de concevoir les constitutions nationales et le droit primaire de l'Union européenne comme deux éléments dans un système constitutionnel unique, composé ou intégré (*Verfassungsverbund*), ou, plus simplement, de considérer cet ensemble de normes constitutionnelles à deux niveaux comme "la constitution européenne"³⁹. Cette „constitution“ n'est [*632] pas un ordre statique immuable, mais elle est en développement permanent par les révisions successives de traités, mais également par les exercices de compétences, qui s'opèrent jours après jours par l'application des dispositions des traités. Il s'agit donc plutôt d'un „processus constitutionnel“ que d'une constitution statique, d'une interaction dynamique conduisant vers une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, comme il est d'ailleurs expressément prévu dans le préambule du traité sur l'Union européenne.

³⁷ V. dans ce contexte la conception d'un 'constitutionalisme dualiste' proposée par *J.F. Flauss*, *Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht aus französischer Sicht*, *Europarecht Beiheft* 1/2000, p. 31 (34).

³⁸ V. aussi *M. Fromont*, *Konflikt und Gleichlauf zwischen den Verfassungen der Mitgliedstaaten und der Verfassung der EG/EU?*, in P.-C. Müller-Graf/E. Riedel, *Gemeinsames Verfassungsrecht in der Europäischen Union*, 1998, p. 149 et s.; *T. Läufer*, *Zur künftigen Verfassung der Europäischen Union - Notwendigkeit einer offenen Debatte*, *Integration* 1994, p. 204 (209). ("Komplementärverfassung"); *J.-C. Piris*, *op. cit.*, p. 609 et s., souligne que "l'UE est, et demeurera sans doute en premier lieu, presque entièrement dépendante de ses Etats membres et de leurs instances législatives, exécutives, administratives et judiciaires, pour inspirer les règles qu'elle adopte et, en second lieu, pour appliquer des règles et veiller à leur application".

³⁹ V. pour les fondements de l'approche "Verfassungsverbund": *I. Pernice*, *Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung*, in R. Bieber et P. Widmer (éds.), *L'espace constitutionnel européen*, 1995, p. 225 (262 et s.); le terme a été introduit dans *I. Pernice*, *Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and „Multilevel Constitutionalism“*, in E. Riedel (éd.), *German Reports on Public Law Presented to the XV. International Congress on Comparative Law, Bristol, 26 July to 1 August 1998*, 1998, p. 40 (44, 47 et s.); plus en détail: *I. Pernice*, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, *CMLRev.* 36 (1999), p. 703 (707 et s.) et *I. Pernice*, *Kompetenzverteilung in der Europäischen Union*, *Juristenzeitung* 2000, p. 866. V. aussi *P. Häberle*, *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, 1999, p. 16; *D. H. Scheuing*, *Deutsches Verfassungsrecht und Europäische Integration*, *Europarecht-Beiheft* 1 (1997), p. 7 (54); *M. Heintzen*, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht in der Europäischen Union*, *Europarecht* 1997, 1 (15 et s.); *R. Bieber*, *Die Europäisierung des Verfassungsrechts*, in K.F. Kreuzer/D. H. Scheuing/U. Sieber (éds.), *Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union*, 1997, p. 71 (84); *R. Steinberg*, *Grundgesetz und Europäische Verfassung*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1999, 365 (373); *A. v. Bogdandy*, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform. Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam*, 1999, p. 13; *F. Schorkopf*, *Homogenität in der Europäischen Union - Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 EUV*, 2000, p. 219 et s.; *R. Wahl*, *Die zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland. Die Europäisierung des Öffentlichen Rechts*, *Der Staat* 38 (1999), p. 495 (500 f.); dans le même sens: *C. Walter*, *Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2000, 1 (8). *J. Hergenhan*, *Le fédéralisme allemand et la construction européenne*, *Notre Europe* (éd.), *Problématiques européennes* no. 5 (2000), p. 31.

L'approche proposée d'un constitutionnalisme à plusieurs échelles (*multilevel constitutionalism*) suggère que l'Union européenne constitue un système constitutionnel composé d'un niveau national et d'un niveau supranational de pouvoir public légitime, qui s'influencent réciproquement et qui englobent les mêmes citoyens ou sujets de droit (*Verfassungsverbund*). Ce sont des dispositions comme l'article 88-1 de la constitution française ou l'article 23 de la constitution allemande qui "ouvrent" ces constitutions nationales pour la mise en place, par un acte commun des peuples respectifs, de cet ordre constitutionnel supranational. Ce dernier est complémentaire des ordres constitutionnels internes et s'y intègre, suite à ses caractéristiques essentiels de la primauté et de l'effet direct, en modifiant implicitement le contenu des dispositions des constitutions nationales. Un tel effet peut se produire également par des actes de droit dérivé.

Etant donné les incidences du droit communautaire sur le droit interne des Etats membres, ainsi que la mutation du contenu de certaines dispositions des constitutions, est-il nécessaire d'adapter le texte des constitutions pour qu'ils reflètent plus exactement la situation normative? Aucun texte des constitutions nationales ne prend note du fait, par exemple, que les compétences de la Communauté européenne dans le domaine des politiques communes⁴⁰ ou en matière de politique commerciale sont exclusives⁴¹, ni des restrictions à la compétence législative des Etats membres découlant de l'exercice, par les institutions de la Communauté, des compétences communautaires „concurrentes“ ou „virtuelles“⁴². Faut-il modifier les constitutions nationales pour les rapprocher des réalités constitutionnelles ?

On trouve facilement des arguments pour une réponse affirmative, dans les cas où le maintien du libellé d'une disposition constitutionnelle comporte le risque de priver les particuliers de prérogatives que le droit communautaire leur accorde. Tel semble être le cas, par exemple, des droits fondamentaux à caractère économique et politique que la Loi fondamentale allemande réserve aux nationaux⁴³. La réponse doit être, par contre, négative, en ce qui concerne [*633] toutes les dispositions qui ne sont affectés que de façon indirecte, comme les attributions de compétence aux organes nationaux dont l'étendue peut être

⁴⁰ V. C.J.C.E. 18. 2. 1970, Bollmann, aff. 40/69, Rec. 69 (80 et s.); v. à ce propos: *D. Simon*, Le système juridique communautaire, 2ème éd. 1998, p. 84 et s.; pour le volet des compétences extérieures v. C.J.C.E. 31. 3. 1971, aff. 22/70, AETR, Rec. 263 (275 et s.)

⁴¹ Pour la jurisprudence constante de la Cour v. l'avis 1/94 du 15. 11. 1994, WTO, Rec. I-5267 (5395 à 5399). Pour ce qui concerne le domaine de la pêche v. C.J.C.E. 5. 5. 1981, l'aff. 804/79, Mesures de conservation, Rec. 1045 (1072 et s.).

⁴² V. pour la jurisprudence de la Cour à cet effet: *P. Manin*, *op. cit.*, p. 94 et s.

⁴³ V. les articles 12 (liberté de la profession) et 19, al. 3 de la Loi fondamentale (droit fondamentaux applicables aux personnes morales nationales excluant les entreprises d'autres Etats membres), d'une part, et les articles 8 (liberté de s'assembler), 9 (liberté d'association) et 11 de la Loi fondamentale (libre circulation et établissement des personnes), d'autre part. En ce qui concerne les droits politiques v. également la loi sur les partis politiques qui exclue la reconnaissance des associations dont la majorité des membres ou des cadres sont des étrangers (§ 2 al. 3 de la Loi sur les parties politiques).

progressivement restreinte par les dispositions des traités ou leur mise en œuvre⁴⁴. Prendre le contrepied d'une telle position reviendrait à modifier les constitutions en permanence.

Penser la théorie constitutionnelle dans le sens d'une constitution composée nous paraît une solution plus satisfaisante que la modification continue des textes.

Des limites à cette influence matérielle du droit communautaire sur le droit national ont d'ailleurs été introduites expressément au niveau du droit primaire: Ainsi le "Protocole irlandais", annexé au traité sur l'Union européenne et aux traités instituant les Communautés Européennes, adopté lors de la Conférence intergouvernementale de Maastricht en 1992, stipule que „aucune disposition du traité [...] ni des traités et actes modifiant ou complétant lesdits traités n'affecte l'application en Irlande de l'article 40.3.3 de la Constitution de l'Irlande“⁴⁵. De façon plus générale, mais également dans la perspective de préserver au niveau du droit communautaire certaines structures nationales consacrées, du moins en Allemagne, par la constitution et la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle⁴⁶, la Conférence intergouvernementale d'Amsterdam a adopté le Protocole sur le système de radiodiffusion publique dans les Etats membres qui déclare justifiée la „réalisation du mandat de ce service public“.

Il s'en suit que, dans le cadre de l'ordre constitutionnel composé de l'Union européenne, il ne suffit plus de consulter et d'interpréter le simple texte des constitutions nationales pour connaître l'étendue exacte et réel des pouvoirs des organes qu'elles instituent et des droits des particuliers vis-à-vis de l'autorité publique. Seule une vue d'ensemble de ces textes avec les traités, le droit européen dérivé et la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes révèle la portée exacte des droits et pouvoirs attribués respectivement aux organes nationaux et communautaires. [*634]

D. - *Verfassungsverbund et "contrat social européen"*

Mais pourquoi, en fait, qualifier cette structure composée de l'Europe de constitution? Après tout, la notion de constitution, si elle n'est pas utilisée dans un sens complètement arbitraire pour indiquer un ordre de base quelconque, doit faire preuve d'une certaine spécificité. Selon nous, cette spécificité n'est pas son lien étroit avec le concept d'Etat (v.

⁴⁴ V. A. v. *Bogdandy*, *Zweierlei Verfassungsrecht. Europäisierung als Gefährdung des gesellschaftlichen Grundkonsenses*, *Der Staat* 2000, 163.

⁴⁵ Pour la discussion de l'effet de ce protocole en Irlande v. *D. R. Phelan et A. Whelan*, *Ireland. National constitutional law and European integration*, dans : F.I.D.E. (éd.), *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, vol. 17 (1996), p. 317 et s., 319: „the Protocol affords a precedent of an issue-specific alternative to the unconditional supremacy of Community law“.

⁴⁶ V. dernièrement: BVerfGE 89, 144 (152 f.: „Duale Rundfunkordnung“, garantie constitutionnelle de l'existence du service public de radiodiffusion); ainsi: BVerfGE 90, 60 (90 et s.); BVerfGE 95, 163 (172): L'approvisionnement de base en radiodiffusion, entendu comme un service public est entendu, en Allemagne, comme une garantie essentielle du pluralisme démocratique, v. également *H. Schulze-Fielitz*, dans : H. Dreier (éd.), *Grundgesetz Kommentar* (1998), Art. 5 I, II, note 24, 39 et s., 91 (protection par la liberté de radiodiffusion, article 5 al. 1 de la Loi fondamentale, des établissements publics de radiodiffusion)

supra I.); c'est le lien étroit du concept de constitution avec la légitimité d'un pouvoir public ⁴⁷. En soulignant le caractère fondateur d'une constitution tel que défendu plus haut, nous proposons de découvrir la légitimité du pouvoir public européen dans l'idée d'un "contrat social" européen sur lequel l'intégration européenne est basée.

Parler d'un contrat social européen pour désigner l'ordre qui est fondé sur le traité sur l'Union européenne peut sembler au premier abord osé. Mais, pour des Etats démocratiques, ne faut-il pas appréhender la conclusion d'accords internationaux sous un angle qui mène directement aux individus et aux citoyens? En effet, c'est dans les négociations et par les procédures de ratification prévues dans les constitutions nationales que les citoyens des Etats membres, représentés par leurs gouvernements et leurs parlements nationaux, voire s'exprimant par voie de référendum ⁴⁸, ont constitué d'un commun accord les traités instituant la Communauté et l'Union européenne, c'est à dire une autorité publique européenne qui est originaire et autonome et dont la légitimité repose uniquement sur la volonté commune des citoyens ⁴⁹.

Dans cette perspective, ce sont les *individus*

- qui constituent des nouvelles institutions supranationales et qui leur attribuent certaines prérogatives de puissance publique au regard des Etats membres et des particuliers;
- qui établissent des principes fondamentaux et des valeurs communes sous forme d'objectifs à poursuivre par les institutions ainsi créées;
- qui fixent les procédures à suivre y compris les formes de participation et de contrôle du pouvoir ainsi constitué par les représentants des gouvernements et des citoyens;
- qui se définissent comme citoyens de l'Union et qui déterminent leur statut vis-à-vis de l'Union et ses institutions: leurs droits de participation démocratique et leurs droits fondamentaux et libertés. [*635]

Ce faisant, les ressortissants des Etats membres adoptent une identité supplémentaire, celle de citoyen européen. Non seulement ils se créent un nouveau statut au regard d'un nouveau pouvoir public (européen), mais ils modifient en même temps leur statut national: ils se

⁴⁷ Pour une autre vue de cette spécificité de la constitution, v. *H. Hofmann, op. cit.*, p. 1074, qui souligne que la constitution, en général, naît d'une situation emphatique, révolutionnaire. En réclamant qu'à présent, une telle situation n'existe pas en Europe, il refuse d'appliquer la notion de constitution à l'Europe.

⁴⁸ Sur les référendums nationaux *J. Rideau, Les référendums nationaux dans le contexte de l'intégration européenne*, dans : A. Auer et J.-F. Flauss (dir.), *op. cit.* p. 81 et s.

⁴⁹ Pour cette approche v. déjà: *I. Pernice, in H. Dreier (éd.), Grundgesetz Kommentar (1998), Art. 23 note 20*, et *I. Pernice, Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and „Multilevel Constitutionalism“*, in E. Riedel (éd.), *German Reports on Public Law Presented to the XV. International Congress on Comparative Law, Bristol, 26 July to 1 August 1998, 1998*, p. 40 (44, 47); v. aussi: *A. v. Bogdandy, The Legal Case for Unity: The European Union as a Single Organization with a Single System, CMLRev. 36 (1999), p. 887 (899)*: "This original authority is based on a collective act of the citizens (now of the Union) in which they constituted this authority through the relevant procedures set out in their national constitutions".

donnent de nouveaux droits vis-à-vis de leur propre Etat, mais également vis-à-vis des autres Etats membres⁵⁰. La règle de non-discrimination et les quatre libertés garanties par le traité CE n'en sont que des exemples.

C'est dans ce sens que les traités peuvent être entendus comme l'expression d'un „contrat social européen“, et en ce qui concerne la constitution de l'Union européenne ainsi établie, les citoyens des Etats membres ne sont non seulement définis comme citoyens européens, mais en plus, dans leur ensemble, comme le pouvoir constituant de cette Union.

Cette approche permet d'aborder un nombre de questions centrales de la construction européenne dans une autre, nouvelle perspective. L'élément clé de cette perspective, c'est ce que nous allons appeler la 'multiplicité', élément implicite dans la conception d'une constitution composée. C'est par cette notion que nous cherchons non seulement à exprimer le dédoublement du rôle légitimateur du pouvoir de l'individu, mais encore le fait que le droit constitutionnel européen n'est pas structuré de façon hiérarchique comme nous le connaissons dans les systèmes fédéraux, et n'est, par conséquent, pas exclusif, mais de caractère inclusif, basé sur l'idée de coopération⁵¹. Le droit constitutionnel européen est un droit constitutionnel de diversité, et non pas de homogénéité⁵².

1. Le rapport entre le droit communautaire et le droit national

Investir les institutions européennes de pouvoirs et de compétences d'agir en vue de la réalisation de certains objectifs est un acte qui ne se distingue pas, en principe, de celui qui crée un organe national et lui confie certaines compétences. On ne saurait parler non plus de délégation ou de transfert de compétences ou de souveraineté dans ce contexte⁵³. Il s'agit là, au contraire, d'une sorte de réaménagement des responsabilités respectives entre les autorités publiques nationales et communautaires par ceux qui sont concernés: les citoyens. *Alexander Hamilton* avait déjà développé une construction semblable dans les *Federalist papers* pour l'union américaine, en notant : " *The federal and State governments are [*636] simply agents*

⁵⁰ V. dans ce contexte *I. Pernice*, Der Europäische Verfassungsbund auf dem Wege der Konsolidierung, JÖR 48 (2000), p. 205 (212).

⁵¹ Pour un modèle analytique neutre et non-hiérarchique de systèmes composés, v. le concept de "Mehrebenensystem" (système à plusieurs niveaux ou plans) tel que développé dans *F.C. Mayer, op. cit.*, p. 53 et s.

⁵² V. pour les différentes écoles de constitutionalisme dans ce contexte, par ex., *J. Tully*, *Strange multiplicity*, 1995, p. 99 suiv. d'un côté, et *C. Schmitt*, *Verfassungslehre*, 1928, p. 231 et 378, d'un autre côté. Le débat sur le degré minimum de homogénéité indispensable dans des systèmes composés tel que des Etats fédéraux est ré-introduit dans le débat européen par le débat sur "l'identité européenne" ou sur la "base commune" des Européens, v. dans ce contexte la charte européenne de droits fondamentaux, élaborée au cours de l'an 2000. Pour le rôle des droits fondamentaux, justement, comme garantie de la diversité v. *I. Pernice*, *Eine Grundrechts-Charta für die Europäische Union*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2000, p. 847 (850 et s.).

⁵³ V. également les critiques à ce propos faites par *J.-C. Masclet*, dans : *D.Maus et O. Passelecq (dir.)*, *op. cit.*, p. 48 et s.

and trustees of the people with different powers designed for different purposes ⁵⁴.

Effectivement, chaque modification substantielle des traités a des répercussions sur les constitutions nationales. Ainsi, en Autriche, l'acte d'adhésion à l'Union été considéré comme une 'révision intégrale' (*Gesamtänderung*) de la constitution autrichienne pour laquelle le référendum était obligatoire⁵⁵. Dès lors, il semble difficile de contester la nature constitutionnelle des actes instituant ou révisant les traités européens et l'interdépendance constitutionnelle des différents niveaux de pouvoir public.

Mais il s'en suit surtout que le droit communautaire qui trouve son origine et sa légitimité dans la volonté commune des citoyens de l'ensemble des Etats membres, doit, sauf exception explicite, primer sur une norme contraire issue du droit national. Le principe de l'application uniforme et égale de la loi établie au niveau européen sur la base des valeurs communes et conformément aux procédures prévues au traités est, en effet, la règle de jeu et la condition sous laquelle les citoyens des Etats membres ont consenti, en application des dispositions de leurs constitutions respectives, à la constitution de ce pouvoir législatif supranational.

2. Le statut du citoyen de l'Union

L'article 17 CE prévoit qu'il „est institué une citoyenneté de l'Union“. Les articles portant sur cette citoyenneté semblent se limiter en substance à créer, pour les ressortissants d'un Etat membre résidant dans un autre Etat membre, le droit de vote et d'être élu au niveau municipal ainsi que pour les élections au Parlement européen. Mais la citoyenneté, ainsi instituée, a une importance qui va bien au-delà. Dans son arrêt sur le traité de Maastricht, la Cour constitutionnelle allemande a considéré cette disposition comme noyau d'un statut de nationalité qui pourrait se développer au niveau européen et constituerait déjà aujourd'hui l'expression d'un lien essentiel entre le citoyen et l'Union⁵⁶.

L'importance primordiale de la citoyenneté de l'Union réside dans son rôle actuel et potentiel d'expression formelle du statut de citoyen dans l'Union européenne. Ce statut est défini, en tout premier lieu, par le principe de la non-discrimination tel qu'il a été établi par la version originale de l'article 7 du traité CEE. Le principe de la non-discrimination a ensuite été élargi et généralisé dans l'arrêt *Bickel et Franz* du 24 novembre 1998 de la Cour de justice des Communautés européennes à la lumière de l'article 16 (ex 8a) CE instituant la citoyenneté de l'Union: désormais, le principe ne s'applique plus dans un contexte seulement économique. L'article 12 (ex 6) CE est interprété vers une clause interdisant généralement

⁵⁴ Federalist no. 46.

⁵⁵ V. P. *Pernthaler*, Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in Österreich, in U. Battis/D. Th. Tsatsos/D. Stefanou (éds.), Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, p. 444 suiv. ; v. à cet effet l'article 44 alinéa III de la Constitution autrichienne.

⁵⁶ BVerfGE 89, 155 (184 suiv.).

toute discrimination en raison de la nationalité⁵⁷. Par conséquent, le concours des deux dispositions fondamentales a pour effet de réaliser un statut d'égalité des citoyens européens à travers toute l'Union sans égard à leur nationalité, en tant que notion inhérente à la conception d'un ordre juridique commun⁵⁸. La Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg avait déjà jugé qu'à l'intérieur de la Communauté européenne, les ressortissants d'un Etat membre ne pouvaient plus être traités comme des étrangers dans un autre Etat membre, au titre de l'article 16 de la Convention Européenne sur la sauvegarde des droits de l'homme⁵⁹.

Les principes et droits fondamentaux et sociaux, les droits de participation et le droit à la protection énoncés par le droit communautaire définissent alors de façon de plus en plus claire et détaillée le statut du citoyen de l'Union.

Ce statut de citoyen de l'Union s'ajoute, pour un individu donné, au statut de citoyen français, allemand etc. Le résultat en est une citoyenneté "composée", qui s'intègre dans la perspective de multiplicité inspirant la conception de constitution composée.

3. Du citoyen européen au peuple européen: le demos européen

Des doutes ont été exprimés quant à la possibilité même de concevoir un peuple européen au sens du „demos“, capable de former un système démocratique eu égard, notamment, aux langues différentes, au manque de débat européen, de médias communs et à un manque d'homogénéité des peuples des différents Etats membres etc.⁶⁰. La réponse à ces doutes est brève: Tout dépendra de la notion de peuple. Il est utile de rappeler, dans ce contexte, que la constitution des Etats Unis commence, dans son préambule, par les mots: „*We, the people...*“, retenons que cette expression ne vise - comme l'avait déjà faite la *Virginia Bill of Rights* de 1776 pour la Virginie - pas nécessairement l'unité d'un collectif préexistant mais bien la pluralité des êtres humains et citoyens des Etats qui se sont [*638] réunis; cette formule

⁵⁷ C.J.C.E. 24.11.1998, Horst Otto Bickel et Ulrich Franz, aff. 274/96, Rec. I-7637. V. les commentaires de M. Rossi, Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV, Europarecht 2000, p. 197

⁵⁸ Pour ce qui concerne l'application du principe d'égalité même aux droits sociaux v. C. D. Borchardt, Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft, Neue Juristische Wochenschrift 2000, p. 2057.

⁵⁹ Cour EDH, arrêt du 27. 4. 1995 - *Piermont c. France*, Série A. 313, points 61 à 64; v. à cet égard J.-F. Flauss, Observations. Liberté d'expression politique des étrangers et protection des droits fondamentaux dans les Territoires d'Outre-mer, RTDE 1996, p. 364; v. également: V. Constantinesco, Je t'aime, moi non plus! La société européenne en quête d'affection?, in Mélanges en l'honneur de F. Borella, 1999, p. 143 (154).

⁶⁰ V. notamment la Cour constitutionnelle allemande dans BVerfGE 89, 155 (185 suiv.). Pour la critique : J.H.H. Weiler, Does Europe Need a Constitution? Reflections on Demos, Telos and the German Maastricht Decision, European Law Journal 1 (1995), p. 219; B.-O. Bryde, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, Staatswissenschaft und Staatspraxis 1994, p. 305 (311); I. Pernice, Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration, AöR 120 (1995), p. 100 (103); M. Fromont, L'Allemagne, in D.Maus et O. Passelecq (éd.), p. 55: „idée un peu folle“; C. Grewe, Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker? - Zur Demokratiefähigkeit der Europäischen Union, in J. Drexel et al. (éds.), Europäische Demokratie, 1999, p. 59 suiv. V., par contre, le référence à J.J. Rousseau faite par J.-C. Piris, *op. cit.*, p. 611, qui constatait: "Il n'y a plus, aujourd'hui, de Français, d'Allemands, d'Espagnols, d'Anglais même, quoi qu'on dise: il n'y a que des Européens" (Considerations sur le gouvernement de Pologne, et sur sa réforme projetée, avr. 1772).

semble représenter un compromis entre les fédéralistes et les opposés⁶¹.

Il n'y pas de peuple européen dans un sens ethnique ou culturel. Toutefois, la constitution européenne se caractérise comme communauté de droit, basée sur des valeurs communs et un statut commun de ces citoyens, qui fondent une nouvelle identité européenne s'ajoutant à leurs identités locale, régionale et nationale.

Or, ce n'est pas le collectif (fictif) d'un peuple, mais c'est le citoyen comme individu, membre de diverses communautés politiques, avec ses identités respectives, qui représente le principal dans tout système démocratique⁶². Sa participation aux différents niveaux du système politique de l'Union, au concours des volontés qui déterminent les politiques à suivre, doit être reconnue comme l'expression de son individualité, ou, autrement dit, de sa dignité humaine. Elle est la mise en oeuvre de son *status activus*, protégé par les droits fondamentaux et réalisé par les procédures démocratiques au niveau local, régional, national et européen. Cette conception évolutive et dynamique du citoyen de l'Union, la garantie de ses droits dans les articles 17 à 21 CE et, notamment, son droit de vote aux élections européennes et locales peuvent être entendues, en effet, comme indices d'un statut commun et d'unité politique des citoyens des Etats membres - unité qui n'en fait pas un "peuple" au sens classique du terme, mais qui permet, néanmoins, de considérer les citoyens de l'Union comme source de la légitimité démocratique de l'Union et de ses actes⁶³. Quelle que soit son [*639] appellation,

⁶¹ La Virginia Bill of Rights s'exprime sur le rapport entre le peuple de la Virginie et son gouvernement en utilisant le pluriel comme suit: "That all power is vested in, and consequently derived from, the people: that magistrates are *their* trustees and servants and at all times amenable to *them*". V. à ce propos: B.-O. Bryde, Auf welcher politischen Ebene sind welche Probleme vorrangig anzugehen?, dans: B. Sitter-Liver (éd.), Herausgeforderte Verfassung. Die Schweiz im globalen Kontext, 1999, p. 223 (225); v. également: B.-O. Bryde, Le peuple européen and the European people, dans: A. Auer et J.F. Flauss, *op. cit.*, p. 251 et s.; v. aussi H. Arendt, On revolution, 1963, p. 63: « The word 'people' retained for [the founders] the meaning of manyness, of the endless variety of a multitude whose majesty resided in its very plurality ». La version initiale du préambule de la Constitution de 1787 avait été rédigé comme suit: "We, the People of and the States of New Hampshire, Massachusetts, Rhode Island [...]" (v. M. Farrand, The Records of the Federal Convention of 1787, Tome II, 1937, p. 152), modifié vers « We the People of the States of [...]" (*ibid.* p. 177), et finalement transformé dans le célèbre « We the people » par le Comité de Style de la Convention (*ibid.*, p. 590), très probablement pour des raisons de logique: la nouvelle constitution allait entrer en vigueur avec la ratification de 9 States et on ne pouvait tout simplement pas dire en avance quels 9 des 13 States existant allaient être les premiers à ratifier la constitution, v. M. Farrand, The framing of the constitution of the United States, 1913, p. 190. Il est vrai, cependant, que le sens unitaire de "We the people" a été souligné par ceux qui craignaient un pouvoir fédéral fort dès les débats sur la ratification de la nouvelle constitution, v. A. Amar, Of Sovereignty and Federalism, 96 Yale L.J. (1997), p. 1425 (1450); cela a mené les commentateurs doctrinales aussibien que les juges à négliger le double sens de "We the people", v. par ex. J. Story, Commentaries on the Constitution of the United States, Tome I, 1891, § 463 et s.; et la Cour suprême dans Martin v. Hunter's Lessee, 1 Wheat. 305 (324); Chisholm v. Georgia, 2 Dall. 419 et McCulloch v. Maryland, 4 Wheat. 316 (404 et s.).

⁶² V. à cet égard P.-M. Huber, Die politischen Parteien als Partizipationsinstrument auf Unionsebene, Europarecht 1999, p. 579 (580 et s.).

⁶³ *Ibid.*, p. 586. Pour une critique de la conception traditionnelle du "peuple" et des conclusions qui en sont tirées dans la doctrine allemande v. R. Steinberg, *op. cit.*, p. 366 (368 et s.); B.-O. Bryde, Le peuple européen and the European people, in A. Auer et J.-F. Flauss (dir.), *op. cit.* p. 251 et s. Une conception évolutive de la notion de citoyen de l'Union, source de sa légitimité démocratique, se trouve même dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande concernant le traité de Maastricht, BVerfGE 89, 155 (184): "Par cette citoyenneté de l'Union fondée par le traité de Maastricht un lien juridique a été créé entre les ressortissants des Etats membres, un lien qui doit

cette unité prend la fonction d'un peuple. Là encore, l'idée de multiplicité suggère que l'appartenance à un demos n'est pas exclusive, et dans un sens fonctionnel l'individu peut faire partie de différents demos en même temps.

4. *Fonction et loyauté européennes des institutions nationales*

Les institutions administratives, judiciaires mais aussi législatives des Etats membres sont chargées, conformément aux obligations découlant de l'article 10 (ex 5) CE, de veiller à l'application fidèle des dispositions prises au niveau communautaire⁶⁴. Sans que l'on en trouve nécessairement une trace dans les textes des constitutions nationales, les institutions nationales ne sont non seulement dépourvues de certains de leurs pouvoirs - dorénavant attribués aux institutions communautaires -, mais elles bénéficient également de certaines nouvelles attributions concernant la mise en place et la mise en œuvre des dispositions communautaires.

C'est à juste titre, que *Charles Leben* parle d'un „dédoublement fonctionnel“ pour les tribunaux, „en tant qu'organes, tantôt de l'ordre central, tantôt de l'ordre juridique partiel de leur Etat“⁶⁵. Les juges nationaux ont été qualifiés, par conséquent, de juges communautaires⁶⁶, puisqu'ils appliquent non seulement les dispositions spécifiques de la législation communautaire, mais qu'ils sont également soumis entièrement à la règle communautaire, y compris au devoir de vérifier la conformité des dispositions en cause avec le droit primaire ou „constitutionnel“, et de soumettre, le cas échéant, des questions préjudicielles à la Cour de justice des Communautés européennes.

Il en va de même, en dehors de l'application de l'article 234 (ex 177) CE bien sûr, pour les administrations nationales et, notamment en ce qui concerne la transposition des directives, pour les institutions législatives des Etats mem[*640]bres. Les nouvelles fonctions des

être permanent et constitue toutefois, bien qu'elle ne soit d'une force et densité comparable à l'appartenance commune à un Etat, l'expression juridiquement obligatoire de l'état actuel d'une unité (Gemeinsamkeit) existentielle" (traduction par les auteurs). V. également *J.-C. Piris, op. cit.*, p. 613, qui souligne que "la Communauté rassemble non seulement les Etats membres, mais également leurs peuples, les 'citoyens de l'Union'", pour dire ensuite, par contre, que "le pouvoir constitutif de négocier et d'adopter les modifications apportées aux traités fondateurs appartient aux seuls Etats membres" - v. *ibid.*, p. 622, contre l'adoption d'une constitution par un peuple européen: "Les Etats membres se considèrent eux-mêmes comme les 'amâtes des traités' et la plupart d'entre eux entendent conserver ce pouvoir" - mais saurait-on ainsi distinguer les Etats de leurs peuples, que *Piris* lui-même identifie avec "les 'citoyens de l'Union'" (*ibid.*, p. 613).

⁶⁴ C.J.C.E. 21.9.1983, *Milchkontor*, aff. 205 à 215/82, Rec. 2633 points 16-25; plus expressément encore sur les obligations communautaires des Etats membres la Déclaration n° 19 au traité de Maastricht relative à l'application du droit communautaire.

⁶⁵ *C. Leben*, A propos de la nature juridique des Communautés européennes, *Droits* 14 (1991), p. 61 (66). Pour le cas des banques centrales nationales v. *R. Smits, The European Central Bank*, 1997, p. 94: "dual capacity"; *J.-V. Louis*, A Legal and Institutional Approach for Building a Monetary Union, *CMLRev.* 35 (1998), p. 33 (50 et s., 73): "NCB's are agents of the System, in the implementation of tasks related to it".

⁶⁶ *V. J. Rideau*, Rapport introductif, in *D. Maus et O. Passelecq* (éd.), *op. cit.*, p. 12 (13). V. également *I. Pernice*, Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?, *CMLRev.* 36 (1999), p.703 (710).

parlements nationaux de suivre et de participer activement au processus législatif communautaire au sein du Conseil (facilité par les dispositions du Protocole n° 13 au traité d'Amsterdam sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne) deviennent de plus en plus importantes. Ceci correspond à une pratique établie depuis longtemps au Danemark où le parlement donne des instructions claires et précises pour la position à défendre par les ministres danois au Conseil⁶⁷. De plus en plus, ce rôle "européen" des parlements nationaux fait l'objet de dispositions constitutionnelles spécifiques dans les Etats membres, comme celles des articles 88-4 de la Constitution française, 23e de Constitution autrichienne et 23 al. 2 et 3 de la loi fondamentale allemande. Bien qu'il soit difficile de qualifier les parlements nationaux de 'organes communautaires' à cet égard, il est important de souligner leur fonction en ce qui concerne la légitimité démocratique du processus décisionnel communautaire⁶⁸. Ils assument ainsi une responsabilité et sont soumis à un mécanisme allant bien au-delà du niveau national.

Nous retrouvons donc l'idée de multiplicité également dans la double fonction des institutions nationales.

5. Les garanties d'homogénéité essentielle et l'autonomie constitutionnelle nationale

Les nouvelles dispositions du traité d'Amsterdam mettent à l'évidence une nouvelle dimension d'interdépendance des niveaux constitutionnels national et communautaire⁶⁹: En vertu des articles 6 et 7 TUE un Etat membre ne peut plus modifier son système constitutionnel vers une forme incompatible avec les principes de liberté, de démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'Etat de droit sans risquer des sanctions au titre de l'article 7 TUE et, le cas échéant, de l'article 309⁷⁰.

Peut-on soutenir, compte tenu de ces dispositions, que les Etats membres sont encore les maîtres de leurs propres constitutions?⁷¹ [*641]

⁶⁷ V. H. Zahle, Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in Dänemark, in U. Battis/D.Th. Tsatsos/D. Stephanou (éds.), Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, 1995, p. 47 (67 et s.); v. également: T. de Berranger, Constitutions nationales et construction communautaire, 1995, p. 429 et s.

⁶⁸ Pour la fonction démocratique du contrôle parlementaire des ministres au Conseil v. BVerfGE 89, 155 (191). Pour son renforcement en vue d'accroître le poids réel de ce pilier de la légitimité démocratique de l'Union, v. J.-C. Piris, *op. cit.*, p. 627 et s.

⁶⁹ Pour plus de détails sur cette interdépendance, interprétée comme base d'un système de stabilité constitutionnelle réciproque v. I. Pernice, Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung, in R. Bieber et P. Widmer (éds.), L'espace constitutionnel européen, 1995, p. 225 (261 et s.).

⁷⁰ Pour une étude détaillée v. F. Schorkopf, *op. cit.*

⁷¹ Dans le sens négatif, à juste titre, F. Schorkopf, *op. cit.*, p. 211, qui parle d'une restriction de l'autonomie des Etats membres en ce qui concerne leurs ordres juridiques.

III. - LA NOTION DE CONSTITUTION COMPOSEE: MOYEN DE SURMONTER LES RETICENCES FACE A LA CONSTITUTION EUROPEENNE

La conception d'une constitution européenne rencontre certaines objections et réticences typiques, presque classiques. Selon nous, la conception d'une constitution composée (*Verfassungsverbund*) permet de répondre à ces objections typiques, portant notamment sur le concept de l'Etat (A), la souveraineté nationale (B); la sauvegarde du principe démocratique (C), et les valeurs constitutionnelles et identités nationales (D), tout en tenant compte des soucis tout à fait légitimes qui se lient à ces objections.

A. - Le concept d'Etat et la constitution européenne

Il ne s'agit pas de créer un Etat européen. Le respect de la qualité d'Etat, de la *Staatlichkeit*, *statehood*, etc. de tous les Etats membres n'est non seulement hors disposition du législateur national dans la mise en œuvre des clauses constitutionnelles⁷², mais également la base du fonctionnement de l'Union européenne. Reste à savoir ce que l'on entend par 'Etat'. La notion d'Etat, selon laquelle même les *Länder* allemands devraient être considérés comme des Etats⁷³ comme, au niveau international, l'Ukraine et la Biélorussie étaient reconnus comme Etats membres de l'ONU malgré leur statut de membres de l'URSS est trop large et trop ouverte à l'interprétation. Et trop claire est, d'autre part, la volonté politique des Etats membres selon laquelle l'Union européenne ne doit pas s'évoluer vers un Etat fédéral⁷⁴. Le Ministre Fischer l'a bien souligné dans son discours Humboldt⁷⁵ :

“Ce serait donc commettre une erreur de construction irréparable que de tenter de parachever l'intégration politique à l'encontre des institutions et des traditions nationales existantes et non en cherchant à les associer au processus. Une telle entreprise serait appelée à échouer dans les conditions historiques et culturelles européennes. C'est uniquement si l'intégration européenne conserve les États-nations dans une telle Fédération, qu'elle ne dévalorise pas, voire ne fait pas disparaître complètement leurs institutions qu'un tel projet sera réalisable, en dépit des énormes difficultés qu'il présente. Autrement dit, la conception qui prévalait jusqu'à présent d'un État fédéral européen, qui remplacerait comme nouveau souverain les anciens États-nations et leurs démocraties, s'avère être une élucubration artificielle [*642] qui se situe en dehors des réalités européennes traditionnelles. Parachever l'intégration européenne n'est concevable que si ce

⁷² Ainsi très clairement P. Kirchhof, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, in J. Isensee et P. Kirchhof (éd.) *Handbuch des Staatsrechts*, vol VII (1992), § 183 notes 57 et s.; aussi l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande sur le traité de Maastricht, BVerfGE 89, 155 (190) où la Cour affirme que l'Allemagne gardera sa qualité d'Etat souverain malgré sa participation à l'Union européenne.

⁷³ BVerfGE 1, 14 (34) ; 36, 342 (360 et s.) ; H. Bauer, dans : H. Dreier (éd.), *Grundgesetz Kommentar* (1998), Art. 20 (Bundesstaat) note 23.

⁷⁴ V. le Président Chirac dans son discours Notre Europe ("Ni vous ni nous n'envisageons la création d'un super Etat européen"), *supra*, note 1.

⁷⁵ V. *supra*, note 1.

processus s'effectue sur la base d'un partage de souveraineté entre l'Europe et l'État-nation.”

Le passage de ce que l'on peut appeler un „fédéralisme supranational“⁷⁶ à la structure d'un Etat fédéral qui se substituerait aux Etats membres⁷⁷ ne semble être couvert ni par l'article 88-1 de la Constitution française, ni par aucune autre disposition constitutionnelle des Etats membres et présupposerait, par conséquent, une sorte d'acte „révolutionnaire“ du pouvoir constituant européen⁷⁸. L'approche d'un constitutionalisme composé n'implique pas un tel acte, puisqu'elle ne cherche qu'à *expliquer* l'ordre constitutionnel actuel, elle ne propose pas de le *bouleverser*.

Ceci dit, la notion d'Etat ne pourrait constituer un obstacle à l'idée d'une constitution européenne composée seulement si l'on insistait sur un lien entre la notion d'Etat et celle de constitution. Cette idée a déjà été rejetée plus haut, car nous soutenons que la constitution sans Etat est concevable. L'absence d'une structure étatique au delà des Etats membres n'interdit pas la conception d'une constitution composée.

B. - La souveraineté nationale et la constitution européenne

Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel en France, une révision des traités est compatible avec la constitution tant qu'elle „ne porte pas atteinte aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale“⁷⁹. Le cri[*643]tère d'atteinte aux conditions

⁷⁶ Ainsi proposé par *A. v. Bogdandy*, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform. Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam*, 1999.

⁷⁷ Ainsi suggéré par l'avocat général *F. Mancini*, *Europe: The Case for Statehood*, *European Law Journal* 4 (1998), p. 29; crit. *J.H.H. Weiler*, *Europe: The Case Against the Case for Statehood*, *ibid.*, p. 43.

⁷⁸ V. pour l'Allemagne: *U. di Fabio*, *Der neue Art. 23 des Grundgesetzes*, *Der Staat* 32 (1993), p. 191 (206); *D. Murswiek*, *Maastricht und der Pouvoir constituant*, *Der Staat* 32 (1993), p. 161 ; v. également *T. de Berranger*, *op. cit.*, p. 339: „Si on s'engage effectivement sur la voie de l'Union politique fédérale, alors il faudra très certainement faire plus que réviser les constitutions des Etats membres [...]: il faudra un acte constituant originaire, initial“. Pour *O. Beaud*, *La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht. Remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle*, *RFDA* 1993, p. 1059 et s., par contre, déjà la ratification d'un traité tel que celui de Maastricht requiert un acte constituant: en effet l'Union européenne n'est pas, selon lui, une organisation internationale, mais bien une „Fédération“; son „acte fondateur, le Traité de Maastricht, est un acte constituant plurilatéral dont l'objet est d'organiser des transferts de souveraineté [...] entre plusieurs Etats. Par conséquent, cet acte constituant est un pacte constitutionnel fédératif“ (*ibid.*, p. 1067) - ce qui est difficile à réconcilier, toutefois, avec l'option évoquée plus tard, de créer une „Fédération européenne“ par un acte futur des peuples européens (*ibid.*, p. 1086). Selon *H. Hofmann*, *op. cit.*, p. 1074, l'acte révolutionnaire consisterait déjà dans la substitution du système à caractère international, fondé sur les Traités qui instituent du pouvoir public dérivé de celui des Etats membres, par un pouvoir public autonome créé par un pouvoir constituant. Suivant la thèse défendu ci-dessus, le pouvoir public de la Communauté est autonome dans ce sens. - Par contre, *J.F. Flauss*, *Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung - Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht aus französischer Sicht*, *Europarecht* 2000, p. 31 (36), considère une modification de l'article 88-1 de la Constitution française une option possible.

⁷⁹ Pour le développement de la jurisprudence v. *P. Gaia*, *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, rapport français, in *F.I.D.E.* (éd.), *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne*, vol. 17 (1996), p. 231 (p. 250 et s.); *T. de Berranger*, *op. cit.*, p. 253 ; *J. Dutheil de la Rochère*, *The French Conseil*

essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale, ainsi établi, ne constitue, pas une limite absolue du pouvoir d'intégration⁸⁰. D'une part, le Conseil constitutionnel paraît avoir adopté une interprétation assez large ou „flexible“ des critères établis⁸¹, jusqu'à admettre que le respect de la souveraineté nationale n'exclut pas la participation de la France à une organisation internationale investie de pouvoirs de décision par voie d'un transfert de compétences convenues par les Etats membres⁸². D'autre part, lorsqu'une disposition d'un traité a été déclaré inconstitutionnelle, le problème a pu être résolu, à chaque fois, par une modification de la Constitution française⁸³. Ceci était le cas, notamment, de quelques dispositions prévues dans le Traité de Maastricht⁸⁴, ainsi que dans le Traité d'Amsterdam⁸⁵.

Une „supra constitutionnalité“ dans le sens d'une limite absolue à un contrôle par le Conseil constitutionnel n'existerait, suivant la décision 92-312, qu'au regard notamment, de l'article 89 al. 4 de la Constitution française (limite circonstancielle) et de l'article 89 al. 5 (limite matérielle)⁸⁶. Il s'ensuit que la conception de la souveraineté nationale comme elle figure dans la Constitution française n'est point „intangibile“⁸⁷, mais ouverte à des aménagements tels que suggéré par l'alinéa 15 du Préambule de la Constitution française de 1946 (limitations) et prévue aux articles 88-1 et suiv. de la Constitution française et, notamment l'article 88-2 qui autorise des „transferts de compétences“.

Cette approche de 'réaménagement de souveraineté' s'intègre parfaitement dans la conception d'une constitution composée. L'analyse de la souveraineté de [*644] l'Etat face à

constitutionnel and the constitutional development of the European Union, in M. Kloepfer et I. Pernice (éds.), *Entwicklungsperspektiven der europäischen Verfassung im Lichte des Vertrags von Amsterdam*, 1999, p. 43 et s.; pour la décision sur la ratification du traité d'Amsterdam: *J. Gundel*, *Die Kontrolle der europäischen Integration durch den französischen Verfassungsrat*, *Europarecht* 1998, p. 371 et s.

⁸⁰ V. *J. Gundel*, *op. cit.*, p. 383 et s. V. également *J. Hecker*, *Souveränitätswahrung durch Einstimmigkeit im Rat: Der Conseil Constitutionnel zum Vertrag von Amsterdam*, *Juristenzeitung* 1998, p. 938 (943).

⁸¹ V. dans ce sens l'évaluation de *P. Gaia*, *op. cit.*, p. 250 et s.

⁸² Conseil constitutionnel, Décision no 97-394 du 31 décembre 1997, Rec. p. 344 - *Amsterdam*; v. à ce propos *J. Dutheil de la Rochère*, *op. cit.*, p. 48.

⁸³ V. dans ce contexte *T. de Berranger*, *op. cit.*, p. 276 et s.; pour une approche plus restrictive: *O. Beaud*, *op. cit.*, p. 1045 (1049): „la souveraineté de l'Etat est la condition de la souveraineté nationale“.

⁸⁴ Le Conseil constitutionnel avait explicitement suggéré cette possibilité: „considérant, toutefois qu'au cas où des engagements internationaux souscrits à cette fin contiennent une clause contraire à la Constitution ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle“, Conseil constitutionnel, décision no. 92-308 du 9 avril 1992, Rec. p. 55 - *Maastricht I*. V. aussi Décision no. 92-312 du 2 septembre 1992, Rec. p. 76 - *Maastricht II*.

⁸⁵ Conseil constitutionnel, décision no 97-394 du 31 décembre 1997, Rec. p. 344 - *Amsterdam*.

⁸⁶ Conseil constitutionnel, décision 92-312 du 2 septembre 1992, Rec. p. 76 - *Maastricht II*, att. 19; v. les commentaires doctrinaux *T. de Berranger*, *op. cit.*, p. 277 et s.; *J.F. Flauss*, *Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung - Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht aus französischer Sicht*, *Europarecht* 2000, p. 31 (36), ne voit pratiquement aucune limite au pouvoir de modifier la Constitution; crit. *O. Beaud*, *op. cit.*, p. 1056 et s., 1057: „par quel miracle une simple révision aurait, à elle seule, le pouvoir de rendre constitutionnelle [...] l'atteinte à la souveraineté de l'Etat jugée auparavant inconstitutionnelle“?

⁸⁷ Pour la vue opposée v. *O. Beaud*, *op. cit.*, p. 1061 et s.

l'intégration européenne proposée par *Florence Chaltiel*⁸⁸ explique la nature composite de la souveraineté dans l'Union européenne comme suit: l'Union européenne est fondée sur la souveraineté des Etats membres, qui ont souverainement limité leur souveraineté, en même temps l'Union contribue à une "re-fondation de cette même souveraineté" sans pourtant être une entité souveraine elle-même. La Communauté et ses Etats membres, formant "une sorte d'osmose", auraient produit "un nouveau modèle", "doté d'une souveraineté, qui n'annule pas celle de ses Etats membres"⁸⁹.

Exercer ensemble ce qui subsiste de la souveraineté nationale dans l'ère de la mondialisation apparaît comme un moyen logique pour retrouver des possibilités d'action. La participation à l'intégration européenne elle-même devient une condition essentielle d'exercice (effectif) de la souveraineté nationale de chaque Etat membre. N'est-ce pas le début d'une ouverture vers la conception d'un exercice de souveraineté divisée ou partagée entre plusieurs niveaux d'action politique? C'est, en effet, la voie de pensée suggérée par *J.-C. Mascelet* qui met d'abord en question la notion de „transfert de compétence“ pour attirer ensuite l'attention sur le fait que certaines compétences créées au niveau communautaire (comme celle de réaliser le marché intérieur) n'ont pas de correspondance au plan national et que „la communauté ne nous est pas étrangère, elle n'est pas 'autre' par rapport aux Etats. Elle est une partie des Etats eux-mêmes, de même que les Etats sont présents dans les institutions de l'Union Européenne“. Il continue, à juste titre, en disant „que, dans notre analyse constitutionnelle, nous avons, faute de tradition dans ce domaine, complètement négligé les analyses alternatives qui peuvent être faites, comme celles qui s'appuient sur la notion de souveraineté partagée, sur l'exercice en commun de la souveraineté“⁹⁰.

Au lieu de parler d'une *souveraineté partagée* (entre Etats membres et Union européenne)⁹¹, l'on pourrait penser à souligner le caractère composite de la souveraineté en Europe par la notion de *souveraineté européenne composée*⁹², ce qui reflétait mieux le caractère composé de la constitution européenne, tout en ne pas touchant à la querelle éternelle sur le caractère monolithique de la souveraineté qui ne permettrait pas de la partager⁹³.

En tout cas, nous pouvons retenir que le concept de souveraineté nationale n'apparaît pas comme obstacle à l'idée d'une constitution composée de l'Europe, il est parfaitement

⁸⁸ *F. Chaltiel*, op. cit., p. 17, 259 et s.

⁸⁹ *ibid.*, p. 504.

⁹⁰ *J.C. Mascelet*, dans : D.Maus et O. Passelecq (éd.), op. cit., p. 48 et s.

⁹¹ Selon *Jacqueline Dutheil de la Rochère*, La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, dans : R. Drago (éd.), *Souveraineté de l'Etat et interventions internationales*, 1996, p. 48, la communauté serait une première expérience réussie de souveraineté juridique partagée.

⁹² Dans son discours Notre Europe, *supra* note 1, le Président *Chirac* utilise la notion de souveraineté(s) commune(s).

⁹³ V. pour le débat américain du XIX^{ème} siècle la phrase célèbre de *John C. Calhoun* "Sovereignty is an entire thing; to divide is to destroy it", *A Disquisition on Government and a Discourse on the Constitution and Government of the United States*, 1851, p. 146.

compatible avec le *Verfassungsverbund* européen. [*645]

C. - Le principe démocratique et la constitution européenne

La notion de la souveraineté nationale représente une notion étroitement liée au principe démocratique⁹⁴. Néanmoins, le Conseil constitutionnel ne l'a pas repris dans la liste des „conditions essentielles“ qui se limite au respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation, et la garantie des droits fondamentaux et libertés du citoyen⁹⁵.

Par contre, l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande concernant la ratification du Traité de Maastricht s'est basé essentiellement sur le principe démocratique pour apprécier la compatibilité de ce traité avec la Loi fondamentale: Selon elle, une légitimité et un contrôle provenant du peuple dans l'Union est une condition essentielle pour que l'Allemagne soit membre de cette Union, et plus elle est investi de compétences, plus ce principe doit trouver une expression concrète dans son ordre institutionnel⁹⁶. Il convient de noter, cependant, que la Cour constitutionnelle allemande, comme d'ailleurs la Cour suprême danoise, fait valoir que la participation à une organisation supranationale ou internationale comportant une attribution de compétences à celle-ci, conduit nécessairement à une modification de son système démocratique⁹⁷. Si l'on accepte l'idée d'une constitution composée européenne fondée sur un "contrat social européen", la légitimité du pouvoir public européen peut être établie à partir de la notion de citoyen de l'Union, tel que démontré plus haut. Dans ce sens, la modification du système démocratique au niveau des Etats membres se montre notamment dans le double-rôle de l'individu, qui fait aussi bien partie du demos national que du demos européen - entendu dans un sens fonctionnel.

Ce qui ne peut pas être résolu par l'approche d'une constitution composée et qui subsiste du malaise européen souvent décrit comme déficit démocratique, c'est le problème de la transparence insuffisante des procédures et un certain manque de clarté en ce qui concerne les responsabilités au niveau européen⁹⁸, mais cela sont des questions qui ne concernent pas la

⁹⁴ V. M. Fromont, *Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne* (rapport général), in F.I.D.E. (éd.), *op. cit.*, p. 472 (p. 473), avec références aux articles 1er de la Constitution espagnole, 3 de la Constitution française et 1 de la Constitution grecque.

⁹⁵ V. Conseil constitutionnel, décisions 85-188 du 22 mai 1985 - *Protocole No. 6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme* - et 91-294 du 25 juillet 1991, Rec. 1991, p. 91 - *Schengen*; J. Dutheil de la Rochère, *The French Conseil constitutionnel and the constitutional development of the European Union*, in M. Kloepfer et I. Pernice (éds.), *Entwicklungsperspektiven der europäischen Verfassung im Lichte des Vertrags von Amsterdam*, 1999, p. 43 (p. 49 et s.), constate que le Conseil constitutionnel ne s'est pas tenu, toutefois, à cette liste et est procédé cas par cas, compte tenu de la nature et de l'importance de l'acte en cause: „eminently subjective considerations“.

⁹⁶ BVerfGE 89, 155 (184, 213).

⁹⁷ BVerfGE 89, 155 (183 et s.), Cour suprême du Danemark, arrêt précité, point 9.9.

⁹⁸ V. dans ce contexte l'analyse de *Joseph Weiler*, qui détecte différents types de prise de décision (intergouvernemental, supranational, infranational) au niveau européen, *J.H.H. Weiler*, *The constitution of Europe*, p. 264 et s. V. aussi. *J.H.H. Weiler/U. Haltern/F.C. Mayer*, *European Democracy and its Critique*, 18

légitimité du pouvoir public européen proprement dit. La consolidation des traités et la délimitation des compétences entre l'Union et les Etats membres prévues pour le temps après la ratification du traité de Nice doivent y donner une réponse⁹⁹.

D. - Valeurs constitutionnelles et identité nationale

Certaines valeurs constitutionnelles nationales apparaissent comme particulièrement importantes lorsqu'elles sont reprises dans les conditions établies par les clauses d'intégration des constitutions nationales ou lorsqu'elles figurent entre les garanties générales „d'éternité“ dans certaines constitutions excluant ainsi que certaines garanties et valeurs fondamentales soient abrogées ou affectées.

Ainsi, la Cour constitutionnelle allemande a affirmé, a plusieurs reprises, que la constitution allemande (l'article 24 al. 1 de la Loi fondamentale) n'autorise pas de mettre en cause l'identité de l'ordre constitutionnel allemand par l'attribution de compétences à des institutions internationales qui seraient à même de relativiser les principes essentiels de la structure démocratique, fédérale et d'Etat de droit, y compris de la sauvegarde des droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale¹⁰⁰. En quelque sens, ces principes déterminent l'identité nationale de l'Allemagne. Aujourd'hui, c'est article 23 al. 1 de la Loi fondamentale, introduit lors de la ratification du Traité de Maastricht, qui reprend cette jurisprudence en ce qu'il soumet la création de l'Union européenne ainsi que tout acte portant sur la révision de ses bases conventionnelles ou ayant une portée comparable aux limites de la „clause d'éternité“ de l'article 79 al. 3 de la Loi fondamentale afin de préserver cette identité vis-à-vis tous actes futurs d'intégration¹⁰¹.

Au delà de l'exemple allemand, il paraît assez évident qu'aucune disposition dans les constitutions nationales qui portent sur l'intégration européenne ne permettrait de mettre en cause l'identité nationale des Etats membres. Pour les Etats membres qui ne connaissent pas de dispositions particulières sur l'intégration européenne ou dont ces dispositions ne contiennent pas de référence directe ou indirecte à l'identité nationale, c'est l'article 6 al. 3 TUE qui fait preuve de façon particulièrement claire de cette règle fondamentale. Aussi, une partie des protocoles et déclarations adoptés lors de la conclusion des différents traités de révision et, notamment de celui d'Amsterdam, visent le but de sauvegarder des

West-European Politics 4 (1995) ; J.H.H. Weiler, European models: Polity, people and system, dans : P. Craig et C. Harlow (éds.), Lawmaking in the European Union, 1998, p. 3 et s.

⁹⁹ V. la Déclaration sur l'avenir de l'Union à inscrire à l'acte final de la conférence de Nice, SN 533/00, Annexe IV, selon laquelle une nouvelle conférence intergouvernementale sera convoquée en 2004.

¹⁰⁰ BVerfGE 37, 271 (279 et s.); BVerfGE 73, 339 (375 et s.), avec référence expresse à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne.

¹⁰¹ V. *contra* la thèse de Karl Doehring, Die nationale „Identität“ der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, in O. Due/M. Lutter/J. Schwarze (éds.), Festschrift Ulrich Everling, 1995, p. 263 (268 et s.), qui voit dans la clause de l'identité nationale l'expression d'un principe selon lequel l'ordre juridique communautaire serait seulement juxtaposé à celui des Etats membres confirmant son caractère de droit international, ce qui permettrait aux Etats membres d'ignorer des actes communautaires *ultra vires* selon les règles de droit international.

caractéristiques divers de l'ordre constitutionnel et social de certains Etats membres. Ils répondent à l'exigence fondamentale du respect de certains éléments de l'identité nationale dans la construction européenne. [*647]

Dans ce sens, semble-t-il, le nouvel article 16 CE relatif à la consécration de la place des „services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union“ répond à un souci d'importance majeure du côté français de sauvegarder une structure économique propre à la France contre des tendances excessives de libéralisation des marchés.

On peut donc constater que les valeurs fondamentales des constitutions nationales constituent une limite essentielle au „pouvoir d'intégration“ national dans les Etats membres et exigent, à leur tour, la reconnaissance et le respect d'une diversité des identités constitutionnelles et culturelles nationales par les autorités européennes comme il est exprimé à l'article 6 al. 3 TUE. C'est ici que se montre clairement la caractéristique de composition, le trait non-unitaire du *Verfassungsverbund* européen. Par conséquent, on peut même dire que la constitution européenne doit, par sa nature même, être une constitution composée. Même si un nouveau texte de base était établi au niveau européen sous le nom de 'Constitution européenne' ou de 'Traité constitutionnel', tel que le proposent *Joschka Fischer* dans son discours Humboldt et, plus récemment, *Jacques Chirac*, cette constitution européenne devrait tenir compte du caractère composite de l'ordre constitutionnel européen ¹⁰².

*

* *

La constitution de l'Union européenne n'est pas une donnée, mais elle est un processus d'établissement progressif d'un pouvoir public supranational par les peuples des Etats membres qui se définissent ainsi comme citoyens de l'Union, tout en restant des citoyens des Etats membres. Cette idée de 'multiplicité' de l'individu se reflète dans le caractère composite de l'ordre constitutionnel de l'Union européenne, dans sa constitution composée (*Verfassungsverbund*).

La perspective de l'élargissement de l'Union à plus de 25 Etat membres avec plus de 450 millions de citoyens offre une occasion exceptionnelle de révision du contrat social européen dans la perspective de renforcer, lors de l'inclusion des citoyens des nouveaux Etats membres, sa légitimité démocratique, la cohérence du système et l'efficacité de ses institutions et procédures. Lors de ce processus de révision et d'élargissement, les citoyens européens - anciens et futurs - devraient devenir plus conscients encore de leur rôle de pouvoir constituant de l'Union, pour adapter les tâches et pouvoirs de celle-ci aux réalités économiques et

¹⁰² Les propositions de *Joschka Fischer* dans son discours Humboldt de mai 2000 (v. *supra* note 1) soulignent l'importance de faire participer les institutions nationales au processus politique européen, selon lui, il s'agit de rassembler les différentes élites politiques nationales, et dans cette perspective, il propose d'introduire une chambre parlementaire au niveau européen qui serait composée de députés élus appartenant en même temps aux parlements nationaux, et, pour l'exécutif européen, il pense (entre autre, bienentendu) à établir un gouvernement européen, à partir des gouvernements nationaux.

politiques telles que créées par le processus de mondialisation et par la révolution digitale, sans que le rôle indispensable des Etats membres et de leurs *Länder* ou régions comme base de la construction européenne soit négligé. C'est ici que se révèle au sens plus profond le concept d'une constitution composée de l'Europe : c'est l'idée que simultanément, aussi bien envers les entités politiques proches des particuliers qu'envers cette entité plus grande que l'on appelle l'Europe, chaque citoyen puisse éprouver le sentiment d'être "chez soi", ou, en Allemand, d'y trouver sa „Heimat“.