

Problèmes de la souveraineté dans l'Union européenne

Jean-Marc Ferry

La difficulté de principe à laquelle se heurte la tentative de penser un *Etat des peuples unis* tient d'abord au problème de la souveraineté une, indivisible et inaliénable. Qu'un Etat soit souverain ne signifie toutefois pas que son pouvoir soit absolu et sans limite. Dans l'Etat de droit démocratique, les pouvoirs publics sont fonctionnellement distingués, tandis que le pouvoir politique est limité constitutionnellement, sans que cela ne ruine sa souveraineté. Une telle compatibilité entre la souveraineté démocratique et la limitation du pouvoir politique a trouvé historiquement son ancrage le plus ferme dans la distinction libérale entre la source et l'exercice de l'autorité. Ainsi Benjamin Constant avait-il posé conjointement le principe démocratique de la souveraineté du peuple : « *Toute autorité qui gouverne une nation doit être émanée de la volonté générale* », et le principe libéral de la limitation du pouvoir politique : « *La volonté générale doit exercer sur l'existence individuelle une autorité délimitée* »¹. Cependant, Constant ne raisonnait là que sur la relation entre l'Etat national et ses ressortissants en tant qu'individus-citoyens, c'est-à-dire sur les limitations qu'au regard de leur liberté il conviendrait d'apporter à l'exercice de la souveraineté politique dans le cadre du droit interne, ou *jus civitatis*, encadré par une Constitution affirmant les droits fondamentaux individuels.

Selon la conception classico-moderne, qu'elle soit libérale ou républicaine, on admet que le peuple s'incarne dans la nation, que la nation est le peuple en corps, et que l'Etat en est la personnalité juridique ainsi que l'élément de volonté, d'action et de responsabilité politiques, qui confère à la nation sa qualité d'« être-reconnu » dans le milieu des relations entre Etats souverains. Mais, cela étant posé, se repose le problème de la limite légitime à l'exercice de la souveraineté politique, non plus, cette fois, du point de vue du droit interne, ou *jus civitatis*, mais du point de vue du droit international, ou *jus gentium*. Il y a là un problème toujours pendante. Il est vrai que la souveraineté politique trouve sa limite, à l'extérieur, dans le droit des gens, comme elle la trouve, à l'intérieur, dans les droits de l'Homme. Mais, selon l'esprit européen des institutions politiques, du droit public et de la culture démocratique modernes, il semble toutefois que la souveraineté *étatique* n'ait de sens, en tant qu'émanation de la souveraineté *nationale*, que si elle s'appuie sur la volonté et le consentement du peuple en corps, c'est-à-dire sur la souveraineté *populaire*. Il s'ensuit que ne devraient en principe être souverains à l'extérieur comme à l'intérieur que les Etats qui organisent effectivement la souveraineté de leur peuple, et donc la démocratie, sur la base des droits civiques fondamentaux, *i.e.* des droits politiques de participation incluant la reconnaissance du droit à l'autodétermination des peuples, et dans le respect des droits civils fondamentaux, c'est-à-dire des libertés individuelles incluant le respect de l'intégrité territoriale. L'Etat qui satisfait à ces conditions priverait alors l'« extérieur » de la justification que l'on tire du devoir moral de protéger les êtres humains en général contre l'oppression d'Etats despotiques, tyranniques ou totalitaires, pour s'ingérer dans les affaires intérieures d'une nation. De là, on pourrait tirer cette maxime pour une justice cosmopolitique acceptant au besoin de recourir à une force publique de dissuasion ou de persuasion :

¹ B. CONSTANT, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements* (1806), Etienne Hoffmann, Genève, Droz, 1980, vol. 1, p. 22.

*Toute souveraineté étatique dont l'exercice n'est pas autolimité selon les principes du respect des personnes physiques et morales, qui sont au fondement des droits de l'Homme et du droit des gens, devra être politiquement limitée de l'extérieur.*²

A *contrario*, tout Etat qui respecte les droits fondamentaux et accepte de limiter sa puissance de l'intérieur au regard de ces droits, peut légitimement prétendre à une souveraineté politiquement libre de toute limitation externe. Cette considération vient en quelque sorte nuancer et, pour ainsi dire, civiliser l'affirmation absolutiste selon laquelle le motif pleinement légitime et le seul argument valable pour affirmer une absolue souveraineté d'un Etat national, est que le peuple censément représenté par cet Etat ne saurait reconnaître d'autorité supérieure à sa propre volonté politique, du moment que cette dernière a bien été formée sur le principe démocratique d'une volonté autonome et législative. Même indexé sur la souveraineté populaire, le principe de la souveraineté étatique demeure en mal de fondation. En effet, il faudrait encore établir qu'un tel lien (du pouvoir de l'Etat à la volonté du peuple) assure de lui-même le respect des droits fondamentaux en général, non seulement ceux des individus, mais aussi ceux des peuples ; que, autrement dit, la satisfaction du principe démocratique implique le respect des droits de l'Homme et du droit des gens. Une telle démonstration n'est pas impossible, mais elle requiert une remontée philosophique aux sources non thématiques du principe démocratique. Est aisément accessible, en revanche, l'idée que la pleine satisfaction de ces droits fondamentaux, parmi lesquels figurent les droits de participation politique, recouvre nécessairement le principe démocratique. Appelons alors *Etat de droit démocratique* la constitution politique qui garantit effectivement les droits fondamentaux individuels, tout en respectant pleinement ceux des peuples : nous dirons que *les Etats membres* d'une Association, d'une Ligue, d'une Organisation ou même d'une Confédération *restent souverains*, selon l'esprit du droit public moderne, *tant qu'ils sont bien des Etats de droit démocratiques* ; et l'unité qu'ils viendraient d'aventure à former, soit par une convergence spontanée de leur forme politique (isopolitie), soit par un acte constituant délibérément une communauté de nations politiquement unies (sympolitie), ne saurait s'édifier en un Etat supranational, du moins *tant que les nations qu'elle inclut ne sont pas intégrées en un peuple*.

S'il ne semble donc pas possible, selon le droit, de *réduire politiquement* de l'extérieur la souveraineté d'un Etat de droit démocratique, est-il du moins pertinent de prétendre alors la *limiter juridiquement*, comme celle de tout Etat en général, démocratique ou non, par un droit qui, se situant au-delà du *jus civitatis*, ne procède pas, en conséquence, de sa seule puissance législative d'Etat indépendant, et serait en outre garanti par une force publique qui n'est pas la sienne propre ?

Le principe d'une limitation juridique de la puissance étatique est clairement acquis dans la grammaire du droit constitutionnel, bien que la garantie politique n'en ait pu être vraiment mise au clair³. En revanche, le *jus gentium* n'a pas apparemment réalisé le pas qui consistait, pour le *jus civitatis*, à constitutionnaliser les droits fondamentaux de façon à civiliser le pouvoir des Etats, tout en en légalisant les actes. C'est le pas d'un *jus cosmopoliticum* dont la teneur et les implications politiques seraient sans doute plus fortes que dans la version kantienne, minimaliste, qui se réduisait à un droit de visite pour le tourisme et les affaires. Il s'agirait, en effet, de rendre entièrement justiciables, et donc opposables aux Etats, les droits fondamentaux des individus comme ceux des peuples. A l'heure ac-

² Il est clair que cet « extérieur » ne saurait faire reposer son autorité légitime *que* sur l'instance habilitée (jusqu'à présent) à mandater une opération de police internationale : l'O.N.U..

³ Ou bien, en effet, ce sont les pouvoirs étatiques qui, eux-mêmes, assurent l'effectivité de leur propre limitation constitutionnelle, et alors l'Etat devient à la fois juge et partie (il lui suffit d'être immoral pour être injuste), ou bien c'est le peuple qui en est le garant, ce qui pose le délicat problème d'un droit légitime d'insurrection.

tuelle, où se multiplient les atteintes étatiques aux droits de l'Homme, on doit toujours surinterpréter la Charte des Nations unies pour justifier, dans ces cas, une intervention armée destinée à contrer de tels abus de souveraineté interne, lesquels constituent cependant le crime politique par excellence, commis par des Etats nationaux à l'égard de leurs ressortissants ou de leurs résidents. En principe, seule la menace que fait peser un Etat sur la sécurité internationale justifierait, suivant la lettre de la Charte (dans son chapitre VII), des mesures de rétorsion de la part des Nations unies, mais non pas les mauvais traitements qu'un Etat infligerait à des individus, en violation de la Déclaration universelle des droits de l'Homme. Cela vient de ce que le droit des gens (ou droit des peuples) s'en tient strictement aux relations entre Etats, ainsi que le voulait son concept à l'époque des nationalismes. Une telle restriction se marque par le fait que le droit international constitue la seule version du droit des gens en tant que droit positif. Ne comptent alors comme abus patents de souveraineté externe que les atteintes à l'intégrité territoriale d'un autre Etat, et en particulier l'exercice d'un prétendu *jus ad bellum*, qui ne serait pas justifié par la légitime défense, si bien que, dans la grammaire du droit des gens, n'est justiciable essentiellement, au niveau des crimes, qu'un *droit de protection* contre les atteintes à l'unité nationale et à l'intégrité du territoire⁴, c'est-à-dire un *droit d'intégrité*, lequel renvoie à la liberté des Etats de refuser toute intrusion étrangère. Or, cette liberté négative, inhérente à une souveraineté externe péniblement disciplinée au cours du XXe siècle, a un statut ambivalent : d'un côté, elle représente le point d'appui d'une limitation juridique de la souveraineté extérieure d'un Etat à la condition d'un exercice possible de toutes les autres souverainetés étatiques « suivant une loi universelle » ; d'un autre côté, elle se marque de façon résistante par le refus des Etats nationaux de se soumettre à une autorité politique supérieure, bien que celle-ci semble pourtant requise pour assurer le droit positif en tant que tel, c'est-à-dire la sanction que requiert le concept positiviste du droit. Dira-t-on alors que, à défaut d'une autorité politique supérieure, supranationale, les dispositions visant une limitation juridique des souverainetés étatiques n'auraient aucune effectivité ? Mais on réplique aussitôt que le problème de la limitation du pouvoir d'Etat n'est que repoussé d'un degré, ce qui est pire encore ; car qui garantirait alors les peuples contre d'éventuels abus de l'autorité supérieure ? Ce problème n'est pas nouveau, et la faille de la solution étatiste a été révélée, il y aura bientôt trois siècles de cela, par le premier des philosophes libéraux, John Locke. Contre Hobbes, Locke entendait prendre la défense du bon sens, en réfutant ainsi la justification du Leviathan :

A croire que les hommes sont assez stupides pour se protéger soigneusement contre les méfaits que viendraient à commettre, à leur préjudice, des *putois* ou des *renards*, alors qu'ils trouvent leur plaisir et leur repos à se laisser dévorer par des *lions*.

Suivant l'image utilisée pour cet argument, Locke présupposait ce que Hegel reprochait au libéralisme politique : que l'Etat fût un pouvoir *au sein de la société*, plus grand que d'autres, sans doute, mais d'autant plus inquiétant. Kant aussi répugnait à voir dans l'instauration d'un pouvoir étatique supranational la solution à l'abus éventuel des Etats, dans l'exercice de leur « liberté sans frein », « sauvage », *i. e.* non disciplinée par le droit. Il semble que l'argument *systématique* contre une autorité politique supranationale coercitive, bien que Kant ne l'ait pas développé à propos de l'Etat mondial, présente la même structure logique que celle qui apparaît à la Sixième proposition du texte de 1784,

⁴ L'invasion du Koweït par l'Iraq n'avait ainsi fourni qu'un prétexte légal à la Guerre du Golfe, tandis que la légitimation juridique de cette intervention a été recherchée, en marge de la légalité stricte ou littérale, dans

Idee d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique. C'est le fameux « problème du maître », dont Kant disait qu'il est le plus difficile, et que « c'est aussi celui qui sera résolu en dernier par l'espèce humaine » :

(...) l'homme est un animal qui, du moment où il vit parmi d'autres individus de son espèce, a besoin d'un maître. Car il abuse à coup sûr de sa liberté à l'égard de ses semblables (...) Il lui faut donc un maître qui batte en brèche sa volonté particulière et le force à obéir à une volonté universellement valable, grâce à laquelle chacun puisse être libre. Mais où va-t-il trouver ce maître ? Nulle part ailleurs que dans l'espèce humaine. Or, ce maître, à son tour, est tout comme lui un animal qui a besoin d'un maître (...).

Cependant Kant n'a pas développé l'analogie en allant faire l'hypothèse explicite d'un Etat mondial qui risquerait sans doute d'être despotique au départ, mais pourrait progressivement se civiliser et se légaliser, c'est-à-dire se limiter lui-même dans la forme d'une authentique Constitution républicaine, grâce notamment à la montée en puissance de la Publicité relative aux droits de l'Homme et aux droits des gens ; en vertu, également, des contraintes de civilité, liées au commerce mondial. C'est pourquoi, en ce qui concerne la Confédération des Républiques, équivalent kantien de l'actuelle Union européenne, l'auteur de *La Paix perpétuelle* ne prévoyait, en matière d'autorité politique supérieure, qu'un Congrès permanent des Etats, équivalent du Conseil de l'Union, c'est-à-dire rien qui ne reposât sur autre chose que la *volonté coopérative*. C'est ce que lui reproche Habermas : un tel esprit de coopération n'était absolument pas étayé par la réalité des relations internationales, que Kant avait sous les yeux ! A cette objection bizarre, Habermas adjoint toutefois l'argument de critique interne, selon lequel la moralité qu'il faudrait alors supposer aux Etats membres d'un tel Congrès ne saurait justement, d'après Kant lui-même, se former *que dans le cadre* d'une Constitution politique « parfaite sur le plan extérieur » comme sur le plan intérieur⁵, ce qui, par conséquent, présuppose ce qu'il s'agit précisément de former. Or, cet argument, s'il est plus pointu que l'objection précédente, n'en est pas moins douteux. Il sous-estime, en effet, un trait caractéristique des processus de formation en général et de formation politique en particulier. Il s'agit de cette réalité « dialectique » qui se marque par le fait d'une circularité constitutive : un premier pas de l'esprit coopératif peut, après bien des essais infructueux, enclencher un processus pour le développement duquel le fait acquis prend toute son importance, et encourage à poursuivre, en renforçant les dispositions initialement fragiles de ce même esprit. Un tel phénomène est largement attesté par l'expérience de la construction européenne. Apparemment, il était déjà suffisamment clair *a priori*, aux yeux de Kant, pour que celui-ci n'eût pas l'impression de formuler une hypothèse constitutionnelle inconsistante. Kant n'est pas facile à démonter. C'est que la solution qui consisterait à substituer à l'hypothèse kantienne d'une volonté coopérative remise au bon vouloir des Etats l'hypothèse jugée plus consistante d'une autorité politiquement contraignante, afin

une interprétation large du chapitre VII de la Charte, pour arguer d'une défense de populations opprimées à l'intérieur de l'espace territorial occupé par le gouvernement irakien.

⁵ « On peut envisager l'histoire de l'espèce humaine en gros comme la réalisation d'un plan caché de la nature pour produire une constitution politique parfaite sur le plan intérieur, et, en fonction de ce but à atteindre, également parfaite sur le plan extérieur ; c'est le seul état de choses dans lequel la nature peut développer complètement toutes les dispositions qu'elle a mises dans l'humanité » (I. KANT, *Idee d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique*, loc. cit., Huitième proposition).

d'établir et maintenir un ordre cosmopolitique juste⁶, cette solution, bel et bien insinuée par Habermas, doit en outre se justifier elle-même contre *l'aporie de l'Etat*.

On demande alors comment un Etat des peuples européens est possible au-delà d'une société des nations d'Europe. C'est le lieu d'une interrogation sur le principe de souveraineté et son destin, car, à cet endroit, se pose avec une acuité particulière la question d'une limitation légitime des souverainetés nationales. Et c'est peut-être en partie pour éviter que ne surgisse pratiquement la question critique : « *Qui est souverain dans l'Union ?* », que l'on procéduralise à l'extrême les processus de décision des instances communautaires et intergouvernementales, avec de multiples obligations de consultations et de navettes ; que la Cour de Luxembourg, pourtant soupçonnée d'imposer aux Etats une discipline d'intégration plutôt unilatérale, cache à tout le moins sa main de fer sous un gant de velours. C'est pourquoi, encore, les « Constituants » de l'Union européenne résistent à dresser un catalogue des compétences communautaires, c'est-à-dire à mettre en forme juridique le principe de subsidiarité⁷, que l'on s'attache en conséquence à vouloir éminemment « politique » et « évolutif », de crainte de créer le cas de désunion par excellence. Car, s'il apparaît que, face aux Etats membres, les instances supranationales, qu'elles soient communautaires (comme la Commission et le Parlement) ou intergouvernementales (comme le Conseil de l'Union européenne et le Conseil européen des Chefs d'Etat et de gouvernement), annexent définitivement des fonctions importantes de souveraineté au titre de leurs « compétences exclusives » (non partagées), c'est alors que risquent d'éclater les principes d'indivisibilité, d'inaliénabilité et d'unité, inhérents à la conception classique de la souveraineté politique d'un peuple, elle-même identifiée à la souveraineté nationale que représente censément l'Etat.

Toutefois, c'est plutôt lorsque les compétences politiques sont *non partagées*, que la souveraineté risque d'être *divisée*. Ce n'est pas le partage des compétences politiques essentielles, mais leur non-partage, c'est-à-dire la confiscation de fonctions de souveraineté – notamment, par la principale instance communautaire (la Commission des Communautés européennes) et sous sa compétence exclusive – qui menace frontalement le principe *d'indivisibilité*. Posons alors que *le principe de la souveraineté indivisible s'accommode bien du principe des compétences partagées, lors même que l'exercice de ces compétences politiques renvoie à des fonctions de souveraineté*. Il s'agit d'un point logique crucial pour le problème qui nous occupe. Cependant, le transfert de droits de souveraineté à la principale instance intergouvernementale (le Conseil de l'Union européenne) risque de porter atteinte au principe *d'inaliénabilité*, et cela de façon substantielle, dans la mesure où les ministres qui composent le Conseil, et le Conseil lui-même, ne représentent que très indirectement la volonté politique des peuples. Largement déconnecté des opinions publiques nationales et de leur expression politique légitime dans les parlements nationaux, l'intergouvernemental échappe d'autant plus largement au contrôle démocratique que le Parlement européen ne saurait évidemment pas disposer du pouvoir de censurer le Conseil, dont la composition est légitimée par ailleurs, ni de l'investir. Si ce n'est pas formellement, c'est donc substantiellement, encore une fois, que le pouvoir exercé par le Conseil de

⁶ Habermas vise essentiellement un ordre mondial ou puissent être sanctionnées les violations des droits de l'Homme, partout où elles sont commises. (J. HABERMAS, *La Paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, *loc. cit.*).

⁷ Ce principe est ainsi défini dans l'ART. 5 du Traité instituant la Communauté Européenne : « Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire ». A cela s'adjoint (même article, al. suivant) un principe de proportionnalité : « L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité ».

l'Union semble contredire, sous l'aspect de l'inaliénabilité, la souveraineté des peuples que, censément, pourtant, il représente aussi. Voici alors une formule dans laquelle la doctrine pourrait faire valoir, au niveau de l'Union, les exigences classiques du principe démocratique :

Le principe de la souveraineté inaliénable ne tolère des transferts de puissance publique à des instances intergouvernementales, même dûment mandatées par leur gouvernement respectif, qu'à la condition que les actes politiques résultant de ces transferts soient soumis en retour à des procédures de légitimation démocratique.

Telle est bien, d'ailleurs, la philosophie profonde de l' « arrêt Maastricht », pris par la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (CCF), de Karlsruhe, le 12 octobre 1993. Ce que l'on pourrait appeler « principe de Karlsruhe » vaut, en effet, comme une version du principe démocratique appliqué à l'Union européenne. C'est le principe selon lequel tout exercice de fonctions de souveraineté, au cours duquel des instances supranationales, communautaires ou intergouvernementales sont appelées à prendre des mesures opposables aux citoyens d'Europe, doit être susceptible d'une légitimation démocratique émanant des Parlements nationaux. L'arrêt commence par affirmer le principe démocratique en le caractérisant comme la capacité qu'a le citoyen de « prendre part (...) à la légitimation de la puissance publique par le peuple et d'influencer son exercice ». Pour la Cour de Karlsruhe, il est clair que le principe démocratique doit être assuré au sein de cette « association d'Etats » (*Staatenverbund*) qu'est l'Union européenne. Mais dans la mesure où celle-ci « assume des missions et exerce des prérogatives de puissance publique, la légitimation démocratique incombe d'abord aux peuples étatiques des Etats membres par l'intermédiaire des Parlements nationaux ». Partant de l'idée que « l'Union européenne se comprenant comme une union des peuples d'Europe (art. A-2 du traité) est une association (*Verbund*) d'Etats démocratiques conclue dans la perspective d'une évolution dynamique », la Cour en déduit que le Parlement européen s'adjoit seulement au processus de légitimation, à mesure que croît l'intégration des nations européennes⁸

Peut-être le Parlement européen relayera-t-il, un jour, les Parlements nationaux, et peut-être la citoyenneté européenne débouchera-t-elle, à terme, sur une véritable légitimation démocratique à l'échelle européenne, de sorte que la Communauté acquière une vitalité politique nourrie par un « débat permanent, transparent et public entre des idées et des intérêts divers ». Développant à cet endroit sa vision de la démocratie, centrée sur un espace public de délibération et de discussion, la Cour constitutionnelle convient de ce que « avec l'accroissement des missions et des compétences de la Communauté s'accroît aussi la nécessité d'ajouter à la légitimation démocratique et à l'influence procurées

⁸ « Dans l'association d'Etats de l'Union européenne, la légitimation démocratique s'effectue (...) nécessairement par le rattachement de l'action des organes européens aux Parlements des Etats membres ; s'ajoute – au fur et à mesure de l'accroissement des liens entre les nations européennes – la légitimation démocratique procurée, au sein du système institutionnel de l'Union européenne, par le Parlement européen élu par les citoyens des Etats membres. Déjà dans la phase présente de l'évolution, il revient à la légitimation par le Parlement européen une fonction d'appui qui pourrait être renforcée s'il était élu selon un droit électoral uniforme dans tous les Etats membres conformément à l'art. 138-3 du traité CEE et si son influence sur la politique et la formation du droit dans les Communautés européennes augmentait. Il importe que les bases démocratiques de l'Union soient élargies en même temps que progresse l'intégration et que, même à un degré plus avancé d'intégration, une démocratie vivante subsiste dans les Etats membres. Un trop-plein de missions et de compétences entre les mains de l'association d'Etats européenne affaiblirait durablement la démocratie au plan national de telle sorte que les Parlements des Etats membres ne pourraient plus assurer suffisamment la légitimation de la puissance publique assumée par l'Union ». (Extrait de l'arrêt de la CCF, dit « arrêt Maastricht »).

par les Parlements nationaux une représentation des peuples étatiques dans un Parlement européen, point de départ d'un soutien démocratique complémentaire à la politique de l'Union européenne ». Mais, tant que ce sont « les peuples étatiques (*Staatsvölker*) qui, à travers les Parlements nationaux, médiatisent la légitimation démocratique, c'est le principe démocratique qui pose les limites à l'extension des missions et compétences de la Communauté européenne ». Il s'agit au fond de donner un coup d'arrêt à l'insinuation d'une « compétence de la compétence », consistant pour l'Union à prétendre pouvoir se conférer à elle-même des pouvoirs⁹. C'est une hérésie, car l'Union ne tient ses pouvoirs que des Etats qui la composent. Pointe alors la conception de la Cour en ce qui concerne la nature exacte de la « puissance publique » exercée par l'Union :

L'exercice de la puissance publique par une association d'Etats comme l'est l'Union européenne est fondé sur des autorisations d'Etats demeurant souverains au nom desquels ce sont les gouvernements qui agissent systématiquement dans le domaine interétatique et qui canalisent ainsi l'intégration. *Il est par conséquent gouvernemental en principe.*¹⁰

C'est pourquoi l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe a pu susciter de vives réactions, jusqu'à être soupçonnée de crypto-nationalisme¹¹. La critique s'est surtout focalisée sur l'affirmation par la Cour de l'échelon national de légitimation démocratique des actes de puissance publique communautaire. Pourtant, la Cour n'affirme la primauté de cette échelle de légitimation que dans la mesure où les procédures de participation des citoyens aux décisions de puissance publique ne sont pas suffisamment développées au niveau de la Communauté elle-même ; tant que, autrement dit, se manifeste une sorte de *souveraineté étatique* supranationale, qui n'est pas équilibrée par des mécanismes de *souveraineté populaire*, assurant une vitalité démocratique suffisante de l'ensemble. D'où la nécessité de « raccorder l'action des organes européens aux Parlements des Etats membres », en attendant que se renforce la « fonction d'appui » exercée par le Parlement européen. En effet, il est sans doute illusoire d'attendre du seul renforcement du Parlement européen une vitalisation politique de la Communauté, serait-ce déjà parce que « la légitimation démocratique ne peut être mise en œuvre dans la même forme qu'au sein d'un ordre étatique régi de manière cohérente et exhaustive par une Constitution ». Mais quelle que soit la façon dont on s'y prend pour assurer aux citoyens de l'Union la pleine jouissance de leurs droits de participation politique, « ce qui est décisif, c'est qu'une substance suffisamment effective de légitimation démocratique, un certain niveau de légitimation, soit atteint ».

La Cour constitutionnelle fédérale allemande se reconnaît alors compétente pour protéger les droits fondamentaux de ses ressortissants, par delà toute imposition d'autorité supranationale. La protection des droits fondamentaux individuels, accordée par la Loi fondamentale, est, en effet, un engagement constitutionnel si absolu que nul engagement international de la RFA ne saurait aboutir à en restreindre la portée en ce qui concerne le pouvoir de contrôler juridictionnellement l'application des traités¹². De même pour ce qui touche, cette fois, aux droits fondamentaux des peuples au sein de

⁹ C'est l'expression employée par la Cour qui vise là implicitement l'Art. F3 TUE, resté sans modification, indiquant sans plus que « L'Union se dote des moyens nécessaires pour atteindre ses objectifs et mener à bien ses politiques ».

¹⁰ Souligné par nous.

¹¹ H.H. WEILER, « Der Staat über alles. Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts », *Working Papers Harvard Law School Programms*, The Jean Monnet Chair, Harvard, 1995.

¹² « (...) un droit supranational qui pourrait prétendre à la primauté, ne se superpose pas à la protection des droits fondamentaux accordée par la Loi fondamentale. Un engagement international de la République Fédérale d'Allemagne ne saurait en tout cas diminuer la protection des droits fondamentaux due par le pouvoir d'Etat

l'Union : malgré le transfert de prérogatives de puissance publique qu'autorisent les art. 23 et 24 de la Loi fondamentale de la République fédérale, le principe majoritaire qui préside à certaines décisions communautaires liant les Etats membres « trouve cependant une limite dans les principes constitutionnels et les intérêts élémentaires des Etats membres commandée par la nécessaire prise en considération réciproque qui résulte de la loyauté communautaire ». Autrement dit :

Nulle autorité supranationale, même habilitée à l'exercice de fonctions de souveraineté aux termes de traités internationaux, ne saurait cependant limiter la protection des droits fondamentaux des individus, que garantissent les Constitutions politiques de nations démocratiques, ni faire obstacle au droit fondamental des peuples, de disposer librement de leur destin.

Si l'on réfléchit maintenant au sens politique général qui se laisse dégager des avis de l' « arrêt Maastricht », on constate que s'y esquisse en filigranes une doctrine de l'Etat européen à venir. Extérieurement seulement, c'est-à-dire, si l'on s'en tient au dispositif institutionnel de surface tel qu'il pourrait résulter d'un renforcement du Parlement européen et d'une parlementarisation de l'ensemble du système politique européen, l'esquisse suggère la forme classique de l'Etat fédéral. Mais en considérant la substance de l'arrêt, on constate que la Cour constitutionnelle y fait reconnaître les conditions les plus fondamentales auxquelles une intégration politique de l'Union serait acceptable au regard des exigences normatives attachées à l'Etat de droit démocratique. Le contenu de la décision ne donne d'ailleurs pas l'impression d'un acte de jurisprudence ordinaire, mais plutôt d'une mise au point philosophique, nourrie d'arguments juridiques forts, difficiles à critiquer¹³. S'y trouve même indiquée en creux la possibilité principielle d'un dépassement de la souveraineté étatique dans ce que, par ailleurs, David Held nomme *autonomie démocratique*.

Il s'agit d'un principe selon lequel les individus, écrit Held, « doivent bénéficier de droits égaux et, en conséquence, d'obligations égales selon les termes d'une structure politique qui, à la fois, génère et limite les opportunités qui leur sont offertes, c'est-à-dire qu'ils doivent être libres et égaux dans la détermination de leurs propres conditions de vie, aussi longtemps qu'ils n'usent pas de cette structure pour nier le droit des autres »¹⁴. La définition n'apporte guère par elle-même d'éléments nouveaux. Cependant, le concept, tel que le situe son auteur, a pour fonction de résumer la synthèse de l'autodétermination des citoyens et de la limitation du pouvoir, synthèse propre à l'Etat de droit démocratique. Held entend, en effet, distinguer l' « autonomie démocratique », à la fois, de la souveraineté *étatique* et de la souveraineté *populaire* : de la souveraineté *étatique*, car le principe d'autonomie démocratique « insiste particulièrement sur le fait que ce sont les individus qui déterminent eux-mêmes leurs propres conditions d'associations » ; de la souveraineté *populaire*, car le principe d'autonomie « signale l'importance qu'il y a de reconnaître des limites au pouvoir du peuple à travers une structure de régulation qui soit à la fois contraignante et habilitante »¹⁵. Pour savoir alors quel état politique correspond au principe philosophique d'autonomie démocratique, Held propose une figuration qui tient de la méthode constructiviste de Rawls, avec sa modélisation d'une position originelle, tout en

allemand » (Extrait de l'arrêt de la deuxième chambre du 12 octobre 1993 relatif à la constitutionnalité du traité de Maastricht, CCF, Karlsruhe).

¹³ Pour une tentative de critique de l'arrêt, menée du point de vue du droit public, voir notamment, J. GERKRATH, « La critique de la légitimité démocratique de l'Union européenne selon la Cour Constitutionnelle Fédérale de Karlsruhe », in : G. DUPRAT (Dir.), *L'Union européenne : droit, politique, démocratie*, Paris, PUF, 1996, 209-241.

¹⁴ D. HELD, *Global Order and the Democracy*, Polity Press, Cambridge (UK), 1995, p. 147.

¹⁵ *Ibid.*

s'inspirant du style réflexif de Habermas, avec l'idéalisation d'une situation de parole : l'« expérience de pensée démocratique » (*sic*) consiste à se représenter une situation dans laquelle se trouvent suspendues les contraintes des interactions quotidiennes ainsi que tous les moyens d'exercice de la force autre que celle de l'argument meilleur, tandis que les agents sont supposés capables d'énoncer de façon cohérente leurs objectifs. Il s'agit fondamentalement, pour David Held, *d'élaborer les conditions d'un dialogue démocratique, ou encore, les conditions de possibilité d'un ordre constitutionnel juste.*

Or, ces conditions de possibilité reviennent en fait à des *droits*. Held dresse une liste de sept *sites of power*, lieux de pouvoir où les atteintes aux conditions d'exercice de l'autonomie démocratique se spécifient de telle sorte que leur négation pratique déterminée appelle, pour chaque type d'atteinte, l'instauration de droits spécifiques correspondants. Quelques exemples : au site « Welfare » Held fait correspondre (entre autres) un droit à l'éducation universelle (là où une atteinte à l'autonomie peut affecter le « développement des talents et aptitudes ») ; au site « culture », un droit à la liberté de pensée et de culte, à la libre expression et à la libre critique (là où risque d'être entravée la « pursuit of symbolic orders and modes of discourse ») ; au site « association civique », le droit de former des associations autonomes et d'en être membre actif, ainsi que la liberté d'information (afin d'assurer l'autonomie dans le domaine des « projets individuels et collectifs ») ; au site « économie », la garantie d'un revenu minimum (afin que les individus soient capables de « poursuivre une activité économique sans vulnérabilité financière immédiate ») ; au site « institutions juridiques et politiques », le droit à un traitement égal devant la loi et les juridictions, ainsi que le droit à des « opportunités adéquates et égales de délibération » (là où il s'agit d'assurer une « participation publique à l'agenda-setting » ainsi qu'aux débats et programmes électoraux), etc.¹⁶. Held élabore ainsi sur un mode plutôt rhapsodique le répertoire des droits fondamentaux qui seraient donc justifiés au titre des pratiques requises pour initier et développer une autonomie démocratique dont il stipule d'ailleurs le caractère « non individualiste » (non solipsiste).

Or, comparée à la doctrine de Karlsruhe, cette construction présente l'avantage d'offrir un point de référence pour penser l'Union européenne dans la direction de l'Etat de droit démocratique, tout en en décentrant le concept par rapport aux catégories classico-modernes de la souveraineté¹⁷ : les lieux du pouvoir s'y trouvent dénationalisés en étant déterritorialisés au profit de « sites » théoriques estimés pertinents pour prévenir les atteintes à l'« autonomie démocratique », tandis que cette dernière est reliée non pas à l'exercice factuel de la volonté d'un peuple, mais aux préconditions normatives d'une délibération valide entre citoyens du monde. Held se tient fermement accroché à la structure *individualiste* d'un « droit public, démocratique et cosmopolitique » formant la clé de voûte d'un ordre constitutionnel juste. Non pas les droits fondamentaux des peuples (comme chez Rawls), mais les droits fondamentaux des individus définissent ainsi (comme chez Habermas) la structure de base de l'état cosmopolitique.

Maintenant, les *valeurs* respectives de ces droits individuels pourraient sans tension être transposées à l'ordre constitutionnel d'un droit commun européen consacrant des éléments significatifs du droit des peuples, concurremment à ceux des individus. C'est ainsi que, suivant la transposition indiquée, les droits de participation politique incluent, outre la reconnaissance classique du droit des peuples à

¹⁶ Dans son chap. 9, intitulé « Democracy and the democratic Good », Held donne un tableau exhaustif des *sites of power* et *types of rights* correspondants (D. HELD, *Democracy and the Global Order, op. cit.*, pp. 192-194).

¹⁷ David Held définit la souveraineté étatique (en général) comme « l'attribut de toute autorité politique au sein d'une communauté, selon lequel cette autorité est dotée d'un pouvoir reconnu d'exercer un pouvoir étatique et d'édicter des normes sur un territoire donné ».

l'autodétermination, celle de leur droit à une prise d'influence équitable sur les décisions prises par les instances supranationales ; que la valeur des droits d'intégrité privée, tels que le droit à la vie, à la tranquillité, à la propriété, l'*habeas corpus*, etc. se laisse transposer non seulement dans le sens classique du droit des peuples à posséder une patrie protégée par des frontières sûres et reconnues, c'est-à-dire du droit à l'intégrité territoriale et à l'indépendance nationale, mais également dans le sens fonctionnel d'une autonomie assurée aux collectivités territoriales (entendues ici au sens le plus large) pour la gestion des affaires relevant de leur compétence « naturelle » ; que les droits « sociaux » de solidarité voient leur principe étendu, par exemple, aux « actions structurelles » de la Communauté, visant à équilibrer les développements entre les régions de l'espace européen, et peut-être, un jour, aussi à une forme non sélective d'allocation destinée à garantir aux Etats membres une base universelle de revenu monétaire concrétisant pour chaque peuple associé son droit réel sur le patrimoine commun de l'association ; que, enfin, les droits moraux de personnalité, dont la jouissance doit servir l'épanouissement des identités individuelles, tout en protégeant l'image publique des personnes, aient aussi pour mission de favoriser la promotion des cultures et l'enrichissement mutuel des peuples qui se reconnaissent réciproquement à travers leurs réalisations.

La systématisme ici retenue procède, comme on peut le constater, d'un élargissement de la typologie naguère proposée par T. H. Marshall pour les droits fondamentaux individuels, considérés comme attributs de la citoyenneté. La *citoyenneté* est alors regardée comme ce dont l'exercice exprime au fond la liberté positive qui résulterait, pour une communauté politique, de la jouissance des valeurs : de participation, d'intégrité, de solidarité, de réalisation de soi ou personnalité, attachées respectivement aux droits civiques, civils, sociaux et moraux des individus. Cependant, le point de vue fonctionnel sous lequel une telle systématisme des droits fondamentaux individuels se laisse justifier est sans doute alors moins l'*autonomie démocratique*, telle que l'entend David Held, que l'*intégration politique* des individus en tant que citoyens. Par suite, la transposition, au plan du droit des gens, des valeurs attachées à ces droits individuels s'inscrit plutôt dans la perspective d'une *coopération des peuples* (bien) intégrés dans des sociétés généralement nationales qui, elles-mêmes, doivent former une communauté politique suivant les principes de l'Etat de droit démocratique. Mais *comment* l'idée d'une telle communauté rejoint-elle effectivement celle de l'Etat ?

Pour débrouiller cette question, peuvent nous aider les formules simples que Hegel avait introduites en son temps, afin de situer la différence entre la société et l'Etat. Il s'agit de condensés très spéculatifs, dont les formulations pourraient même passer pour creuses, mais qui recèlent la capacité surprenante de faire apparaître la diversité systématique des formes possibles de l'Etat, jusqu'au point théorique le plus élevé, là où s'esquissent les contours encore à préciser de l'état cosmopolitique.

Ainsi, pour Hegel, la société se laisse-t-elle caractériser par la différence du différent et de l'identique, tandis que l'Etat est l'identité du différent et de l'identique. Entendons que la société repose sur l'opposition entre le particulier et le général, tandis que l'Etat réalise la réconciliation du singulier et de l'universel. Si l'on décode, à présent, ces formules, nous en tirons que, *dans la société*, la particularité des intérêts portés par les individus s'oppose à la totalité qu'ils composent, ainsi qu'aux formes universalistes qui, tels les médiums de la monnaie et du droit, élaborent une compatibilité générale de ces intérêts. Une telle opposition permet ensuite à l'individu socialisé de se former à l'intelligence stratégique ainsi qu'à la compétence critique, en exerçant librement le droit reconnu de sa particularité, c'est-à-dire le droit d'arbitrer selon ses préférences. *Dans l'Etat*, cependant, l'individu devient citoyen ; il élève donc la civilité au civisme. Au lieu de s'opposer alors, comme particulier, à l'universel, il épouse celui-ci dans la mesure où il parvient à faire sien l'intérêt de l'ensemble. Cette

disposition n'est certes pas immédiate ou innée. Tant qu'elle demeure abstraite, elle n'est qu'un idéal moral de l'individu. Concrète, elle le devient cependant, lorsque l'identité personnelle ainsi mise en mesure de se sentir pour ainsi dire chez soi dans l'Etat sait de quoi elle parle en proférant des énoncés sur l'intérêt général ; lorsque, par conséquent, elle épouse le point de vue de la totalité, en sachant la complexité : il ne s'agit pas, en effet, d'une totalité simple, mais d'une totalité complexe, médiatisée par les différences (à présent) déjà éprouvées par chacun, en vertu de son expérience sociale, différences de situations et d'intérêts au sein de la société civile, ainsi que par les différends qui traduisent ces différences dans la société politique.

Cette complexité non immédiate distingue évidemment l'identité réalisée au niveau de l'Etat de celle qui prévaut dans la famille. Dans la famille aussi, il est vrai, les individus qui, à titre de membres, composent la totalité, ont bien conscience de leur intime union avec celle-ci. Il y a en ce sens identité (familiale) de l'identique et du différent, sinon ce serait la dislocation pure et simple de cette entité. Cela nous conduit à préciser ce qui, de façon clairement discriminante, distingue l'Etat de la famille.

Lorsque l'on définit hégéliennement l'Etat comme l'identité du différent et de l'identique, l'unité réconciliée de la partie et du tout, qu'est l'Etat, n'est pas encore suffisamment déterminée pour que le concept en soit univoque. C'est d'ailleurs cette équivocité qui ménage une diversité des conceptions de l'Etat. Ainsi, lorsque l'unité est pensée sur le modèle d'une communauté intime, d'une totalité substantiellement unie, tel que le pose le communautarisme, alors l'Etat est envisagé du point de vue de sa singularité unique : l'Etat est pensé en son fond comme ce dont la constitution *est* sa singularité culturelle, face à d'autres formations historiques. Mais, en le présentant comme étant à chaque fois singulier, on projette la perspective – assumée ou non – d'un *univers multiculturel* de mondes clos. En revanche, si l'unité politique est pensée de telle sorte qu'elle renvoie plutôt à l'universalité formelle – par excellence, celle du droit – grâce à laquelle une coexistence des éléments singuliers, individus ou nations, est rendue possible suivant une loi de compatibilité générale des intérêts ou de recoupement concordant des points de vue, ainsi que le voudrait le libéralisme politique, cela fait alors directement signe vers un *état cosmopolitique* de sociétés ouvertes.

Maintenant, l'alternative que représentent ces deux conceptions de l'Etat ne saurait se résoudre théoriquement par un choix politique contingent – si l'on ose dire, une affaire de goût à la française. Il s'agit plutôt de savoir où se situe *la vérité* de l'Etat. A cet égard, une méthode serait d'éprouver cette vérité à celles – limitées – du communautarisme et du libéralisme. Une critique philosophique peut ainsi servir une connaissance de ce qu'est l'Etat en sa vérité, en commençant par en examiner les différents moments situant les vérités respectives du communautarisme, du libéralisme et du républicanisme. Mais déjà, l'alternative simple entre un espace multiculturel de mondes fermés et un ordre cosmopolitique de sociétés ouvertes nous invite à aller plus loin sur la voie d'un dépassement de cette opposition, et à nous demander si, entre ces deux formes, l'opposition (ou différence) est irrémédiablement figée, ou si, au contraire, une conciliation (ou identité) est concevable, et au-delà, une unité plus haute de cette identité et de cette différence. Pour abstraite qu'elle paraisse, l'insistance à creuser la question de l'Etat à l'intérieur des catégories simples de la spéculation hégélienne situe justement la question du droit commun des peuples.

- Si l'on pose qu'il y a une conciliation possible entre l'univers multiculturel et l'état cosmopolitique, cette position de l'*identité* consiste alors logiquement à affirmer une *transversalité* normative : celle des droits de l'homme, laquelle peut ensuite fournir un principe d'intégration républicaine, en devenant la clé de voûte d'un *jus civitatis* valant pour un état cosmopolitique à édifier dans l'esprit constitutionnel d'une République universelle (suivant l'expression de Kant).

- A l'inverse, la position de la *différence* irréductible (entre l'univers multiculturel et l'état cosmopolitique) tient qu'aucun Etat des peuples n'est possible sans violence ethnocidaire portant destruction des identités personnelles, individuelles et collectives. Une telle position s'en tiendra alors à l'*indifférence* interculturelle et internationale, tout en devant sans doute, dans la mesure de son humanisme, admettre toutefois la nécessité d'un *jus gentium* protégeant l'intégrité des peuples.
- La position de l'*unité* des deux positions précédentes n'est, quant à elle, possible logiquement qu'à la condition de concevoir la société des nations comme ce dont la constitution politique se fonde sur un *jus cosmopolitanum* qui soit, à la fois, un *droit commun des peuples et des individus*. Cependant, ce *jus commune hominum et gentium* n'est pas un *jus absolutum*, car il laisse place à une certaine diversité du droit interne, de *jus civitatis*, tout en devant assurer les bases de la reconnaissance mutuelle, *en vue de l'entente et de la coopération*.

C'est seulement à ce point de la spéculation que l'on touche à la formule logique de la Constitution politique d'une Europe unie. Une telle formule est déjà à l'œuvre, objectivée à travers des mécanismes institutionnels de la coopération entre les Etats membres. Cependant, nous ne devons pas nous dissimuler la difficulté et les limites du principe coopératif. Carl Schmitt a mis en évidence ce « fait polémique » que représentent la situation d'urgence et l'argument des circonstances exceptionnelles. Nous devons sans doute distinguer entre des situations extrêmes et d'autres qui ne le sont pas. Même dans ce dernier cas, fait problème le surgissement d'événements externes auxquels il faut répondre. Cela requiert de l'Union qu'elle dispose préalablement d'un accord public sur les principes généraux et fondamentaux appartenant à l'ordre déontique de la politique commune. Mais, dans le premier cas, les chefs des gouvernements et Etats membres sont immédiatement acculés à la recherche de consensus d'urgence. Là, aucune décision unanime ne peut être garantie. C'est pourquoi les Conseils de l'Union devront recourir au principe de la décision majoritaire assorti de cet heureux artifice qu'est l'« abstention constructive » : celui qui s'abstient n'est pas en principe engagé par la décision majoritaire, tandis que cette abstention n'empêche pas que la décision soit adoptée et opposée à ceux qui y souscrivent.

*