

## **Européanisation et constitutionnalisation du droit national**

*Béligh NABLI*

Le traité établissant une Constitution pour l'Europe dessine les contours de « l'avenir de l'Europe » sur fond de constitutionnalisation de l'Union européenne. Par delà son intitulé aux résonances paradoxales, ce texte conforte également l'*européanisation* de la notion de constitution, pilier conceptuel de l'État nation. Cette double lecture illustre plus généralement le double phénomène juridique d'*européanisation* et de *constitutionnalisation* dont le droit national des États membres, et le droit français en particulier, font l'objet. Nous entendons par ces expressions, l'irrigation et l'imprégnation des règles juridiques nationales par des normes constitutionnelles d'un côté, et européennes de l'autre. L'intensité et la portée de ces phénomènes reposent sur la primauté dont peuvent se prévaloir les règles constitutionnelles et européennes sur les autres règles du corpus juridique national. Elles s'expliquent également par l'inflation des règles constitutionnelles et européennes.

Si la constitutionnalisation du droit français est plus récente que son européanisation, l'analogie des deux processus n'est pas sans intérêt. D'autant que les mutations du droit national imputables au droit communautaire ne suffisent pas à expliquer l'évolution générale du droit français. Les logiques nationales et communautaires sont-elles de nature conflictuelle ? Nous pensons plutôt qu'une dynamique de complémentarité tend à s'affirmer entre la « constitutionnalisation » et l'« européanisation » du droit national, au point de mettre en valeur une certaine convergence, voire une unité de perspective. Cette question avait d'une certaine façon déjà été soulevée par le professeur Favoreu : « *il y a (...) une prise de conscience de plus en plus nette du [mouvement de constitutionnalisation], ne serait-ce que sous l'influence d'un phénomène complémentaire qui est la communautarisation et de manière plus large l'européanisation du droit. Mais là se pose une nouvelle question : la constitutionnalisation du droit pourra-t-elle s'imposer face à un processus de communautarisation qui a commencé plus tôt en France ?* »<sup>i</sup>. Quant au professeur Flauss, il estime que : « *La prise en compte de l'impact du droit européen serait sans doute encore plus importante, s'il n'y avait à l'occasion collision entre les phénomènes d'européanisation et de constitutionnalisation du droit administratif* »<sup>ii</sup>.

Bien que se limitant essentiellement au droit communautaire et à l'exemple du droit national français, un tel sujet, par sa généralité, nous contraint à présenter une étude qui ne vise nullement l'exhaustivité, mais qui peut s'appuyer sur la richesse des travaux fournis par la doctrine. Notre prétention étant d'esquisser les rapports entre ces deux phénomènes et les caractères du droit national de l'État. Partant de cette problématique, on est conduit à montrer que la constitutionnalisation et l'européanisation du droit national sont des sources d'irrigation du droit national se traduisant par un renforcement de l'État de droit, d'une part ; et des sources d'unification du droit interrogeant l'équation État nation/droit national, d'autre part.

### **I - De l'irrigation du droit national au renforcement de l'État de droit**

D'un côté, le phénomène de « constitutionnalisation du droit »<sup>iii</sup> revêt toute sa pleine signification en droit positif, de l'autre, le droit communautaire a fait florès dans les ordres juridiques des États membres, de manière « d'abord subreptice, puis de plus en plus avérée »<sup>iv</sup>. Cette irrigation du droit national par les normes constitutionnelles et européennes

s'est manifestée dans les différentes branches du droit et s'accompagne d'un renforcement normatif et donc d'un saut qualitatif de l'« État de droit » au niveau national et européen.

## **A - LA CONSTITUTIONNALISATION/EUROPEANISATION DES BRANCHES DU DROIT**

Certes, le degré d'intensité de ces deux phénomènes varie selon les branches du droit : la constitutionnalisation et l'europeanisation semblent davantage marquer le droit public que le droit privé<sup>v</sup>, même si cette *summa divisio* du droit français paraît elle-même de moins en moins pertinente sous leurs effets conjugués, comme l'illustrent le droit de la concurrence et le droit public économique. Quoi qu'il en soit, les branches du droit ont dorénavant une dimension constitutionnelle et européenne.

### **1. La constitutionnalisation des branches du droit**

En France, le processus de constitutionnalisation du droit s'est manifesté par l'introduction du contrôle de constitutionnalité des lois et le développement de la justice constitutionnelle lesquels se sont traduits par la « juridicisation » (expression chère au professeur Favoreu) de la norme constitutionnelle. Une norme bénéficiant de la primauté absolue dans l'ordre juridique national et qui s'est démultipliée - sous la forme de principes, droits et libertés, etc. - au fil de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

En effet, les « normes constitutionnelles n'ont été véritablement en mesure d'irriguer les différentes branches du droit que lorsqu'ont été mis en exploration les gisements de règles susceptibles d'être appliquées aux individus ou invoquées par eux »<sup>vi</sup>. Si le fait déclencheur de ce processus de constitutionnalisation réside pour l'essentiel dans la fameuse décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971, le développement de ce mouvement doit beaucoup à la révision constitutionnelle du 21 octobre 1974, relative à l'élargissement du droit de saisine du Conseil constitutionnel à l'endroit des parlementaires, et plus particulièrement à l'opposition parlementaire. En effet, grâce à cette réforme, les lois les plus importantes sont, *de facto*, systématiquement déférées au Conseil constitutionnel, qui intervient désormais « dans la plupart des secteurs du droit »<sup>vii</sup>. Le phénomène est somme toute logique : « *Le juge constitutionnel, en étant saisi de lois portant indifféremment sur toutes ces matières, est nécessairement conduit à définir, expliciter et interpréter les principes constitutionnels fondateurs de ces disciplines par des décisions qui ont, à l'égard de tous les pouvoirs publics, autorité de la chose jugée* »<sup>viii</sup>, conformément à l'art. 62 de la Constitution.

Sous l'égide du Conseil constitutionnel, la Constitution tend ainsi à « colorer » progressivement l'ensemble des branches du droit : celles-ci, selon le professeur Favoreu, ont désormais « *des bases constitutionnelles* », et tendent à « *se transformer sous l'effet des normes constitutionnelles* »<sup>ix</sup>.

Par ailleurs, les techniques de contrôle du Conseil constitutionnel ne sont pas sans lien avec ce phénomène de constitutionnalisation du droit. Ainsi, les lois qui ont fait l'objet de la technique de la conformité sous réserve par le Conseil constitutionnel véhiculent et mettent en œuvre de plus en plus les normes constitutionnelles, les propageant dans l'ensemble du droit. De même, les techniques d'interprétation de la CJCE participent également à l'europeanisation du droit.

### **2. L'europeanisation des branches du droit**

L'objectif de la réalisation du marché intérieur et l'accroissement des transferts de compétence ont confronté le droit des États membres à la montée en puissance de la

production normative de la Communauté européenne. De plus, la norme communautaire s'est vue affectée par la jurisprudence de la Cour de justice d'une « *incontournable emprise sur le droit national* »<sup>x</sup>, avec l'affirmation des deux principes d'effet direct et de primauté. Sur ce point, la Cour de Luxembourg est « *un aiguillon actif, dont la jurisprudence influe de plus en plus sur les débats juridiques nationaux* »<sup>x<sup>i</sup></sup>.

Déjà en 1974, Lord Denning, l'un des plus remarquables magistrats britanniques de l'après-guerre, présentait le droit communautaire comme « *une marée montante qui s'engouffre dans les estuaires et remonte les rivières* »<sup>x<sup>ii</sup></sup>. Il est vrai qu'il n'est plus guère de domaines importants du droit privé, public ou encore du droit pénal qui ne soient soumis au processus d'europanisation. Celui-ci est lié à l'essence même de la construction européenne, qui repose sur « *l'intégration du droit (...), le droit public, mais également pour le droit privé* »<sup>x<sup>iii</sup></sup>. Dès lors, on ne devrait pas être surpris par l'émergence d'un droit constitutionnel européen<sup>x<sup>iv</sup></sup>, d'un droit administratif européen<sup>x<sup>v</sup></sup> ou encore d'un droit privé européen<sup>x<sup>vi</sup></sup>, qui s'opère parallèlement à l'imprégnation des droits nationaux et à leur transformation sous l'influence des normes européennes et plus particulièrement communautaires.

Dès 1968, Yves Prats remarquait que la « *pénétration du droit communautaire dans la vie de l'administration affecte de nombreuses branches particulières de notre droit public* »<sup>x<sup>vii</sup></sup>. Pour le droit administratif<sup>x<sup>viii</sup></sup>, c'est selon un phénomène d'« *action-rétroaction* » que le droit administratif français<sup>x<sup>ix</sup></sup> a fortement imprégné le droit communautaire, avant que les divers piliers du droit administratif français soient à leur tour influencés et imprégnés<sup>x<sup>x</sup></sup>. L'emprise du droit communautaire sur le droit administratif français, selon le professeur Chapus, « *paraît ne pas devoir connaître de limites ou de limites certaines* »<sup>x<sup>xi</sup></sup>.

S'il ne dispose pas de compétence générale en matière de droit privé, le droit de l'Union européenne participe néanmoins à son europanisation<sup>x<sup>xii</sup></sup>. Au-delà de certaines dispositions pertinentes au cœur des traités communautaires, des directives ont été adoptées dans presque tous les domaines du droit privé : droit du travail, droit international privé, procédure civile, droit international privé. Cette réalité communautaire exerce une influence certaine sur le développement des droits privés nationaux. L'europanisation croissante du droit « *transforme le droit privé de tous les États européens (...) aussi bien en droit des contrats qu'en droit de la responsabilité civile ou en droit des personnes et de la propriété* »<sup>x<sup>xiii</sup></sup>.

Notons que l'europanisation du droit national ne s'opère pas forcément sur le mode de l'impératif, préférant parfois la voie de l'indicatif. L'« *effet de contagion* »<sup>x<sup>xiv</sup></sup> ou de « *contamination* » illustre cette europanisation indirecte du droit national. En effet, « *au-delà de ce qui s'impose comme le droit communautaire en vigueur ou comme son interprétation autorisée, le législateur, les juges nationaux peuvent trouver matière à construire, à partir du 'donné' communautaire, une politique législative ou jurisprudentielle* »<sup>x<sup>xv</sup></sup>.

L'europanisation et dans une certaine mesure la constitutionnalisation du droit conduisent le droit français à se moderniser, du moins à s'adapter aux nouvelles réalités économiques et commerciales qui découlent notamment du marché commun fondé sur les libertés de circulation et de concurrence. Cette libéralisation du droit n'emprunte pas uniquement la voie des libertés économiques : elle revêt une signification plus générale pour les droits et les libertés des individus s'inscrivant dans le cadre de l'État de droit.

## **B - LA CONSTITUTIONNALISATION/EUROPEANISATION DES DROITS ET LIBERTES : UN SAUT QUALITATIF POUR L'« ÉTAT DE DROIT »**

A l'instar du droit constitutionnel « *substantiel* » qui s'est développé sous l'égide du Conseil constitutionnel, le « *droit communautaire apparaît comme une puissance diffuseur de progrès et d'avancées vers une meilleure protection des droits et libertés individuels* »<sup>x<sup>xvi</sup></sup>. Ce

double mouvement se traduit par l'affirmation parallèle d'un *État de droit constitutionnel* et d'un *État de droit européen* qui traduisent un saut qualitatif - ou normatif - dans la protection des droits et libertés.

### **1. La constitutionnalisation des droits et libertés : l'« État de droit constitutionnel »**

A l'inverse d'autres constitutions récentes qui énoncent formellement les droits fondamentaux de la personne, la Constitution française de 1958 se contente - à l'exception de quelques dispositions disséminées dans le corps du texte constitutionnel - de proclamer dans son préambule son attachement aux droits de l'homme « tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 ». En ouvrant les portes du bloc de constitutionnalité à ces textes contenus dans le préambule de la Constitution de 1958, la grande décision du 16 juillet 1971 du Conseil constitutionnel<sup>xxvii</sup> a du même coup frayé la voie à une constitutionnalisation continue des droits et libertés. L'hypothèse d'une loi liberticide dans l'ordre juridique national s'éloigne inexorablement.

Au fil de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, une véritable charte des droits et libertés a pris corps. Elle touche aussi bien les droits et libertés dits classiques que les droits et libertés économiques et sociaux. Ce mouvement conforte l'idée de constitution sociale chère au doyen Hauriou, et inscrit le droit national dans le cadre d'un « *État de droit constitutionnel* »<sup>xxviii</sup>. L'outil juridique apparaît désormais au cœur de l'intervention du pouvoir politique à l'horizon de l'État de droit. Il est structuré par la référence aux droits de l'homme, compris comme le socle ultime de l'organisation juridique puisqu'il se trouve au sommet de la hiérarchie des normes.

En outre, le contenu substantiel de l'*État de droit constitutionnel* est une source d'inspiration pour l'Union européenne. En effet, on trouve dans les États membres un ensemble de droits et libertés sur lequel s'établit un consensus et qui sont à peu près identiques ; ce fond commun est repris dans les principes généraux du droit relevés par la Cour de justice et consacrés au niveau des traités communautaires.

### **2. L'eupéanisation des droits et libertés : l'État de droit européen**

Les traités communautaires ne comportaient pas de dispositions relatives à la protection des droits fondamentaux. D'abord considérée comme une question accessoire, elle a fait l'objet d'une prise de conscience progressive par les institutions de l'Union européenne.

Tout d'abord, la CJCE a été amenée à bâtir progressivement une jurisprudence relative aux droits de l'homme, en puisant notamment dans les sources nationales. Dans l'arrêt *Nold*, la Cour affirme ainsi que « *les droits fondamentaux font partie des principes généraux du droit dont [la Cour] assure le respect ; en assurant la sauvegarde de ces droits, elle est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres de manière que ne sauraient être dans la Communauté des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus par les Constitutions de ces États* »<sup>xxix</sup>. Dès lors, « *l'ordre juridique communautaire s'impose à celui de chacun des États membres, (...) insidieusement, puisque construit à partir des blocs de constitutionnalité nationaux* »<sup>xxx</sup>, et inspiré pour partie du corpus constitutionnel national. Cette technique permet dans le même temps d'éviter que l'appréciation soit exclusivement définie sur la base des normes nationales de référence : « *Il y a ici une sorte de "dualisme inversé" qui permet d'opérer vers le haut la transformation des normes de proclamation des droits et libertés fondamentaux pour en faire des catégories normatives communautaires à part entière et appliquées comme telles* »<sup>xxxi</sup>.

Mais les exigences d'un État de droit européen - ainsi que celles posées par les jurisprudences constitutionnelles allemande et italienne - incitaient à ce que cette construction jurisprudentielle soit consacrée au niveau des traités communautaires. Cette prise de conscience s'est traduite par l'inscription expresse d'une clause du respect des droits de l'homme à l'art. F § 2 (devenu art. 6) du traité de Maastricht. Cette évolution permettait de dessiner les contours d'un modèle européen fondé à la fois sur l'attachement aux principes fondamentaux et aux droits sociaux, qui sera consacré enfin par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, codification des droits fondamentaux en vigueur au niveau de l'Union.

Enfin, le Préambule du traité établissant une Constitution pour l'Europe fait explicitement référence aux « *héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe, à partir desquels se sont développées les valeurs universelles que constituent les droits inviolables et inaliénables de la personne humaine, ainsi que la démocratie, l'égalité, la liberté et l'État de droit* ». Aussi, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est insérée dans le corps du traité (Partie II) Le statut de droit primaire de la Charte contribuera ainsi à élever le rang des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique de l'Union, en le rendant moins dépendant des exigences de cet ordre. En effet, la constitutionnalisation de la Charte permet à l'ordre juridique de l'Union d'accomplir un bond qualitatif. En l'occurrence elle le fait en intériorisant les valeurs des droits fondamentaux consacrés par les traditions constitutionnelles communes.

Sur la base de ce double processus de constitutionnalisation et d'eupéanisation des droits et libertés, un « "État de droit européen" tend ainsi à se superposer aux "États de droits nationaux", à travers un "bloc de supranationalité" constitué des droits fondamentaux directement applicables aux ressortissants des États membres »<sup>xxxii</sup>. Aussi, ce bloc de droits fondamentaux révèle une sorte de fonds commun qui dépasse le simple cadre de l'État nation. Les phénomènes d'eupéanisation et de constitutionnalisation sont plus généralement au cœur du processus d'unification du droit et de la problématique de l'équation État nation/droit national

## **II - Des sources d'unification du droit ou le rapport État nation/droit national en question**

De fait, il « n'est pratiquement plus, à l'heure actuelle, un pays d'Europe qui ne soit imbriqué, à divers niveaux et pour diverses matières, au mouvement d'unification du droit »<sup>xxxiii</sup>. Le droit constitutionnel, au niveau national, et le droit communautaire, au niveau européen, participent activement et efficacement à ce processus. Si celui-ci amène à nous interroger sur la pertinence de l'équation État nation/droit national, il faut bien reconnaître ici que les phénomènes de constitutionnalisation et d'eupéanisation conduisent à des effets opposés : le premier tend à jouer un rôle de rempart à l'identité juridique nationale, face à l'érosion qu'il subit sous l'effet du second.

### **A. CONSTITUTIONNALISATION ET EUROPEANISATION DU DROIT : DES PROCESSUS D'« UNIFICATION DU DROIT »**

Le droit constitutionnel et le droit communautaire prétendent tous deux à la primauté en tant que corps de règles. Cette prétention tend à s'élargir au champ des savoirs. Sur ce point, l'un et l'autre sont marqués par une démarche impérialiste dans le champ académique classique : de fait ils unifient le droit autour de leur propre discipline, le premier au niveau national, en tant que *droit commun des branches du droit*, le second au niveau européen, à

travers l'émergence d'un *droit commun européen*.

## 1. Le droit constitutionnel : fondement d'une unification du droit national ?

La constitution est désormais un ensemble de règles aptes à fonder l'ordre juridique puisque les normes constitutionnelles « *s'imposent de la même manière en droit privé comme en droit public et forment un tronc commun auquel se rattachent les diverses branches du droit privé et branches de droit public* »<sup>xxxiv</sup>. Ainsi, sous l'effet de la constitutionnalisation du droit, une partie de la doctrine constitutionnaliste considère que « *Le droit aura une seule armature ou charpente le soutenant tout entier* »<sup>xxxv</sup>. Sous la Ve République, le droit constitutionnel, en tant que discipline, « *s'est développé, transformé et démultiplié* »<sup>xxxvi</sup> au point qu'il aspire, selon le professeur Favoreu, « *à devenir un droit commun à tous les systèmes qui se veulent démocratiques* »<sup>xxxvii</sup>. D'aucuns estiment que le droit constitutionnel est désormais « *en situation de prétendre fonder l'ensemble des savoirs juridiques, public et privé* »<sup>xxxviii</sup>. Cette prétention « *à devenir droit commun, base du droit et ainsi patrimoine de tous* »<sup>xxxix</sup>, « *le droit-mère, le droit commun des droits* »<sup>xl</sup>, s'explique non seulement par la primauté normative de la règle constitutionnelle mais surtout par le fait que dorénavant, le droit constitutionnel pose les fondements de légitimité des corps de règles des autres disciplines juridiques. Même si cela est loin de se vérifier dans l'enseignement dispensé dans les universités ou les manuels juridiques, cette prétention est susceptible de « *provoquer un brouillage et une révolution des découpages académiques routinisés* »<sup>xli</sup> et d'instaurer une recomposition disciplinaire au profit du droit constitutionnel.

Cependant, ce mouvement est susceptible de poser la question des « *limites du droit constitutionnel* »<sup>xlii</sup>. Surtout, la constitutionnalisation du droit n'est pas sans provoquer maintes craintes de la part de ceux qui redoutent « *l'impérialisme du Conseil constitutionnel* »<sup>xliii</sup> et d'une partie de la doctrine constitutionnaliste. Faut-il rappeler la mise en garde du doyen Vedel contre l'extrapolation dont ferait l'objet le phénomène de constitutionnalisation du droit, lorsqu'« *à partir de constatations exactes, on construi[t] un univers juridique sur le fondement d'un impérialisme "constitutionnaliste" dont la Constitution, son juge et ses commentateurs détiendraient toutes les clés et garderaient toutes les voies* »<sup>xliv</sup>. Il devait résumer sa pensée en ces termes : « *1) le droit est plural. Il ne se ramène pas à la Constitution. Celle-ci n'est ni un Décalogue ni un axiématique. Ni Moïse ni Euclide... 2) Le juge constitutionnel n'est ni une Muse, ni un chef d'orchestre, ni un généralissime. Il est un censeur, non un décideur* »<sup>xlv</sup>.

Ce processus d'unification du droit national autour du droit constitutionnel conduit notamment à altérer la distinction structurelle du droit français, entre droit public et droit privé. De même, le droit communautaire a développé des disciplines – le droit de la concurrence par exemple – qui se trouvent au carrefour des préoccupations des publicistes et des privatistes. A ce sujet, outre le dépassement de cette *summa divisio*, n'assiste-t-on pas à la formation progressive d'un droit commun européen?

## 2. De l'unification des droits nationaux à la formation d'un droit commun européen ?

L'Europe, après « *un siècle et demi de nationalisme politique et juridique, (...) s'apprête-t-elle à renouer avec l'une de ses grandes traditions juridiques, celle du droit commun (jus commune) ?* »<sup>xlvi</sup>. Aujourd'hui, l'idée de *droit commun européen* renvoie en particulier aux traditions communes et aux convergences contemporaines entre les ordres juridiques nationaux, sous l'effet en particulier de la législation et de la jurisprudence communautaire. Dans cette perspective, « *l'harmonisation puis l'unification du droit*

*pouvaient paraître favorisées sur le plan civil et commercial par l'héritage commun des partenaires. Le droit romain a fourni cadres et concepts à leurs codes, leur donnant depuis huit siècles un incontestable air de parenté* »<sup>xlvii</sup>. Certes, à la différence de la notion de *jus commune*, le droit communautaire apparaît essentiellement non comme un mode de pensée, mais comme un ensemble de règles positives. Or la démarche constitutionnelle suivie par la Convention a le mérite d'offrir un texte qui peut postuler à la fois à la normativité, tout en proposant un contrat social européen, porteur d'objectifs communs et de valeurs communes...

L'élaboration d'une constitution européenne s'inscrit elle-même dans un processus d'unification du droit. La volonté de réorganiser les traités afin d'en rendre la présentation plus cohérente et plus compréhensible pour le citoyen, à travers la présentation d'un texte fondamental clair et simple, a motivé la démarche de la Convention. Ainsi, le projet de Constitution pour l'Europe se substitue aux traités communautaires en vigueur et supprime la structure en piliers héritée du Traité de Maastricht. Son préambule fait référence à une culture et à des valeurs communes. Il ne faut certes pas minimiser la diversité des cultures juridiques nationales<sup>xlviii</sup>. Celles-ci ne s'en sont pas moins rapprochées, au point de donner une l'image d'une certaine unité. Ce mouvement se déploie dans le sens des « idées directrices des Pères fondateurs qui voulaient partir d'une communauté passée, mais encore existant *in nuce* de la pensée juridique pour ranimer l'unité historique de la culture juridique »<sup>xlix</sup>. Or, *de facto*, les contours d'un espace juridique européen, au sein duquel se formerait un *jus commune*, commencent à se dessiner<sup>1</sup>. Ces structures de fond communes à la culture juridique européenne sont vraisemblablement le signe majeur de la formation d'une communauté juridique supranationale.

Toutefois, selon l'un des maîtres du droit public français, le « *“droit commun européen”, ce ne peut être que l'ensemble des similitudes qui, déduites de l'analyse de ces droits, constitueraient, par delà les particularités propres à chaque État, leur patrimoine collectif, une sorte de Corpus regroupant les thèmes juridiques fondamentaux à partir desquels les droits nationaux broderaient leurs variations* »<sup>li</sup>. Une telle conception implique que ce « droit commun européen » soit recherché « *non dans l'unité d'un droit supranational, mais à travers la diversité des droits nationaux* »<sup>lii</sup>. A cet égard, le président de la CJCE Rodriguez Iglesias, a utilisé l'expression fort pertinente d'« *européanisation des systèmes juridiques des pays membres* ». L'européanisation des systèmes juridiques s'est muée en quête des racines européennes communes au droit en vigueur dans les États membres. Il est déjà arrivé que, dans des cas importants, des lacunes sensibles dans le système juridique de la communauté aient été comblées de cette manière. Néanmoins, l'harmonisation juridique reste, dans ses différents aspects, la caractéristique la plus significative de l'action communautaire. Par delà l'action normative du triangle institutionnel (Conseil- Parlement - Commission) la jurisprudence de la CJCE (et de la Cour européenne des droits de l'Homme) a promu « *la construction d'une Europe juridique sur la base d'une culture politique commune* »<sup>liii</sup>. Elle a su notamment utiliser la catégorie des principes généraux du droit comme instrument de présentation et de développement des points communs qui sous-tendent la diversité des droits nationaux.

Enfin, l'éclosion d'un nouveau *droit commun européen* et son développement ne peuvent se réaliser sans la volonté convergente des acteurs institutionnels, des praticiens<sup>liv</sup> et de la doctrine<sup>lv</sup>, soit autant de « *courroies de transmission* » permettant la circulation des modèles normatifs et jurisprudentiels nationaux.

Le processus d'européanisation du droit tend à rétablir une certaine homogénéité d'une culture juridique européenne que la consécration du modèle de l'État nation avait mise en péril. Or, l'intégration européenne conduit précisément à nous interroger sur la pertinence du modèle de l'État nation et plus largement sur l'équation État nation/ droit national.

## **B - LA PROBLEMATIQUE EQUATION « ÉTAT NATION/DROIT NATIONAL »**

Force est de reconnaître que sous l'effet de l'eupéanisation du droit, « *la solidité de l'équation État nation/droit national qui détermine (...) le périmètre national du droit* »<sup>lvi</sup> est mise à mal. Pourtant, la « constitutionnalisation du droit national » semble se dresser comme une sorte de rempart face à cette entreprise de dévalorisation de l'identité juridique nationale.

### **1. La constitutionnalisation du droit national : « gardienne » de l'identité juridique de l'État nation**

La constitution est « liée étroitement au concept d'État-nation »<sup>lvii</sup> et symbolise l'identité (juridique) nationale selon le constitutionnalisme libéral de la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle : la constitution est l'acte fondateur - ou refondateur - de l'État. L'État est une personne morale et juridiquement, la constitution représente le statut de l'État qui détermine les organes politiques, leurs compétences et leurs rapports, c'est-à-dire la structure du pouvoir politique. Ce « droit constitutionnel institutionnel » - premier élément du triptyque formant la définition contemporaine du droit constitutionnel, telle que présentée par l'École d'Aix - fixe l'identité politique de l'État à travers les règles fondamentales relatives à la forme de l'État, c'est-à-dire à sa structure territoriale, et situe le caractère « indivisible » de la souveraineté de l'État. En fixant la population de l'État sur ce territoire, en signalant les critères de son consentement au pouvoir ou de sa participation à la désignation des gouvernants, elle consacre l'unité nationale. A la suite de Kelsen, la constitution est définitivement promue au sommet de la hiérarchie des normes : elle établit ainsi l'ordonnement juridique national.

Cette dimension théorique a profondément marqué le droit constitutionnel en tant que discipline. La partie introductive des manuels ou ouvrages dédiés à la matière est souvent ponctuée par cette formule récurrente : le droit constitutionnel, droit de l'État, ou du moins, droit du pouvoir politique national.

Ce lien Constitution/État acquiert une importance toute particulière dans le contexte de la construction européenne. Depuis que la constitution est devenue une norme juridique à part entière, l'identité juridique de l'État nation s'est vue valorisée : l'État nation est désormais un État de droit constitutionnel. De plus, en l'état du droit positif français, la norme constitutionnelle demeure inviolable, même en cas de contrariété avec des normes européennes. Dès lors, la consolidation du droit national par les normes constitutionnelles est de nature à garantir son originalité et son identité face aux normes européennes. En cela, la constitutionnalisation du droit peut servir de « rempart » à l'identité juridique nationale et plus largement à l'État nation. En d'autres termes, la « *constitutionnalisation des branches du droit préserve[rait] celles-ci de l'uniformisation communautaire* »<sup>lviii</sup>. La constitution nationale permet donc encore de ne pas exagérer le mouvement d'eupéanisation : « les droits nationaux subsistent »<sup>lix</sup>. Pis, « *L'arbre européen, même planté en profondeur [par la force du droit communautaire], dépérirait très vite si ces racines se révélaient inadaptées au sol national* »<sup>lx</sup>. En dépit de cet avertissement de Philip Woodland, le processus de dépassement du modèle de l'État nation semble inexorable, du fait notamment, de l'eupéanisation des droits nationaux.

### **2. L'eupéanisation des droits nationaux : un processus de dépassement du droit de l'État nation ?**

La constitutionnalisation de l'Union européenne ne précipite-t-elle pas le dépassement du modèle étatique français, sachant que l'« *intégration européenne c'est,*



*essentiellement, le dépassement de l'État-nation »<sup>lxvi</sup>, notamment du fait qu'elle met en cause la centralité de l'État nation comme cadre de l'espace juridique. Le préambule du projet de Constitution pour l'Europe énonce bien cette volonté de dépassement du modèle de l'État nation : « (...) les peuples de l'Europe, tout en restant fiers de leur identité et de leur histoire nationale, sont résolus à dépasser leurs anciennes divisions, et unis d'une manière sans cesse plus étroite, à forger leur destin commun ».*

L'europanisation du droit est elle-même un facteur d'érosion de la spécificité du droit national, en particulier, et de la culture juridique nationale, en général.

En outre, la pénétration du droit communautaire dans le *corpus* juridique national, et plus encore, au sein des piliers notionnels des droits nationaux, peut être perçue comme une « *menace identitaire* »<sup>lxvii</sup>. La réalisation du marché unique et le rapprochement des cultures européennes renforcent aujourd'hui le besoin d'intégration juridique, en même temps qu'« *ils font perdre aux droits nationaux une partie de leur raison d'être et de leur légitimité* »<sup>lxviii</sup>. Cette évolution s'explique d'autant mieux qu'au sein du droit national, certaines branches du droit – du droit constitutionnel au droit pénal, en passant par le droit administratif – sont traditionnellement liées à l'exercice de la souveraineté nationale. Par exemple, si le droit administratif « *prend aujourd'hui une dimension européenne* »<sup>lxix</sup>, celle-ci est, selon le professeur Chapus, « *susceptible d'emporter, tout particulièrement, la dénationalisation du droit administratif* »<sup>lxx</sup>. Son europanisation a ceci de symbolique qu'il s'agit d'une discipline juridique située au cœur des missions, de l'organisation du fonctionnement de l'État et qu'il apparaissait « *comme un droit strictement franco-français, pratiquant un gallicisme juridique de bon aloi* »<sup>lxxi</sup>.

Enfin, on note une évidente corrélation entre « *d'une part, le recul de l'idée de l'État nation, (...) et d'autre part, l'essor des euro-systèmes* »<sup>lxxii</sup>. L'horizon d'un dépassement de l'État nation pose indubitablement la « *question de l'État européen* »<sup>lxxiii</sup>. Précisément, l'élaboration d'une Constitution européenne parallèlement à l'émergence d'un droit commun européen, n'annonce-t-elle pas les prémices de cet État européen fondé sur un patrimoine constitutionnel commun aux États membres ?

## Conclusions

Pour conclure, il convient d'observer les répercussions de ce double phénomène d'europanisation et de constitutionnalisation du droit positif, sur le droit tel qu'il est enseigné et pratiqué. Bien que la réalité juridique du XXI<sup>e</sup> siècle s'inscrive plus que jamais dans le processus d'europanisation, et malgré la consolidation de l'enseignement du droit communautaire et européen, l'enseignement universitaire dispensé dans les États membres donne encore l'impression que « *les États ont chacun leur propre droit* » et « *ignore[nt] le plus souvent la proximité qui les lie* »<sup>lxxiv</sup>. En revanche, on assiste à la multiplication d'enseignements de droit constitutionnel spécialisés, particulièrement en matière de contentieux constitutionnel ou des droits fondamentaux, au point que des manuels se multiplient sur ces sujets.

Dans l'univers des praticiens, c'est plutôt le constat inverse qui tend à s'imposer. La question consistant à « *se demander, dans tout procès, si les aspects constitutionnels ne doivent [pas] être évoqués* »<sup>lxxv</sup> ne fait pas encore partie des réflexes de cette catégorie de juristes. En revanche, ces derniers sont de mieux en mieux sensibilisés à la « *chose européenne* », du fait de son impact sur leur branche d'activité, mais aussi grâce aux épreuves de droit communautaire/européen prévues dans le cadre des examens ou concours d'entrée à l'École de la magistrature, à l'École française du barreau, à l'École nationale d'administration, aux Instituts régionaux d'administration etc. Quoi qu'il en soit, cet aperçu

confirme qu'il ne suffit pas que le droit positif évolue, pour que son enseignement et sa pratique l'imitent.

<sup>i</sup> FAVOREU, Louis, « *La constitutionnalisation du droit* », in *Mélanges en l'honneur de Roland Drago, L'unité du droit*, Paris, Economica, 1996, p. 42. Voir plus récemment, MOLFESSIS Nicolas, (Etudes réunies par), « Sur les rapports entre le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 16, 2004, pp. 98-139.

<sup>ii</sup> FLAUSS, Jean-François, « *L'influence du droit communautaire sur le droit administratif français* », *L.P.A.P.*, 9 janvier 1995, n° 4, p. 4.

<sup>iii</sup> Voir FAVOREU, Louis, « *Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit* », *R.F.D.C.*, n° 1, 1990, pp. 71-89 ; « *La constitutionnalisation du droit* », in *Mélanges en hommage à Roland Drago, L'unité du droit*, Paris, Economica, 1996, pp. 25-42 ; MATHIEU, Bertrand et VERPEAUX, Michel (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, Actes de l'atelier du III<sup>e</sup> Congrès de l'A.F.D.C., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999.

<sup>iv</sup> DUTHEIL DE LA ROCHERE, n.3, p. 595.

<sup>v</sup> Voir notamment LEGEAIS, Roger, « *L'influence de la Constitution sur le droit privé* », *R.I.D.C.*, 1982, p. 253.

<sup>vi</sup> FAVOREU, « *La Constitutionnalisation du droit* », in *Mélanges en l'honneur de R. Drago, op. cit.*, p. 28.

<sup>vii</sup> MOLFESSIS, Nicolas, « *L'irrigation du droit par les décisions du droit constitutionnel* », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 89.

<sup>viii</sup> ROUSSEAU, Dominique, « *Les transformations du droit constitutionnel sous la Ve République* », *R.D.P.*, n° 5/6, 1998, p. 1788.

<sup>ix</sup> FAVOREU, « *Le droit constitutionnel, droit constitutionnel et constitution du droit* », *préc.*, p. 86.

<sup>x</sup> DUTHEIL DE LA ROCHERE, Jacqueline, « *Les fondements internationaux et européens du droit public moderne et leur formation* », *R.T.D.E.*, 1998, p. 595.

<sup>xi</sup> SUPIOT, Alain « *Europe sociale : formation des juristes et ius commune* », in DE WITTE, Bruno et FORDER, Caroline (dir.), *Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, 1992, p. 465.

<sup>xii</sup> Cité par MARCOU, Gérard, « Introduction », MARCOU, Gérard (dir.), *Les mutations du droit de l'administration en Europe, pluralisme et convergences*, (dir.), Paris, l'Harmattan, 1995, p. 11.

<sup>xiii</sup> WERRO, Franz, « *La dénationalisation du droit privé dans l'Union européenne* », in F. WERRO (dir.), *L'europanisation du droit privé. Vers un code civil européen ?*, Éditions *op. cit.*, p. 3.

<sup>xiv</sup> GERKRATH, Jôrg, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, université de Bruxelles, 1997 ; SNYDER, Francis, « *General Course on Constitutional Law of the European Union* », *Collected Courses of the Academy of European Law*, Dordrecht : Kluwer Law International, Academy of European Law (European University Institute, Florence, Italy), 1998, Vol. VI, livre 1, pp. 41-155.

<sup>xv</sup> Voir en particulier, AUBY, Jean-Bernard « *Le droit administratif européen : entre l'observation et l'hypothèse* », *A.J.D.A.*, n° spécial, 20 juin 1996, p. 189 et s. ; Schwarze, Jürgen, *Droit administratif européen*, vol. I et II, Bruylant, Bruxelles, 1994, p. 83.

<sup>xvi</sup> WERRO, « *La dénationalisation du droit privé dans l'Union européenne* », *op. cit.* 7, p. 4.

<sup>xvii</sup> PRATS, Yves, « *Incidences des dispositions du traité instituant la Communauté Économique européenne sur le droit administratif français* », *R.T.D.E.*, n° 1, janv.-mars 1968, p. 48.

<sup>xviii</sup> En ce qui concerne « l'europanisation du droit constitutionnel national », le lecteur se reportera avantagement à la contribution de M. Placide M. MABAKA..

<sup>xix</sup> Voir en ce sens, CONSEIL D'ÉTAT, *Droit français et droit communautaire*, *E.D.C.E.ÉtudesÉtat*, n° 33, 1981/1982, p. 360 ; voir également, Schwarze, vol. I, Bruylant, Bruxelles, 1994, p. 83 et s.

<sup>xx</sup> Sur l'ensemble de ces branches du droit administratif général, voir en particulier le numéro spécial de la revue *A.J.D.A.*, du 20 juin 1996.

<sup>xxi</sup> CHAPUS, René, « L'administration et son juge. Ce qui change », *Études et documents du Conseil d'État*, 1992, La documentation française, Paris, p. 275.

<sup>xxii</sup> Voir notamment, PUTMAN, Emmanuel, « *L'incidence du droit communautaire en droit privé français* », *Revue de la Recherche juridique – Droit prospectif*, n°2, 1997, pp. 434-449.

<sup>xxiii</sup> WERRO, Franz, « Avant-propos », in Werro (dir.) *Werro, Franz (dir.), L'europanisation du droit privé. Vers un code civil européen ?*, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1998, p. 6.

<sup>xxiv</sup> BONICHOT, Jean-Claude, « *Le droit communautaire et le droit administratif français* », *A.J.D.A.*, n° spécial, 20 juin 1996, p. 19.

<sup>xxv</sup> PUTMAN, Emmanuel, « *L'incidence du droit communautaire en droit privé français* », *Revue de la Recherche juridique – Droit prospectif*, n° 2, 1997, p. 439.

<sup>xxvi</sup> GALMOT, Yves, « *Évolutions récentes du droit administratif français sous l'influence du droit communautaire* », *E.D.C.E.ÉtudesÉtat*, La Documentation Française, Paris, 1992, p. 305 et s.

<sup>xxvii</sup> ROUSSEAU, Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 1995, p.58.

<sup>xxviii</sup> Voir EMERI Claude et BIDEGARAY Christian, *La Constitution en France de 1789 à nos jours. Études de droit politique et constitutionnel*, Armand Colin, 1997, p. 174 et s.

<sup>xxix</sup> CJCE 14 mai 1974, *Nold, Rec.*, 1974, 491.

<sup>xxx</sup> EMERI Claude et Christian Bidegaray, *La Constitution en France de 1789 à nos jours. Etudes de droit politique et constitutionnel, op. cit.*, s« à p. 174.

<sup>xxxi</sup> FAVOREU, Louis (et autres), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2002, Paris, p. 436.

<sup>xxxii</sup> CHEVALLIER, Jacques, *L'État de droit*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., 1994, p. 114.

<sup>xxxiii</sup> LIMPENS, J. , « *Les facteurs propices à l'éclosion et au développement d'un droit commun européen* », in CAPPELLETTI, Mauro (dir.), *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Sijthoff et Bruylant, 1978, p. 78.

<sup>xxxiv</sup> FAVOREU, « *Le droit constitutionnel, droit constitutionnel et constitution du droit* », *R.F.D.C.*, n° 1, 1990, p. 88.

<sup>xxxv</sup> Favoreu, Louis, « *Le droit constitutionnel, droit constitutionnel et constitution du droit* », *préc.*, p. 88.

0780 et s.

<sup>xxxvii</sup> FAVOREU, « *Le droit constitutionnel, droit constitutionnel et constitution du droit* », *préc.*, p. 89 ; G. MALINVERNIGiorgio,, « *Propos introductifs* », in J.-F. FLAUSS (éd.), *L'enseignement du droit constitutionnel, Actes de la table ronde internationale de Lausanne 19-20 juin 1998*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 8.

- 
- <sup>xxxviii</sup> ROUSSEAU, Dominique, « *Les transformations du droit constitutionnel sous la Ve République* », *préc.*, p. 1787.
- <sup>xxxix</sup> MOLFESSIS, Nicolas, « *L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel* », **Pouvoirs**, n° 105, 2003, p. 99.
- <sup>xl</sup> ROUSSEAU, Dominique, « *Les transformations du droit constitutionnel sous la Ve République* », *préc.*, p. 1788.
- <sup>xli</sup> ROUSSEAU, Dominique, « *Les transformations du droit constitutionnel sous la Ve République* », *préc.*, p. 1780 et s.
- <sup>xlii</sup> Voir en particulier BOULOUIS, Jean, « *Les limites du droit constitutionnel* », **R.I.D.C.**, n° 2, 1986, p. 601 et s.
- <sup>xliiii</sup> MOLFESSIS, Nicolas, « *L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel* », *préc.*, p. 100.
- <sup>xliv</sup> VEDEL, Georges, « *Propos d'ouverture* », in A.F.D.C., MATHIEU et VERPEAUX, *cités n. 9op, cit.*, p. 13.
- <sup>xlv</sup> VEDEL, Georges, « *Propos d'ouverture* », in **A.F.D.C.**, **La constitutionnalisation des branches du droit**, *op. cit.*, p. 18.
- <sup>xlvi</sup> OPPETIT, Bruno, « *Droit commun et droit européen* », in **Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, L'internationalisation du droit**, Dalloz, 1999, p. 311. Voir également, CAPPELLETTI, Mauro (dir.), **Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe**, Sijthoff et Bruylant, 1978 ; BRUNO. DE WITTE et C. FORDERs (dir.), **Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique**, Kluwer, 1992.
- <sup>xlvii</sup> PRATS, Yves, « *Incidences des dispositions du traité instituant la Communauté Economique Européenne sur le droit administrative français* », **R.T.D.E.**, n° 1, janv.-mars 1968, p. 19.
- <sup>xlviii</sup> A ce sujet, voir notamment P. LEGRAND, « *The Impossibility of 'Legal Transplants'* », **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, 1997, p. 111 et s.
- <sup>xlix</sup> BASEDOW, Jürgen, « *Un droit commun des contrats pour le marché commun* », **R.I.D.C.**, n°1, 1998, p. 8.
- <sup>1</sup> Voir en particulier DUTHEIL DE LA ROCHERE, Jacqueline, « *Les fondements internationaux et européens du droit public moderne et leur formation* », **R.T.D.E.**, 1998, p. 615 et s.
- <sup>li</sup> RIVERO, Jean, « *Vers un droit commun européen : nouvelles perspectives en droit administratif* », CAPPELLETTI, Mauro (dir.), **Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe**, Bruylant, Sijthoff, 1978, p. 389.
- <sup>liii</sup> OPPETIT, Bruno, « *Droit commun et droit européen* », in **Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, L'internationalisation du droit**, Dalloz, 1999, p. 311. Voir., F. OST, « *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : amorce d'un nouveau Jus commune ?* in De Witte, Forder, *cités n. 4* p. 683 et s.
- <sup>liiv</sup> LIMPENS, J., « *Les facteurs propices à l'éclosion et au développement d'un droit commun européen* », in CAPPELLETTI, Mauro (dir.), **Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe**, *op. cit.*, p. 77.
- <sup>liv</sup> R. SACCO, « *Droit commun de l'Europe, et composantes du droit* », in CAPPELLETTI, Mauro (dir.), **Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe**, Bruylant, Sijthoff, 1978, p. 95 et s.
- <sup>lvi</sup> DUTHEIL DE LA ROCHERE, Jacqueline, « *Les fondements internationaux et européens du droit public moderne et leur formation* », **R.T.D.E.**, 1998, p. 593.
- <sup>lvii</sup> SEURIN, Jean-Louis, « *Présentation* », in **Le constitutionnalisme aujourd'hui**, Paris : Economica, 1984*op. cit.*, p. 9.
- <sup>lviii</sup> FAVOREU, « *Le droit constitutionnel, droit constitutionnel et constitution du droit* », *préc.*, p. 88
- <sup>lix</sup> DUTHEIL DE LA ROCHERE, Jacqueline, « *Les fondements internationaux et européens du droit public moderne et leur formation* », **R.T.D.E.**, 1998, p. 596.
- <sup>lx</sup> WOODLAND, Philip, « *La société européenne, la dernière ligne droite ?* », **RMCUE**, 1991, n° 352, p. 14.
- <sup>lxi</sup> MERTENS DE WILMARS, J., « *Préface* », in André-Jean Arnaud, **Pour une pensée juridique européenne**, P.U.F., coll. Les voies du droit, 1991, p. 17.
- <sup>lxii</sup> FLAUS, Jean-François, « *L'influence du droit communautaire sur le droit administratif français* », **Les Petites Affiches**, 16 janvier 1995, n° 7, p. 16.
- <sup>lxiii</sup> WERRO, *cité n. 27*, p. 5.
- <sup>lxiv</sup> SCHWARZE, Jürgen, « *Convergences et divergences des droits administratifs de l'Union européenne* », in **Actualité juridique, droit administratif**, n° spécial, 20 juin 1996., p. 145.
- <sup>lxv</sup> CHAPUS, René, « *L'administration et son juge. Ce qui change* », *cité n. 25*.
- <sup>lxvi</sup> FLAUS, Jean-François, « *L'influence du droit communautaire sur le droit administratif français* », **L.P.A.**, 9 janvier 1995, n°4, p. 16.
- <sup>lxvii</sup> GRIDEL, Jean-Paul, « *Déclin des spécificités françaises et retour éventuel retour d'un droit commun européen* », **Dalloz, Chron.**, p. 139.
- <sup>lxviii</sup> FERRY, Jean-Marc, **La question de l'État européen**, NRF, Essais, Gallimard, 2000.
- <sup>lxix</sup> WERRO, *cité n. 17*, p. 3.
- <sup>74</sup> FAVOREU, « *La Constitutionnalisation du droit* », in **Mélanges en l'honneur de R. Drago**, *op. cit.*, p. 35.