

Congrès AFSP Aix 2015

**ST 29 / Pour une théorie politique appliquée à l'intégration européenne.
État des lieux d'un champ de recherche en construction**

Hugo Canihac, Centre Emile Durkheim (Sciences Po Bordeaux) – Centre Marc Bloch (Berlin), hugocanihac@gmail.com

La théorisation politique en action

Eléments d'histoire du 'constitutionnalisme supranational' dans l'Union Européenne

Le processus de construction européenne a donné lieu à un intense travail de création conceptuelle. Il serait vain de faire la liste des néologismes qui ont été proposés pour définir le phénomène européen. Néanmoins, cette « inflation conceptuelle » est traversée et sous-tendue par l'idée que les concepts issus de la pensée politique traditionnelle ne sont plus adaptés, qu'il faut adopter des concepts « nouveaux » pour saisir l'objet européen. La pensée constitutionnelle de l'Europe en constitue un cas d'école. Des projets de Constitution européenne ont été formulés avec régularité depuis le XVIII^e siècle¹, et se sont multipliés au XX^e siècle. Le débat autour du Traité Constitutionnel en 2004-2005 n'est que l'étape la plus récente des efforts pour actualiser politiquement cette idée de Constitution européenne. Mais, dans une large partie de ce constitutionnalisme européen s'est implantée l'idée que le statut constitutionnel de l'Europe est, et ne devrait être conçu que comme *sui generis*², en rupture avec les modèles constitutionnels connus. Cela a donné lieu depuis les débuts des années 1990 à un ensemble hétérogène de théories – pluralisme constitutionnel³, constitutionnalisme composé⁴, multi-niveaux⁵, etc. – qui s'attachent à penser un constitutionnalisme « au-delà de l'Etat ». Comme on le verra, malgré leur diversité, ces théories ont en commun de remettre en question quelques uns des concepts fondamentaux du politique – en particulier l'idée d'unité, de hiérarchie et de permanence du pouvoir souverain. On propose ici de regrouper sous le terme de « constitutionnalisme supranational »⁶ ces théories, non pour en exagérer l'unité, mais pour souligner qu'elles s'organisent autour de l'idée que l'Europe est une entité politique singulière (« supranationale ») qui justifie une redéfinition de catégories politiques anciennes. L'objectif de cette recherche est de s'interroger sur les conditions d'apparition de ce discours de la nouveauté constitutionnelle. Il s'agit de se demander comment émerge l'idée qu'une

¹ Les projets de Kant, Saint-Simon, l'Abbé de St-Pierre et les commentaires de Rousseau n'en sont que quelques exemples.

² Richard BELLAMY and Dario CASTIGLIONE, "Building the Union: The Nature of Sovereignty in the Political Architecture of Europe," *Law and Philosophy* 16, no. 4 : 441.

³ Neil MACCORMICK, "Sovereignty beyond the State," *The Modern Law Review* 56, no. 1 (1993); Klemen JAKLIC, *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford University Press (Oxford, 2013).

⁴ Ingolf PERNICE and Franz C. MAYER, "De La Constitution Composée de l'Europe," *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 4 (2000).

⁵ Armin VON BOGDANDY, "The European Union As A Supranational Federation," *Columbia Journal of European Law* 6 (2000); PERNICE and MAYER, "De La Constitution Composée de l'Europe."

⁶ Gavin W. ANDERSON, "Beyond Constitutionalism beyond the State," *Journal of Law and Society* 39, no. 3 (2012): 363-363. On peut considérer que les travaux de J.H.H. Weiler à partir du milieu des années 1980 en ont ouvert la voie, quoique sa démarche soit un peu différente. Il commence surtout avec N. McCormick et I. Pernice, puis N. Walker, A. von Bogdandy ou M. Maduro. Bien qu'il soit lié à ces débats, nous laisserons de côté la position « post-nationale » de J. Habermas, qui renvoie à une autre généalogie et se présente comme moins radicale dans sa critique des concepts politiques traditionnels.

Constitution européenne devrait être conçue en rupture avec les concepts politiques modernes ; comment cette idée conduit à redéfinir quelques uns des concepts politiques les plus habituels ; comment cela participe d'un effort plus général pour faire sens de l'objet européen. On voudrait ce faisant contribuer à *historiciser* ce discours de la nouveauté constitutionnelle, d'une part, en le comprenant comme un processus de formation progressive d'un vocabulaire propre; on voudrait, d'autre part, contribuer à *contextualiser* ce discours théorique, en le comprenant comme un processus social imbriqué dans son contexte d'émergence et non comme un processus linéaire de formation conceptuelle⁷. En d'autres termes, l'enjeu est de souligner à la fois la continuité dans cette pensée de la nouveauté, sans pour autant masquer les glissements conceptuels et les redéfinitions qui se produisent au cours du processus : la continuité du discours constitutionnel ne doit pas être comprise comme une homogénéité.

Théorie et politique en contexte

Pour aborder cette question, il importe d'abord de préciser ce qu'on entend par « théorie politique ». L'approche suivie ici repose sur l'idée que les théories politiques, et tout particulièrement constitutionnelles⁸, doivent se comprendre comme encadrées dans leur contexte de production. Elles reflètent, d'un côté, la façon dont une société politique se conçoit à un moment historique donné, et en ce sens "*the history of political theory [is] nothing other than the history of change in the self-conceptualization of political societies*"⁹. L'invention de théories politiques se comprend alors certes comme des réponses à des « contradictions » théoriques¹⁰, mais aussi comme des réponses au contexte politique et social dans lequel elles sont produites¹¹. Les théories constitutionnelles jouent dans cette perspective le rôle de « sociodécies »¹², porteuses d'un sens global pour la société. Elles participent à former la compréhension et la légitimation d'un ordre politique¹³. Toutefois, ces théories ne sont pas non plus un pur reflet de ce monde. Elles ont aussi une dimension « constitutive »¹⁴ des représentations politiques, au sens où, en proposant un vocabulaire et un système conceptuel plus ou moins organisé, elles représentent des outils et des « contraintes » dans les conceptions et les débats politiques¹⁵. Pour paraphraser A. Giddens, la définition d'une théorie constitutionnelle peut alors se comprendre comme le résultat d'un « va-et-vient entre l'univers de la vie sociale et le savoir [politique] » au cours duquel « le savoir [politique] se modèle et remodèle l'univers social »¹⁶ - c'est-à-dire comme un processus de « double herméneutique », entendue comme « double procès de traduction ou d'interprétation » des concepts qui aboutit à un brouillage des frontières entre discours proprement politiques et discours proprement théoriques. Les théories « politiques » le sont alors non seulement par leur objet, mais aussi par leurs enjeux et leurs usages¹⁷.

⁷ Kenneth DYSON, *The State Tradition in Western Europe*, ECPR Press, 2009, 82.

⁸ Terence BALL and John G. A. POCOCK, *Conceptual Change and the Constitution*, University Press of Kansas, 1988; Guillaume SACRISTE, *La République Des Constitutionnalistes*, Presses de Sciences Po (Paris, 2011), 14.

⁹ John G. A. POCOCK, *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, Cambridge University Press (Cambridge, 1987), 1; James FARR, "Conceptual Change and Constitutional Innovation," cité in *Conceptual Change and the Constitution*, Kansas University Press, 1988.

¹⁰ FARR, "Conceptual Change and Constitutional Innovation," 23.

¹¹ Quentin SKINNER, *The Foundations of Modern Political Thought*, Cambridge University Press, 1978: xi.

¹² SACRISTE, *La République Des Constitutionnalistes*, 14.

¹³ Peter BERGER and Thomas LUCKMANN, *La Construction Sociale de La Réalité*, Armand Colin (Paris, 2008), 129.

¹⁴ FARR, "Conceptual Change and Constitutional Innovation," 16.

¹⁵ SKINNER, *The Foundations of Modern Political Thought*, p. xii.

¹⁶ Anthony GIDDENS, *Les Conséquences de La Modernité*, L'Harmattan (Paris, 1994), 24–25.

¹⁷ Voir par exemple Michael FREEDEN, "What Should the 'political' in Political Theory Explore?," *Journal of Political Philosophy* 13, no. 2 (2005).

Une telle définition a une implication méthodologique importante : si une théorie constitutionnelle n'est ni construite ni reçue dans un vide social et politique, elle s'éclaire alors bien mieux si on la considère non pas comme un discours *a priori* abstrait, anhistorique et cohérent, mais comme le résultat d'un processus de négociation et de redéfinition permanent, produit à mi-chemin des affrontements théoriques et des enjeux politiques. En d'autres termes, cela demande de déplacer notre attention des *théories* comme objets finis et complets vers les processus de *théorisations*, c'est-à-dire vers les scènes et les discussions où enjeux, acteurs et concepts théoriques et politiques se croisent¹⁸. C'est pour cette raison qu'il sera ici finalement bien peu question de « théorie politique » au sens habituel. Comme nous le verrons, c'est avant tout le droit communautaire qui s'est saisi des problèmes de théorie constitutionnelle européenne. Or il s'agit largement d'un savoir pratique, directement en prise avec les enjeux politiques, que le haut niveau d'abstraction atteint par les théories constitutionnelles tend à masquer. Nous voudrions donc nous attacher à cette pensée constitutionnelle directement issue de la réflexion juridique, et montrer le travail conceptuel qui s'effectue bien souvent à côté de la théorie politique, et qui contribue pourtant à l'alimenter en concepts et représentations.

Cette présentation n'a à l'évidence pas l'ambition de proposer une histoire systématique du constitutionnalisme européen. Il s'agit plutôt de proposer une enquête socio-historique qui se concentre sur les conditions d'émergence et d'articulation théorique du discours de la nouveauté constitutionnelle et de tracer quelques pistes de recherche en vue de comprendre la construction du sens et des catégories de l'Europe – et la grande diversité que la permanence du discours constitutionnel ne saurait masquer. Nous rappellerons d'abord comment l'idée de « Constitution supranationale » a émergé comme un problème politique. Puis nous examinerons les conditions du développement théorique du « constitutionnalisme supranational », à travers la production précoce d'une théorie constitutionnelle de l'Europe. Enfin, ce nouveau constitutionnalisme pourra apparaître comme une réaction aux problèmes politiques et théoriques posés par ces premières compréhensions juridiques de l'Europe.

Une Constitution sans constitutionnalisme : genèse politique de l'idée de Constitution supranationale

L'idée de Constitution européenne apparaît en lien avec un ensemble très riche de thèses fédéralistes, qui forment autant de modèles constitutionnels disponibles. Mais c'est très rapidement sous la forme d'un problème théorique que le projet politique d'une Constitution supranationale fait son entrée dans les débats européens. Ce n'est alors pas seulement l'union politique de l'Europe, c'est aussi sa forme constitutionnelle indéfinie qui constituera la nouveauté.

Une nouvelle géographie politique : la Constitution fédérale

Dans la première moitié du XX^e siècle, la pensée constitutionnelle de l'Europe est portée par les discours fédéralistes. Le diagnostic qui est établi est largement celui de l'épuisement de l'échelle nationale du politique : la situation internationale menace de placer l'Europe divisée sous la domination de l'URSS – ou des Etats-Unis ; les barrières économiques gênent l'internationalisation de l'économie ; le degré d'interdépendance économique et politique, notamment dans le contexte de la reconstruction, fait douter que les Etats isolés soient en

¹⁸ C'est l'une des manières d'interpréter la proposition d'étudier la théorie politique comme une "idéologie", suggérée par SKINNER, *The Foundations of Modern Political Thought*; FREEDEN, "What Should the 'political' in Political Theory Explore?."

mesure de garantir le bien-être de leur citoyens¹⁹ ; plus profondément, l'Europe est « malade de ses nations », dont la souveraineté exacerbée a conduit aux guerres et aux catastrophes du XX^e siècle. Dans cette situation, le fédéralisme fournit un modèle de solution et un grand nombre de propositions de Constitutions fédérales sont faites entre 1945 et 1954²⁰. Le constitutionnalisme européen tel qu'il (ré)apparaît à cette période sous les auspices fédéralistes renvoie largement aux modèles fédéraux préexistants, au premier rang desquels le modèle américain²¹, mais aussi, dans une certaine mesure, au modèle suisse²². La Constitution est pensée comme le résultat d'un moment constituant²³ instituant un nouvel être politique doté de droits souverains – à quelques importantes exceptions près, comme C. Friedrich ou G. Scelle, qui rejettent le lien fédération-souveraineté et sont investis dans les débats politiques²⁴. Comme le souligne W. Lipgens dans son étude des nombreux projets des années 1945-1954, tous partagent également au lendemain de la guerre l'impératif de protection des droits fondamentaux et de la démocratie²⁵, et intègrent un Parlement élu au suffrage universel²⁶. Ils partagent également le principe de séparation nette des pouvoirs entre niveau fédéral et niveau fédéré²⁷: il s'agit de décider un « transfert » de souveraineté des Etats²⁸, voire la création d'une souveraineté à une échelle nouvelle²⁹. C'est donc surtout un changement de géographie politique qui est visé.

Une pensée constitutionnelle « à vif ».

Cette idée de Constitution européenne entre sur l'agenda politique dès les lendemains du plan Schuman, présenté comme « les premières assises concrètes d'une fédération européenne »³⁰. Peu après, l'insertion (sous l'impulsion d'A. Spinelli et de l'Union Européenne des Fédéralistes (UEF)) de l'article 38 au sein du traité de Communauté Européenne de Défense (CED), prévoyant que l'Assemblée étudiera une structure « fédérale ou confédérale », rend envisageable la réalisation politique de l'idée de constitution fédérale. Cette étude est confiée à une Assemblée *ad hoc* au sein de laquelle est rapidement constituée une « Commission constitutionnelle ». Dans le cadre de ces travaux se produit alors une intense réflexion sur ce que pourrait être une Constitution européenne³¹. Le travail politique n'y est guère séparé du travail théorique : les négociations mobilisent un dense réseau d'acteurs, qui, en plus de leur rôle politique, sont bien souvent des juristes ou des politistes de profession³². Une partie des membres de la nébuleuse impliquée dans la promotion de la Communauté Politique Européenne (CPE) est en effet directement issue des mondes académiques et circule d'une

¹⁹ Voir la proposition de l'UEF du 30/08/1947, qui commence par affirmer ce constat.

²⁰ Voir Walter LIPGENS, *45 Jahre Ringen Um Die Europäische Verfassung*, Europa Union Verlag (Bonn, 1986).

²¹ Antonin COHEN, "Constitutionalism without Constitution: Transnational Elites between Political Mobilization and Legal Expertise in the Making of a Constitution for Europe (1940s–1960s)," *Law & Social Inquiry* 32, no. 1 (2007).

²² Altiero SPINELLI, "Séance Du 25/05," n.d., Comité d'Etudes pour la Constitution, Archives historiques de l'UE, Florence. Voir aussi les propositions faites au Congrès de La Haye en 1948.

²³ Voir notamment le projet de Lugano de l'UEF, in LIPGENS, *45 Jahre Ringen Um Die Europäische Verfassung*, 300.

²⁴ Carl J. FRIEDRICH, *Pouvoir et Fédéralisme*, Garnier (Paris, 2012); Olivier BEAUD, "Fédéralisme et Souveraineté : Notes Pour Une Théorie Constitutionnelle de La Fédération," *Revue Du Droit Public* 114, no. 1 (1998).

²⁵ LIPGENS, *45 Jahre Ringen Um Die Europäische Verfassung*, 203.

²⁶ *Ibid.*, 205. A l'exception toutefois du projet de M. Debré.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Par exemple : Union Européenne des Fédéralistes, "Motion Adoptée Par Le Congrès National de l'Union Française Des Fédéralistes (Paris, 12 Au 13 Juin 1948)," accessed May 22, 2015, http://www.cvce.eu/obj/motion_adoptee_par_le_congres_national_de_l_union_francaise_des_federalistes_paris_12_au_13_juin_1948-fr-06243f25-8fd8-4be4-b799-1e357c422d8a.html.

²⁹ Par exemple "A Quand La « Souveraineté Européenne » ?," *Le Phare Dimanche*, July 8, 1949.

³⁰ Robert SCHUMAN, "Déclaration de Robert Schuman," September 5, 1950.

³¹ Pour tout ceci, on peut consulter Bertrand VAYSSIERE, *Vers Une Europe Fédérale?: Les Espoirs et Les Actions Fédéralistes Au Sortir de La Seconde Guerre Mondiale*, Peter Lang (Bruxelles, 2007).

³² COHEN, "Constitutionalism without Constitution: Transnational Elites between Political Mobilization and Legal Expertise in the Making of a Constitution for Europe (1940s–1960s)."

scène de débat à l'autre. Ainsi, la Commission Constitutionnelle de l'Assemblée *ad hoc*, présidée par le juriste H. Von Brentano, compte parmi ses membres les juristes P.H. Teitgen, F. Dehousse, qui sont également membres du *Comité d'Etudes pour la Constitution Européenne* - le « Comité des juristes », présidé par P.H. Spaak et dont F. Dehousse est secrétaire, qui produit un premier projet de texte, transmis à l'Assemblée *ad hoc*³³. Ce Comité, où figure aussi Spinelli, avait invité le juriste Georges Scelle³⁴ à prendre part à ses travaux, et s'était adjoint les services d'une équipe d'une trentaine de professeurs de Harvard³⁵, sous la direction de C. Friedrich (futur président de l'IPSA, théoricien du fédéralisme et auteur du classique *Constitutional Government* en 1937) et Robert Bowie, conseiller de John McCloy pour la zone américaine en Allemagne.

Les négociations se jouent alors non seulement en termes politiques, mais, bien souvent en termes très théoriques – les acteurs de ces Comités étant par exemple attentifs aux « controverses de doctrine et de jurisprudence »³⁶ que leurs choix pourront soulever. De plus, ces savants impliqués assurent eux-mêmes, rapidement, les commentaires des textes qu'ils ont contribué à négocier. L'activité du *Comité d'Action pour la Communauté supranationale européenne* en fournit un bon exemple. Issu du Mouvement Européen, toujours présidé par P. H. Spaak³⁷, le Comité prend la suite du *Comité pour une Assemblée Constituante Européenne*. Il se donne pour but de diffuser les travaux du Comité constitutionnel chargé de rédiger le projet de Constitution, et publie les *Cahiers Européens*, périodique qui commente et promeut le projet à destination de divers groupes susceptibles de le soutenir - dont les « professeurs de droit constitutionnel »³⁸. La théorisation de l'objet constitutionnel en train de se forger se produit donc dans le mouvement même de sa négociation. Elle est encadrée dans les enjeux politiques, bien plus qu'elle ne les surplombe.

De la Constitution fédérale à la Constitution supranationale : possibles politiques et pensables théoriques

Une partie de ces acteurs est directement issue du mouvement fédéraliste : Henri Frenay, membre du Comité d'Action et président de l'UEF de 1946 à 1954, Spinelli, membre fondateur de l'UEF, F. Dehousse qui a travaillé sur le projet constitutionnel de Lugano avec G. Scelle et Spinelli³⁹ notamment. Toutefois, les concepts fédéraux sont progressivement relativisés dans les discussions. Comme le souligne Spinelli lui-même, l'idée fédérale a une histoire longue et diverse dans les différents Etats appelés à former la CPE⁴⁰, si bien qu'elle y est comprise différemment. Les traditions politiques des Etats membres, la dominance du modèle unitaire, les réticences internationales⁴¹, en font un concept polémique et peu efficace politiquement. Dès lors, « la Communauté politique constituera une association d'Etats d'un

³³ Ibid.

³⁴ «Commission Des Juristes,» n.d., FD-89, Archives historiques de l'UE, Florence.

³⁵ VAYSSIERE, *Vers Une Europe Fédérale?: Les Espoirs et Les Actions Fédéralistes Au Sortir de La Seconde Guerre Mondiale*, 312.

³⁶ «Réunion Du Groupe de Travail de La Commission Constitutionnelle de l'Assemblée Ad Hoc,» February 11, 1953, AH67, Archives historiques de l'UE, Florence.

³⁷ Il comprend notamment en 1952 Jean Drapier (UEF), Edmond Giscard d'Estaing (L.E.C.E), Altiero Spinelli, René Lhuillier.

³⁸ «Réunion Du Comité D'action Tenue À Paris. 27/02/1953,» n.d., ME-696, Archives historiques de l'UE, Florence.

³⁹ Bertrand VAYSSIERE, «Du Plan Schuman À La Communauté Politique Européenne : Quand l'Europe S'annonçait Fédéraliste (1950-1954). L'histoire D'un Malentendu,» in *Racines et Développements de La Gouvernance Européenne. L'apport Du Traité de Rome Instituant La Communauté Économique Européenne*, Peter Lang (Luxembourg, 2007), <https://halshs.archives-ouvertes.fr/hal-00749104/document>.

⁴⁰ «Comité d'Etudes Pour La Constitution Européenne, Séance Du 24/05/52,» n.d., FD-87, Archives historiques de l'UE, Florence.

⁴¹ Sur le rôle de l'URSS et des Etats-Unis dans l'opposition à une fédération européenne : LIPGENS, *45 Jahre Ringen Um Die Europäische Verfassung*, 24.

type nouveau »⁴². Lors de la présentation du projet de statut instituant la CPE à l'Assemblée *ad hoc* chargée de le ratifier, P.H. Spaak insiste sur le fait que « l'Europe que nous vous proposons n'est ni fédérale, ni confédérale. [...] Notre Assemblée a choisi une voie moyenne, celle réalisant une Communauté politique de caractère supranational »⁴³. La supranationalité est une « troisième voie », qui doit surtout répondre à des impératifs « pratiques » et non suivre une « doctrine » prédéfinie. Robert Schuman précise en 1953 que « le supranational se situe à égale distance entre, d'une part, l'individualisme international qui considère comme intangible la souveraineté nationale et n'accepte comme limitation de la souveraineté que des obligations contractuelles, occasionnelles et révocables ; d'autre part, le fédéralisme d'Etats qui se subordonnent à une super-Etat doté d'une souveraineté territoriale propre. L'institution supranationale [...] n'a pas les caractéristiques d'un Etat ; mais elle exerce et détient certains pouvoirs souverains. »⁴⁴.

Comment ces théoriciens-politiques articulent-ils alors dans cette pensée politique en action l'impératif de « nouveauté » - le mot d'ordre politique de la supranationalité⁴⁵ - et la théorie constitutionnelle ? Comme le souligne une note du *Comité d'Action* présentant en 1953 la position des différents gouvernements vis-à-vis du projet de Constitution européenne, l'idée s'impose progressivement qu'une « Fédération européenne », c'est-à-dire « une Autorité souveraine », « n'est pas pour le moment du domaine des possibilités » politiques, si bien que « s'unir ne peut être 'instituer par un Traité une souveraineté nouvelle' »⁴⁶. Dans ce contexte, il est difficile de s'entendre sur une définition positive de ce que pourrait être une Constitution qui ne soit ni liée à un Etat unitaire, ni à un Etat fédéral – une Constitution supranationale. Une note à l'attention de Jean Drapier, secrétaire général du *Comité d'Action pour la Communauté Supranationale Européenne* souligne en 1953 la nécessité d'« une prise de position théorique des membres du Comité sur les problèmes constitutionnels »⁴⁷ - pointant par là la difficulté d'articuler les contraintes politiques et les thèses constitutionnelles. Von Brentano comprend par exemple le texte proposé comme « une construction *sui generis*, car les systèmes du droit public classique ne sont pas applicables ici »⁴⁸. Dans son analyse du projet produit par la Commission Constitutionnelle, Spinelli, y découvre des « dispositions fausses » et des « dispositions défectueuses »⁴⁹. Le premier point « faux » est l'existence et les pouvoirs du Conseil des ministres nationaux, qui serait en fait le « grand patron » de l'exécutif : c'est une institution internationale à côté des institutions supranationales, qui ferait que « la Communauté et ses institutions supranationales ne seraient qu'un jouet relativement insignifiant dans le jeu diplomatique des ministres nationaux ». Il est « contradictoire » et ne devrait donc pas exister. Pour les universitaires qui y travaillent, la Constitution qui est produite, comme la construction politique dans son ensemble, « n'entre pas dans un cadre théorique conçu *a priori* »⁵⁰ - ni celui de l'Etat unitaire, ni celui de l'Etat fédéral. La réalisation de l'idée de Constitution européenne, forgée à même les débats politiques, apparaît

⁴² «Notes et Rapports Ronéotypés Émanant Du Comité d'Action, Vol. 1 Positions Des Etats Dans Les Négociations de La CPE,» 1953, ME-701, Archives historiques de l'UE, Florence.

⁴³ «Cahiers Européens, n°3, Avril 1953,» n.d., DOC/ME 27, Archives historiques de l'UE, Florence..

⁴⁴ Robert Schuman, Préface, in Paul REUTER, *La Communauté Européenne Du Charbon et de l'Acier*, LGDJ (Paris, 1953): 7.

⁴⁵ Julie BAILLEUX, *Penser l'Europe Par Le Droit : L'invention Du Droit Communautaire En France (1945-1990)*, Dalloz (Paris, 2014), 93.

⁴⁶ «Notes et Rapports Ronéotypés Émanant Du Comité d'Action, Vol. 1 Positions Des Etats Dans Les Négociations de La CPE.»

⁴⁷ «Aide-Mémoire, 30/01/1953, À L'attention de Jean Drapier,» n.d., ME-2183, Archives historiques de l'UE, Florence.

⁴⁸ EUJ

⁴⁹ «Notes et Rapports Ronéotypés Émanant Du Comité d'Action, Vol. 1: Rapport Sur Les Résolutions Prises Par La Commission Constitutionnelle de l'Assemblée Ad Hoc,» 1953, ME-701, Archives historiques de l'UE, Florence.

⁵⁰ PU-27 Mémoire de Pierre Uri du 05/08/1950 au sujet du Plan Schuman. Cette idée exprimée au sujet de la CECA reste valable pour la CPE.

dès lors comme une question posée à la théorie constitutionnelle, et aux catégories politiques en général.

Un constitutionnalisme sans Constitution : le fait supranational

Le rejet de la CED paraît reléguer les questions posées par ces premiers efforts pour penser l'organisation européenne en termes constitutionnels au rang des curiosités historiques: il est clair après 1954 que la perspective d'un « moment constituant » qui fonderait une fédération européenne n'est plus d'actualité. La crise de la « chaise vide », en 1965-1966, accentue encore cette fermeture des possibles constitutionnels. Néanmoins, loin de disparaître, le vocabulaire constitutionnel va, progressivement, être transféré et se solidifier au cœur de la pensée *juridique* communautaire. Ce deuxième « état » de la pensée constitutionnelle européenne se présente comme un processus de rationalisation, de mise en ordre de l'objet politique européen.

Du droit international au droit supranational : le récit⁵¹ de la constitutionnalisation.

Cette « seconde naissance » du constitutionnalisme européen est essentiellement juridique. Elle passe par la reconnaissance d'un changement ontologique⁵² du droit communautaire, sous l'effet des décisions de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) : d'un droit international, il est transfiguré en droit supranational, auquel est attribué une valeur constitutionnelle. C'est ce changement qui constitue la nouveauté fondatrice de ce constitutionnalisme.

Ce récit est bien connu, il se joue en trois actes : le premier en 1963 avec la célèbre décision *Van Gend Loos*, qui établit la doctrine de « l'effet direct » du droit communautaire ; le second en 1964, avec le non moins célèbre arrêt *Costa vs. ENEL* qui établit la « primauté » du droit communautaire sur le droit national, « attendu qu'à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions »⁵³ ; le troisième, se joue au début des années 1970, à la suite du défi posé au nom des droits fondamentaux à l'ordre juridique communautaire par la Cour constitutionnelle allemande⁵⁴, qui donne lieu à une série de décisions affirmant progressivement que la CJCE s'attacherait à protéger les droits fondamentaux dans la Communauté⁵⁵. Cet engagement achevait de poser les bases du constitutionnalisme dans ce second sens⁵⁶. Bien qu'issu d'un traité international, c'est désormais un droit autonome, supérieur au droit national ; il ne requiert pas l'accord des États membres pour être appliqué et s'adresse directement aux citoyens ; il prend en compte la garantie des droits fondamentaux. Le droit communautaire a une *valeur* constitutionnelle – sans pour autant former une Constitution au sens usuel du terme⁵⁷. La Cour formulera explicitement cette interprétation en 1986, en qualifiant les traités

⁵¹ On entendra ici le concept de récit dans un sens étroit, impliquant surtout une « histoire causale » justifiant une nouvelle proposition théorique. Claudio RADAELLI, « Logiques de Pouvoir et Récits Dans Les Politiques Publiques de l'Union Européenne, » *Revue Française de Science Politique* 50, no. 2 (2000).

⁵² Marlene WIND, « The European Union as a Polycentric Polity: Returning to a Neo-Medieval Europe? », in *European Constitutionalism beyond the State*, Cambridge University Press (Cambridge: WEILER J.H.H & WIND Marlene, 2003), 124.

⁵³ *Costa C/ENEL*, 6/64, 1964.

⁵⁴ Par le célèbre arrêt *Solange* (1974). Voir par exemple Bill DAVIES, *Resisting the European Court of Justice: West Germany's Confrontation with European Law 1949-1979*, Cambridge University Press (Cambridge, 2012), 79.

⁵⁵ *Internationale Handelsgesellschaft*, 11-70, 1970; *Nold*, 4-73, 1974.

⁵⁶ Voir le récit classique donné par J.H.H WEILER, « The Transformation of Europe, » *The Yale Law Journal* 100, no. 8 (1991).

⁵⁷ Stefano BARTOLINI, *Restructuring Europe: Centre Formation, System Building, and Political Structuring between the Nation State and the European Union*, Oxford University Press (Oxford, 2005), 161.

de « charte constitutionnelle de base »⁵⁸ : les Traités, d'abord pensés comme traités internationaux, sont transfigurés en texte constitutionnel de fait au cours de ce processus⁵⁹. Si le constitutionnalisme des années 1950 faisait, avant tout, appel à des arguments politiques et éthiques, le récit de la « constitutionnalisation » s'établit sur une raison bien différente. Il repose surtout sur la nécessité de la *cohérence* du droit et de l'*homogénéité* du marché. C'est d'abord la nécessaire cohérence dans l'application du droit qui est mise en avant par la Cour, puisque « les obligations contractées dans le traité instituant la Communauté ne seraient pas inconditionnelles mais seulement éventuelles, si elles pouvaient être mises en cause »⁶⁰ par des décisions ultérieures des Etats membres. Même la garantie des droits fondamentaux ne saurait être opposée aux Communautés sur une base nationale sans « porter atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit communautaire » et « mettre en cause la base juridique de la Communauté elle-même »⁶¹. Pour contrebalancer cela, la Cour fait directement appel aux « peuples » européens engagés par le traité dans ses arrêts majeurs⁶². D'autre part, ce serait contraire à « l'esprit » des Traités dont l'objet, d'abord économique, est de créer un marché commun où la concurrence sera « non faussée » : la construction du marché demande donc l'application uniforme du droit communautaire. Cet objectif est poursuivi par la Cour grâce à la promotion d'une technique d'interprétation « téléologique »⁶³ des textes, qui fait de la mise en cohérence un principe dynamique du droit communautaire. Ainsi, « la seule interprétation conforme au caractère 'supranational' de la Communauté est celle qui fait de la finalité économique-politique du Traité, et non de la souveraineté des Etats membres, son grand principe directeur »⁶⁴.

Les conditions de la croyance supranationale.

Le caractère « évident » de ce fait nouveau a été questionné ces dernières années par un ensemble de travaux qui ont montré le caractère construit et progressif de son acceptation⁶⁵. Cette « constitutionnalisation » n'avait en effet rien de naturel, et joue un rôle important de légitimation de la construction européenne. Elle débute dans un contexte de *crise politique*, qui connaît son paroxysme avec la « crise de la chaise vide » en 1965-1966. L'avenir même de la construction européenne paraît bien incertain à beaucoup⁶⁶, tant l'Europe est mise au « défi de l'Etat ». En France, le retour du général De Gaulle, le veto à l'adhésion britannique et la nouvelle Constitution, moins favorable à la construction européenne, ravivent le problème de la souveraineté. Le plan Fouchet rompt avec la « dynamique » de l'intégration par son caractère nettement intergouvernemental. La Commission, tout juste entrée en

⁵⁸ *Les Verts*, 294/83, 1986.

⁵⁹ Voir Antoine VAUCHEZ, *L'Union Par Le Droit : L'invention D'un Programme Institutionnel Pour l'Europe*, Presses de Sciences Po (Paris, 2013), 46.

⁶⁰ *Costa C/ENEL*.

⁶¹ *Internationale Handelsgesellschaft*.

⁶² Miguel Poiars MADURO, "How Constitutional Can the European Union Be? The Tension Between Intergovernmentalism and Constitutionalism in the European Union," *Jean Monnet Working Paper* 5/04 (2004): 7.

⁶³ Pierre PESCATORE, "Les Objectifs de La Communauté Européenne Comme Principes D'interprétation Dans La Jurisprudence de La Cour de Justice - Contribution À La Doctrine de L'interprétation Téléologique Des Traités Internationaux," in *Miscellanea*, vol. II (Bruxelles: J.W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, 1972); Jacques RUEFF, "La Cour et L'économie Politique," in *Zehn Jahre Rechtsprechung Des Gerichtshofs Der Europäischen Gemeinschaften*, Carl Heymanns Verlag (Köln, 1965).

⁶⁴ Intervention de L.J. Constantinesco in *Actes Officiels Du Congrès International D'études Sur La Communauté Européenne Du Charbon et de l'Acier, Milan-Stresa, 31 Mai – 09 Juin 1957*, Dot. A. Giuffrè, vol. Volume 2 : La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier et les Etats Membres (Milan, 1959), 213.

⁶⁵ VAUCHEZ, *L'Union Par Le Droit : L'invention D'un Programme Institutionnel Pour l'Europe*; Karen ALTER, *The European Court's Political Power. Selected Essays*, Oxford University Press (Oxford, 2009); DAVIES, *Resisting the European Court of Justice : West Germany's Confrontation with European Law 1949-1979*; BAILLEUX, *Penser l'Europe Par Le Droit : L'invention Du Droit Communautaire En France (1945-1990)*.

⁶⁶ Voir notamment Oriane CALLIGARO, *Negotiating Europe - EU Promotion of Europeanness since the 1950s*, Palgrave Macmillan, 2013, 19.

fonction, dispose d'une administration limitée pour faire face aux défis économiques et politiques. Par ailleurs, la critique technocratique, ravivée en Allemagne par le débat sur la protection des droits fondamentaux vis-à-vis de la Communauté⁶⁷ pose un problème de légitimité à la CEE. La définir comme relevant d'un droit spécifique et non international, lui confère une autorité certaine, non seulement symboliquement, mais aussi en cas de conflit avec une Cour nationale.

Ces questions ne sont ni étrangères ni indifférentes aux théories qui s'élaborent alors pour comprendre la CEE. Il s'établit une *continuité* forte entre les débuts des savoirs communautaires et la nébuleuse constitutionnelle impliquée lors des travaux sur la CPE. On en trouve un bon indice dans la création d'associations savantes dédiées, à commencer par les associations juridiques qui se multiplient en Europe au début des années 60. Julie Bailleux a bien montré le rôle central de P.H. Teitgen, politique « déclassé »⁶⁸, dans la création d'un droit communautaire en France. En Allemagne, le phénomène est encore plus marqué dans le sens d'un « reclassement » des professeurs dans les affaires européennes. H. von Brentano, qui devient ministre des Affaires Etrangères à partir de 1955, est entouré du « groupe de Francfort » (Hallstein, Ophüls, Schlochauer, Mosler, tous professeurs à Francfort dans les années 1950) qui participe activement à l'institutionnalisation du droit communautaire⁶⁹ en Allemagne. Mais cette porosité n'est pas exclusive d'une *formalisation progressive* du droit communautaire. En même temps que les cours sur l'objet européen se multiplient, les premiers juristes produisent en effet un travail d'analyse et de systématisation du droit communautaire, à travers les articles, manuels et commentaires qu'ils rédigent. Il s'agit pour eux d'autonomiser la discipline naissante vis-à-vis du droit traditionnel, et pour cela, de la fonder scientifiquement. Cette systématisation est parfois explicitement liée aux efforts politiques pour asseoir l'intégration, et il n'est pas rare que ses partisans soulignent la dimension extra-juridique de la tâche qui est la leur⁷⁰. Ainsi, F. Luchaire affirme en 1957 au Congrès de Stresa, qu'il y a une « tâche », une « mission » dévolue aux juristes dans la construction de l'Europe : « un droit nouveau se forme, nous allons concourir à sa formation »⁷¹. Cette « tâche » est activement encouragée (voire suscitée⁷²) par les institutions européennes. Elles s'appuient largement sur les contacts établis durant la période du débat constitutionnel. Le premier Secrétaire général de la Commission Européenne, E. Noël, ancien secrétaire de la Commission Constitutionnelle de l'Assemblée Ad Hoc et futur président de l'Institut Universitaire Européen joue en cela un rôle essentiel de soutien et de mise en relation des universitaires⁷³, de même que le service d'information qui se développe très tôt à Paris et à Bruxelles, et le service juridique, très actif dans la promotion du nouveau droit sous

⁶⁷ Hans-Heinrich RUPP, "Die Grundrechte Und Das Europäische Gemeinschaftsrecht," *Neue Juristische Wochenschrift* 23, no. 9 (1970); DAVIES, *Resisting the European Court of Justice: West Germany's Confrontation with European Law 1949-1979*, 79.

⁶⁸ Pour tout ceci voir BAILLEUX, *Penser l'Europe Par Le Droit: L'invention Du Droit Communautaire En France (1945-1990)*.

⁶⁹ P.H. Teitgen joue un rôle crucial dans la fondation de la CEDECE en France, principale association d'études européennes, notamment grâce à ses contacts avec E. Noël. Hallstein et Ophüls sont membres du conseil de la *Wissenschaftliche Gesellschaft für Europarecht* fondée en 1961. Par ailleurs, W. Hallstein, qui préside par la suite la *Wissenschaftliche Gesellschaft für Europarecht* est également rapidement impliqué dans les activités de l'*Arbeitskreis Europäische Integration*, la « société sœur » de la CEDECE créé officiellement en 1969. Un phénomène analogue se produit dans le domaine de la science politique avec la création du *Research Committee on European Unification* (RC03), amorcée dès le Congrès de l'IPSA à Bruxelles en 1967 puis institutionnalisé avec les premiers Comités de l'IPSA dès 1970 et présidé par C. Friedrich (président de l'IPSA de 1967 à 1970).

⁷⁰ Voir l'intervention de P. Wigny *Actes Officiels Du Congrès International D'études Sur La Communauté Européenne Du Charbon et de l'Acier, Milan-Stresa, 31 Mai – 09 Juin 1957*.

⁷¹ Ibid., Volume 2 : La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier et les Etats Membres:342.

⁷² Voir BAILLEUX, *Penser l'Europe Par Le Droit: L'invention Du Droit Communautaire En France (1945-1990)*; Morten RASMUSSEN, "Constructing and Deconstructing 'Constitutional' European Law: Some Reflections on How to Study the History of European Law," in *Europe. The New Legal Realism*, DJØF Publishing (Århus: Henning Koch, Karsten Hagel-Sørensen, Ulrich Haltern og Joseph Weiler, 2010).

⁷³ CALLIGARO, *Negotiating Europe - EU Promotion of Europeanness since the 1950s*, 22.

l'impulsion de son directeur, Michel Gaudet⁷⁴. Le but est de légitimer l'Europe par le biais du discours savant, qui en prouve le « sérieux » et, au-delà, l'existence même. François Fontaine exprime très clairement cet objectif de légitimation dans un discours prononcé en 1966 aux Etats-Unis : ‘*subjects adopted for teaching automatically take on a considerable degree of respectability. Inclusion in the teaching syllabus is sure proof that a subject exists, and, by being taught, it exists more surely still*’⁷⁵.

Enfin, les débats politiques à leur tour font appel aux théorisations juridiques pour expliquer et légitimer les décisions contestées de la Cour, et cadrer les problèmes. Au cours du débat sur la primauté du droit communautaire qui se tient au Parlement Européen en 1965, F. Dehousse, qui y siège depuis 1952, souligne par exemple que « la science juridique, et en particulier la doctrine, occupent [...] une place déterminante dans la mesure où elles contribuent à définir et à clarifier une situation politique »⁷⁶ et s’appuie pour ses analyses sur la jeune littérature du droit communautaire. Prenant sa suite, W. Hallstein, lui-même juriste, salue le caractère « scientifique » de son exposé et rappelle que le problème de la primauté étant essentiellement juridique, « il doit être tranché selon des critères juridiques, à l'aide d'une méthode juridique et seule une solution corroborée par cette méthode peut prétendre être la bonne »⁷⁷. Une division du travail assez imprécise s'établit : les décisions de la Cour sont « clarifiées », c'est-à-dire formalisées par les juristes. Ce travail théorique est, en retour, disponible pour appuyer les débats politiques, voire les décisions de la Cour. C'est alors à un véritable travail de légitimation par la raison juridique que s'apparente l'interprétation constitutionnelle.

Une théorie de la Constitution supranationale : éléments de généalogie du répertoire constitutionnel européen

La « révolution tranquille »⁷⁸ de la supranationalité juridique se présente comme un défi majeur posé aux catégories du droit. Elle implique de concevoir un droit qui possède des attributs traditionnellement associés au droit constitutionnel, sans être lié à un Etat - programme qui se heurte à une vive opposition que les revendications de la Cour ne suffisent pas à elles seules à faire taire⁷⁹. Les théorisations de ce nouveau droit, de cette « constitution » de fait, inséparable de la promotion de l'autonomie et de la primauté du droit communautaire, peut alors être comprise comme un effort de justification et de mise en cohérence théoriques. Elle se développe dans plusieurs directions bien distinctes qui peuvent s'appuyer sur un ensemble de problématisations de la notion de *souveraineté de l'Etat*. Ces théorisations sont très diverses, parfois contradictoires et on ne saurait qu'en esquisser une ici. Elles forment, avant les « grands récits »⁸⁰ de la constitutionnalisation, les premiers essais de donner un sens théorique à ce nouveau droit. Elles cherchent à établir sa possibilité et à en fonder la légitimité. Néanmoins, dans une large mesure, cette caractérisation procède par un déplacement du modèle de la souveraineté au niveau communautaire : c'est finalement la

⁷⁴ RASMUSSEN, “Constructing and Deconstructing ‘Constitutional’ European Law: Some Reflections on How to Study the History of European Law”; BAILLEUX, *Penser l'Europe Par Le Droit : L'invention Du Droit Communautaire En France (1945-1990)*.

⁷⁵ François FONTAINE, “Midwest Conference on West European and Atlantic Studies, January 14-15, 1966” (Wingspread, Racine, Wisconsin, 1966).

⁷⁶ “Parlement Européen, Débats Du 17 Juin 1965,” n.d.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ J.H.H WEILER, “A Quiet Revolution The European Court of Justice and Its Interlocutors,” *Comparative Political Studies* 26, no. 4 (1994).

⁷⁹ Julie BAILLEUX, “Comment l'Europe Vint Au Droit Le Premier Congrès International D'études de La CECA (Milan-Stresa 1957),” *Revue Française de Science Politique* 60, no. 2 (2010); *Actes Officiels Du Congrès International D'études Sur La Communauté Européenne Du Charbon et de l'Acier, Milan-Stresa, 31 Mai – 09 Juin 1957*; Francis ROSENSTIEL, *Le Principe de Supranationalité – Essai Sur Les Rapports de La Politique et Du Droit*, A. Pedone (Paris, 1962).

⁸⁰ RASMUSSEN, “Constructing and Deconstructing ‘Constitutional’ European Law: Some Reflections on How to Study the History of European Law,” 16.

souveraineté du droit communautaire qui est mise en forme dans cette pensée constitutionnelle.

Le débat allemand : Constitution et Europe, à l'origine d'une relation troublée

On s'attachera ici, faute de pouvoir examiner toutes les théorisations de cette période, au cas allemand. Outre que c'est en Allemagne que le « constitutionnalisme supranational » prendra en partie son essor, ce choix se justifie car les premiers efforts de théorisation du « phénomène du droit »⁸¹ communautaire, sont, de façon significative, largement le fait d'auteurs allemands. Ils disposent de modèles historiques (la Constitution de l'Empire, la Commission du Danube, le *Zollverein*⁸²) adaptables à l'Europe. Enfin, les débats juridiques allemands n'ont pas seulement une portée académique : selon R. Dahrendorf, 85% des hauts fonctionnaires allemands avaient en 1962 un diplôme de droit⁸³. Le droit y occupe donc une place toute particulière, avec en son centre la *Staatsrechtslehre* – la doctrine de l'Etat, dominée par l'idée hégélienne que l'Etat est la seule source du droit⁸⁴.

Les débats allemands sur la question européenne sont très rapidement formulés en termes constitutionnels, déjà vivement discutés lors de la rédaction de la Constitution fédérale en 1949. Dès le projet de CED, une controverse majeure occupe les politiques et juristes allemands autour de la constitutionnalité du Traité (le *Wehrkampf*) qui mobilise entre 1952 et 1954 le gouvernement, la Cour constitutionnelle et une trentaine d'experts juridiques - dont quelques uns des professeurs de droit les plus en vue. Les défenseurs du Traité avancent notamment l'argument des « droits naturels de l'Etat »⁸⁵, ou encore des droits « supra-constitutionnels » pour justifier le transfert à la CED de droits de souveraineté militaire, dont l'Etat allemand était alors privé. La reconnaissance du caractère « supranational » du droit communautaire se heurte en effet, comme en France, à la réticence de la majorité des juristes. Le congrès des *Staatsrechtslehrer* tenu en 1959 à Erlangen est exemplaire du rejet de l'idée supranationale⁸⁶, l'un des rapporteurs, Georg Eler, affirmant par exemple que les Communautés n'ont « pas d'existence politique propre » et que leur droit n'est applicable qu'une fois « transformé » en droit allemand⁸⁷. De plus, ne protégeant pas les droits fondamentaux, il ne peut qu'être soumis à la Constitution allemande. Le débat s'oriente rapidement vers cette question de la protection des droits fondamentaux, garantis de façon absolue et éternelle par la Constitution de 1949 : l'absence de catalogue explicite des droits dans les Traités soulève, dès avant les arrêts de la Cour Constitutionnelle, les plus vives critiques d'une partie des juristes⁸⁸. Contre ces positions, les premiers juristes « supranationalistes » développent pourtant des interprétations constitutionnelles du droit communautaire qui visent à lui donner non seulement un statut propre différent de celui des organisations internationales, mais aussi à affirmer sa primauté sur le droit allemand – y compris constitutionnel.

C'est W. Hallstein qui fournit sans doute l'articulation la plus claire d'une théorisation constitutionnelle de l'Europe. Sa pensée constitutionnelle, systématisée dès la fin des années

⁸¹ Walter HALLSTEIN, *Der Unvollendete Bundesstaat*, Econ (Düsseldorf, 1969), 33.

⁸² Pour l'importante comparaison avec le *Zollverein* en particulier, voir Hans-Jürgen SCHLOCHAUER, "Rechtsformen Der Europäischen Ordnung," *Archiv Des Völkerrechts* 5, no. 1/2 (1955); Hans-Jürgen SCHLOCHAUER, "Der Übernationale Charakter Der Europäischen Gemeinschaft Für Kohle Und Stahl," *Juristen Zeitung* 6, no. 10 (1951).

⁸³ DAVIES, *Resisting the European Court of Justice : West Germany's Confrontation with European Law 1949-1979*, 43.

⁸⁴ Michael STOLLEIS, *Öffentliches Recht in Deutschland*, C.H.Beck (München, 2014), 60–61; Ingolf PERNICE, *Fondements Du Droit Constitutionnel Européen*, 2002, 16, <http://www.whi-berlin.eu/documents/fondements.pdf>.

⁸⁵ *Der Kampf Um Den Wehrbeitrag*, Isar Verlag, vol. II (München: VON DER HEYDTE, 1953).

⁸⁶ DAVIES, *Resisting the European Court of Justice : West Germany's Confrontation with European Law 1949-1979*, 61.

⁸⁷ *Veröffentlichungen Der Vereinigung Der Deutschen Staatsrechtslehrer, Tagung Zu Erlangen Vom 7. Bis 9. Oktober 1959* (Berlin: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 1960), 19.

⁸⁸ *Ibid.*, 44.

1950, est fréquemment défendue publiquement par le juriste et Président de la Commission Européenne. Son parcours le place en effet à l'intersection exacte des préoccupations politiques et des enjeux théoriques, et, malgré sa nomination à la présidence de la Commission Européenne, il garde, tout au long de sa carrière politique, des contacts étroits avec le monde universitaire allemand et européen⁸⁹.

Après une thèse de droit privé sur le Traité de Versailles en 1925, *Walter Hallstein (1901-1982)* se spécialise en droit privé comparé, et est nommé à l'université de Francfort en 1941 où il dirige l'Institut de droit Comparé (mais aussi l'Institut de Droit Commercial). Mobilisé et fait prisonnier à Cherbourg en 1944, il organise durant sa captivité des cours et séminaires de droit anglais et américain. Pendant deux mois il participe à un programme de formation pour travailler en collaboration avec l'Autorité d'occupation américaine en Allemagne, qui le conduisent à être invité à l'université de Georgetown aux Etats-Unis en 1948-1949. Très investi dans la réorganisation de l'université allemande après-guerre (il est recteur de l'université de Francfort de 1946 à 1948), il est nommé secrétaire d'Etat aux Affaires Etrangères par Adenauer en 1951. A ce titre, il participe aux négociations européennes des années 1950, en particulier la conférence de Messine en 1955, avant d'être nommé président de la première Commission Européenne de 1958 à 1967. Il est de 1968 à 1972 président du Mouvement Européen International et député (CDU) au Bundestag de 1969 à 1972.

Au cours de cette double carrière, il développe de façon systématique l'idée d'une Constitution européenne. Sa perspective est fédéraliste⁹⁰. C'est donc le « problème fédéral » de la coexistence de plusieurs pouvoirs sur un même territoire qui se pose aux Communautés⁹¹. Mais les Communautés ne sont au début des années 1960 au mieux qu'à un stade « pré-fédéral »⁹² simplement « quelque chose d'analogue à un Etat (*etwas Staatsanaloges*) »⁹³. Dans une conférence donnée en juillet 1958 à Hambourg⁹⁴, le nouveau président de la Commission cherche alors à clarifier le problème « constitutionnel » posé par cette nouveauté. C'est sa définition positive de cette analogie qui est restée célèbre : la CEE est une « communauté de droit (*Rechtsgemeinschaft*) ». Elle est une création du droit, elle est créatrice de droit, elle est un ordre juridique autonome⁹⁵ – en somme, elle est « une réalisation de l'idée du droit »⁹⁶.

Une Communauté de droit

La définition comme communauté de droit (*Rechtsgemeinschaft*) répond d'abord à une conception libérale de l'Etat de droit (*Rechtsstaat*), qui met l'accent sur la protection constitutionnelle des droits et la limitation des pouvoirs⁹⁷. La CEE est un ordre de droit, qui ne peut agir que par le droit et qui est limitée par le droit⁹⁸. L'autonomie du droit communautaire

⁸⁹ Comme l'atteste sa correspondance. Voir aussi Ingrid PIELA, *Walter Hallstein – Jurist Und Gestaltender Europapolitiker Der Ersten Stunde*, BWV (Berlin, 2012).

⁹⁰ Son ouvrage majeur, pudiquement traduit par *L'Europe inachevée* en français, s'intitule dans sa première édition allemande *Der unvollendete Bundesstaat (L'Etat fédéral inachevé)*.

⁹¹ Walter HALLSTEIN, *Europäische Reden*, Deutsche Verlags-Anstalt (Stuttgart, 1979), 79.

⁹² HALLSTEIN, *Der Unvollendete Bundesstaat*, 33.

⁹³ HALLSTEIN, *Europäische Reden*, 72.

⁹⁴ „Europäische Integration als Verfassungsproblem“, Haus Rissen, Hamburg, 29/07/1958 in HALLSTEIN, *Europäische Reden*.

⁹⁵ HALLSTEIN, *Der Unvollendete Bundesstaat*, 33.

⁹⁶ Walter HALLSTEIN, „Die EWG – Eine Rechtsgemeinschaft“, Ehrenpromotion, Universität Padua, 12/03/1962,” in *Europäische Reden*, Deutsche Verlags-Anstalt (Stuttgart, 1979), 343.

⁹⁷ Jacques CHEVALLIER, *L'Etat de Droit*, Montchrestien (Paris, 2010), 16.

⁹⁸ Ingolf PERNICE, “Der Beitrag Walter Hallstein Zur Zukunft Europas,” *WHI Papers* 9/01 (2001): 3, <http://www.ecln.net/documents/whi-paper0901.pdf>.

n'est pas une simple indépendance à l'égard des Etats membres ; elle désigne aussi la faculté des Communautés à se soumettre à leur droit, à s'autolimiter juridiquement. Certes, cela ne vaut au départ pour la Communauté que dans le domaine économique⁹⁹. Mais le droit allemand dispose d'un concept qui permet de traduire les questions économiques en problèmes constitutionnels – au prix de quelques ambiguïtés: celui de « constitution économique »¹⁰⁰. Ce concept, issu de la période de troubles sociaux de la république de Weimar, a surtout été développé normativement par les ordolibéraux à partir des années 1930. La Constitution économique désigne un ensemble de règles adoptées par une « décision fondamentale »¹⁰¹ et garanties par un « Etat fort ». Ce vocabulaire évoque la pensée de Carl Schmitt, ce qui les a fait qualifier de « libéralisme autoritaire »¹⁰². Mais, chez les ordolibéraux, l'Etat n'est que le garant¹⁰³ de l'ordre, dont le moteur est le processus dépolitisé de la concurrence et dont le principe « constitutionnel » est l'égalité des chances des acteurs économiques. En particulier, le droit de la concurrence - fondamental dans la CEE - parce qu'il doit construire le libre jeu du marché, a une véritable « valeur constitutionnelle »¹⁰⁴. C'est en ce double sens que ces règles économiques peuvent être dites constitutionnelles¹⁰⁵ : elles définissent non seulement l'organisation des pouvoirs entre un centre (le pouvoir public) à contrôler, et une diversité d'acteurs privés, mais elles garantissent aussi à ces acteurs des « libertés économiques fondamentales »¹⁰⁶. Ces thèses sont activement promues par les proches des ordolibéraux impliqués dans les négociations européennes avec W. Hallstein, autour du ministre de l'économie et futur chancelier Ludwig Erhard, et le négociateur et futur commissaire à la concurrence, Hans von der Groeben (lui-même juriste). Elles sont reprises scientifiquement par certains commentateurs, comme E.J. Mestmäcker, auteur du premier manuel consacré au droit communautaire de la concurrence en 1964 et proche continuateur du courant ordolibéral.

Il existe un système de normes fondamentales de l'ordre économique européen. On peut parler « de 'constitution' pour les normes de base de ce système - non au sens de la constitution d'un Etat, car la Communauté n'est pas un Etat, mais au sens plus large où nous appliquons le terme 'constitution' dans le droit général d'association, par exemple aux associations, coopératives, sociétés par actions, etc. Il s'agit d'un système de normes. »¹⁰⁷. On retrouve la nécessaire cohérence du droit dans l'idée de système. Hallstein lui donne cependant une inflexion propre : l'Europe est un *organisme* constitutionnel¹⁰⁸. Les Etats et de la CEE forment une « harmonie »¹⁰⁹ dans laquelle les ordres juridiques sont entrelacés. Cette définition est marquée par le droit privé¹¹⁰, très prégnant dans la formation d'une partie des premiers juristes communautaires allemands¹¹¹. L'idée d'une « société de droit privé » a été

⁹⁹ HALLSTEIN, „Die EWG – Eine Rechtsgemeinschaft“, Ehrenpromotion, Universität Padua, 12/03/1962,” 343.

¹⁰⁰ HALLSTEIN, *Europäische Reden*, 346.

¹⁰¹ Walter EUCKEN, *Grundsätze Der Wirtschaftspolitik*, Mohr Siebeck, 2004, 373.

¹⁰² Expression de Hermann Heller. Voir Christian JOERGES, “La Constitution Économique Européenne En Processus et En Procès,” *Revue Internationale de Droit Économique* 3 (2006).

¹⁰³ Voir H.C. NIPPERDEY, “Die Grundprinzipien Des Wirtschaftsverfassungsrechts,” *Deutsche Rechts-Zeitschrift* 5, no. 9 (1950).

¹⁰⁴ Stefan GRUNDMANN, “The Concept of Private Law Society : After 50 Years of European and European Business Law,” *European Review of Private Law* 4 (2008): 560.

¹⁰⁵ GRUNDMANN, “The Concept of Private Law Society : After 50 Years of European and European Business Law.”

¹⁰⁶ Chantal MAK, “Europe-Building through Private Law. Lessons from Constitutional Theory,” *Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series* 2 (2012): 3.

¹⁰⁷ “Parlement Européen, Débats Du 17 Juin 1965,” 220

¹⁰⁸ Walter HALLSTEIN, *L'Europe Inachevée*, Robert Laffont (Paris, 1970), 19.

¹⁰⁹ HALLSTEIN, “Die EWG – Eine Rechtsgemeinschaft“, Ehrenpromotion, Universität Padua, 12/03/1962,” 347.

¹¹⁰ Thomas DUVE, “European Legal History – Concepts, Methods, Challenges,” in *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, A Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication, vol. 1, 2014, 41.

¹¹¹ Dont était issu W. Hallstein – et dont il proposait l'unification au niveau européen dès 1964 , mais aussi C.F. Ophüls ou Helmut Coing, proche de Hallstein et des premiers juristes communautaires, recteur de l'université de Francfort dans les années 1950 et à l'origine d'un vaste projet d'histoire du droit privé européen

développée par Franz Böhm, un des fondateurs de l'ordolibéralisme et collègue de W. Hallstein à Francfort. Il y concevait le droit privé comme un système de normes politiquement instituées mais « constitutives » de la société – et non de l'Etat – susceptibles d'un développement autonome¹¹². Le droit privé, traditionnellement plus réservé vis-à-vis de l'Etat, car d'origine pré-étatique¹¹³, renvoie tout particulièrement en Allemagne au droit romain transnational (le *Ius Commune*, en vigueur jusqu'au XIX^e siècle) et aux efforts de systématisation entrepris à partir de Savigny au XIX^e siècle. Le droit privé allemand, autour de Savigny, revendique une véritable indépendance vis-à-vis de l'Etat¹¹⁴ et se définit comme un droit « autonome » voire « auto-régulateur »¹¹⁵. Savigny défend ainsi l'idée d'un droit lié au « *Volksgeist* » plus qu'à l'Etat¹¹⁶, dont le juriste et le juge se font les interprètes savants exclusifs. Cette référence au droit privé pour définir la constitution « organique » de l'Europe s'inscrit donc dans une série de débats qui pensent le contournement de l'Etat et attribuent un rôle crucial aux juristes professionnels.

Etant définie comme un organisme, la Constitution peut apparaître comme un *processus* rationnel et non plus un être figé. Ainsi, pour W. Hallstein, les Communautés sont le résultat d'un processus historique de création d'un « règne du droit » dont les sources sont à chercher au plus profond de l'histoire européenne¹¹⁷. La CEE ne repose sur rien d'autre que sur le droit, qui a réussi à unir l'Europe là où « le sang et le fer » ont échoué¹¹⁸. Elle n'a pas de fondement dans une unité culturelle, ethnique ou sociale¹¹⁹ mais dans un processus rationnel qui se développe comme une « chaîne causale »¹²⁰. L'intégration est le fruit de la « logique des choses (*Sachlogik*) », cette « force anonyme qui n'agit cependant qu'à travers la volonté humaine »¹²¹. La Constitution apparaît alors comme un processus continu de développement impersonnel du droit qui conduit naturellement à l'unification de l'Europe. Finalement, la Communauté « n'est pas un être (*Sein*), elle est un devenir (*Werden*) permanent ». Cette temporalisation de la Communauté répond dans une certaine mesure aux conceptions de la science politique fonctionnaliste, familières à Hallstein¹²², qui prédisaient le développement régulier de l'intégration de secteur en secteur – démarche que Hallstein juge « logiquement nécessaire »¹²³. On peut surtout y voir l'écho de l'approche néo-hégélienne de R. Smend¹²⁴, dont Hallstein avait suivi les cours, et sa théorie de la « constitution comme intégration ». Smend, l'un des opposants majeurs de C. Schmitt, conçoit la Constitution comme un processus inscrit dans le temps, d'une part, et détaché de l'Etat d'autre part : « il n'existe d'Etat que dans la mesure établie par la Constitution »¹²⁵ - l'ordre classique de la pensée de

¹¹² Franz BÖHM, «Privatrechtsgesellschaft Und Marktwirtschaft,» *ORDO: Jahrbuch Für Die Ordnung von Wirtschaft Und Gesellschaft* 17 (1966).

¹¹³ Christian JOERGES, «Deliberative Supranationalism – A Defence,» *European Integration Online Papers (EIoP)* 5, no. 8 (2001); Hans-Peter HAFERKAMP, «The Science of Private Law and the State in Nineteenth Century Germany,» *The American Journal of Comparative Law* 56, no. 3 (2008). Le droit privé allemand a connu des débats importants au XIX^e sur le caractère étatique ou non de ce droit.

¹¹⁴ HAFERKAMP, «The Science of Private Law and the State in Nineteenth Century Germany.»

¹¹⁵ Yan THOMAS, «La Romanistique Allemande et l'État Depuis Les Pandectistes,» *Publications de l'École Française de Rome* 235 (1997): 113.

¹¹⁶ HAFERKAMP, «The Science of Private Law and the State in Nineteenth Century Germany,» 370.

¹¹⁷ HALLSTEIN, *L'Europe Inachevée*, 15.

¹¹⁸ HALLSTEIN, *Der Unvollendete Bundesstaat*, 33.

¹¹⁹ PERNICE, «Der Beitrag Walter Hallstein Zur Zukunft Europas,» 3.

¹²⁰ HALLSTEIN, *L'Europe Inachevée*, 77.

¹²¹ HALLSTEIN, *Der Unvollendete Bundesstaat*, 20.

¹²² Jonathan WHITE, «Theory Guiding Practice: The Neofunctionalists and the Hallstein EEC Commission,» *Journal of European Integration History* 9, no. 1 (2003).

¹²³ HALLSTEIN, *Europäische Reden*, 74.

¹²⁴ Stefan KORIOH, «Rudolf Smend,» in *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, University of California Press (Berkeley, 2000).

¹²⁵ Peter HÄBERLE, *L'Etat Constitutionnel*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille - Economica (Aix en Provence - Marseille, 2004), 20.

l'Etat est inversé : la Constitution ne découle pas de l'Etat, elle le précède. La Constitution a un rôle créateur.

Cette définition puise donc dans une tradition de débats et concepts développés antérieurement, dans une perspective de critique de l'absolu étatique. Elles soulignent les *fonctions* constitutionnelles du droit européen : le contrôle des pouvoirs, et les droits fondamentaux. Elles en cherchent un nouveau *fondement* : ce droit, issu de la Raison, du *Volksgeist* ou de l'observance des règles économiques est, dans une certaine mesure, autonome vis-à-vis de l'Etat. Il a pourtant bien une valeur légitimement « constitutive » de la communauté (*Gemeinschaft*)¹²⁶. Ce n'est plus tant l'expression d'un moment constituant que l'expression nécessaire d'un pouvoir impersonnel, « anonyme ». La Constitution est un être dynamique. L'Etat souverain n'est plus la présupposition absolue de la Constitution définie en ce sens, et l'on peut bien parler d'une Constitution de la CEE.

L'émergence d'un « nouveau paradigme »

La souveraineté du droit et la crise constitutionnelle

Cette définition ne fut naturellement pas la seule, ni la moins contestée. Mais elle a néanmoins eu une réception suffisante (la Cour utilisera le concept) pour avoir valeur d'exemple. Or, bien qu'elle détache les concepts de Constitution et d'Etat, la *Rechtsgemeinschaft* repose bien sur une conception hiérarchique du pouvoir normatif. C'est comme un *transfert au droit des attributs souverains* qu'est comprise la jurisprudence européenne¹²⁷ : Hallstein affirme sans ambiguïté que les Communautés réalisent la « majesté du droit »¹²⁸. L'indépendance du souverain est pensée comme autonomie (le pouvoir de ne pas être contraint de l'extérieur *et* de produire ses propres règles et de se les appliquer), la suprématie comme primauté normative, et l'unité est comme un processus d'unification. On trouve la même logique dans l'autre grande définition des Communautés produite par le droit allemand. Hans-Peter Ipsen les définit comme « groupement fonctionnel en vue d'une fin » (*funktioneller Zweckverband*). S'il s'écarte par ailleurs en tous points de la théorisation de Hallstein, ce fervent défenseur de la primauté du droit communautaire¹²⁹ emprunte sa définition de la supranationalité, « principe constitutionnel » de la CEE, au juriste français Guy Héraud (lui-même suivant Georges Scelle, mais c'est une autre généalogie) : c'est « l'ordre des souverainetés normativement *subordonnées* »¹³⁰. Enfin, si pour Ipsen les Communautés ne tendent pas vers une forme étatique, il fait du processus lui-même d'intégration un « principe constitutionnel »¹³¹ : l'autonomie, la primauté et l'intégration sont les principes constitutionnels du droit européen. Le droit communautaire trône au sommet de la hiérarchie des normes, y compris constitutionnelles.

L'intérêt de cette thèse se laisse aisément comprendre étant donné les enjeux pratiques, mis en avant dans l'argumentation de la Cour – l'application uniforme du droit, le respect de la CJCE par les juridictions nationales. Mais ces conceptions, fondées sur l'idée de primauté, d'autonomie et de dynamique constitutionnelle, se heurtent à un obstacle théorico-politique : la légitimité démocratique – ou plus exactement : la légitimité des Constitutions qu'elles entendent subordonner au droit communautaire. Ce problème se traduit par une véritable

¹²⁶ Terme dont H.P. Ipsen rattache l'origine directement à la célèbre distinction de F. Tönnies. Hans-Peter IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Mohr-Siebeck (Tübingen, 1972), 196.

¹²⁷ Voir Grainne DE BURCA, "Sovereignty and the Supremacy Doctrine of the European Court of Justice," in *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing (Oxford&Portland: WALKER Neil, 2006); JAKLIC, *Constitutional Pluralism in the EU*, 3.

¹²⁸ HALLSTEIN, *Der Unvollendete Bundesstaat*, 33.

¹²⁹ DAVIES, *Resisting the European Court of Justice : West Germany's Confrontation with European Law 1949-1979*, 78.

¹³⁰ IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 68.

¹³¹ Autrement dit, on ne tend pas vers l'union mais vers l'intégration. Ibid., 62sq.

« crise constitutionnelle »¹³², qui forme le contexte d'émergence des théories du « constitutionnalisme supranational » proprement dit. Les efforts pour « relancer » la construction européenne avec l'Acte Unique et le Traité de Maastricht se présentent comme un renforcement des pouvoirs communautaires¹³³. Mais on assiste parallèlement à la montée du discours du déficit démocratique, et à un retour du constitutionnalisme « fondateur », avec le projet Spinelli en 1984. Le Président français, V. Giscard d'Estaing critique au début des années 1980 les « actes illégaux » de la CJCE, et ravive les soupçons de « gouvernement des juges »¹³⁴. Les danois votent contre le Traité de Maastricht. L'effondrement de l'URSS rend la légitimité de l'UE un peu plus difficile à fonder en termes de sécurité, quand la globalisation économique brouille toujours plus les frontières nationales. La manifestation la plus visible de la crise constitutionnelle est sans doute « l'arrêt Maastricht » rendu par la Cour Constitutionnelle allemande en 1993, et ravive le problème de la souveraineté: tout en autorisant la ratification du Traité par l'Allemagne, la Cour de Karlsruhe critiquait à la fois les interprétations extensives réalisées par la Cour européenne, et affirmait la nécessaire garantie du « principe de démocratie » par l'UE¹³⁵. En d'autres termes, elle mettait en question le déséquilibre entre une « *souveraineté étatique supranationale*, qui n'est pas équilibrée par des mécanismes de *souveraineté populaire* » supranationale¹³⁶. Les juges constitutionnels, en grande partie représentants de la *Staatsrechtslehre* traditionnelle¹³⁷, définissent limitativement l'UE comme un « groupement d'Etats » (*Staatenverbund*) demeurant souverains. On peut voir dans cet arrêt, comme dans celui rendu par le Conseil Constitutionnel (qui en appelle à la souveraineté nationale, pour autant que celle-ci appartient au peuple¹³⁸), une mise en cause directe du principe de souveraineté du droit communautaire au nom de la souveraineté populaire¹³⁹. Pour le dire autrement, c'est le paradoxe d'une Constitution sans pouvoir constituant qui est soulevé.

Naissance du constitutionnalisme supranational.

C'est au croisement de ces problèmes pratiques (la relation des Cours constitutionnelles et de la CJUE) et des problèmes théoriques (le statut et la légitimité du droit communautaire) que se développe le « constitutionnalisme supranational ». Au sens large, il connaît deux émergences presque simultanées¹⁴⁰: d'une part, autour de l'article fondateur de Neil McCormick, philosophe du droit écossais, qui publie en 1993 « *Beyond the sovereign state* »¹⁴¹; d'autre part, en Allemagne, autour d'Ingolf Pernice, qui propose le concept de « *Verfassungsverbund* » (traduit en français par « constitution composée » et par « *multi-level constitutionalism* » en anglais) en 1995. Les limites précises du mouvement sont difficiles à définir, et I. Pernice est parfois considéré comme un « moniste », tenant d'une vision finalement assez traditionnelle du droit constitutionnel¹⁴². Toutefois, on va le voir, il joue un rôle décisif dans l'émergence d'une pensée constitutionnelle nouvelle en Allemagne.

¹³² MADURO, «How Constitutional Can the European Union Be? The Tension Between Intergovernmentalism and Constitutionalism in the European Union,» 17.

¹³³ Certes l'UE nouvellement fondée ne dispose pas de la personnalité juridique. Mais la CEE, elle, la conserve.

¹³⁴ Andrew MORAVCSIK, *The Choice for Europe - Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht*, Cornell University Press (New York, 1998), 333.

¹³⁵ BVerfGE 89, 155, 1993

¹³⁶ Jean-Marc FERRY, *La Question de l'Etat Européen*, Gallimard (Paris, 2000), 126.

¹³⁷ Notamment Paul Kirchhof ou E.W. Böckenförde.

¹³⁸ Décision n° 92-308 DC du 09 avril 1992

¹³⁹ Neil MACCORMICK, «The Maastricht-Urteil : Sovereignty Now,» *European Law Journal* 1, no. 3 (1995).

¹⁴⁰ Neil WALKER, «Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate,» *LSE "Europe in Question" Discussion Paper Series* 8 (2009), <http://www.lse.ac.uk/europeanInstitute/LEQS/LEQSPaper8Walker.pdf>.

¹⁴¹ MACCORMICK, «Sovereignty beyond the State.»

¹⁴² WALKER, «Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate.»

Le rôle du droit communautaire dans la construction de l'Europe fait à cette période l'objet d'une problématisation théorique croissante. C'est ainsi au même moment, sous l'impulsion de J. Weiler, que le récit de la constitutionnalisation se met en place sous sa forme canonique¹⁴³. Il se développe un courant théorique qui en fait son objet principal – « *Integration Through Law (ITL)* », issu d'un projet mené à Florence dans les années 1980 en vue de comprendre le rôle du droit dans la construction européenne. Cette nouvelle problématisation théorique s'accompagne d'une ouverture nette du débat constitutionnel : le projet ITL fait par exemple un appel croissant aux sciences sociales¹⁴⁴, tandis que des théoriciens du droit, des philosophes et des politistes entrent en scène au cours des années 1990 (J. McCormick, J. Habermas, A. Stone-Sweet). Il se produit enfin, à l'approche du débat constitutionnel, une véritable professionnalisation du « constitutionnaliste européen », avec la création d'instituts (le *Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht* créé par I. Pernice en 1997 à Berlin), la rédaction de manuels¹⁴⁵, de réseaux d'échange (le *European Constitutional Law Network*, créé à l'initiative d'I. Pernice en 2001) et de revues (le *European Constitutional Law Journal*, créée en 2005 ; le *European Law Journal*, créé en 1995 à l'IUE, et qui s'inscrit dans le courant « *law in context* » est également un forum important pour ces débats).

Le parcours d'*Ingolf Pernice* est évocateur de la genèse de ce constitutionnalisme en Allemagne. Après des études de droit et d'économie et une thèse sur la protection des droits fondamentaux dans la CEE, sous la direction de Peter Häberle – disciple de R. Smend - il travaille de 1980 à 1993 au service juridique et à la Direction Générale à la concurrence de la Commission Européenne. Au début des années 1990, il se tourne vers une carrière académique et obtient en 1993 un poste à Francfort, puis à Berlin où il s'attache à promouvoir le droit constitutionnel européen comme discipline académique, comme on l'a évoqué. Intellectuellement, il s'inscrit explicitement dans la filiation de W. Hallstein¹⁴⁶ tout en proposant une interprétation nouvelle de la *Rechtsgemeinschaft*.

La formalisation progressive des débats académiques ne les rend pas étrangers aux débats politiques. Au contraire, la mise à l'agenda des projets constitutionnels suscite une multitude d'échanges entre politiques et constitutionnalistes¹⁴⁷. En premier lieu, la frontière entre praticiens et théoriciens du droit européen est quelque peu confuse, dans la mesure où les magistrats constitutionnels eux-mêmes n'hésitent pas à s'impliquer dans les controverses savantes¹⁴⁸. Les savants sont aussi parfois directement actifs en politique : ainsi de Neil McCormick, membre du Parlement Européen de 1999 à 2004 et de la Convention pour l'avenir de l'Europe. Surtout, ils sont mis à contribution pour leur expertise constitutionnelle, notamment à travers l'IUE de Florence¹⁴⁹ et les nombreuses prises de positions publiques

¹⁴³ En particulier WEILER, "The Transformation of Europe"; MADURO, "How Constitutional Can the European Union Be? The Tension Between Intergovernmentalism and Constitutionalism in the European Union."

¹⁴⁴ Marlene WIND, *Sovereignty and European Integration : Toward a Post-Hobbesian Order* (Palgrave, 2001), 120.

¹⁴⁵ Armin VON BOGDANDY, *Europäisches Verfassungsrecht : Theoretische Und Dogmatische Grundzüge*, Springer (Berlin, 2003); Peter HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, Nomos Verlag (Baden-Baden, 1999).

¹⁴⁶ Voir PERNICE, "Der Beitrag Walter Hallstein Zur Zukunft Europas."

¹⁴⁷ Antonin COHEN, "Constitutionnalistes En Quête de Constitution : La Convention Dans Le Champ Du Pouvoir Européen," in *La Constitution Européenne : Élités, Mobilisations, Votes* (Bruxelles: Presses de l'ULB, 2007). J.H.H. Weiler participe notamment dès la fin des années 1980 à un « groupe des juristes » du Parlement Européen.

¹⁴⁸ Dieter Grimm, Udo Di Fabio ou Paul Kirchhof en Allemagne; Manfred Zuleeg, Miguel Maduro, G. Mancini à la CJUE, pour ne prendre que quelques exemples.

¹⁴⁹ Voir les rapports commandés par la Commission et le Parlement en 1999 et 2000 qui mobilisent un groupe d'universitaires liés à ces débats : Rapport Amato (1999) commandé par la Commission institutionnelle du PE (« Quelle charta constitutionnelle pour l'UE ? Stratégies et options pour renforcer le caractère constitutionnel des Traités ») avec S. Bartolini, R. Dehousse, B. De Witte, Ehlermann, Y. Mény, Schmitter, Von Bogdandy et J. Weiler. COHEN, "Constitutionnalistes En Quête de Constitution : La Convention Dans Le Champ Du Pouvoir Européen."

suscitées par le débat constitutionnel. Ici encore, il n'existe guère de frontière nette entre théorisations savantes et enjeux politiques.

Du fait à la norme : le réseau constitutionnel.

C'est en présentant une théorie nouvelle du pouvoir et de la relation des ordres juridiques que le constitutionnalisme supranational répond au problème ouvert par la « découverte » du fait constitutionnel. Ce « nouveau constitutionnalisme » commence par constater le fait constitutionnel. Ce n'est plus pour en établir l'existence mais pour en concevoir la légitimité. Le problème de départ est la conciliation de ce fait avec les faits constitutionnels nationaux, au moins aussi légitimes démocratiquement, comme l'avait souligné la Cour allemande¹⁵⁰. La solution théorique proposée à ce problème consiste en ce qu'on pourrait appeler une conception non « personnaliste » du pouvoir. McCormick en développe les implications pour la théorie de la souveraineté, tandis que le débat allemand se concentre davantage sur les questions constitutionnelles.

Pour McCormick, il faut rejeter les approches « fondationalistes » héritées de Bodin, Descartes et Hobbes, qui cherchent à fonder le pouvoir de façon absolue dans l'Etat¹⁵¹. Dans l'UE, la souveraineté, le « point indivisible » (Cardin Le Bret) de la pensée politique, « n'est pas un jeu à somme nulle »¹⁵² : un gain de souveraineté correspond habituellement à une perte pour quelqu'un d'autre. Mais ici, la souveraineté relève selon sa célèbre métaphore davantage de la virginité : elle peut être perdue pour la plus grande satisfaction des deux participants sans pour autant que personne ne la gagne¹⁵³. A des degrés divers, les théories qui émergent à cette période proposent en effet des théorisations qui font l'économie du concept d'*unité* et du concept de *hiérarchie* : il n'est pas besoin d'en référer à une source unique du pouvoir¹⁵⁴, pas plus qu'il n'est besoin de concevoir une « dernière instance » du pouvoir¹⁵⁵. Dès lors, c'est la multiplicité qui constitue la catégorie fondamentale¹⁵⁶. Pour Ingolf Pernice, on peut comprendre l'UE en termes de « constitution composée » (*Verfassungsverbund*), et non *Staatenverband* comme dans la définition de la Cour allemande¹⁵⁷) et même de « souveraineté composée »¹⁵⁸. « Le droit constitutionnel européen est un droit de diversité et non pas d'homogénéité »¹⁵⁹. Le modèle qui s'impose alors est celui de la « polyarchie » : il faut concevoir l'UE comme un groupement sans élément central¹⁶⁰, où plusieurs « centres » peuvent légitimement prétendre à l'autorité. Mais si la multiplicité, et non plus l'unité, sont mis au fondement du politique, reste à penser la coexistence des différents éléments. Pour filer la métaphore de McCormick, la virginité ne peut être perdue à la satisfaction commune

¹⁵⁰ Il est vrai que l'article de McCormick était écrit avant l'arrêt Maastricht. Cela ne signifie pas que le problème théorique n'avait pas été perçu auparavant, comme pourraient le montrer les nombreux débats allemands des années 1960.

¹⁵¹ MACCORMICK, "Sovereignty beyond the State," 15; Benjamin BARBER, *Démocratie Forte*, Desclée de Brouwer (Paris, 1997), 68.

¹⁵² MACCORMICK, "Sovereignty beyond the State," 16.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Ibid., 8. "To escape from the idea that all law must originate in a single power source, like a sovereign, is thus to discover the possibility of taking a broader, more diffuse, view of law".

¹⁵⁵ Miguel Poiars MADURO, "Three Claims of Constitutional Pluralism," n.d., 13, <http://www.wzb.eu/sites/default/files/veranstaltungen/the-promise-of-constitutional-pluralism/migueldmadurothreeclaimsofconstitutionalpluralismhu-collmay152012.pdf>; MACCORMICK, "Sovereignty beyond the State."

¹⁵⁶ PERNICE and MAYER, "De La Constitution Composée de l'Europe," 14.

¹⁵⁷ La nuance entre *Verbund* et *Verband* est difficile à traduire. Dans les termes de von Bogdandy, le *Verband* renvoie à la notion d'association, tandis que « *Verbund* expresses the significant premise that in such a system no unifying forces along the lines of the classical model of a federal state exist: no single element represents the whole. » VON BOGDANDY, "The European Union As A Supranational Federation," 29.

¹⁵⁸ PERNICE and MAYER, "De La Constitution Composée de l'Europe," 23.

¹⁵⁹ Ibid., 14.

¹⁶⁰ MACCORMICK, "Sovereignty beyond the State," 9; VON BOGDANDY, "The European Union As A Supranational Federation," 41.

que dans le cas d'un consentement mutuel. Au constat de la diversité doit donc être liée une théorie de la gestion des conflits. Celle-ci est conçue comme une interaction : une adaptation¹⁶¹, un dialogue, une « tolérance » constitutionnelle¹⁶². Dans cette relation, les différents ordres constitutionnels demeurent autonomes¹⁶³ mais sont toutefois liés ; ils forment un « réseau constitutionnel » dont l'UE est « l'organisateur »¹⁶⁴. Cela permet également de prendre en compte le développement de normes « transnationales », issues de sources au statut juridique indéfini de la *soft law*. Autrement dit, cela permet d'intégrer l'UE à un réseau global de normes de valeur constitutionnelle. Dans des termes radicaux :

“Here, too, we begin to strain against the limits of the ‘multilevel’ metaphor itself. If the language of levels suggests a constellation of stable, relatively self-contained and reasonably ‘state-like’ sites or platforms, the introduction of non-holistically embedded transnational societal agents suggests instead a network of fluid, intermeshing nodes of influence.”¹⁶⁵

Ce sont ici la fluidité du pouvoir et l'interdépendance qui caractérisent l'UE. Ces théories sont ainsi à la fois des théories des conflits de et des théories plus générales du pouvoir : elles substituent à l'unité du pouvoir sa diversité, à la suprématie l'interaction, à l'autonomie, l'interdépendance des ordres. Le réseau constitutionnel se présente en ce sens comme la réponse théorique au problème de Calhoun, selon lequel « aucun être de raison ne peut être pensé comme à la fois multiple et un, simple et composé, indépendant et lié. »¹⁶⁶. L'UE peut être un ordre constitutionnel légitime car elle n'a pas vocation, même dans le temps long, à remplacer les ordres nationaux ; au contraire, elle peut être élevée au rang « d'avant-garde » expérimentale d'un modèle d'organisation nouveau¹⁶⁷.

Conclusion

Au cours de ce parcours à travers les débats théorico-politiques sur la Constitution européenne, on a essayé de dégager différentes conceptions d'une telle constitution, de montrer les liens et les ruptures qui s'établissent entre elles, et de les replacer dans leur contexte politique d'émergence. On a identifié trois types de pensées constitutionnelles, dont on peut schématiquement rattacher l'émergence à des « moments » de la construction européenne (*tab. 1*). La première est liée au fédéralisme. L'objet de ce papier n'était pas d'entrer dans le détail des nombreuses conceptions fédéralistes de la Constitution. Elles se caractérisent généralement dans les années 1950 par la volonté de refonder une organisation politique à partir de modèles fédéraux connus – ou encore, à l'exception de quelques cas importants déjà mentionnés, d'instituer un Etat fédéral doté de droits souverains. L'objectif en est principalement la dépassement des divisions nationales, du nationalisme, des barrières économiques, etc. L'idée de nouveauté fait ici irruption dans les théories par le décalage entre les modèles théoriques disponibles et les possibilités politiques. Avec l'échec de ces projets, le discours constitutionnel se déplace vers la théorie juridique où est élaborée une interprétation « supranationale » du droit, qui lui confère les attributs d'un souverain

¹⁶¹ PERNICE, *Fondements Du Droit Constitutionnel Européen*, 63.

¹⁶² J.H.H WEILER, “Fédéralisme et Constitutionnalisme : Le Sonderweg de l'Europe,” in *Une Constitution Pour l'Europe ?*, Presses de Sciences Po (Paris, 2002), 169.

¹⁶³ VON BOGDANDY, “The European Union As A Supranational Federation,” 30.

¹⁶⁴ VON BOGDANDY, “The European Union As A Supranational Federation,” 30; *Veröffentlichungen Der Vereinigung Der Deutschen Staatsrechtslehrer, Tagung Zu Rostock 2006*, Walter de Gruyter (Berlin, 2007).

¹⁶⁵ WALKER, “Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate,” 21.

¹⁶⁶ Citation de Citant B. Voyenne, *Histoire de l'idée fédéraliste*, Paris, Presses d'Europe, 1976, vol. III, p. 134. Cité par Vlad CONSTANTINESCO, “Europe Fédérale Ou Fédération d'Etats-Nations ?,” in *Une Constitution Pour l'Europe ?*, Presses de Sciences Po (Paris, 2002), 136.

¹⁶⁷ Karl-Heinz LADEUR, “Towards a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept,” in *Das Recht Der Netzwerkgesellschaft*, Mohr Siebeck (Tübingen, 2013), 583.

constitutionnel en devenir. Ce travail théorique est lié au projet de « faire exister » les Communautés, et de les distinguer des organisations traditionnelles – projet politique qui croise les efforts pour autonomiser le droit communautaire comme discipline. Enfin, prenant le « fait constitutionnel » comme point de départ, le « constitutionnalisme supranational » se construit comme une réponse au problème de légitimité posé par la relation entre ce fait et les faits constitutionnels nationaux.

	<i>Le moment constitutionnel</i>	<i>La Constitution de fait</i>	<i>Le réseau constitutionnel</i>
<i>Illustration</i>	Années 1950	Années 60	Post-Maastricht
<i>Concept miroir</i>	Nation	Etat	Peuple
<i>Relation</i>	Indépendance	Autonomie	Interdépendance
<i>Hiérarchie</i>	Supériorité	Primauté	Interaction
<i>Unité</i>	Institution	Unification	Réseau
<i>Justification</i>	Morale-politique	Logique-rationnelle	Démocratique

Les trois « états » de la constitution supranationale (tab.1)

Ces trois discours constitutionnels ne sont naturellement pas exclusifs l'un de l'autre. L'idée d'un « moment constitutionnel » a par exemple ressurgi tout au long de la construction européenne, tout au moins jusqu'aux référendums français et hollandais de 2005. Les positions politiques des défenseurs du « constitutionnalisme supranational » sont à cet égard significatives de l'interpénétration de ces discours : pour beaucoup, ils ont soutenu le projet de Traité constitutionnel, quoique pour des raisons variées¹⁶⁸. L'exception de J. Weiler est cependant significative : il défend le « *statu quo* » constitutionnel, considérant que c'est précisément son statut constitutionnel original qui rend l'UE remarquable¹⁶⁹. Il ne s'agit donc pas d'opposer strictement ces différents discours constitutionnels, mais de montrer qu'ils peuvent s'appuyer sur des constructions théoriques variées. En d'autres termes, il n'y a pas un discours constitutionnel européen, mais un ensemble d'approches qu'on peut lier à des enjeux politiques divers. Plus qu'à une construction monolithique, c'est alors davantage à un « répertoire »¹⁷⁰ baroque que s'apparenterait le constitutionnalisme européen. C'est pourquoi il peut être éclairant d'y référer en termes « d'états », qui évoquent à la fois l'unité et la transformation de la matière – sans que pour autant les frontières entre les différents états soient nettement définies, ni les passages nécessairement linéaires.

A cette lumière, comment apparaît alors ce « nouveau constitutionnalisme »? Dans la pensée politique moderne, l'idée s'est imposée qu'il existe un porteur de la souveraineté, progressivement défini comme une *personne morale* et juridique¹⁷¹, au cours d'un long travail conceptuel dont la théorie des « deux corps du roi » est l'illustration¹⁷². La personne du souverain et sa fonction se sont lentement distinguées, mais l'idée de personne est demeurée. Les trois caractéristiques habituelles de la souveraineté en sont l'expression : l'*unité* de la volonté et de son application sont garanties par la *hiérarchie* d'un pouvoir qui reste *identique* à lui-même dans le temps. Le développement du constitutionnalisme classique n'a pas remis en cause cette conception¹⁷³. Il s'agissait plutôt d'établir une « norme fondamentale » (*Grundnorm*) ou une « plus haute norme » dont la fonction est d'encadrer et de limiter le souverain, et par là d'en fournir une légitimation – non de nier l'idée d'un nécessaire

¹⁶⁸ Voir le débat dans le *European Law Journal*, 1-3, 1995.

¹⁶⁹ J.H.H WEILER, "In Defence of the Status Quo : Europe's Constitutional Sonderweg," *European Law Journal* 1, no. 3 (1995).

¹⁷⁰ Nicolas JABKO, *L'Europe Par Le Marché – Histoire D'une Stratégie Improbable*, Presses de Sciences Po (Paris, 2009).

¹⁷¹ Quentin SKINNER, "A Genealogy of the Modern State'," *Proceedings of the British Academy* 162 (2009).

¹⁷² Ernst KANTOROWICZ, *Les Deux Corps Du Roi*, Gallimard (Paris, 1989).

¹⁷³ AINSI LOCKE dans le *Second Treatise of Civil Government*, chapitre 13: "there can be but one Supreme Power, which is the legislative, to which all the rest are and must be subordinate. "

fondement. En cela, le constitutionnalisme supranational propose bien un cadre théorique en rupture, dans lequel les catégories d'*unité*, d'*hiérarchie* et d'*indépendance* traditionnellement associées à la souveraineté, sont traduites en termes de *multiplicité*, de *polyarchie* et d'*interdépendance*. On peut le lire comme une rupture avec la conception « newtonienne » du pouvoir politique¹⁷⁴. Toutefois, cette nouveauté se comprend mieux dans le contexte historique de sa formulation, c'est-à-dire d'une crise de légitimité du modèle hiérarchique de relation des ordres constitutionnels. Le nouveau constitutionnalisme propose pour y répondre une théorie radicalement « nouvelle », qui permet de justifier le fait constitutionnel. Elle est une réponse théorique à un problème théorico-politique posé par les développements d'explications constitutionnelles de la CEE, puis de l'UE. En ce sens, si l'approche suivie ici ne devait avoir qu'une vertu, ce serait peut-être d'inviter à comparer l'émergence de ce discours à d'autres moments et d'autres contextes historiques où des situations et des théories analogues se sont présentées. En effet, l'idée de pluralisme n'est pas neuve – ni la critique de l'idée d'unité du souverain, comme les travaux de H. Laski au début du XX^e siècle pourraient suffire à l'indiquer¹⁷⁵. Les problèmes posés à l'UE s'éclaireraient peut-être à être considérés non comme des nouveautés radicales, mais comme des reformulations, des efforts nouveaux pour aborder des problèmes politiques somme toute déjà expérimentés. Néanmoins, il est vrai que l'ampleur prise par ces réponses, et l'écho qu'elles trouvent un peu partout tend à les singulariser. Ce modèle « en réseau » n'est en effet pas propre à la théorie constitutionnelle de l'UE: sans même parler de l'économie et de la vision ordolibérale et hayékienne de « l'interdépendance des ordres », la figure du réseau se banalise à une vitesse vertigineuse au cours des années 1990 dans la science politique (les « réseaux de gouvernance », la « gouvernance multi-niveaux », « l'Etat en réseau »¹⁷⁶,...) puis dans d'autres branches du droit (le droit administratif notamment¹⁷⁷) et des sciences sociales. Le « réseau » a également investi le vocabulaire des acteurs politiques européens (« réseau de politiques », « Réseau européen de la concurrence », comités,...). D'une conception critique, il devient presque hégémonique. C'est peut-être alors à mieux comprendre cette adoption massive et ses enjeux que la théorie politique de l'Union Européenne pourrait apporter une contribution significative.

¹⁷⁴ BARBER, *Démocratie Forte*.

¹⁷⁵ Sur ces théories on peut voir Reinhart KOSELLECK, *Geschichtliche Grundbegriffe*, Klett-Cotta, vol. 6 (Stuttgart, 1990), 148; Pour Laski, "we tend, in our political thinking, to adopt a sort of mystic monism as the true path of thought " ; Harold J. LASKI, *Studies in the Problem of Sovereignty*, Batoche Books, 1917(1999), 7.

¹⁷⁶ Manuel CASTELLS, *Fin de Millénaire*, Fayard (Paris, 1999), 393.

¹⁷⁷ *Veröffentlichungen Der Vereinigung Der Deutschen Staatsrechtslehrer, Tagung Zu Rostock 2006*, 178.