

LA PARTICIPATION DE LA FRANCE
A LA DETERMINATION
DES ENJEUX CONSTITUTIONNELS
D'UNE REPUBLIQUE EUROPEENNE

Par François-Vivien GUIOT

Docteur en droit public
CRDEI - Centre d'Excellence Jean Monnet
Université de Bordeaux

SOMMAIRE

- I. – LES FONDATIONS ET LES CONSEQUENCES DE LA DOCTRINE « SOLIPSISTE »
- II. – L'EVOLUTION INDUITE PAR LA CONSTITUTIONNALISATION D'UNE LOGIQUE « IDENTITAIRE »
- III. – LES LIMITES DE L'ADHESION FRANÇAISE AU « CONSTITUTIONNALISME GLOBAL »
- IV. – LA CONSTITUTION D'UNE IDENTITE EUROPEENNE PLURALISTE DANS LA PERSPECTIVE D'UNE REPUBLIQUE EUROPEENNE

L'avenir de l'Union européenne serait-il dans la construction d'une République européenne¹ ? Cette question pourrait paraître purement académique, pour ne pas dire rhétorique. Pourtant, à en croire la photo officielle qui accompagna la signature à Rome du traité établissant une Constitution pour l'Europe, l'idée n'est pas tout à fait fantasmagorique : les chefs d'État ou de gouvernement étaient en effet réunis sous la devise « *Europae Rei Publicae Status* ». Malgré le rejet du projet de Constitution européenne en 2005, il est possible de penser qu'une telle évolution reste effectivement souhaitable, dans la mesure où elle serait susceptible de juguler le problème du déficit démocratique² et de concrétiser les valeurs dont l'Union se revendique, sans impliquer la perte du statut étatique des parties contractantes. En France, on s'accorde en effet pour reconnaître que « *la République n'est rien d'autre qu'une dynamique constitutionnelle de la*

¹ Cette question a fait l'objet d'une communication présentée lors du 9^e Dialogue franco-allemand de Bordeaux sur l'Europe, le 7 février 2014 (les éléments de réponse ici développés s'appuient en outre sur les travaux présentés lors du colloque qui s'est tenu à l'Université d'Angers le 17 octobre 2013 et publiés en 2014 dans le n° 25 de la revue *Politeia*).

² Pour une analyse des causes du déficit démocratique, voir J. HABERMAS, « Democracy in Europe: Why the development of the EU into a transnational democracy is necessary and how it is possible? » *European Law Journal*, Vol. 21, n° 4, 2015, p. 546-553.

liberté, de l'égalité et de la fraternité »³. Or, ces principes ne sont eux-mêmes rien d'autres que les ferments de la démocratie, ce dont on peut déduire que l'essence de la République est d'être une dynamique démocratique.

C'est dans cette perspective que l'on se propose de s'interroger sur la contribution de la France à l'identification et à la résolution des enjeux constitutionnels posés par une intégration européenne qui aurait pour objectif la construction d'une République européenne. Ce prisme, certes partiel par rapport à l'hypothèse envisagée⁴, paraît de nature à contribuer à l'évaluation, en droit, de la faisabilité d'un tel projet et à l'identification des conditions théoriques de sa réalisation.

En considérant la République comme le système politique dans lequel le pouvoir public est exercé en vertu d'un mandat conféré par le peuple⁵, il apparaît cependant rapidement que l'apport de la France à cette problématique constitutionnelle est en réalité essentiellement négatif : la pratique française montre, par sa façon d'aborder les enjeux de l'intégration européenne, qu'il existe en l'état actuel de la pratique constitutionnelle des obstacles fondamentaux à la réalisation d'une République européenne « *entendue comme une forme supérieure de démocratie* »⁶.

³ M.-H. FABRE, « Le concept de république dans les constitutions françaises », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *La république en droit français*, Paris, Economica, 1996, p. 38.

⁴ L'interrogation menée délaisse la question de l'identification à l'échelle européenne d'une volonté politique qui soit favorable à l'établissement d'une République européenne. Elle se propose uniquement d'examiner cette hypothèse théorique d'un point de vue juridique, et plus particulièrement sous l'angle du droit constitutionnel.

⁵ Nous retiendrons ici la définition adoptée par BRISSOT lorsqu'il écrit : « *J'entends, par république, un gouvernement où tous les pouvoirs sont, 1° délégués ou représentatifs ; 2° électifs dans et par le peuple, ou ses représentants ; 3° temporaires ou amovibles* » (« Ma profession de foi sur la monarchie et le républicanisme », *Le Patriote français*, 5 juillet 1791, reproduit in *Aux origines de la République, 1789-1792*, « Naissance du parti républicain », Paris, EDHIS, réédition de 1991, p. 9). En effet, si l'on devait seulement retenir de la notion de République l'idée d'une communauté politique garante d'un bien commun, il ne fait pas de doute que l'Union européenne poursuit depuis ses origines communautaires la réalisation d'un tel projet (voir en ce sens, C. ALVES, « L'environnement, facteur d'avènement d'une République européenne », *Politeia*, 2014, n° 25, p. 49-57 ; et O. ZETTERQUIST, « A European *Res Publica* », *Swedish studies in european law*, 2007, Vol. 2, p. 77-103, spé. p. 88). Seule l'acception selon laquelle le pouvoir de cette communauté provient directement du peuple et lui revient nécessairement – autrement dit, où il est la « chose du peuple » (J.-P. DUBOIS, « La République démocratique », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *La république en droit français*, Paris, Economica, 1996, p. 163 ; voir également, J.-M. PONTIER, « La République », *Recueil Dalloz*, 1992, p. 239 [« *la République est le gouvernement qui s'appuie sur le peuple pour la direction du pays* »] ; et A. VIOLA, *La notion de République dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2002, spé. p. 10-14, et p. 204-218) – est de nature à induire dans sa réalisation un saut qualitatif pour l'intégration européenne en définissant non plus seulement la finalité mais les conditions d'une refondation de l'Union (pour un examen critique au regard des exigences républicaines des modalités actuelles de gouvernement de l'Union et du rôle de la Cour de justice, voir O. ZETTERQUIST, *op. cit.*, p. 91 et s.).

⁶ J.-P. DUBOIS, *op. cit.*, p. 169.

En raison de l'objet de l'interrogation poursuivie, c'est essentiellement dans le discours du juge constitutionnel que l'on devait identifier ces enjeux et obstacles⁷. Or, la jurisprudence constitutionnelle française a pendant longtemps reposé sur une forme d'« isolationnisme juridique ». Le Conseil constitutionnel a effectivement adopté dans un premier temps une stratégie d'évitement des difficultés suscitées par l'intégration européenne, en raisonnant uniquement dans le champ de l'ordre juridique interne. Durant cette période « solipsiste », l'apport du discours constitutionnel à l'édification et à l'identification des conditions d'avènement d'une République européenne fut en quelque sorte nul (I).

Certes, dans un second temps, il a adopté un raisonnement fondé sur la consécration de l'identité constitutionnelle en apparence plus ouvert et réceptif à l'idée de République européenne. Consciemment ou non, les acteurs du débat sur l'intégration européenne tendent désormais à promouvoir un droit constitutionnel européen ou global. Ils poursuivent donc une « constitution » de l'Union, au sens d'une institutionnalisation et d'une limitation de son pouvoir, sans toutefois vouloir faire d'elle un État (II).

Pour y parvenir, les tenants de ce « droit constitutionnel global » entendent préserver – au nom des caractéristiques qu'ils prêtent à la souveraineté – les États souverains comme structure fondamentale de l'Union⁸. Paradoxalement, ils empêchent en conséquence les peuples européens d'être à la fondation d'une République européenne. Une telle approche de l'intégration européenne est très symptomatique de « l'impossibilité de la pensée continentale européenne de concevoir la souveraineté autrement qu'incarnée dans l'État »⁹. Pourtant, si « la République sans puissance souveraine [...] n'est plus République »¹⁰, la République c'est avant tout la Nation, ou plus exactement encore la souveraineté du peuple¹¹. Raisonnant à partir d'un impératif de garantie d'une souveraineté de l'État¹², en lieu et place

⁷ Si la jurisprudence du Conseil constitutionnel a donc vocation à occuper une place essentielle dans l'identification des enjeux constitutionnels de la République européenne, il demeure nécessaire de s'intéresser au discours des autres juridictions qui participent à l'interprétation de la Constitution ainsi qu'à la définition des conditions de l'intégration européenne.

⁸ La Cour constitutionnelle fédérale allemande qualifie ainsi l'Union « *de liaison ou d'association d'État* » (*Staatenverbund*). Voir, CCF, 30 juin 2009, *Traité de Lisbonne*, *BVerfGE* 123, 267.

⁹ E. ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'États », *RCADI*, 2002, Tome 294, p. 63.

¹⁰ J. BODIN, *Les Six livres de la République. Un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583*, Paris, Librairie générale française, 1993, p. 68.

¹¹ Voir en ce sens, A. JAKAB, « La neutralisation de la question de la souveraineté. Stratégies de compromis dans l'argumentation constitutionnelle sur le concept de souveraineté pour l'intégration européenne », *Jus Politicum*, 2008, n° 1, p. 4.

¹² De même, l'assimilation exhaustive de la souveraineté et du droit à l'État conduit toute réflexion sur l'intégration européenne dans une impasse en voyant dans l'Union « *la créature des États* » (L. AZOULAY, « La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation », *RFDA*, 2003, p. 859 ; et dans le même sens, voir E. BRUCE-RABILLON, « Propos introductifs. Souveraineté de l'État et supranationalité normative », *Politeia*, 2014, n° 25, p. 115 et 118). Ainsi, même en prenant le soin de rappeler que la souveraineté est un « *concept* » plurivoque, et non une « *qualité empirique* » de

d'une défense de la souveraineté des peuples d'Europe¹³, le juge constitutionnel maintient donc en réalité une perspective externe¹⁴ incompatible avec tout projet républicain au niveau européen¹⁵ (III).

l'État, une analyse attachant la souveraineté à l'État amène à affirmer que la souveraineté de l'État reste nécessairement intacte tandis que la souveraineté du peuple serait mise en cause par l'intégration européenne (M. TROPER, « L'Europe politique et le concept de souveraineté », in O. BEAUD, A. LECHEVALIER, I. PERNICE, et S. STRUDEL, *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 117-140, spé. p. 120). Le caractère souverain de l'État est une fiction, nécessaire, mais qui ne peut avoir de signification si l'on oublie qu'en réalité celui-ci ne fait qu'exercer un pouvoir qui appartient en propre aux individus qui le composent. Jean-Jacques ROUSSEAU (*Du contrat social*, Livre II, Chapitre 6) lui-même n'écrit-il pas que « pour être légitime, il ne faut pas que le gouvernement se confonde avec le souverain, mais qu'il en soit le ministre » ?

¹³ Là encore, nous croyons utile de préciser qu'il n'y a rien qui impose de concevoir une souveraineté populaire unifiée et antérieure, autrement dit un peuple européen, pour voir en l'Union un lieu d'expression en commun des « souverainetés des peuples » (pour une étude symptomatique, voyant dans l'existence d'une « société civile européenne » le préalable à toute Constitution européenne, voir J. LECA, « Questions sur la "Constitution" de l'Europe », in *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, op. cit., p. 108). En effet, il ne s'agit pas de lui reconnaître une souveraineté qui soit une et indivisible – alors que l'on en conteste dans le même temps la possession par les États. Il s'agit au contraire de revenir à l'idée que si la puissance publique doit pouvoir se revendiquer de l'adhésion du souverain, elle peut s'exercer sous un principe différent. Par ailleurs, dans le cadre d'une réflexion politique et juridique, l'argument tenant à l'absence d'un peuple européen ne résiste pas à l'adoption d'un postulat non essentialiste : dans cette perspective, le peuple apparaît pour l'essentiel comme une construction de l'action publique (en ce sens : J. HABERMAS, op. cit., p. 552-553 ; H. KELSEN, trad. C. EISENMANN, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, Economica, 1988, rééd. de l'ouvrage de 1929, p. 26 ; F. CHALTIEL, *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français : recherches sur la souveraineté de l'État membre*, Paris, LGDJ, 2000, p. 54 et s). Enfin, dans une société libérale, il est tout à fait acceptable de considérer que « 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 démocratique » (I. PERNICE, et F. C. MAYER, « De la constitution composée de l'Europe », *RTD Eur.*, 2000, p. 638).

¹⁴ En ce sens, Jean COMBACAU (« La souveraineté internationale de l'État dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *CCC*, 2000, n° 9, p. 114) observe à propos de la souveraineté que le juge constitutionnel, « combinant sous un même mot deux concepts qui [...] sont distincts et dans une certaine mesure étrangers, manie sa signification internationale avec des instruments verbaux tributaires de sa signification interne ».

¹⁵ Voir en faveur de la position du juge constitutionnel, E. JOUANNET, « De la personnalité et la souveraineté de l'État dans la Constitution de 1958. Théorie française de l'État et intégration européenne », in G. CAHIN, F. POIRAT, et S. SZUREK (dir.), *La France et le droit international, Ouverture*, Paris, Pedone, 2007, p. 357-389, spé. p. 380 : l'argument est fondé sur l'assimilation de la souveraineté dans l'État et de l'État, ainsi que sur l'idée qu'une représentation du peuple au niveau international est impossible de sorte qu'« un exercice important de la souveraineté par une autorité étrangère est inconcevable sous peine de dissoudre la souveraineté de l'État ». Toutefois en partant de l'affirmation d'une impossible représentation du peuple au niveau international, l'auteur nous semble faire de sa conclusion la prémisse de son raisonnement. L'on ajoutera que les conséquences de l'atteinte aux condi-

Sans chercher à juger le bien-fondé ou la légitimité de cette jurisprudence, il est possible de démontrer que ce discours, d'une cohérence limitée¹⁶, est susceptible d'être repensé de manière à favoriser l'intégration européenne¹⁷. Il faut pour cela admettre que si la souveraineté possède une dimension irréductible¹⁸, celle-ci réside uniquement dans « *la qualité de l'être au nom duquel [le pouvoir public] exerce sa puissance* »¹⁹. Pour concevoir une République européenne, il suffirait donc de revenir à un principe simple et essentiel : le consentement des peuples à l'autorité de ceux qui les gouvernent est à la fois nécessaire et suffisant (IV).

I. – LES FONDATIONS ET LES CONSEQUENCES DE LA DOCTRINE « SOLIPSISTE »

Cette doctrine « solipsiste » du juge constitutionnel peut se résumer en trois points : une supériorité théorique absolue de la Constitution, une pratique consensualiste, et la « résolubilité » d'un éventuel « choc de fundamentalité ». Chacun de ces éléments explique la faible part prise initialement par la France dans la détermination des enjeux constitutionnels de l'intégration européenne. Ils méritent toutefois que l'on s'attarde sur eux, car ce sont les prémices à partir desquelles il faudra aborder la question d'une Europe républicaine.

Le premier point, qui repose sur l'affirmation de la supériorité de la Constitution, est essentiel. Conformément au principe de la formation du droit par degrés²⁰,

tions essentielles d'exercice de la souveraineté – susceptible, selon Emmanuel JOUANNET, d'atteindre à l'existence même de la souveraineté – se résolvent par la mise en œuvre d'une révision constitutionnelle (voir *infra*). Ce dont il faudrait déduire qu'il est effectivement possible de renoncer à la souveraineté de l'État et à la souveraineté dans l'État au profit d'une autorité étrangère, pour autant que la renonciation ait été le fait du pouvoir constituant... et ce d'autant plus facilement que le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent à l'égard des lois constitutionnelles (voir pour une analyse critique de la position du conseil constitutionnel, P. GAÏA, « Le Conseil constitutionnel, gardien de la souveraineté nationale ? », *Politeia*, 2014, n° 25, p. 233-237).

¹⁶ Sur les problèmes de cohérence des solutions jurisprudentielles du Conseil constitutionnel dans l'interprétation de l'article 88-1 de la Constitution, voir notamment A. ROBLOT-TROIZIER, Chron. sous CC, 11 févr. 2011, *M. Pierre L.*, n° 2010-102 QPC, *RFDA*, 2011, p. 617 et s., spé. p. 620.

¹⁷ Il nous paraît en effet que les questions soulevées par l'intégration européenne provoquent à tort un réflexe essentialiste chez la doctrine. Pourtant comme le rappelle Michel TROPER (« En guise d'introduction : la théorie constitutionnelle et le droit positif », *CCC*, 2000, n° 9, p. 93), « [l]es diverses théories relatives à l'État ou la souveraineté ne sont [...] que des constructions métaphysiques, dont il est impossible de tester la validité, de sorte que, lorsque ces constructions s'opposent, il n'existe pas de critère permettant d'affirmer la supériorité de l'une sur l'autre ».

¹⁸ Voir *contra*, O. BEAUD, « Fédéralisme et souveraineté, Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP*, 1998, p. 83, spé. p. 116.

¹⁹ M. TROPER, *op. cit.*, p. 95. Il est à cet égard étonnant que Michel TROPER n'envisage pas plus avant l'une des alternatives qu'il identifie pour expliquer les mutations du concept de souveraineté impliquées par la pratique constitutionnelle, aux termes de laquelle il faudrait « *considérer que la Constitution nationale autorise les autorités européennes à créer des actes législatifs et qu'elle en fait donc des représentants des peuples de l'Union* » (*ibid.*, p. 96).

²⁰ CE, Ass., 30 octobre 1998, *M. Sarran, M. Levacher e.a.*, *Rec.* 368 (C. MAUGÛE, « L'arrêt Sarran, entre apparences et réalité », *CCC*, 1999, n° 7, p. 87) ; CE, 3 décembre 2001, *Syndi-*

cette dernière est considérée comme la norme fondamentale, comme l'alpha et l'oméga de l'ordre juridique national. Ainsi, malgré le rattachement de la France à une tradition moniste²¹, il serait logiquement impossible pour les juges français de reconnaître la primauté du droit de l'Union sur les dispositions constitutionnelles sans nier le fondement de l'État et sans nier en conséquence leur titre de compétence²². L'affirmation de la supériorité absolue de la Constitution entre donc en opposition frontale avec celle de la primauté absolue du droit européen, laquelle résulte de l'arrêt *Costa c. Enel* rendu par la Cour de justice en 1964²³. Or, on a pu voir dans cette jurisprudence fondatrice non seulement l'origine des « principes existentiels »²⁴ de la Communauté, mais aussi les fondements d'une constitutionnalisation de l'intégration européenne autour de l'autonomie, de la primauté, et de l'effet direct qui assurent l'unité de son droit²⁵. En s'opposant aux revendications de la juridiction communautaire, c'est ainsi au discours « constituant » de la juridiction communautaire que le Conseil constitutionnel mettait son *veto*.

Alors que dès 1974 la Cour constitutionnelle allemande avait cherché avec l'arrêt *Solange I*²⁶ à interpréter les potentialités de l'article 24 de la Loi fondamentale de manière à construire une politique jurisprudentielle de nature à résorber ce problème de confrontation entre les normes fondamentales et à participer à la constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire (notamment en imposant une forme de congruence entre les valeurs supérieures de chacun des ordres juridiques)²⁷, la stratégie du Conseil constitutionnel est donc tout autre. Il consacre

cat de l'industrie pharmaceutique, Rec. 624 ; CE, 5 janvier 2005, *Melle Deprez et M. Bailard*, Rec. 1.

²¹ Voir toutefois, A. PELLET, « Vous avez dit “monisme” ? – Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française », in *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, p. 827-857.

²² D. ALLAND, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international. Note sous CE, Ass., 30 octobre 1998, *M. Sarran, M. Levacher et autres* », *RFDA*, 1998, n° 6, p. 1101 : « la Constitution et les organes chargés de son interprétation ne sont pas en mesure de la placer au-dessous du droit international. Affirmer une subordination suppose la supériorité de ce à quoi on se soumet, laquelle ne saurait dépendre de ce qui est subordonné. Or toute l'ingéniosité du monde ne permettrait pas de trouver le moyen pour une Constitution ou un de ses organes constitués de placer le droit international au-dessus d'elle-même. D'où leur viendrait la puissance de lévitation permettant de hisser la valeur de quelque norme que ce soit hors de leur propre portée ? ». Dans le même sens, J. ROSSETTO, « Ordre constitutionnel interne et droit communautaire. L'impossible hiérarchie », in *Le droit administratif : permanences et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, p. 896 : « le juge interne ne saurait [...] s'exonérer des dispositions d'une constitution qui légitime son pouvoir d'agir, et par là même l'exercice de sa compétence ».

²³ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, Aff. 6/64, Rec. 1141.

²⁴ D. SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 1999, p. 207.

²⁵ L. AZOULAY, *op. cit.*, p. 843.

²⁶ CCF, 29 mai 1974, *Solange I*, BVerfGE 37, 271.

²⁷ Il faut noter que depuis l'adoption du contrôle de l'*ultra vires* (CCF, 6 juillet 2010, *Honeywell*, n° 2-BvR-2661/06), qui tend à examiner la compatibilité du droit de l'Union avec la Loi fondamentale, cette politique de résorption du risque de conflit a été pour le moins mise à mal (CCF, 14 janvier 2014, *Peter Gauweiler e.a.*, n° 2-BvR-2728/13).

dans la décision « *IVG* »²⁸ une distinction discutable entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité des lois, de sorte que le contrôle exercé au titre de l'article 61 ne lui impose pas de vérifier le respect du droit de l'Union. Cette interprétation dissociative est stratégique : elle permet au Conseil constitutionnel d'affirmer et d'asseoir la supériorité de la Constitution sur les conventions internationales. Elle est toutefois paradoxale²⁹ en ce qu'elle excluait totalement du contrôle de constitutionnalité l'obligation de respecter des normes européennes, alors même que celles-ci s'imposent au législateur et à l'exécutif en vertu de l'article 55. Le respect du droit communautaire serait donc une obligation ayant pour origine la Constitution française – et non une exigence imposée par les traités communautaires comme l'affirme la Cour de justice –, qui reste pourtant non sanctionnée par la juridiction constitutionnelle avant 2004.

Dans cette logique « solipsiste », l'intégration européenne devrait donc être comprise uniquement dans le cadre de l'ordre juridique français, alors que pour la Cour de justice la primauté découle des traités et doit s'imposer de manière identique dans tous les États membres. En clair, c'est la revendication d'une spécificité de l'ordre juridique communautaire par rapport au droit international³⁰ que le juge constitutionnel français rejette³¹. Cette opposition de jurisprudences – qui repose sur une ambiguïté du concept de primauté³² autant que sur une compréhension imparfaite, bien que répandue, du principe hiérarchique³³ – n'est pas propre à la

²⁸ CC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, n° 74-54 DC.

²⁹ Voir pour une critique de l'argumentation retenue par le Conseil constitutionnel, D. DE BECHILLON, « De quelques incidences du contrôle de conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire. *Malaise dans la Constitution* », *RFDA*, 1998, p. 225 et s..

³⁰ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, Aff. 26/62, *Rec.* 3.

³¹ Avant la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, il n'y avait certes dans la Constitution aucun fondement spécifique relatif à l'intégration européenne qui aurait pu inviter le Conseil constitutionnel à traiter différemment le droit communautaire et le droit international.

³² La primauté du droit européen revendiquée par la juridiction communautaire a longtemps été écartée au motif qu'il serait impossible de reconnaître dans un ordre juridique européen incomplet le fondement d'un ordre juridique national par nature illimité (analyse avec laquelle Hans KELSEN, partisan du monisme, a toutefois pris ses distances, en considérant que le principe *pacta sunt servanda* pouvait constituer la norme fondamentale structurant les ordres juridiques dans une relation hiérarchique : voir notamment « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, 1926, Tome 14, p. 231 et s.). Cependant, malgré l'ambiguïté de la motivation développée dans l'arrêt *Simmenthal* (CJCE, 9 mai 1978, Aff. 106/77, *Rec.* 629, pt. 17), la primauté n'a vocation qu'à imposer une règle de conflit de loi, donnant en cas de contrariété une priorité d'application au droit de l'Union sur les règles nationales. La Cour de justice n'a jamais entendu revendiquer dans les traités le fondement de validité du droit interne, comme l'affirment pourtant généralement les opposants au principe de primauté.

³³ Dans une conception normativiste de la théorie kelsénienne, la conciliation de la primauté des traités et de la supériorité de la Constitution semble en effet logiquement impossible. Toutefois une relecture de la hiérarchie des normes, et non des règles ou des ordres juridiques, est possible à partir d'une conception volontariste et non hylétique du droit. Voir notamment O. CAYLA, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *CCC*, 1999, n° 7, p. 77-86 ; et E. MILLARD, « La hiérarchie des normes », *Revus*, 2013, n° 21, p. 163-199.

France³⁴. Elle n'en est pas moins source de difficultés dans la mesure où elle peut entraîner une violation des obligations communautaires, pourtant souscrites et acceptées par l'État. Que les acteurs du droit constitutionnel le veuillent ou non, un débat existe donc bien sur les conditions de l'intégration européenne. Durant cette période « solipsiste », celui-ci s'opère toutefois indirectement et séparément entre des juridictions nationales et communautaires qui s'ignorent.

Nonobstant la revendication de l'autonomie des ordres juridiques en cause, il semble en outre que l'approche « solipsiste » revendiquée n'est pas complètement conséquente. Si elle conduit le juge constitutionnel français à se déclarer incompétent en 1975, elle amène le juge ordinaire à assurer le respect des obligations conventionnelles souscrites par la France à l'encontre des pouvoirs législatif et exécutif. Mettant fin au dogme de la souveraineté parlementaire, les arrêts *Société des cafés Jacques Vabre*³⁵ et *Nicolo*³⁶ traduisent bien les conséquences du chamboulement constitutionnel induit par l'intégration européenne. C'est dans ce cadre de ces tensions contraires qu'a vu le jour une pratique juridictionnelle consensuelle, assurant une intégration juridique satisfaisante du droit européen.

Sans compter la période qui s'est étendue entre la décision « *IVG* » du Conseil constitutionnel et l'exercice de ce contrôle de conventionnalité sur la loi postérieure par le juge ordinaire, il faut rappeler que jusqu'en 2004 une violation du principe de primauté était en effet susceptible de se réaliser lors du contrôle d'un acte national appliquant le droit européen³⁷. Il découlait de la logique « solipsiste » qu'aucun traitement contentieux particulier n'était accordé en droit interne aux dispositions issues de l'ordre juridique communautaire. En contrôlant un acte national reprenant des dispositions européennes ne laissant à l'État aucune marge d'appréciation, le juge national risquait donc de contrôler, indirectement, des règles européennes en utilisant la Constitution comme norme de référence. En cas de contrariété de l'acte national avec les exigences constitutionnelles, le juge ordinaire pouvait ainsi – malgré le principe de l'article 55 – empêcher l'application du droit de l'Union en violation des principes de primauté et de coopération loyale.

En pratique, une forme de « *dialogue* »³⁸ conduisit toutefois les juges à adopter des solutions jurisprudentielles non contradictoires en faisant usage de leur pouvoir

³⁴ Seuls les Pays-Bas, l'Estonie, l'Irlande ou Chypre semblent accepter explicitement ou implicitement la primauté sur l'ensemble des dispositions nationales.

³⁵ C. Cass., Chbre mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, *Bull. Civ.*, n° 4, p. 6.

³⁶ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Rec.* 190.

³⁷ Comme cela sera explicité par la suite, même si le risque est atténué depuis 2004, une telle violation est toujours susceptible de se produire en raison de la réserve établie par la jurisprudence constitutionnelle au profit des principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France.

³⁸ Le terme de « *dialogue des juges* », dont l'invention revient à Bruno GENEVOIS (conclusions sur CE, 22 décembre 1978, *ministre de l'intérieur c. Cohn-Bendit*, *Rec.* 524), témoigne par son emploi systématique de la place prépondérante qu'occupent le pouvoir juridictionnel et les juges dans la conceptualisation et le fonctionnement concret des rapports de système.

d'interprétation³⁹. Au-delà de cette politique jurisprudentielle, il faut admettre que le risque de conflit restait cependant faible pour trois raisons essentielles.

Premièrement, la Constitution peut paraître matériellement peu contraignante en tant que norme de référence pour un droit portant essentiellement sur des problèmes de régulation économique.

Deuxièmement, la technologie du contrôle de constitutionnalité en France n'était pas aussi développée qu'en Allemagne. Jusqu'à la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, le Conseil constitutionnel ne pratiquait qu'un contrôle *a priori*. Une inconstitutionnalité découverte lors de l'application d'une loi de transposition ne pouvait donc être soumise ni à son examen, ni à celui d'aucun autre juge en raison de l'incompétence des juridictions ordinaires⁴⁰.

Troisièmement, la compétence du Conseil constitutionnel se limitait et se limite toujours au contrôle des lois (alors que la compétence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande s'étend aux actes réglementaires, ce qui rendait toute stratégie d'évitement de la problématique de l'intégration européenne plus difficile). En France, c'est donc le juge administratif qui est en charge de vérifier la constitutionnalité de ces actes infralégislatifs de droit public. Or, en raison de la théorie de la loi-écran⁴¹, ce dernier n'est pas susceptible de tirer les conséquences d'une inconstitutionnalité qui aurait pour origine les dispositions d'une loi de transposition. Seule l'hypothèse d'une mise en œuvre des obligations communautaires directement par un acte administratif était donc susceptible d'être à l'origine d'une concrétisation de la contrariété entre le principe de primauté et celui de la supériorité de la Constitution.

Au final, durant cette période « solipsiste », le juge français a certes affirmé la supériorité de la Constitution sur les traités internationaux afin d'écarter la critique de l'inconventionnalité d'une norme nationale mettant en œuvre les exigences de la Constitution (comme ce fut le cas dans les arrêts *Sarran*⁴² et *Fraisse*⁴³, rendus respectivement par le Conseil d'État et la Cour de cassation), mais il n'a jamais eu à faire jouer explicitement la supériorité de la Constitution sur un acte de droit communautaire⁴⁴. Bon an mal an, le « choc de fundamentalité » théorique n'a donc pas eu de répercussion concrète susceptible de justifier le déclenchement d'une procédure en constatation de manquement.

³⁹ Interprétation qui s'exerce aussi bien en faveur de la conventionnalité du droit interne que de la constitutionnalité du droit conventionnel (voir en ce sens, CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, Rec. 255).

⁴⁰ CE, Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi*, Rec. 966.

⁴¹ Arrêt *Arrighi préc.* ; CE, 5 janvier 2005, *Deprez et Baillard*, Rec. 1.

⁴² Arrêt *Sarran, Levacher e.a. préc.* : « la suprématie (...) conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ».

⁴³ C. Cass, Ass. pl., 2 juin 2000, *Fraisse*, Bull. A. P., n° 4, p. 7.

⁴⁴ Le rappel effectué en 2001, dans l'arrêt *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique préc.*, de la position selon laquelle « le principe de primauté (...) ne saurait conduire, dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution », ne constituait en effet qu'un *obiter dictum* au regard de la solution d'espèce.

Pour conclure sur cette première période, il reste toutefois à examiner quelles conséquences aurait eu un conflit avéré entre la Constitution et une disposition nationale reprenant ou intégrant dans l'ordre juridique français des dispositions communautaires. À cette fin, il est nécessaire d'élargir le périmètre du discours contentieux pertinent. La problématique des rapports entre les textes fondamentaux des deux ordres juridiques n'est en effet pas uniquement impliquée dans l'examen de constitutionnalité des actes législatifs et infralégislatifs. Elle est encore présente dans la définition des conditions d'exercice du pouvoir constituant, laquelle résulte des jurisprudences relatives à la ratification des actes appartenant au droit primaire de l'Union. En effet, si les décisions du Conseil constitutionnel adoptées dans le cadre de la procédure de l'article 54 ont bien été l'occasion de préciser les modalités de mise en œuvre du pouvoir de révision constitutionnelle pouvant être sollicité à l'occasion du développement communautaire⁴⁵, elles permettent également de cerner la situation du pouvoir constituant en cas d'« inconstitutionnalité » du droit dérivé.

S'agissant de la ratification des actes du droit primaire, la jurisprudence constitutionnelle s'appuie depuis une décision du 19 juin 1970, relative aux ressources propres de la CEE, sur la préservation des « *conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* »⁴⁶. La construction de cette notion avait pour objet de vérifier que la ratification d'un traité communautaire ne porte pas atteinte à la puissance publique de l'État, ou du moins à ses composantes essentielles⁴⁷, car le juge constitutionnel considère que dans le cas contraire cela reviendrait à violer la souveraineté de l'État⁴⁸. Le même raisonnement fut mis en œuvre dans la jurispru-

⁴⁵ Sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel développée au titre de l'article 54 de la Constitution, voir P. GAÏA, *op. cit.*, p. 218-221.

⁴⁶ CC, 19 juin 1970, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 et décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970, relative au remplacement des contributions des États membres par des ressources propres aux Communautés*, n° 70-39 DC.

⁴⁷ Dans une formulation restée isolée, mais peut-être encore plus significative de l'attachement au principe d'indivisibilité de la souveraineté, la juridiction constitutionnelle avait considéré que si « *sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix, aucune disposition de nature constitutionnelle n'autorise des transferts de tout ou partie de la souveraineté nationale à quelque organisation internationale que ce soit* » (CC, 30 décembre 1976, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, n° 76-71 DC). L'abandon de cette formule impérieuse peut s'expliquer par la promotion de l'idée selon laquelle les transferts acceptés restent réversibles, dès lors que l'État conserve ce que JELLINEK appelait la « *compétence de la compétence* » – ce qui est d'une certaine façon corroboré par l'article 50 TUE qui consacre désormais le droit de retrait (voir sur la prise en compte des clauses de dénonciation dans la jurisprudence constitutionnelle, R. KOVAR, « La souveraineté nationale est-elle soluble dans l'intégration européenne ? », *Europe(s), Droit(s) européen(s). Une passion d'universitaire. Liber amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 297-298).

⁴⁸ O. BEAUD, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht. Remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle », *RFDA*, 1993, p. 1053. On voit dans cette affirmation le témoignage d'une certaine indifférence du juge constitutionnel à la nature « *équivoque* » et « *dialectique* » de la relation qu'entretiennent la souveraineté et l'intégration. De nombreux auteurs s'accordent pourtant

dence « *Maastricht I* » : au soutien du jugement d'inconstitutionnalité, il était rappelé que « *les engagements internationaux souscrits par les autorités de la République française* » ne sauraient porter « *atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* », ni « *affecter l'exercice par l'État de compétences qui relèvent des conditions essentielles de sa souveraineté* »⁴⁹.

Cette volonté de protéger le noyau dur de la souveraineté et l'indivisibilité de la puissance publique de l'État laissait cependant ouvertes deux questions. La première concerne l'identification de ces conditions essentielles d'exercice de la souveraineté, tandis que la seconde vise l'opposabilité de ces limites au pouvoir constituant auquel il peut être fait appel pour contourner une décision d'incompatibilité.

Ces conditions ne sont pas limitativement énumérées, ni même mentionnées par le texte constitutionnel, mais la juridiction constitutionnelle a pu identifier parmi elles le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation, la maîtrise de la politique monétaire et de la politique de change, le contrôle aux frontières extérieures, ou encore la garantie des droits fondamentaux du citoyen⁵⁰. À l'inverse de la juridiction constitutionnelle allemande, le Conseil constitutionnel n'a pas entendu s'engager dans un processus exhaustif d'identification ou de conceptualisation – ce qui explique, par exemple, que le respect des principes démocratiques et le maintien de compétences normatives nationales n'aient pas été expressément désignés comme appartenant aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté venant limiter les possibilités de l'intégration européenne⁵¹. Il en résulte que la pression exercée sur le pouvoir normatif européen – et plus particulièrement sur la jurisprudence constituante de la Cour de justice – semble relativement moins contraignante pour le développement de l'intégration et moins significative pour l'élaboration d'une République européenne.

C'est davantage vrai encore, si l'on s'intéresse à l'opposabilité de la réserve de souveraineté établie par le Conseil constitutionnel. Il apparaît à cet égard que les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté peuvent être transférées à l'Union dès lors que ce transfert est le fait d'une révision constitutionnelle. Il ré-

pour reconnaître que la participation au droit de l'Union est, pour un État membre, une manière effective d'exercer sa souveraineté. Ils observent, en ce sens, que si « *l'Union est re-fondatrice de la souveraineté* », celle-ci est aussi « *fondatrice de l'Union* » (R. KOVAR, *op. cit.*, p. 285, 304 et s. Voir également à cet égard, F. CHALTIEL, *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français. Recherche sur la souveraineté de l'État membre*, Paris, LGDJ, 2000, p. 133 et 393 ; ainsi que, S. BESSON, « La souveraineté coopérative en Europe », in T. BALMELLI (dir.), *La Suisse saisie par l'Union européenne. Thèmes choisis sur le droit et les politiques de l'UE*, Fribourg, Edis, 2003, spé. p. 12-13 et 24-26).

⁴⁹ CC, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, n° 92-308 DC, pt. 14 et 49.

⁵⁰ Voir : CC, 22 mai 1985, *Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, n° 85-188 DC ; CC, 25 juillet 1991, *Schengen*, n° 91-294 DC ; et la décision préc. *Traité sur l'Union européenne*. Sur les critères « *qualitatifs* », « *quantitatifs* », et « *formels* » par lesquels sont identifiées les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté, voir R. KOVAR, *op. cit.*, p. 292-295.

⁵¹ Alors que cette question apparaît tout à fait centrale dans la jurisprudence constitutionnelle allemande, comme le montre les développements qui y sont consacrés dans les arrêts *Maastricht* (CCF, 12 octobre 1993, *Maastricht, BVerfGE* 89, 155) et *Traité de Lisbonne* préc.

sulte en effet du dernier état de la jurisprudence de cette période « solipsiste » qu'une révision constitutionnelle demeure toujours possible, ce qui vide de tout intérêt pratique l'identification précise du « noyau dur » de la souveraineté étatique. Quels que soient son contenu et le bien-fondé de sa consécration, cette réserve de souveraineté ne s'avère pas opposable aux organes qui exercent le pouvoir constituant.

L'affirmation par le Conseil constitutionnel de son incompétence pour contrôler une révision constitutionnelle a effectivement clos toute possibilité de contester la capacité du pouvoir constituant à capituler devant le droit de l'Union. Alors que la décision « *Maastricht II* »⁵² avait laissé entendre que le pouvoir constituant dérivé, exercé par les représentants du peuple, devait respecter les limites circonstancielles et matérielles mentionnées par le texte fondamental (ou déduites de celui-ci par le juge à partir notamment des articles 3, 7, 16 et 89), le Conseil a par la suite explicitement refusé d'en garantir le respect lors de l'examen de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République⁵³. Ainsi, même dans l'hypothèse où les limites du pouvoir de révision coïncideraient avec les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté, elles ne sont pas susceptibles d'être juridictionnellement garanties. En ce sens, les organes institués se révèlent bien être « *souverains* »⁵⁴ dans l'exercice du pouvoir constituant, puisqu'ils sont insusceptibles de contrôle.

Puisqu'une révision suffit à résoudre un conflit de normes entre la Constitution et le droit européen (qu'il s'agisse du droit primaire ou dérivé), toute contradiction réalisée devrait rester temporaire à la condition qu'il existe une volonté politique nationale d'y remédier. La contrainte peut paraître importante, mais d'un point de vue pragmatique le droit constitutionnel français a l'avantage d'éviter ainsi la dramatisation induite par la clause d'éternité de la Loi fondamentale qui limite le pouvoir constituant dérivé allemand⁵⁵. Toutefois, du point de vue de la théorie constitutionnelle, les choses sont peut-être moins satisfaisantes.

À la différence de la jurisprudence allemande qui fonde, définit, et garantit en principe une limitation du pouvoir de révision des organes institués, l'approche adoptée par le juge constitutionnel français conduit à négliger la distinction entre le

⁵² CC, 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*, n° 92-312 DC, pt. 19 : « sous réserve, d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16 et 89, alinéa 4, du texte constitutionnel et, d'autre part, du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles "la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision", le pouvoir constituant est souverain ».

⁵³ CC, 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, n° 2003-469 DC.

⁵⁴ Comme le Conseil constitutionnel l'affirme itérativement dans la décision « *Maastricht II* » (même s'il introduit une ambiguïté en rappelant que le pouvoir constituant est souverain « sous réserve » de respecter les limites prévues par la Constitution, il appuiera sa motivation sur la reconnaissance du « *pouvoir souverain d'appréciation du constituant* »).

⁵⁵ Voir au sujet de l'article 79, al. 3 de la Loi fondamentale et de la retenue dont fait toutefois preuve la juridiction constitutionnelle dans son application, O. LEPSIUS, « Le contrôle par la Cour constitutionnelle des lois de révision constitutionnelle dans la République fédérale d'Allemagne », CCC, 2009, n° 27, p. 13.

pouvoir constituant dérivé et le pouvoir constituant originaire⁵⁶. Alors que dans le premier cas, une atteinte à la structure constitutionnelle de l'Allemagne ne pourrait se résoudre que par un changement de régime approuvé par le peuple, dans le second cas, une révision à laquelle les citoyens sont susceptibles de n'avoir pris aucune part pourrait donc théoriquement vider l'État français de toute compétence souveraine. Il résulte de la position originelle du Conseil constitutionnel une situation doublement paradoxale⁵⁷. Tout d'abord, derrière la jurisprudence qui entend sauvegarder la souveraineté de l'État, se découvre une première boucle étrange au terme de laquelle cette même souveraineté peut être en réalité abandonnée sans que ses détenteurs – c'est-à-dire, selon les préceptes démocratiques et républicains, le peuple – ne soient directement consultés. En conséquence, et c'est le deuxième paradoxe, si le discours constitutionnel français ne participe pas directement à l'édification d'une République européenne, il s'avère que la logique « solipsiste » n'apparaît pas en réalité de nature à éviter la construction d'une dynamique constituante au niveau européen – dynamique dont le juge constitutionnel mais surtout le détenteur de la souveraineté française restent « en dehors ».

Il faut peut-être voir dans ce constat d'impuissance la raison d'un changement de logique introduit en 2004 par un Conseil constitutionnel désireux de ne plus rester extérieur au débat sur les conditions de l'intégration européenne. La reconnaissance, certes partielle, de la spécificité du droit communautaire par la jurisprudence constitutionnelle⁵⁸ a en effet accompagné un mouvement d'ouverture

⁵⁶ Quand bien même de savants auteurs ont pu défendre la nécessité de consacrer une réserve de souveraineté qui soit indisponible à l'égard du pouvoir constituant (voir notamment, O. BEAUD, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht. Remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle, *op. cit.*, spé. p. 1054), de *lege data*, force est de constater que celui-ci ne connaît aucun contrôle susceptible de lui imposer le respect de limites matérielles. Comment en effet parler de réserve dès lors qu'aucune procédure ne permet d'en assurer le respect ? Au regard de la jurisprudence de 1962 relative à l'incompétence du Conseil constitutionnel à l'égard de l'expression directe de la souveraineté par voie de référendum populaire (CC, 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, n° 62-20 DC, pt. 2), qui fut réitérée à l'occasion de la ratification du Traité de Maastricht (CC, 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne* [dite « Maastricht III »], n° 92-313 DC, pt. 2.), la décision de 2003 implique en conséquence que l'expression de la souveraineté bénéficie d'un régime juridique identique, qu'elle soit directe ou indirecte : l'immunité de juridiction n'est pas réservée au titulaire de la souveraineté mais s'étend à ses dépositaires.

⁵⁷ Voir également pour une autre lecture des ambiguïtés de la jurisprudence constitutionnelle, A. LEVADE, « La construction européenne et son incidence sur les compétences étatiques et la hiérarchie des normes », *RFDAC*, 2015, n° 102, p. 287-305.

⁵⁸ CC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une constitution pour l'Union européenne*, n° 2044-505 DC, pt. 11 : le Conseil estime désormais que, sur le fondement de l'article 88-1, est « consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international ». Bien que la reconnaissance de la spécificité du droit de l'Union européenne ne soit pas propre au Conseil constitutionnel (voir notamment : M. GAUTIER, « Le Tribunal des conflits et le “cas particulier” du droit de l'Union européenne », in *Mélanges J. Molinier*, LGDJ-Lextenso éd., 2012, p. 279 ; C. GREWE et H. RUIZ FABRI, « La situation respective du droit international et du droit communautaire dans le droit constitutionnel des États », in *Droit international et droit com-*

favorisant l'émergence d'un fondement constitutionnel justifiant – en principe – l'application prioritaire du droit de l'Union. Ce second mouvement reste cependant ambivalent : s'il permet d'introduire le juge constitutionnel dans un processus dialogique et discursif, la participation active au dialogue juridictionnel se fait au prix du maintien concomitant d'une ultime réserve de souveraineté. Or, celle-ci se révèle d'une portée ambiguë au regard de l'interrogation que l'on poursuit. D'un côté, l'extension du discours relatif au noyau dur dans le contrôle de constitutionnalité des lois a une fonction essentiellement différente : faire jouer, dans la limite du respect de l'identité constitutionnelle, une clause constitutionnelle d'ouverture au profit du droit de l'Union. La jurisprudence change en quelque sorte de perspective en faisant de l'application du droit constitutionnel contre les dispositions européennes l'exception. Mais d'un autre côté, la consécration d'une réserve au profit de l'ordre constitutionnel interne témoigne du maintien d'un paradigme identique, c'est-à-dire d'une logique de préservation de la souveraineté de l'État.

II. – L'ÉVOLUTION INDUITE PAR LA CONSTITUTIONNALISATION D'UNE LOGIQUE « IDENTITAIRE »

Depuis 2004 et la décision *économie numérique*⁵⁹, la jurisprudence constitutionnelle s'est effectivement engagée dans une nouvelle logique : le Conseil constitutionnel (et le Conseil d'État à sa suite⁶⁰) a substitué au solipsisme constitutionnel une démarche fondée sur la préservation de l'« *identité constitutionnelle* »⁶¹ en

munautaire. Perspectives actuelles, Paris, Pedone, 2000, p. 251, spéc. p. 266.), cette thèse continue d'être l'objet de critiques (voir en ce sens : A. PELLET, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *Recueil des cours de l'Académie de droit européen* (1994), Kluwer, Dordrecht, 1997, Vol. V, T. 2, p. 193-271 ; et plus récemment, A. MINET, « Le statut particulier du droit de l'Union européenne en droit français », *RFDA*, 2013, p. 1199).

⁵⁹ CC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, n° 2004-496 DC.

⁶⁰ CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, *Rec.* 55 : selon le considérant de principe adopté, « il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué ; que, dans l'affirmative, il y a lieu pour le juge administratif, afin de s'assurer de la constitutionnalité du décret, de rechercher si la directive que ce décret transpose est conforme à cette règle ou à ce principe général du droit communautaire ; qu'il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué, ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, dans les conditions prévues par l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne ; qu'en revanche, s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées ».

⁶¹ Si dans les décisions rendues entre le 10 juin 2004 et le 27 juillet 2006, le Conseil utilise la notion de « *disposition expresse contraire de la Constitution* » pour délimiter la réserve de souveraineté qui fait obstacle à l'application prioritaire du droit de l'Union, il apparaît au regard des commentaires autorisés que la logique poursuivie est déjà une logique identitaire de préservation du noyau dur de la Constitution. Le changement de vocable introduit par la

contrepartie d'une reconnaissance – partielle – de la priorité d'application du droit de l'Union sur l'ensemble du droit interne. Cette logique « identitaire » repose sur une dialectique entre la mêmeté et l'ipséité, entre ce qui est commun dans l'Union et ce qui est propre à l'ordre constitutionnel français⁶². La supériorité de la Constitution se manifeste ainsi de manière plus limitée et uniquement au profit de ses éléments essentiels susceptibles d'être remis en cause par l'intégration européenne, c'est-à-dire des éléments spécifiques de son ordre constitutionnel. Cette évolution est largement inspirée par le précédent allemand de l'arrêt *Solange II*⁶³, et en ce sens, elle est une conséquence tardive du développement de la protection des droits fondamentaux à l'intérieur de l'Union – signe d'un rapprochement des valeurs structurant les différents ordres juridiques en interaction.

Trois propositions permettent de décrire le fonctionnement et la fonction de cette nouvelle doctrine du juge constitutionnel français : si la Constitution reste la norme suprême de l'État, la reconnaissance d'une clause d'ouverture permet le développement d'une jurisprudence coopérative accordant aux actes d'exécution des directives européennes un « brevet de constitutionnalité », sous réserve qu'il ne soit pas porté atteinte à l'identité constitutionnelle de la France.

Dans la logique de l'« identité constitutionnelle », c'est donc toujours la Constitution qui définit les conditions de l'intégration de l'État dans l'Union et non les traités européens⁶⁴. Il résulte de ce premier point qu'un acte d'exécution, même s'il reprend sans aucune marge de manœuvre des dispositions communautaires (ce que l'on désigne parfois comme un « acte miroir »), reste soumis au respect de la Constitution. Cependant cette règle hiérarchique doit désormais être comprise en tenant

décision « *DAVSI* » (CC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, n° 2006-540 DC), qui parle de « règle ou principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France », n'est en effet perçu que comme une explicitation de la jurisprudence antérieure.

⁶² Cette logique prolonge « la relation dialectique entre la primauté européenne et la souveraineté étatique » (M.-F. VERDIER, « Editorial », *Politeia*, 2004, n° 6, p. 71). L'identité ipséité, qui se définit à la fois comme ce qui différencie un individu au sein d'une espèce donnée et qui le différencie des individus d'un autre genre (par opposition à ce qui le rattache aux autres individus de la même espèce ou le rapproche des individus d'un autre genre), constitue en effet le substrat d'une réflexion centrée sur les spécificités constitutionnelles que l'État ne pourrait abdiquer sans perte son identité profonde (qui est d'être un État, et un État en particulier doté de ses propres particularités).

⁶³ CCF, 22 octobre 1986, *Solange II*, *BVerfGE* 73, 339 (*RTD Eur.*, 1987, p. 537).

⁶⁴ B. MATHIEU, « Réflexions sur le rôle de l'État en tant qu'élément du pouvoir constituant de l'Union européenne », *Annuaire de droit européen*, 2004, Vol. II, p. 109 ; et plus longuement, X. MAGNON, « L'Union européenne vue du droit constitutionnel national. Principe et conséquences d'une lecture nationale par les cours constitutionnelles allemande, espagnole, française et italienne », *ibid.*, p. 119-147. Il faut noter que le Tribunal des conflits et le Conseil d'État font eux le choix de s'appuyer sur un double fondement pour justifier la spécificité du droit de l'Union européenne. En effet, les traités sont mentionnés au côté de la Constitution dans les visas, et dans les motifs ils sont invoqués concomitamment avec l'article 88-1 pour définir la compétence du juge interne dans l'application du droit de l'Union (TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chéneau e.a.*, *Rec.* 698 ; CE, Sect., 23 mars 2012, *Fédération Sud Santé Sociaux*, *Rec.* 102).

compte d'une disposition constitutionnelle spécifique : l'article 88-1⁶⁵. En effet, selon les termes du Conseil, il résulte de son introduction dans la Constitution que « *le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international* »⁶⁶. Inscrite dans la Constitution en 1992 afin de pouvoir ratifier le traité de Maastricht, cette disposition – similaire à l'article 23, al. 1^{er} de la Loi fondamentale allemande⁶⁷ – est donc dorénavant interprétée comme le siège d'une « *exigence constitutionnelle* »⁶⁸ de transposition des directives européennes. La découverte de la signification normative de l'article 88-1 fonde ainsi, par exception à la jurisprudence *IVG*, la possibilité de censurer dans le cadre du contrôle de constitutionnalité une loi qui méconnaîtrait le sens et la portée des engagements communautaires de l'État⁶⁹.

Mais la spécificité de l'intégration européenne, et sa constitutionnalisation corrélatrice, sont reconnues *a minima* : il s'agit d'une spécificité fonctionnelle et relative, en vertu de laquelle les impératifs de l'intégration ne peuvent être invoqués que pour autant qu'ils restent compatibles avec le principe de la suprématie de la Constitution. Pour ce faire, la jurisprudence procède tout d'abord à une interprétation doublement restrictive du point de vue du champ d'application de la clause d'ouverture au droit européen.

Premièrement, elle réduit les actes à l'égard desquels la primauté de celui-ci peut utilement être invoquée en ne voyant dans la Constitution que l'obligation de transposer les directives. Ainsi, seules les lois de transposition sont concernées, à l'exclusion de tout acte législatif dont ce ne serait pas l'objet⁷⁰ – et ce, même s'il

⁶⁵ Selon l'article 88-1 de la Constitution actuellement en vigueur : « *La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences* ».

⁶⁶ CC, 19 novembre 2004, *Traité de Lisbonne*, n° 2004-505 DC, pt. 11.

⁶⁷ Selon l'article 23, al. 1^{er} de la Loi fondamentale, également introduit à l'occasion de la ratification du Traité de Maastricht et qui remplace désormais l'article 24 initialement utilisé comme clause d'ouverture : « *Pour l'édification d'une Europe unie, la République fédérale d'Allemagne concourt au développement de l'Union européenne qui est attachée aux principes fédératifs, sociaux, d'État de droit et de démocratie ainsi qu'au principe de subsidiarité et qui garantit une protection des droits fondamentaux substantiellement comparable à celle de la présente Loi fondamentale. A cet effet, la Fédération peut transférer des droits de souveraineté par une loi approuvée par le Bundesrat. L'article 79, al. 2 et 3 est applicable à l'institution de l'Union européenne ainsi qu'aux modifications de ses bases conventionnelles et aux autres textes comparables qui modifient ou complètent la présente Loi fondamentale dans son contenu ou rendent possibles de tels modifications ou compléments.* »

⁶⁸ CC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, n° 2010-605 DC, pt. 17.

⁶⁹ CC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, n° 2006-540 DC, pt. 17-20 (décision fondatrice définissant les conditions d'une telle censure) ; CC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n° 2006-543 DC, pt. 9 (constatant pour la première fois une violation de l'exigence constitutionnelle de transposition).

⁷⁰ CC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, n° 2006-535 DC, pt. 28 ; CC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n° 2006-543 DC. Les articles 88-2 et 88-3

rentre dans le champ d'application du droit de l'Union⁷¹. En outre, celles-ci ne sont susceptibles d'être examinées qu'au regard des seules règles portées par la directive qu'elles ont pour objet de transposer, et non à l'aune de l'ensemble du droit de l'Union⁷². En conséquence, les principes du droit primaire – dont font partie aussi bien les droits fondamentaux que les principes de libre circulation – ne peuvent bénéficier de l'obligation déduite de l'article 88-1 à moins d'être repris dans une directive⁷³.

Deuxièmement, s'agissant cette fois-ci du cadre procédural dans lequel cette dernière peut être invoquée, le Conseil constitutionnel a explicitement refusé d'étendre le raisonnement adopté en 2004 au-delà du cadre du contrôle *a priori*⁷⁴. La question du respect des dispositions communautaires se trouve en conséquence exclue de la procédure de contrôle *a posteriori* introduite en 2008 avec la « QPC »⁷⁵. S'il est vrai que ce mécanisme préjudiciel a uniquement pour objectif de garantir le respect des droits et libertés que les individus tirent de la Constitution, cette solution témoigne d'une certaine indifférence au fait qu'ils tirent également directement du droit de l'Union des droits susceptibles d'être opposés au législateur étatique – et auxquels l'on aurait pu considérer que la Constitution renvoie indirectement par le biais de l'article 88-1⁷⁶.

Enfin, il faut noter que la relativisation de la portée de l'obligation de transposition résulte encore de l'intensité du contrôle déployé par le Conseil constitutionnel. Celui-ci considère que l'incompatibilité de la loi avec la directive qu'elle transpose

ont toutefois pu être mobilisés par le juge au profit d'une obligation communautaire précise. Voir à l'égard de ce dernier : CC, 20 mai 1998, *Droit de vote et d'éligibilité des ressortissants communautaires aux élections municipales*, n° 98-400 DC.

⁷¹ Pour un exemple récent, voir CC, 28 mai 2014, *Loi relative à la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifié*, n° 2014-694 DC, pt. 5.

⁷² Des décisions récentes du Conseil constitutionnel laissent toutefois penser que l'exigence constitutionnelle pourrait être étendue aux décisions-cadres adoptées dans le domaine de la justice et des affaires intérieures, puisque, même dépourvues d'effet direct, elles doivent comme les directives faire l'objet d'une transposition en droit interne dans le respect de l'obligation de coopération loyale (CC, 4 avril 2013, *Jeremy F.*, n° 2013-314 QPC ; CC, 13 août 2015, *Loi portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne*, n° 2015-719 DC).

⁷³ La jurisprudence du Conseil constitutionnel est à cet égard moins audacieuse que celle du Tribunal des conflits (arrêt *SCEA du Chêneau e.a.* préc.) et du Conseil d'État (arrêt *Fédération Sud Santé Sociaux* préc.) qui voient dans les traités européens et dans l'article 88-1 le siège d'une obligation de respecter de manière générale le « droit de l'Union européenne ».

⁷⁴ Décision *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne* préc., pt. 17-19 ; CC, 17 décembre 2010, *Kamel D.*, n° 2010-79 QPC, pt. 3 ; CC, 3 février 2012, *M. Mohammed Alki B.*, n° 2011-217 QPC, pt. 3. Le maintien de ce refus apparaît aujourd'hui d'une cohérence limitée au regard de la formation d'un renvoi préjudiciel dans décision *Jeremy F.* préc., fondée il est vrai sur l'article 88-2.

⁷⁵ On peut se demander à cet égard s'il faut y voir une influence de la jurisprudence constitutionnelle italienne (voir sur la différence de solution entre les contrôles direct et indirect de la constitutionnalité des lois en Italie, X. MAGNON, *op. cit.*, p. 146).

⁷⁶ Solution clairement écartée par le Conseil constitutionnel dans la décision *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne* préc. (pt. 11).

ne peut être constatée que si elle apparaît de manière manifeste. La limitation ainsi portée à l'obligation constitutionnelle de transposition est justifiée par le délai dans lequel l'article 61 lui impose de statuer : celui-ci empêcherait la formation d'un renvoi préjudiciel auprès de la Cour de justice, sans lequel la découverte des in-conventionnalités non évidentes serait impossible⁷⁷. Marqueur de la préférence persistante donnée aux exigences constitutionnelles de dimension purement interne sur celle dégagée de l'article 88-1 et tournée vers l'intégration européenne, cette solution évite ainsi de donner l'impression que le sort du contrôle de constitutionnalité de la loi de transposition pourrait être le fait d'une juridiction extérieure à l'ordre constitutionnel. Cependant, elle semble aboutir à un partage de la fonction d'assurer le respect de l'obligation désormais constitutionnelle de transposition avec le juge ordinaire⁷⁸ puisque le Conseil rappelle qu'« *il appartient aux juridictions administratives et judiciaires d'exercer le contrôle de compatibilité de la loi au regard des engagements européens de la France et, le cas échéant, de saisir la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel* »⁷⁹. Si depuis 2004 le juge constitutionnel voit dans l'intégration européenne un élément de la constitutionnalité dont il a la garde, c'est donc uniquement de manière très mesurée qu'il entend en assurer les conséquences⁸⁰.

Au-delà de la relativisation du champ d'application et des effets de la clause d'ouverture en tant que fondement d'un contrôle d'« eurocompatibilité » des lois de transposition, l'essentiel de la logique de l'« identité constitutionnelle » se situe en réalité dans l'adoption d'une présomption de constitutionnalité de ces dernières. L'essentiel apparaît ainsi en négatif, c'est-à-dire à travers l'abstention du Conseil constitutionnel. Il faut donc mesurer la portée de cette dernière.

Afin de ne pas méconnaître l'obligation de transposition prévue à l'article 88-1, une présomption est aujourd'hui posée dans un esprit de coopération : si les dispositions de l'acte européen à l'origine de la loi respectent les droits fondamentaux garantis par la Cour de justice au sein de son ordre juridique, le Conseil constitutionnel présumera en quelque sorte que les dispositions de l'acte national qui se

⁷⁷ Décision *Loi relative au secteur de l'énergie* préc., pt. 7 : « *devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne ; qu'il ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer* ».

⁷⁸ Ce qui paraît entrer en contradiction avec l'esprit de la « QPC », dont on sait que le caractère prioritaire avait pour objectif de renforcer la place de la juridiction constitutionnelle dans le contrôle de la loi par rapport au contrôle de conventionnalité relevant du juge ordinaire.

⁷⁹ Décision *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne* préc., pt. 18.

⁸⁰ Voir pour une analyse des mobiles qui pourraient expliquer l'interprétation *a minima* de l'article 88-1, J. PREVOST-GELLA, « L'instrumentalisation de la spécificité du droit de l'Union européenne par le Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2015, p. 137.

bornent à en tirer les « *conséquences nécessaires* »⁸¹, respectent également les droits fondamentaux consacrés par la Constitution (du moins est-ce ce que l'on peut déduire de l'abstention du juge constitutionnel qui déclare qu'il ne lui appartient pas d'en effectuer la vérification⁸²). S'ajoute à ce principe, que le respect des droits fondamentaux communautaires est en quelque sorte lui aussi présumé au moment où il rend sa décision puisque le juge constitutionnel considère qu'« *il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi, le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité sur l'Union européenne* »⁸³, et qu'il s'interdit de saisir lui-même la juridiction communautaire. S'opère donc par ce raisonnement un transfert de la charge du contrôle des droits fondamentaux : c'est désormais à la Cour de justice, saisie par le renvoi préjudiciel du juge ordinaire, qu'il reviendra d'opérer l'examen de ce que l'on peut appeler le contrôle de « *fondamentalité* »⁸⁴.

Éclairée par celle du Conseil d'État⁸⁵, cette nouvelle jurisprudence paraît ainsi ranger le Conseil constitutionnel dans le cercle des juridictions ayant admis de faire jouer un « mécanisme d'équivalence »⁸⁶ au profit du droit commun : dans le cadre de l'article 61, comme de l'article 61-1⁸⁷, elle conduit (sous réserve du respect des

⁸¹ Cet examen se fait effectivement disposition par disposition afin que seules celles qui sont directement impliquées par la directive européenne bénéficient de ce brevet de constitutionnalité (voir en ce sens, CC, 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, n° 2008-564 DC).

⁸² Selon les termes du commentaire officiel de la décision *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, il s'agit d'« *une sorte d'exception de recours parallèle* » au profit de la Cour de justice. Cependant, comme le démontrent le précédent allemand de la jurisprudence *Solange II* et la traduction par le Conseil d'État de la position du Conseil constitutionnel dans l'affaire *Arcelor*, un tel désistement n'est envisageable qu'à partir du moment où il existe, selon le juge constitutionnel, une équivalence de protection des droits fondamentaux dans les deux ordres juridiques en cause.

⁸³ Décision *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* préc., pt 7.

⁸⁴ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de fondamentalité ? », *RFDA*, 2002, p. 124-138.

⁸⁵ Arrêt *Arcelor* préc ; ainsi que CE, Sect., 10 avril 2008, *Conseil national des Barreaux e.a.*, *Rec.* 130.

⁸⁶ Voir notamment sur ce mécanisme, S. PLATON, « Le principe d'équivalence. A propos d'une technique de gestion contentieuse des rapports de système », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens : Dixièmes journées d'études du Pôle européen Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 463 et s.

⁸⁷ Dans le contentieux « QPC », l'article 88-1 possède donc une portée asymétrique : si l'exigence constitutionnelle de transposition justifie l'absence de contrôle de constitutionnalité, elle ne va pas jusqu'à justifier l'examen de la compatibilité des mesures législatives avec les dispositions de la directive. On remarquera pourtant que la vérification du caractère inconditionnel et précis de ces dernières, ainsi que du fait que les premières se bornent à en tirer les conséquences nécessaires, implique une interprétation par le Conseil des textes en cause (ce que souligne d'ailleurs le commentaire officiel de la décision *Jeremy F.* préc.). Le refus de pousser plus loin l'exercice de sa juridiction n'implique donc pas l'absence de toute appréciation sur les rapports normatifs existant entre eux. La limitation de compétence apparaît à nouveau de nature stratégique : elle réaffirme la distinction entre la conventionna-

règles de forme et de compétence) à conférer un brevet de constitutionnalité aux mesures nationales de mises en œuvre des dispositions inconditionnelles et précises d'une directive, dès lors que ne s'y oppose aucune disposition spécifique de nature à relever de l'identité constitutionnelle de la France⁸⁸. Si la découverte d'un fondement interne à l'intégration européenne pouvait avoir pour objectif d'éviter une éviction du débat relatif aux enjeux constitutionnels de la construction communautaire, non seulement le contrôle du respect des droits fondamentaux est ainsi déplacé de la sphère nationale à la sphère européenne, mais en outre le juge constitutionnel n'y prend pas part.

On peut à cet égard regretter que le Conseil constitutionnel ne se soit pas reconnu le pouvoir d'exercer lui-même le renvoi préjudiciel afin de participer au moins indirectement à l'examen du respect des droits fondamentaux par la directive communautaire à l'origine des dispositions nationales concernées. L'argument relatif à l'existence d'un délai de jugement n'est pas plus convaincant dans le cadre de la « QPC », où il découle d'une simple loi organique, que dans le cadre du contrôle *a priori*⁸⁹ : sans même rentrer dans le débat de la primauté des règles procédurales relatives au renvoi préjudiciel dégagées par la Cour de justice⁹⁰, il aurait été possible pour le juge constitutionnel d'invoquer la nécessité de concilier l'article 61 avec la volonté du constituant déduite de l'article 88-1 et la garantie des droits qu'impose l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁹¹. Certes, le juge ordinaire reste en principe compétent pour exercer un renvoi préjudiciel devant la juridiction communautaire (une fois la loi entrée en vigueur

lité et la constitutionnalité des lois, laquelle ne peut être mise en cause sur le fondement de l'article 88-1 que de manière très limitée.

⁸⁸ Ainsi, sauf atteinte à l'identité constitutionnelle, le Conseil constitutionnel considère qu'il « n'est pas compétent pour contrôler la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne » (voir par exemple : CC, 17 décembre 2010, *Kamel D.*, 2010-79 QPC, pt. 3 ; CC, 4 avril 2014, *Société Séphora*, n° 2014-373 QPC, pt. 6).

⁸⁹ On observe à cet égard que la Cour constitutionnelle belge n'hésite pas à saisir la Cour de justice, en considérant que le délai de jugement qui s'impose normalement à elle est suspendu le temps de la procédure préjudicielle (S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 538).

⁹⁰ L'argument du délai est à contre-sens même de la conception communautaire de l'office du juge national, dans le sens où l'obligation et la faculté d'exercer un renvoi préjudiciel ne sauraient, même dans le cadre de l'autonomie institutionnelle et procédurale, se voir opposer une règle de droit interne (CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, Aff. C-188/10 et C-189/10, *Rec.* I-5667, pt. 56). A cela, il faut également ajouter que la jurisprudence communautaire impose au juge interne de garantir sans délai les droits subjectifs des citoyens européens (CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, Aff. 106/77, *Rec.* 629 ; CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Aff. 222/84, *Rec.* 1651). Si le principe a été posé à l'occasion d'un contentieux dans lequel leur violation était le fait d'un acte de droit interne, il n'y a aucune raison de penser qu'il devrait en aller différemment si l'origine de la violation vient d'une disposition de droit dérivé (comme le montre la jurisprudence relative à la suspension de l'exécution d'une mesure communautaire en cas de doute quant à sa validité : CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest*, Aff. C-143/88 et C-92/89, *Rec.* I-534, pt. 16-17).

⁹¹ Voir, X. MAGNON, *op. cit.*, p. 145.

dans le cadre d'un contrôle *a priori* et à tout moment dans le cadre d'une procédure « QPC », mais le délai induit par la renonciation du juge constitutionnel et la possibilité que le juge du fond refuse d'utiliser le mécanisme de coopération juridictionnelle ne paraissent guère profitables au justiciable⁹². Le Conseil constitutionnel est certes revenu récemment sur son refus absolu d'exercer un renvoi préjudiciel à l'occasion d'une « QPC » relative aux modalités de mise en œuvre d'une exception au principe de spécialité lors de la remise d'une personne visée par un mandat d'arrêt européen⁹³. Toutefois on ne saurait en déduire un revirement de portée générale. Le fondement de l'obligation constitutionnelle d'« euro-compatibilité » se situait en l'espèce dans l'article 88-2⁹⁴ et non dans l'article 88-1, et la possibilité de recourir à une procédure préjudicielle d'urgence permettait *a priori* de tenir le délai de jugement prévu par loi organique. Dans les décisions rendues ultérieurement et mettant en cause l'exigence constitutionnelle de transposition, la juridiction persiste effectivement à renvoyer à d'autres juridictions la charge d'opérer une éventuelle saisine préjudicielle⁹⁵.

⁹² Ainsi dans l'affaire *Kamel D.*, le grief tenant à ce que la protection subsidiaire accordée aux personnes n'ayant pas obtenu le statut de réfugié pouvait être exclue, même en cas de risque grave de condamnation à la peine de mort dans le pays d'origine, n'a été examiné ni par le Conseil constitutionnel (un non-lieu ayant été prononcé au nom de l'exigence constitutionnelle de l'article 88-1), ni par la Cour de justice, puisque le juge constitutionnel estime que l'exercice du renvoi préjudiciel ne relève pas de sa compétence et que le Conseil d'État a jugé pour sa part que la validité de la directive européenne au regard de l'article 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne faisait l'objet d'aucun doute sérieux. La question de l'applicabilité de la technique de la « violation par ricochet » se posait toutefois (voir en ce sens, CEDH, 3 décembre 2009, *Daoudi c. France*, n° 19576/08), et son examen par la Cour de justice aurait semblé préférable à l'affirmation par le Conseil d'État du fait que le refus d'accorder une protection subsidiaire ne préjugait pas du droit de séjour en France de la personne concernée, ni du pays de destination en cas de reconduite à la frontière (CE, 8 octobre 2010, *M. Daoudi*, Rec. 371).

⁹³ Décision *Jeremy F.* préc.

⁹⁴ Selon l'article 88-2 de la Constitution, « [l]a loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris par les institutions de l'Union européenne ».

⁹⁵ CC, 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, n° 2014-690 DC, pt. 34 ; décision *Société Séphora* préc., pt. 6 ; et décision *Loi relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifié* préc., pt. 4. L'arrêt préc. *Société Air Algérie* rendu par le Conseil d'État illustre pourtant l'intérêt qu'un revirement de jurisprudence revêtirait. Sauf à ce que la juridiction administrative abandonne la théorie de la loi écran, le recours dirigé contre l'inconstitutionnalité d'un règlement se contentant de réitérer les dispositions législatives d'une loi de transposition est aujourd'hui insusceptible d'aboutir, dès lors que le juge administratif se déclare incompétent pour mettre lui-même en cause la constitutionnalité de la loi. Or, s'il devait être saisi d'une telle loi, il faudrait pour le juge constitutionnel trancher la question de savoir si celle-ci se situe bien dans le cadre de la transposition de dispositions claires et inconditionnelles de la directive (ce qui fut à l'origine du renvoi dans la décision *Jeremy F.*), avant éventuellement de lui faire bénéficier du brevet de constitutionnalité. La loi pourrait toujours être contraire à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, mais bien plus probablement, le problème de constitutionnalité invoqué par le requérant pourrait se retrouver dans une problématique équivalente mettant en cause la conformité de la directive européenne au droit originaire de l'Union (hypothèse qui est à l'origine de la jurisprudence *Arcelor* préc.). En conséquence, à défaut pour le juge du fond d'avoir également saisi par la voie préjudicielle la Cour de justice, le juge constitu-

Au-delà du refus de participer pleinement au processus dialogique qu'ouvre le renvoi préjudiciel, si la logique fondée sur l'identité constitutionnelle reste ambivalente pour l'hypothèse d'une République européenne, c'est principalement parce qu'elle maintient un réflexe « souverainiste ».

L'inspiration allemande ne s'est en effet pas limitée à la consécration d'une clause d'ouverture ayant pour résultat de conférer un brevet de constitutionnalité aux actes de mise en œuvre du droit de l'Union. Le Conseil constitutionnel a également cherché à reproduire les limitations introduites dès la jurisprudence *Solange II* au profit de la « structure constitutionnelle » de l'État fédéral⁹⁶. Dans la logique allemande, « la renonciation de principe à l'exercice du contrôle [sur les actes d'exécution] est contrebalancée par un contrôle exceptionnel »⁹⁷ de la constitutionnalité du droit communautaire. Grâce à cette ultime garantie, la renonciation de la Cour constitutionnelle n'apparaît pas synonyme d'abandon, mais de délégation du contrôle de fondamentalité.

Dans un esprit similaire, le Conseil constitutionnel a donc adopté une clause de sauvegarde – qui constitue une réserve de souveraineté – au profit de ce qui serait le noyau dur de l'ordre constitutionnel français : il a plus précisément considéré que l'obligation de transposition des directives de l'article 88-1 ne peut pas être interprétée comme autorisant la violation d'« une disposition expresse contraire de la Constitution » ou, selon l'expression privilégiée depuis 2006, d'« une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »⁹⁸. Pour qu'il y ait violation, il faudrait donc qu'une contradiction puisse être identifiée. Une telle approche des conditions de l'intégration européenne repose bien sur une analyse en termes d'ipséité et de mêmeité : une primauté pratique peut être accordée au droit de l'Union dès lors qu'il repose aujourd'hui sur une communauté de valeurs constitutionnelles⁹⁹, étant entendu qu'elle doit s'effacer non seulement devant le maintien

tionnel pourrait être tenté de se saisir lui-même du renvoi préjudiciel en appréciation de validité pour pousser la Cour de justice à adopter une solution « nationale-compatible » (ce qu'il semble avoir déjà cherché à faire par la voie du renvoi préjudiciel en interprétation dans le cadre de la décision *Jeremy F.* préc.).

⁹⁶ Décision *Solange II* préc. : la juridiction constitutionnelle allemande soumet plus précisément le brevet de constitutionnalité à une double condition – découlant du fait que l'article 24 de la Loi fondamentale ne peut selon elle être compris comme autorisant qu'il soit porté atteinte à la « structure constitutionnelle » de l'État : d'une part, l'équivalence de protection des droits fondamentaux n'est que présumée et peut donc être renversée ; d'autre part, l'exercice de compétences souveraines selon un principe démocratique doit être préservé, ce qui implique notamment la protection du pouvoir normatif du législateur national. Ce dernier point sera précisé par la suite et débouchera sur la conceptualisation du contrôle de l'*ultra vires* (voir les décisions préc. de la CCF, *Maastricht*, *Traité de Lisbonne* et *Honeywell*).

⁹⁷ X. MAGNON, *op. cit.*, p. 141. Voir également : K. M. BAUER, « Conditions et contrôles constitutionnels de la validité interne du droit de l'Union », *RTD Eur.*, 2009, p. 799 ; D. HANF, « Vers une précision de la *Europarechtsfreundlichkeit* de la Loi fondamentale. L'apport de l'arrêt "rétention des données" et de la décision *Honeywell* du BVerfG », *CDE*, 2010, p. 515.

⁹⁸ Décision *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* préc., pt. 19.

⁹⁹ Ce qui est affirmé depuis le Traité de Maastricht, dont le contenu de l'article F se retrouve aujourd'hui reproduit et complété aux articles 2 et 5 TUE.

de principe de la supériorité de la Constitution – siège de l'identité – mais encore en cas d'atteinte effective aux éléments identitaires dont le maintien est perçu comme la condition de la souveraineté de l'État.

On retrouve toutefois l'indifférenciation des pouvoirs constituants dérivé et originel apparue dans le contentieux de l'article 54¹⁰⁰ : pour le Conseil constitutionnel, les obligations européennes ne sauraient aller à l'encontre de l'identité constitutionnelle de la France, « *sauf à ce que le constituant y ait consenti* »¹⁰¹. La protection accordée au noyau dur de la Constitution au nom de la souveraineté de l'État reste ainsi à la disposition du constituant, c'est-à-dire en pratique à la disposition des pouvoirs institués agissant en qualité de représentant du souverain. Aucune importance n'est accordée à la question du titulaire réel de la souveraineté. Pourtant, on peut penser – en allant au bout d'une logique identitaire supposée préserver les conditions essentielles d'exercice et donc d'existence de la souveraineté – que seule l'expression directe du souverain devrait permettre qu'il soit porté atteinte à l'identité constitutionnelle.

Cette dernière remarque met à jour la difficulté qui attend tout observateur qui essaierait de prendre à la lettre le discours du juge constitutionnel. Les incohérences de celui-ci, les limites et contre-limites apportées à la supériorité constitutionnelle et à la primauté du droit de l'Union, rendent la compréhension de la jurisprudence hasardeuse et amènent à faire des hypothèses sur les non-dits de ces décisions¹⁰². Une fois le droit positif décrit, vient ainsi le temps de l'analyse. Quel regard porter, dans le contexte français, sur le mécanisme d'équivalence et la logique de l'identité constitutionnelle ? Pour Dominique ROUSSEAU, la formule « *identité constitutionnelle* » revêt une signification double. Au regard de son origine et des conditions de son invocation, elle prend « *le sens de bouclier de l'identité nationale* » ou de « *principe de défense de la souveraineté nationale* », mais au regard du « *mouvement général du constitutionnalisme contemporain, elle signifie un mode de construction en étoile de l'Union européenne* »¹⁰³. Dans cette seconde perspective déduite de l'« *impuissance* » de sa vocation souverainiste, l'identité constitutionnelle aurait « *un sens nouveau qui donne force et légitimité à la construction européenne* »¹⁰⁴. Il faut toutefois tester cette signification, intéressante pour l'hypothèse d'une République européenne, à l'aune du discours sur l'identité constitutionnelle et non de ses potentialités. Or, le juge constitutionnel attribue à la réserve de constitutionnalité une fonction unilatérale de préservation, conformément à l'idée selon laquelle « *la préservation du modèle de l'État souve-*

¹⁰⁰ Voir *supra* note 56.

¹⁰¹ Décision *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* préc., pt. 19.

¹⁰² Voir, par exemple, pour des propositions d'analyse : E. PICARD, « Construction européenne et droit constitutionnel », in V. HEUZE et J. HUET (dir.), *Construction européenne et État de droit*, Paris, Editions Panthéon Assas, 2012, p. 74 et s. ; ainsi que J. PREVOST-GELLA, *op. cit.*

¹⁰³ D. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 90. L'auteur précise l'image en ces termes: « *l'Union n'est pas une pyramide mais une étoile dont les branches sont les identités constitutionnelles, une étoile qui tire son énergie vitale de ses branches et qui donne à ses branches leur rayonnement et leur luminosité* » (*ibid.*, p. 98-99).

¹⁰⁴ D. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 95.

rain constitue un vecteur de préservation de l'identité nationale face à l'Union européenne »¹⁰⁵.

Certes, le discours constitutionnel n'est désormais plus tout à fait silencieux à l'égard des enjeux de la construction d'une République européenne. Il adopte cependant une approche négative derrière une coopération apparente fondée sur l'équivalence et une spécificité partielle du droit de l'Union. Alors que la jurisprudence inaugurée en 2004 laisse à penser que le juge adhère désormais au principe d'un droit constitutionnel européen, au paradigme pluraliste, celui-ci maintient une ultime réserve de souveraineté. Ce « *big gun* »¹⁰⁶, pour reprendre l'expression d'András JAKAB, traduit la réalité de l'idéologie normative et de la doctrine politique du droit constitutionnel, la réalité d'un souverainisme juridique stato-centré. Or, il n'y aura pas véritablement de « *constitution composée* » capable d'établir une République européenne, tant que le discours juridictionnel continuera de raisonner en termes de protection et non de projection, de confrontation et non de confortation. Pour ce faire, États et Union doivent s'accepter comme des lieux d'une expression nouvelle de la souveraineté du peuple.

III. – LES LIMITES DE L'ADHESION FRANÇAISE AU « CONSTITUTIONNALISME GLOBAL »

Si la dialectique ipsité *versus* mêmété, identité constitutionnelle *versus* intégration, est significative pour l'interrogation poursuivie, c'est bien parce qu'elle paraît révélatrice d'une adhésion de la France à la doctrine du « constitutionnalisme global »¹⁰⁷. Telle est en tout cas l'hypothèse que l'on voudrait examiner. Or, dans la perspective d'une République européenne et en l'état actuel de sa compréhension, cette doctrine est une impasse. Son adoption paraît regrettable et contre-productive pour deux motifs différents. D'une part, la logique de l'identité constitutionnelle, qui est la manifestation et la condition de cette adhésion, semble dépourvue d'assise dans le droit constitutionnel français. D'autre part, les principes du constitutionnalisme global ne sont pas en eux-mêmes convaincants. Pour résumer, la France fait du *mauvais* « constitutionnalisme global », ou du moins elle en fait pour de mauvaises raisons, mais par nature ce « constitutionnalisme global » ne paraît pas de nature à autoriser la conceptualisation d'une République européenne.

En reconnaissant la primauté du droit européen sous réserve du respect de l'identité constitutionnelle, le Conseil constitutionnel s'inscrit dans ce mouvement du « constitutionnalisme global ». Cette affirmation peut se prévaloir d'au moins deux arguments. Comme cela a été évoqué précédemment, cette adhésion implicite découle tout d'abord de la prémisse substantielle de son raisonnement. Implicitement mais nécessairement, la jurisprudence du juge constitutionnel suppose que les droits constitutionnels européens forment un ensemble homogène – voire un droit

¹⁰⁵ A. LEVADE, « Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne ? », *Annuaire de droit européen*, 2004, Vol. II, p. 177.

¹⁰⁶ A. JAKAB, *op. cit.*, p. 2.

¹⁰⁷ Cette hypothèse est présentée en particulier par Guillaume TUSSEAU : « Un chaos conceptuel qui fait sens : la rhétorique du constitutionnalisme global », in J.-Y. CHEROT et B. FRYDMAN (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 182. Voir *infra* pour les éléments de définition du « droit global ».

constitutionnel commun – puisqu'ils reposent sur une communauté de valeurs fondamentales. Les conditions de cette reconnaissance laissent même à penser que ces droits et principes fondamentaux qui sont partagés bénéficient aux yeux des juridictions nationales d'une forme de transcendance s'imposant à tous les pouvoirs publics¹⁰⁸. En effet, comme le note Michel TROPER, les juges ne peuvent concevoir que la Constitution donne une priorité d'application au droit supranational sans laisser entendre que ce dernier « *n'est pas l'expression d'une volonté, mais la traduction de certaines valeurs fondamentales, comme la construction de l'Europe, des valeurs qu'on ne peut mettre en balance qu'avec des valeurs de même niveau, comme les droits fondamentaux* »¹⁰⁹. Ensuite, on peut considérer que la démarche du Conseil constitutionnel s'inscrit dans le « constitutionnalisme global », car il participe désormais de la diffusion au sein des systèmes constitutionnels nationaux d'un modèle de résolution des enjeux constitutionnels de l'intégration européenne. Les mêmes solutions se répandent au-delà des frontières et s'imposent dans les États membres comme une manifestation du pluralisme constitutionnel à l'œuvre en Europe (Allemagne, Belgique¹¹⁰, Italie¹¹¹, Espagne¹¹², République tchèque, Pologne, Suède, Portugal, Slovaquie, Estonie, ou Danemark¹¹³, en sont des exemples¹¹⁴). L'identité constitutionnelle est en ce sens un « *thème commun* »¹¹⁵.

La participation de la France à ce « constitutionnalisme global » demeure cependant peu prolifique dans la perspective de la construction d'une République européenne : le juge français n'ayant pas voulu désigner *a priori* les valeurs françaises caractérisant sa spécificité constitutionnelle au sein de la sphère européenne, la sacralisation de l'identité constitutionnelle reste une coquille vide et semble dès lors une pétition de principe. Il est à cet égard difficile de contredire Alexandre

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 211 : « *l'analyse en termes de dialogue repose sur la "prémisse majeure inarticulée" selon laquelle l'entreprise constitutionnelle globale est essentiellement cognitive* ». Le constitutionnalisme global serait donc le fait d'un acte de connaissance et non de volonté.

¹⁰⁹ M. TROPER, « En guise d'introduction : La théorie constitutionnelle et le droit positif », *op. cit.*, p. 98.

¹¹⁰ Cour constitutionnelle belge, 14 février 2008, n° 12/2008 ; et Cour constitutionnelle belge, 9 décembre 2010, n° 130/2010.

¹¹¹ Cour constitutionnelle italienne, 21 avril 1989, *Spa Fragd c. Ministro delle Finanze*, décis. n° 232/89, *Il Foro italiano*, I.1990.1855 ; Cour constitutionnelle italienne, 31 mars 1994, *Fabrizio Zerini*, décis. n° 117/94, *Racc. Uff.* 1994.785. Voir sur la doctrine des *controlimiti* : R. GUASTINI, « La primauté du droit communautaire : une révision tacite de la Constitution italienne », *CCC*, 2000, n° 9, p. 119 et s. ; M. CARTABIA, « The Italian Constitutional Court and the Relationship Between the Italian legal system and the European Union », in A. M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J.H.H. WEILER (dir.), *The European Court and National Courts*, 1998, p. 133 et s.

¹¹² Tribunal constitucional, 13 décembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, DTC* n° 1/2004.

¹¹³ Cour suprême danoise, 6 avril 1998, *Traité d'Amsterdam, UfR* 1998, p. 800.

¹¹⁴ Voir sur ces arrêts, J. BAQUERO CRUZ, « The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement », *ELJ*, 2008, Vol. 14, n° 4, p. 397 et s.

¹¹⁵ C. GREWE et J. RIDEAU, « L'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne : Flash back sur le *coming-out* d'un concept ambigu », in *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz 2010, p. 325.

VIALA qui, à propos du « contenu de l'ipséité constitutionnelle française », écrit « qu'elle est peut-être moins visible que celle dont peuvent se réclamer d'autres nations »¹¹⁶. Là où la Cour constitutionnelle fédérale donne à cette limite un contenu clair, lié aux caractéristiques structurelles de l'État allemand¹¹⁷, on peut penser que la jurisprudence française se contente d'une « formule [qui] résonne bien et possède l'apparat simple et noble d'un aphorisme »¹¹⁸ – ce que favorise la généralisation d'une logique identitaire désormais admise sans exigence de justifications particulières. Ainsi, ni la préservation du service public « à la française » fondée sur l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946¹¹⁹, ni la conception française de l'égalité¹²⁰, n'a été promue au rang de spécificités de l'ordre constitutionnel français. Certains auteurs ont certes défendu l'idée que la notion d'identité constitutionnelle recouperait les « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale », ou qu'elle se définirait par rapport à la « forme républicaine du Gouvernement » présentée par l'article 89, al. 5 comme une limite au pouvoir de révision constitutionnelle. Dans ces deux propositions, qui n'apportent pas grand-chose sur le fond, la clause de sauvegarde est ainsi appréhendée de manière à ce qu'elle permette de préserver la souveraineté de l'État¹²¹. Si elle devait être confirmée, il n'est pas certain que cette solution serait source de clarification au regard de la jurisprudence développée sous l'article 54¹²². Quoi qu'il en soit de ses béné-

¹¹⁶ A. VIALA, « Le concept d'identité constitutionnelle : approche théorique », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, Cahiers européens, 2011, n° 1, p. 10.

¹¹⁷ Comme le souligne Florence BENOIT-ROHMER, la jurisprudence allemande donne toutefois à l'identité constitutionnelle « une définition proche d'un inventaire à la Prévert qui, s'il était respecté à la lettre, rendrait difficile le fonctionnement de l'Union » (« Identité européenne et identité nationale. Absorption, complémentarité, ou conflit ? », in *Chemins d'Europe*, op. cit., p. 74).

¹¹⁸ D. ROUSSEAU, « L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne ? », in L. BURGORGUE-LARSEN, *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, op. cit., p. 93. L'auteur ajoute : « L'important est que chacun se représente cette identité comme LA référence indisponible fondant la légitimité d'un "non" à toutes propositions normatives qui auraient pour objet ou pour conséquence de la détruire » (id.).

¹¹⁹ Voir la décision *Loi relative au secteur de l'énergie* préc., pt. 11-20.

¹²⁰ Voir l'arrêt *Arcelor* préc.

¹²¹ En ce sens, Emmanuelle JOUANNET considère que, dans la jurisprudence *Assemblée européenne* de 1976, « le Conseil constate que l'élection du Parlement européen au suffrage universel "n'a pas pour effet de créer ni une souveraineté ni des institutions dont la nature serait incompatible avec le respect de la souveraineté nationale" » (op. cit., p. 78, note 59) parce que la décision du Conseil européen sous l'examen du juge constitutionnel ne porte pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté. En faisant coïncider cette dernière notion avec l'identité constitutionnelle, les auteurs cherchent à instaurer la même garantie dans le cadre du contrôle de la loi de l'article 61 que dans celui du contrôle des traités de l'article 54. Le même raisonnement est développé par Emmanuelle JOUANNET à l'égard de la forme républicaine du gouvernement qui, en tant qu'elle « présuppose nécessairement la souveraineté nationale et de l'État français, interdirait cette aliénation définitive sous couvert de révision » (ibid., p. 387). La sauvegarde de l'identité constitutionnelle assimilée à la forme républicaine aurait ainsi pour conséquence d'assurer le respect de la souveraineté étatique dans le contrôle de constitutionnalité des lois.

¹²² L'invocation de l'identité constitutionnelle, qui se fait dans le cadre d'un mouvement de globalisation du droit, repose de toute façon sur une logique paradoxale : Alexandre VIALA

fices, aucune décision juridictionnelle n'est pour l'heure venue conférer à cette proposition le sceau de l'interprétation authentique. Sauf à suivre la doctrine qui poursuit davantage qu'elle ne constate l'immutabilité du droit constitutionnel¹²³, il faut bien admettre que pour le moment il n'existe pas dans l'ordre juridique français de supraconstitutionnalité avérée, c'est-à-dire de dispositions constitutionnelles ayant effectivement un statut spécifique. En conséquence, il faut également admettre que si l'on raisonne en termes de hiérarchie normative, il est très difficile de justifier de manière rationnelle et cohérente les exigences constitutionnelles imposées à l'intégration européenne, et de trouver ainsi les fondations textuelles de l'identité constitutionnelle française. La promotion de cette dernière n'est pas le fait d'un constat. Il s'agit en réalité d'un choix de valeurs, de l'expression d'une préférence nationale¹²⁴. Emmanuelle JOUANNET, par exemple, adopte le postulat qu'il n'est pas possible de respecter la souveraineté du peuple en dehors d'une représentation nationale, et en conclut que la distinction entre le siège et l'exercice de la souveraineté est sur le plan international (mais seulement sur celui-ci) problématique. Très significativement, elle se demande « comment ne pas voir combien ceci est d'autant plus frappant, et surtout peut devenir problématique, quand l'exercice du pouvoir souverain est confié à une autorité extérieure ou étrangère ? »¹²⁵. Or, c'est bien là que réside le nœud du problème : tant que l'on considérera l'autorité de l'Union européenne comme nécessairement étrangère aux peuples qui la composent, il n'y a aucune possibilité d'évoluer vers une République européenne. Pire encore, il ne semble y avoir aucune raison de rechercher l'assentiment des peuples souverains à un processus d'intégration européenne qui

observe en ce sens que « [t]out se passe comme si les États-nations, faisant le deuil de leur propre souveraineté en acceptant la primauté du droit européen, mobilisaient leur attention au seul service de ce à quoi, à travers leur propre identité, ils ne sauraient renoncer sans se renier eux-mêmes. Il en découle le sentiment que la résistance des ordres juridiques internes ne peut plus se manifester en termes de puissance ou de souveraineté étatique mais, plus fondamentalement, en termes d'existence ou de visibilité culturelle » (op. cit., p. 8). Pourtant, il remarque également que l'identité constitutionnelle, en tant qu'elle est liée à l'idée de supra-constitutionnalité, renvoie au « souverainisme » dont elle serait « une ressource paradoxale » : « en assignant au pouvoir constituant une limite consistant à lui interdire de disposer de sa propre souveraineté », le souverainisme repose sur un argument « illogique car pour ériger la souveraineté au rang métaphysique de valeur indisponible, la supra-constitutionnalité soustrait celle-ci à la disposition du souverain qui, dans ces conditions, n'est plus souverain » (ibid., p. 22 ; et du même auteur, « La supraconstitutionnalité comme ressource paradoxale du souverainisme », *Politeia*, 2004, n° 6, p. 367).

¹²³ Voir pour une telle approche à propos de l'existence d'une supra-constitutionnalité en France : E. DUBOUT, « “Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France” : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC*, 2010, n° 83, p. 451 ; et *contra* M. TROPER, « Identité constitutionnelle », in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, p. 123. Voir également pour une analyse doctrinale proposant la construction d'une hiérarchie entre les règles constitutionnelles qui serait de nature à clarifier les exigences constitutionnelles de l'intégration européenne : E. PICARD, op. cit., p. 96-103.

¹²⁴ A. VIALA, op. cit., p. 17 : « l'affirmation de l'identité constitutionnelle relève d'une croyance ou plutôt d'un discours qui masque mal le fait qu'une telle identité prend en réalité racine dans une décision. »

¹²⁵ E. JOUANNET, op. cit., p. 379.

leur est étranger. On aboutit alors à l'impasse actuelle où l'on reproche à cette Union son déficit démocratique, tout en lui interdisant – sur la base d'une réflexion conceptuelle essentialiste – d'accéder à cette source potentielle de légitimité.

En définitive, si la consécration de la logique de « l'identité constitutionnelle » est donc significative, ce n'est pas en raison des valeurs supérieures qu'elle entendrait protéger, mais parce qu'elle est le révélateur d'un réflexe souverainiste. Elle se présente comme une réserve en blanc pour un juge constitutionnel qui se veut le gardien de la souveraineté d'un État personnifié. L'adhésion de la France au « constitutionnalisme global » apparaît au final moins comme le résultat d'une volonté de construire une communauté de principes et de droits transcendants autour de l'intégration européenne, que celui d'empêcher cette dernière d'induire une remise en cause du principe de la supériorité de l'ordre constitutionnel national en tant que seul lieu d'expression de la souveraineté. Derrière la prétendue supériorité des valeurs qui s'imposerait à tous les pouvoirs publics, la juridiction constitutionnelle entend à cette fin déduire un principe d'horizontalité, ou de hiérarchie alternative, grâce à une logique identitaire qui lui assurerait, en cas de besoin, de conserver le dernier mot dans la réorganisation des rapports entre systèmes juridiques.

Au-delà du déséquilibre entre l'ipséité et la mêmeté au sein du discours constitutionnel français (et que l'on retrouve certainement dans celui des autres juges constitutionnels), il faut s'interroger plus généralement – dans l'hypothèse où il ne serait pas seulement un prétexte destiné à promouvoir l'identité constitutionnelle des États – sur la capacité de ce « constitutionnalisme global » en expansion à favoriser l'essor d'une République européenne. Les questions soulevées par cette doctrine dialectique sont complexes et nombreuses. Au risque de devoir schématiser, il faut admettre dans cette étude de les simplifier, et de ne s'attacher qu'aux éléments qui montrent que par nature le « constitutionnalisme global » des juridictions étatiques ne permet pas de concevoir cette République européenne fondée sur la souveraineté des peuples.

Pour le comprendre, il faut revenir sur la notion de « constitutionnalisme global ». Il s'agit d'une déclinaison de la théorie du « droit global », qui peut très simplement se définir de la manière suivante : le « droit global », c'est le droit sans l'État ou au-delà de celui-ci¹²⁶. Il existerait par exemple au niveau mondial un « droit constitutionnel global » formé à partir de la Charte des Nations unies. Mais on parlera aussi de droit global à propos de la *Lex mercatoria*¹²⁷. Le « constitutionnalisme global » auquel les juridictions constitutionnelles se réfèrent ne revêt toutefois pas exactement la même signification (ce qui est une nécessité puisqu'elles entendent préserver l'État¹²⁸). Il a pour objet de s'intéresser aux interactions entre

¹²⁶ Voir pour une présentation rendant à la notion toute sa subtilité, B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », in *La science du droit dans la globalisation*, op. cit., p. 17-48.

¹²⁷ Voir sur la diversité des secteurs du droit concerné par le phénomène de la globalisation, M. XIFARAS, « Après les Théories Générales de l'État : le Droit Global ? », in *Jus politicum*, 2012, n° 8, 57 p. (<http://juspoliticum.com/IMG/pdf/JP8-Xifaras.pdf>).

¹²⁸ Les juridictions constitutionnelles font en ce sens du *mauvais* « droit global ». Elles concèdent l'existence de droit par-delà l'État, sans en tirer pleinement les conséquences : dans la reconnaissance d'une forme de constitutionnalisme transcendant, elles s'arrêtent au

les droits constitutionnels étatiques et un droit constitutionnel *fondamental* non étatique, ou plutôt supraétatique, en formation¹²⁹. Dans cette acception, l'État n'est pas nié ou délaissé, mais plutôt intégré dans une réflexion d'ensemble. Et l'Europe constituerait de ce point de vue, le champ de réalisation le plus abouti de cette idée de « constitutionnalisme global »¹³⁰. Parce qu'elle pourrait *a priori* justifier la transcendance de certaines valeurs libérales, cette hypothèse est tentante. Pourtant, deux types d'objections doivent être formulés : l'une scientifique, l'autre axiologique.

Le « constitutionnalisme global » entend résoudre le « choc de fundamentalité » par l'identification d'une relation non hiérarchique mais hétérarchique entre les ordres juridiques¹³¹. Il se manifeste ainsi sous la forme de « *gentleman's agreements* » et de « *jurisprudence des principes* », comme « *une entreprise coopérative et impossible à arrêter* »¹³². En ce sens, il se rapproche d'une autre réflexion qui tente elle aussi d'allier analyse juridique et politique intégrative¹³³ : le *multilevel constitutionalism*. L'idée de « constitutionnalisme global » semble toutefois aller plus loin que la théorie d'Ingolf PERNICE¹³⁴. En effet, si celle-ci propose 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*

milieu du guet – considérant qu'il n'y a de global que les droits fondamentaux et rejetant pour le reste toute remise en cause de la suprématie des constitutions nationales.

¹²⁹ Interaction résultant d'un mouvement bilatéral dans lequel « *l'Europe se constitutionnalise au moment où le droit constitutionnel national se désétatise et s'europeanise en devenant le droit des droits fondamentaux provoquant l'émergence d'un nouveau savoir : le droit constitutionnel européen* » (D. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 92).

¹³⁰ G. TUSSEAU, *op. cit.*, p. 196-197 : l'Union européenne est « *un exemple paradigmatique d'organisation internationale opérant une transition du domaine de l'intégration à celui du constitutionnalisme* ».

¹³¹ I. PERNICE et F. C. MAYER, « De la constitution composée de l'Europe », *RTD Eur.*, 2000, p. 635 : « *le droit constitutionnel européen n'est pas structuré de façon hiérarchique comme dans les systèmes fédéraux, et n'est, par conséquent, pas exclusif, mais de caractère inclusif, basé sur l'idée de coopération* ». Voir également, N. WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *Modern Law Review*, 2002, Vol. 65, n° 3, spé. p. 337. Le discours en faveur d'une conception non hiérarchisée des rapports entre juridictions est par ailleurs reproduit par les membres des juridictions en interactions. Voir par exemple : J.-M. SAUVE, « Le rapport du juge ordinaire à la loi », intervention du 5 avril 2013 au colloque *La QPC, une question pour la démocratie* (<http://www.conseil-etat.fr/content/download/3352/10084/version/1/file/2013-04-05-colloque-qpc-le-rapport-du-juge-ordinaire-a-la-loi.pdf>) ; M. GUYOMAR et D. SIMON, « La hiérarchie des normes en Europe », *La gazette du Palais*, 12 février 2009, n° 43, p. 11 ; et le juge KIRCHHOF, cité par J. BAQUERO CRUZ, *op. cit.*, p. 41 (« *[n]either the fact that constitutional law is the final standard for the application of European law in the respective Member State nor the cohesion of the European community of law in European treaty law and its final responsibility for interpretation by the European Court of Justice must be reinterpreted in one hierarchy or another* »).

¹³² G. TUSSEAU, *op. cit.*, p. 203 et 204.

¹³³ L. AZOULAY, *op. cit.*, p. 865.

¹³⁴ Voir *contra* pour une assimilation des deux théories, L. AZOULAY, *op. cit.*, p. 865.

européenne” »¹³⁵, elle suppose d’admettre – certes de manière plus ou moins explicite, et plus ou moins constante – qu’il existe au sein de cette « constitution européenne » une hiérarchie : « *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 aux traités est, en effet, la règle du jeu et la condition à laquelle les citoyens des États membres ont consenti, en application des dispositions de leurs constitutions respectives, à la constitution de ce pouvoir législatif supranational.* »¹³⁶ Au contraire, derrière une apparente ouverture à l’égard du droit supranational – fondée sur la transcendance des valeurs en jeu –, le « constitutionnalisme global » des juges nationaux entend imposer ou promouvoir une relation d’égalité entre les normes fondamentales des différents ordres juridiques.

Témoignerait de cette horizontalité constitutionnelle la consécration depuis le traité de Maastricht de l’identité nationale dans le droit européen. L’Union aurait admis, conformément aux vœux des juridictions constitutionnelles, qu’elle ne peut aller dans l’usage de sa compétence jusqu’à méconnaître les identités nationales des États membres. La reconnaissance de l’identité constitutionnelle par le Conseil constitutionnel aurait donc son pendant dans l’ordre juridique européen avec l’article 4 § 2 TUE¹³⁷. C’est en ce sens que certains auteurs affirment à propos de l’« étoile européenne », que « *[s] ans ses branches constitutionnelles, l’Union ne serait pas et donc pour être – au sens fort du mot – elle doit “respecter” ses branches qui font aussi son identité* »¹³⁸, ou encore que l’identité constitutionnelle constitue « *une des sources de la normativité européenne* »¹³⁹. Contrepartie des « *clauses constitutionnelles d’intégration* », le respect des caractères étatiques ne

¹³⁵ I. PERNICE et F. C. MAYER, *op. cit.*, p. 632.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 636. Il faut admettre toutefois que l’ambiguïté persiste dans la pensée des juristes allemands dès lors qu’ils affirment que, sur le fondement de l’article 4§2 TUE, « *les valeurs fondamentales des constitutions nationales [...] exigent [...] la reconnaissance et le respect d’une diversité des identités constitutionnelles et culturelles nationales par les autorités européennes* » (*ibid.*, p. 647).

¹³⁷ Selon l’article 4§2 TUE : « *L’Union respecte l’égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l’autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l’État, notamment celles qui ont pour objet d’assurer son intégrité territoriale, de maintenir l’ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre* ». Ainsi, le juge français a-t-il clairement considéré, lors de l’examen de la constitutionnalité du TECE, que la primauté consacrée par l’article I-6 du projet de Traité était limitée par l’article I-5 relatif au respect dû à l’identité nationale des États membres (CC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l’Europe*, n° 2004-505 DC, pt. 9-13).

¹³⁸ D. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 99. Quand bien même l’auteur entend débarrasser l’identité constitutionnelle d’une dimension souverainiste vide, il apparaît qu’elle est là-aussi un élément fondateur dont le respect s’imposerait à l’Union en contrepois du principe de primauté. En ce sens, l’article 4§2 TUE ne ferait que réitérer, « *rend[re] clair* » (A. PUTTLER, « Le renforcement de la notion d’identité nationale dans l’Union européenne », in J. ROSSETTO (dir.) e.a., *Quel avenir pour l’intégration européenne ?*, Tours, Presses universitaires François-Rabelais, 2010, p. 179-186, disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/pufr/1518>) une donnée qui s’imposerait au droit de l’Union.

¹³⁹ D. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 100.

s'impose plus seulement aux autorités nationales mais deviendrait « *la base du fonctionnement de l'Union européenne* »¹⁴⁰. Il faut pourtant rejeter radicalement cette assimilation et les conséquences qui en sont déduites. Même s'ils sont substantiellement très proches, il n'est à strictement parler pas possible d'affirmer que le concept d'identité nationale reconnu par le traité européen, et le concept d'identité constitutionnelle fondé sur les constitutions étatiques, constituent une seule et même norme sur laquelle se fonderait une relation d'horizontalité entre les normes fondamentales¹⁴¹. Chacun des juges reste maître de l'interprétation de la notion reconnue par leur système juridique¹⁴² – et tel serait toujours le cas même si les deux ordres juridiques renvoyaient à une expression identique.

Une même critique peut être opposée aux analyses qui fondent l'horizontalité sur l'existence d'une unité de valeurs de droits de l'Homme. Alors que certains ont pu voir dans l'existence de l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne la possibilité de remettre en cause de la primauté du droit de l'Union au nom de la préservation des libertés fondamentales constitutionnellement garanties, la Cour de justice dans sa jurisprudence *Melloni* a clairement démenti la pertinence de cette analyse. Selon ses termes, l'application du standard de protection national plus élevé ne peut se faire, dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union¹⁴³, que pour autant qu'elle « *ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union* »¹⁴⁴.

Au final, les acteurs de ce « constitutionnalisme global » font « comme si » il découlait de la proximité matérielle ou lexicale des règles juridiques une absence

¹⁴⁰ I. PERNICE, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, Pedone, 2004, p. 43 et 62.

¹⁴¹ C'est d'ailleurs ce qu'a affirmé la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans la décision de renvoi rendue dans l'affaire *Peter Gauweiler*, mettant en cause la constitutionnalité de la décision de la Banque centrale européenne du 6 septembre 2012 relative aux caractéristiques techniques des opérations de rachat de dettes souveraines (arrêt du 14 janvier 2014 préc., pt. 29 : « *Art. 4 sec. 2 sentence 1 TEU obliges the institutions of the European Union to respect national identities. This is based on a concept of national identity which does not correspond to the concept of constitutional identity within the meaning of Art. 79 sec. 3 GG [...] as an interest which may be balanced against others, the respect of national identity which is required according to Art. 4 sec. 2 sentence 1 TEU does not meet the requirements of the protection of the core content of the Basic Law according to Art. 79 sec. 3 GG, which may not be balanced against other legal interests. The protection of the latter is a task of the Federal Constitutional Court alone* »).

¹⁴² Voir en ce sens les arrêts rendus par la Cour de justice qui, non seulement vérifie que les dispositions nationales invoquées peuvent relever de l'identité nationale, mais en outre s'assure de la proportionnalité de l'atteinte causée à l'application uniforme du droit de l'Union : CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c. Luxembourg*, Aff. C-473/93, Rec. I-3207 ; CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, Aff. C-208/09, Rec. I-13693.

¹⁴³ Notion de « mise en œuvre » définie *lato sensu* par la juridiction communautaire puisqu'elle vise selon elle toutes les situations qui entrent dans le champ d'application du droit de l'Union (CJUE, 26 février 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, Aff. C-617/10, pt. 19).

¹⁴⁴ CJUE, 26 février 2013, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal*, Aff. 399/11, pt. 60 ; et arrêt *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson* préc., pt. 29.

de hiérarchie – absence qui serait acceptée par l'ensemble des juridictions concernées. En réalité, malgré l'adoption du mécanisme d'équivalence et la promotion des identités constitutionnelles ou nationales, rien ne change¹⁴⁵ : le juge interne continue d'affirmer la supériorité de la Constitution, même s'il limite l'étendue de sa protection ; tandis que le juge européen affirme toujours la primauté du droit européen, même s'il intègre dans ce droit la possibilité de déroger, sous son contrôle, à l'application des règles communes. L'hétérarchie ne vaut donc que pour autant que la question de l'articulation des ordres juridiques ne se pose pas, toute crispation faisant au contraire ressortir les contradictions et le risque d'un choc de fondamentalité¹⁴⁶. La doctrine du « constitutionnalisme global » n'est donc pas descriptive d'une horizontalité nouvelle, mais prescriptive¹⁴⁷ : par son discours, le

¹⁴⁵ En ce sens, la jurisprudence *Solange* et ses différents avatars n'apparaissent pas comme un marqueur univoque d'apaisement, mais comme « la mesure de la confiance et de la défiance » (G. TUSSEAU, *op. cit.*, p. 219).

¹⁴⁶ En témoigne la position de la Cour constitutionnelle tchèque dans un arrêt du 31 janvier 2012 (Ústavní soud, Ass. pl., 31 janvier 2012, 5/12 ; voir pour un commentaire, J. ZEMANEK, « L'arrêt de la Cour constitutionnelle tchèque du 31 janvier 2012, les retraites slovaques XVII : le principe de l'égalité de traitement – un motif de rébellion contre la Cour de justice de l'Union européenne ? », *CDE*, 2012, n° 3, p. 709) : alors que la Cour de justice avait été saisie par une juridiction administrative (CJUE, 22 juin 2011, *Marie Landtová*, Aff. C-399/09, *Rec.* I-5573) et s'était prononcée sur l'incompatibilité avec le droit européen d'une disposition constitutionnelle (relative aux conséquences de la séparation entre la République Tchèque et la Slovaquie en matière de pension de retraite), la juridiction constitutionnelle a fait jouer sa clause de sauvegarde pour écarter la primauté du droit européen en relevant l'excès de pouvoir commis par le juge luxembourgeois et son « incapacité à respecter l'histoire européenne » (sic.). Tout aussi significative du faux-semblant du « constitutionnalisme global », est l'affaire qui oppose actuellement la Cour constitutionnelle allemande et la juridiction communautaire à propos du programme de rachat des dettes souveraines établi par la Banque centrale européenne : la première menaçait de soumettre la position de la seconde à un contrôle de l'*ultra vires* et au respect des structures de l'identité constitutionnelle allemande (arrêt préc.) si la décision préjudicielle rendue sur sa saisine ne lui apportait pas satisfaction. Or, tel n'a pas été le cas (CJUE, 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. c. Deutscher Bundestag*, Aff. C-62/14), et seule la désuétude du programme en cause depuis lors remplacé semble désormais pouvoir éviter la cristallisation d'un conflit.

¹⁴⁷ Dans la mesure où ce « constitutionnalisme global » est le fait des juridictions constitutionnelles, la dimension normative ou performative du discours juridictionnel est tout à fait normale (quand bien même ces jurisprudences seraient le fruit d'un jeu d'influences avec les professeurs de droit qui ont pu voir dans le droit constitutionnel européen un nouveau champ doctrinal à investir [voir, par analogie, la place des constitutionnalistes dans la fondation de la République française : G. SACRISTE, *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2011, 584 p.]). Toutefois, il faut s'interroger sur la légitimité de cette démarche. Si l'interprétation du texte constitutionnel appartient évidemment à la fonction juridictionnelle, les juges peuvent difficilement se prévaloir lors d'une telle modification de l'architecture constitutionnelle d'exprimer la volonté du souverain – quand bien même ils se revendiqueraient du pouvoir constituant, de l'opinion publique, ou du souhait des représentants démocratiquement élus. La jurisprudence constructive proposée a des mérites indéniables dans le fonctionnement quotidien de l'intégration européenne et, stratégiquement, elle permet aux juges nationaux de se revendiquer maîtres des conditions et des limites de l'ouverture au droit de l'Union. Pourtant elle demeure insatisfaisante au regard des exi-

juge constitutionnel des États membres cherche à organiser un droit constitutionnel européen pluriel, perméable et capable de réguler selon des architectures variables les rapports de systèmes.

À défaut d'être pleinement rationnelle, cette construction « pacificatrice » pourrait toujours sembler favorable à l'intégration européenne¹⁴⁸. Pourtant, sa pratique lénifiante et sa capacité paradoxale à faire resurgir *in extremis* l'argument de la souveraineté de l'État démontrent son incompatibilité avec le projet d'une République européenne.

Pour conclure sur l'analyse des limites de l'adhésion de la France au « constitutionnalisme global », il convient donc d'évaluer ses effets au regard de l'hypothèse que l'on poursuit. À cet égard trois observations de nature axiologique doivent être formulées.

Premièrement, il n'est pas certain que l'on se dirige dans les pas du « constitutionnalisme global » vers une communauté de valeurs favorable à l'intégration européenne et *in fine* à la construction d'une République européenne. Certes, le tournant pris par la France en 2004 va *a priori* dans le sens de la construction d'un « droit commun », de la reconnaissance d'un substrat de valeurs partagées par les traditions constitutionnelles communes des États membres. Ce serait donc quelque chose de positif, de fédérateur pour l'Europe. Cependant, dans sa mise en œuvre quotidienne, le « constitutionnalisme global » est moins favorable à l'État de droit qu'il n'y paraît¹⁴⁹. Alors que la logique de l'identité constitutionnelle a normalement pour objet d'assurer la sauvegarde des droits fondamentaux, elle se traduit en pratique – sauf invocation du « *big gun* » – par un abandon du contrôle à la Cour de justice de l'Union¹⁵⁰. Et cette immunité du droit de l'Union ne se limite pas au respect des droits constitutionnels, mais s'étend – en absence d'adhésion de l'Union – à ceux consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme¹⁵¹. Certes, le mécanisme d'équivalence n'est pas absolu et repose sur une présomption qui peut être renversée¹⁵², mais cela autorise certainement sous couvert de l'intégration quelques solutions peu satisfaisantes. En matière de protection des droits fondamentaux, la concurrence des juridictions paraît éminemment plus favorable au progrès que la coopération des juridictions.

gences inhérentes au principe démocratique. L'adhésion juridictionnelle à ce « constitutionnalisme global » ne saurait être un acte fondateur d'une République européenne.

¹⁴⁸ Voir en ce sens, M. POIARES MADURO, « Contrapunctual Law : Europe's Constitutional Pluralism *in Action* », in N. WALKER (dir.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart, 2003, p. 501-537.

¹⁴⁹ Voir en ce sens, E. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : unitarisme constitutif *versus* pluralisme constitutionnel. *Réflexions autour de l'arrêt Melloni* », *CDE*, 2013, p. 293-317.

¹⁵⁰ Voir en ce sens, la décision préc. *Jeremy F.*, ou l'affaire *Melloni* relative au respect du droit au juge (arrêt de la Cour de justice *Stefano Melloni c. Ministerio Fisc.* préc. ; Tribunal Constitucional, 13 février 2014, *Boletín Oficial del Estado*, 11 mars 2014, n° 60, p. 85).

¹⁵¹ CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Airways c. Irlande*, Req. n° 45036/98 ; et l'arrêt du Conseil d'État *Conseil national des barreaux* préc.

¹⁵² Présomption qui a été effectivement renversée dans le cadre du dispositif Schengen : CEDH, 21 juin 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09 ; et CEDH, 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, req. n° 29217/12.

Deuxièmement, il semble que dans le recours au « constitutionnalisme global », la dimension stratégique prime sur l'impératif de cohérence – qui, malgré les critiques dont il est fréquemment l'objet, conditionne encore très largement la compréhension du droit. Grâce à l'horizontalité qu'il convoque, le « constitutionnalisme global » permet d'éviter les risques de contestations réciproques du pouvoir des juridictions en cause. En clair, le « constitutionnalisme global », c'est « la paix des juges » et « chacun chez soi ». Loin de résoudre le problème des relations hiérarchiques entre les juridictions étrangères, il les évite. Finalement, il n'y aurait de global que l'accord de non-agression, mais aucun ordonnancement commun n'est proposé par les acteurs institutionnels. À l'inverse, au sein des ordres juridictionnels, il semble que l'acceptation des logiques du « constitutionnalisme global » soit même un moyen pour les juridictions inférieures de s'introduire dans cette horizontalité constitutionnelle et d'écarter ainsi les rapports hiérarchiques prévalant normalement¹⁵³. À défaut de mettre de l'ordre là où cela serait bénéfique, le « constitutionnalisme global » serait alors une source potentielle de désordre au sein des États.

Troisièmement, il reste à relever le paradoxe qui découle de la dimension volontariste de cette politique jurisprudentielle. La sémantique du constitutionnalisme a pour objet de rassurer face à la perte progressive du contrôle exercé par l'État sur le droit : la désétatisation partielle du droit serait compensée au niveau supranational par l'imposition d'une logique constitutionnelle de fondation et de limitation du pouvoir. En ce sens, le « constitutionnalisme global » participerait donc à la réalisation à l'échelle européenne d'une « *organisation juridique centralisée* »¹⁵⁴ ou d'un « *gouvernement mondial* »¹⁵⁵, c'est-à-dire au fonctionnement d'une Europe conforme aux principes républicains tels qu'ils ont été définis en introduction. Mais la poursuite de la constitutionnalisation substantielle de l'Europe a pour contrepartie la préservation, voire la sacralisation incantatoire, de l'identité nationale. La revendication de l'identité nationale par les juridictions constitutionnelles apparaît même, selon Julio BAQUERO CRUZ, comme un devoir de « *désobéissance institutionnelle* »¹⁵⁶. Ce devoir, qualifié de « *principe moral supérieur* », révèle le « stato-centrisme » indépassable des acteurs juridictionnels. Ce « constitutionnalisme global », promu par la dialectique de l'ipsité et de la mêmeté, n'est donc pas celui d'un dépassement de l'État, ni même celui d'un droit constitutionnel « au-delà » de l'État. Il est avant tout un moyen de préserver l'État et ses structures.

¹⁵³ L'exemple de l'affaire tchèque préc. illustre cette hypothèse : pour le juge administratif, renvoyer le contrôle à la Cour de justice d'une disposition constitutionnelle, c'était le moyen de s'affirmer comme interprète de la Constitution et de s'opposer à son juge naturel – ce que seule l'invocation de l'identité constitutionnelle par la Cour constitutionnelle tchèque aura permis d'éviter.

¹⁵⁴ H. KELSEN, « Théorie du droit international public », *RCADI*, 1953, Tome 84, Vol. III, p. 200.

¹⁵⁵ J. HABERMAS, *L'intégration républicaine : essai de théorie politique*, Paris, Fayard, 1998, 386 p. ; et du même auteur, *Après l'État-Nation. Une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard, 2000, 149 p.

¹⁵⁶ J. BAQUERO CRUZ et K. AUDEL, *L'Europe de Karlsruhe*, Paris, Notre Europe, 2011, p. 20 (<http://www.infoeuropa.euroid.pt/registo/000046910/>).

Réputée immuable et indisponible¹⁵⁷, l'identité constitutionnelle doit ainsi être rapprochée du concept de souveraineté extérieure de l'État dont elle adopte la fonction de limite.

La souveraineté « de l'État » reste donc encore l'horizon indépassable de l'intégration européenne. Or, cette conception externe de la souveraineté n'est pas compatible avec la perspective d'une République européenne. Elle repose sur l'idée que l'État est indissociable de la souveraineté, et que réciproquement la souveraineté serait indissociable de l'État. C'est peut-être vrai dans la sphère internationale¹⁵⁸, mais cela interdit toute conception d'une République supraétatique. Pour penser la République européenne, il est indispensable de sortir du schéma dans lequel l'intégration fait perdre à l'État une souveraineté qui lui appartiendrait en propre, pour s'intéresser à la situation des peuples¹⁵⁹. Il faut changer de matrice conceptuelle et revenir à l'idée que la souveraineté dont l'exercice serait partiellement conféré à l'Union n'est pas celle des États, ni celle de leurs institutions, mais bien celle du ou des peuples européens.

Cette reconfiguration est nécessaire, car elle est la condition *sine qua non* pour que soit posée en termes clairs la question du mandat par lequel l'Union exerce son pouvoir. En absence d'une rénovation des termes du débat, il est difficile d'envisager un approfondissement du projet européen. D'une part, dans le *statu quo* actuel, on ne saurait concevoir la réalisation d'une République européenne explicitement fondée sur la souveraineté puisque les présupposés de la logique de l'identité constitutionnelle l'interdisent. D'autre part, la continuation d'un proces-

¹⁵⁷ Contre cette idée, Alexandre VIALA observe à raison que l'identité dont les défenseurs revendiquent le caractère objectif « n'est rien d'autre que le produit d'une dénomination, c'est-à-dire, bel et bien, d'une décision. Elle ne saurait dès lors jamais revendiquer l'immutabilité sans renier son origine décisionnelle ». Le discours identitaire est en ce sens un « mythe », non pas fondateur mais conservateur (*op. cit.*, p. 23 et 24).

¹⁵⁸ Ce rattachement « naturel » de la souveraineté à l'État est aussi défendu par Alexis DE TOCQUEVILLE dans son analyse du système fédéral des États-Unis d'Amérique : « La souveraineté de l'Union est l'œuvre de l'art. La souveraineté des États est naturelle ; elle existe par elle-même, sans efforts, comme l'autorité du père de famille » (*De la Démocratie en Amérique*, Paris, Flammarion, 1993, Tome 1, p. 245).

¹⁵⁹ Gaëlle MARTI souligne en ce sens que l'argument fondé sur le lien consubstantiel qui existerait entre l'État et le peuple ne résiste pas à l'analyse. Ce qui donne au peuple son unité, ce n'est pas l'existence d'un État souverain, mais l'acte constituant par lequel le premier exerce sa souveraineté (ainsi HOBBS écrivait-il que « c'est l'unité de celui qui représente, non l'unité du représenté, qui rend une la personne [du souverain] » [*Léviathan*, Paris, Sirey, 1971, p. 166] ; voir dans le même sens, H. KELSEN, *La démocratie. Sa nature – Sa valeur*, Paris, Dalloz, 2004, p. 14). Il n'y a à cet égard aucun obstacle théorique, précise-t-elle, à ce que par un tel acte constituant des peuples délèguent à une organisation non étatique un pouvoir de représentation : « L'acte constituant, acte de souveraineté du peuple, permet de résorber l'écart entre le fondement et l'exercice du pouvoir. C'est cet acte qui signe l'unité politique d'un peuple et non plus la forme politique dans laquelle il s'incarne. Le peuple, unité politique, n'a plus besoin de l'État pour matérialiser son unité [...] dans la mesure où il fait à travers la constitution. Celle-ci peut alors très bien diviser l'exercice du pouvoir de commander entre différents niveaux, dès lors que la souveraineté n'est plus attachée au pouvoir de commander mais désigne le titre à agir de ce pouvoir, son titre de légitimité » (G. MARTI, *Le pouvoir constituant européen*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 85).

sus d'intégration européenne fonctionnaliste n'est pas compatible avec l'hypothèse républicaine : une fédéralisation rampante, dissimulée dans les habits d'une organisation internationale composée d'États formellement souverains et pourtant déposés de l'essentiel de leurs pouvoirs, ne saurait être compatible avec la notion de République.

Les conditions posées par la juridiction constitutionnelle à l'intégration européenne – même si elles minimisent les manifestations de l'opposition supposée entre l'identité européenne et l'identité républicaine¹⁶⁰ – condamnent donc l'hypothèse de la construction d'une République européenne. Mais les juges constitutionnels peuvent-ils faire autrement ? Peuvent-ils admettre cette construction sans faire perdre à leur État ses caractéristiques ? Pour Alexandre VIALA, « *il est possible d'être soi-même tout en renonçant, au terme d'un consentement souverainement assumé, à une part de soi-même. Autrement dit, l'identité constitutionnelle ne serait pas indisponible* »¹⁶¹. Il faut donc, pour conclure l'analyse des enjeux constitutionnels d'une République européenne, envisager ce que pourrait être une identité constitutionnelle européenne fondée – notamment – d'États souverains.

IV. – LA CONSTITUTION D'UNE IDENTITÉ EUROPÉENNE PLURALISTE DANS LA PERSPECTIVE D'UNE RÉPUBLIQUE EUROPÉENNE

Les États peuvent rester les piliers de la République européenne¹⁶² à la condition d'accepter que les peuples, qui sont à l'origine de leur légitimité, puissent aussi être à la fondation de l'Union européenne. Cette exigence implique que la logique de l'identité constitutionnelle ne peut rester viable que si elle permet l'invention d'une identité européenne pluraliste. Pour ce faire, la notion d'identité sollicitée doit être rénovée. Un retour sur le concept philosophique d'identité s'avère utile pour le comprendre¹⁶³.

¹⁶⁰ Une telle « contradiction identitaire » serait présente dans le champ politique dès l'origine du projet communautaire, que ce soit en raison d'une conception nationaliste de la République ou d'une opposition au libéralisme que suppose la construction européenne. Ces analyses reposent toutefois toujours sur une prémisse qui voudrait que l'Europe reste une « autorité extérieure », mettant à mal celle de la France et du principe démocratique. Voir en ce sens, B. BRUNETEAU, « L'identité européenne contre l'identité "républicaine" ? », *Relations internationales*, 2009/4, n° 140, p. 73-81.

¹⁶¹ A. VIALA, *op. cit.*, p. 11.

¹⁶² Dans cette perspective, les études de droit constitutionnel européen qui s'intéressent à la notion d'« État intégré » représentent un apport substantiel pour la compréhension des conditions dans lesquelles les mutations induites par l'intégration européenne restent compatibles avec le maintien des structures étatiques de l'Union (voir notamment, J. GERKRATH, « La fige de droit constitutionnel de l'« État intégré » », in *Europe(s), Droit(s) européen(s). Une passion d'universitaire. Liber amicorum en l'honneur du Professeur Vlad Constantinesco*, *op. cit.*, p. 695-710).

¹⁶³ Pour une autre solution, partant non pas d'une remise en cause des qualités traditionnellement attachées à la souveraineté par la doctrine française, mais d'une subjectivisation et d'une « virtualisation » de la souveraineté, voir A. JAKAB, *op. cit.*, p. 24 : l'auteur propose, à la suite de Neil WALKER (« Late Sovereignty in the European Union », in *Sovereignty in Transition*, *op. cit.*, p. 3-32), de comprendre la souveraineté non plus comme un pouvoir absolu mais simplement comme une « revendication [subjective] du pouvoir suprême exclu-

L'identité constitutionnelle est toujours envisagée par rapport à l'intégration européenne sous l'angle de l'ipséité et de la mêmeté, c'est-à-dire de ce qui est différent et doit être préservé, et de ce qui est commun et peut être partagé. Les conséquences de cette approche sont doubles.

En premier lieu, l'on ne pourrait concevoir d'identité européenne qui soit autre chose que le plus petit commun dénominateur des identités nationales.

En second lieu, si elle n'est pas cantonnée, l'identité européenne serait susceptible de porter atteinte à celle des États membres. Il faudrait donc affirmer les identités constitutionnelles contre l'identité européenne, au risque sinon de les voir disparaître par absorption ou effacement.

Mais une autre approche épistémologique est possible. Pour ce faire, l'identité européenne doit être conçue comme une identité collective¹⁶⁴. Cette notion philosophique d'identité collective a pour avantage de ne pas se limiter au concept d'identité mêmeté et de remplir ainsi – de l'intérieur et non de l'extérieur – les fonctions aujourd'hui poursuivies par la rhétorique identitaire des juridictions constitutionnelles. En clair, la notion d'identité collective permettrait d'appréhender ce qui est commun aux identités nationales (les valeurs promues par le « constitutionnalisme global »), mais aussi de laisser la place pour le développement de propriétés propres ou autonomes¹⁶⁵ (les exigences nécessaires au projet d'intégration communautaire), tout en restant respectueuse de la diversité des éléments qui composent cette collectivité (aujourd'hui protégés de l'extérieur au titre des spécificités constitutionnelles des États membres). Surtout, concevoir l'identité européenne comme une identité collective permettrait d'intégrer en son sein les États et les peuples en tant qu'entités composantes. États et peuples seraient alors des éléments existentiels de l'identité européenne. Comprise ainsi, et dans la perspective du respect de la souveraineté du peuple, l'Europe pourrait se concevoir comme une République exerçant un pouvoir propre sur la base d'un mandat des peuples européens, sans devenir nécessairement un « super État », entraînant la disparition des États membres qui constituent d'autres niveaux légitimes d'exercice de la puissance publique. Son identité serait donc doublement pluraliste, en raison de la pluralité des valeurs qu'elle ferait vivre et de la pluralité de ses entités fondatrices. Apparaissent ainsi les conditions d'un discours constitutionnel compatible avec l'hypothèse poursuivie.

En termes juridiques, l'adoption du prisme de l'identité collective revient à penser que la République européenne ne peut se concevoir et se réaliser que

sif ». Le concept de souveraineté, originellement « *prescriptif* », deviendrait alors un « *concept descriptif* » indiquant qu'« *un organe ou un individu revendique seulement un droit* ». Si cette piste est intéressante en ce qu'elle permet de neutraliser les tensions suscitées par la logique souverainiste, elle nous semble toutefois devoir être écartée en ce qu'elle s'écarte du statut normatif (et donc prescriptif) qu'accordent les acteurs juridiques à la souveraineté et sous-estime l'importance de l'idéologie normative des juges constitutionnels.

¹⁶⁴ Pour de plus amples développements, voir F.-V. GUIOT, « L'identité européenne : au-delà d'une certaine phénoménologie ? », *RUE*, 2012, n° 559, p. 384 et s.

¹⁶⁵ Une identité collective possède des propriétés individuelles, holistes émergentes, et fonctionnelles.

comme une république composée et fédérative¹⁶⁶. Une telle conception est impossible si l'on part des États se revendiquant de souverainetés unes et indivisibles qui se perdent en se mêlant. Au contraire, il faut partir d'une conception que d'aucuns qualifient de « moderne » de la souveraineté¹⁶⁷, mais que l'on tendrait pour notre part à définir comme « essentielle »¹⁶⁸ : il faut autrement dit revenir au principe de la souveraineté des peuples, qui est la seule inaliénable¹⁶⁹, pour que ceux-ci puissent se mêler dans une « marche »¹⁷⁰ commune¹⁷¹. Si l'on admet ce changement de paradigme, « [r]ien ne devrait donc interdire à l'Union européenne, en tant que fédération d'États et de citoyens, dans le respect de la singularité et de la diversité de ses composantes, de devenir, un jour, au sens où Emmanuel Kant l'entendait,

¹⁶⁶ À cet égard, Pierre PESCATORE voit dans le fédéralisme « une philosophe juridique et politique qui s'adapte à tous les contextes politiques aux niveaux local et international, à condition que deux principes de bases soient réunis : la recherche de l'unité combinée avec le respect rigoureux de l'autonomie et les intérêts légitimes des entités constitutives » (cité par J.-L. QUERMONNE, « Approche de l'Union européenne par la science politique », in O. BEAUD, A. LECHEVALIER, I. PERNICE, et S. STRUDEL (dir.), *op. cit.*, p. 162).

¹⁶⁷ O. BEAUD, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht. Remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle », *op. cit.*, p. 1045 : « la forme moderne de cette souveraineté est la détention du pouvoir constituant par le peuple ».

¹⁶⁸ Essentielle et non pas essentialiste, cette conception entend ne tenir pour acquis que la signification politique irréductible, le radical du concept à partir duquel les différentes théories de la souveraineté et de l'État se sont développées. A cet égard, la souveraineté (avec ses exigences d'unité du peuple, d'inaliénabilité, d'indivisibilité et d'absoluité) n'est envisagée dans les écrits de Thomas HOBBS et de Jean-Jacques ROUSSEAU qu'au niveau « du fondement normatif de l'ordre politique ». Elle est donc avant tout une revendication politique fondatrice et principielle, qui en tant que telle peut être considérée comme absolue puisqu'elle est le fait d'un choix. Par la suite, les théoriciens et les démocrates ont toutefois entendu faire d'elle un concept juridique opérationnel tout aussi incontestable, dont devrait découler le mode de légitimation et surtout « d'agencement concret des institutions politiques » (C. COLLINOT-THELENE, « Les masques de la souveraineté », *Jus Politicum*, 2012, n° 8, p. 17).

¹⁶⁹ C'est bien ainsi que l'on peut comprendre le propos de Jean-Jacques ROUSSEAU lorsqu'il écrit que « la souveraineté, n'étant que l'exercice de la volonté générale, ne peut jamais s'aliéner, et que le souverain, qui n'est qu'un être collectif, ne peut être représenté que par lui-même ; le pouvoir peut bien se transmettre, mais non pas la volonté » (*Du contrat social*, Livre II, Chapitre I).

¹⁷⁰ K. NOUVEL et C. RUBY, « La République revisitée », *Regards sur l'actualité*, décembre 1992, p. 5 (cités par A. VIALA, *op. cit.*, p. 19) : « la République est une marche vers plus de droit et de liberté dont le moteur nécessaire est le peuple ».

¹⁷¹ Voir, en faveur d'une souveraineté partagée ou d'un exercice en commun de la souveraineté, l'intervention de J.-C. MASCLÉ, in D. MAUS et O. PASSELECQ (dir.), *Le traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales*, Paris, La documentation Française, 1998, p. 48 ; J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « La souveraineté de l'État et l'Union européenne », in R. DRAGO (dir.), *Souveraineté de l'État et interventions internationales*, Paris, Dalloz, 1996, p. 48 ; ou encore l'analyse du fédéralisme américain proposée par Elisabeth ZOLLER (*op. cit.*, spé. p. 70 et s.) ; mais *contra* B. MATHIEU, *op. cit.*, p. 114-155.

une République »¹⁷². Elle affirmerait ainsi un état dont elle possède déjà tant de singularités¹⁷³.

Rappeler que la souveraineté est inaliénable ne suffit pas, en effet, à condamner l'hypothèse d'une République européenne¹⁷⁴ puisque le principe même de la République est de consacrer le caractère inaliénable de la souveraineté du peuple dont procède tout pouvoir. Ce n'est que par un dogme, et par les raisons de l'histoire que l'on attache le principe de l'inaliénabilité de la souveraineté à l'État¹⁷⁵. Et il en va de même pour l'indivisibilité, axiome construit pour les besoins d'une politique unitaire¹⁷⁶. Dès lors que l'on cesse d'assimiler le détenteur et le dépositaire de la souveraineté, l'existence et l'exercice de celle-ci, que l'on met fin à cet accaparement des représentants, que l'on refuse de voir simplement dans la souveraineté du peuple « *un masque totémique* »¹⁷⁷, rien n'interdit au détenteur de se confier aux soins d'un ou de plusieurs autres dépositaires¹⁷⁸. Étant entendu qu'aucune repré-

¹⁷² J.-L. QUERMONNE, *op. cit.*, p. 163.

¹⁷³ Comment, en effet, ne pas voir une proximité entre le droit de l'Union et le « *droit constitutionnel d'une fédération d'États* » qui se définit comme « *un ordre constitutionnel, donc en principe un droit d'ordre interne, mais qui, quoique constitutionnel, ne s'interdit pas d'emprunter à l'ordre international* » (E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 72). Pour certains auteurs, le caractère souverain de l'Union ne ferait même déjà plus aucun doute (voir par exemple, G. DE BURCA, « *Sovereignty and the Supremacy Doctrine of the European Court of Justice* », in *Sovereignty in Transition*, *op. cit.*, p. 449-460).

¹⁷⁴ Voir en ce sens : O. BEAUD, « *La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht. Remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle* », *op. cit.*, p. 1048 (l'inaliénabilité signifiant uniquement « *le devoir de ne pas aliéner la souveraineté du peuple sans son consentement [exprès]* »); et E. JOUANNET, *op. cit.*, p. 384.

¹⁷⁵ Voir pour une analyse comparée des vicissitudes historiques du concept de souveraineté, A. JAKAB, *op. cit.*, p. 1-26.

¹⁷⁶ Jacques ZILLER rappelle d'ailleurs avec raison que la France connaît déjà une forme de souveraineté partagée depuis la révision du 20 juillet 1998 inscrivant aux articles 76 et 77 les conséquences de l'accord de Nouméa pour le territoire de Nouvelle-Calédonie (« *Sovereignty in France : Getting Rid of the Mal de Bodin* », in *Sovereignty in transition*, *op. cit.*, p. 274-275).

¹⁷⁷ H. KELSEN, *La démocratie. Sa nature – Sa valeur*, *op. cit.*, p. 97.

¹⁷⁸ Voir en ce sens : G. MARTI, « *Quelle légitimité pour la norme supranationale ?* », *op. cit.*, p. 151 ; ainsi que E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 112-113. La décision « *Maastricht III* » du Conseil Constitutionnel (préc.) peut d'ailleurs être lue en ce sens : saisi de la loi référendaire autorisant la ratification du traité, celui-ci renonçait, face à l'expression directe du souverain, à son pouvoir de garantir l'État contre les atteintes aux conditions essentielles d'exercice de sa souveraineté (voir *supra*). Si l'on peut faire jouer les limites inscrites dans la Constitution contre l'intégration européenne, c'est donc toujours uniquement dans le silence du peuple qui reste libre d'attribuer compétences et pouvoirs à ceux qu'il considère comme ses représentants. Une telle solution en faveur du consentement populaire est aujourd'hui déduite de l'article 44 de la Constitution autrichienne : une modification du texte constitutionnel portant atteinte aux principes constitutionnels fondamentaux (qui pourrait être rendue nécessaire par l'intégration européenne) est assimilée à une « *révision totale* » de la Constitution, et ne peut en conséquence être adoptée qu'à la suite d'un « *référendum de l'ensemble des citoyens de la Fédération* ».

sensation n'est toutefois envisageable¹⁷⁹ sans l'adoption d'un « *“contrat social” européen* »¹⁸⁰, ou d'un « *pacte fédératif* »¹⁸¹, qui soit de nature à fonder cette République européenne « *sur le consentement populaire* »¹⁸². Mais il s'agit là de considérations politiques et non d'obstacles juridiques. De même encore, si la souveraineté, dans sa dimension substantifiée, doit s'exprimer par « *des compétences, des pouvoirs, des attributs de la puissance* »¹⁸³ ; dans le droit français, rien n'impose que cette expression soit nationale¹⁸⁴ et rien n'interdit qu'elle soit supranationale¹⁸⁵, pour autant que le veuille son titulaire, c'est-à-dire le peuple. Contre le réflexe d'identification du constitutionnalisme à l'État, il faut enfin rappeler à la suite de Dominique ROUSSEAU que « *[s] i lien ontologique il doit y avoir, il est*

¹⁷⁹ En effet, une *Res Publica* européenne ne saurait voir le jour en tant que simple projection ou prolongement du caractère républicain des États membres (voir en ce sens, O. ZETTERQUIST, *op. cit.*, p. 100). Pour être républicaine, l'Union se doit d'être le fruit d'une fondation autonome, de tirer directement sa légitimité et son autorité des peuples des États membres. Assurément, les conditions de la ratification en France du Traité de Lisbonne n'ont pas de ce point de vue été satisfaisantes (voir pour une illustration des critiques que le processus a suscité, M.-F. VERDIER, « Constitution française et traité de Lisbonne, une révision inutile pour un traité mort-né ? », *Politeia*, 2008, n° 13, spé. p. 24-26).

¹⁸⁰ I. PERNICE et F. C. MAYER, *op. cit.*, p. 634. Selon les auteurs, un tel contrat social est déjà en voie de constitution du fait de l'acceptation, par les représentants nationaux, de traités fondateurs qui donnent aux citoyens européens des droits à l'égard de leur État d'origine, mais également à l'égard de l'ensemble des États membres. Voir pour une analyse du référendum français du 23 septembre 1992, distinguant pouvoir constituant du peuple et révision constitutionnelle : O. BEAUD, « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht. Remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle », *op. cit.*, p. 1045 et s. (l'auteur adopte toutefois une prémisse différente puisqu'il considère que la souveraineté de l'État est impliquée par celle du peuple, ce qu'il l'amène à conclure que seul ce dernier peut autoriser les atteintes portées à celle-ci).

¹⁸¹ Voir sur les caractéristiques d'un tel « *pacte fédératif* », G. MARTI, *Le pouvoir constituant européen*, *op. cit.*, p. 611 et s.

¹⁸² G. MARTI, « Quelle légitimité pour la norme supranationale européenne ? », *Politeia*, 2014, n° 25, p. 144. Dans le même sens, Olivier BEAUD considère que « *le changement de statut que constitue ce passage de l'État [...] à l'État membre de l'Union européenne [...] requiert un acte solennel, un acte fondamental au sens plein du terme, et non pas n'importe quelle révision constitutionnelle dont le peuple pourrait être exclu au bon gré des gouvernants* » (« La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le traité de Maastricht », *op. cit.*, p. 1063).

¹⁸³ P. GAÏA, *op. cit.*, p. 212.

¹⁸⁴ En effet, si Félicien LEMAIRE peut affirmer que c'est la « *souveraineté résidant essentiellement dans le pouvoir constituant originaire du peuple qui limite les compétences de l'Union européenne* », il est tout aussi possible de renverser le raisonnement et de voir dans la souveraineté du peuple constituant l'horizon – potentiellement illimité – des compétences de l'Union (« Souveraineté et compétence normative », *Politeia*, 2014, n° 25, p. 138).

¹⁸⁵ La même observation vaut pour l'assimilation de la démocratie et des États puisque, comme le démontre Gaëlle MARTI « *le cadre étatique n'est pas le réceptacle exclusif de la démocratie* » (G. MARTI, « Quelle légitimité pour la norme supranationale européenne ? », *op. cit.*, p. 150). Voir dans le même sens, B. MATHIEU, « Réflexions sur le rôle de l'État en tant qu'élément du pouvoir constituant de l'Union européenne », *Annuaire de droit européen*, 2004, Vol. II, p. 107.

entre société et Constitution »¹⁸⁶. Ainsi, que l'on se donne les moyens de penser une société européenne pluraliste, et une Constitution pluraliste pourra se faire jour.

Finalement, l'on doit en convenir : c'est moins l'impossibilité conceptuelle d'une République européenne que l'aporie d'une théorie constitutionnelle de la souveraineté, et un hiatus entre une conceptualisation et une pratique du pouvoir constituant, que révèle la réflexion suscitée par la jurisprudence constitutionnelle relative à l'intégration européenne¹⁸⁷. Dans cette perspective, il est possible de croire que cette *Europe républicaine et fédérative* ne pourra voir le jour qu'à la condition, également, que la France se convertisse elle-même à l'idée fédérale tant les dimensions interne et externe du fédéralisme semblent indissociables¹⁸⁸. Si l'on se rappelle que c'est le principe même de l'unité de la Nation qui serait au cœur d'une telle transformation¹⁸⁹, on mesure alors à quel point, encore dépendante des cadres intellectuels révolutionnaires, l'analyse constitutionnelle en France est loin d'abonder dans le sens de la construction d'une République européenne et fédérale. Au-delà des conditions de sa réalisation, l'hypothèse d'une République européenne nous questionne donc en retour sur notre identité constitutionnelle et nous invite ainsi à repenser notre « vivre ensemble » sur un nouveau mode¹⁹⁰.

¹⁸⁶ D. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 99. Dans le même sens, voir : J.-L. QUERMONNE, *op. cit.*, p. 159 ; et G. SCALLE, « Le Droit constitutionnel international », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 514.

¹⁸⁷ Cette réflexion juridique éclaire ainsi les réticences politiques qui s'opposent à la fondation d'une telle République européenne. Comme le souligne Gaëlle MARTI, « [l]a raison principale de cette incomplétude de la légitimité constitutive de l'Union réside dans la crainte que la prise en compte de la dimension démocratique au niveau du fondement de l'ordre juridique de l'Union européenne n'entraîne sa dérive étatique et la disparition corrélative des États sur lesquels elle est fondée ». Si cette évolution n'est pas une conséquence logique ou nécessaire du développement de l'intégration européenne, cette crainte semble bien constituer un élément structurel du discours politique (« Quelle légitimité pour la norme supranationale européenne ? », *op. cit.*, p. 149).

¹⁸⁸ Voir en ce sens, O. BEAUD, « Fédéralisme et Fédération en France. Histoire d'un concept impossible ? », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, 1999, n° 3, p. 7-82, spé. p. 10.

¹⁸⁹ Olivier BEAUD observe à cet égard que la 7^e édition du *Dictionnaire de l'Académie française* (1879) décrit le fédéralisme de manière particulièrement péjorative : « Pendant la Révolution, s'est dit du projet attribué aux Girondins de rompre en France l'unité nationale ».

¹⁹⁰ Si Michel TROPER prend le contre-pied de notre réflexion pour s'attacher à démontrer que le concept de souveraineté de l'État reste pertinent, il aboutit à un constat identique : « le débat sur la démocratie provoqué par l'Union européenne [...] devrait porter non sur la démocratie dans l'Union, mais dans les États membres » (« L'Europe politique et le concept de souveraineté », *op. cit.*, p. 137).